



HAL
open science

Apport de l'analyse économique au droit du déséquilibre significatif dans les relations commerciales

Jeanne Cremers

► **To cite this version:**

Jeanne Cremers. Apport de l'analyse économique au droit du déséquilibre significatif dans les relations commerciales. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2023. Français. NNT : 2023PA01D027 . tel-04550987

HAL Id: tel-04550987

<https://theses.hal.science/tel-04550987>

Submitted on 18 Apr 2024

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 PARIS 1 PANTHÉON-SORBONNE

En droit privé et sciences criminelles

Institut de recherche juridique de la Sorbonne

APPORT DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE AU DROIT DU
DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF DANS LES RELATIONS
COMMERCIALES

Jeanne CREMERS

Soutenue le 28 novembre 2023

Sous la direction de **Madame Martine BEHAR-TOUCHAIS** et la direction de **Monsieur
Bruno DEFFAINS**

Devant un jury composé de

Monsieur Laurent BENZONI
Université Panthéon-Assas

Président du jury

Madame Martine BEHAR-TOUCHAIS
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Directeur de thèse

Monsieur Bruno DEFFAINS
Université Panthéon-Assas

Directeur de thèse

Madame Muriel CHAGNY
Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines

Rapporteur

Monsieur Cyril GRIMALDI
Université Sorbonne Paris-Nord

Rapporteur

L'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Au terme de cette thèse, je souhaite remercier tous ceux qui ont participé, de près ou de loin, à la réalisation de ce travail, fastidieux, parfois solitaire, et finalement très enrichissant.

Tout d'abord, j'adresse mes plus sincères remerciements à mes directeurs de thèse.

Mme Martine Behar-Touchais, je vous suis éternellement reconnaissante, pour avoir accepté de diriger cette thèse et m'avoir aiguillée, tout au long de ma réflexion. Vos précieuses observations, notamment à travers vos nombreuses relectures, m'ont permis de développer mes connaissances juridiques et d'appréhender, au mieux, la réalisation de cette thèse.

M. Bruno Deffains, je vous suis également reconnaissante pour avoir accepté de diriger cette thèse. Vous avez su susciter dans le cadre de mon parcours, d'abord comme directeur de master puis comme directeur de thèse, l'intérêt, si ce n'est la nécessité, de mêler l'analyse économique et le droit. Vos différentes observations et nos discussions m'ont permis de développer mes connaissances en économie, ce qui m'a, ensuite, permis de nourrir ma réflexion dans le cadre de cette thèse.

Je remercie, également, le cabinet des avocats Freshfields Bruckhaus Deringer, et tout particulièrement Maître Jérôme Philippe et Maître Aude Guyon, Laurence Talamona et les membres de l'équipe concurrence, pour m'avoir acceptée et accompagnée dans le cadre d'une thèse CIFRE. Une telle expérience professionnelle, en parallèle de ma thèse, a été instructive, à plusieurs égards. Elle m'a notamment permis de développer des éléments de réflexion, utiles pour ma thèse, en étant confrontée à des problématiques juridiques au plus près des acteurs économiques.

Je remercie également les différents professionnels du droit, que j'ai pu rencontrer, dans le cadre de plusieurs expériences professionnelles au cours de cette thèse. Je vous remercie pour votre compréhension et votre bienveillance à mon égard.

Enfin, je remercie chaleureusement mes parents, ma sœur, ma famille, Tristan et mes amis pour leur soutien au quotidien et tout particulièrement, dans les derniers jours précédant sa remise. Si le monde du droit est inconnu pour beaucoup d'entre vous, vous avez su m'épauler et me donner tout le courage nécessaire pour arriver au terme de cette expérience.

TABLE DES ABRÉVIATIONS

act. : Actualité	CE : Conseil d'État
AFEC : Association Française d'Étude de la Concurrence	CEDH : Cour Européenne des Droits de l'Homme
AJC : Actualité juridique contrat	cep. : Cependant
AJCA : Actualité juridique contrats d'affaires, concurrence, distribution	CEPC : Commission d'examen des pratiques commerciales
AJDA : Actualité juridique du droit administratif	CGA : Conditions générales d'achat
AJDI : Actualité juridique de droit international	CGV : Conditions générales de vente
al. : Alinéa	Ch. mixte : Chambre mixte
AN : Assemblée nationale	chron. : Chronique
anc. : Ancien	civ. : Civil
ant. : Antérieur	CJCE : Cour de justice des Communautés européennes
art. : Article	CJUE : Cour de justice de l'Union européenne
Ass. Plén. : Assemblée plénière	Code civ. : Code civil
Aut. Conc. : Autorité de la concurrence	Code com. : Code de commerce
BGB : Bürgerliches Gesetzbuch	Code conso. : Code de la consommation
Bibl. : Bibliothèque	Code proc. civ. : Code de procédure civile
BICC : Bulletin d'information de la Cour de cassation	Code proc. civ. exec : Code de procédure civile d'exécution
BOCCRF: Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes	Code proc. pén. : Code de procédure pénale
Bull. civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation	Collab. : Collaboration
CA : Cour d'appel	coll. : Collection
Cah. : Cahier	col. : Colloque
Cass. : Cour de cassation	com. : Commercial
Cass. civ. 1: Première chambre civile de la Cour de cassation	comm. : Commentaire
Cass. com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation	comp. : Comparer
Cass. crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation	conc. : Concurrence
Cass. soc. : Chambre sociale de la Cour de cassation	concl. : Conclusions
CCC : Contrat concurrence consommation	conf. : Conférence
CDFUE : Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne	conso. : Consommation
	Conseil conc. : Conseil de la concurrence
	Conseil constit. : Conseil constitutionnel
	consid. : Considérant
	D. : Recueil Dalloz
	D. act. : Dalloz Actualité
	D. aff. : Dalloz Affaires
	DDHC : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

Décr. : Décret
Déc. : Décision
DGCCRF : Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
DH : Dalloz hebdomadaire
Dir. : Sous la direction
doctr. : Doctrine
dispo. : Disponible
Doss. : Dossier
Dr. et. Proc. : Revue Droit et procédures
Dr. soc. : Revue Droit social

Éd. : Édition
égal. : Également
Ét. : Étude
et alii : Et autres
et s. : Et suivants
ex. : Exemple

Fac. : Faculté
fasc. : Fascicule
form. : Formule

Gaz. Pal. : Gazette du Palais
gén. : Général ou généralement

ibid. : Ibidem (au même endroit)
infra : Ci-dessous
interv. : Intervention
IRJS : Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne

JCl. : Juris-Classeur (encyclopédie)
JCl. civ. : Juris-Classeur civil
JCl. com. : Juris-Classeur commercial
JCl. conc.-cons. : Juris-Classeur concurrence-consommation
JCl. contr.-distrib. : Juris-Classeur contrats-distribution
JCl. contr. et obl. : Juris-Classeur contrats et obligations
JCl. lois pén. spéc. : Juris-Classeur lois pénales spéciales
JCl. notarial : Juris-Classeur notarial

JCl. pén. : Juris-Classeur pénal
JCl. proc. civ. : Juris-Classeur procédure civile
JCl. resp. civ. et ass. : Juris-Classeur responsabilité civile et assurances
JCP A : Juris-Classeur Périodique, édition Administrations et Collectivités territoriales
JCP E: Semaine juridique édition Entreprises et affaires
JCP G : Semaine juridique édition Générale
JCP N : Semaine juridique édition Notariale
JDS : Journal des sociétés
JO : Journal officiel
JOAN : Journal officiel de l'Assemblée nationale
JOCE : Journal officiel des Communautés européennes
JOUE : Journal officiel de l'Union européenne

LDPA : Lamy droit public des affaires
LEDC : L'essentiel Droit des contrats
LEDICO : L'essentiel Droit de la distribution et de la concurrence
Lettre distrib. : Lettre de la distribution
LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA : Les Petites Affiches

MDD : Marque de distributeur
Mél. : Mélanges

n° : Numéro(s)
ndbp : Note de bas de page
néan. : Néanmoins
not. : Notamment
nvx. : Nouveau
num. : Numéro

obs. : Observation
OCDE : Organisation de coopération et de développements économiques

Opp. : Opposition
 Op. cit. : Opus citatum (œuvre déjà citée)
 Ordo. : Ordonnance
 ouvr. : Ouvrage

 p. : Page
 parag. ou § : Paragraphe
 préc. : Précité
 Préf. : Préface
 Prés. : Président
 pt. : Point
 PUF : Presses Universitaires de France

 QPC : Question prioritaire de
 constitutionnalité

 Rapp. : Rapport
 RCA : Responsabilité civile et Assurances
 RDA : Revue de Droit d'Assas
 RDC : Revue des contrats
 Recomm. : Recommandation
 REDC : Revue européenne de droit de la
 consommation
 Rééd. : Réédition
 ref. : Référence (à)
 Régl. : Règlement
 Rép. : Répertoire ;
 Rép. dr. civ. : Répertoire de droit civil
 Dalloz
 Rép. dr. com. : Répertoire de droit
 commercial Dalloz
 Rép. dr. pén. et proc. pén. : Répertoire de
 droit pénal et procédure pénale Dalloz
 Rép. proc. civ. : Répertoire de procédure
 civile Dalloz
 Req. : Chambre des Requêtes
 Resp. civ. et ass. : Responsabilité civile et
 assurances
 Rev. conc. cons. : Revue concurrence
 consommation
 Rev. crit. DIP : Revue critique de droit
 international privé
 Rev. crit. législ. et jurispr. : Revue critique
 de législation et de jurisprudence

Rev. Eur. : Revue Europe
 Rev. soc. : Revue des sociétés
 RFA : Remise de fin d'année
 RFDA : Revue française de droit
 administratif
 RIDC : Revue internationale de droit
 comparé
 RID. éco. : Revue internationale de droit
 économique
 RJC : Revue de jurisprudence commerciale
 RJDA : Revue de Jurisprudence de droit
 des affaires
 RJS : Revue de jurisprudence sociale
 RLC : Revue Lamy Droit de la
 Concurrence
 RLDA : Revue Lamy Droit des Affaires
 RLDC : Revue Lamy Droit Civil
 RRJ : Revue de Recherche Juridique
 RTD Civ. : Revue trimestrielle de droit
 civil
 RTD Com. : Revue trimestrielle de droit
 commercial
 RTD Eur. : Revue trimestrielle de droit
 européen

 s. : sens
 Sc. : Science(s)
 somm. : Sommaire
 spéc. : Spécialement
 ss. : Sous
 supra : Au-dessus

 t. : Tome
 T. : Titre
 TC : Tribunal de commerce
 TGI : Tribunal de grande instance
 th. : Thèse
 trad. : Traduction

 Univ. : Université

 V. : Voir
 Vol. : Volume

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS	3
TABLE DES ABRÉVIATIONS	4
INTRODUCTION GÉNÉRALE	9
PREMIÈRE PARTIE – LES CRITÈRES ÉTABLISSANT LA PRATIQUE DU DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF	43
CHAPITRE PREMIER – LE FAIT DE SOUMETTRE OU DE TENTER DE SOUMETTRE L’AUTRE PARTIE	43
<i>Introduction</i>	43
<i>Section I – La création du critère du pouvoir de soumission entre les parties</i>	49
<i>Section II – L’exercice du pouvoir de soumission à travers la démonstration d’une soumission effective</i>	171
CHAPITRE SECOND - LA RECHERCHE SUBSEQUENTE DES OBLIGATIONS CREANT UN DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF DANS LES DROITS ET OBLIGATIONS DES PARTIES	247
<i>Introduction</i>	247
<i>Section I – Promouvoir une analyse juridique de l’équilibre contractuel plus réaliste à travers les critères d’équité juridique et d’efficacité économique</i>	265
<i>Section II – La prise en compte nécessaire des effets des pratiques dans l’analyse juridique du déséquilibre significatif</i>	315
SECONDE PARTIE – LA MISE EN ŒUVRE JURIDIQUE DE LA SANCTION DU DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF	355
INTRODUCTION	355
CHAPITRE PREMIER – L’INTERVENTION ETATIQUE DANS LA SPHERE CONTRACTUELLE DOIT ETRE LEGITIME	361
<i>Section I - La nécessité de justifier et vérifier l’efficacité de l’intervention du juge dans la sphère contractuelle</i>	362
<i>Section II - La nécessité de justifier et vérifier l’efficacité de l’intervention de l’autorité publique dans la sphère contractuelle</i>	397

CHAPITRE SECOND - LA MISE EN ŒUVRE PRATIQUE D'UNE SANCTION EFFICACE EN MATIERE DE DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF.....	415
<i>Section I - Le prononcé d'une sanction judiciaire dans la sphère contractuelle doit être efficace.....</i>	<i>416</i>
<i>Section II - La poursuite pratique des objectifs juridiques de manière efficace.....</i>	<i>449</i>
CONCLUSION GÉNÉRALE	539
INDEX ALPHABÉTIQUE	545
BIBLIOGRAPHIE ET JURISPRUDENCE	558
TABLE DES MATIÈRES.....	593

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« Les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois » ; « elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites » ; « au lieu de changer les lois, il est presque toujours plus utile de présenter aux citoyens de nouveaux motifs de les aimer »¹.

1. *La notion de déséquilibre dans le contrat.* Malgré sa présence en droit français depuis de nombreuses années, le contrôle du déséquilibre dans le contrat suscite encore aujourd'hui d'importantes réactions. Le déséquilibre se définit, bien souvent, par son contraire, l'équilibre². En effet, le déséquilibre n'est autre qu'une absence d'équilibre ou une perte de l'équilibre³. Il s'agit, en ce sens, de déterminer en quoi consiste l'équilibre. Là encore, la compréhension de ce terme n'offre pas plus de certitude. Celui-ci provient du latin *aequilibrium*, renvoyant à *aequus*, qui signifie égal, et à *libra*, qui signifie balance, poids⁴. L'équilibre se définit, notamment, comme « *l'état d'un corps sollicité par deux ou un plus grand nombre de forces qui s'entre-détruisent, ou qui s'annulent sur une résistance* »⁵. Au-delà d'une confrontation des forces, la définition de l'équilibre renverrait à la « *juste répartition des éléments d'un tout* »⁶, la « *juste proportion entre des choses opposées* »⁷. Le terme « juste » se définit comme celui « *qui a le souci de la justice, qui respecte le droit et l'équité* »⁸. L'équité se définit comme le « *caractère de ce qui est fait avec justice et impartialité* »⁹, ou encore, la « *justice fondée sur l'égalité ; devoir de rendre à chacun le sien ; effort pour rétablir l'égalité en traitant inégalement des choses inégales* »¹⁰. Ainsi, « rétablir l'équilibre » conduirait à « *rendre les choses égales* »¹¹. À l'instar d'une balance en équilibre, les poids respectifs sont égaux car ils se situent au même niveau. L'absence d'équilibre, soit le déséquilibre, renverrait à un état où des poids, ou encore des forces, conduisent à une répartition injuste, aussi entendue comme inégalitaire, des éléments d'un tout. C'est bien cette notion qui a volontairement été choisie par le législateur pour contrôler et analyser le contrat et son contenu.

En analysant la notion de déséquilibre contractuel, on comprend qu'elle a pu être assimilée à d'autres notions, plus anciennes, visant le contenu contractuel et ayant elles-mêmes suscité de

¹ J.E.M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil* (extrait de ce discours, présenté le 1^{er} pluviôse an IX), 1801.

² V. égal. S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, th. droit, Université de Montpellier, 2018, §4.

³ Dictionnaires en ligne, Larousse et Le Robert.

⁴ Dictionnaire en ligne, Larousse.

⁵ Dicocitations, équilibre, dispo. sur le site : www.lemonde.fr.

⁶ Dictionnaire en ligne, Larousse.

⁷ Dictionnaire en ligne, Le Robert.

⁸ Dictionnaire en ligne, Larousse.

⁹ Dictionnaire en ligne, Larousse.

¹⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, 2022.

¹¹ Dictionnaire en ligne, Le Robert.

nombreux débats, telles que la lésion¹² ou encore la cause¹³. La lésion renvoie à une absence d'équivalence économique, à une inégalité de valeur entre les prestations des parties au contrat¹⁴. La cause renvoie à une contrepartie attendue de la part de l'autre partie ; elle réside dans l'obligation de l'autre¹⁵. L'absence de cause manifesterait l'absence d'intérêt à contracter puisque la contrepartie attendue n'est pas obtenue¹⁶. Dès lors, le législateur s'est interrogé sur ce qui pouvait amener un acteur économique à signer un contrat déséquilibré, dont le contenu ne démontrerait pas une « juste répartition des éléments » à son détriment, et pour lequel il serait nécessaire de « rendre à chacun le sien ». Or, si le contrat a été signé entre les parties, il semble qu'elles sont, *a priori*, satisfaites de son contenu, y compris s'il est déséquilibré. Il apparaît néanmoins que dans certaines situations, la volonté d'une partie n'a pas pu être exprimée de manière libre et effective, soit lors de la détermination du contenu contractuel¹⁷, soit parce qu'elle a été contrainte par l'autre partie¹⁸, soit parce qu'elle ne disposait pas de la capacité à la faire valoir de manière effective puisqu'elle était limitée par ses connaissances¹⁹. On comprend que l'analyse de la volonté des parties, lors de la définition du contenu contractuel, est déterminante pour justifier un contrôle de l'équilibre contractuel²⁰. La cause témoigne de l'expression de la volonté individuelle et subjective d'une partie. La lésion qualifiée renverrait également à l'existence d'un comportement déloyal conduisant à déséquilibrer le contenu du contrat²¹. Ainsi, dans certaines situations, le déséquilibre contractuel ne serait pas souhaité par l'ensemble des parties et résulterait de l'absence d'expression libre et effective de la volonté de l'une d'elles lors de la détermination du contenu contractuel, où une partie parvient à s'avantager significativement au détriment de l'autre.

2. *Le contrôle du déséquilibre contractuel, un contrôle qui se veut conditionné.* Le législateur a permis à l'État et au juge d'intervenir dans la sphère contractuelle pour protéger la partie qui ne pouvait pas exprimer librement et effectivement sa volonté lors de la détermination

¹² D. MAZEAUD, mis à jour par M. LATINA, « Lésion », *Répert. droit civ.*, Dalloz, avril 2018, §40.

¹³ D. HOUTCIEFF, « La cause et le déséquilibre », *Gaz. Pal.*, 8 janv. 2019, p. 27 ; D. MAZEAUD, mis à jour par M. LATINA, « Lésion », *Répert. droit civ.*, avril 2018, §50 et s.

¹⁴ D. MAZEAUD, mis à jour par M. LATINA, « Lésion », *Répert. droit civ.*, Dalloz, avril 2018, §2.

¹⁵ J. ROCHFELD, « Cause », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, septembre 2012 (actualisation juillet 2022), §25 ; V. égal. Cass. com. 9 juin 2009, n° 08-11.420.

¹⁶ Code civ. art. 1131, version en vigueur du 21 mars 1804 au 01 octobre 2016, créée par la loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804 : « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet. » ; v. en ce s. J. ROCHFELD, « Cause », *Répert. droit civ.*, Dalloz, septembre 2012 (actualisation : juillet 2022), §29 ; not. néan. que la notion d'intérêt a également soulevé de nombreuses critiques car elle était jugée trop abstraite : E. MOUIAL BASSILANA, « Fasc. 730 : Le déséquilibre significatif. Article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », *JurisClasseur Concurrence – Consommation*, Lexis360, 7 juillet 2015, §5.

¹⁷ Le déséquilibre significatif est sanctionné dans le Code civ. à l'art. 1171 en présence d'un « contrat d'adhésion » défini à l'art. 1110 comme celui qui « comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ».

¹⁸ Le déséquilibre significatif est sanctionné dans le Code com. à l'art. L.442-1, I, 2° à travers le fait « de soumettre ou de tenter de soumettre » l'autre partie, ce qui renvoie, d'après la jurisprudence, à « l'absence de négociation effective » (Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823).

¹⁹ Le déséquilibre est sanctionné dans le Code de la conso. à l'art. L.212-1 en présence d'un consommateur ou non-professionnel réputé « peu ou mal informé » de ses droits. (S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, th. droit, Université Montpellier, 2018, §5).

²⁰ D. MAZEAUD, mis à jour par M. LATINA, « Lésion », *ibid.*, §40 ; S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, th. droit, Université Montpellier, 2018, §5.

²¹ D. MAZEAUD, mis à jour par M. LATINA, « Lésion », *ibid.*, §8.

du contenu contractuel. Il s'agirait uniquement de protéger une partie au contrat contre les abus de l'autre partie²². Par l'introduction de ce mécanisme de contrôle, le législateur a entendu protéger la partie présumée en position de faiblesse, jugée ainsi vulnérable, face aux abus de son partenaire²³. En effet, le « *propre de la faiblesse est de supposer ou de craindre la force* »²⁴. Comme le retient Mme L. MOLINA, il s'en déduit que « *David contracte avec Goliath et perd, de ce fait, sa faculté de participer à l'élaboration du contrat* »²⁵. Si la partie puissante ne permet pas à la partie faible d'exprimer librement et effectivement sa volonté lors de la détermination du contenu contractuel, le législateur entend contrôler l'équilibre contractuel. Ainsi, ce contrôle étatique se justifierait uniquement par la nécessité de protéger le faible contre le fort, comme le retient une grande partie de la doctrine. Il s'agirait même de la « *raison d'être du droit* »²⁶, et notamment du droit de la concurrence contrôlant les pratiques abusives des puissants sur le marché. C'est bien une telle situation qui a justifié que le législateur octroie un pouvoir d'action à l'autorité publique en matière de déséquilibre contractuel, sous couvert de la protection de l'ordre public économique. Ainsi, le législateur a jugé nécessaire de permettre à cette autorité d'intervenir dans le champ contractuel afin de protéger des acteurs qui ne sont pas en mesure de se protéger seuls²⁷. Cette intervention publique dans la sphère contractuelle, décrite sous certains aspects²⁸, conduit à un important dirigisme étatique²⁹. Certains ont pu craindre, à raison, que la pratique de déséquilibre significatif devienne un « *outil de police économique* »³⁰ dans les mains de l'autorité publique. Si le déséquilibre contractuel ressort de la volonté libre et effective de l'ensemble des parties, aucune d'elles n'a besoin de protection, ni *a priori* de le contrôler, ni même de le sanctionner. En son absence, le législateur autorise la recherche d'une forme d'équité, si ce n'est d'une égalité, dans la détermination des droits et obligations attribués à chaque partie au contrat. Or, tout déséquilibre contractuel ne saurait, en principe, être

²² D. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 3, 2^e vol., 1^{re} partie, Principaux contrats : Vente et échange, 7^e éd., 1987, par DE JUGLART, *Montchrestien*, n° 751, n° 1030, repris par C. CAILLÉ, « Échange », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janvier 2015 (actu. juillet 2022), §60 ; J. ROCHFELD, « Protection du consommateur - Pratiques commerciales déloyales ou trompeuses », *RTD civ.*, 2008, p. 732 ; M. MALAURIE-VIGNAL, « La LME affirme la liberté de négociation et sanctionne le déséquilibre significatif », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 10, octobre 2008, comm. 238.

²³ D. MAZEAUD, T. GENICON, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC*, 2012, p. 276 ; K. RIERA-THIEBAULT, A. COVILLARD, « La notion de déséquilibre significatif visée à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce : un nouveau droit des clauses abusives entre professionnels ? », *Gaz. Pal.*, 14 févr. 2013 ; N. BLANC, « L'équilibre du contrat d'adhésion », *RDC*, 2019, p. 155 ; M. LATINA, « Les mauvais coups portés par la chambre commerciale de la Cour de cassation à la lutte contre les clauses abusives », *RDC*, juin 2022, p. 10.

²⁴ Marquis de Sade, *Justine ou les malheurs de la vertu*, 1791.

²⁵ L. MOLINA, « Qui dit négociable, dit juste : le déséquilibre significatif en droit commercial », à propos de Cass. com., 7 juill. 2021, n° 19-22807 et 19-22956, Sté MMA Iard assurances mutuelles et a. c/ Sté Delta Security Solutions et a., F-D, *LEDC*, oct. 2021, p. 1.

²⁶ C. L. DE LEYSSAS, M. CHAGNY, « Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique », *RDC*, 2009, n° RDCO2009-3-058, p. 1268.

²⁷ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Et si l'action du ministre fondée sur l'article L. 442-6, III, du Code de commerce n'était ni contractuelle, ni délictuelle au sens des règlements Bruxelles I, Rome I et Rome II ? », *RDC*, 2015, p. 889.

²⁸ C. L. DE LEYSSAS, M. CHAGNY, « Le droit des contrats... », *ibid.*, p. 1268 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « De l'oubli par les juges du caractère d'action publique répressive de l'action du ministre », *LEDICO*, février 2022, p.4 ; C. GRIMALDI, « Les rôles du ministre de l'Économie dans la lutte contre les pratiques restrictives de concurrence », *Revue lamy de la concurrence*, n°113, février 2022.

²⁹ C. L. DE LEYSSAS, M. CHAGNY, « Le droit des contrats... », *ibid.*, p. 1268.

³⁰ E. GICQUIAUD, « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », *RTD com.*, 2014, p. 267, §29.

sanctionné, puisqu'il est également exigé que le déséquilibre soit significatif. Seul un déséquilibre d'une certaine intensité doit être démontré. Cependant, en pratique, cette démonstration est peu vérifiée par les juges alors qu'il s'agit pourtant d'un filtre majeur pour sanctionner la pratique.

Pour autant, si le contrôle du déséquilibre significatif apparaît *a priori* encadré, des questionnements, des contestations et des inquiétudes persistent quant à son application, malgré une présence en droit français depuis plus d'une vingtaine d'années³¹.

3. *Le contrôle du déséquilibre contractuel significatif, un contrôle perfectible.* Le contrôle de l'équilibre contractuel par l'État, et le juge, a fait l'objet de nombreuses critiques notamment en raison de son atteinte à la liberté contractuelle, à l'autonomie de la volonté ou encore à la sécurité juridique. De nombreux acteurs se sont fondés sur ces arguments pour s'opposer à un contrôle de l'équilibre contractuel par l'État, que ce soit *via* l'intervention du législateur, du juge ou encore de l'autorité publique. Ces arguments n'ont pas convaincu, d'une part, car leur démonstration n'était pas suffisante et d'autre part, car ce contrôle poursuivait des fins politiques, jugées impératives, comme nous le verrons ultérieurement. Ainsi, le législateur a progressivement intégré le contrôle de l'équilibre contractuel dans différents pans du droit français. Ce contrôle restait néanmoins admis en pratique, dès lors qu'il visait la protection de la loyauté dans les négociations contractuelles et la lutte contre les abus de la partie forte au détriment de la partie faible (I).

Si l'intervention de l'État dans la sphère contractuelle ne semble plus, à présent, être débattue (à nuancer pour l'intervention de l'autorité publique), des critiques persistent quant à son efficacité. En effet, nous verrons que le législateur ne cesse d'accroître l'encadrement, le contrôle et, le cas échéant, les sanctions en cas de non-respect des exigences étatiques quant à la conclusion, la détermination du contenu et l'exécution du contrat. Par ailleurs, l'analyse de la jurisprudence, en droit positif, peut démontrer une appréciation biaisée et irrégulière du fonctionnement économique d'un contrat, malgré la compétence réservée à certaines juridictions. Or, le juge, tiers au contrat, voit sa capacité limitée pour vérifier de manière réaliste les comportements des parties lors de la détermination du contenu contractuel et son résultat, à travers l'existence d'un déséquilibre contractuel significatif. Par ailleurs, le rejet de la prise en compte des éléments économiques, pourtant consubstantiels au fonctionnement d'un contrat sur un marché, ne permet pas de fournir une analyse réaliste de la pratique illicite. Si l'analyse judiciaire n'est pas réaliste, elle peut conduire à sanctionner une partie qui n'aurait pas dû l'être,

³¹ G. GRIMALDI, « Que reste-t-il de la liberté contractuelle (à propos du Titre IV du Livre IV du Code de commerce) ? », *Recueil Dalloz*, 2023, p. 652 : « S'agissant des règles qui affectent l'échange contractuel, elles ne sont pas plus rassurantes. On pense évidemment au premier chef au double dispositif de contrôle des déséquilibres (art. 1. 442-1, i, 1° et 2°), qui porte notamment sur la lésion. Mais ce sont véritablement les critères du contrôle qui méritent l'improbation. Ils sont de fait si fuyants que nul ne peut aujourd'hui être assuré de la conformité à ces exigences du contrat qu'il conclut. [...] ce sont les sujets de droit qui pâtissent les premiers de la médiocrité du titre IV du livre IV. » ; v. égal. Commission *ad hoc* présidée par M. NUSSENBAUM, « Le contrôle judiciaire du prix », *Rapport du club des juristes*, octobre 2021, p. 9.

et finalement, à protéger une partie qui n'aurait pas dû l'être. C'est pourtant dans un tel contexte que le législateur ne cesse d'accroître les contraintes législatives reposant sur les acteurs économiques. Le contrôle du contrat est de plus en plus marquant en droit français, sans que les limites, autrefois exposées et justifiant l'encadrement législatif, judiciaire et administratif, ne semblent être suffisamment prises en compte, aujourd'hui, par l'État. Les acteurs économiques peinent à comprendre et donc à mettre en œuvre, de manière effective, cet encadrement juridique exponentiel, où l'efficacité et le réalisme économiques semblent être secondaires. Dans de telles circonstances, on peut se demander si les droits des entreprises, et notamment la liberté contractuelle, sont toujours garantis (II).

Ainsi, il apparaît d'autant plus déterminant de marquer un temps d'arrêt dans cette multiplication législative, de prendre du recul sur ces mesures et de s'interroger sur leur efficacité. Si la volonté du législateur, puis du juge, est bien de lutter contre les comportements abusifs de la partie forte, jugés nocifs pour le bon fonctionnement de l'économie, il convient de s'assurer que cet objectif, légitime, est poursuivi de manière efficace. Comme le retenait PORTALIS lors du projet du Code civil, « *en corrigeant un abus, il faut encore voir les dangers de la correction même* »³². À défaut, le Droit pourrait produire plus d'effets nocifs que positifs pour le bon fonctionnement du marché, objectif qui sous-tend pourtant le droit de la concurrence et notamment le droit des pratiques restrictives de concurrence³³. Nous nous sommes interrogés sur les outils pouvant être utilisés pour déterminer l'efficacité du droit positif en matière de déséquilibre significatif. Nous nous sommes alors intéressés à l'analyse économique du droit, spécialisée dans l'étude des comportements entre acteurs économiques sur un marché. Cette analyse fournit des outils intéressants pour parvenir à une appréciation plus réaliste des comportements abusifs. En appréhendant de manière plus réaliste ces comportements, le juge offrirait aux acteurs économiques des clés de compréhension plus accessibles pour anticiper des comportements illicites et, ainsi, prévenir les dommages. L'analyse économique propose également des pistes d'amélioration du droit en matière de sanction. La confrontation de l'analyse juridique et de l'analyse économique nous permettra, *in fine*, de dégager des propositions d'amélioration du droit du déséquilibre significatif. En effet, la loi ne saurait être appliquée si elle n'est pas comprise comme juste pour ceux à qui elle s'applique³⁴ (III).

I. L'intégration progressive du contrôle de l'équilibre contractuel en droit français

4. *L'opposition à la liberté contractuelle.* La liberté contractuelle est protégée constitutionnellement par le biais de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du

³² J.E.M. PORTALIS, Discours préliminaire sur le projet de code civil (extrait de ce discours, présenté le 1^{er} pluviôse an IX).

³³ Commission *ad hoc* sous la présidence de G. CANIVET et F. JENNY, « Pour une réforme du droit de la concurrence », *Rapport club des juristes*, Annexe 3 - Contributions, « Contribution sur le Titre IV du Livre IV du Code de commerce » par M. CHAGNY, p. 143.

³⁴ J.E.M. PORTALIS, Discours préliminaire sur le projet de code civil (extrait de ce discours, présenté le 1^{er} pluviôse an IX).

citoyen³⁵. Cette protection constitutionnelle n'a, pour autant, jamais constitué un obstacle suffisant au législateur pour y déroger. Il doit toutefois justifier d'un but d'intérêt général et s'assurer que les atteintes sont proportionnées au but recherché³⁶. La liberté contractuelle des parties prend plusieurs formes : elle renvoie à la liberté de contracter ou non, de choisir son cocontractant et enfin de façonner le contenu du contrat conformément à leur volonté. L'expression de la volonté des cocontractants doit être différenciée du consentement, également nécessaire pour conclure un contrat³⁷. L'article 1101 du Code civil définit le contrat comme « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ». Le terme « contrat » provient du latin *contractus* qui dérive de *contrahere*, signifiant rassembler ou réunir³⁸. Les Romains ont ainsi fondé le contrat, dès le premier siècle de notre ère, sur une *conventio*, c'est-à-dire un accord de volontés³⁹. Lors de la création du Code civil, le contrat était particulièrement marqué par une forme d'individualisme⁴⁰. Puisque les cocontractants étaient parvenus à un accord conduisant à la signature du contrat, ledit accord était nécessairement conforme à leurs intérêts. Cette conception a été remise en cause du fait des inégalités des pouvoirs de négociation des cocontractants, justifiant ainsi une intervention étatique par le législateur, le juge et même l'autorité publique. En effet, si la partie forte peut user de sa liberté contractuelle en déterminant librement le contenu contractuel, celle de la partie faible ne doit pas être virtuelle⁴¹. Ainsi, la liberté contractuelle ne vaut que dans l'espace qui lui est offert par la loi⁴², et elle est limitée par les impératifs d'ordre public. Or, l'ordre public, initialement politique, s'est étendu en intégrant une dimension économique et sociale en raison des évolutions sociétales mettant en évidence la nécessité de protéger les acteurs économiques en position de faiblesse. Dès lors, le législateur a entendu contrôler le contenu contractuel et ainsi limiter la liberté contractuelle de la partie forte. Il s'agit d'interdire des clauses jugées abusives, mais le juge se dote d'un pouvoir plus étendu. En effet, il peut imposer un nouveau contenu contractuel aux parties, conduisant notamment à un « *forçage du contrat* »⁴³. Dans un tel contexte, la notion même de contrat, comme rencontre des volontés, a pu être remise en cause. Notons toutefois que cette notion est également remise en question lorsqu'une partie a abusé de sa puissance pour définir seule le contenu contractuel⁴⁴. Cet accroissement de l'interventionnisme étatique a pu soulever, et soulève encore, d'importants débats entre les partisans d'une conception volontariste ou libérale

³⁵ Conseil constit., décision n°2000-437, 19 décembre 2000, relative à la loi de financement de la sécurité sociale pour 2001 ; v. en ce s. A. DUFFY-MEUNIER, « La constitutionnalisation de la liberté contractuelle », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2006, n° 6, p.1569-1600.

³⁶ M. LATINA, « Contrat : généralités », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2017 (actu. avril 2023), §101.

³⁷ M. LATINA, « Contrat : généralités ... », *ibid.*, §103.

³⁸ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET., « La formation du contrat », *Lextenso*, nov. 2013, §40.

³⁹ M. LATINA, « Contrat : généralités ... », *op. cit.*, §162.

⁴⁰ M. LATINA, « Contrat : généralités ... », *op. cit.*, §108.

⁴¹ C. L. DE LEYSSAS, M. CHAGNY, « Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique », *RDC*, 2009, p. 1268.

⁴² Code civ., art. 1102 : « 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. ».

⁴³ L. JOSSERAND, « Le contrat dirigé », *DH*, 1933, p. 89.

⁴⁴ M. LATINA, « Contrat : généralités... », *op. cit.*, §108 et 109.

et ceux privilégiant une conception sociale, solidariste ou encore « commutative » du contrat⁴⁵. Ces derniers mettent en évidence la nécessité de privilégier la bonne foi dans les relations contractuelles, qui a, sous leur impulsion, fait l'objet d'une importance accrue en droit commun⁴⁶. La bonne foi participe, en effet, à l'impératif de justice contractuelle. Elle s'impose à présent à chaque étape de la relation contractuelle⁴⁷, et son absence peut être sanctionnée⁴⁸.

5. *L'opposition à l'autonomie de la volonté.* L'autonomie de la volonté renvoie à la capacité des individus à se doter de leur propre loi⁴⁹. Ils sont, *a priori*, libres de décider seuls quand et à quoi ils s'engagent. Cette théorie est étroitement liée à la conception individualiste du contrat et au libéralisme économique⁵⁰. En effet, les acteurs économiques décident librement de s'engager dans un contenu contractuel parce qu'ils y trouvent nécessairement un intérêt. En faisant du contrat la loi des parties, le législateur lui a accordé une certaine « grandeur » ou « majesté »⁵¹. Or, ce serait sous l'impulsion de DOMAT, s'inspirant du Digeste, que ce lien entre contrat et loi aurait été établi, puis repris par les rédacteurs du Code civil de 1804⁵². L'État, donc le juge, est obligé, selon ce principe, de respecter la volonté des cocontractants, soit la loi voulue par les parties. Toutefois, le Conseil constitutionnel a minimisé la portée de l'autonomie de la volonté en refusant de l'ériger au rang de principe à valeur constitutionnelle⁵³.

Ainsi, le contrat est bien la loi des parties dès lors qu'elles l'ont librement choisi. Comme le retient A. FOUILLEE, d'après son célèbre adage, « *qui dit contractuel dit juste* ». Or, cet adage ne vaut que lorsque le contrat a été conclu de manière juste, ce qui implique que chaque partie a pu librement exprimer sa volonté⁵⁴. En ce sens également, le Professeur J. GHESTIN a retenu qu'un contrat n'est obligatoire que s'il est juste⁵⁵. C'est parce qu'il s'agit de véritables contrats, où chaque partie a pu librement et effectivement exprimer sa volonté, que leur contenu est nécessairement juste. La seule démonstration d'un consentement ne saurait suffire dans ce cas. Favorable à une justice réparative, A. FOUILLEE recommandait de rétablir les conditions normales du contrat, ce qui implique de lutter contre les inégalités et ainsi de s'assurer que le

⁴⁵ C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, 2003, coll. Thèmes et Documentaires, Dalloz, p. 99 et s.

⁴⁶ M. LATINA, « Contrat : généralités », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2017 (actu. avril 2023), §151.

⁴⁷ Code civ., art. 1104 : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public. » ; ancien art. 1134 (abrogé par ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016, à compter du 1^{er} oct. 2016) : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi. ».

⁴⁸ Par exemple, au-delà du respect de l'article 1104 du Code civil, la loi Egalim 3 du 30 mars 2023 (art. 9) a introduit une nouvelle pratique restrictive de concurrence à l'article L.442-1, 5° qui sanctionne le fait de « ne pas avoir mené de bonne foi les négociations commerciales conformément à l'article L. 441-4, ayant eu pour conséquence de ne pas aboutir à la conclusion d'un contrat dans le respect de la date butoir prévue à l'article L. 441-3 ».

⁴⁹ Code civ., art.1103 : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. ».

⁵⁰ M. LATINA, « Contrat : généralités... », *op. cit.*, §136.

⁵¹ M. L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, sur article 1134 du Code civil, n° 1,1885.

⁵² J.P. CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 al. 1 du code civil », *RTD civ.*, 2001, p. 265, §3.

⁵³ Conseil constit., décision n°97-388 DC, 20 mars 1997, loi créant les plans d'épargne retraite.

⁵⁴ J. F. SPITZ, « « Qui dit contractuel dit juste : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *RTD civ.*, 2007, p. 281.

⁵⁵ J. GHESTIN, *L'utile et le juste dans les contrats*, D., 1982. Chron. 1.

cocontractant dispose du pouvoir de s'opposer s'il le souhaite⁵⁶. Cette justice réparative doit conduire l'État à « *protéger au besoin le faible contre le fort* »⁵⁷. L'État a alors comme devoir d'assurer la justice dans le contrat. En modérant les pouvoirs trop importants de certains acteurs, il s'assure que la partie plus faible au contrat dispose de la liberté effective de le négocier. Le Professeur G. RIPERT retenait « *la déloyauté de la lutte entre les contractants* », car il serait contraire à la morale de « *se livrer à l'odieuse exploitation du prochain* »⁵⁸. De même, FOUILLÉE s'opposait au libéralisme économique, favorable au « *laissez faire, laissez passer* » au nom de la liberté des agents économiques, et estimait, à ce sujet, qu'il ne peut y avoir de liberté en rendant « *autrui esclave de sa volonté* »⁵⁹. De même, le Professeur GHESTIN a estimé que le contrat « *doit être conforme à ses finalités objectives, l'utile et le juste. De la première se déduisent les principes subordonnés de sécurité juridique et de coopération et de la seconde la recherche de l'égalité des prestations par le respect d'une procédure contractuelle effectivement correcte et équitable* »⁶⁰.

Ainsi, la doctrine de l'autonomie de la volonté fait reposer la justice sur le contrat, et non le contrat sur la justice. Cette prise de conscience a donné naissance, en matière juridique, au solidarisme contractuel et à la théorie de l'utile et du juste. Ces doctrines s'opposent à la prééminence de l'autonomie de la volonté des acteurs économiques. Le solidarisme contractuel part du présupposé que les parties au contrat sont bien souvent économiquement inégales. Puisque le contrat ne peut être librement formé, sa force obligatoire doit être remise en cause au profit des plus faibles⁶¹. D'après le solidarisme contractuel, il appartient à la partie forte de tenir compte de la faiblesse de son partenaire, d'agir à son égard avec loyauté et altruisme⁶², voire de lui consentir certains sacrifices⁶³. Par exemple, l'annulation ou la révision du fait d'une lésion vise à restaurer tant l'équilibre contractuel que l'équilibre dans la relation entre une partie puissante et son partenaire jugé plus faible⁶⁴. C'est parce que les parties agissent de manière loyale entre elles qu'elles permettent à chacune de faire valoir sa volonté de manière libre et effective, ce qui devrait, en principe, conduire à un équilibre contractuel⁶⁵.

⁵⁶ J. F. SPITZ, « *Qui dit contractuel dit juste ...* », *op. cit.*, p. 281 : C'est pourquoi, conclut Fouillée, « la société doit veiller à ce que toute minorité, toute servitude, tout excès d'inégalité qui se produit par l'effet fatal des lois de la nature ou des lois sociales elles-mêmes soit supprimé ou allégé dans la mesure du possible » (Fouillée, *La propriété sociale et la démocratie*, p. 129, Paris, 1884 ; p. 148).

⁵⁷ A. FOUILLÉE, *Le socialisme et la sociologie réformatrice*, 4^e ed., Félix Alcan, p. 15.

⁵⁸ G. RIPERT, « La règle morale dans les obligations civiles », *LGDJ*, 4^e ed., 1949, n°70.

⁵⁹ J. F. SPITZ, « *Qui dit contractuel dit juste...* », *op. cit.*, p. 281.

⁶⁰ J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », *Revue d'économie industrielle*, 2000, n°92, p. 81-100.

⁶¹ Cour de cassation, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », interv. M. J. CEDRAS, in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2003, p. 186 et s.

⁶² F. ROUVIÈRE, « La remise en cause du contrat par le juge », in *L'efficacité du contrat*, Gwendoline Lardeux, juin 2010, Aix-en-Provence, p. 41-56 : « Dans le même sens, les standards de la bonne foi, de l'économie du contrat, de la nature de l'obligation ont permis aux doctrines du solidarisme contractuel de s'épanouir et de plaider pour un contrat plus loyal, plus solidaire, plus fraternel. »

⁶³ Cour de cass., « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », interv. M. J. Cédraïn, *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2003, p. 186 et s. Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in « Le contrat au début du XXI^e siècle », Études offertes à J. Ghestin, *L.G.D.J.*, 2001.

⁶⁴ D. MAZEAUD, mis à jour par M. LATINA, « Lésion », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, avril 2018, §29.

⁶⁵ Il s'agit plutôt d'une conception retenue par l'analyse juridique, mais il est également admis, en pratique, que les parties au contrat peuvent librement et effectivement choisir un contrat déséquilibré.

D'après le Professeur Y. PICOD, le devoir de loyauté est un moyen de faire pénétrer la règle morale dans les contrats⁶⁶. En pratique, la loyauté est souvent assimilée à la bonne foi contractuelle⁶⁷. On retrouve ces exigences notamment dans le Code civil⁶⁸. En matière commerciale, le déséquilibre significatif relève désormais, en tant que pratique restrictive de concurrence, des pratiques commerciales déloyales entre entreprises. C'est à travers des négociations loyales (« effectives » au sens de la jurisprudence) que les parties seront en mesure de faire valoir leur volonté lors de la détermination du contenu contractuel⁶⁹. Ainsi, le contrat doit traduire une collaboration entre les parties plutôt qu'un rapport de force.

6. *L'opposition à la sécurité juridique.* Remettre en cause l'existence d'un contrat et son contenu, parfois plusieurs années après son terme, car il apparaît déséquilibré, nuirait à l'impératif de stabilité contractuelle⁷⁰. Le contrat doit rester un outil utile et efficace car prévisible pour les acteurs économiques qui l'utilisent. Admettre une intervention étatique dans la sphère contractuelle, conduisant à modifier son contenu, peut nuire à la nature économique du contrat. Cette intervention pourrait être plus nocive que positive pour l'économie⁷¹. D'une part, le contrat ne serait plus un acte de prévision pour les parties et, d'autre part, les comportements opportunistes visant à contester le contrat *a posteriori* seraient favorisés. Or, une analyse judiciaire biaisée et incomplète du fonctionnement économique du contrat, venant *a posteriori* remettre en cause son contenu, peut d'autant plus nuire à la sécurité juridique des relations contractuelles⁷². Afin d'éviter une telle situation nuisant considérablement à l'utilité des contrats comme outil économique, il convient de limiter ce contrôle étatique uniquement aux cas qui nécessitent son intervention. Ainsi, le législateur n'offre pas au juge la possibilité de contrôler l'équilibre de tous les contrats. Plusieurs limitations ont été introduites pour justifier le contrôle de l'équilibre contractuel. Il importe alors, au nom de la sécurité juridique⁷³, de s'assurer que ces limitations sont bien respectées en pratique.

⁶⁶ Y. PICOD, *Le Devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Th. droit, 1987.

⁶⁷ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.M. SERINET, « La formation du contrat », *Lextenso*, nov. 2013, Titre II, Sous-titre II, Chapitre 3, Section 2, Sous-section 3, §2.

⁶⁸ Code civ., art. 1104 : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public. » ; art.1194 : « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi. ».

⁶⁹ Les trois textes renvoient à un « contexte d'injustice préalable », v. S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, th. Univ. Montpellier, 2018, §13.

⁷⁰ D. MAZEAUD, mis à jour par M. LATINA, « Lésion », *Répert. Droit civ.*, Dalloz, avril 2018, §11.

⁷¹ É. BROUSSEAU, « L'Économiste, le Juriste et le Contrat », à paraître dans *Le Contrat au début du XXI^e siècle ; Mélanges en l'honneur de M. Jacques Ghestin*, sld. M. Fabre-Magnan et C. Jamin, juin 2000, p. 10.

⁷² En matière d'analyse du prix sur le fondement du déséquilibre significatif, v. M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le déséquilibre significatif des contraintes tarifaires imposées par Google sur la plateforme Google Play », *LEDICO* 2022, n°06, p. 4 : « Il serait rassurant que les juges fassent preuve de moins d'empirisme quand ils contrôlent le prix. Il en va de la sécurité juridique qui est une valeur aussi importante que l'équilibre ! » ; v. égal. Commission *ad hoc*, présidée par M. NUSSENBAUM « Le contrôle judiciaire du prix », *Rapport du club des juristes*, octobre 2021, p. 9 et s.

⁷³ Bien que le Conseil constitutionnel ne semble pas vouloir consacrer ce principe comme constitutionnel ; v. en ce s. v. BARBE, « Chapitre 12 – Les droits du justiciable, garanties des libertés fondamentales », *Droit des libertés fondamentales*, Lextenso, août 2023, §274.

Finalement, lorsqu'une partie ne peut pas faire valoir librement et effectivement sa volonté lors de la détermination du contenu contractuel, la liberté contractuelle, l'autonomie de la volonté ou encore la sécurité juridique invoquées par l'autre partie ne sauraient lui être opposées. En effet, leur principe même pourrait être remis en cause lorsqu'une partie forte entend imposer sa volonté à l'autre partie au contrat, jugée plus faible. Dans ces circonstances, le législateur a introduit d'abord la notion de lésion, puis celle de déséquilibre significatif, pour contrôler le contrat et vérifier que les parties ont pu librement et effectivement déterminer son contenu. L'admission d'un tel contrôle a toutefois été progressive dans l'histoire, en raison notamment des trois grandes exigences précitées.

7. *Le contrôle de l'équilibre contractuel : une mise en œuvre historique progressive.* La notion de déséquilibre significatif trouve ses racines dans la lésion. Or, l'analyse de la lésion, en droit français, a toujours conduit à une forme d'attraction-aversion⁷⁴. Fondée sur une justice commutative, la lésion est couramment définie comme le préjudice subi par l'une des parties en raison de l'absence d'égalité des prestations réciproques. Elle se distingue ainsi de l'imprévision⁷⁵. Initialement, le droit romain semblait hostile au contrôle de la lésion, qui était donc strictement limité à certaines situations, comme la vente d'immeuble⁷⁶ ou au bénéfice des mineurs⁷⁷. L'introduction de la règle morale en matière contractuelle en droit français résulterait de l'influence de DIOCLETIEN au sein du Bas-Empire, notamment en raison de motivations d'ordre social, s'étendant ainsi aux majeurs en matière de vente⁷⁸. Le contrôle de la lésion s'est ensuite principalement développé au Moyen Âge, suivant un idéal de justice commutative, également appuyé par la théorie du juste prix introduisant des exigences d'équité et de morale dans les contrats⁷⁹. Le XVI^e siècle s'est ensuite opposé à cette expansion au nom de la sécurité juridique, car cela pouvait remettre en cause l'utilité des contrats. Finalement, au XVIII^e siècle, sous l'impulsion de Pothier, le contrôle de la lésion a été une nouvelle fois favorisé afin de garantir l'équité dans les contrats. Toutefois, cet élan a, par la suite, été réfréné en droit français face à un engouement trop important, obligeant le législateur à intervenir⁸⁰. Ainsi, la loi du 14 fructidor an III (31 août 1795) a supprimé l'action en rescision

⁷⁴ G. CHANTEPIE, « La lésion, entre désir et déni », *AJ Contrat*, 2018, p. 104.

⁷⁵ Code civ., art. 1195 : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. [...] ».

⁷⁶ Commission ad hoc, présidée par M. NUSSEMBAUM, « Le contrôle judiciaire du prix », *Rapport du club des juristes*, octobre 2021, p. 6 ; M. LALONDE, « Le juste prix dans notre droit de la vente », *Les Cahiers de droit*, Volume 1, numéro 1, 1954, p. 63.

⁷⁷ D. MAZEAUD, maj. par M. LATINA, « Lésion », *Répert. droit civ.*, Dalloz, avril 2018, §12.

⁷⁸ D. MAZEAUD, maj. par M. LATINA, « Lésion », *Répert. droit civ.*, Dalloz, avril 2018, §12. Ils expliquent qu'« il s'agissait de protéger les petits propriétaires terriens, les humiliores, qui, sous le poids de l'impôt, étaient contraints de vendre, moyennant des prix infimes, leurs terres aux grands propriétaires fonciers, les potentes. Encore fallait-il, pour que la vente puisse être remise en cause par le vendeur, que la lésion soit énorme, c'est-à-dire que le prix de vente soit inférieur de plus de moitié à la valeur de l'immeuble vendu ».

⁷⁹ D. MAZEAUD, maj. par M. LATINA, « Lésion », *ibid.*, §12.

⁸⁰ D. MAZEAUD, maj. par M. LATINA, « Lésion... », *ibid.*, §12 : « La dépréciation des assignats avait provoqué un engouement certain des vendeurs à crédit pour l'action en rescision pour lésion, tant et si bien que le législateur révolutionnaire, par une loi du 14 fructidor an III, supprima la rescision des ventes d'immeubles. Celle-ci ne fut rétablie que quelques années plus tard par une loi du 19 floréal an VI. ».

pour lésion dans les ventes d'immeubles entre majeurs, ce qui pourrait être dû à l'influence du libéralisme économique⁸¹. Par la suite, les travaux préparatoires donnant lieu au Code civil ont démontré d'importants débats concernant le contrôle de la lésion. Il semblerait que Portalis y ait été favorable en matière de vente immobilière, tenant à faire des principes d'équité et de réciprocité l'âme de tous les contrats⁸². Il a été néanmoins contré par des opposants tels que Berlier, souhaitant préserver la stabilité des contrats et pour lequel le recul de la lésion apparaissait comme une décision sage et réfléchie⁸³. Finalement, le Code Napoléon a privilégié une conception restrictive du rôle de la lésion⁸⁴. Ainsi, l'article 1118 ancien du Code civil énonçait que « *la lésion ne [viciait] les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes* »⁸⁵, ce qui manifestait le rejet d'un contrôle judiciaire de tout équilibre contractuel. Ainsi, la lésion pouvait être invoquée, sous certaines conditions, en matière de vente immobilière sous l'angle de la justice commutative⁸⁶, ou encore en matière de partage au nom de la justice distributive⁸⁷, au profit des mineurs en raison de la faiblesse de leur discernement, et ultérieurement, des majeurs protégés⁸⁸. Lorsque le législateur a pris conscience, comme le retient le Professeur G. CHANTEPIE, que « *au modèle du contrat égalitaire reposant sur le libre accord des parties, a succédé celui du contrat structurellement inégalitaire, fondé sur le consentement de l'un aux conditions de l'autre* »⁸⁹, le contrôle de la lésion s'est accentué. Il a notamment intégré le droit de la consommation à travers la notion de déséquilibre significatif. Ainsi, la loi Scrivener n°78-23 du 10 janvier 1978 prévoyait de contrôler les clauses abusives imposées par un professionnel à des consommateurs ou non-professionnels, du fait d'un abus de sa puissance économique lui conférant un avantage excessif. Le décret n°78-464 du 24 mars 1978 a ensuite encadré son application en listant plusieurs clauses jugées contestables, à l'instar de ce qui était déjà prévu en droit international et européen⁹⁰. On se demandait toutefois si le juge pouvait s'affranchir du décret pour juger une clause abusive. C'est à travers l'arrêt *Lorthoir* (Cass. civ. 1^{re}, 14 mai 1991, n°89-20.999) que la Cour de cassation a offert au juge la possibilité, au sens de l'article 35 de la loi du 10 janvier

⁸¹ P. JOUARY, « La lésion dans le code civil de 1804. Étude sur l'influence du libéralisme économique sur le code civil », *Droits*, vol. 41, n° 1, 2005, p. 103-122, §9.

⁸² D. MAZEAUD, maj. par M. LATINA, « Lésion... », *ibid.*, §12.

⁸³ D. MAZEAUD, mis à jour par M. LATINA, « Lésion... », *ibid.*, §12 ; P. JOUARY, « La lésion dans le code civil de 1804. Étude sur l'influence du libéralisme économique sur le code civil », *Droits*, vol. 41, n°1, 2005, p. 103-122, §26.

⁸⁴ P. JOUARY, « La lésion dans le code civil de 1804. Étude sur l'influence du libéralisme économique sur le code civil », *Droits*, vol. 41, n° 1, 2005, p. 103-122.

⁸⁵ Loi n°1804-02-07 du 17 février 1804.

⁸⁶ Code civ., ancien art. 1674 : « Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value. » Ss. réserve art. 1684 : « Elle n'a pas lieu en toutes ventes qui, d'après la loi, ne peuvent être faites que d'autorité de justice. »

⁸⁷ Code civ., ancien art. 890 : « Pour juger s'il y a eu lésion, on estime les objets suivant leur valeur à l'époque du partage. »

⁸⁸ P. JOUARY, « La lésion dans le code civil de 1804. Étude sur l'influence du libéralisme économique sur le code civil », *Droits*, vol. 41, n° 1, 2005, p. 103-122 ; D. MAZEAUD, mis à jour par M. LATINA, « Lésion », *Répert. droit civ.*, Dalloz, avril 2018, §24.

⁸⁹ G. CHANTEPIE, « La lésion, entre désir et déni », *AJ Contrat*, 2018, p. 104.

⁹⁰ Par ex. pour une liste de pratiques prohibées : v. not. la loi allemande relative aux conditions générales contractuelles du 9 décembre 1976, l'*Unfair Contract Terms Act* de 1977, ou encore la résolution n°76-47 du 16 novembre 1976 par le Conseil de l'Europe ; v. en ce s. G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Déséquilibre significatif », *Répert. droit civ.*, Dalloz, janv. 2022, §2.

1978, de juger abusive une clause qui n'était pourtant pas visée par le décret de 1978. Or, le 5 avril 1993, le Parlement européen a adopté la directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur⁹¹. La directive introduit expressément la notion de déséquilibre significatif dans l'article 3, §1⁹². Le texte européen comporte également une annexe non exhaustive de clauses pouvant être déclarées abusives. La transposition de la directive en droit français a eu lieu par la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats, conduisant à modifier l'article L.132-1 du Code de la consommation pour inclure le critère du déséquilibre significatif, à présent prévu à l'article L.212-1⁹³.

8. *L'introduction du déséquilibre significatif en droit commercial.* Si la nécessité de protéger le consommateur, réputé par nature en position de faiblesse, ne soulevait pas de doutes, le législateur a pu admettre que le déséquilibre des rapports de force existait également dans les relations entre professionnels. En ce sens, l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 entendait sanctionner l'exploitation abusive, entre entreprises, d'un état de dépendance économique. L'objectif du législateur était bien de lutter contre les abus pouvant découler d'un rapport de force déséquilibré entre les parties⁹⁴. Toutefois, la mise en œuvre de cette disposition s'est révélée très difficile en pratique, car il fallait notamment démontrer une atteinte à la concurrence sur le marché⁹⁵. L'abus de dépendance économique n'a donc pas connu le succès escompté⁹⁶, bien que cette pratique soit toujours prévue à l'article L.420-2, al. 2 du Code de commerce. Par la suite, l'abus de dépendance économique a intégré les pratiques restrictives de concurrence, mais cette fois-ci, sans exiger la démonstration d'une atteinte à la concurrence sur le marché⁹⁷. C'est à travers l'article L.442-6, I, 2°, b° qu'était sanctionné un professionnel pour le fait « *d'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il [tenait] un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations*

⁹¹ Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

⁹² « Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat. ».

⁹³ Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

⁹⁴ F. MARTY, F. P. REIS, « Une approche critique du contrôle de l'exercice des pouvoirs privés économiques par l'abus de dépendance économique », *Revue internationale de droit économique*, vol. t. xxvii, n° 4, 2013, p. 579-588 : « Cette notion vise toutes les formes de dépendance qui placent une entreprise sous la domination relative d'une autre, même si l'objectif de départ était de combattre les abus de la grande distribution dans ses rapports avec ses fournisseurs. ».

⁹⁵ Ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, art. 8 : « Est prohibée, dans les mêmes conditions, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises : [...] 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. [...] ». Par l'expression « dans les mêmes conditions », l'article renvoyait à l'article 7 applicable aux ententes et actions concertées « 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 ».

⁹⁶ S. Le GAC-PECH, « Que reste-t-il du principe de liberté contractuelle en droit de la distribution ? », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 4, 26 janvier 2017, p. 1053, p. spé. 9.

⁹⁷ É. BESSON, Rapport n°2327 fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques (n° 2250), Assemblée nationale, 6 avril 2000, T. examen des articles. La loi n°2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques dite « NRE », art. 56.

injustifiées ». Or, plusieurs critères devaient être remplis pour établir une dépendance, rendant difficile sa démonstration⁹⁸. Par ailleurs, il convenait de protéger des acteurs qui, bien que non dépendants de leurs partenaires, pouvaient tout de même subir la puissance d'achat de ces derniers⁹⁹. La pratique prévue par l'article L.442-6, I, 2°, b° a fait l'objet de peu de sanctions, notamment car la notion de dépendance était difficilement établie¹⁰⁰. Elle a donc été remplacée en 2008 par la sanction du déséquilibre significatif, prévue à l'ancien article L.442-6, I, 2°, jugée plus efficace car bien plus large. En 2019, le Code de commerce a fait l'objet de modifications en vue d'une simplification ; la sanction du déséquilibre significatif se trouve à présent à l'article L.442-1, I, 2°¹⁰¹.

L'introduction de la pratique du déséquilibre significatif en droit commercial a fait l'objet de nombreuses réactions, dont des craintes¹⁰² ou encore des scepticismes quant à son efficacité¹⁰³. Or, elle a rapidement été utilisée dans le cadre des célèbres assignations *Novelli*, à l'encontre de pratiques réalisées dans le secteur de la grande distribution, donnant lieu à d'importants arrêts marquant les premières lignes directrices du déséquilibre significatif en matière commerciale¹⁰⁴. À ce jour, le déséquilibre significatif fait partie, après la rupture brutale des relations commerciales établies, des pratiques ayant le plus fait l'objet de décisions, notamment sous l'impulsion des saisines du ministre de l'Économie¹⁰⁵. Le Conseil constitutionnel a validé à plusieurs reprises le droit du déséquilibre significatif en matière commerciale¹⁰⁶. Cette disposition s'inspirait certes du droit de la consommation, mais elle se voulait différente et entendait également prendre ses distances vis-à-vis du droit des pratiques anticoncurrentielles.

⁹⁸ E. MOUIAL BASSILANA, « Fasc. 730 : le déséquilibre significatif. Article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », *JurisClasseur Concurrence – Consommation*, 7 juillet 2015, §1.

⁹⁹ E. BESSON, « Rapport n°2327 ... », *ibid.*

¹⁰⁰ J.P. CHARIE, Rapport n°908 fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi de modernisation de l'économie (n° 842), Assemblée nationale, 22 mai 2008 : « Il demeure, en pratique, très peu appliqué (seules deux décisions auraient été rendues par des juges du fond depuis l'adoption de cette disposition en 2001, selon les indications données par la DGCCRF). En effet, le juge paraît enclin à ne pas donner des notions de dépendance économique ou de puissance d'achat des acceptions différentes de celles retenues dans le cadre du titre II, qui sont assez exigeantes. » V. not. avis n°15-A-06 du 31 mars 2015 relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution et la proposition de loi n°3571 du 15 mars 2016 visant à mieux définir l'abus de dépendance économique.

¹⁰¹ Ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, art. 2.

¹⁰² Ainsi considéré comme un « monstre juridique » (C. LUCAS DE LEYSSAC, M. CHAGNY, « Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique », *RDC*, 2009, p. 1268) ; une « machine à hacher le droit » (M. BEHAR-TOUCHAIS, « Première sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce va-t-il devenir une machine à hacher le droit ? », *RLC*, 2010/23, p. 43 et s).

¹⁰³ Ainsi, considéré comme un « tigre de papier ? » (M. CHAGNY, « L'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations », *Dalloz*, 2011, p. 392) ; une « disposition destinée à avoir peu d'importance, à rester lettre morte ? » (M. MALAURIE-VIGNAL, « La LME affirme la liberté de négociation et sanctionne le déséquilibre significatif », *Contrats, conc. consom.*, oct. 2008, comm. 238.

¹⁰⁴ Cass. com., 3 mars 2015, n°14-10907 ; Cass. com., 3 mars 2015, n°13-27525 ; Cass. com., 29 septembre 2015, n°13-25.043.

¹⁰⁵ Centre du droit de l'entreprise de la Faculté de droit de Montpellier, Bilan des décisions judiciaires civiles et pénales (période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2022). Nombre total de décisions rendues : 38.

¹⁰⁶ Conseil constit., décision n°2010-85 QPC, 13 janv. 2011, Établissements Darty et Fils ; décision n°2018-749 QPC, 30 nov. 2018, Société Interdis et autres.

Ainsi, on retrouve l'esprit de la lésion dans le Code de commerce. En effet, contrairement au Code civil et au Code de la consommation, le contrôle du prix sur le fondement du déséquilibre significatif est admis en droit commercial¹⁰⁷. Néanmoins, le contrôle de l'équilibre contractuel reste limité, puisqu'il ne s'agit pas d'étudier tout déséquilibre contractuel mais seulement ceux qu'on a cherché à imposer. En effet, le législateur a introduit en droit commercial la sanction des soumissions ou tentatives de soumission à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Du fait de cette limitation, le législateur serait, *a priori*, favorable au principe de proportionnalité¹⁰⁸. Pourtant, la pratique démontre que les juges tendent à élargir le contrôle de l'équilibre contractuel, parfois au-delà de ce que prévoit la loi¹⁰⁹. Dans de telles circonstances, la célèbre citation de SALEILLES peut être reprise : « *Le droit tend de plus en plus à faire reposer le contrat sur la justice et non la justice sur le contrat.* »¹¹⁰

9. *Le contrôle de l'équilibre contractuel est également présent dans les droits étrangers et européens.* Plusieurs pays se sont dotés d'une règle de droit visant à sanctionner les déséquilibres contractuels excessifs résultant notamment de l'exploitation d'un rapport de force déséquilibré. Ce contrôle s'applique aux relations contractuelles entre un professionnel et un consommateur ou non-professionnel. De même, certains droits étrangers entendent également contrôler le contenu du contrat dans les relations unissant des professionnels. C'est notamment le cas en droit allemand, sous l'impulsion des juges, qui a introduit, depuis la fin du XX^e siècle, l'exigence de bonne foi contractuelle. En ce sens, le Code civil allemand, aux alinéas 305 et suivants, prévoit un contrôle de l'équilibre contractuel¹¹¹. De même, la loi du 4 avril 2019 a modifié le Code de droit économique belge en introduisant la sanction des clauses abusives dans les contrats entre entreprises. Elle renvoie également à la notion de déséquilibre manifeste¹¹². En droit suisse, l'article 21 du Code suisse des obligations renvoie à l'abus d'une partie, profitant de la faiblesse de son partenaire, pour s'avantager¹¹³. L'article 1118 du Code civil luxembourgeois renvoie, quant à lui, au contrôle de la lésion, résultant de l'exploitation d'une position de force¹¹⁴. En outre, le Code civil du Québec a introduit une certaine moralité contractuelle¹¹⁵. L'article 1406 dudit code dispose à présent que « *la lésion résulte de*

¹⁰⁷ Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547.

¹⁰⁸ D. MAZEAUD, mis à jour par M. LATINA, « Lésion », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, avril 2018, §40 et s.

¹⁰⁹ D. MAZEAUD, mis à jour par M. LATINA, « Lésion... », *ibid.*, §44.

¹¹⁰ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Pichon, 1901, p. 351.

¹¹¹ D. MAZEAUD, mis à jour par M. LATINA, « Lésion... », *op. cit.*, §27 ; F. KUTSCHER-PUIS, « Les enseignements allemands sur le déséquilibre significatif en droit des contrats commerciaux », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 6, juin 2015, étude 7, §1 ; G. MÄSCH, « Un survol du régime du contrat d'adhésion en droit allemand », *RDC*, 2019, p.119.

¹¹² Code de droit économique, art. VI.91/3, §1 : « toute clause d'un contrat conclu entre entreprises est abusive lorsque, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses, elle crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties ».

¹¹³ D. MAZEAUD, mis à jour par M. LATINA, « Lésion ... », *op. cit.*, §27.

¹¹⁴ « Sauf les règles particulières à certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, la lésion vicie le contrat, lorsqu'elle résulte d'une disproportion évidente au moment de la conclusion du contrat entre la prestation promise par l'une des parties et la contrepartie de l'autre et que cette disproportion a été introduite dans le contrat par exploitation d'une position de force, en abusant sciemment de la gêne, de la légèreté ou de l'inexpérience de l'autre partie. [...] ».

¹¹⁵ R. ROLLAND, « La bonne foi dans le Code civil du Québec : du général au particulier », *R.D.U.S.*, 1996, p. 26.

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 »¹¹⁶.

Ainsi, les mécanismes de contrôle du contenu contractuel ont fait l'objet d'un attrait au niveau des institutions européennes. Par exemple, renvoient à la lésion, l'article 4 : 109 des Principes du droit européen du contrat élaborés par la commission LANDO¹¹⁷ ou encore l'article 30 al. 4 de l'avant-projet de Code européen des contrats préparé sous la direction de G. GANDOLFI¹¹⁸. En droit européen, les institutions européennes ont ensuite élargi le contrôle des comportements contractuels abusifs entre professionnels, notamment en matière agricole et en matière numérique. Par exemple, la directive n°2019/633 du 17 avril 2019 porte sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, incluant des pratiques contractuelles imposées au détriment du fournisseur¹¹⁹. De même, le règlement n°2019/1150 du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne fait référence à l'existence de pratiques contractuelles déloyales¹²⁰. Par ailleurs, le règlement n°2022/1925 du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique fait expressément référence au déséquilibre entre les droits et les obligations des entreprises utilisatrices¹²¹.

Enfin, le droit de *Common law* analyse également l'équité dans les relations contractuelles¹²².

10. *La récente introduction de la pratique de déséquilibre significatif dans le Code civil.* Les évolutions étrangères et européennes ont été saluées par la doctrine française

¹¹⁶ Date d'entrée en vigueur le 11 janvier 2022.

¹¹⁷ D. MAZEAUD, mis à jour par M. LATINA, « Lésion... », *op. cit.*, §27 : « (1) 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 en aurait dû avoir connaissance et que, étant donné 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... ».

¹¹⁸ D. MAZEAUD, mis à jour par M. LATINA, « Lésion... », *op. cit.*, §27 : « 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'inexpérience, d'assujettissement économique ou moral de l'autre partie, fait promettre ou fournir à elle-même ou à un tiers une prestation ou d'autres avantages patrimoniaux manifestement disproportionnés par rapport à la contrepartie qu'elle a fournie ou promise. ».

¹¹⁹ Elle prévoit notamment une liste de pratiques prohibées (art. 3). Elle a été transposée en droit français notamment par l'ordonnance n°2021-859 du 30 juin 2021 relative aux pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire. Ce règlement a notamment introduit le Code de commerce à l'article L.442-1, III.

¹²⁰ Règlement n°2022/1925 du 14 septembre 2022, cons. 62 et art. 12, §5 ; à venir, projet de loi visant à sécuriser et réguler l'espace numérique appliquant ce règlement en droit français ; v. égal. É. FARNOUX, D. PORCHERON, « Les règlements européens *digital markets* et *services acts* (DMA-DSA) - Aspects de droit international privé - Propos introductifs », *Dalloz*, IP/IT, 2023, p. 263 ; R. CHEMAIN, « La relation juridique des GAFA avec l'Union européenne », *Rev. UE*, 2023, p. 90.

¹²² Par ex., la pratique de « *unconscionability* » en common law. R. SEROUSSI, « Chapitre 3. Le droit américain des contrats », *Introduction aux droits anglais et américain*, sous la direction de Séroussi Roland. Dunod, 2011, p. 119-133 : concernant cette pratique, il renvoie notamment à ce que l' : « inéquité est dite *substantial*, lorsque les termes du contrat lésent une partie au bénéfice d'une autre » ; v. égal. S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, Th. droit, Université Montpellier, 2018, p. 10.

souhaitant intégrer le mécanisme de lésion qualifiée en droit commun, ce qui a été également retenu par l'avant-projet F. Terré¹²³. En effet, dès lors que le contrat a été conclu de manière loyale et que les parties ont pu librement faire valoir leur volonté, celui-ci devrait traduire un équilibre contractuel¹²⁴. C'est pourquoi, la lésion a été initialement rattachée au consentement, car « *un contractant ne consent pas spontanément à réaliser une mauvaise affaire* »¹²⁵. Pour autant, si le consentement d'une partie était automatiquement vicié en présence d'un déséquilibre économique, la validité de bon nombre de contrats aurait pu être remise en cause. Les juges s'y sont opposés en écartant l'admission de la lésion comme vice de consentement¹²⁶. Ainsi, le droit positif entend la lésion comme autonome des vices du consentement, en prévoyant cette notion, non plus dans la subdivision sur le consentement, mais bien dans le contenu du contrat. L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a introduit un nouvel article 1168 du Code civil qui entend privilégier la sécurité juridique et non le contrôle de la justice dans le contrat¹²⁷. En ce sens, cet article dispose que l'analyse de la lésion doit être expressément prévue par la loi. Par ailleurs, la suppression de la notion de cause¹²⁸ a également ralenti la progression de la lésion en droit commun. La lésion a donc intégré le droit commun de manière limitative à travers le vice de violence¹²⁹ et la pratique de déséquilibre significatif à l'article 1171. Il a fallu plusieurs années pour parvenir à introduire le contrôle de l'équilibre contractuel dans le Code civil¹³⁰. Son introduction a soulevé de nombreux débats tenant notamment aux relations entretenues avec les dispositions prévues dans les régimes spéciaux, y compris celui du Code de commerce. Après maintes réflexions sur ce sujet, la Cour de cassation a tranché en retenant que la disposition du Code civil ne s'applique qu'aux pratiques ne relevant pas des droits spéciaux¹³¹. En effet, certains acteurs pouvaient ne pas se voir appliquer ces dispositions

¹²³ D. MAZEAUD, mis à jour par M. LATINA, « Lésion », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, avril 2018, §27-28.

¹²⁴ J. ROCHFELD, « Les clairs-obscur de l'exigence de transparence appliquée aux clauses abusives », in *Études Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 981, spéc. p. 994.

¹²⁵ D. MAZEAUD, mis à jour par M. LATINA, « Lésion... », *op. cit.*, §5.

¹²⁶ Distinguant lésion et violence, notamment en présence d'une contrainte économique : Cass. civ., 30 mai 2000, n°98-15.242.

¹²⁷ Code civ., art. 1168 : « Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement. ».

¹²⁸ Par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹²⁹ Code civ., art. 1140 et s. ; Code civ., art. 1143 : « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, 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. ».

¹³⁰ M. CHAGNY, « Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la réforme du droit commun des contrats », *RTD com.*, 2016, p. 451 : « L'entrée en vigueur, prévue le 1er octobre 2016, intervient donc plus d'une décennie après la première proposition de réforme du droit des obligations remise, le 22 septembre 2005, au garde des Sceaux de l'époque. ».

¹³¹ Cass. com., 26 janv. 2022, n°20-16.782 ; v. égal. Code civ., art. 1105. M. LATINA, « Clauses abusives : la réduction du champ d'application de l'article 1171 du Code civil », *LEDC*, mars 2022, p. 1 : « L'intention du législateur. Ce dernier n'avait-il pas l'intention de renforcer la protection de la partie faible, ce qu'aurait permis l'instauration d'une option entre les textes ? » ; par opp. C. GRIMALDI, « Pas d'option entre les mécanismes sanctionnant les déséquilibres significatifs », *LEDICO*, mars 2022, p. 1 : « Il faut féliciter la Cour de cassation pour la décision rendue. De fait, il est en la matière un besoin crucial d'unification des solutions – par la cour d'appel de Paris – qui aurait été excessivement mis à mal si la solution contraire avait été retenue. » ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Contrats et obligations - La résolution du conflit des textes sur le déséquilibre significatif. À propos du non-cumul entre l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce

dès lors qu'ils ne relevaient pas du champ d'application des droits spéciaux. C'était notamment le cas des rapports mettant en cause un professionnel libéral, un agent commercial et son mandant, ou encore une société civile immobilière ou une association¹³². Le nouvel article 1171 du Code civil a un champ d'application plus restreint que celui prévu en droit commercial. Ainsi, il se limite aux contrats d'adhésion et exclut l'analyse du déséquilibre significatif dès lors qu'il porte sur l'adéquation du prix à la prestation ou sur l'objet principal du contrat. Le choix d'une limitation aux contrats d'adhésion se justifie, selon le rapport fait au président de la République, car il s'agit du « terrain d'élection »¹³³ des clauses abusives. Le Code civil fournit ainsi une définition du contrat d'adhésion à l'article 1110, al. 2 : « *Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties.* » Cette définition renvoie là encore au fait qu'une partie a imposé sa volonté au détriment de la volonté libre et effective de l'autre partie. La règle générale se voulait donc plus restreinte, afin de répondre aux craintes émises au niveau international quant à l'attractivité du droit français¹³⁴.

Si le contrôle du déséquilibre contractuel significatif semble être admis dans les différents pans du droit français, ainsi qu'en droits étranger et européen, certaines critiques persistent en pratique. En effet, le juge se voit confier la mission de vérifier si une partie n'a pas pu faire valoir sa volonté de manière libre et effective lors de la détermination du contenu contractuel, puis si ce contenu est bien déséquilibré entre les droits et obligations des parties. Toutefois, nous verrons qu'il fait face à de nombreuses difficultés en pratique, ce qui conduit à une analyse judiciaire pouvant être qualifiée d'incomplète, voire de biaisée. Malgré ce constat, le législateur ne cesse de renforcer le dispositif de contrôle et de sanction des comportements jugés abusifs lors des négociations et lors de la détermination du contenu contractuel.

II. Vers un dirigisme étatique dû au contrôle du déséquilibre significatif au détriment du réalisme et de l'efficacité économiques

11. *Un durcissement de la règle de droit par le législateur.* Certes, la loi LME de 2008 prévoyait une expansion de la liberté des parties de négocier mais n'excluait pas un encadrement nécessaire et permettait alors, en compensation, de renforcer le contrôle et les sanctions des comportements abusifs¹³⁵. L'objectif était de relancer l'économie, de faire

et l'article 1171 du Code civil », *La Semaine Juridique*, édition générale n° 15, 18 avril 2022, doct. 494 : « Rien n'est plus déstabilisant pour les entreprises que de ne pas savoir à quelles règles elles vont être soumises. Grâce à cet arrêt, vont cesser les arguments opportunistes jouant sur l'incertitude entre le non-cumul et le cumul électif, ou encore les décisions de juges non spécialisés, préférant appliquer l'article 1171 du Code civil, afin de ne pas être privés de leur pouvoir de juger. »

¹³² M. CHAGNY, « Vers un principe d'interprétation stricte du droit des pratiques restrictives et son exclusion des relations hors marché », *RTD com.*, 2018, p. 633 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *La Semaine Juridique*, édition générale, n° 14, 4 avril 2016, p. 662.

¹³³ Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹³⁴ Rapport au président de la République..., *ibid.*

¹³⁵ Communiqué de presse du Conseil des ministres du 28 avril 2008 relatif à la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie. Dossiers législatifs, Exposé des motifs - loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

fructifier les échanges commerciaux en facilitant les négociations sans contrôle restrictif de l'État¹³⁶. Néanmoins, il appartenait aux acteurs commerciaux, libérés de certaines entraves, de permettre une négociation libre et loyale avec leurs partenaires¹³⁷. Il s'agissait, principalement, de protéger la partie faible au contrat¹³⁸ contre les comportements abusifs de son partenaire¹³⁹. Il était alors admis que l'efficacité n'était pas l'unique principe directeur de la négociation ; elle devait également répondre à une certaine éthique¹⁴⁰. Néanmoins, cet équilibre recherché par la LME, entre liberté et responsabilité, disparaît peu à peu. Le législateur n'a eu de cesse, depuis, de chercher à ajouter des obligations juridiques pour encadrer les relations commerciales. Certes, l'ordonnance de 2019¹⁴¹ a tenté d'apporter une simplification au droit des pratiques restrictives de concurrence, auquel appartient le déséquilibre significatif. Toutefois, cette simplification a rapidement été nuancée par l'arrivée de nouvelles lois¹⁴². Ainsi, les récentes réglementations françaises et européennes régissant notamment les comportements des acteurs du numérique¹⁴³, ou encore les échanges en matière agricole et alimentaire ou les produits de grande consommation¹⁴⁴, viennent ajouter des dispositions à la règle de droit initiale. Là où le

¹³⁶ C. L. DE LEYSSAC, M. CHAGNY, « Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique ? », *RDC*, 2009, n° RDCO2009-3-058, p.1268.

¹³⁷ L. BETEILLE, É. LAMURE, P. MARINI, Rapport n°413 (2007-2008) fait au nom de la commission spéciale, Sénat, 24 juin 2008.

¹³⁸ Dossiers législatifs - Exposé des motifs - Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

¹³⁹ J. P. CHARIE, Assemblée nationale, XIII^e législature, Session ordinaire de 2007-2008, Compte rendu intégral, Deuxième séance du jeudi 12 juin 2008.

¹⁴⁰ J.P. CHARIE, Rapport n°908 fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi de modernisation de l'économie, Assemblée nationale, 22 mai 2008 : il serait « illusoire de légiférer sur la nature même des lois du marché. Lorsqu'il y a libre concurrence, l'enjeu n'est pas d'empêcher la réalité des rapports de force. L'enjeu est de les rendre éthiques, loyaux, et mieux : gagnants-gagnants ». Ainsi, « abuser de son rapport de force avec un partenaire pour imposer des conditions commerciales injustifiables n'est plus de la négociation éthique ».

¹⁴¹ Ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées.

¹⁴² M. CHAGNY, « Pratiques anticoncurrentielles, pratiques restrictives et concentrations : quels rapports ? », *Contrats Concurrence Consommation*, n°3, mars 2023, dossier 3, §15.

¹⁴³ Règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne. La loi n°2020-1508 du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière étend la possibilité pour la DGGCRF d'enjoindre, à l'auteur d'une violation au titre IV du livre IV du Code de commerce, de se conformer à ses obligations, de cesser tout agissement illicite ou de supprimer toute clause illicite notamment aux cas de manquements passibles d'une amende civile au règlement (UE) n° 2019/1150. Ou encore, le règlement n°2022/1925 du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique, en vue d'une adaptation en droit français.

¹⁴⁴ Au niveau européen, la directive n°2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire ; transposée par l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées ; loi n° 2020-1508 du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière ; loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique ; ordonnance n° 2021-859 du 30 juin 2021 relative aux pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire ; décret n° 2021-1137 du 31 août 2021 fixant les modalités selon lesquelles les délais pour annuler une commande peuvent être réduits dans les conditions prévues à l'article L. 443-5 du Code de commerce ; v. égal. les lois « EGALIM » : loi n°2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous ; loi n°2021-1357 du 18 octobre 2021 visant à protéger la rémunération des agriculteurs et loi n° 2023-221 du 30 mars 2023 tendant à renforcer l'équilibre dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs.

législateur entendait, en 2019, simplifier et notamment réduire la liste abondante et confuse des pratiques restrictives de concurrence, les récentes réformes démontrent, au contraire, un encadrement de plus en plus étroit du processus de négociation et du contenu contractuel entre les parties.

Ce durcissement se traduit notamment par la réinsertion de certaines pratiques. Par exemple, les lois Egalim, d'abord celle du 18 octobre 2021, puis plus largement celle du 30 mars 2023, réintègrent l'interdiction de discriminer à présent en matière de produits de grande consommation, alors que cette interdiction avait été supprimée par la loi LME en 2008¹⁴⁵. Par ailleurs, l'ordonnance de 2019 a recentré les pratiques restrictives de concurrence, notamment sur le fondement du déséquilibre significatif, confortant son utilité, et a renforcé son effectivité en élargissant son champ d'application. Or, la pratique de déséquilibre significatif se distingue notamment de la pratique prévue à l'article L.442-1, I, 1° du Code de commerce prohibant le fait « *d'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie* ». Certains estiment que cette dernière pratique, telle que modifiée par l'Ordonnance de 2019, pourrait remettre en cause l'effectivité du déséquilibre significatif, puisqu'elle pourrait être privilégiée par les demandeurs, car elle ne prévoit pas, du moins expressément, de critère de soumission¹⁴⁶. Ainsi, un déséquilibre dans l'avantage consenti pourrait être contrôlé sans vérifier qu'il a été imposé au détriment de la volonté de la partie faible. Pis encore, le législateur offre à présent le droit de contrôler et de sanctionner directement les déséquilibres significatifs, indépendamment de toute saisine du juge, à un acteur qui était initialement partie devant le juge et pouvait voir ses demandes échouer, à savoir, le ministre de l'Économie¹⁴⁷. Certes, ce pouvoir ne lui est accordé qu'aux fins de protéger l'ordre public économique, mais la nécessité de cette intervention est, en pratique, bien souvent présumée dès lors qu'il a décidé d'agir.

¹⁴⁵ G. CHANTEPIE, « EGALIM 3 : le droit des relations commerciales réformé à tâtons (Première partie : l'émission du droit des négociations commerciales) », *Dalloz actualité*, 05 avril 2023 : « Est également étendue, d'autre part, l'interdiction de discriminer ses partenaires commerciaux. [...] De nouveau, le législateur ressort une vieille recette, abandonnée en 2008 en raison des effets pervers qu'elle était susceptible d'entraîner. » ; C. GRIMALDI, « Que reste-t-il de la liberté contractuelle (à propos du titre IV du livre IV du Code de commerce) ? », *Dalloz*, 2023, p. 652 : « La réintroduction de l'interdiction des pratiques discriminatoires, d'abord dans le secteur alimentaire avec la loi n° 2021-1357 du 18 octobre 2021 (Egalim 2), puis dans l'entier secteur des produits de grande consommation avec la loi Egalim 3, revient à interdire à tout acteur de convenir de conditions distinctes avec ses différents partenaires, bref, de négocier. » ; M. BEHAR-TOUCHAIS, C. GRIMALDI, « La loi Descrozaille dite "Egalim 3" ou la victoire des fournisseurs contre les distributeurs », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n°22, 01 juin 2023, p. 1169.

¹⁴⁶ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Déséquilibre significatif et avantage sans contrepartie : le nouvel article L. 442-1 du Code de commerce », *LEDICO*, juin 2019, p. 4 ; M. CHAGNY, « Vers une démonstration plus exigeante du comportement consistant à "soumettre ou tenter de soumettre" », *RTD com.*, 2020, p. 322 ; v. égal. Conseil constit., décision n°2022-1011 QPC, 6 octobre 2022, Société Amazon EU et CE, 21 décembre 2022, n°463938 ; N. DISSAUX, R. LOIR, « Avantage sans contrepartie : en avant toute ! », *Recueil Dalloz*, 2023, p. 485.

¹⁴⁷ Code com., art. L.470-1 et s. En ce s., v. la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation dite « loi Hamon », art. 121 et pour un renforcement de ses pouvoirs, et v. la loi n°2020-1508 du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière, dite « DDADUE ».

Ainsi, depuis l'Ordonnance de 1986, le titre IV du livre IV, dont fait partie le déséquilibre significatif, a fait l'objet de nombreuses interventions législatives sans qu'elles soient jugées satisfaisantes, chaque réforme ayant conduit, au contraire, à rigidifier les textes et à les rendre illisibles¹⁴⁸. Pourtant, le législateur tend à faire de ces dispositions des dispositions impératives puisqu'il a retenu qu'elles relevaient de l'ordre public¹⁴⁹. Les juges ont également admis que la pratique de déséquilibre significatif, à tout le moins lorsqu'elle fait l'objet d'une saisine du ministre de l'Économie dans une affaire de dimension internationale, constitue une loi de police¹⁵⁰. Cela ne fait que montrer la montée en puissance du contrôle de l'équilibre contractuel. Ces lois viennent pourtant fortement limiter la liberté contractuelle, et en particulier la liberté de négociation des acteurs économiques, ainsi que la sécurité juridique. Si cette limitation est admise pour la protection de l'intérêt général, et en particulier pour garantir la loyauté et l'équilibre dans les relations commerciales, elle doit rester proportionnée¹⁵¹. Pourtant, l'évolution législative et jurisprudentielle concernant le contrôle du contenu contractuel nous conduit à douter d'une telle proportion. On s'interroge notamment sur l'adéquation de telles mesures à leur environnement économique. Les acteurs sont-ils toujours capables de comprendre ces mesures et de les mettre en œuvre en pratique ? Ces mesures parviennent-elles réellement aux effets escomptés et ne produisent-elles pas, au contraire, des effets indésirables ? Finalement, ces mesures sont-elles efficaces ? Les limitations à l'encontre d'un contrôle généralisé du contenu contractuel, autrefois admises pour rassurer les acteurs économiques, semblent être de plus en plus assouplies en droit français au profit d'un dirigisme étatique poursuivant, de manière acharnée, l'équité et la loyauté dans les relations commerciales.

12. *Une notion floue dans les mains du juge.* On constate que si le droit du déséquilibre significatif fait l'objet de plus amples précisions en droit de la consommation et en droit civil, ce n'est pas le cas en matière commerciale. Ces trois textes prévoyant le contrôle du déséquilibre contractuel significatif doivent être différenciés car ils s'appliquent à des acteurs distincts, mais ils peuvent toutefois s'influencer¹⁵². Or, l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi sont des objectifs à valeur constitutionnelle¹⁵³. L'absence de clarté d'une loi n'est pas nécessairement contestable dès lors qu'elle offre au juge une certaine flexibilité pour parvenir à la solution la plus adaptée au cas qui lui est présenté¹⁵⁴. Une loi obscure offre donc au juge

¹⁴⁸ M. BEHAR-TOUCHAIS, C. GRIMALDI, « La loi Descrozaille dite "Egalim 3" ou la victoire des fournisseurs contre les distributeurs », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n°22, 01 juin 2023, p.1169.

¹⁴⁹ Code com., art. L444-1 A : « Les chapitres I^{er}, II et III du présent titre s'appliquent à toute convention entre un fournisseur et un acheteur portant sur des produits ou des services commercialisés sur le territoire français. Ces dispositions sont d'ordre public. Tout litige portant sur leur application relève de la compétence exclusive des tribunaux français, sous réserve du respect du droit de l'Union européenne et des traités internationaux ratifiés ou approuvés par la France et sans préjudice du recours à l'arbitrage. ».

¹⁵⁰ Cass. com., 8 juill. 2020, n°17-31536 ; CA Paris, 20 janvier 2023, n°22-13154 ; v. en ce s. M. BEHAR-TOUCHAIS, « Concurrence - Plaidoyer pour un double revirement de jurisprudence sur l'influence des appels d'offres sur la rupture brutale des relations commerciales - Etude par Martine Behar-Touchais », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 38, 21 septembre 2023, p. 1265, §21.

¹⁵¹ Conseil constit., décision n°2018-749 QPC, 30 novembre 2018, Société Interdis et autres.

¹⁵² En matière de prix, v. Cass. com., 25 janvier 2017, n°15-23.547.

¹⁵³ Conseil const., décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999.

¹⁵⁴ J.E.M. PORTALIS, Discours préliminaire sur le projet de code civil (extrait de ce discours, présenté le 1^{er} pluviôse an IX) : « L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui

un pouvoir considérable. En effet, certains faits nécessitent une analyse casuistique et le déséquilibre significatif en fait partie, puisque chaque relation économique, chaque contenu contractuel qui en découle peut être unique et reposer sur un contexte spécifique. Il s'agit de comprendre le déroulement de la relation contractuelle et les comportements qui ont conduit les parties à établir un déséquilibre contractuel significatif entre elles. Ainsi, il appartient au juge de poser, au préalable, des critères d'application de la pratique afin qu'elle soit comprise des acteurs économiques qu'elle entend régir, ce qui participe à la sécurité juridique. Pourtant, l'analyse de la jurisprudence, notamment en matière commerciale, démontre de nombreuses évolutions. Nous verrons que les juges ont pu apporter des précisions intéressantes et pertinentes, mais l'étude des décisions démontre également un manque de régularité et de motivation pour chaque affaire. Un tel manque de rigueur et d'efficacité dans l'analyse juridique du déséquilibre significatif pourrait nuire considérablement à la sécurité juridique¹⁵⁵. Le droit du déséquilibre significatif n'est pas jugé suffisamment accessible pour les acteurs économiques, y compris pour leur conseil. Ils mettent en évidence que cette réglementation n'est pas réaliste puisque certains comportements sont nécessaires dans un environnement économique, notamment concurrentiel. Ainsi, le juge doit analyser le déséquilibre significatif de manière efficace, afin que ses recommandations puissent être comprises et appliquées, en pratique, par les acteurs économiques. Toutefois, le juge est limité dans son analyse de la relation contractuelle : il n'est pas partie au contrat qu'il entend contrôler et n'exerce pas dans l'environnement économique qu'il étudie pour comprendre les comportements des parties lors de la détermination du contenu contractuel. Il ne peut s'appuyer que sur les éléments fournis par les parties au procès, éléments qui servent uniquement leur intérêt. Puisqu'il est limité quant à la connaissance des enjeux ayant conduit à établir le contenu contractuel, il peut ne pas être en mesure d'apprécier correctement l'existence de la pratique.

13. *L'absence de réalisme de l'analyse juridique peut produire des effets nocifs.* Si le juge peut être guidé par des objectifs juridiques, rappelons que ces derniers s'appliquent à des pratiques économiques. Ne pas tenir compte de l'environnement économique de ces pratiques et de l'incidence du contrôle juridique sur le comportement des acteurs peut conduire à des effets indésirables, non appréhendés par la loi, ni par le juge. Il existe un risque réel pour la sécurité juridique. Une analyse juridique inadaptée aux réalités du monde économique, aux comportements des acteurs économiques lors des négociations ou encore au fonctionnement économique du contrat ne pourrait être comprise par les acteurs économiques. Il leur sera difficile d'anticiper de telles décisions judiciaires et ainsi de prévenir la réalisation de la pratique s'ils ne sont pas en mesure de déterminer ce qui relève ou non de l'abus. Par ailleurs, bien qu'un acteur soit en mesure d'appréhender l'existence d'un comportement déloyal, il n'est pas certain qu'il puisse, en pratique, avoir intérêt à éviter un tel comportement. En effet, certains comportements peuvent s'avérer nécessaires sur un marché et être ainsi justifiés économiquement. Par exemple, un distributeur peut avoir intérêt à exiger une remise et forcer le fournisseur récalcitrant à accepter sa demande, en présence de produits qui ne sont pas

peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au juriconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application. ».

¹⁵⁵ Commission *ad hoc* présidée par M. NUSSENBAUM, « Le contrôle judiciaire du prix », *Rapport du club des juristes*, octobre 2021, p. 9.

rentables. Si la loyauté est déterminante pour le bon fonctionnement des relations entre partenaires commerciaux, bénéficiant ainsi plus largement à l'économie, elle ne saurait primer au détriment de tout bon sens économique. C'est bien le reproche qui est fait, aujourd'hui, à l'analyse juridique du déséquilibre significatif. Cette pratique poursuit des objectifs juridiques louables, à savoir, assurer la loyauté et l'équité dans les relations commerciales, mais son analyse par le juge conduit à des décisions bien souvent dissociées de l'efficacité économique. En pratique, les juges se refusent à prendre en compte le fonctionnement économique du contrat pour établir la pratique puis apprécier le bien-fondé d'une sanction. Ce rejet conduit à une analyse biaisée, car essentiellement juridique, pour une pratique qui est pourtant de nature économique. Dans de telles circonstances, comment peut-on attendre des acteurs économiques de comprendre et d'appréhender les risques de sanction ?

Or, malgré une analyse non réaliste du comportement des parties ou encore de l'équilibre contractuel, le juge (voire l'autorité publique depuis l'augmentation de ses pouvoirs) pourrait être amené à modifier le contenu contractuel. Les acteurs économiques pourraient se voir imposer un équilibre juridique du contrat, sans que cette analyse soit adaptée aux réalités du monde économique. Une telle intervention pourrait considérablement nuire à l'utilité du contrat pour les parties. Craignant une intervention étatique dans la sphère contractuelle, certains acteurs pourraient être réticents à signer des contrats qui auraient pourtant pu être efficaces économiquement. Par ailleurs, en ne fournissant pas une analyse réaliste du pouvoir et des comportements des parties ou encore de l'équilibre contractuel, le juge s'expose au risque de sanctionner un faux coupable, au profit d'un faux innocent. Le législateur entendait pourtant justifier le contrôle de l'équilibre contractuel, limitant ainsi la liberté contractuelle ou encore la sécurité juridique, afin de protéger une partie qui en avait besoin. Un pouvoir plus important que celui de son partenaire, tel que le pouvoir de l'État, que ce soit par le juge ou l'autorité publique, était nécessaire pour faire contrepoids. Si l'État protège une partie sans que cela soit nécessaire, son intervention peut modifier le bon fonctionnement de l'économie. Ainsi, si le contrôle étatique des comportements des parties lors de la détermination du contenu contractuel et le contrôle de l'équilibre de ce contenu n'est pas réalisé de manière efficace, il peut avoir plus d'effets nocifs que positifs pour les parties, et plus largement pour la société.

14. *L'efficacité de l'intervention étatique dans la sphère contractuelle est déterminante.* Si le contrôle du contenu contractuel a finalement été admis, son application demeure contestée en droit positif, puisqu'elle repose sur une analyse incomplète et biaisée. Contrairement à ce qui a été préconisé dans le passé pour justifier un tel contrôle, le contrôle positif de l'équilibre contractuel pourrait conduire à protéger des acteurs qui n'ont pas besoin de l'être, puisqu'ils ont librement accepté le contenu contractuel visé¹⁵⁶. Ainsi, si les récentes évolutions, notamment sous l'impulsion du législateur, ont parfois pu être saluées¹⁵⁷, la notion

¹⁵⁶ M. BEHAR-TOUCHAIS, C. GRIMALDI, « La loi Descrozaille dite "Egalim 3" ou la victoire des fournisseurs contre les distributeurs », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n°22, 01 juin 2023, p. 1169, §41 pour une analyse portant sur la loi.

¹⁵⁷ Y. PICOD, « Le nouveau droit des pratiques abusives de l'article L. 442-1 du Code de commerce », *AJ contrat*, 2019, p. 201 ; L. VOGEL, J. VOGEL, « Droit de la négociation commerciale : une réforme courageuse mais perfectible », *AJ contrat*, 2019, p. 208 ; C.S. PINAT, « Transparence, pratiques restrictives de concurrence et autres pratiques prohibées : nouvelle ordonnance », *Dalloz actualité*, 11 juin 2019.

de déséquilibre significatif et les conditions de sa mise en œuvre, à travers l'intervention du juge dans la sphère contractuelle et les pouvoirs offerts à l'autorité publique, font encore aujourd'hui l'objet de contestations. Certains préconisent d'établir et de maintenir des garde-fous à leur encontre¹⁵⁸. En effet, si le législateur entend maintenir cette notion en droit français, les critiques persistent au nom de la protection de la liberté contractuelle, l'autonomie de la volonté ou encore la sécurité juridique. Dans un tel contexte, la doctrine tente de modifier le champ d'application du droit du déséquilibre significatif et d'en exiger des précisions¹⁵⁹. Or, il nous apparaît nécessaire de procéder à l'analyse la plus réaliste de la pratique pour justifier d'une sanction efficace. Puisque l'appréciation de la réalité de la pratique par le juge (ou encore l'autorité publique) est nécessairement limitée du fait de sa qualité de tiers, l'apport d'une analyse spécialisée dans l'étude des relations commerciales et des comportements des parties à un contrat pourrait être utile afin de prononcer des décisions efficaces car plus réalistes.

III. Redéfinir le droit du déséquilibre significatif pour être à la fois conforme aux exigences juridiques de loyauté et d'équité dans les relations commerciales et efficace économiquement

15. *Apport de l'analyse économique au droit du déséquilibre significatif.* Afin de rendre accessible à l'État la compréhension de l'environnement économique d'un contrat, l'analyse économique devrait être utilisée. Cette analyse existe depuis de nombreuses années, voire implicitement depuis plusieurs siècles¹⁶⁰. Ce mouvement a particulièrement été favorisé en 1972, avec la parution du livre de R. POSNER, *Economic Analysis of Law*. Néanmoins, un éclatement du mouvement est apparu à compter des années 1980, opposant la conception posnérienne du droit avec celle contractualiste (J. M. BUCHANAN, G. TULLOCK), libertarienne (R. NOZICK, P. LEMIEUX) ou encore autrichienne (C. MENGER, L. VON MISES et F. A. HAYEK et ses partisans, I. KIRZNER, M. RIZZO)¹⁶¹. L'analyse économique du droit n'est pas unique et comprend donc plusieurs branches ayant chacune leur propre analyse. Le Professeur E. MACKAAY¹⁶² s'est intéressé à l'introduction de l'analyse économique du droit, aussi connue sous le nom de *law and economics*, dans les pays francophones. Elle s'est ensuite développée à partir des années 2000 et s'est appliquée à de

¹⁵⁸ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le nouveau déséquilibre significatif », *Revue des contrats*, déc. 2019, n° 116, p. 37 ; C. GRIMALDI, « Vers un contrôle généralisé de la lésion en droit français ? », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 388 ; F. BUY, « La (décevante) réforme du droit des relations commerciales », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 1122.

¹⁵⁹ V. not. : F. JACOMINO, *Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel, Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence*, th., Univ. Côte d'Azur, 2018 ; S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, th., Univ. Montpellier, 2018 ; L. GODARD, *Droits des pratiques anticoncurrentielles et des pratiques restrictives de concurrence*, Bruylant, 2021 ; H. HADJ-AÏSSA, *Le déséquilibre significatif dans les relations commerciales, Analyse critique du contentieux*, Bruylant, 2022.

¹⁶⁰ Y. GABUTHY, « Analyse économique du droit : présentation générale », *Économie & prévision*, vol. 202-203, n° 1-2, 2013, p. I-VIII, §5.

¹⁶¹ A. STROWEL, « L'analyse économique du droit », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 1987-2, p. 409-785, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 19, n° 2, 1987, p. 151-160.

¹⁶² E. MACKAAY, « La règle juridique observée par le prisme de l'économie - une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit », *Revue internationale de droit économique*, 1986, T.1, p. 43-88.

nombreux pans du droit¹⁶³. Elle a notamment intégré le droit de la responsabilité civile¹⁶⁴ ou encore le droit de la concurrence et notamment des pratiques anticoncurrentielles¹⁶⁵. Cette analyse cherche à comprendre comment fonctionne une économie et plus précisément, comment la société gère ses ressources rares. Elle s'intéresse tout particulièrement aux comportements des individus et à ce qui guide ces comportements sur le ou les marchés. Appliquée au droit, l'analyse économique conduit à utiliser les outils et critères de jugement des économistes pour analyser les questions relevant de la sphère juridique¹⁶⁶. L'analyse économique du droit revêt deux aspects : elle se caractérise par une approche positive et par une approche normative. L'approche positive de cette analyse conduit à établir « ce qui est », soit à étudier l'impact de la règle de droit sur les acteurs économiques, sans aucun jugement. Il s'agit d'analyser les comportements des acteurs dans un environnement juridique, que ce soit *ex ante*, avant toute sanction, ou *ex post*, lorsqu'une sanction a eu lieu, soit lorsqu'ils sont amenés à respecter le droit, puis lorsqu'ils sont contraints de le respecter. L'analyse économique a donc développé des théories et outils au fil des ans et des études réalisées sur les comportements des acteurs économiques dans leur environnement. Elle offre ainsi un autre angle de vue au législateur et au juge. Cet ensemble d'informations conduit à renforcer la compréhension de la réalité de la situation à l'origine du litige. En développant une connaissance plus poussée et donc plus réaliste de la situation, le juge devrait être en mesure de fournir une solution plus efficace et serait donc plus à même de produire les effets escomptés par le Droit. Cette recommandation ne signifie pas, *a contrario*, que les décisions du juge sont, à défaut, dépourvues de toute efficacité ou encore que la règle de droit ne soit pas naturellement efficace. Le Droit recherche tout autant l'efficacité, mais certains objectifs notamment moraux, alors jugés impératifs, semblent conduire le législateur et le juge à délaisser l'efficacité économique. Or, l'analyse économique admet également les exigences morales que souhaite imposer le Droit pour le bon fonctionnement de la société et peut donc comprendre la nécessité de ces objectifs juridiques.

Ainsi, le Droit admet des interventions étatiques par la loi, par le juge ou encore par une autorité publique, qui vont nécessairement affecter les comportements des acteurs économiques puisqu'elles concernent directement la sphère contractuelle. Dans une telle situation, refuser toute prise en compte de l'analyse économique spécialisée dans l'étude de ces comportements conduit à écarter une aide majeure pour s'assurer d'une intervention efficace car adaptée à son environnement. Ainsi, dans sa dimension normative, l'analyse économique du droit propose de modifier certaines réglementations ou décisions de justice afin de s'assurer que le Droit ne s'enferme pas dans un carcan disciplinaire et décide d'inclure également l'efficacité économique dans ses objectifs. Il s'agit de vérifier que la règle de droit et les décisions de justice qui en découlent sont réellement efficaces, c'est-à-dire qu'elles parviennent à l'effet recherché sans créer, ou du moins en limitant, les effets indésirables pour la société. Il devrait exister une complémentarité entre ces matières. Lorsqu'on s'intéresse à l'approche normative, on est

¹⁶³ B. DEFFAINS, C. DESRIEUX. « L'analyse économique du droit : bilan et perspectives », *Revue d'économie politique*, vol. 129, n° 2, 2019, p.137-141.

¹⁶⁴ B. DEFFAINS, C. DESRIEUX, « L'analyse économique du droit... », *ibid.*, p. 137-141.

¹⁶⁵ B. DEFFAINS, C. DESRIEUX, « L'analyse économique du droit... », *ibid.*, p. 137-141.

¹⁶⁶ Y. GABUTHY, « Analyse économique du droit : présentation générale ... », *op. cit.*, §5.

généralement amené à étudier l'économie du bien-être. Il s'agit d'une branche de la microéconomie qui entend identifier le bien-être social et les moyens d'y parvenir. L'économie du bien-être désignerait la partie de l'économie normative qui s'intéresse à d'autres normes que l'efficacité¹⁶⁷. Elle a fait l'objet de plusieurs courants, opposant parfois l'ancienne économie du bien-être, portée par l'héritage utilitariste de J. BENTHAM, repris notamment par J. St. MILL et la formalisation d'A. PIGOU, et la nouvelle économie du bien-être, elle-même opposant le courant britannique, représenté par N. KALDOR et J. HICKS, et le courant américain, porté par P. SAMUELSON et A. BERGSON¹⁶⁸. Globalement, l'objectif de l'économie du bien-être est de parvenir à un choix collectif cohérent à partir des préférences individuelles. Les économistes du bien-être parétien semblent majoritairement admettre que l'efficacité doit prévaloir. Le choix d'une politique équitable, par exemple, ne serait que secondaire¹⁶⁹. Ainsi, l'économie du bien-être part d'un présupposé : le marché est premier et l'État ne doit intervenir que si celui-ci échoue à tirer le meilleur parti des ressources disponibles¹⁷⁰. Sous réserve de certaines conditions¹⁷¹, notamment en présence d'une concurrence pure et parfaite, laisser les agents échanger librement permet de conduire à une situation efficace. Toutefois, les allocations en résultant peuvent être jugées inéquitables par et pour la société. L'équité est ici entendue comme un critère de justice, de type néo-utilitariste, par référence aux niveaux respectifs d'utilité atteints par les individus. En effet, les acteurs économiques poursuivent, en principe, leur intérêt personnel, sans réellement y ajouter une dimension d'équité. C'est pourquoi, l'État devient déterminant pour les forcer à prendre en considération cette exigence lorsqu'elle n'est pas atteinte.

16. *L'analyse de l'équilibre économique dans les transactions commerciales.* Si l'économie analyse traditionnellement l'équilibre sur le ou les marchés, elle peut également étudier cette notion à travers les transactions commerciales¹⁷². En économie, l'échange économique¹⁷³ ne se limite pas au modèle de contrat¹⁷⁴, mais il est entendu de manière très

¹⁶⁷ F. MANIQUET, « Qu'est-ce qu'une économie juste ? Place et rôle de l'économie du bien-être dans l'éthique sociale », *Revue d'éthique et de théologie morale*, vol. 268, n° 1, 2012, p. 59-78.

¹⁶⁸ A. BARBE, « L'économie du bien-être permet-elle de dégager des préférences collectives ? », *Regards croisés sur l'économie*, vol. 18, n° 1, 2016, p. 183-187.

¹⁶⁹ En ce s. égal., les théories économiques de la justice semblent fournir des outils mêlant à la fois équilibre, efficacité et équité : V. C. ARNSPERGER, « Justice et économie. Latitudes d'égalisation et obstacles existentiels », *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 33, n° 1, 2002, p. 7-26.

¹⁷⁰ Y. CROISSANT, P. VORNETTI, *État, marché et concurrence - Les motifs de l'intervention publique. Les Cahiers français : documents d'actualité*, La Documentation française, 2003, 313, p. 3-8.

¹⁷¹ Le premier théorème du bien-être peut-être énoncé de la manière suivante : « S'il existe un système complet de marchés et si les préférences des agents sont monotones, alors l'affectation des ressources d'un équilibre de concurrence parfaite est un optimum de Pareto. » V. E. BENICOURT, B. GUERRIEN, « VI / Affectation des ressources et optimalité », Emmanuelle Bénicourt éd., *La théorie économique néoclassique. Microéconomie, macroéconomie et théorie des jeux*, La Découverte, 2008, p. 83-96.

¹⁷² V. É. BROUSSEAU, « L'Économiste, le Juriste et le Contrat », *Le Contrat au début du XXI^e siècle*, in *Mélanges en l'honneur de M. Jacques Ghestin*, juin 2000 ; ou encore, L. BENZONI, P.Y. DEBOUDE, *Du déséquilibre significatif dans les relations entre partenaires commerciaux à la puissance d'achat : une perspective économique*, 13 janvier 2015, dispo. sur le site : www.teraconsultants.fr.

¹⁷³ L. d'URSEL, « L'analyse économique du droit des contrats », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 14, n° 1, 1985, p. 45-88.

¹⁷⁴ Le contrat est une transaction juridique bilatérale, voire multilatérale, au cours de laquelle deux ou plusieurs parties conviennent de certains droits et obligations mutuels.

large¹⁷⁵. La transaction conduit à un échange entre les parties (ou à une coproduction) et assure ainsi l'atteinte d'un point d'équilibre du marché (l'équilibre de l'offre et de la demande). Puisque l'acteur économique est réputé agir de manière rationnelle et individualiste, les économistes partent du postulat qu'il a volontairement accepté un engagement contractuel, en principe, en connaissance de cause (sauf lorsqu'il agit sous l'emprise d'une violence ou en cas d'asymétrie d'information)¹⁷⁶. Ainsi, comme le retient le Professeur E. BROUSSEAU : « *Il n'y a donc pas de raison pour un économiste de s'interroger sur la licéité d'un contrat à partir du moment où il y a preuve ou témoignage de son existence. Si les parties l'ont accepté, elles l'ont fait rationnellement.* »¹⁷⁷. S'il est vrai que les parties souhaitent que les droits acquis lors de cette transaction soient supérieurs aux obligations auxquelles elles s'engagent, la conclusion de la transaction traduira néanmoins un compromis. Le contrat est donc représentatif de leur volonté et démontre l'utilité de sa conclusion pour chacune d'elles. C'est pourquoi, d'après E. BROUSSEAU, « *il n'y a donc pas lieu de revenir sur des engagements contractuels au motif qu'a posteriori on pourrait constater qu'ils ne correspondaient pas initialement à la volonté des parties* »¹⁷⁸. Il juge qu'au contraire, une telle action pourrait avoir des conséquences désastreuses puisqu'elle ferait perdre toute crédibilité aux transactions déjà conclues, favoriserait les comportements opportunistes et, *in fine*, ferait échec à plusieurs relations contractuelles¹⁷⁹. Lorsqu'elle analyse une relation entre agents économiques, l'analyse économique privilégie, en effet, le critère d'efficacité de la transaction et non sa dimension éthique¹⁸⁰. Ainsi, E. BROUSSEAU retient que « *la littérature économique sur les contrats ne considère pas l'équilibre contractuel comme une question centrale et pertinente. D'une part, le contrat est par essence la résultante d'un accord respectant les intérêts bien compris des deux parties. D'autre part, un éventuel déséquilibre est lié à des causes extra-contractuelles auxquelles il convient de remédier principalement par d'autres moyens que l'action sur les contrats* »¹⁸¹. S'il convient de ne pas interférer avec la liberté contractuelle des acteurs économiques, les économistes admettent toutefois une limite puisqu'ils contestent l'existence de comportements déloyaux lors des échanges.

Par exemple, lorsqu'une partie parvient à transférer indûment un coût à son partenaire, elle ne subit pas ce coût et maximise son gain. Comme le retient le Professeur L. BENZONI, il ne s'agit pas d'un « *comportement individuel nécessairement conforme à la recherche de la maximisation de l'utilité collective chère à Adam Smith, donc guère conforme au principe de la loyauté* », bien que « *nombre d'économistes soutiennent que les lois restrictives devraient*

¹⁷⁵ É. BROUSSEAU, « L'Économiste, le Juriste et le Contrat... », *op. cit.*, p. 11-12.

¹⁷⁶ E. BROUSSEAU, « L'Économiste, le Juriste et le Contrat... », *ibid.*, p. 8. L. BENZONI, P. DEBOUDE, *Du déséquilibre significatif dans les relations entre partenaires commerciaux à la puissance d'achat : une perspective économique*, 13 janvier 2015, dispo. sur le site : www.teraconsultants.fr, p. 12.

¹⁷⁷ É. BROUSSEAU, « L'Économiste, le Juriste et le Contrat... », *ibid.*, p. 8.

¹⁷⁸ É. BROUSSEAU, « L'Économiste, le Juriste et le Contrat... », *ibid.*, p. 8.

¹⁷⁹ É. BROUSSEAU, « L'Économiste, le Juriste et le Contrat... », *ibid.*, p. 8.

¹⁸⁰ É. BROUSSEAU, « L'Économiste, le Juriste et le Contrat... », *ibid.*, p. 8 : « Il n'existe pas réellement de concept de justice en économie. [...] Ce dont dispose l'économiste c'est un critère d'efficacité (le critère de Pareto, cf. Pareto [1906]). Il est néanmoins important de préciser d'emblée que ce critère n'est qu'un critère partiel [...] [l'économiste] a tendance à penser que si un prix ou des conditions d'échange ont été acceptées de part et d'autre, elles sont a priori conformes aux intérêts des deux parties et ont donc peu de raisons d'être considérées comme injustes. »

¹⁸¹ É. BROUSSEAU, « L'Économiste, le Juriste et le Contrat... », *ibid.*, p. 9.

rester exceptionnelles et que les arrangements bilatéraux devraient être privilégiés »¹⁸². Pour autant, il rappelle que : « *Comme cela a été montré de longue date aussi bien par l'économie que la sociologie, la confiance est un ingrédient essentiel de la vie sociale et des affaires et elle contribue puissamment à l'efficacité contractuelle.* »¹⁸³ La confiance serait une vertu pour le bon fonctionnement du marché, assurant la pérennité des relations¹⁸⁴. Par ailleurs, d'après l'économiste et sociologue F. CUSIN, « *dans les relations sociales et économiques, faire confiance, c'est se fier à quelqu'un, se confier, c'est-à-dire s'en remettre à une personne sur la base d'une foi en sa loyauté* »¹⁸⁵. Ainsi, il n'est nullement nécessaire de contrôler les échanges contractuels, sous réserve, toutefois, qu'ils ne résultent pas de comportements déloyaux nuisant à l'acceptation, bien comprise, des acteurs économiques. L'État peut agir non seulement sur le marché, mais également sur le contrat, et inciter les entreprises à privilégier d'autres formes de négociation. Ainsi, s'opposent « *la négociation distributive [qui] renvoie au cadre standard défini par la théorie des jeux : une négociation bilatérale conflictuelle, à propos d'un surplus fixe* »¹⁸⁶, et « *la négociation dite intégrative [qui] renvoie à une autre conception de la négociation où l'atteinte de l'objectif pour un joueur n'empêche pas la satisfaction des désirs de l'autre, jusqu'à un certain point, celui où la négociation peut redevenir distributive. Les agents sont supposés coopérer pour atteindre ces solutions, dites "gagnantes-gagnantes"* »¹⁸⁷.

17. *Les moyens d'intervention de l'État.* Par exemple, l'École de Fribourg (appartenant à l'ordolibéralisme) estime que l'économie ne peut pas fonctionner durablement si les normes établies par le droit étatique ne sont pas respectées. C'est pourquoi, l'État devrait pouvoir interdire tout abus au détriment des plus faibles¹⁸⁸. L'idée, en pratique, serait d'inscrire une théorie de la justice sociale au sein du modèle de l'équilibre général afin de compléter l'analyse en termes d'efficacité. L'État interviendrait pour procéder à cette répartition équitable, comme le prévoit notamment le second théorème de l'économie du bien-être¹⁸⁹. Dès lors, il entend remédier aux défaillances en intervenant soit sur le marché, soit dans les relations entre les acteurs économiques. Or, nous verrons que l'équilibre des contrats et l'équilibre du marché peuvent être intimement liés. Certains chercheurs reconnaissent qu'un tel lien existe, puisqu'il

¹⁸² L. BENZONI, « Loyauté de la concurrence et économie : une perspective historique », Colloque n° 66, novembre 2017, *Revue Lamy de la concurrence*, p. 9.

¹⁸³ L. BENZONI, « Loyauté de la concurrence et économie... », *ibid.*, p. 10.

¹⁸⁴ K. ARROW, *Les limites de l'organisation*, PUF, 1976, p. 23 : « La confiance est un 'lubrifiant' important du système social ; elle est extrêmement efficace ; elle évite de se donner la peine d'avoir à apprécier le crédit que l'on peut accorder à la parole des autres. Malheureusement ce n'est pas une marchandise que l'on peut facilement acheter. ».

¹⁸⁵ F. CUSIN, « Relations marchandes et esprit d'entreprise : la construction sociale de la confiance », *Revue Interventions économiques*, mis en ligne le 01 avril 2006, §4.

¹⁸⁶ La notion de « surplus » sera développée ultérieurement lorsqu'on s'intéressera à l'équilibre contractuel en économie.

¹⁸⁷ J. C. PEREAU, « Ariel Rubinstein : le maître de négociation », *Négociations*, vol. 17, n° 1, 2012, p. 9-16.

¹⁸⁸ M. MEDJNAH, *L'analyse économique du droit de la concurrence : historique, comparaison, classification*, 2012, dispo. sur le site : www.legavox.fr.

¹⁸⁹ Il a pu être retenu que « l'optimum qui, dans le meilleur des cas, est atteint à l'équilibre de marché n'est pas le seul qui soit réalisable. Et rien ne garantit qu'il soit celui que, du point de vue de l'équité, la société (dont l'État est le mandataire) conçoit comme le meilleur. [...] La recherche de l'équité se traduit ainsi par la mise en place d'une politique de redistribution visant à permettre à l'économie de marché de sélectionner le "meilleur des états meilleurs", l'"optimum optimorum" ». Y. CROISSANT et P. VORNETTI, *État, marché et concurrence, Les motifs de l'intervention publique*, Hal, 2018, p. 4.

semble peu probable qu'un rapport contractuel n'affecte pas la concurrence, même de manière mineure, dès lors que le contrat s'inscrit, par nature, dans un processus concurrentiel¹⁹⁰. Il est donc justifié que l'État puisse intervenir dans un contrat pour en supprimer le déséquilibre et préserver les intérêts des acteurs économiques, dont la participation libre sur le marché s'avère fondamentale. Ainsi, s'il existe un déséquilibre contractuel, une solution pourrait être trouvée dans des causes extracontractuelles sur le ou les marchés¹⁹¹, ou encore à travers une intervention directe dans le contrat.

18. *Une confrontation entre l'analyse économique et juridique pour dégager une nouvelle perspective d'analyse.* Le déséquilibre significatif est une pratique prenant racine lors d'échanges entre des acteurs économiques, en principe, à travers un contrat¹⁹². Or, en étudiant les comportements des agents économiques, les stratégies mises en place lors des échanges et leur appréhension de la réglementation, les économistes fournissent des pistes intéressantes pour étudier le droit du déséquilibre significatif. Toutefois, l'analyse économique n'a pas étudié spécifiquement la pratique juridique du déséquilibre significatif en tant que telle, mais elle a fourni l'étude d'éléments entrant dans la composition de cette pratique. Elle s'est notamment intéressée à la détermination du pouvoir économique des parties et à son exercice lors de l'échange, avec les stratégies recherchées par celles-ci lors des négociations d'un contrat et l'utilité retirée par ce dernier, la répartition de la valeur ajoutée du contrat pour chacune d'elles, la justification d'une intervention étatique dans la sphère économique et ses modalités d'action, ou encore le prononcé d'une sanction efficace. Dès lors, il nous apparaît pertinent de nous intéresser, dans un premier temps, à l'analyse économique en développant la manière dont elle appréhende certains sujets, pour, dans un second temps, confronter cette étude au sujet spécifique du droit du déséquilibre significatif, tel qu'il a été analysé par le législateur et le juge. En confrontant ces matières, nous souhaitons mettre en évidence des similitudes mais également des divergences permettant de démontrer certaines incohérences et ainsi des points d'amélioration. En effet, nous souhaitons démontrer que l'analyse juridique retient une approche, certes légitime, puisqu'elle poursuit des objectifs jugés impératifs en matière juridique, mais qu'elle ne tient pas compte de la portée économique de cette pratique de manière suffisamment efficace. Si le juge peut être plus enclin à cette prise en compte, les nombreux changements jurisprudentiels, l'absence d'information suffisante sur l'environnement et le contexte économique et l'absence de formation de ces derniers conduisent néanmoins à certains questionnements quant à l'efficacité de l'analyse judiciaire. *A contrario*, les juges anglais ont une analyse plus tournée vers l'efficacité économique de l'opération. Les pays de *Common Law* ont très tôt pris en compte le lien existant entre l'analyse juridique et l'analyse économique. Le système juridique de *Common Law* accorde une place importante aux données économiques dans son analyse¹⁹³ et a tendance à se soustraire à l'exigence morale lorsqu'une action est jugée

¹⁹⁰ C. FREYTAG, *La puissance d'achat en droit européen de la concurrence, Contextes européen, français et allemand*, Th., Hambourg, 26 juin 2014, p. 33.

¹⁹¹ É. BROUSSEAU, « L'Économiste, le Juriste et le Contrat ... », *op. cit.*, p. 9.

¹⁹² Pour l'admission à une pratique non contractualisée, v. CA Paris, 28 juin 2023, n°21/16174.

¹⁹³ En *Common Law*, les juges accordent une importance réelle à la notion de rentabilité économique, ils pourraient être une source d'inspiration pour notre droit.

efficace, contrairement au droit français¹⁹⁴. Si le droit du déséquilibre significatif a fait l'objet de plusieurs études juridiques conduisant à des critiques et des propositions de modifications, certains se sont parfois appuyés sur l'analyse économique. Or, à notre connaissance, aucune étude complète de la pratique n'a été effectuée par un juriste en confrontant l'analyse économique et l'analyse juridique pour promouvoir un nouveau droit du déséquilibre significatif¹⁹⁵. C'est pourquoi, après avoir confronté le droit du déséquilibre significatif à l'analyse économique, il convient de retirer de cette confrontation des pistes d'amélioration. En proposant une analyse plus réaliste, car elle tient compte du contexte et de la portée économique de la pratique, les acteurs seront plus à même de comprendre et d'accepter la règle de droit. Le droit du déséquilibre significatif serait plus efficace au sens économique. Néanmoins, il ne s'agit pas d'exclure les objectifs juridiques, de loyauté et d'équité dans les échanges, puisque leur respect est également déterminant du bon fonctionnement de la société, ce que reconnaît l'analyse économique. Ainsi, la « *dimension morale et [la] dimension économique du contrat* » ne devraient pas s'opposer, conduisant à des « tensions », mais devraient, au contraire, se compléter¹⁹⁶. *In fine*, nous entendons parvenir à une analyse mêlant les exigences impératives en droit français de loyauté et d'équité, tout en recherchant l'efficacité économique.

19. *Le choix d'une étude limitée aux relations commerciales.* Dans le cadre de cette analyse, nous avons décidé de nous limiter au déséquilibre significatif dans les relations commerciales, ce qui renvoie au texte du Code de commerce et aux relations entre professionnels. Le Code de commerce dispose, en son article L.442-1, que :

« 1. Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services : [...] »

2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. »

Si l'analyse économique peut être utilisée pour divers pans du droit, elle fait particulièrement sens en droit économique. En analysant les comportements des parties et le contenu d'échanges contractuels résultant de stratégies mises en place par des professionnels pour assurer, voire accroître leur position sur un marché, le contrôle du déséquilibre significatif en matière

¹⁹⁴ Par ex. A. ARSAC-RIBEYROLLE, *Essai sur la notion d'économie du contrat*, Th., Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2005, p.264 : « On citera à cet égard la théorie de l'efficient *breach of contract*, permettant à une partie de se désengager si elle trouve un meilleur moyen de placer ses ressources. Si le profit qu'elle peut obtenir de la rupture du contrat est supérieur au profit attendu de l'exécution du contrat par l'autre partie, il est souhaitable, selon Posner, d'encourager cette solution économiquement efficace. [...] il semble hautement improbable qu'elle puisse être un jour transposée en droit français. »

¹⁹⁵ V. not. un ouvrage très pertinent en la matière, réalisé par des économistes et qui sera utilisé dans le cadre de cette thèse : L. BENZONI, P. DEBOUDE, « Du déséquilibre significatif dans les relations entre partenaires commerciaux à la puissance d'achat : une perspective économique... », *op. cit.*

¹⁹⁶ D. MAZEAUD, mis à jour par M. LATINA, « Lésion », *Répert. droit civ.*, Dalloz, avril 2018, §11.

commerciale revêt nécessairement un volet économique¹⁹⁷. La connaissance de la règle de droit conduit à une modification du comportement des acteurs économiques, avec d'autant plus de force s'ils font l'objet d'une sanction et sont alors contraints de s'y conformer. Il importe alors de s'assurer que le droit du déséquilibre significatif parviendra effectivement à l'objectif recherché et ne produira pas, au contraire, des effets indésirables pour le bon fonctionnement de l'économie. L'analyse économique peut répondre à cet enjeu. Elle a déjà intégré le droit des pratiques anticoncurrentielles et le droit des concentrations avec succès et peut légitimement s'étendre au droit des pratiques restrictives de concurrence dont fait partie le déséquilibre significatif. *A contrario*, le droit de la consommation pourrait être moins ouvert à l'introduction de l'analyse économique puisqu'il s'agit d'un secteur fortement marqué par un protectionnisme juridique à l'égard des consommateurs, parties jugées particulièrement faibles. En droit commun, prévu dans le Code civil, l'analyse économique pourrait être pertinente, mais il s'agit d'un droit récent ayant fait l'objet de peu de décisions judiciaires, et son application limitée à des acteurs qui ne relèvent pas des droits spéciaux complexifie l'analyse et le prononcé de solutions génériques. Néanmoins, les solutions qui seront développées dans cette thèse pourront utilement servir aux différents droits du déséquilibre significatif et ainsi constituer de potentiels outils puisque les objectifs et délimitations de cette pratique sont plus ou moins analogues. Notre analyse se limitera donc aux relations commerciales, entendues comme les relations entre professionnels relevant du Code de commerce, et aux précisions apportées par le juge commercial.

20. *Analyser les critères de la pratique du déséquilibre significatif.* En matière commerciale, le législateur prévoit deux principaux critères : la soumission ou sa tentative et l'existence d'obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. En présence de termes jugés flous et en l'absence de précisions apportées par la loi, les critères d'application du déséquilibre significatif, en matière commerciale, ont dû être précisés par le juge. Ce pouvoir a conduit à plusieurs évolutions jurisprudentielles depuis son introduction, ce qui laisse appréhender d'éventuelles modifications à l'avenir. Cette analyse judiciaire n'a pas toujours reçu l'approbation de la doctrine, ni celle des acteurs économiques¹⁹⁸, mettant en exergue des arguments pertinents visant à contester son efficacité. Pourtant, ces critères sont déterminants pour établir la pratique et mener, le cas échéant, à sa sanction.

¹⁹⁷ Commission ad hoc, sous la présidence de G. CANIVET ET F. JENNY, « Pour une réforme du droit de la concurrence », *Rapport club des juristes*, janvier 2018, p. 293 : « Le déséquilibre significatif au sens du Code de commerce n'est pas pour l'essentiel, ou en tout cas pas de manière exclusive, la protection des intérêts d'une partie contre une autre, mais principalement la protection de l'économie dans son ensemble, de l'efficacité d'une filière et *in fine* du bien-être du consommateur. L'objectif de la lutte contre le déséquilibre significatif est identique à celui poursuivi par la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, mais en recourant à d'autres moyens. ».

¹⁹⁸ N. MATHEY, « Preuve de la soumission et négociabilité des contrats conclus en ligne », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 6, juin 2022, comm. 97 : « Alors que le Conseil constitutionnel tentait de convaincre les requérants qui en contestaient la constitutionnalité que la notion de déséquilibre significatif était suffisamment précise pour ne pas heurter le principe de la légalité des délits et des peines (Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC, Ets Darty et Filo : [...]), toute la jurisprudence construite depuis montre que de nombreux points restaient à éclaircir. ».

En effet, il ne s'agit pas de sanctionner tout déséquilibre significatif mais bien de s'assurer qu'il y a eu soumission ou tentative de soumission à des obligations créant un déséquilibre significatif. Le législateur a ajouté cette disposition spécifique au Code de commerce, bien qu'elle ressorte de manière implicite dans les autres droits du déséquilibre significatif, pour mettre en évidence la nécessité de protéger une partie qui n'a pas pu exprimer, librement et effectivement, sa volonté lors de la détermination du contenu contractuel. L'objectif initialement recherché par le législateur était de protéger les fournisseurs, réputés en position de faiblesse, contre les abus des grands distributeurs lors des négociations, conduisant les seconds à s'avantager inexorablement au détriment des premiers¹⁹⁹. Le législateur a toutefois volontairement élargi le champ d'application de la pratique du déséquilibre significatif en matière commerciale, bien que les juges aient pu réduire ce champ dans plusieurs décisions²⁰⁰. Cet article peut s'appliquer à une majorité d'acteurs et dans différents secteurs²⁰¹. Il s'agit de s'assurer que la partie qui se prétend soumise pouvait bien l'être, ce qui implique d'étudier sa faiblesse. L'intervention étatique dans la sphère contractuelle se justifie car il s'agit de protéger une partie qui a réellement besoin de l'être. Or, à défaut de précisions apportées par le législateur, il appartenait au juge de définir les critères permettant d'établir la soumission et sa tentative. Ces critères sont déterminants, car il s'agit du premier filtre pour établir la pratique.

Outre le critère de soumission ou sa tentative, la pratique requiert de vérifier l'existence d'obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Analysant le droit positif, on comprend que des comportements loyaux entre les parties lors de la détermination du contenu contractuel devraient conduire à une répartition équilibrée des droits et obligations, entendue comme égalitaire ou, à tout le moins, équitable²⁰². En effet, un avantage offert à un cocontractant devrait, en principe, se justifier par un avantage obtenu en échange par son partenaire ; c'est du « donnant-donnant ». Néanmoins, il n'apparaît pas nécessaire de procéder à une analyse ligne à ligne en matière de déséquilibre significatif²⁰³, puisque la contrepartie s'apprécie de manière globale à travers l'ensemble des droits et obligations des parties²⁰⁴. Se pose alors la question de la détermination d'un déséquilibre

¹⁹⁹ J.-P. CHARITÉ, Rapport n°908 fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi de modernisation de l'économie, Assemblée nationale, 22 mai 2008.

²⁰⁰ Notons, not., l'exclusion des établissements de crédit et sociétés de financement (Cass. com., 15 janvier 2020, n°18-10.512), des modalités de retrait d'un membre du groupement d'intérêt économique (Cass. com. 11 mai 2017 n°14-29.717) ou encore concernant un bail commercial (Cass. civ., 15 février 2018, n°17-11.329).

²⁰¹ Notons, not., l'exclusion des établissements de crédit et sociétés de financement (Cass. com., 15 janvier 2020, n°18-10.512), des modalités de retrait d'un membre du groupement d'intérêt économique (Cass. com. 11 mai 2017 n°14-29.717) ou encore concernant un bail commercial (Cass. civ., 15 février 2018, n°17-11.329).

²⁰² J.-P. CHARITÉ, Rapport n°908 fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi de modernisation de l'économie, Assemblée nationale, 22 mai 2008.

²⁰³ J.-P. CHARITÉ, « Rapport n°908 ... », *ibid.*

²⁰⁴ À nuancer, toutefois, dès lors que la loi exige des contreparties réciproques entre les parties. En ce s., v. G. CHANTEPIE, « EGALIM 3 : le droit des relations commerciales réformé à tâtons (Première partie : l'émiettement du droit des négociations commerciales) », *Daloz actualité*, 05 avril 2023 : « C'est le retour du « ligne à ligne », qui existait déjà pour les seuls produits alimentaires depuis la loi Egalim 2, mais que le droit français a longtemps connu, avant la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008. Sans contraindre l'équilibre auquel les parties aboutissent, ce dispositif impose aux parties une obligation de motivation, en précisant chaque obligation et chaque avantage obtenu en contrepartie. ».

significatif. Si les juges ont développé plusieurs critères pour établir l'absence d'équilibre, la problématique ne repose pas uniquement sur une répartition jugée déséquilibrée mais également sur les éléments permettant de fonder l'analyse de la répartition. Si le législateur renvoie aux droits et obligations des parties, le contrat n'est pas seulement un acte juridique mais s'inscrit dans un contexte économique et répond à des stratégies économiques mises en place par des acteurs sur un marché. Le contrat est signé entre les parties en raison des effets économiques attendus, par chacune d'elles, du fait de la mise en œuvre de son contenu. Enfin, le législateur exige que le déséquilibre soit significatif, et il convient d'apprécier son niveau d'intensité. Encore faut-il déterminer à quel niveau d'intensité le déséquilibre devrait être sanctionné.

Si les critères du déséquilibre significatif apparaissent difficiles à définir avec exactitude, l'analyse de la pratique démontre qu'il s'agit pourtant d'une sanction *per se*, ce qui signifie que la pratique est établie et sanctionnée indépendamment de ses effets, à tout le moins réels²⁰⁵. Sa sanction s'impose, y compris si elle produit plus d'effets positifs pour les parties et le marché que d'effets négatifs. La tendance des réglementations française et européenne, en droit positif, serait de réprimer de manière automatique certains comportements économiques afin de garantir la loyauté entre les acteurs sur le marché pour protéger l'économie. Or, il n'est pas certain que ces sanctions parviennent à ces objectifs au profit de l'économie. L'analyse économique recommande, notamment, de vérifier l'efficacité des sanctions, à travers la justification d'une intervention étatique, la justification, le choix et le calcul d'une sanction.

21. *Comment sanctionner efficacement la pratique du déséquilibre significatif.* La pratique du déséquilibre significatif en matière commerciale est marquée par une forte intervention étatique. Cette dernière va à l'encontre du fonctionnement libre du marché, tel que recommandé par une partie des économistes. Or, entraver le libre fonctionnement du marché implique, d'une part, de le justifier par des motifs légitimes et, d'autre part, de s'assurer que cette intervention est réellement efficace, c'est-à-dire qu'elle parvient à l'objectif recherché en évitant ou minimisant les effets indésirables.

Les sanctions en matière de déséquilibre significatif sont très diversifiées et particulièrement intrusives dans les rapports commerciaux. Outre la publication de la sanction, il peut s'agir de sanctions pécuniaires comme une amende, une astreinte, la répétition de l'indu ou encore la réparation du préjudice subi. Mais le législateur permet également au juge (et même à l'autorité publique *via* une injonction²⁰⁶) d'intervenir directement dans le contrat à travers la nullité de certaines clauses jugées illicites, voire de l'ensemble du contrat, ou encore de prononcer la cessation des pratiques pour l'avenir²⁰⁷. Ces sanctions s'opposent à la conception du contrat comme la chose des parties. Le juge viendrait contraindre ces dernières à exécuter un contrat tel que le Droit le souhaiterait. En agissant ainsi, il prend le risque de conduire une partie, refusant de se voir imposer ce nouvel équilibre contractuel, à mettre fin à sa relation avec son partenaire. Le Droit ne peut forcer des parties à s'engager contractuellement. De telles mesures

²⁰⁵ J.-C. RODA, « La franchise au crible du déséquilibre significatif (quand Bercy s'invite chez Subway) », *AJ contrat*, 2020, p. 543.

²⁰⁶ Code com., art. L.470-1.

²⁰⁷ Code com., art. L.442-4.

ne favorisent pas le maintien et le développement des relations contractuelles entre les parties. Cet encadrement étatique des échanges commerciaux peut, certes, conduire à plus de loyauté dans les relations commerciales (sous réserve d'éviter les mesures de contournement), mais cela risque, toutefois, de porter atteinte au bon fonctionnement de l'économie. Ainsi, on s'interroge sur l'existence de démarches alternatives permettant d'éviter une saisine judiciaire pour prévenir la réalisation d'un conflit, par exemple à l'aide de conseils, ou y mettre fin, par exemple *via* une médiation, en maintenant l'utilité du contrat pour l'ensemble des parties.

Outre une intervention étatique dans le contrat, à travers le juge, le législateur offre à l'autorité publique la possibilité de saisir le juge d'une pratique de déséquilibre significatif, indépendamment de la volonté des parties au contrat²⁰⁸. Ce droit lui est accordé afin de protéger l'ordre public économique. En effet, l'existence d'une telle atteinte implique de ne pas se limiter à la volonté des parties au contrat de saisir ou non le juge, mais bien de s'assurer que l'autorité publique peut agir comme gardien. En pratique, il apparaît que l'existence d'une telle atteinte n'est pas toujours vérifiée concrètement puisqu'elle se déduirait de son intervention. On se demande si la seule existence de la pratique suffit à établir une atteinte, réelle ou potentielle, pour l'ordre public économique. À défaut, son intervention pourrait être remise en cause puisqu'elle lui permettrait de contester des contrats sur le fondement du déséquilibre significatif, d'une part, indépendamment de la volonté des parties, et d'autre part, sans que l'ordre public ne soit réellement menacé. L'analyse de la jurisprudence démontre que cette saisine résulte en général du ministre de l'Économie avec l'aide de son service d'enquête, la Direction générale de la consommation, de la concurrence et de la répression des fraudes (DGCCRF). Or, la pratique démontre une vraie disparité dans les décisions rendues à la suite d'une saisine d'un acteur économique et celles rendues à la suite d'une saisine du Ministre, bien que cette disparité semble se dissiper. En effet, pendant de nombreuses années, le Ministre a vu généralement ses demandes aboutir devant le juge. Toutefois, les récentes décisions semblent moins favorables au Ministre. Comme si ce pouvoir n'était pas déjà suffisant, l'autorité publique bénéficie d'un pouvoir d'injonction de mise en conformité, et pour les manquements passibles d'une amende civile, la DGCCRF pourra, indépendamment de la saisine du juge, assortir ses décisions d'injonction d'une astreinte journalière, elle pourra, le cas échéant, la liquider²⁰⁹. Ces pouvoirs importants conférés à une entité, sans saisine du juge, démontrent d'autant plus l'objectif de régulation et la démarche disciplinaire du législateur français, sans que l'efficacité économique de ces mesures ne soit prise en compte. Là encore, le risque

²⁰⁸ Code com., art. L.442-4.

²⁰⁹ Code com., art. L.470-1 et L.470-2, notamment modifié par la Loi n° 2020-1508 du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière ; V. FAURE-MUNTIAN, Rapport n° 3196 fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi, adopté par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière, Assemblée nationale, 30 septembre 2020 et M. LAUZZANA, A. BERGE, Avis faits au nom de la commission des finances au nom de la Commission des affaires culturelles et de l'éducation, T. II, Commentaires des articles, p.62-63 ; En ce s. v. F. JACOMINO, *Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence*, Th., Université Côte d'Azur, 2018, §840 : « La procédure d'enquête, les pouvoirs d'injonction et de sanction des agents de la DGCCRF, ainsi que l'action autonome du ministre de l'Économie « court-circuitent » le cours normal de l'instance judiciaire et font apparaître les contours d'un dirigisme économique. ».

d'atteinte au bon fonctionnement de l'économie doit être analysé afin d'apprécier l'efficacité de cette intervention.

Enfin, le législateur a octroyé au juge, notamment à la demande de l'autorité publique, une importante palette de sanctions afin de répondre à différents objectifs juridiques : punir la pratique, réparer le préjudice causé, y mettre fin et prévenir sa réitération. Or, les sanctions offertes répondent chacune à un ou plusieurs de ces objectifs, et en les combinant, le juge peut ainsi accroître leurs effets. Par ailleurs, leur diversité doit également permettre au juge d'adapter leur prononcé en fonction de la gravité de la pratique visée. Par exemple, le prononcé d'une amende, sanction jugée particulièrement punitive, n'est possible qu'en présence d'une atteinte à l'ordre public économique et à la demande de l'autorité publique. Le législateur n'a eu de cesse d'accroître la quantité et l'intensité des sanctions pouvant être prononcées en matière de déséquilibre significatif. En agissant ainsi, il met en évidence l'importance accordée à la suppression de ces comportements. Pour autant, ces sanctions vont s'appliquer à des acteurs économiques, modifiant ainsi leur comportement sur le marché (surtout si elles sont particulièrement intenses et contraignantes), ce qui, comme nous l'avons vu, peut également modifier le bon fonctionnement de l'économie. Il apparaît, là encore, nécessaire de vérifier que le prononcé de ces sanctions est efficace puisqu'il conduit à l'objectif juridique recherché, tout en limitant les effets indésirables pour les parties et l'économie. Enfin, si ces sanctions peuvent légitimement poursuivre les objectifs de punition, de réparation et de dissuasion, elles doivent, en outre, tenir compte d'autres impératifs juridiques et économiques, comme les droits des entreprises.

In fine, le droit positif du déséquilibre significatif, en matière commerciale, donne lieu à des questionnements, voire à des critiques franches, quant à sa capacité à répondre efficacement aux objectifs juridiques poursuivis. Ainsi, l'analyse économique, ayant étudié différents sujets dont traite également le droit du déséquilibre significatif, devrait être exploitée pour déterminer l'efficacité de cette règle de droit et, le cas échéant, proposer des pistes d'amélioration.

22. *Plan de la thèse.* Finalement, l'étude de la pratique de déséquilibre significatif, sous l'angle de l'analyse économique, confrontée au droit positif du déséquilibre significatif, permettra de dégager des pistes d'amélioration de la règle de droit.

Cette analyse interdisciplinaire conduit à s'intéresser, dans une *première partie*, aux critères établissant la pratique de déséquilibre significatif. Après avoir établi la pratique, il s'agira de procéder à cette même analyse, dans une *seconde partie*, qui s'intéressera à la mise en œuvre juridique d'une sanction.

PREMIÈRE PARTIE – LES CRITÈRES ÉTABLISSANT LA PRATIQUE DE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF

SECONDE PARTIE – LA MISE EN ŒUVRE JURIDIQUE DE LA SANCTION DU DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF

PREMIÈRE PARTIE – LES CRITÈRES ÉTABLISSANT LA PRATIQUE DU DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF

23. *L'établissement de la pratique du déséquilibre significatif.* L'article L.442-1, I, 2° du Code de commerce, anciennement L.442-6, I, 2°, exige la démonstration de deux critères pour établir ce que nous appellerons la pratique du déséquilibre significatif (ci-après, la « pratique »). Les critères sont : le fait « *de soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie ...* », d'une part (chapitre 1^{er}), « *... à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* », d'autre part (chapitre 2nd). Nous étudierons ces critères sous l'angle économique, puis sous l'angle juridique, ce qui nous permettra de proposer des pistes d'amélioration pour établir la pratique et justifier d'une sanction.

Chapitre premier – Le fait de soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie

Introduction

24. *Le premier critère instauré par le Code de commerce repose sur la démonstration d'une soumission ou de sa tentative.* Le premier critère, qui fera l'objet de ce premier chapitre, renvoie à la démonstration d'une soumission ou d'une tentative de soumission. Ce n'est que lorsqu'un acteur économique a soumis ou tenté de soumettre l'autre partie, anciennement le partenaire commercial, à un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, qu'il se verra sanctionné. En effet, l'existence d'un déséquilibre significatif n'est pas en soi prohibée ; c'est bien le fait de soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à un tel déséquilibre qui permettra de caractériser la pratique. C'est pourquoi, le critère de soumission ou d'une tentative de soumission est déterminant pour établir la pratique²¹⁰. Se pose alors la question de la détermination de cette soumission ou de sa tentative. La soumission se définit comme le fait de « *placer quelqu'un dans la dépendance, sous le pouvoir, la domination* » pour « *soumettre quelqu'un à sa volonté* »²¹¹. Pour des précisions

²¹⁰ Notons que cette pratique se distingue notamment de la pratique restrictive de concurrence prévue à l'art. L.442-1, I, 1° du Code com. prohibant le fait « d'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie ». V. CE, 21 décembre 2022, n° 463938 ; Cass. com., 11 janvier 2023, n° 21-11.163. M. BEHAR-TOUCHAIS, « Une réduction de prix imposée à l'autre partie est passible de l'article L. 442-6, I, 1°, du Code de commerce », *LEDICO*, n°3, mars 2023, p. 3 : « L'arrêt rassure en semblant faire de l'absence de libre accord des sous-traitants une condition de l'application du texte. Le 1° ne s'appliquerait donc qu'aux prix imposés à un partenaire, et non aux prix effectivement librement consentis. ». Pour une analyse *a contrario*, N. DISSAUX, R. LOIR, « Avantage sans contrepartie : en avant toute ! », *Recueil Dalloz*, 2023, p. 485 : « La Cour de cassation le rappelle implicitement en énonçant que le Code de commerce exige "seulement" la constatation d'un avantage abusif : l'article L. 442-6, I, 1°, pas plus que son successeur, ne pose de condition relative à la "soumission". Contrairement au déséquilibre significatif. ». En ce s. égal. v. G. CHANTEPIE, « La complémentarité de l'avantage sans contrepartie et du déséquilibre significatif », Cass. com., 11 janv. 2023, n°21-11.163 », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 07, 16 février 2023, p. 1049 ; N. MATHEY, « Précisions sur la notion d'avantage et ses rapports avec le déséquilibre significatif », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 3, mars 2023 ; M. CHAGNY, « Pratiques anticoncurrentielles, pratiques restrictives et concentrations : quels rapports ? », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 3, mars 2023, doss. 3.

²¹¹ Dictionnaire en ligne, Larousse.

supplémentaires, on se réfère aux synonymes du verbe « soumettre », parmi lesquels on trouve le fait d'imposer : « *faire connaître, reconnaître, accepter son autorité, sa volonté, ses idées, sa valeur* »²¹² et celui de contraindre : « *obliger quelqu'un à agir d'une certaine manière, l'amener à telle action, tel état, malgré sa volonté, son désir* »²¹³. D'après ces définitions, la soumission viserait l'existence d'un pouvoir de la part d'une partie, lui permettant de contraindre l'autre partie à suivre sa volonté au détriment de celle de cette dernière. La soumission impliquerait, *a priori*, un consentement forcé puisque l'autre partie a accepté des obligations qu'elle n'aurait, à défaut, jamais acceptées. En l'absence de toute précision donnée par le législateur dans le Code de commerce pour définir la soumission ou sa tentative, cette mission a été confiée aux juges. Nous verrons que la jurisprudence a pu évoluer à ce sujet depuis l'introduction de la pratique. Si les juges retiennent, à présent, l'absence de négociation effective comme critère déterminant²¹⁴, des critiques sont encore soulevées quant à son appréciation, mettant en évidence une analyse judiciaire irrégulière.

25. *La soumission : une notion spécifique au Code de commerce.* Notons, tout d'abord, que la soumission ou sa tentative est un critère spécifique au Code de commerce puisqu'il n'existe ni dans le Code de la consommation, ni dans le Code civil, prévoyant pourtant la prohibition des déséquilibres significatifs²¹⁵. Ainsi, ces codes ne permettraient pas, *a priori*, de faciliter le travail d'analyse du juge commercial en matière de soumission. Toutefois, l'article L.212-1 du Code de la consommation dispose notamment que « [...] *le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat* ». En faisant référence à « *toutes les circonstances qui entourent sa conclusion* », le législateur entend tenir compte de la nature des relations unissant un professionnel et un consommateur (ou non-professionnel²¹⁶), qui traduit ainsi un rapport de force déséquilibré au profit du professionnel lui permettant d'obliger l'autre partie à accepter sa volonté. La soumission est donc, par nature, supposée en droit de la consommation. Par ailleurs, l'article 1171 du Code civil dispose : « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat, est réputée non écrite. [...]* » En renvoyant à la nature « *non négociable* » et « *déterminée à l'avance* » de la clause, et donc à l'existence d'un « *contrat d'adhésion* »²¹⁷, le législateur laisse sous-entendre qu'une partie a imposé sa volonté sans permettre à l'autre partie de modifier le contrat conformément à sa volonté. Or, le rapport fait

²¹² Dictionnaire en ligne, Larousse.

²¹³ Dictionnaire en ligne, Larousse.

²¹⁴ N. MATHEY, « Preuve de la soumission et négociabilité des contrats conclus en ligne », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 6, juin 2022, comm. 97 : « Il est désormais acquis que la soumission implique de démontrer l'absence de négociation effective des clauses incriminées. ».

²¹⁵ A noter, néanmoins, qu'elle peut exister sous d'autres formes dans les Codes précités ; V. par ex. pour une toute autre portée que celle visée pour le déséquilibre, art. 515-5-1 : « Les partenaires peuvent, dans la convention initiale ou dans une convention modificative, choisir de soumettre au régime de l'indivision les biens qu'ils acquièrent, ensemble ou séparément, à compter de l'enregistrement de ces conventions. Ces biens sont alors réputés indivis par moitié, sans recours de l'un des partenaires contre l'autre au titre d'une contribution inégale. ».

²¹⁶ Code conso., art. L.212-2.

²¹⁷ Code civ., art. 1110, définit le contrat d'adhésion comme « celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ».

au nom de la commission des lois sur le projet de loi, adopté par le Sénat et ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, explique ce choix en excluant la notion trop ambiguë de « *libre négociation* » (qui pourrait renvoyer à l'analyse du rapport de force entre les parties au contrat). Il privilégie plutôt la notion de « *négociabilité* » du contrat, puisqu'il retient que le droit commun est marqué par l'égalité des parties²¹⁸. Ainsi, en utilisant la notion de « *contrat d'adhésion* » et en la définissant, le Code civil facilite considérablement le travail des juges. *A contrario*, en utilisant la notion plus floue de soumission ou tentative de soumission, le législateur a invité le juge commercial à apporter des éléments de précision.

26. *La soumission ou sa tentative doivent être distinguées des vices du consentement.* La soumission doit être distinguée d'autres pratiques contrôlées et sanctionnées en matière contractuelle : les vices du consentement. Selon l'article 1130 du Code civil : « *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.* » Il ne fait nul doute que cette disposition a de nombreuses similitudes avec la sanction d'une soumission ou sa tentative à un déséquilibre significatif. En effet, il peut être retenu, *a priori*, que sans la soumission, « *l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes* ». La soumission s'apprécie également « *eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné* ». Pourtant, le législateur a bien entendu poursuivre séparément ces pratiques. Contrairement aux vices du consentement, la soumission sanctionnerait le fait, pour une partie, d'imposer sa volonté à l'autre partie en faisant usage de son autorité. Il ne s'agit nullement de démontrer l'erreur de cette dernière, ni même l'existence d'un mensonge ou d'une réticence dolosive, car l'existence d'une soumission ne renvoie pas à une tromperie mais à la démonstration d'une contrainte. Il n'est nullement fait référence au fait que le professionnel n'a pas conscience de la réalité des enjeux contractuels qu'il s'apprête à accepter, mais bien au fait de s'être vu imposer de telles conditions malgré sa volonté. Le seul vice du consentement qui pourrait se rapprocher de la soumission serait celui de la violence, telle que retenue dans le Code civil (art. 1140), plus précisément de la violence par abus de l'état de dépendance (art. 1143 du Code civil)²¹⁹. Mais, si l'usage de la violence lors des négociations peut démontrer la soumission, la soumission n'exige pas nécessairement la démonstration d'une violence. Une partie au contrat peut forcer l'acceptation de l'autre partie sans qu'il soit nécessaire d'user de la violence. Le juge commercial a été amené à préciser cette notion sans se limiter au critère de violence.

²¹⁸ S. HOULIÉ, Rapport n° 429 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi adopté par le Sénat, ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (n° 315), Assemblée nationale, 29 novembre 2017.

²¹⁹ Code civ., art. 1140 : « Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable » ; art. Code civ., art. 1143 : « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, 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. ».

27. *La notion de soumission et sa tentative au sens de la jurisprudence.* En l'absence de précisions suffisantes dans les autres codes sanctionnant cette même pratique, le juge devait rechercher les caractéristiques d'un tel comportement tout en le distinguant des vices du consentement. Ainsi, les juges ont, à plusieurs reprises, modifié leur analyse depuis l'introduction de la pratique en 2008. La doctrine a généralement été critique et a constaté, bien souvent, le flou entourant la détermination de ce critère²²⁰. À présent, la jurisprudence semble s'être fixée sur un critère déterminant pour établir la soumission ou sa tentative : il s'agit de l'absence de négociation effective. Autrement dit, c'est parce qu'une partie n'a pas pu négocier effectivement qu'elle a été soumise (ou du moins, qu'on a tenté de la soumettre) à des obligations créatrices d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Si cette exigence est apparue en filigrane de décisions antérieures²²¹, c'est à travers la jurisprudence *ITM Alimentaire* que les juridictions du fond, puis la Cour suprême, ont clairement exigé d'apporter une telle démonstration²²². Il aura donc fallu dix années environ pour parvenir à cette position. Ainsi, la démonstration de l'absence de négociation effective suffirait pour établir la soumission ou sa tentative, et d'autres critères, tels que le rapport de force entre les parties ou encore l'existence d'un contrat type ou d'adhésion, ne constitueraient que des indices pour la démontrer. La détermination de la négociation effective semble être, également, composée d'un faisceau d'indices. Les juges font reposer la charge de la preuve de la soumission ou de sa tentative sur le demandeur. Il doit alors démontrer l'absence de négociation effective, et le défendeur peut, ensuite, apporter la preuve contraire, laissant au juge la décision finale²²³. Dans cette jurisprudence *ITM Alimentaire*, le juge a apporté des précisions importantes sur la détermination d'une négociation effective²²⁴. En l'espèce, il retient qu'elle peut se fonder sur la preuve d'une modification ou d'une suppression des clauses litigieuses ou sur l'existence d'une discussion entre les parties. Elle peut toutefois être exclue lorsque aucune suite n'a été donnée aux réserves ou avenants proposés par l'autre partie. Dans cette affaire, le juge laisse toutefois ouverte la possibilité d'apporter d'autres moyens de preuve pour démontrer l'absence de négociation effective. Or, si les juges semblent s'être arrêtés, *a priori*, à un seul critère déterminant pour établir la soumission ou sa tentative, l'appréciation de ce dernier reste, en pratique, irrégulière et peut donc susciter un questionnement. La négociation dite effective est une notion complexe qui implique d'être analysée avec régularité et précision. L'adjectif « effectif » renvoie à quelque chose « dont la réalité est incontestable »²²⁵, « qui se traduit par un effet, par des actes » et qui est « concret, positif, réel, tangible »²²⁶. Ainsi, la négociation « effective » conduit à s'intéresser, d'une part, à l'existence d'une négociation et,

²²⁰ N. MATHEY, « Preuve de la soumission et négociabilité des contrats conclus en ligne », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 6, juin 2022, comm. 97 : « Alors que le Conseil constitutionnel tentait de convaincre les requérants qui en contestaient la constitutionnalité que la notion de déséquilibre significatif était suffisamment précise pour ne pas heurter le principe de la légalité des délits et des peines (Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC, Ets Darty et Filo : [...]), toute la jurisprudence construite depuis montre que de nombreux points restaient à éclaircir. ».

²²¹ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Soumettre ou ne pas soumettre, telle est la question », *RDC*, 2020, n°1, p. 39.

²²² CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 ; Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823.

²²³ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Soumettre... », *ibid.*, p. 39 ; CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879, Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823.

²²⁴ CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 ; Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823.

²²⁵ Dictionnaire en ligne, Larousse, effectif, effective.

²²⁶ Dictionnaire en ligne, Le Robert, effectif, effective.

d'autre part, à ses conséquences tangibles, incontestables. Pour cela, il convient de vérifier les effets réels de cette négociation sur le contenu contractuel. L'analyse de l'effectivité de la négociation par le juge l'invite à regarder le déroulé des négociations, l'expression de la volonté des parties et sa traduction dans le contrat. Se pose également la question de la quantité d'effets attendus par le juge pour admettre l'effectivité d'une négociation. Enfin, l'effectivité de la négociation requiert une analyse casuistique puisqu'elle dépend du contexte entourant la négociation, notamment au regard de la particularité du contrat discuté ou des acteurs concernés. Pour cela, les juges doivent se replacer dans le contexte des négociations du contrat. Toutefois, en tant que tiers au contrat, ils ne connaissent pas les intentions réelles des parties lors des discussions. Ils ne peuvent se fier qu'aux éléments de preuve qui leur sont fournis pour établir la pratique. Ainsi, des acteurs économiques pourraient profiter d'une saisine judiciaire *a posteriori*, pour agir de manière opportuniste et prétendre à l'absence de négociation effective. Si le juge doit être, par nature, impartial, l'insuffisance d'informations auxquelles il a accès pourrait le conduire à une analyse biaisée, ce qui favoriserait le risque d'erreurs judiciaires pouvant être dommageables. En présence d'un risque de sanctions particulièrement punitives, il apparaît nécessaire de promouvoir une analyse réaliste et efficace. Cette exigence est d'autant plus importante que le critère de soumission ou sa tentative est le premier critère à remplir, sans lequel il n'est nullement nécessaire de poursuivre l'analyse de la pratique. C'est pourquoi, nous nous sommes appuyés sur l'analyse économique, spécialisée dans l'étude des comportements des acteurs économiques, afin de compléter utilement l'analyse juridique.

28. *L'utilité de l'analyse économique concernant le critère juridique de soumission ou de tentative de soumission.* L'analyse économique s'intéresse notamment aux comportements des acteurs économiques lors des transactions effectuées sur le marché. Elle s'intéresse tout particulièrement aux modalités des décisions prises lors des interactions entre ces acteurs. Elle s'appuie sur plusieurs théories et outils, parmi lesquels se trouvent l'analyse du pouvoir économique, les asymétries d'information et la théorie des jeux. Ces éléments lui permettent de mieux comprendre les comportements des acteurs économiques pour fournir une analyse plus réaliste et efficace. Par ailleurs, l'analyse économique peut procéder à une démarche positive, où elle constate « ce qui est », et normative, où elle énonce « ce qui devrait être ». Elle n'est donc pas nécessairement orientée par un jugement de valeur, mais elle peut, le cas échéant, préconiser certaines actions pour améliorer le fonctionnement du marché, notamment en régissant les comportements des acteurs économiques. En ce sens, l'analyse économique pourrait être utile pour apprécier le critère juridique de soumission ou de sa tentative.

Nous verrons que pour comprendre le déroulé des négociations, avant d'émettre tout jugement de valeur sur son résultat, les économistes s'intéressent au pouvoir économique dont dispose chaque partie. Analyser en amont le pouvoir économique des parties permet aux économistes de se replacer, autant que possible, dans le contexte entourant les négociations afin d'analyser de manière plus objective leur comportement. En effet, nous verrons que l'absence de négociation ou d'effets suffisamment tangibles sur le contenu contractuel ne démontre pas nécessairement qu'une partie a été obligée d'accepter les conditions contractuelles en raison de l'autorité de son partenaire. Il convient au préalable de s'assurer que la partie qui prétend, *a*

posteriori devant le juge, avoir été contrainte lors des négociations, était bien en position d'être dominée par l'autre partie et dans l'incapacité d'exprimer et de faire respecter sa volonté. C'est pourquoi, les économistes recommandent d'examiner les pouvoirs économiques des parties. Or, l'existence d'un rapport de force déséquilibré entre les parties ne présage pas nécessairement que celle en position de force use de son pouvoir à l'égard de son partenaire. Notons toutefois que les rapports de force au sein d'un marché sont jugés habituels²²⁷. En ce sens, on peut distinguer la cause de la contrainte, soit l'existence d'un rapport de force déséquilibré entre les parties, de sa conséquence (bien que non automatique), soit la contrainte effective, où une partie empêche une autre partie de faire entendre et appliquer sa volonté. Ces deux éléments sont interdépendants. Ainsi, conformément à l'analyse économique, il est nécessaire d'étudier au préalable le pouvoir économique des parties pour ensuite être en mesure d'apprécier de manière plus réaliste et concrète l'existence d'une négociation effective. Par ailleurs, l'analyse économique fournit des outils pour étudier les comportements des acteurs économiques lors des négociations et ainsi vérifier s'il y a bien eu contrainte d'une partie sur une autre. Elle accorde une importance particulière aux motivations réelles des acteurs économiques lorsqu'ils décident de contracter. Comme nous l'avons vu, la définition d'une soumission renvoie à l'existence d'un pouvoir, d'une autorité, permettant à une partie d'imposer sa volonté au détriment de celle de l'autre partie. La soumission impliquerait que l'autre partie ait une volonté contraire à celle de son partenaire et qu'elle n'ait pas été en mesure d'exprimer et de faire respecter sa volonté à travers le contenu contractuel. Or, la seule absence de manifestation de la volonté d'une partie lors des négociations ne signifie pas qu'elle était nécessairement en position de soumission. Un acteur économique peut, volontairement, accepter des clauses déséquilibrées en raison de l'avantage final que lui procure le contrat. Néanmoins, nous verrons que la soumission peut être passive et conduire une partie faible à se soumettre automatiquement, sans opposition. De même, le fait qu'une partie qui formule des demandes se voit exposer un refus ou une absence de réponse ne signifie pas automatiquement qu'elle y a été soumise, car elle détenait un pouvoir de négociation suffisant pour s'y opposer. Ainsi, nous verrons que l'analyse de l'effectivité d'une négociation est bien plus complexe que l'appréciation que lui en donnent les juges.

L'analyse économique entend procéder à une analyse concrète, en précisant le contexte des négociations et son déroulé, afin de parvenir à une appréciation la plus réaliste possible. Ces éléments d'information permettent notamment de se rapprocher de la vérité, d'éviter un risque d'erreur dans les sanctions et de lutter contre les comportements opportunistes. Nous verrons que l'analyse économique propose des outils intéressants pour améliorer l'appréciation judiciaire de l'effectivité d'une négociation. Enfin, l'analyse économique propose même de s'interroger sur l'intérêt et l'utilité d'une sanction notamment des tentatives de soumission. Si, comme nous le verrons, il peut être justifié, à tout le moins moralement, de sanctionner des

²²⁷ Nous verrons que la loyauté n'est pas un comportement spontané et récurrent dans les relations commerciales. L'analyse économique retient que les acteurs économiques sont des êtres jugés par nature égoïstes. Toutefois, un acteur économique peut être contraint par une norme ou peut décider stratégiquement d'agir de manière loyale avec son partenaire. Or, l'analyse économique est également favorable au maintien de la loyauté pour s'assurer du bon fonctionnement du marché.

tentatives puisqu'il s'agirait de comportements déloyaux, cette sanction pourrait ne pas être efficace sur le fondement du déséquilibre significatif.

29. *La nécessité de modifier l'analyse judiciaire de la soumission ou de sa tentative à l'aide des outils économiques.* Les outils économiques semblent pertinents pour mettre en lumière les défaillances de l'analyse effectuée par les juges concernant la soumission et sa tentative et offrent ainsi des pistes d'amélioration. Puisque les économistes préconisent d'étudier au préalable le pouvoir économique des parties, nous nous intéresserons aux outils économiques permettant de déterminer ce pouvoir. Nous confronterons cette analyse à l'analyse judiciaire, jugée insuffisante en la matière, pour enfin formuler une proposition de modification visant à intégrer le pouvoir de soumission comme critère déterminant (Section I). Après avoir constaté l'existence d'un pouvoir de soumission entre les parties, le juge doit rechercher l'usage concret de ce dernier à travers la vérification d'une soumission effective (Section II). Ainsi, après avoir précisé le contexte dans lequel ont lieu les négociations du contrat et en connaissant le pouvoir respectif de chaque partie, il convient d'étudier le déroulé des négociations et le comportement des parties pour en vérifier l'effectivité. L'appréciation de l'effectivité d'une négociation est bien complexe car elle peut être interprétée de différentes manières et varier en fonction des points de vue, ce qui implique qu'elle soit appréciée de la manière la plus réaliste possible par le juge. La recherche cumulative de ces critères confère au juge une capacité de compréhension plus poussée des négociations et de l'existence ou non d'une soumission, ce qui est non négligeable compte tenu de l'intensité et des conséquences que peuvent avoir les sanctions prévues par le Code de commerce.

Section I – La création du critère du pouvoir de soumission entre les parties

30. *La recherche déterminante d'un pouvoir de soumission.* Afin de comprendre les comportements des parties lors des négociations et être en mesure d'y apporter un jugement de valeur, encore faut-il connaître le contexte dans lequel ils ont eu lieu. C'est pourquoi, les économistes analysent en amont le pouvoir économique des parties. Cette analyse est déterminante car elle permet d'apprécier de manière plus réaliste le déroulé des négociations et ainsi l'existence ou non d'une soumission. En effet, pour soumettre, lors des négociations, l'autre partie au contrat, il faut détenir un pouvoir de soumission à son égard (I). Or, lorsqu'il n'existe aucun pouvoir de soumission au profit d'une partie et au détriment de l'autre partie, il pourrait être vain de rechercher une soumission ou même de sanctionner sa tentative lors des négociations (II).

I. LA NÉCESSITÉ D'APPRÉCIER AU PRÉALABLE L'EXISTENCE D'UN POUVOIR DE SOUMISSION

31. *La nécessité de démontrer un pouvoir de soumission entre les parties.* Comme précisé en introduction, le Code de commerce prévoit, à la différence des autres codes sanctionnant le déséquilibre significatif, la démonstration d'une soumission ou sa tentative

comme premier critère pour établir la pratique. Nous avons vu que ce critère était important puisqu'en son absence, il exclut automatiquement l'analyse du second critère : le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Ce critère doit donc être vérifié de manière réaliste et efficace. Nous verrons que les juges ont mis plus de dix années pour parvenir à une analyse de la soumission qu'ils jugent suffisante, et ce, malgré les critiques persistantes de la doctrine. L'analyse économique du droit peut lui être utile puisqu'elle permet de vérifier le réalisme et l'efficacité des décisions juridiques. Or, les économistes préconisent de démontrer l'existence d'un pouvoir de contrainte avant toute analyse d'une contrainte effective lors des négociations. Ainsi, nous verrons que la démonstration d'un pouvoir de soumission est déterminante en économie et devrait l'être en matière judiciaire (A). Ensuite, nous verrons comment apprécier ce pouvoir de manière réaliste et efficace à travers les outils économiques pour, *in fine*, proposer de modifier l'analyse judiciaire (B).

A. L'importance de démontrer le pouvoir de soumission d'une partie sur une autre

32. *La nécessité de tenir compte du pouvoir de soumission.* Avant d'étudier les comportements des parties lors des négociations, les économistes préconisent de s'intéresser au contexte dans lequel celles-ci ont lieu. Pour ce faire, ils s'intéressent tout particulièrement au pouvoir économique de chaque partie. En effet, ils estiment nécessaire de vérifier l'existence d'un pouvoir de contrainte d'une partie sur une autre (a). Les juges, quant à eux, tiennent compte du rapport de force existant entre les parties, mais seulement à titre d'indice, bien que ce critère ait pourtant été jugé déterminant dans leur analyse antérieure (b). Toutefois, les juges devraient étudier, au préalable, le contexte dans lequel se déroulent les négociations pour mieux comprendre les comportements des parties et ainsi mieux appréhender l'existence ou non d'une soumission. Les juges devront, avant tout, étudier le rapport de force entre les parties et apprécier l'existence d'un pouvoir de soumission d'une partie sur une autre (c).

a) *L'analyse économique recommande de rechercher un pouvoir de contrainte entre les parties à travers l'étude de leur pouvoir économique*

33. *L'analyse économique requiert d'étudier le pouvoir économique des parties afin de déterminer si une partie peut contraindre l'autre.* Nous verrons que le pouvoir économique d'une partie lui confère une force lors des négociations et peut notamment lui permettre de contraindre l'autre partie lors de l'échange. Ainsi, le pouvoir économique d'une partie peut se transformer en pouvoir de contrainte vis-à-vis de l'autre partie (i), notamment dans le cadre des négociations commerciales (ii). Les économistes retiennent donc qu'une contrainte ne saurait être possible sans l'existence d'un pouvoir économique contraignant entre les parties (iii).

i. Le pouvoir économique peut se transformer en pouvoir de contrainte

34. *L'étude du pouvoir économique permet ensuite d'analyser les comportements des parties et notamment l'existence d'une contrainte.* Il existe, en économie, plusieurs

définitions possibles de la notion de pouvoir économique²²⁸. L'économiste J. LHOMME en présente plusieurs dans son ouvrage²²⁹. Reprenant le sociologue R. BIERSTEDT²³⁰, il déclare que « *le pouvoir dit-il n'est ni la force ni l'autorité ; mais il est étroitement relié à elles et doit être défini grâce à elles* ». Ainsi, dans le cadre de cette analyse, le pouvoir est entendu comme un ensemble de forces distinctes qui confèrent une autorité à celui qui les détient. Nous avons vu que la soumission pourrait être définie comme l'usage d'une autorité d'une partie sur une autre pour imposer sa volonté au détriment de celle de cette dernière. L'autorité se définit notamment comme le « *pouvoir de décider ou de commander, d'imposer ses volontés à autrui* », ou bien comme un « *ensemble de qualités par lesquelles quelqu'un impose à autrui sa personnalité, [un] ascendant grâce auquel quelqu'un se fait respecter, obéir, écouter* »²³¹. La force se définit comme une « *énergie morale, [une] capacité de résister aux épreuves, d'imposer son point de vue, sa volonté* », ou encore comme « *toute chose qui, par son influence, sa puissance, est capable d'agir sur les autres choses, de s'imposer* »²³². Ainsi, pour établir cette autorité, il importe d'étudier les forces dont dispose une partie, permettant de vérifier si elle détient la capacité d'imposer sa volonté à l'autre partie. Cela implique également que cette dernière ne détient pas les forces suffisantes pour s'opposer à cette autorité et ainsi éviter de se soumettre à sa volonté.

35. *Le pouvoir économique permet la contrainte lorsqu'il conduit à imposer, consciemment, une volonté au détriment d'une autre.* Le philosophe B. RUSSELL propose de définir le pouvoir à travers « *la production d'effets recherchés* », soit l'aptitude à produire les résultats escomptés, ce qui, d'après les économistes C. GOETHALS, A. VINCENT et M. WUNDERLE, renvoie au caractère volontaire et conscient dans l'exercice du pouvoir²³³. Selon ces économistes, le qualificatif « économique » peut désigner soit le fondement²³⁴, soit l'objet²³⁵ du pouvoir. Ainsi, ils estiment « *[qu'] est économique également le pouvoir qui a pour objet d'influencer, d'encadrer, de limiter ou de contrôler le jeu des acteurs économiques* »²³⁶. De même, l'économiste J. LHOMME définit le pouvoir, au sens général, comme la capacité

²²⁸ C. GOETHALS, A. VINCENT et M. WUNDERLE, « Le pouvoir économique », *Dossiers du CRISP*, 2013/2 (n° 82), p. 11-119.

²²⁹ J. LHOMME, « Considérations sur le pouvoir économique et sa nature », *Revue économique*, vol. 9, n°6, 1958, p. 859-895.

²³⁰ R. BIERSTEDT, « An Analysis of Social Power », *American Sociological Review*, décembre 1950, p. 730-738.

²³¹ Dictionnaire en ligne, Larousse.

²³² Dictionnaire en ligne, Larousse.

²³³ C. GOETHALS, A. VINCENT et M. WUNDERLE, « Le pouvoir économique », dans *Dossiers du CRISP*, 2013/2 (n° 82), p. 11-119.

²³⁴ Ils retiennent qu'« en tant que fondement, le pouvoir économique est de nature substantielle. Il repose essentiellement sur la propriété et sur les ressources que son propriétaire (individu ou groupe d'individus) ou son représentant peut mobiliser (ou démobiliser) pour produire, dans des conditions légales données, des biens et des services échangeables sur un marché en vue d'obtenir un profit. Nous faisons ici explicitement référence aux entreprises et aux actionnaires qui les détiennent. [...] c'est un pouvoir de pur fait ». Ils ajoutent que « l'ampleur des ressources mobilisées ou mobilisables détermine l'étendue et la capacité de contrainte du pouvoir économique ».

²³⁵ Ils estiment qu'en tant qu'objet, est économique le pouvoir susceptible de peser sur les activités économiques.

²³⁶ C. GOETHALS, A. VINCENT et M. WUNDERLE, « Le pouvoir économique », dans *Dossiers du CRISP*, 2013/2 (n° 82), p. 11-119.

consciente d'exercer une influence nette²³⁷. Il insiste sur l'importance d'avoir conscience des forces dont dispose un acteur économique pour qu'il détienne un pouvoir²³⁸. Or, il ajoute que « *c'est là toute la différence entre le pouvoir et la domination, au sens où l'entend F. Perroux* », dès lors « *qu'il parle seulement de l'effet de domination en économie. Il ajoute que cet effet s'exerce de A sur B, "abstraction faite de toute intention particulière de A". Pour lui, donc, l'effet de domination peut être aussi bien conscient qu'inconscient ; il fonctionne de façon en quelque sorte mécanique* »²³⁹. Ainsi, une partie peut dominer l'autre partie, c'est-à-dire exercer une influence nette sur cette dernière, sans en avoir l'intention, ni même la conscience. Toutefois, lorsqu'un professionnel prend conscience de l'influence nette qu'il exerce sur son partenaire, alors, il détient un pouvoir économique. J. LHOMME ajoute qu'il convient encore, « *à propos du pouvoir économique, de déterminer le contenu de la conscience en question* », ce qui renvoie, selon lui, à « *la conscience d'une certaine force* ». Il estime que « *c'est cet état conscient qui, se surajoutant à la force elle-même, crée le véritable pouvoir* »²⁴⁰. Cette précision est fondamentale car elle implique de démontrer la conscience d'un acteur économique lorsqu'il utilise ses forces pour influencer un autre acteur.

Néanmoins, une partie qui a conscience qu'elle détient un pouvoir économique peut ne pas en faire usage et renoncer à contraindre l'autre partie. D'après l'économiste J. LHOMME, « *la contrainte [...] suppose une résistance préalable, qu'il y a lieu de vaincre. En ce sens elle n'a rien de primaire, elle n'est qu'une réaction* »²⁴¹. Il estime que la contrainte ne s'applique qu'à celui qui est récalcitrant ; c'est seulement en ce sens que le pouvoir revêtirait une dimension contraignante. Il ajoute qu'en ne se concentrant que sur la contrainte, on fait du pouvoir économique un élément supplétif, éventuel, alors qu'il s'agit d'un état normal qu'il ne faut pas assimiler automatiquement à une contrainte. Enfin, il conclut que « *le pouvoir économique ne se confond ni avec la contrainte ni avec la force. Il implique des éléments matériels (une force en puissance) et des éléments immatériels (une volonté consciente de se servir de la force pour la transformer en acte)* »²⁴².

Ainsi, la force devient un pouvoir économique lorsque l'acteur qui en bénéficie en prend conscience, et elle conduit à une contrainte lorsqu'elle est utilisée consciemment afin de vaincre une résistance extérieure.

ii. Le pouvoir économique à travers la notion de pouvoir de négociation lors d'échanges commerciaux

²³⁷ J. LHOMME, « Considérations sur le pouvoir économique et sa nature », *Revue économique*, vol. 9, n°6, 1958, p. 860.

²³⁸ *Ibid.* : « La force reste bien un élément, un substratum du pouvoir économique ; mais elle n'est pas le pouvoir économique. Ce qui par-delà la force, caractérise le pouvoir économique, c'est la conscience (cf. von Wieser) d'une force en puissance (cf. Bierstedt). Rappelons encore qu'il s'agit là d'une capacité ou faculté » ; « un pouvoir qui ne serait pas conscient ne serait pas un véritable pouvoir ».

²³⁹ J. LHOMME, « Considérations... », *ibid.*, p. 859-895, nbdp. 3.

²⁴⁰ J. LHOMME, « Considérations... », *ibid.*, p. 889.

²⁴¹ J. LHOMME, « Considérations... », *ibid.*, p. 862.

²⁴² J. LHOMME, « Considérations sur le pouvoir économique et sa nature », *Revue économique*, vol. 9, n°6, 1958, p. 893.

36. *Le pouvoir économique peut être utilisé sur un marché et lors des négociations commerciales.* Au sein de la sphère économique, les acteurs entrent en relation pour s'échanger des produits ou des services permettant au marché de fonctionner. L'analyse économique propose d'étudier l'exercice du pouvoir économique dans ce contexte. Elle retient que le pouvoir économique peut prendre plusieurs formes. Il peut s'agir, par exemple, d'un pouvoir utilisé sur le marché, à l'égard de ses concurrents, ou d'un pouvoir utilisé dans la négociation, à l'égard d'une partie au contrat²⁴³. Le pouvoir de marché renvoie à la capacité d'un acheteur (groupe d'acheteurs) ou d'un vendeur (groupe de vendeurs) d'influencer les prix ou les cours d'un marché par son comportement²⁴⁴. Le pouvoir de négociation se définit comme la capacité d'un opérateur économique ou d'un partenaire social de discuter les termes d'un accord, d'un contrat, d'une convention, qui puisse favoriser ou préserver ses intérêts²⁴⁵. On retrouve, dans ces deux définitions, l'existence d'une force à travers la notion de capacité, permettant à son détenteur de la transformer en acte concret, soit d'influencer les prix ou les cours d'un marché, soit de favoriser ou de préserver ses intérêts lors d'accords.

Par ailleurs, le pouvoir de marché et le pouvoir de négociation peuvent être étroitement liés mais pas nécessairement. En effet, le Professeur L. BENZONI retient que « *le pouvoir de négociation n'est pas le pouvoir de marché. Le pouvoir de négociation se définit comme le partage d'un surplus entre deux acteurs dans un cadre qui ne modifie pas l'équilibre du marché. Le pouvoir de marché apparaît quand un acteur capte un surplus et modifie l'équilibre du marché* »²⁴⁶. Toutefois, ces deux pouvoirs, bien que distincts, peuvent être liés, comme nous le verrons par la suite. Puisque nous nous intéressons principalement aux relations commerciales entre deux ou plusieurs acteurs économiques, indépendamment d'une atteinte ou non à l'équilibre du marché, nous nous concentrerons sur la notion de pouvoir de négociation. Néanmoins, nous aborderons cette notion en y incluant également celle de pouvoir de marché.

37. *Le pouvoir économique utilisé lors d'échanges commerciaux s'apprécie à travers la notion de pouvoir de négociation.* Apprécier le pouvoir économique des parties, précisément lors d'accords commerciaux, conduit à s'intéresser à leur pouvoir de négociation. En effet, lorsque des acteurs économiques se rencontrent pour échanger, les forces en puissance dont ils disposent et dont ils ont conscience (leur pouvoir économique) leur confèrent un pouvoir lors des négociations contractuelles. Cette analyse nous permettra, ensuite, d'étudier les échanges contractuels notamment sous l'angle de la contrainte. Rappelons que la contrainte est l'utilisation consciente d'un pouvoir économique permettant à son bénéficiaire d'imposer sa volonté à un interlocuteur récalcitrant. Pour étudier si le pouvoir économique d'une partie a permis la contrainte de l'autre partie, nous nous appuierons notamment sur la théorie des jeux,

²⁴³ OCDE, « Compte rendu de discussion, *policy round tables* », *Monopsony and Buyer power*, DAF/COMP(2008)38, p.100 et s.

²⁴⁴ M. LAKEHAL, *Le grand livre de l'économie contemporaine, et des principaux faits de société*, Références, Eyrolles, 2012, 790 p.

²⁴⁵ M. LAKEHAL, *Le grand livre...*, *ibid.*

²⁴⁶ A. DE BEAUMONT et J. WATIN-AUGOUARD, « Entretien avec Laurent Benzoni, professeur de sciences économiques à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Tera Consultants », *Économie d'abord !*, n° 328, Illec, 01 octobre 2001.

utile tant pour analyser les stratégies des acteurs économiques sur un marché²⁴⁷ que dans le cadre d'un contrat²⁴⁸.

iii. L'analyse du pouvoir économique est déterminante pour constater une contrainte entre les parties au contrat

38. *La nécessité de procéder à l'analyse du pouvoir économique lors des échanges commerciaux.* Le pouvoir économique, soit la conscience d'une force en puissance, peut donc être utilisé lors d'un échange contractuel. Il se caractérise alors par un pouvoir de négociation qui peut être utilisé afin d'imposer sa volonté au détriment de la volonté de l'autre partie. On parle alors de contrainte. Nous avons vu que la contrainte implique également, par nature, une résistance. C'est parce que l'autre partie résiste que la partie initiale, souhaitant faire prévaloir sa volonté, prendra la décision de la contraindre. Or, pour parvenir à contraindre l'autre partie, encore faut-il qu'elle en ait la capacité. Par conséquent, la partie qui contraint détient un pouvoir de négociation supérieur à celui de l'autre partie, obligée de se soumettre à sa seule volonté.

Ainsi, en matière contractuelle, lorsqu'un agent économique bénéficie d'un pouvoir économique, il peut l'exercer en imposant des contrats « à prendre ou à laisser », c'est-à-dire en refusant toute négociation ou en durcissant les négociations de telle sorte qu'il les oriente dans son seul intérêt. Toutefois, l'autre partie peut ne pas être dépourvue de tout pouvoir de négociation et ainsi parvenir à faire prévaloir, au moins en partie, ses intérêts. La confrontation des pouvoirs de négociation, aussi appelée rapport de force, permettra d'apprécier si une contrainte est possible entre ces parties. Rappelons, par ailleurs, qu'une contrainte peut être possible sans nécessairement avoir lieu, car l'acteur économique détenant cette capacité sur son partenaire peut y renoncer. Pour autant, nous avons vu qu'une domination pouvait avoir lieu même inconsciemment, c'est-à-dire de fait, sans que l'acteur dominant n'ait conscience de son pouvoir et/ou n'en fasse usage.

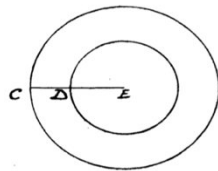
In fine, il nous apparaît déterminant d'analyser les pouvoirs économiques de chaque partie au contrat lors des négociations, avant d'analyser leur usage et l'existence ou non d'une contrainte. En ce sens, lors d'échanges dans la sphère économique, les économistes C. GOETHALS, A. VINCENT et M. WUNDERLE retiennent que « *la relation de pouvoir est parfois occultée en raison du principe même d'une transaction apparemment équilibrée. Pourtant, la mobilisation de ressources au sens large du terme procure à son détenteur la capacité d'imposer ou de faire prévaloir une volonté aux acteurs susceptibles d'être affectés par les effets d'un usage alternatif de ces ressources. Autrement dit, ces acteurs pourraient pâtir du choix du détenteur de ce*

²⁴⁷ C. BARRÈRE, « Durcissement de la concurrence et conventions de concurrence en France », *Revue de la régulation*, 2^e semestre 2008, mis en ligne le 15 novembre 2008 : « Le fonctionnement du marché concurrentiel peut être considéré comme le déroulement d'un jeu dans lequel des acteurs (des joueurs) usent de stratégies pour obtenir des gains dont ils savent qu'ils dépendent *in fine* de la résultante de l'interaction de tous les choix stratégiques. ». V. pour une analyse plus critique : D. ENCAOUA, « Pouvoir de marché, stratégies et régulation : Les contributions de Jean Tirole, prix Nobel d'économie 2014 », *Revue d'Économie Politique*, Dalloz, 2015, vol. 125, p. 1-76.

²⁴⁸ J.-C. PEREAU, « Négociation et théorie des jeux : les "dessous" d'un accord acceptable », *Négociations*, 2009/2, n° 12, p. 35-49.

pouvoir d'agir autrement s'ils ne se comportent pas comme il l'attend ou à ses conditions. [...] On trouve par ailleurs la même asymétrie dans les relations que les entreprises entretiennent avec les fournisseurs, les sous-traitants ou les consommateurs »²⁴⁹.

39. *La confrontation des pouvoirs de négociation des parties au contrat permet d'appréhender la possibilité d'une contrainte.*



L'économiste J. LHOMME explique que deux sociétés peuvent s'influencer lors des négociations via l'exemple suivant : *« Les firmes A et B sont, l'une par rapport à l'autre dans une situation telle que le champ des possibilités initiales de B est représenté par le cercle le plus grand, de rayon EC, qui correspond à un certain prix celui que B atteindrait peut-être si l'action de pouvoir ne se manifestait pas. Mais elle se manifeste, de la part de la firme A. Si cette dernière exerçait une action absolue de pouvoir, l'effet serait de réduire la surface du cercle au seul point E : c'est-à-dire que B n'aurait fourni absolument aucune réaction.*

Nous savons qu'il n'y a pas lieu d'aller jusque-là, puisque le solde action/réaction doit être positif (influence nette). La firme B conservant quand même une certaine capacité de réaction, l'influence de A s'exercera bien, mais seulement de telle sorte que EC soit réduit à ED. D'où un cercle plus petit que le premier ayant précisément ED pour rayon et traduisant la façon dont le pouvoir de A s'est exercé sur B.

Les limites extrêmes de l'action de puissance étaient EC d'une part, E d'autre part et l'"influence nette" est égale à $EC - ED = CD$. C'est en somme ce qui mesure le pouvoir de A, puisque CD est la quantité dont se trouve amputé EC, par suite de l'intervention de la firme A. »²⁵⁰

Nous tirons plusieurs conclusions de ce schéma et de cette explication.

Tout d'abord, en l'absence de toute appréciation des pouvoirs respectifs des parties, l'analyse ne porterait alors que sur le déroulé des négociations, soit le comportement des parties, dont

²⁴⁹ C. GOETHALS, A. VINCENT et M. WUNDERLE, « Le pouvoir économique », dans *Dossiers du CRISP*, 2013/2 (n° 82), p. 11-119, §14.

²⁵⁰ J. LHOMME, « Considérations sur le pouvoir économique et sa nature », *Revue économique*, vol. 9, n°6, 1958, p. 884 : « L'action de puissance aura pour effet obliger la firme B à adopter - tout au moins partiellement - la solution choisie, à propos de tel prix, par la firme A. Au départ donc les plans de A et B sont incompatibles. Puis intervient la limitation des possibilités de la firme B, par action de la firme A. Autrement dit le champ dans lequel peut s'exercer l'initiative de B est désormais restreint. A la limite B n'aurait plus qu'une seule possibilité qui lui serait imposée : mais justement nous n'irons pas jusqu'à la limite, puisque le pouvoir traduit une influence "nette" et il faut exclure de l'hypothèse le cas où le pouvoir de A s'imposerait totalement à B, ne lui laissant aucun choix, le rendant incapable d'une réaction autonome. ».

notamment leur demande, et le résultat des négociations, soit le contenu contractuel. Ainsi, les juges pourraient retenir que la firme B a demandé à bénéficier d'un rayon EC et n'a obtenu qu'un rayon de dimension ED, car la firme A a usé de son pouvoir de négociation. Or, c'est bien parce que B a également utilisé son pouvoir de négociation qu'il est parvenu à obtenir le rayon ED. En effet, en l'absence de réaction de la firme B, la négociation aurait alors conduit au point E, conformément à la volonté de A.

Ainsi, se fier uniquement au comportement des parties (par exemple, l'absence de réaction de la firme B) et au résultat des négociations (parvenir à un rayon E au détriment de B) serait insuffisant car on présumerait des pouvoirs de négociation des parties, ce qui peut conduire à des erreurs. En effet, dans cet exemple (absence de réaction de la firme B et décision finale portant sur le point E), on présumerait que la firme A détiendrait un pouvoir absolu de négociation et la firme B aucun contre-pouvoir de négociation. Pourtant, nous savons que si B décide d'agir, il dispose de la capacité à obtenir un rayon ED et non uniquement le point E.

Nous verrons que les acteurs économiques peuvent choisir de ne pas utiliser leur pouvoir économique lors des négociations, ou bien décider de le limiter, pour des raisons stratégiques. Dans l'exemple précédent, J. LHOMME retient bien que lors d'un échange entre acteurs économiques, le résultat des négociations peut varier en fonction du comportement des parties. Ainsi, si seule la firme A réagit et non B, le résultat sera E ; si la firme B réagit et non A, le résultat sera EC ; et si les deux firmes réagissent, le résultat sera ED. Ces réactions seront alors permises par l'usage du pouvoir de négociation : il peut ne pas être utilisé ou bien s'exprimer de manière absolue ou encore de manière partielle. Le détenteur du pouvoir de négociation est donc maître de son utilisation en fonction de la stratégie recherchée. L'expression de ce pouvoir peut également varier en fonction de l'intensité de la réaction de chaque partie lors des échanges. On ne saurait donc se fier uniquement au résultat des négociations, ni même au comportement des parties, pour déterminer si une partie est plus puissante qu'une autre.

Nous analyserons le déroulement des négociations ultérieurement, mais pour comprendre et être en mesure d'émettre un jugement réaliste, il convient au préalable d'avoir une bonne connaissance du contexte entourant les négociations, ce qui implique de connaître le pouvoir économique de chaque partie. C'est en ce sens qu'on pourra démontrer qu'une partie a utilisé son pouvoir de négociation pour contraindre l'autre partie et que celle-ci a pu être contrainte car incapable de s'y opposer. Le seul constat que la firme A a obtenu E ou que la firme B a obtenu EC ne permet pas d'en déduire une contrainte vis-à-vis de l'autre partie ; il faut également vérifier leur capacité à se contraindre.

40. *Conclusion.* L'analyse économique s'intéresse au pouvoir économique des acteurs et recommande d'en analyser l'existence lorsqu'il s'agit de comprendre et de juger leurs comportements lors d'échanges commerciaux. Or, le pouvoir économique se compose d'une force en puissance qui, utilisée consciemment pour imposer sa volonté à une partie récalcitrante, se transforme en contrainte. L'analyse économique distingue également entre le pouvoir économique et la domination qui, elle, serait inconsciente et constituerait uniquement un état de fait. C'est pourquoi, la contrainte découle d'un pouvoir économique et non d'une simple

domination, car elle démontre la volonté consciente d'utiliser sa force pour vaincre une résistance. Or, pour parvenir à contraindre une partie, encore faut-il en avoir la capacité. Tout d'abord, il importe d'étudier puis de confronter le pouvoir économique des parties. Ensuite, il convient de distinguer l'existence d'un pouvoir économique de son exercice. L'exercice du pouvoir économique dans les échanges commerciaux va notamment avoir lieu lors des négociations. En effet, c'est lors des négociations que les parties à l'échange peuvent chercher à s'influencer mutuellement pour déterminer le contenu de l'accord. C'est pourquoi, on parle de pouvoir de négociation lorsqu'il s'agit de s'intéresser au pouvoir économique d'une partie dans le contexte d'un échange commercial. En matière d'échanges commerciaux, les pouvoirs économiques de chaque partie, utilisés lors des négociations, pourront être confrontés pour déterminer si l'une d'elles était réellement en mesure de contraindre l'autre partie. Il conviendra ensuite de vérifier que la contrainte a bien eu lieu. En effet, les comportements des parties et le résultat des négociations ne permettent pas, à eux seuls, d'établir une contrainte. Ainsi, même si le résultat des négociations apparaît à l'avantage d'une partie au détriment d'une autre et que les comportements des parties mettent en exergue l'absence de discussion ou une discussion tendue entre elles, ces éléments ne sauraient suffire pour établir une contrainte dès lors que cette partie était en mesure de s'opposer à la volonté de l'autre partie. C'est pourquoi, il nous apparaît déterminant d'analyser les pouvoirs économiques respectifs des parties avant d'analyser leur usage lors des négociations. C'est en ce sens que l'analyse d'une contrainte pourra être réaliste et efficace car complète.

b) *L'analyse judiciaire retient que le pouvoir de négociation des parties n'est qu'un indice*

41. *L'évolution de la prise en compte du pouvoir économique des parties par les juges.* L'analyse de la jurisprudence démontre que les juges ne sont pas étrangers à la notion de pouvoir économique des parties. Ils ont même retenu que l'existence d'un rapport de force déséquilibré entre les parties permettait d'établir une soumission ou sa tentative (i). Or, cette analyse judiciaire a été jugée insuffisante pour remplir le premier critère de la pratique. Les juges ont alors précisé leur réflexion en relayant l'existence d'un pouvoir économique, à travers la notion de rapport de force entre les parties, au rang de simple indice pour établir la soumission ou sa tentative (ii).

i. *La création antérieure d'une présomption de soumission ou de sa tentative fondée sur un rapport de force déséquilibré entre les parties*

42. *Une référence antérieure à l'existence d'un pouvoir économique dans le texte commercial.* Le législateur prévoyait initialement une référence à l'existence d'un pouvoir économique d'une partie pour établir sa capacité de contrainte lors des échanges. On remonte dans le temps, pour s'intéresser tout particulièrement à l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986²⁵¹ qui sanctionnait l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique.

²⁵¹ Ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, art. 8 : « Est prohibée, dans les mêmes conditions, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe

L'objectif du législateur était bien de lutter contre les abus pouvant découler d'un rapport de force déséquilibré entre les parties²⁵². Toutefois, la mise en œuvre de cette disposition s'est révélée très difficile en pratique car elle exigeait, notamment, de démontrer une atteinte au libre jeu de la concurrence. C'est pourquoi, l'abus de dépendance économique n'a pas connu le succès escompté²⁵³, bien que cette pratique soit toujours prévue à l'article L.420-2, alinéa 2 du Code de commerce. Par la suite, l'abus de dépendance économique a également été intégré dans les pratiques restrictives de concurrence, mais cette fois-ci, sans exiger la démonstration d'une atteinte à la concurrence sur le marché²⁵⁴. Or, le législateur a également tenu à prendre en compte l'existence d'un rapport de force déséquilibré entre les parties, dont l'abus conduit à la soumission. C'est à travers l'article L.442-6, I, 2° b) qu'est sanctionné un professionnel pour le fait « *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* ». Ainsi, les pratiques interdites par l'article L.442-6, I, 2° b) impliquaient bien, d'une part, une relation de dépendance ou bien une puissance d'achat ou de vente et, d'autre part, un abus de cette puissance, se traduisant par la soumission à des conditions commerciales ou obligations injustifiées²⁵⁵. Or, plusieurs critères doivent être remplis pour établir une dépendance²⁵⁶. Anticipant la difficulté à démontrer un cas de dépendance, le législateur a prévu

d'entreprises : [...] 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 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. ».

²⁵² F. MARTY, P. REIS, « Une approche critique du contrôle de l'exercice des pouvoirs privés économiques par l'abus de dépendance économique », *Revue internationale de droit économique*, vol. t. xxvii, n° 4, 2013, p. 579-588, §3 et s. : « En introduisant l'abus de dépendance économique, par le biais de l'ordonnance du 1er décembre 1986 [...] Cette notion vise toutes les formes de dépendance qui placent une entreprise sous la domination relative d'une autre, même si l'objectif de départ était de combattre les abus de la grande distribution dans ses rapports avec ses fournisseurs. ».

²⁵³ S. Le GAC-PECH, « Que reste-t-il du principe de liberté contractuelle en droit de la distribution ? », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 4, 26 janvier 2017, 1053, p. 9 : « Étant donné la difficulté de démontrer la condition préalable, soit un état de dépendance économique ou réciproquement une situation de puissance d'achat, les dispositions antérieures ont été peu mises en œuvre. ».

²⁵⁴ E. BESSON, Rapport n°2327 fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan (1) sur le projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques (n° 2250), Assemblée nationale, 6 avril 2000, Tome examen des articles : « Le présent article permet de préciser dans l'ordonnance du 1er décembre 1986 que le fait d'abuser de sa puissance d'achat ou d'abuser de la dépendance de son partenaire commercial constitue une pratique abusive, sans qu'il soit besoin de constater une atteinte au libre jeu de la concurrence sur le marché. ».

²⁵⁵ CEPC, avis n°04-02 relatif à la conformité de certaines pratiques à l'article L 442-6 du Code de commerce, 25 février 2004.

²⁵⁶ E. BESSON, Rapport n°2327 fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan (1) sur le projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques (n° 2250), Assemblée nationale, 6 avril 2000, art. 29 : « L'état de dépendance économique d'un fournisseur vis-à-vis d'un distributeur doit s'apprécier au regard de plusieurs critères et, notamment, de la part du chiffre d'affaires réalisé par ce fournisseur avec le distributeur, de l'importance du distributeur dans la commercialisation des produits concernés, des facteurs ayant conduit à la concentration des ventes du fournisseur auprès du distributeur, de l'existence et de la diversité éventuelle de solutions alternatives pour le fournisseur. Ces critères ne peuvent pas toujours être observés directement, c'est pourquoi d'autres éléments sont susceptibles d'être pris en compte comme 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. ».

que si les fournisseurs ne peuvent être placés en situation de dépendance, ils peuvent tout de même y être soumis lorsqu'un distributeur abuse de sa puissance d'achat²⁵⁷. La pratique prévue par l'article L.442-6, I, 2°, b° a fait l'objet de peu de sanctions, notamment car la notion de dépendance était difficilement établie²⁵⁸. Elle a donc été remplacée en 2008 par la sanction du déséquilibre significatif, bien plus efficace car bien plus large, puisque cette dernière ne fait plus référence, du moins textuellement, à l'existence d'un pouvoir économique permettant la soumission d'une partie. Or, nous verrons que les juges ont pris l'initiative de faire référence à un tel pouvoir dans leurs décisions.

43. *L'existence antérieure d'une présomption de soumission ou de sa tentative, principalement dans le secteur de la grande distribution et au profit du demandeur.* Les juges ont analysé le pouvoir économique des parties dans de nombreuses décisions et sont même allés jusqu'à juger cette prise en compte déterminante pour établir la soumission ou sa tentative. L'analyse du pouvoir économique se fait à travers l'analyse du rapport de force entre les parties lors des négociations. Comme nous l'avons vu, la soumission (ou sa tentative) d'une partie sur une autre établit un comportement. Si l'existence d'un pouvoir économique ne constitue pas, en soi, un comportement, il permet pourtant de déterminer si ce comportement est possible. En effet, l'analyse du pouvoir économique des parties permet de vérifier si une partie pouvait soumettre l'autre partie lors des négociations. Lorsque les juges utilisent cette information objective pour établir une soumission ou sa tentative, nous considérons qu'ils présument du comportement réel des parties lors des négociations. Ils en déduisent qu'une partie puissante a nécessairement soumis l'autre partie plus faible ou a tenté de la soumettre.

La présomption se définit comme un jugement fondé sur ce qui est probable, sans être totalement certain²⁵⁹. En matière juridique, une présomption est établie lorsqu'un fait certain permet de présumer l'existence d'un autre fait non prouvé²⁶⁰. L'article 1382 du Code civil dispose : « *Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi sont laissées à l'appréciation*

²⁵⁷ E. BESSON, Rapport n°2327..., *ibid.*

²⁵⁸ J.-P. CHARIE, Rapport n°908 fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi de modernisation de l'économie (n° 842), Assemblée nationale, 22 mai 2008, art.22 : « Il demeure, en pratique, très peu appliqué (seules deux décisions auraient été rendues par des juges du fond depuis l'adoption de cette disposition en 2001, selon les indications données par la DGCCRF). En effet, le juge paraît enclin à ne pas donner des notions de dépendance économique ou de puissance d'achat des acceptations différentes de celles retenues dans le cadre du titre II (9), qui sont assez exigeantes. Par ailleurs, chaque distributeur [...] fait en sorte de ne pas représenter dans le chiffre d'affaires de ses fournisseurs une part supérieure à 20/25 %, pour éviter d'entrer dans le champ de l'article. » C'est pourquoi, l'Autorité de la concurrence puis une proposition de loi ont suggéré d'assouplir la détermination d'une dépendance économique. Voir notamment l'avis n°15-A-06 du 31 mars 2015 relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution et la proposition de loi n°3571 du 15 mars 2016 visant à mieux définir l'abus de dépendance économique.

²⁵⁹ Dictionnaire en ligne, Larousse.

²⁶⁰ L'ancienne rédaction du Code civil décrivait les présomptions comme « des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu » (Code civ., anc. art. 1349). À présent, l'art. 1354 du Code civ., tel que modifié par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, art. 4 dispose que : « La présomption que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve. Elle est dite simple, lorsque la loi réserve la preuve contraire, et peut alors être renversée par tout moyen de preuve ; elle est dite mixte, lorsque la loi limite les moyens par lesquels elle peut être renversée ou l'objet sur lequel elle peut être renversée ; elle est dite irréfragable lorsqu'elle ne peut être renversée. ».

du juge, qui ne doit les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet la preuve par tout moyen. » Si les juges n'ont pas retenu expressément l'existence d'une présomption de soumission ou d'une tentative en la qualifiant en tant que telle dans leurs décisions, il a pu être estimé qu'il s'agissait bien d'une présomption en pratique²⁶¹. En effet, sans rechercher la démonstration concrète d'un comportement établissant la soumission ou sa tentative lors des négociations, les juges ont parfois estimé qu'elles se déduisaient nécessairement d'un rapport de force déséquilibré entre les parties.

Ce que nous appelons également une présomption de soumission ou d'une tentative est né en raison de la particularité du secteur de la grande distribution alimentaire où réside, par nature, une importante asymétrie des rapports de force au profit des distributeurs et au détriment des fournisseurs. En effet, il a été retenu que dans ce secteur, les nombreux fournisseurs ne sont généralement pas en mesure de négocier effectivement avec la grande distribution, concentrée et puissante ; ils sont alors présumés avoir été contraints d'accepter les clauses déséquilibrées introduites dans le contrat. Les juges ont pu retenir, dans le passé, que l'existence d'un rapport de force déséquilibré dans le secteur de la grande distribution, en particulier alimentaire, et l'introduction d'une clause jugée créatrice d'un déséquilibre dans un contrat type constituaient des preuves suffisantes pour établir une soumission ou, du moins, sa tentative²⁶². Rappelons que l'introduction d'une clause dans un contrat-type ne constitue pas un comportement de soumission, puisqu'il ne s'agit pas, en principe, d'imposer sa volonté. Il s'agit d'une proposition

²⁶¹ G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Déséquilibre significatif », *Répertoire de droit commercial*, mai 2019 (actualisation : novembre 2021), 2 - Aspects probatoires : « La soumission suppose donc d'apprécier un comportement qui a eu lieu, le plus souvent, avant même la conclusion du contrat. La difficulté probatoire a souvent conduit les juges, dans des situations similaires, à user du mécanisme de la présomption. » ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Du nouveau sur la condition de soumission à un déséquilibre significatif », *LEDICO*, n° 01, janv. 2017, p. 2 : « La Cour de cassation admet que dans certains domaines, comme celui de la grande distribution, il existe ce qui ressemble fort à une présomption de soumission du fournisseur à un déséquilibre significatif. » ; E. GUEGAN, « Déséquilibre significatif : utiles précisions sur la preuve de la soumission ou tentative de soumission », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 25, 18 juin 2020, p. 1236 : « Il résultait d'un arrêt de la Cour de cassation en date du 4 octobre 2016 (Cass. com., 4 oct. 2016, n° 14-28.013, inédit : JurisData n° 2016-020311 [...]) L'arrêt a ainsi pu être analysé comme posant quasiment une présomption réfragable de soumission des fournisseurs, qu'il appartiendrait à celui présumé en position de force de détruire en démontrant l'absence de soumission. » ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le nouveau théorème d'Archimède : des partenaires qui sont réciproquement incontournables négocient librement, et échappent tous deux au déséquilibre significatif », *Revue des contrats*, n° 1, mars 2017, p. 82.

²⁶² CA Paris, 4 juillet 2013, n°12/07651 et Cass. com., 29 septembre 2015, n°13-25.043 ; CA Paris, 18 septembre 2013, n°12/03177 ; CA Paris, 18 décembre 2013, n°12/00150 et Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387 ; CA Paris, 1^{er} juillet 2015, n° 13/19251 ; CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 : « Eu égard au déséquilibre structurel du marché de la distribution alimentaire en France, [...] le législateur est intervenu en introduisant dans le code de commerce l'article L. 442-6 I pour protéger les fournisseurs, supposés en situation défavorable, sinon de faiblesse, dans la négociation commerciale avec les distributeurs », et Cass. com., 4 octobre 2016, n°14-28.013 : « Qu'étant saisie de la licéité de clauses de la convention de partenariat proposée à tous les fournisseurs en 2009 et les sociétés Carrefour n'ayant pas allégué que certains d'entre eux, à raison de leur puissance économique, du nombre important de références qu'ils proposaient ou de leur caractère incontournable, seraient parvenus à obtenir la suppression des clauses litigieuses dans le cadre de négociations, la cour d'appel a pu se référer à la structure du secteur de la distribution alimentaire en France pour caractériser l'existence d'une soumission ou d'une tentative de soumission au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce. ».

puisque le contrat-type est, en principe, un contrat pouvant être négocié²⁶³. Il doit alors être distingué du contrat d'adhésion²⁶⁴, mais il pourra être requalifié en tant que tel en l'absence de toute négociation possible²⁶⁵. Cette analyse judiciaire reposait donc sur l'existence d'un rapport de force *a priori* déséquilibré entre les parties et sur l'existence d'une proposition de clause déséquilibrée qui, selon le raisonnement des juges, ne pouvait être analysée comme une proposition mais plutôt comme une obligation du fait de la domination de fait exercée par la partie puissante. La signature par les parties réputées plus faibles de ces contrats-types, sans modification des clauses litigieuses, confirmait la soumission. En effet, puisque la clause déséquilibrée était présente dans le contrat-type proposé et dans le contrat finalement signé par les fournisseurs, les juges en déduisaient qu'ils avaient nécessairement été soumis puisque la négociation était jugée impossible du fait d'un rapport de force, par nature, déséquilibré²⁶⁶.

Ainsi, sans même rechercher, au cas par cas, l'existence d'un comportement concret démontrant une soumission ou sa tentative lors du déroulé des négociations, notamment à travers l'exercice d'une contrainte, le juge a pu, dans le passé, estimer que les circonstances étaient suffisantes pour dire que les fournisseurs avaient été soumis ou du moins, tentés de se soumettre. La charge de la preuve reposant sur le demandeur était alors moins importante²⁶⁷, car il appartenait au défendeur d'apporter la preuve de l'absence de soumission ou d'une tentative.

²⁶³ M. BOUDOU, « De l'importance du contrôle du juge judiciaire dans la police des pratiques restrictives : l'équilibre du jugement du 13 octobre 2020 dans le contentieux Subway », *Revue Lamy de la concurrence*, n°101, 1^{er} janvier 2021, p. 3961 : « Il faut donc distinguer le traitement d'un contrat-type qui peut faire l'objet de modification dans le cadre de la négociation précontractuelle et pour lequel le critère de la soumission dépendra en premier lieu de la preuve d'une négociation effective, de celui du contrat d'adhésion, pour lequel la preuve de la négociation des clauses serait vaine et pourrait excéder la bonne foi pour reprendre les termes du juge consulaire. ».

²⁶⁴ Code civ., art. 1110 : « Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont négociables entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties. »

²⁶⁵ M. BOUDOU, « De l'importance... », *ibid.*, *Revue Lamy de la concurrence*, n°101, 1^{er} janvier 2021, p. 3961 : « Il faut donc distinguer le traitement d'un contrat-type qui peut faire l'objet de modification dans le cadre de la négociation précontractuelle et pour lequel le critère de la soumission dépendra en premier lieu de la preuve d'une négociation effective, de celui du contrat d'adhésion, pour lequel la preuve de la négociation des clauses serait vaine et pourrait excéder la bonne foi pour reprendre les termes du juge consulaire. ».

²⁶⁶ A. RIERA, « Concurrence interdite, Concurrence déloyale et parasitisme », Centre de droit de la concurrence Yves Serra, *Dalloz*, 2016, p. 2484 : « La chambre commerciale estime notamment que la soumission ou la tentative de soumission à un déséquilibre significatif peut résulter de la simple proposition d'un contrat-type à des fournisseurs, peu important que certains d'entre eux disposent d'un pouvoir de négociation. » ; D. FERRIER, « Concurrence-Distribution janvier 2016 - décembre 2016 », *Dalloz*, 2016, p. 881 : « La solution conduit à étendre le champ d'application du dispositif à tous les contrats-types élaborés par les distributeurs et adoptés en l'état. ».

²⁶⁷ En ce s. égal., N. MATHEY, « Déséquilibre significatif - Grande distribution : appréciation du déséquilibre dans la convention de partenariat », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 12, décembre 2016, comm. 253 : « La réponse donnée en l'espèce n'est sans doute pas encore définitive mais elle laisse percevoir un déplacement du fardeau sur la partie ayant la plus grande puissance de négociation. Alors qu'il aurait été a priori logique de faire peser la charge de la preuve sur la partie qui revendique l'application du texte, la Cour de cassation semble se contenter d'une présomption déduite de la structure du secteur. Dans ces circonstances, le recours systématique au contrat-type suffirait à établir la soumission ou, pour le moins, la tentative de soumission (Comp. avec Cass. com., 27 mai 2015, préc.). ».

44. *La démonstration de l'absence de soumission (ou sa tentative) lors des négociations était à la charge du défendeur.* La présomption de soumission ou d'une tentative par le distributeur était d'autant plus renforcée que le juge était saisi de la validité de contrats identiques conclus avec une pluralité de fournisseurs. Les juges avaient même retenu que le ministre de l'Économie n'avait pas à apporter la démonstration d'un cas concret de soumission ou de manœuvres spécifiques²⁶⁸. Il appartenait alors au défendeur d'apporter la preuve contraire, c'est-à-dire l'existence d'une négociation suffisamment effective avec les fournisseurs pour écarter l'établissement de la pratique. À défaut, la présomption permettait de déduire la soumission, ou à tout le moins sa tentative, pour l'ensemble, voire la majorité des fournisseurs concernés par la clause litigieuse. Et ce, alors même que cette affaire visait une pluralité de fournisseurs, soit des profils différents, ce qui impliquait, en principe, un renforcement de la preuve car la décision du juge allait s'appliquer à tous.

Ainsi, lorsqu'il était retenu que de nombreux fournisseurs, « *dans beaucoup de cas* »²⁶⁹, n'étaient pas en mesure de négocier, en raison du rapport de force par nature déséquilibré avec le distributeur, on pouvait présumer la soumission ou sa tentative ; il appartenait au défendeur de démontrer que « *certaines d'entre eux* »²⁷⁰ étaient parvenus à négocier la clause litigieuse pour la renverser. Or, les juges avaient pourtant admis explicitement que des fournisseurs pouvaient être suffisamment puissants pour parvenir à modifier, voire à supprimer les clauses litigieuses introduites par les distributeurs, sans nécessairement procéder à une vérification au cas par cas. Il appartenait au distributeur de démontrer le pouvoir de négociation des fournisseurs, à travers la démonstration d'une force : soit « *une puissance économique* », un « *nombre important de références* » proposées, soit un « *caractère incontournable* », ainsi que l'usage effectif de ce pouvoir lors des négociations²⁷¹. À défaut, les juges pouvaient faire reposer leur analyse sur la structure du secteur de la distribution alimentaire en France, par nature déséquilibrée entre les parties, et l'introduction de clauses jugées déséquilibrées dans un contrat-type pour établir la soumission ou sa tentative²⁷². En l'espèce, si le pouvoir économique a pu être utilisé par les juges comme un critère déterminant pour établir la soumission ou sa tentative, cette analyse était plutôt effectuée à charge qu'à décharge puisqu'à l'inverse,

²⁶⁸ CA Paris, 4 juillet 2013, n°12/07651.

²⁶⁹ Cass. com., 29 septembre 2015, n°13-25.043.

²⁷⁰ Cass. com., 4 octobre 2016, n°14-28.013.

²⁷¹ Cass. com., 4 octobre 2016, n°14-28.013 : « Les sociétés Carrefour n'ayant pas allégué que certains d'entre eux, à raison de leur puissance économique, du nombre important de références qu'ils proposaient ou de leur caractère incontournable, seraient parvenus à obtenir la suppression des clauses litigieuses dans le cadre de négociations, la cour d'appel a pu se référer à la structure du secteur de la distribution alimentaire en France pour caractériser l'existence d'une soumission ou d'une tentative de soumission au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce. ».

²⁷² En ce s. S. LE GAC-PECH, « Que reste-t-il du principe de liberté contractuelle en droit de la distribution ? », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 4, 26 janvier 2017, p. 9 : la Cour « ne reproche pas aux premiers juges de ne pas avoir tenu compte de la position de forces respectives des parties [...] Dès lors que le distributeur n'établit pas que certains fournisseurs sont parvenus à obtenir la suppression des clauses litigieuses dans le cadre des négociations, les premiers juges ont pu se référer à la structure du secteur de la distribution alimentaire en France pour caractériser l'existence d'une soumission ou d'une tentative de soumission ».

l'analyse du pouvoir économique des partenaires n'était pas toujours effectuée, ni concrètement, ni individuellement²⁷³.

In fine, c'est parce que le défendeur était dans l'incapacité d'apporter la preuve contraire que les juges ont pu, dans le passé, déduire la soumission ou sa tentative en s'appuyant uniquement sur la structure déséquilibrée du secteur concerné et l'existence d'un contrat-type incluant des clauses déséquilibrées.

ii. L'analyse du pouvoir de négociation des parties devient uniquement un indice

45. *Le pouvoir économique des parties n'est qu'un indice pour analyser l'effectivité d'une négociation.* Les juges ont ensuite privilégié l'analyse concrète du déroulé des négociations, à travers les comportements des parties, pour en vérifier l'effectivité. Bien qu'apparue en filigrane de nombreux arrêts²⁷⁴, cette position de l'analyse judiciaire est confortée par l'arrêt n°13/04879 rendu par la cour d'appel de Paris le 20 décembre 2017, dit *ITM alimentaire*, reconnu comme majeur en la matière, puis par la Cour de cassation le 20 novembre 2019 (n°18-12.823) dans cette même affaire. Ces arrêts mettent fin aux doutes qui ont pu être soulevés quant aux critères utilisés pour établir une soumission ou sa tentative²⁷⁵. En l'espèce, le ministre de l'Économie, demandeur à l'instance, s'appuyait sur l'analyse judiciaire antérieure pour établir la pratique. Il retenait que la soumission et la tentative de soumission étaient caractérisées par l'existence d'un contrat-type imposé aux fournisseurs,

²⁷³ Ref. th. §56 a contrario v. CA Paris, 28 juin 2023, n°21/16174.

²⁷⁴ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Soumettre ou ne pas soumettre, telle est la question », *Revue des contrats*, n°01, 2020, p. 39 : « Depuis le départ, la soumission est définie comme l'impossibilité de négociation effective ou de négociation libre (sans crainte d'être déréféré). Les arrêts de la Cour de cassation du 3 mars 2015 montrent que la sanction du déséquilibre significatif est limitée aux contrats dans lesquels une des parties n'a pas pu influencer sur le contenu des clauses (même si l'on est dans la matière dite "des négociations commerciales") [...]. L'arrêt ITM conforte cette jurisprudence que l'on peut qualifier de constante. Mais il existait depuis peu une hésitation quant à la cause de cette absence de négociation effective. ».

²⁷⁵ Y. PUGET, « Déséquilibre significatif : les exigences de preuve se précisent », *Législation & Économie*, 12 décembre 2019, dispo. site : <https://www.lsa-conso.fr/> : « Dans un arrêt du 20 novembre 2019, la Cour de cassation remet la balle au centre en considérant que l'utilisation par un distributeur de contrat type et l'asymétrie du pouvoir de négociation en sa faveur ne suffisent pas à elles seules à prouver la soumission ou tentative de soumission. [...] Cette clarification était utile. » ; F. BUY, « Mise au point en matière de déséquilibre significatif : la soumission ne se présume pas », *AJ contrat*, 2020, p. 35 : « On se souvient que l'arrêt de la cour d'appel de Paris, critiqué par le pourvoi (Paris, 20 déc. 2017, n° 13/04879 [...] était intéressant, notamment, en ce qu'il remettait en cause l'idée que la condition de soumission, ou de tentative de soumission, pouvait être présumée dès lors qu'un grand distributeur était en cause.[...] la structure d'ensemble du marché de la grande distribution ne constitue qu'« un indice de l'existence d'un rapport de force déséquilibré », qui « ne peut suffire et doit être complété par d'autres indices établissant l'absence de négociation effective ». Par le passé, certains arrêts avaient été beaucoup plus ambigus sur ce point : v. not. Com., 4 oct. 2016, n°14-28.013. M. CHAGNY, « Vers une démonstration plus exigeante du comportement consistant à "soumettre ou tenter de soumettre" », *RTD com.*, 2018, p. 639 : « L'un des arrêts, en date du 20 décembre 2017, mérite une attention particulière [...] il marque une rupture (un revirement ?) avec l'approche adoptée jusqu'alors en ce qui concerne la démonstration à de l'élément comportemental consistant à "soumettre ou tenter de soumettre". [...] Son apport majeur tient certainement à l'affirmation centrale, selon laquelle il ne peut être inféré du seul contenu des clauses ou du contexte économique caractérisé par une forte asymétrie du rapport de force en faveur du distributeur la caractérisation de la soumission ou tentative de soumission exigée par le législateur. [...] Certaines considérations qui avaient pu sembler décisives apparaissent ravalées au rang d'indices. ».

comportant les clauses litigieuses, le contexte d'asymétrie du rapport de force en faveur du distributeur et le déséquilibre des clauses au détriment des fournisseurs sans qu'un rééquilibrage ne soit démontré. *A contrario*, la société *ITM Alimentaire International* soulignait que la définition de la pratique du déséquilibre significatif dans le Code de commerce englobait une notion de soumission et que le juge devait la rechercher pour chaque cas et chaque contrat. Elle soutenait que le Ministre ne rapportait pas la preuve d'une soumission des cinq fournisseurs concernés et soulevait l'absence de présomption de soumission dans le secteur de la grande distribution ainsi que le caractère insuffisant de l'étude du contenu rédactionnel des clauses pour en déduire l'effet de soumission. Les juges retiennent alors que l'élément de soumission ou de tentative de soumission de la pratique du déséquilibre significatif implique la démonstration de l'absence de négociation effective des clauses incriminées. Ainsi, s'opposant à l'analyse antérieure, ils déclarent que si la structure d'ensemble du marché de la grande distribution peut constituer un indice d'un rapport de force déséquilibré²⁷⁶, se prêtant difficilement à des négociations véritables entre distributeurs et fournisseurs, cette seule considération ne peut suffire à démontrer l'élément de soumission ou de tentative de soumission, et ce, même si le contrat concerné est un contrat-type. Ils estiment que cet indice doit être complété par d'autres indices. Par ailleurs, ils retiennent que certains fournisseurs, qui constituent des grands groupes, peuvent résister à l'imposition d'une clause qui leur est défavorable. Tous les fournisseurs ne sont pas de taille égale et n'ont pas une puissance de négociation équivalente. Par conséquent, tous ne peuvent pas être contraints de la même façon par les distributeurs. Bien qu'ils précisent que la menace d'éviction des linéaires d'un des grands distributeurs n'est pas sans conséquence, même pour les gros fournisseurs, il reste notable que ceux-ci arrivent aussi à imposer des restrictions de concurrence et ne sont pas dépourvus de moyens d'action. Ils reconnaissent, implicitement, l'utilité d'analyser le pouvoir économique de chaque partie pour être en mesure d'émettre un jugement sur le déroulé des négociations et ainsi en vérifier l'effectivité. En l'espèce, le Ministre a versé au débat cinq conventions signées par les sociétés *Danone*, *Mars*, *Hero France*, *Conserves de France* et *Saint Jean*, qui ne peuvent être qualifiées de très petites, petites ou moyennes entreprises, et dont la dépendance à la société *ITM Alimentaire* n'est pas établie²⁷⁷. Ainsi, contrairement aux prétentions du Ministre, les juges déclarent qu'il ne peut être inféré du seul contenu des clauses, jugé déséquilibré, ou du contexte économique, caractérisé par une forte asymétrie du rapport de force en faveur du distributeur, la caractérisation de la soumission ou tentative de soumission exigée par le législateur. L'insertion de clauses jugées déséquilibrées dans un contrat-type ne peut suffire en soi à démontrer cet élément, puisque seule la preuve de l'absence de négociation effective peut l'établir, la

²⁷⁶ Notons, là encore, une présomption puisque la structure déséquilibrée d'un marché conduit à présumer un rapport de force déséquilibré entre les deux parties au contrat, mais ne l'établit pas avec exactitude.

²⁷⁷ En effet, l'arrêt vise les groupes Danone et Mars, dont le pouvoir de marché n'est pas à démontrer, et le fournisseur Conserves de France, qui a déclaré avoir réalisé, en 2008, un chiffre d'affaires total de 228,6 millions d'euros, dont 19,6 millions d'euros avec les sociétés poursuivies (correspondant à 8,57% de son activité), ainsi que le fournisseur Saint Jean qui a réalisé, en 2008, un chiffre d'affaires total de 51,7 millions d'euros, dont (selon ses déclarations) 3,5 millions d'euros avec les sociétés poursuivies (correspondant à 6,77% de son activité), et enfin, le fournisseur Hero France qui était, en 2008 et en 2009, une filiale du groupe suisse Hero qui, en 2011, a réalisé un chiffre d'affaires de 1,43 milliard de francs suisses (soit 1,16 milliard d'euros au taux de conversion actuel), dont les 6,8 millions d'euros de chiffre d'affaires qu'elle a déclaré réaliser avec les sociétés poursuivies représenteraient moins de 1% de son activité.

soumission ne pouvant être déduite de la seule puissance de négociation du distributeur, *in abstracto*.

Ainsi, le constat du pouvoir économique d'une partie lors des négociations face à son partenaire ne devrait plus conduire à une présomption de soumission ou de sa tentative²⁷⁸. Le critère déterminant devient la démonstration d'une négociation effective impliquant de se concentrer sur le déroulé des négociations et sur les comportements des parties²⁷⁹. La charge de la preuve est corrigée puisque c'est bien au demandeur de démontrer la soumission ou sa tentative à travers l'absence de négociation effective²⁸⁰, sans se limiter à un indice de rapport de force déséquilibré entre les parties et à l'existence d'un contrat-type comprenant des clauses déséquilibrées. Or, si les juges reconnaissent, même implicitement, l'importance de l'étude du pouvoir économique des parties pour analyser l'effectivité des négociations, cette démonstration constitue, à présent, uniquement un « indice » et non plus un critère déterminant²⁸¹. L'analyse du pouvoir économique des parties n'est donc pas obligatoire. L'effectivité d'une négociation pourrait être appréciée uniquement au regard du comportement des parties lors des négociations, sans replacer cette analyse dans le contexte des discussions. Cette analyse limitée apparaît pourtant biaisée, car elle ne saurait suffire à établir, avec le plus d'exactitude possible, une soumission ou sa tentative.

46. *L'utilisation du pouvoir économique par les juges postérieurement à l'affaire d'ITM Alimentaire*. Depuis l'affaire *ITM Alimentaire* précitée, l'obligation imposée par les juges pour établir la soumission ou sa tentative consiste à démontrer l'absence d'effectivité d'une négociation. La recherche d'un rapport de force déséquilibré, à travers les pouvoirs économiques des parties, peut participer à cette démonstration mais n'est pas pour autant exigée, d'autres indices pouvant l'établir. Toutefois, les juges ont, par la suite, prononcé de nombreuses décisions, tant dans le secteur de la grande distribution qu'en dehors, comprenant une analyse du pouvoir économique des parties (souvent incomplète) combinée à une analyse du déroulé des négociations pour en apprécier l'effectivité. Ils ont également rendu de nombreuses décisions dans lesquelles il n'est nullement fait référence au pouvoir économique

²⁷⁸ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Soumettre ou ne pas soumettre, telle est la question », *Revue des contrats*, 2020 n°01, p. 39: « Vade retro la présomption simple que la Cour de cassation avait admise en 2016 (et qui était déjà une avancée, car elle était simple). On se souvient que la Cour de cassation avait admis que, dans certains domaines, comme celui de la grande distribution, il existait ce qui ressemblait fort à une présomption de soumission du fournisseur à un déséquilibre significatif. [...] On ne trouve plus trace de cette présomption simple dans l'arrêt ITM. ».

²⁷⁹ CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 : « La preuve de l'absence de négociation effective peut résulter de la circonstance que des fournisseurs cocontractants ont tenté, mais ne sont pas parvenus, à obtenir la suppression des clauses litigieuses dans le cadre de négociations ou qu'aucune suite n'a été donnée aux réserves ou avenants proposés par les fournisseurs pour les modifier. ».

²⁸⁰ H. BARBIER, « Le point sur la charge et les modes de preuve de l'absence de négociabilité des clauses d'un contrat », *RTD civ.*, 2020 p. 109 : « La Cour de cassation refuse d'admettre une telle présomption judiciaire et affirme que le demandeur doit apporter la preuve de l'absence de négociation « effective » d'une clause ou d'un ensemble de clauses. À lui d'aller chercher le diable dans les détails de la négociation, sans qu'il puisse bénéficier d'un déplacement de l'objet de la preuve à son profit et se contenter de mettre en évidence les rapports de force inégalitaires entre parties et la pratique de contrats types. »

²⁸¹ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les fournisseurs non soumis à la grande distribution existent (à propos de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 20 décembre 2017) ! », *RDC*, 2018, n°2, p. 224.

des parties, et enfin, ils persistent, dans certaines décisions, à faire du pouvoir économique un critère déterminant.

Par exemple, le juge a pu retenir que le pouvoir économique, à travers l'analyse du rapport de force des parties, constitue un indice important pour établir une soumission ou sa tentative, comme le démontre la position des juges dans l'affaire *Amazon*²⁸². Dans cette affaire de 2019, ils ont d'abord constaté l'absence de négociation des éléments à valeur contractuelle entre les vendeurs tiers et la société *Amazon*, mais ils ont retenu « *qu'il n'est pas contestable qu'il ne peut en être autrement pour une place de marché* », ce qui démontre une certaine adaptation à la pratique. Les juges se sont ensuite intéressés à l'analyse du pouvoir économique des parties pour établir la soumission ou sa tentative. Ils concluent notamment que « *la disproportion de force relative est donc considérable, par rapport aux vendeurs tiers comme comparée aux autres places de marché existantes en France, et la puissance économique d'Amazon sans aucun équivalent* ». Ils ajoutent que « *lorsqu'un vendeur tiers prend conscience de certaines des contraintes du contrat [...], ou lorsque ceux-ci font l'objet de modifications sans aucun préavis, pouvant porter sur des éléments contractuels essentiels comme les tarifs ou les "critères de performance"* », outre le fait de ne pas pouvoir négocier, il ne peut se tourner vers un concurrent d'Amazon car « *il est compliqué et coûteux de changer de plateforme* ».

Ainsi, bien que secondaire, la recherche d'un rapport de force déséquilibré entre les parties a constitué un critère déterminant pour établir la soumission. La seule démonstration de l'absence de négociation était jugée insuffisante pour l'établir, puisque justifiée par l'harmonisation nécessaire des conditions contractuelles en présence d'une place de marché²⁸³. Par ailleurs, après avoir constaté l'absence de négociation des clauses litigieuses, les juges ont, dans d'autres affaires, retenu que « *si les contrats d'adhésion ne permettent pas a priori de négociations entre les parties, il incombe néanmoins à la partie qui invoque l'existence d'un déséquilibre significatif de rapporter la preuve qu'elle a été soumise, du fait du rapport de force existant, à*

²⁸² TC Paris, 2 septembre 2019, n° 2017050625.

²⁸³ L. VOGEL, « Haro sur les clauses abusives d'Amazon, qui lui valent une amende record de 4 millions d'euros », *LEDICO*, oct. 2019, n° 1, p. 3 : « L'affaire est aussi originale car, pour établir la soumission ou la tentative de soumission, les juges se concentrent désormais sur le critère de l'absence de négociation [...] Or, le tribunal reconnaît que celle-ci est "consubstantielle" au modèle des places de marché et nécessite le recours à d'autres critères : l'existence d'un rapport de force défavorable aux vendeurs et le rôle incontournable d'Amazon. » ; C. GRIMALDI, « Les Mousquetaires mouchent Bercy (I) : l'absence de soumission ou de tentative de soumission des fournisseurs », *LEDICO*, févr. 2018, n°02, p. 1.

des obligations injustifiées et non réciproques »²⁸⁴. Or, dans l'affaire *Subway*²⁸⁵, le défendeur s'est appuyé sur l'absence d'un pouvoir économique lui permettant de soumettre son franchisé, « *puisque'il dispose d'un large choix de franchiseurs dans le secteur de la restauration rapide ; qu'en raison de ce large choix, le franchisé n'est susceptible de subir aucune contrainte de la part de Subway* », et ce, quand bien même les contrats seraient non négociables, ce qui est nécessaire pour l'homogénéité du réseau. Néanmoins, les juges ont, en l'espèce, opté pour une position différente. Ils ont retenu que « *ce serait non pas interpréter strictement mais ajouter au texte que d'exiger pour retenir la soumission, que le co-contractant mis en cause soit dans une position dominante* ». Ainsi, ils affirment que « *l'insertion dans une convention type ou un contrat d'adhésion de clauses qui ne peuvent faire l'objet d'aucune négociation effective constitue la soumission ou la tentative de soumission [...] sauf à ce que cette absence de négociation soit consubstantielle et par conséquent indispensable à l'économie du contrat, ou bien rééquilibrée par d'autres clauses ou par l'économie générale du contrat* ». Ils ajoutent que « *quand bien même des candidats franchisés auraient pu renoncer à traiter avec Subway et choisir un autre franchiseur, Subway n'en aurait pas moins tenté de les soumettre* ». Ainsi, fondant leur analyse sur ces suppositions, sans fournir une étude casuistique et détaillée du rapport de force entre les parties, ils concluent à l'établissement de la pratique. Cette analyse a fait l'objet de vives critiques d'une partie de la doctrine²⁸⁶, estimant qu'elle était insuffisante et incohérente avec la jurisprudence antérieure, notamment dans l'affaire *Amazon*. Notons toutefois que la jurisprudence récente dans le secteur de la franchise²⁸⁷ offre une analyse plus poussée (bien qu'incomplète) du rapport de force entre les parties, sans se limiter à l'admission

²⁸⁴ CA Paris, 6 février 2019, n°18/21919 ; CA Paris, 19 avril 2019, n°16/14293. J.-B. GOUACHE, M. BEHAR-TOUCHAIS, « Actualité du droit de la franchise 2021 », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 2, février 2022, étude 3 : « La liberté de résilier sans difficulté excessive chasse la soumission ou la tentative de soumission. - Cela résulte par exemple d'un arrêt [CA Paris, 24 mars 2021, n° 19/13527, affaire Xerox et Cour d'appel de Paris, 7 avril 2021, n° 19/13527], rendu en matière de contrat de concession, mais dont la solution peut être aisément étendue à la franchise [...]. C'est le pendant du fait que la liberté de ne pas contracter chasse la soumission, comme la tentative de soumission. Un contrat déséquilibré n'est pas entaché de déséquilibre significatif si on n'est pas obligé de le souscrire, ou si l'on peut le résilier, parce qu'il y a d'autres propositions sur le marché. Cette décision est donc dans la veine des décisions qui ont admis que la liberté de ne pas contracter chassait la soumission » avec, toutefois, une critique sur cet arrêt puisque « sans aucune logique avec ce qui précède, et même avec incohérence, la cour d'appel de Paris va admettre [...] que si les concessionnaires ne sont pas dépendants pour décider, en fonction de leur intérêt bien compris, s'ils doivent entrer, rester ou au contraire quitter le réseau Xerox, il en va différemment lorsqu'ils décident de rester dans le réseau, dès lors qu'il a déjà été montré que la société concédante refuse alors par principe toute négociation sur les clauses litigieuses ». Il y a de quoi être surpris. Ce qui vaut dans un cas, ne vaudrait-il plus dans l'autre ? [...] on ne peut dans une même affaire où les clauses n'ont pas été négociées, dire que dans un cas, puisqu'on est libre de partir, il n'y a pas eu soumission, et que dans l'autre, comme tout en étant libre de partir, on avait intérêt à rester, il y a soumission ».

²⁸⁵ TC Paris, 13 octobre 2020, n° 2017005123.

²⁸⁶ J.-B. GOUACHE, M. BEHAR-TOUCHAIS, « Actualité du droit de la franchise 2020 », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 2, février 2021, étude 3 : « Oubliée la définition remarquable qu'il avait lui-même développée dans l'affaire *Amazon*, et qui supposait un faisceau d'indices [...] Alors qu'il utilisait dans cette définition deux fois le mot incontournable, le tribunal l'écarte ici, en le confondant avec la position dominante. Or, le caractère incontournable d'un acteur véhicule davantage un concept de dépendance, différent de la position dominante. [...] l'article L. 442-6, I, 2° doit être écarté quand le partenaire éventuel est libre en fait de ne pas conclure le contrat non négociable. [...] Il est donc regrettable que le tribunal de commerce de Paris se fonde sur un seul indice, et fasse fi de cette jurisprudence, en confondant le caractère incontournable et la position dominante d'un opérateur, alors qu'il avait si bien analysé la soumission dans l'affaire *Amazon* ! ».

²⁸⁷ CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/00737.

d'un contrat d'adhésion. De même, dans l'affaire *Google*²⁸⁸, le tribunal de commerce de Paris a étudié le positionnement de Google et constaté sa puissance économique incontestable, sans comparaison avec celle de ses partenaires, les développeurs actifs sur le marché français. Cette analyse repose principalement sur la puissance de *Google* et sur la faiblesse du pouvoir de négociation de ses partenaires, déduite sans distinction entre eux, certainement car trop nombreux. Enfin, dans la lignée de l'affaire *ITM Alimentaire*, le tribunal rappelle que la jurisprudence se fonde, pour établir la soumission, « *sur un faisceau d'indices parmi lesquels le rôle incontournable de l'une des deux parties, la puissance de négociation de la société qui occupe une position de leader sur le secteur économique concerné par sa taille et sa notoriété, l'absence de marge réelle de négociation des cocontractants ou encore la présence des clauses litigieuses dans tous les contrats* ».

Par ailleurs, suivant l'arrêt *ITM Alimentaire*, les juges ont déclaré que l'absence de négociation effective des clauses incriminées pouvait notamment « *résulter d'une obligation de contracter, ne laissant aucune alternative à la personne soumise* »²⁸⁹. Cette dernière démonstration renvoie à un déséquilibre important du rapport de force, puisqu'elle peut être assimilée à une dépendance économique. Néanmoins, les juges ont plutôt eu tendance à analyser l'effectivité d'une négociation à travers l'examen du déroulé des négociations et du comportement des parties, tout en tenant compte de l'existence ou non d'une obligation de contracter à titre d'indice. Ainsi, mêlant ces deux exigences dans l'affaire *EDF*, la cour d'appel de Paris, dans l'arrêt n°16/16802 du 28 février 2018, a retenu qu'« *aucun élément du dossier ne démontre que, dans le cadre des négociations entre les parties, la société EDF a imposé les termes des deux contrats à la société CSME, qui était libre de faire appel à la société EDF et de négocier avec elle les termes du contrat* ». De même, la référence à « *l'obligation de contracter* » a pu être soulevée dans de nombreuses affaires touchant à différents secteurs en 2019²⁹⁰ et 2020²⁹¹.

Or, les juges ont pu récemment opérer un retour en arrière et se limiter à une présomption de soumission ou de sa tentative, tirée de la démonstration de clauses jugées déséquilibrées présentes dans l'ensemble des contrats conclus par les partenaires avec une partie jugée puissante²⁹². De même, la cour d'appel de Paris, en 2019, a estimé qu'un contrat pré-rempli comprenant des clauses jugées déséquilibrées, proposé par une partie, n'était pas problématique dès lors que l'autre partie avait la capacité de les négocier puisque le rapport de force entre elles

²⁸⁸ TC Paris, 28 mars 2022, n° 2018017655.

²⁸⁹ CA Paris, 28 février 2018, n°16/16802.

²⁹⁰ CA Paris, 30 octobre 2019, n°17/10872.

²⁹¹ CA Paris, 1^{er} juillet 2020, n°18/22344 ; CA Paris, 1^{er} juillet 2020, n°18/16622 ; CA Paris, 1^{er} juillet 2020, n° 18/16850 ; CA Paris, 24 juin 2020, n°18/03322 ; CA Paris, 18 novembre 2020, n°19/12813.

²⁹² CA Paris, 7 janvier 2021, n°18/17376 : « Les clauses litigieuses, qui sont insérées dans les conditions générales de vente de la société La Poste, sont quasiment identiques dans tous les contrats conclus par la société Central Optics entre 2010 et 2015 et se retrouvent dans l'ensemble des contrats souscrits par des entreprises avec la société La Poste. Il se déduit de l'insertion de ces clauses dans tous les contrats conclus tant par la société Central Optics que par les autres entreprises avec la société La Poste et de la puissance de la société La Poste dans le secteur de l'acheminement des colis une impossibilité effective de négociation desdites clauses. Dès lors, en l'absence de négociation effective desdites clauses, la première condition d'applicabilité du texte est remplie. ».

était équilibré²⁹³, comme l'a également retenu la Cour de cassation²⁹⁴. Ainsi, une partie qui ne se trouvait pas dans un rapport de force déséquilibré avec l'autre partie au contrat ne peut prétendre avoir fait l'objet d'une soumission ou d'une tentative. Dès lors, il n'apparaît pas nécessaire d'analyser le déroulé et le comportement des parties lors des négociations pour en vérifier l'effectivité.

On constate, toutefois, l'existence de nombreuses décisions dans lesquelles les juges ne procèdent pas à cette vérification. En effet, plusieurs décisions se concentrent sur l'analyse du déroulé des négociations et sur l'étude du comportement des parties, sans replacer l'analyse dans son contexte à travers une étude détaillée du rapport de force entre celles-ci²⁹⁵. Il est à noter que ces décisions reposent principalement sur des saisines initiées par des acteurs économiques et pour lesquelles le Ministre n'a pas engagé d'action, ce qui met également en évidence cette jurisprudence à deux vitesses. Pourtant, certaines affaires devraient au préalable analyser le rapport de force entre les parties afin de s'assurer que le déroulé des négociations, tel que constaté par les juges, est représentatif de comportements totalement libres et effectifs de la part des acteurs économiques. Ainsi, il a pu être retenu, dans le secteur contesté de la grande distribution, dans l'affaire *ITM*²⁹⁶ ou encore dans l'affaire *Franprix Leader Price*²⁹⁷, le rejet de la soumission sans étudier le rapport de force entre les parties, alors même que les défendeurs pouvaient être qualifiés d'entreprises puissantes face à leur partenaire. Ainsi, il est établi que l'analyse de la soumission et de sa tentative fait, encore aujourd'hui, l'objet d'un manque de régularité dans la jurisprudence et soulève encore des « controverses »²⁹⁸. C'est pourquoi, il nous apparaît fondamental de préciser cette notion.

47. *Conclusion.* Si les juges ont tenu compte du pouvoir économique des parties dans l'analyse de la soumission ou sa tentative, cette prise en compte a été évolutive. Dans le passé, suivant les différentes évolutions législatives tenant initialement compte d'un pouvoir économique, ils ont pu déduire une soumission ou sa tentative de l'existence d'un rapport de force déséquilibré entre les parties, en particulier dans le secteur de la grande distribution. Les juges ont pu retenir que l'existence, par nature, d'un rapport de force déséquilibré dans le secteur de la grande distribution et l'introduction d'une clause jugée créatrice d'un déséquilibre dans un contrat-type constituaient des preuves suffisantes pour établir une soumission, ou du

²⁹³ CA Paris, 27 juin 2019, n°18/07576.

²⁹⁴ Cass. com., 7 juillet 2021, n°19-22.807.

²⁹⁵ Ex. CA Paris, 9 janvier 2019, n°17/09617 ; CA Paris, 31 juillet 2019, n°16/11545 ; CA Paris, 28 mai 2020, n°17/14603 ; CA Paris, 22 octobre 2020, n°18/02255 et Cass. com., 11 mai 2022, n° 20-23.298 ; CA Paris, 30 janvier 2020, n°15/06520 ; CA Paris, 14 janvier 2021, n°18/20126 ; CA Paris, 1^{er} juillet 2021, n°19/04035 ; CA Paris, 17 novembre 2021, n°20/03458.

²⁹⁶ CA Paris, 3 septembre 2020, n°17/18674 : « Il y a lieu d'en déduire que les articles contestés par Davyco sont le résultat de discussions entre les cocontractants pour prendre en compte l'intérêt de chacune des parties lors de l'élaboration du contrat. ».

²⁹⁷ CA Paris, 17 février 2021, n°19/02634 : « Des négociations ont eu lieu entre les parties, au cours desquelles les sociétés F. Frigo et F. Logistique ont pu faire valoir leur point de vue. ».

²⁹⁸ J.-C. RODA, F. BUY, « La franchise au crible du déséquilibre significatif (quand Bercy s'invite chez Subway) », *AJ contrat*, 2020, p. 543 : « Mais qu'est-ce que soumettre, au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce (et du nouvel article L. 442-1, I, 2°, inchangé sur ce point) ? Manifestement, l'important arrêt rendu par la Cour de cassation le 20 novembre 2019 n'a pas eu pour effet de clore les controverses. ».

moins, sa tentative. La charge de la preuve reposant sur le demandeur était alors moins importante car il appartenait au défendeur d'apporter la preuve concrète de l'absence de soumission ou sa tentative. Néanmoins, cette analyse judiciaire, fondée *a priori* sur une présomption simple de soumission ou d'une tentative, a été jugée insuffisante pour remplir le premier critère de la pratique. En droit positif, la jurisprudence retient que le critère principal pour établir une soumission ou sa tentative est, en principe, celui de l'absence de négociation effective. Bien qu'apparue en filigrane de nombreux arrêts, cette position de l'analyse judiciaire a été confortée par l'arrêt n°13/04879, rendu par la cour d'appel de Paris le 20 décembre 2017, dit *ITM Alimentaire*, et par la Cour de cassation le 20 novembre 2019 (n°18-12.823). Ces arrêts ont permis de dissiper, un temps, les doutes soulevés quant aux critères utilisés pour établir une soumission ou sa tentative. Les juges ont alors précisé leur réflexion en relayant l'existence d'un pouvoir économique, à travers la notion de rapport de force entre les parties, au rang de simple indice, non obligatoire. L'effectivité d'une négociation pourrait donc être appréciée uniquement au regard des comportements des parties lors des négociations, sans replacer cette analyse dans le contexte des discussions au regard du pouvoir économique de chaque partie. Postérieurement aux célèbres arrêts *ITM Alimentaire*, les juges ont prononcé de nombreuses décisions comprenant une analyse du pouvoir économique des parties (souvent incomplète) combinée à une analyse du déroulé des négociations, notamment à travers le comportement des parties, pour en apprécier l'effectivité. Or, si les arrêts *ITM Alimentaire* considéraient le pouvoir économique des parties comme un indice, ils renaient tout de même son importance pour établir une soumission ou sa tentative. On constate toutefois l'existence de nombreuses décisions dans lesquelles les juges ne procèdent pas à cette vérification. Pourtant, certaines affaires devraient, au préalable, analyser le rapport de force entre les parties afin de s'assurer que le déroulé des négociations, tel qu'étudié par les juges, est représentatif de comportements totalement libres et effectifs de la part des acteurs économiques. Notons toutefois qu'il existe encore des décisions dans lesquelles le pouvoir économique des parties constitue un critère déterminant. Ainsi, la prise en compte du pouvoir économique des parties par les juges a varié au fil du temps, étant parfois présenté comme un critère important, voire déterminant, ou bien comme un simple indice, non obligatoire et donc ignoré par les juges. L'analyse de la soumission et de sa tentative fait, encore aujourd'hui, l'objet d'un manque de régularité dans la jurisprudence et soulève encore des controverses. C'est pourquoi, il nous apparaît fondamental de préciser ces critères.

c) *Le pouvoir de soumission entre les parties doit être un critère déterminant*

48. *La nécessité de modifier l'analyse juridique concernant la prise en compte du pouvoir économique.* L'article sur le déséquilibre significatif dans le Code de commerce, introduit en 2008, ne fait pas référence à l'existence des forces détenues par les parties. Toutefois, le législateur y faisait référence dans le passé lorsqu'il analysait la soumission. Or, nous avons vu que la prise en compte par les juges du pouvoir économique des parties, pour établir la soumission ou sa tentative, a varié au fil du temps, étant parfois présenté comme un critère important, voire déterminant, ou bien comme un simple indice, non obligatoire et donc ignoré par les juges dans certaines décisions. Ainsi, l'analyse de la soumission et de sa tentative

fait, encore aujourd'hui, l'objet d'un manque de régularité dans la jurisprudence et soulève des controverses. De leur côté, les économistes retiennent l'importance de prendre en compte le pouvoir économique des parties pour établir une contrainte. Le fait de parvenir à imposer sa volonté implique d'en avoir la capacité. Ainsi, nous estimons que les juges devraient étudier, au préalable, le contexte dans lequel se déroulent les négociations pour mieux comprendre les comportements des parties et ainsi mieux appréhender l'existence ou non d'une soumission. Pour ce faire, les juges devraient, avant tout, étudier le pouvoir économique des parties et ainsi apprécier l'existence d'un pouvoir de soumission d'une partie sur une autre. Si l'analyse du pouvoir économique des parties, à travers l'existence d'un rapport de force lors des négociations, nous apparaît fondamentale (i), elle ne devrait pas être utilisée comme un simple indice non obligatoire, mais bien constituer un des critères déterminants de la soumission ou de sa tentative (ii).

i. Pour soumettre, le pouvoir économique devient un pouvoir de soumission

49. *L'importance d'une analyse du pouvoir économique des parties pour établir une soumission ou sa tentative.* Le pouvoir économique, compris par les économistes comme une force en puissance dont le détenteur a conscience, offre à ce dernier un pouvoir de négociation en matière contractuelle. En effet, le pouvoir économique est alors compris comme une force objective qui, lorsqu'elle est utilisée dans le cadre d'échanges commerciaux, devient un pouvoir de négociation. Celui-ci permet de déterminer la capacité d'une partie à négocier le contrat, c'est-à-dire à faire valoir sa volonté et à obtenir certaines demandes. Or, l'intensité du pouvoir de négociation d'une partie peut être limitée par celui de l'autre partie. La confrontation des pouvoirs économiques des parties, dans le cadre d'un échange contractuel, se traduit par un rapport de force. Ce dernier permet de mettre en évidence l'intensité du pouvoir de négociation de chaque partie dans le contrat analysé. Ainsi, une partie détenant, *a priori*, un important pouvoir économique peut disposer d'un plus faible pouvoir de négociation en comparaison avec le pouvoir dont dispose l'autre partie au contrat.

Les pouvoirs de négociation pourront donc être confrontés pour déterminer si l'une des parties était en mesure de contraindre l'autre partie²⁹⁹, ce qui implique également de vérifier si cette dernière ne détenait consciemment aucune force suffisante pour s'opposer à cette autorité et ainsi éviter de se soumettre à sa volonté. Le pouvoir de négociation d'une partie se transforme alors en pouvoir de soumission lorsqu'il lui permet de contraindre l'autre partie à se soumettre à sa volonté et empêcher cette dernière de négocier effectivement. La soumission lors des négociations n'est possible que s'il existe un pouvoir qu'on qualifie de soumission d'une partie envers une autre. En effet, c'est parce qu'il existe un pouvoir de soumission qu'une négociation peut ne pas être effective. *A contrario*, en l'absence de pouvoir de soumission, la prétendue victime ne peut se prévaloir de l'absence de négociation effective, du moins possible,

²⁹⁹ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le choc des Titans : Existe-t-il des fournisseurs assez puissants pour contrebalancer la puissance d'achat de la grande distribution ? », *Mélanges Philippe Le Tourneau*, LGDJ, 2008.

puisque'elle détenait la capacité de négocier effectivement si elle le souhaitait³⁰⁰. Cette position a également été retenue par une partie de la doctrine³⁰¹. Nous verrons qu'une partie peut détenir un pouvoir de négociation important sans qu'il puisse être qualifié de pouvoir de soumission, car il s'oppose au pouvoir de négociation de l'autre partie, également important. Il ne s'agit pas non plus de la démonstration d'un rapport de force déséquilibré, car une partie peut disposer d'une force plus importante que l'autre partie, sans que cette dernière ne soit totalement dépourvue d'un pouvoir de négociation et d'une capacité de s'opposer à la volonté de la première. C'est bien la démonstration d'un pouvoir de soumission qui est recherché ; c'est plus qu'un pouvoir de négociation important et plus qu'un rapport de force déséquilibré entre les parties, bien que ces deux éléments participent à sa démonstration.

Ainsi, comme le retiennent les économistes, l'étude du pouvoir économique, et plus précisément du pouvoir de négociation lors d'échanges commerciaux, est importante puisqu'elle permet d'appréhender les marges de manœuvre dont dispose chaque partie lors des discussions. Puisque le droit commercial entend sanctionner la soumission ou sa tentative lors d'échanges entre acteurs économiques, il nous apparaît nécessaire de vérifier l'existence d'un pouvoir de soumission d'une partie sur une autre.

ii. *L'analyse juridique doit tenir compte du pouvoir de soumission comme un critère déterminant*

50. *La démonstration d'un pouvoir de soumission ne doit pas être un simple indice non obligatoire.* En droit positif, la jurisprudence retient que le critère principal pour établir une soumission ou sa tentative est, en principe, celui de l'absence de négociation effective qui s'apprécie principalement à travers l'analyse du déroulé des négociations et du comportement des parties³⁰². Ainsi, si, comme l'admettent les juges, l'analyse du pouvoir économique des parties participe à la détermination d'une négociation effective, il ne s'agit pourtant que d'un indice qui, en tant que tel, n'est pas obligatoire. Néanmoins, l'étude de la jurisprudence, en droit positif, démontre également une absence de régularité dans l'analyse du pouvoir économique, lorsqu'elle admet de l'étudier, en en faisant parfois un critère déterminant, ou encore en fournissant une analyse incomplète ou non réciproque³⁰³. Les économistes ont pourtant retenu

³⁰⁰ L. VOGEL, J. VOGEL, « Le juge fixe définitivement la notion de “partenaire commercial” », *LEDICO*, février 2022, n°02, p. 5 : « CA Paris, 5-4, 5 janv. 2022, no 20/06627 [...] L'arrêt apporte aussi des précisions intéressantes sur la condition de “soumission” au déséquilibre significatif. Pour la caractériser, le ministre s'appuyait sur la technique de vente mise en œuvre, dite du “one shot”. En dépit du caractère agressif de cette méthode de vente, la cour relève qu'il existe de nombreux autres opérateurs sur le marché, sans qu'aucun ne revête de caractère incontournable pour l'activité des clients. Un tel contexte exclut l'absence de possibilité de négociation effective du contrat, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'apprécier le déséquilibre éventuel des clauses dénoncées. ».

³⁰¹ G. TOULOUSE, « Déséquilibre significatif : l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce ne s'applique que s'il y a eu soumission ou tentative de soumission du partenaire commercial », *LEDICO*, avril 2018, n°4, p. 5 : « L'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce régit les relations entre professionnels et n'a vocation à les protéger contre des clauses abusives que lorsqu'ils sont contraints de les accepter. S'il n'est pas démontré tout à la fois le caractère incontournable du cocontractant et l'impossibilité de négocier les clauses du contrat, un professionnel ne mérite pas de protection particulière : il est censé savoir à quoi il s'engage. ».

³⁰² CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 et Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823.

³⁰³ Ref. th. §56.

l'importance d'une connaissance préalable du pouvoir économique des parties pour émettre un jugement de valeur réaliste, et donc efficace, sur leurs comportements lors des négociations³⁰⁴. Ils retiennent que cette connaissance est nécessaire pour vérifier l'existence d'une contrainte entre les parties. L'analyse de la contrainte effectuée par les économistes peut utilement servir pour l'analyse judiciaire de la soumission, car il s'agit de notions synonymes³⁰⁵, qui renvoient à des comportements similaires puisqu'elles traduisent, toutes deux, le fait d'imposer consciemment sa volonté au détriment de celle de l'autre partie.

Or, la seule analyse du déroulé des négociations et du comportement des parties peut vicier l'étude d'une soumission ou de sa tentative. Il manque un élément de contexte fondamental : la connaissance du pouvoir économique des parties. En effet, sans avoir connaissance de cette information, les juges pourront établir une soumission ou une tentative par erreur, car l'acteur jugé fautif ne disposait pas, en réalité, d'un pouvoir de soumission sur l'autre partie. C'est ce qu'illustre le célèbre proverbe français : « *Les apparences sont souvent trompeuses* ». Le juge, tiers au contrat, ne peut reposer son analyse que sur les informations communiquées par les parties, et chacune ayant à cœur d'obtenir raison, il doit pourtant se prononcer de manière impartiale. Il doit également se méfier des comportements opportunistes conduisant certains acteurs à contester l'effectivité de la négociation d'un contrat plusieurs années après. Par exemple, l'absence de négociation entre les parties ou des négociations tendues, même en présence d'un contrat déséquilibré, ne signifient pas nécessairement qu'il y a eu soumission puisque la partie accusée pouvait ne pas être en mesure de soumettre l'autre partie. Rappelons que la soumission est une action d'une intensité particulièrement forte, pouvant être assimilée à une certaine violence puisqu'elle implique une réaction face à un comportement récalcitrant, et exige donc une démonstration concrète.

Ainsi, il convient d'analyser au préalable le pouvoir économique des parties lors des négociations, pour constater une soumission ou encore une contrainte dont elle est synonyme, car cette dernière prend, par nature, naissance dans l'utilisation consciente d'une force pour imposer sa volonté face à une résistance extérieure. Même si le résultat des négociations apparaît à l'avantage d'une partie et au détriment d'une autre et que les comportements des parties mettent en exergue l'absence de discussion ou une discussion tendue entre elles, ces éléments ne sauraient suffire pour établir une contrainte dès lors que la partie était en mesure de s'opposer à la volonté de l'autre. On ne doit pas confondre le fait de convaincre l'autre partie,

³⁰⁴ Ref. th. 38-40.

³⁰⁵ Dictionnaire en ligne, Larousse, Soumettre : « Placer quelqu'un dans la dépendance, sous le pouvoir, la domination de quelqu'un : Soumettre quelqu'un à sa volonté » ; dictionnaire en ligne, Le Robert, Soumission : « Action de se soumettre, d'accepter une autorité contre laquelle on a lutté » ; dictionnaire en ligne, Larousse, Contraindre : « Obliger quelqu'un à agir d'une certaine manière, l'amener à telle action, tel état, malgré sa volonté, son désir » ; Contrainte : « Action de contraindre, de forcer quelqu'un à agir contre sa volonté ; pression morale ou physique, violence exercée sur lui ». Ces deux notions renvoient toutes deux à l'existence d'un pouvoir, d'une autorité et d'une force à l'origine, termes également développés par les économistes pour apprécier la contrainte. Les juges ont également recherché l'existence d'une contrainte pour apprécier l'existence d'une soumission : CA Paris, 1^{er} octobre 2013, n°12/01301 ; CA Paris, 30 mai 2014, n°11/23178 ; CA Paris, 29 septembre 2016, n°14/16968 ; CA Paris, 22 mars 2017, n°14/11255 ; CA Paris, 19 octobre 2017, n°15/20831 ; CA Paris, 24 avril 2019, n°16/22793 ; CA Paris, 15 avril 2021, n°18/19313.

même après une discussion difficile, avec le fait de soumettre cette autre partie. Or, le juge ignore les stratégies réelles des parties lors des négociations et doit pourtant les appréhender de manière réaliste en s'appuyant sur les informations à sa disposition. Plus les informations auxquelles il a accès seront complètes, plus il sera en mesure de rendre un jugement réaliste et donc efficace. C'est pourquoi, il convient d'analyser les pouvoirs économiques puis les pouvoirs de négociation des parties, avant d'analyser leur usage lors des négociations contractuelles, pour établir une soumission ou sa tentative.

51. *Conclusion.* Les lignes précédentes nous ont permis de mettre en lumière la nécessité d'intégrer, dans l'analyse juridique, le pouvoir de soumission comme un critère déterminant pour établir la soumission ou sa tentative. Nous nous sommes notamment appuyés sur les recommandations des économistes pour mettre en avant l'utilité de ce critère. Nous avons vu que les économistes préconisent de s'intéresser au contexte dans lequel les négociations ont lieu. Pour ce faire, ils s'intéressent tout particulièrement au pouvoir économique de chaque partie. Ainsi, l'étude du pouvoir économique, et plus précisément du pouvoir de négociation lors d'échanges commerciaux, est importante puisqu'elle permet d'appréhender les marges de manœuvre dont dispose chacune des parties lors des discussions. Or, lors des négociations, le pouvoir de soumission d'une partie envers une autre démontre sa capacité à imposer sa volonté au détriment de celle de l'autre partie. Cette analyse est utile et même nécessaire pour comprendre et juger les comportements des agents lors d'échanges commerciaux. En effet, les économistes recommandent de procéder à l'analyse la plus réaliste possible pour qu'elle soit efficace. Cette exigence est d'autant plus importante dans la sphère commerciale, où chaque sanction appliquée à un acteur économique peut affecter son activité et même modifier le bon fonctionnement du marché. Nous recommandons aux juges de prendre en compte l'existence d'un pouvoir de soumission d'une partie sur une autre comme un critère déterminant pour établir la pratique et non plus comme un simple indice non obligatoire. C'est en ce sens que l'analyse juridique de la soumission ou de sa tentative pourra être efficace car complète et réaliste. En effet, refuser de prendre en compte cette donnée peut conduire à une analyse biaisée, puisque les juges peuvent se prononcer par erreur sur la culpabilité d'un acteur économique.

B. L'importance de procéder à une détermination efficace du pouvoir de soumission entre les parties

52. *La nécessité de procéder à une analyse efficace du pouvoir de soumission.* Précédemment, nous avons vu qu'il était nécessaire de rechercher le pouvoir de soumission d'une partie envers une autre pour établir la soumission ou sa tentative telles que sanctionnées par le droit commercial. Pour procéder à cette analyse, nous avons vu qu'il convenait d'étudier le pouvoir économique des parties. Rappelons que le pouvoir économique est une force en puissance dont l'acteur économique a conscience. Pour déterminer l'impact que peut avoir le pouvoir économique d'un acteur lors des négociations, il convient de confronter son pouvoir au pouvoir économique de l'autre partie. C'est pourquoi, on parle de rapport de force entre les parties. Nous verrons que l'analyse judiciaire du pouvoir économique, lorsqu'elle est effectuée,

peut être qualifiée d'irrégulière puisqu'elle ne retient pas toujours les mêmes facteurs (a). Or, pour confronter les forces respectives des parties, encore faut-il les évaluer correctement. Nous étudierons une pluralité de facteurs rangés dans plusieurs catégories. Cette analyse permettra de déterminer si une partie était réellement en mesure de soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie. Nous verrons que les juges ont une conception plus réduite des facteurs permettant d'analyser le pouvoir économique des parties (b). C'est pourquoi, il nous apparaît nécessaire d'introduire des facteurs développés par les économistes dans l'analyse juridique. Par ailleurs, s'il n'est pas nécessaire de procéder à l'analyse de tous les facteurs possibles pour établir un pouvoir de soumission d'une partie sur une autre, les juges devront tout de même fournir une analyse suffisamment complète pour se rapprocher, autant que possible, de la réalité du contexte dans lequel ont lieu les négociations. C'est en ce sens que nous proposerons de modifier l'analyse juridique (c).

a) Les méthodes divergentes des économistes et des juges pour confronter les pouvoirs économiques des parties au contrat

53. *L'utilité de procéder à une analyse du rapport de force entre les parties pour émettre un jugement sur le déroulé des négociations et leurs comportements.* Les économistes estiment nécessaire de confronter les pouvoirs économiques de chaque partie au contrat pour évaluer leur pouvoir de négociation (i). *A contrario*, lorsque les juges tiennent compte du pouvoir économique, ils font certes référence à un rapport de force entre les parties dans certaines décisions mais limitent souvent leur analyse au seul pouvoir économique du défendeur ou bien à celui de la prétendue victime, ou encore fournissent une analyse insuffisamment détaillée et régulière (ii).

i. Les économistes soulignent l'importance de confronter les pouvoirs économiques des parties

54. *La signature d'un contrat ouvre droit aux rapports de force entre les parties et à l'expression des pouvoirs de négociation.* Le contrat est, par nature, un terreau facilitateur des rapports de force entre les parties³⁰⁶. Chaque partie est animée par une stratégie et aura intérêt à user de son pouvoir de négociation pour faire prévaloir sa volonté face à celle de l'autre partie au contrat. La pensée économique libérale retient que l'acteur économique est, par nature, un être égoïste et rationnel qui recherche sa satisfaction personnelle³⁰⁷. *In fine*, le contrat sera, en principe, l'expression d'un compromis entre les volontés de chaque partie, hormis les cas de violence et d'asymétrie d'information³⁰⁸. Or, d'autres pans de l'analyse économique préconisent de lutter contre les comportements déloyaux des acteurs économiques. Ces économistes rappellent l'importance de la loyauté dans les relations commerciales pour garantir

³⁰⁶ L. BELLENGER, « Chapitre II - Typologie des négociations », Lionel Bellenger éd., *La négociation*. Presses Universitaires de France, 2017, p. 37-55.

³⁰⁷ M. YILDIZOGLU, « 1. Introduction », *Introduction à la théorie des jeux. Manuel et exercices corrigés*, sous la direction de Yildizoglu Mura, Dunod, 2011, p. 1-10, §22.

³⁰⁸ É. BROUSSEAU, « L'Économiste, le Juriste et le Contrat », à paraître dans *Le Contrat au début du XXI^e siècle ; Mélanges en l'honneur de M. Jacques Ghestin*, sld. M. Fabre-Magnan et C. Jamin, 2000.

le bon fonctionnement du marché³⁰⁹. Ainsi, pour conclure qu'un acteur a agi de manière déloyale envers l'autre partie au contrat, en empêchant ou limitant l'expression de sa volonté lors des négociations, il faudra vérifier que cette dernière ne disposait pas de la capacité à exprimer librement et effectivement sa volonté.

55. *Les économistes jugent nécessaire de confronter les pouvoirs économiques de chaque partie pour apprécier leur pouvoir de négociation.* Nous avons vu que le pouvoir économique lors d'échanges commerciaux s'apprécie à travers le pouvoir de négociation des parties, c'est-à-dire la capacité objective de chacune d'elles à influencer l'autre partie, à proposer et faire respecter sa volonté. Cette appréciation est dite « objective » car il s'agit d'un état de fait qui ne présage pas nécessairement du comportement réel des parties lors des négociations³¹⁰. Néanmoins, l'analyse de l'intensité du pouvoir de négociation est déterminante puisqu'elle permettra de mieux comprendre et donc de juger plus efficacement les comportements des parties lors des négociations³¹¹.

Si l'analyse de l'intensité du pouvoir de négociation d'une partie est importante, il convient de noter qu'elle dépend également de l'intensité de celui de la partie adverse. Se limiter à constater qu'un acteur économique dispose d'un pouvoir économique important, ce qui lui confère un important pouvoir de négociation, ne peut suffire. En effet, détenir un pouvoir économique important peut s'avérer insuffisant lorsqu'il s'oppose à un partenaire dont le pouvoir économique est équivalent, voire plus élevé, notamment car il dispose d'une force lui conférant un atout insurmontable lors des négociations. Les forces conférant un pouvoir économique à une partie n'ont pas la même valeur lorsqu'elles sont confrontées aux forces dont dispose l'autre partie au contrat. Si, dans une relation commerciale, ce pouvoir économique peut lui conférer un important pouvoir de négociation, supérieur à celui de l'autre partie, tel n'est pas nécessairement le cas dans une relation avec un autre partenaire. Par exemple, un acteur économique peut disposer d'une trésorerie importante, d'une appartenance à un groupe puissant et donc de son soutien, d'une bonne position sur le marché, mais être confronté à un partenaire économique incontournable, fragilisant ainsi son pouvoir de négociation lors des discussions. Certes, il dispose d'un pouvoir économique important, dont on peut déduire, *a priori*, un important pouvoir de négociation, mais la confrontation de ce pouvoir économique avec celui de l'autre partie, plus puissante car elle possède une force déterminante, conduit à réduire son pouvoir de négociation dans cette relation. Il sera alors contraint de prendre en compte la volonté de cette dernière et sera limité dans sa capacité à exercer son influence. Avec un autre partenaire plus faible, ne disposant pas d'une telle force, il pourrait pleinement disposer de son pouvoir économique, lui conférant un pouvoir de négociation élevé, voire absolu, lors des discussions.

³⁰⁹ Ref. th. §143 et s.

³¹⁰ Par ex. une partie détenant un faible pouvoir de négociation peut néanmoins être en mesure de négocier effectivement dès lors que son partenaire, possédant un pouvoir de négociation plus important, lui en donne la possibilité. De même, une partie détenant un contre-pouvoir à l'égard de l'autre partie pourrait ne pas en faire usage lors des négociations, ce qui ne signifie pas que la négociation n'a pas été effective.

³¹¹ J. LHOMME, « Considérations sur le pouvoir économique et sa nature », *Revue économique*, vol. 9, n°6, 1958, p. 884 et s.

Ainsi, le pouvoir de négociation d'une partie peut varier en fonction du pouvoir économique de l'autre partie, d'où la nécessité d'étudier le rapport de force entre elles. C'est pourquoi, il importe d'analyser les forces et faiblesses respectives de chaque partie au contrat, et partant, leur pouvoir économique, pour évaluer objectivement leur pouvoir de négociation lors des discussions. Nous verrons que les économistes ont retenu plusieurs types de facteurs permettant de connaître le pouvoir économique des parties et d'appréhender, par la confrontation, leur pouvoir de négociation.

ii. Les juges n'analysent pas correctement le rapport de force entre les parties

56. *Les juges fournissent une analyse biaisée du rapport de force en limitant l'analyse du pouvoir économique à une seule partie et en ne la détaillant pas suffisamment.* Dans leurs décisions, les juges ont, à de nombreuses reprises, fait allusion à l'utilité d'une analyse du rapport de force entre les parties pour établir la soumission ou sa tentative³¹². Toutefois, ils ont également rappelé, dans certaines décisions, que l'existence d'un rapport de force déséquilibré était insuffisante pour établir la soumission ou sa tentative³¹³. En pratique, nous constatons que les décisions comprenant une analyse du rapport de force entre les parties sont bien souvent incomplètes. En effet, lorsque les juges procèdent à cette analyse, ils ont tendance à se limiter à l'analyse d'une partie au contrat, particulièrement le défendeur. Cette analyse leur permettrait d'en déduire le pouvoir de soumission de ce dernier ou la capacité d'être soumise lorsqu'il s'agit de la prétendue victime.

Par exemple, on sait que les juges ont pu, dans le passé, retenir que le secteur de la grande distribution impliquait, par nature, un rapport de force déséquilibré au profit du distributeur et au détriment du fournisseur, dont il se déduisait la soumission ou sa tentative³¹⁴. Or, ils procédaient à cette analyse sans vérifier, au cas par cas, si chaque fournisseur disposait effectivement d'un pouvoir économique moins important que celui du distributeur et

³¹² Ex. CA Paris, 18 septembre 2013, n°12/03177 : « Le rapport de force entre partenaires commerciaux est tel que certains fournisseurs n'osent pas résister aux conditions imposées par les distributeurs » ; CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 : « Ce rapport de force asymétrique peut conduire certains fournisseurs à devoir accepter certaines clauses qui leurs sont défavorables » ; CA Paris, 24 juin 2016, n°13/20422 : « Il incombe néanmoins à la partie qui invoque l'existence d'un déséquilibre significatif de rapporter la preuve qu'elle a dû accepter, du fait du rapport de force existant, des obligations » ; V. égal. CA Paris, 11 septembre 2013, n°11/17941 ; CA Paris, 19 avril 2019, n°16/14293 ; CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323 ; CA Paris, 27 juin 2019, n°18/07576 et Cass. com., 7 juillet 2021, n°19-22.807 ; CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221 ; CA Paris, 17 mai 2017, n°14/18290 ; CA Paris, 11 octobre 2017, n°15/03313 ; CA Paris, 25 janvier 2019, n°17/08241 ; TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625 ; CA Paris, 6 novembre 2019, n°18/03352 ; CA Paris, 18 novembre 2020, n°19/04765 ; CA Paris, 8 juillet 2021, n°18/27045 ; CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/06627.

³¹³ CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 : « Si la structure d'ensemble du marché de la grande distribution peut constituer un indice de rapports de forces déséquilibrés, se prêtant difficilement à des négociations véritables entre distributeurs et fournisseurs, cette seule considération ne peut suffire à démontrer l'élément de soumission ou de tentative de soumission d'une clause du contrat signé entre eux, même si ce contrat est un contrat-type. Cet indice doit être complété par d'autres indices » et Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823. V. égal. CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187 ; CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323 ; CA Paris, 6 novembre 2019, n°18/03352 ; CA Paris, 1^{er} juillet 2020, n°18/22344 ; CA Paris, 11 mars 2021, n°18/08014.

³¹⁴ CA Paris, 4 juillet 2013, n°12/07651 ; CA Paris, 18 septembre 2013, n°12/03177 ; CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 ; Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387 ; Cass. com., 4 octobre 2016, n°14-28.013.

notamment s'il était en capacité d'être soumis. Une partie de la doctrine avait pu émettre des contestations, estimant nécessaire de procéder à une analyse casuistique, jugée plus réaliste³¹⁵. En effet, bien que la grande majorité des fournisseurs se place en position de force déséquilibrée au profit des grands distributeurs, certains disposent d'un pouvoir économique leur conférant un réel pouvoir de négociation lors des discussions³¹⁶. Les juges ont alors modifié leur analyse pour inclure cette approche casuistique en présence de plusieurs victimes³¹⁷. Toutefois, dans l'affaire *Darty*, après avoir retenu de manière détaillée la puissance de *Darty*, la Cour de cassation n'a pas jugé utile d'analyser le pouvoir de négociation des fournisseurs de manière concrète et au cas par cas, maintenant une appréciation générale du rapport de force³¹⁸.

Dans une affaire ultérieure dite *ITM Alimentaire*, la cour d'appel de Paris³¹⁹, dont l'analyse a été validée par la Cour de cassation³²⁰, a retenu que « *certaines fournisseurs, qui constituent des grands groupes, peuvent résister à l'imposition d'une clause qui leur est défavorable. Tous les fournisseurs ne sont pas de taille égale et n'ont pas une puissance de négociation équivalente. Par conséquent, tous ne peuvent pas être contraints de la même façon par les distributeurs. Certes, la menace d'éviction des linéaires d'un des grands distributeurs n'est pas sans conséquence, même pour les gros fournisseurs, mais il est notable que ceux-ci arrivent aussi à imposer des restrictions de concurrence et ne sont pas dépourvus de moyens d'action* ». Dans cette affaire, le Ministre a versé au débat cinq conventions signées par les sociétés *Danone*, *Mars*, *Hero France*, *Conserves de France* et *Saint-Xor*. Analysant leur pouvoir économique, la Cour retient que ces fournisseurs « *ne peuvent être qualifiés de PME ou de TPE* ». Bien que ce secteur soit marqué, par nature, par un rapport de force déséquilibré entre distributeurs et fournisseurs, la Cour retient, à juste titre, que « *la soumission ne [peut] être déduite de la seule puissance de négociation du distributeur, in abstracto* » et recommande de vérifier le pouvoir économique des prétendues victimes.

Par la suite, la cour d'appel de Paris, dans l'affaire *Système U*, ne s'est pas limitée à l'indice tiré d'un rapport de force déséquilibré, par nature, dans le secteur de la grande distribution, et a

³¹⁵ En ce s., M. BEHAR-TOUCHAIS, « Quand les juges du second degré viennent contenir le déséquilibre significatif », *Revue des contrats*, septembre 2014, n°03, p. 411 : « Ce n'est pas parce que la présomption de soumission du fournisseur au grand distributeur est réaliste dans 97 ou 98 % des cas, qu'il faut sacrifier la liberté contractuelle dans les 3 % restants, et donner un avantage concurrentiel indu aux quelques fournisseurs qui ont négocié d'égal à égal avec le grand distributeur et qui seront néanmoins indemnisés ! C'est en ce sens qu'une présomption dogmatique de soumission du fournisseur au grand distributeur nous paraît néfaste. Le juge devrait examiner le cas de chaque fournisseur et vérifier si, effectivement, il n'a pas eu de pouvoir de négociation. ».

³¹⁶ Ce qu'ils ont pu, toutefois, admettre dans un arrêt Cass. com., 4 oct. 2016, n°14-28.013. En ce s., M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le nouveau théorème d'Archimède : des partenaires qui sont réciproquement incontournables négocient librement, et échappent tous deux au déséquilibre significatif », *Revue des contrats*, mars 2017 n°1, p. 84 : « Nous nous réjouissons de voir la Cour de cassation admettre le fait qu'un partenaire commercial pourrait être assez puissant pour négocier librement. ».

³¹⁷ Ce fut notamment le cas dans l'affaire *Bricorama*, où les juges ont retenu la puissance de cette dernière et constaté que si un autre partenaire plus puissant pouvait être en position de négocier, tel n'était pas le cas de la partie au litige placée dans un rapport de force déséquilibré, sans pour autant fournir une analyse détaillée de sa puissance économique (CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221).

³¹⁸ Cass. com., 26 avril 2017, n°15-27.865.

³¹⁹ CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879.

³²⁰ Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823.

analysé au cas par cas l'existence ou non d'une négociation effective entre le distributeur et plusieurs fournisseurs, sans pour autant procéder à une analyse concrète et détaillée des pouvoirs économiques de chacun, bien que développés comme argument par la société *Système U*³²¹. Dans une affaire ultérieure opposant deux entreprises, les juges ont bien confronté les forces respectives des parties au contrat pour évaluer le pouvoir de soumission, puis ont ensuite vérifié l'exercice de ce pouvoir à travers l'absence ou non d'une négociation effective³²².

Or, dans l'affaire *GE Energy Products France* (ci-après, GEEPF) initiée par le ministre de l'Économie, les juges ont, tout d'abord, analysé la structure du marché et la place de la société GEEPF et déclaré que « *la seule question [était] de déterminer la place de la société GEEPF sur le marché pour définir, d'une part, sa puissance de négociation avec ses fournisseurs ou sous traitants et, d'autre part, le rapport de force contractuel entre ceux-ci* »³²³. Mais, si elle rappelle, à l'instar de l'arrêt *ITM Alimentaire*, la capacité de certains fournisseurs à s'opposer à un distributeur puissant, elle se contente en l'espèce de mettre en évidence la puissance incontournable du distributeur, impliquant nécessairement un pouvoir de soumission vis-à-vis de ses nombreux fournisseurs, sans rechercher si certains détiennent, néanmoins, un pouvoir de négociation leur permettant de faire valoir leur volonté. Elle procède ensuite à l'analyse de l'effectivité des négociations en s'appuyant notamment sur plusieurs déclarations à charge, qui s'avèrent anonymisées³²⁴, empêchant l'analyse de l'identité du fournisseur et donc de son pouvoir réel de négociation³²⁵ (ce que les juges avaient pourtant rejeté comme argument

³²¹ CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187.

³²² CA Paris, 11 janvier 2019, n°17/00234: « Il n'est pas valablement contesté que les parties disposent de forces économiques dissemblables. ».

³²³ CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323. Cet arrêt a néanmoins été cassé par Cass. com., 11 mai 2022, n°19-22.242, car : « la cour d'appel, qui s'est fondée, de façon déterminante, sur des déclarations recueillies anonymement pour estimer rapportée la preuve de l'existence d'une soumission des fournisseurs aux clauses contractuelles en cause, a méconnu les exigences du texte susvisé ». En renvoi, CA Paris, 7 juin 2023, n°22/19733 retient également que : « Tous les indices de soumission invoqués par le ministre chargé de l'économie, plus postulés qu'étayés, sont soit inopérants soit trop ambivalents pour constituer une présomption de fait caractérisant une soumission des fournisseurs concernés, carence faisant des procès-verbaux anonymisés les éléments déterminants, mais de ce fait inexploitable, de sa démonstration. En conséquence, en l'absence de preuve d'une soumission ou de sa tentative, le jugement du tribunal de commerce de Nancy sera confirmé en toute ses dispositions soumises à la Cour. ».

³²⁴ J.-C. GRALL, G. MALLÉN, « Affaire General Electric : La cour d'appel de Paris condamne General Electric à une amende de deux millions d'euros sur le fondement du déséquilibre significatif ! », juillet 2019, dispo. sur le site : <https://www.grall-legal.fr> : « Il doit être noté l'importance de cette décision en ce qu'elle considère, pour la première fois, que la DGCCRF peut exploiter, dans des procédures judiciaires, des déclarations d'entreprises victimes de pratiques restrictives de concurrence sans dévoiler leur identité ! [...] Ce procédé est jugé par la Cour d'appel de Paris comme ne portant pas une atteinte excessive aux droits de la défense de General Electric. [...] Cette position renforce le pouvoir d'action de la DGCCRF mais surtout permet une répression encore plus efficace des pratiques restrictives de concurrence. » ; E. FLAICHER-MANEVAL, « Déséquilibre significatif & procès-verbaux anonymisés, reconnaissance de la valeur probante de procès-verbaux anonymisés », 19 octobre 2019, dispo. sur le site : <https://cms.law> : « Pour la première fois, la cour d'appel de Paris a reconnu la valeur probante de 28 procès-verbaux de déclarations de fournisseurs dans lesquels étaient anonymisées l'ensemble des informations suivantes : noms du fournisseur et de la personne auditionnée, activité de l'entreprise et toute information relative au marché sur lequel elle opère, éléments relatifs à son chiffre d'affaires passé et futur et part du chiffre d'affaires réalisé avec l'acheteur. ».

³²⁵ En ce s., M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les éléments de preuve anonymisés sont-ils vraiment une preuve loyale ? », *LEDICO*, sept. 2019, n°8, p. 5 : « Comment la société pourrait-elle prouver la réalité de la négociation, si elle ne sait pas qui est ce partenaire ? L'efficacité des poursuites doit être conciliée avec la protection des droits de la défense, pour que l'article 6, § 1, de la CESDH (absent du débat devant la cour

lorsqu'il était utilisé à décharge dans le passé³²⁶), tout en précisant que « *le nombre de cocontractants entendus [était] significatif pour être considéré comme probant* »³²⁷. Par ailleurs, la Cour retient, toutefois, que les « *14 cas de retrait de la clause litigieuse relative au programme TPS dans les contrats signés par la société GEEPF démontrent uniquement que cette dernière accepte de négocier ces points avec certains de ses cocontractants mais, au regard des déclarations de 17 autres cocontractants [...], il apparaît que d'autres se voient imposer ces clauses, celles-ci étant présentées comme non négociables* ». D'après la Cour, ils déclarent « *ne pas avoir le choix d'accepter ou de refuser les conditions de la société GEEPF, au regard de la position de celle-ci* », les « *modalités de souscriptions aux CGA [...] étant un préalable à toute poursuite de relation commerciale* ». Elle en conclut que « *50% des fournisseurs de la société GEEPF se voient imposer l'acceptation au programme TPS par la société GEEPF, les CGA étant donc intangibles pour 50% d'entre eux* ». Bien que les juges tiennent compte de l'existence de cocontractants susceptibles de négocier effectivement, cette affaire démontre bien le manque de rigueur dont peuvent faire preuve les juges lorsqu'il s'agit de procéder à une analyse réciproque du pouvoir économique des parties au litige. Notons toutefois que la Cour de cassation vient récemment de casser cet arrêt, retenant qu'« *en statuant ainsi, la cour d'appel, qui s'est fondée, de façon déterminante, sur des déclarations recueillies anonymement pour estimer rapportée la preuve de l'existence d'une soumission des fournisseurs aux clauses contractuelles en cause, a méconnu les exigences du texte susvisé* »³²⁸. L'affaire sera donc rejugée à l'avenir et pourrait modifier l'analyse des juges du fond³²⁹.

De même, dans l'affaire *Amazon* (ci-après, ASE), le tribunal de commerce de Paris a souligné l'absence de négociation des éléments contractuels en cause, qui s'avère en l'espèce justifiée, et a procédé ensuite à l'analyse du rapport de force entre les parties³³⁰. Les juges font une analyse extrêmement détaillée du contexte des relations et de la puissance incontournable du

d'appel) soit respecté. [...] La question n'est donc pas si simple. Il serait souhaitable que la conformité de la preuve anonyme au procès équitable en droit des pratiques restrictives soit véritablement examinée. »

³²⁶ CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221 : « La société Bricorama verse en effet aux débats à titre d'exemples, pour démontrer que ces contrats de référencement sont le fruit d'une libre négociation avec les fournisseurs, sept contrats de référencement signés avec d'autres fournisseurs dont l'identité est cachée afin de préserver la confidentialité et dont seul un est contemporain des faits, de 2012, les autres allant de 2013 à 2015. Mais, en premier lieu, le poids relatif des fournisseurs concernés ne peut être mesuré puisque leur identité est cachée. Or, certains fournisseurs peuvent disposer d'un pouvoir de négociation plus grand que Bricorama, ce qui n'est pas le cas de la société Sofoc. ».

³²⁷ Nombre pourtant restreint puisque la Cour retient que : « Si la société GEEPF commercialise ses produits au niveau international, il convient d'examiner la place de la société GEEPF à l'égard de ses fournisseurs français. [...] les parties conviennent qu'elle compte plus de mille fournisseurs. ».

³²⁸ Cass. com., 11 mai 2022, n°19-22.242.

³²⁹ N. MATHEY, « Pratiques restrictives de concurrence - Preuve et droit au procès équitable », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 7, juillet 2022, comm. 117 : « En l'espèce, les éléments de preuve contestés étaient des témoignages de partenaires commerciaux de la société soupçonnée de pratiques restrictives, recueillis dans le cadre de l'enquête menée par l'Administration. Ces témoignages ont été anonymisés pour être produits en justice. Concrètement, le nom, l'activité et le chiffre d'affaires des personnes auditionnées ont été anonymisés. [...] La décision rendue en l'espèce par la Cour de cassation est importante dans la mesure où elle renforce les droits de la défense de la personne à laquelle sont reprochés des pratiques restrictives de concurrence. [...] si le ministre souhaite produire des témoignages anonymisés, il sera bien avisé de ne pas tous les anonymiser et de tenter dans toute la mesure du possible de mettre en œuvre des éléments compensatoires permettant au défendeur de discuter efficacement les éléments de preuve. ».

³³⁰ TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625.

groupe *Amazon* qui contracte avec un nombre important de vendeurs-tiers³³¹ et concluent à la faiblesse globale de ces derniers en comparaison avec *ASE*. Néanmoins, malgré le constat que certains partenaires pourraient détenir une puissance importante, notamment les plus gros³³², le tribunal déduit globalement la soumission des vendeurs-tiers à *Amazon*³³³.

Relevons également l'affaire *Subway*, dans laquelle le tribunal de commerce de Paris a rendu une analyse du pouvoir économique des parties particulièrement contestable, puisqu'il méconnaît les arguments du défendeur et ne procède pas à l'analyse concrète et détaillée du pouvoir économique des prétendues victimes³³⁴. Ainsi, malgré l'argument de *Subway* qui « *prétend qu'il ne peut y avoir de soumission du franchisé puisque celui-ci peut choisir de ne pas contracter [...] dans la mesure où elle a de nombreux concurrents dans le secteur de la restauration rapide et que, compte tenu de la forte fragmentation du marché, Subway ne serait pas un opérateur incontournable en capacité de soumettre ses franchisés à un déséquilibre significatif* », le tribunal répond simplement que « *quand bien même des candidats franchisés auraient pu renoncer à traiter avec Subway et choisir un autre franchiseur, Subway n'en aurait pas moins tenté de les soumettre* ».

Dans une affaire récente dite *Pizza Sprint*, les juges ont établi la pratique en présence d'un franchiseur, jugé très puissant, à l'égard de ses nombreux franchisés, dont la faiblesse était nécessairement retenue, en particulier du fait de leur individualité ou de leur manque de connaissance, sans procéder à une analyse au cas par cas de leur pouvoir de négociation, et ce, alors qu'ils pouvaient disposer d'alternatives et possédaient plusieurs points de vente³³⁵.

³³¹ Le tribunal retient que « sa place de marché, en très forte croissance, est elle aussi et de loin la première en France avec plus de 170 000 fabricants ou distributeurs (ci-après vendeurs tiers). [...] dont une partie sont étrangers, ce qui est considérablement plus que les places de marché concurrente ».

³³² En l'espèce, les juges retiennent que si certains vendeurs tiers seraient assez puissants pour ne pas se soumettre à *ASE*, cette dernière reste néanmoins « incontournable pour les petits vendeurs tiers », notant que « les petites entreprises [...] sont la très grande majorité des cocontractants d'*ASE* ». En effet, le tribunal déclare que lorsqu'ils ne sont pas satisfaits des conditions offertes par *Amazon*, « le recours pour un vendeur tiers à la création de son propre site de vente en ligne, ou l'utilisation de celui dont il disposerait déjà, n'est nullement une alternative », et ce, « sauf pour les plus gros fournisseurs/distributeurs », puisque, « en effet, outre qu'il est coûteux et complexe de disposer d'une plateforme de vente en ligne très performante et pas à la portée des entreprises de taille moyenne [...] seuls les gros vendeurs tiers sont référencés par plusieurs places de marché en même temps », et il est « compliqué et coûteux de changer de plateforme ».

³³³ En ce s., v. égal. pour une analyse plus nuancée, CJUE, aff. C-230/16, 6 décembre 2017, *Coty*.

³³⁴ TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123 : *Subway* invoque la jurisprudence dont elle prétend qu'elle mettrait comme condition, pour caractériser le délit, que la partie au contrat ayant soumis ou tenté de soumettre son partenaire commercial bénéficierait d'une position concurrentielle « incontournable », ou au moins « majeure », mais le tribunal modifie son argument en déclarant que « ce serait non pas interpréter strictement mais ajouter au texte que d'exiger pour retenir la soumission, que le co-contractant mis en cause soit dans une position dominante. ».

³³⁵ CA Paris, 5 janvier 2022, n° 20/00737. En ce s., M. BEHAR-TOUCHAIS, « Attention à la confusion quant à la notion si importante de soumission ! », *LEDICO*, févr. 2022, n°2, p. 4: « La seule question qui doit se poser, dans les cas où le contrat n'est pas négociable, est celle de savoir si le candidat franchisé pouvait ne pas conclure avec cette enseigne. Peu importe que les enseignes *Pizza Sprint* et *Domino's Pizza* [soient] leaders dans le secteur de [...] la pizza. Il fallait rechercher concrètement si chaque franchisé ne pouvait pas, par exemple, contracter avec une autre enseigne de pizza. Le candidat franchisé, quand il contracte le premier contrat, n'est ni dépendant, ni contraint. Mais il est vrai qu'en l'espèce, les franchiseurs n'avaient pas soutenu que les franchisés n'étaient pas tenus de conclure ce contrat prétendument non négociable.

Certes, les juges ont également produit des décisions retenant une analyse plus ou moins réciproque du pouvoir économique des parties³³⁶. Par exemple, l'analyse du pouvoir économique a également été effectuée en présence d'une seule victime, à l'aide de plusieurs facteurs, comme ce fut le cas dans une affaire récente dite *Avenir Telecom*³³⁷. Récemment, les juges ont opportunément rappelé que « *la seule puissance économique de l'un des partenaires ne suffit pas à établir l'existence d'un rapport de forces déséquilibré* »³³⁸. Si plusieurs affaires soulignent l'utilité³³⁹ et proposent une analyse plus efficace du rapport de force entre les parties, d'autres affaires, comme celles citées précédemment, produisent encore une analyse incomplète, car limitée au défendeur³⁴⁰ ou à la prétendue victime³⁴¹, notamment lorsque la puissance du demandeur est retenue³⁴², ou une analyse du pouvoir économique peu concluante car insuffisamment détaillée³⁴³, sans compter les nombreuses décisions qui, comme nous l'avons vu, ne font aucune référence au pouvoir économique des parties. Notons toutefois que les juges ne procèdent pas à cette analyse lorsqu'elle n'est pas suffisamment démontrée par le demandeur³⁴⁴.

57. *Lorsqu'ils en tiennent compte, les juges ne procèdent pas à une analyse régulière du pouvoir économique des parties dans leurs décisions.* Lorsqu'ils tiennent compte du pouvoir économique, nous verrons que les juges n'analysent pas toujours ses facteurs de la même manière et retiennent parfois des facteurs dans une décision qu'ils n'utiliseront pas dans

Malgré tout, la motivation de l'arrêt est contestable [...] On ne peut se permettre de manquer de rigueur sur l'appréciation de la soumission, car c'est elle qui justifie le contrôle du déséquilibre significatif ! ».

³³⁶ CA Paris, 19 avril 2019, n°16/14293 ; CA Paris, 18 novembre 2020, n° 19/12813 ; CA Paris, 18 novembre 2020, n°19/04765 ; CA Paris, 7 avril 2021, n°19/13527 ; CA Paris, 25 novembre 2021, n°18/10319 ; CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/06627.

³³⁷ Cass. com., 7 juillet 2021, n°19-22.807.

³³⁸ CA Paris, 8 juillet 2021, n°18/27045.

³³⁹ Ex. CA Paris, 16 février 2021, n°19/22197 : « Il incombe à la partie qui invoque l'existence d'un déséquilibre significatif de rapporter la preuve qu'elle a été soumise, du fait du rapport de force existant, à des obligations injustifiées et non réciproques. ».

³⁴⁰ CA Paris, 1^{er} juillet 2020, n°18/16622 ; CA Paris, 7 janvier 2021, n°18/17376 : « Il se déduit de l'insertion de ces clauses dans tous les contrats conclus tant par la société Central Optics que par les autres entreprises avec la société La Poste et de la puissance de la société La Poste dans le secteur de l'acheminement des colis une impossibilité effective de négociation desdites clauses. ».

³⁴¹ Ex. CA Paris, 6 mai 2021, n°19/06400 ; CA Paris, 26 janvier 2022, n°20/04761 : « Compte tenu de l'ancienneté des relations d'affaires entre les parties et du fait que la société Pulvorex réalisait 70% de son chiffre d'affaires avec Albea Alkmaar, la société Pulvorex était bien dans une situation de dépendance économique vis à vis du groupe Albea et que la négociation du contrat de distribution avait un enjeu particulièrement important pour elle. [...] De son côté la société Pulvorex, qui certes n'était pas dans une position favorable au regard de sa situation de dépendance économique. ».

³⁴² CA Paris, 6 novembre 2019, n°18/03352 : « La Cour retient en particulier des explications des anciens concessionnaires que ceux ci appartiennent à un groupe comptant 126,5 M euros en 2015/2016 et 220 salariés, ce qui ne témoigne pas d'un rapport de force déséquilibré avec la société Mazda Automobiles France, au regard de l'enjeu ne pouvant excéder le marché national dévolu à cette dernière société. ».

³⁴³ CA Paris, 24 avril 2019, n°16/22793 : « Ne démontrant pas s'être plainte auprès de la société Sogex de l'insuffisance de prix pendant les 6 années d'exécution du contrat, elle ne peut valablement soutenir que cette dernière a manqué de loyauté à son égard dans le cadre de l'exécution du contrat, qu'elle a signé dans des conditions normales et en toute connaissance de cause en qualité de professionnel. ».

³⁴⁴ CA Paris, 1^{er} juillet 2020, n° 18/22344 ; CA Paris, 1^{er} juillet 2020, n°18/16622 ; CA Paris, 1^{er} juillet 2020, n°18/16850 ; CA Paris, 24 juin 2020, n°18/03322. CA Paris, 19 novembre 2020, n°17/09510 : « La société Lener Cordier ne justifie pas de son chiffre d'affaire global ce qui ne permet pas de déterminer si elle est dépendante de la société Camaïeu et d'évaluer son pouvoir de négociation. » ; v. égal. CA Paris, 10 mai 2023, n°21/04967.

une autre. Ils justifient cette analyse en faisant référence à l'utilisation d'un faisceau d'indices pouvant alors contenir différents facteurs³⁴⁵.

Ils ont pu faire référence à des notions floues, telles que le « *poids économique* »³⁴⁶, la « *faiblesse* » économique³⁴⁷ ou encore la « *puissance* » économique³⁴⁸, pour se prononcer sur le pouvoir économique des parties. Les juges ont également pu confondre certains facteurs, assimilant de manière incorrecte un facteur à un autre, pour rejeter les arguments du défendeur³⁴⁹. Se pose également la question de la quantité des facteurs utilisés par les juges pour apprécier correctement le pouvoir économique des parties. Si, dans certaines décisions, les juges fournissent une analyse très détaillée du pouvoir économique³⁵⁰ qui, comme nous l'avons vu précédemment, a pu se limiter à une partie au litige ou s'appliquer, plus justement, à plusieurs, pour rechercher l'existence d'un rapport de force déséquilibré, il apparaît que dans d'autres décisions, les descriptions sont bien moins détaillées. Nous estimons que ce manque de rigueur – bien qu'il puisse être justifié par les coûts de recherche qu'il implique³⁵¹ – ne fournit pas aux opérateurs économiques une prévisibilité suffisante. En outre, il empêche le prononcé de décisions efficaces puisqu'il ne permet pas une analyse réaliste et complète d'un pouvoir de soumission d'une partie sur une autre.

58. *Conclusion.* Le contrat est le lieu de rencontre entre plusieurs volontés et oppose les forces respectives des parties pour émettre et faire respecter cette volonté. Conformément à l'analyse économique, l'analyse des forces respectives de chaque partie au contrat, et partant, de leur pouvoir économique, permettra d'évaluer objectivement leur pouvoir de négociation lors des discussions. Or, l'appréciation du pouvoir de négociation d'une partie, dès lors qu'il est comparé à celui de l'autre partie, permettra de connaître la capacité de la première à imposer sa volonté à la seconde. En l'occurrence, cette analyse permettra d'aller plus loin puisqu'elle contribuera à vérifier l'existence d'une soumission entre les parties. En effet, s'il y a soumission, c'est parce qu'une partie dispose d'un pouvoir de négociation lui permettant de

³⁴⁵ TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625.

³⁴⁶ CA Paris, 11 septembre 2013, n°11/17941 ; CA Paris, 27 juin 2019, n°18/07576 et Cass. com., 7 juillet 2021, n°19-22.807.

³⁴⁷ CA Paris, 28 octobre 2016, n°14/17987.

³⁴⁸ Cass. com., 4 octobre 2016, n° 14-28.013 ; CA Paris, 7 janvier 2021, n°18/17376.

³⁴⁹ M. BEHAR-TOUCHAIS, « La notion de soumission dans le réseau de franchise Subway : confusion entre le caractère incontournable du partenaire et sa position dominante », *LEDICO*, déc. 2020, n° 11, p. 1 : « Oubliée la définition remarquable qu'il avait lui-même développée dans l'affaire Amazon, et qui supposait un faisceau d'indices : rôle incontournable de l'une des deux parties, puissance de négociation de la société qui occupe une position de leader sur le secteur économique [...], intermédiaire incontournable sur le marché pertinent, absence de marge réelle de négociation des contractants [...] Alors qu'il utilisait dans cette définition deux fois le mot incontournable, le tribunal l'écarte ici, en le confondant la position dominante. Or, le caractère incontournable d'un acteur véhicule davantage un concept de dépendance, différent de la position dominante. [...] l'article L. 442-6, I, 2°, doit être écarté quand le partenaire éventuel est libre en fait de ne pas conclure le contrat non négociable. [...] Il est donc regrettable que le tribunal de commerce de Paris se fonde sur un seul indice, et fasse fi de cette jurisprudence, en confondant le caractère incontournable et la position dominante d'un opérateur ! ».

³⁵⁰ Ex. CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221 ; Cass. com., 26 avril 2017, n°15-27.865 ; CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 et Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823 ; CA Paris, 11 janvier 2019, n°17/00234 ; CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323 ; TC Paris, 2 septembre 2019, n° 2017050625 ; CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/00737.

³⁵¹ Nous renvoyons not. à la partie sur la présomption.

soumettre l'autre partie. Cette dernière ne détient pas un pouvoir de négociation suffisant vis-à-vis de ce partenaire pour s'opposer et est donc en capacité d'être soumise. Cette analyse comparée des pouvoirs de négociation des parties au contrat litigieux se traduit par l'analyse du rapport de force. Néanmoins, en pratique, les juges n'analysent pas correctement ce rapport de force. Ils font certes référence à un rapport de force entre les parties dans certaines décisions mais limitent souvent leur analyse au pouvoir économique d'une seule partie ou encore fournissent une analyse insuffisamment détaillée des forces en puissance. Notons toutefois que les juges ne procèdent pas à cette analyse dès lors qu'elle n'est pas suffisamment démontrée par les parties. Ils ont également tendance à ne pas utiliser les mêmes facteurs du pouvoir économique, en s'appuyant notamment sur l'existence d'un faisceau d'indices pour le justifier, ou bien font référence à des notions floues ou encore font preuve de confusion entre les facteurs. Nous estimons que ce manque de rigueur – bien qu'il puisse être justifié par les coûts de recherche qu'il implique – ne fournit pas aux acteurs une prévisibilité suffisante et empêche le prononcé de décisions efficaces. Nous préconisons alors de préciser les différents facteurs susceptibles d'apprécier réellement le pouvoir économique des parties, et après confrontation de ces pouvoirs, leur pouvoir de négociation et particulièrement l'existence d'un pouvoir de soumission entre les parties.

b) *Les distinctions entre analyses juridique et économique des différents facteurs permettant d'évaluer le pouvoir économique des parties*

59. *Les différents facteurs du pouvoir économique des parties au contrat peuvent être rangés dans plusieurs catégories.* En économie, tout ce qui entoure l'entreprise et qui est susceptible de l'influencer constitue son environnement. Il existe plusieurs niveaux d'environnement³⁵². Ces éléments extérieurs composant l'environnement d'un acteur

³⁵² Ces différents niveaux d'environnement sont : macro (niveau plus général, renvoie à un ensemble de caractéristiques sociologiques, économiques, juridiques, techniques générales de l'économie et de la société susceptibles d'influencer l'entreprise, sans qu'elle n'ait de pouvoir réel sur ces facteurs), méso (niveau intermédiaire, visant les relations techniques, économiques ou organisationnelles entre différents groupes d'acteurs dans une branche, secteur ou filière) et micro (plus précis, renvoie à l'ensemble des parties prenantes extérieures à l'entreprise, ses partenaires, clients et concurrents, qui s'imposent à elle mais qu'elle peut également influencer). En pratique, ces différents niveaux ne peuvent être dissociés puisqu'ils s'influencent mutuellement. Ainsi, les éléments extérieurs composant l'environnement d'un professionnel et pouvant l'influencer sont des acteurs (institutions, concurrents, partenaires, consommateurs, etc.) mais aussi un ensemble de variables plus générales dont les évolutions résultent du jeu de ces acteurs. Ces différentes variables économiques et sociales peuvent être conjoncturelles (à court terme, soit l'état de l'économie à un moment donné) ou structurelles (à long terme, soit les structures de l'économie, c'est-à-dire son organisation ou encore son mode de fonctionnement). Par ailleurs, il apparaît que ces variables affectent les entreprises de deux manières : soit à travers un effet direct, ce qui est le cas, par exemple, de l'évolution du commerce mondial ou bien du coût d'achat des matières premières, puisque l'évolution de ces données conditionne directement leurs décisions de production et d'investissement ; soit à travers un effet plus indirect, puisque les déséquilibres économiques, du fait de leur impact sur le comportement des consommateurs, peuvent *in fine* modifier les décisions des entreprises devant s'adapter, car elles sont bien souvent dépendantes du comportement de leurs clients. En ce s., v., F. COCULA, « Chapitre 4. Les environnements de l'entreprise », *Introduction générale à la gestion*, sous la direction de Cocula François, Dunod, 2014, p. 69-84. ; F. BRULHART, C. FAVOREU, S. GHERRA, « Chapitre 1. Analyser l'environnement de l'entreprise », *Stratégie*, sous la direction de Brulhart Franck, Favoreu Christophe, Gherra Sandrine, Dunod, 2015, p. 1-36.

constituent des éléments de menace ou d'opportunité pour les professionnels, qu'ils doivent appréhender. Pour ce faire, ils vont devoir s'informer sur leur environnement³⁵³. Il est donc insuffisant de limiter son analyse à l'étude des relations commerciales entre entreprises puisque des phénomènes extérieurs, susceptibles d'affecter les parties au contrat, permettent également de déterminer leur pouvoir de négociation et de mieux comprendre leur comportement. Ainsi, « *l'entreprise se définit par opposition à son environnement* »³⁵⁴. Or, les juges font généralement référence à la notion de « contexte », sans réellement la définir, et non à celle d'« environnement ». Ces deux notions se ressemblent et sont souvent assimilées³⁵⁵, mais elles peuvent aussi revêtir certaines différences. Le contexte signifie l'ensemble des circonstances dans lesquelles se produit un événement, où se situe une action³⁵⁶. Le contexte peut par ailleurs être utilisé pour expliquer un événement ou une action. L'environnement permet de fournir une analyse plus générale, objective, indépendamment d'un événement ou d'une action donnée. C'est pourquoi, bien que les deux termes soient appropriés pour cette étude, nous décidons d'utiliser la notion de « contexte », puisque nous nous intéressons aux circonstances dans lesquelles s'est produit un événement particulier : la soumission, ou sa tentative, à un déséquilibre significatif. Ainsi, pour apprécier le pouvoir économique des parties au contrat, on distinguera entre les facteurs conférant un pouvoir économique en raison du contexte général entourant le professionnel (en économie, on fait référence au macro-environnement) (i), en raison du pouvoir détenu par ses concurrents (ii), ou encore en raison de sa relation avec son partenaire (iii) (ce qui renvoie plus précisément, en économie, au micro-environnement), et enfin, dans l'absolu (iv), en raison de ses caractéristiques propres. L'analyse de ces nombreux facteurs conférant un pouvoir économique³⁵⁷ permettra d'apprécier, le plus justement possible, le pouvoir de négociation des parties au contrat. L'intérêt de rechercher le pouvoir économique des parties, et partant, leur pouvoir de négociation, est de comprendre leur comportement lors des négociations et de mieux appréhender leurs stratégies pour, *in fine*, émettre un jugement réaliste sur l'existence ou non d'une soumission ou de sa tentative.

i. Le pouvoir de négociation d'un professionnel en fonction du contexte général

60. *La nécessité de tenir compte du contexte général.* Nous nous intéressons ici au contexte dit « général » car il s'agit d'éléments s'appliquant à tous les acteurs et activités économiques concernés et sur lesquels les parties au contrat ne peuvent pas agir. Des économistes ont régulièrement rappelé la nécessité d'analyser le contexte général avant de prendre toute décision visant à régler la sphère économique³⁵⁸. Il s'agit d'informations

³⁵³ Ex., la méthode PESTEL permet notamment d'identifier les différents éléments, dits « facteurs », susceptibles d'influencer le macro-environnement de l'entreprise, de manière positive ou négative, pour mieux faire fonctionner cette dernière. V. not. l'analyse PESTEL appliquée au groupe Carrefour, dispo. sur le site : www.etudes-et-analyses.com, « Une analyse PESTEL de la grande distribution avec l'exemple de Carrefour », *Le blog éco*, 7 janv. 2016.

³⁵⁴ Site : <https://www.economie.gouv.fr/facileco/dossier-lentreprise-et-environnement>.

³⁵⁵ Dictionnaire en ligne, Larousse, Environnement.

³⁵⁶ Dictionnaire en ligne, Larousse, Contexte.

³⁵⁷ J. LHOMME, « Considérations sur le pouvoir économique et sa nature », *Revue économique*, vol. 9, n°6, 1958, p. 859-895.

³⁵⁸ P. REY, J. TIROLE, *La régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs*, Rapport, La Documentation française, Paris, 2000, p. 10 : « L'intervention de l'État se doit d'être fondée sur une analyse

majeures devant être prises en compte par l'État pour déterminer, le plus justement possible, un mode d'intervention efficace dans l'économie³⁵⁹. Le contexte général d'une entreprise s'étudie à travers différents facteurs contribuant à son pouvoir économique, dont la réglementation, la structure et le fonctionnement d'un marché, le progrès économique, le nombre de consommateurs et les habitudes de consommation.

61. *L'impact de la réglementation.* La réglementation peut être définie comme un ensemble de mesures légales et réglementaires régissant une question³⁶⁰. Or, il apparaît que certaines réglementations ont vocation à modifier le fonctionnement du marché. Consciemment ou inconsciemment, ces réglementations peuvent avoir pour effet de renforcer ou de diminuer le pouvoir économique des professionnels. Par exemple, une nouvelle loi peut limiter ou accroître les barrières à l'entrée d'un marché et ainsi augmenter ou réduire la concurrence potentielle. On pense notamment à la libéralisation ou la privatisation de certains marchés, et à leur ouverture ou fermeture à la concurrence (par exemple, le marché de l'électricité, celui des télécommunications, etc.). Il peut s'agir, en outre, de l'absence d'intervention du législateur. En effet, l'absence de réglementation spécifique au cas d'espèce peut faciliter ou limiter l'entrée de concurrents potentiels³⁶¹. Par exemple, l'arrivée de cette concurrence potentielle renforce les alternatives dont disposent les partenaires qui, à leur tour, voient leur pouvoir de négociation s'accroître. En effet, les professionnels, confrontés à cette concurrence potentielle accrue, peuvent être amenés à contracter plus rapidement et aux conditions de leur partenaire, par crainte que ce dernier ne se tourne vers la concurrence. Par exemple, l'article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, la loi Royer de 1973 puis les lois Raffarin de 1996 et Galland de 1996 prévoyaient déjà de rééquilibrer les relations entre fournisseurs et distributeurs. Or, il a été retenu que « *les principales dispositions de ces lois ont fait de la France un des pays de l'OCDE où les barrières réglementaires à la concurrence dans le commerce de détail furent les plus élevées* »³⁶². Les économistes M.-L. ALLAIN et C. CHAMBOLLE ont soulevé l'inefficacité, voire les effets pervers découlant de ces lois, visant notamment à renforcer le pouvoir de négociation des parties déjà puissantes vis-à-vis de leurs partenaires, en limitant la

rigoureuse du fonctionnement du marché dans le secteur économique considéré. Une telle analyse devrait tout d'abord identifier les spécificités du secteur et les raisons d'un échec du fonctionnement de la libre concurrence et être complétée par une étude détaillée de l'efficacité des différents modes d'intervention et de leurs éventuels effets pervers. ».

³⁵⁹ P. REY, J. TIROLE, *La régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs*, La Documentation française, Paris, 2000, p. 10 et s. Par ex., s'intéressant au secteur de la grande distribution, les économistes constataient que « la perception de dépendance vis-à-vis des centrales d'achat est aussi reflétée dans la notion de pratiques abusives » ; ils ajoutent qu'« à ce sujet, il convient de distinguer deux phénomènes. Le premier est le faible pouvoir de marchandage des PME dans leurs négociations avec les grandes surfaces, reflet logique de la nature concurrentielle de cette partie du secteur amont ». Dès lors, « l'intervention, s'il doit y en avoir une, devrait privilégier la réduction du pouvoir de monopsonie en aval, plutôt que la cartellisation – c'est-à-dire la création d'un pouvoir de marché – en amont, comme le préconisent certains ».

³⁶⁰ Dictionnaire Larousse, Réglementation.

³⁶¹ V. par ex., le cas particulier des véhicules de tourisme avec chauffeur (VTC) et les taxis : « Uber France VS Taxis : pourquoi le cadre juridique est imparfait », 01 avril 2016, dispo. sur le site : www.frenchweb.fr.

³⁶² OCDE, « Chapitre 4. Renforcer la concurrence pour accroître l'efficacité et l'emploi », *Études économiques de l'OCDE*, vol. 5, n° 5, 2009, p. 113-146.

concurrence³⁶³. La loi de modernisation de l'économie, dite LME³⁶⁴, prévoyait également de rééquilibrer les rapports entre professionnels et notamment entre fournisseurs et distributeurs mais n'est pas nécessairement parvenue à cet objectif³⁶⁵. La récente série de lois Egalim et en particulier la dernière du 30 mars 2023³⁶⁶ ont vocation à renforcer la position des fournisseurs à l'égard des distributeurs lors des négociations, notamment dans un contexte économique marqué par une forte inflation³⁶⁷. Ces dispositions légales très protectrices conduiront à renforcer le pouvoir de négociation des acteurs économiques.

Or, les juges ont parfois rappelé l'importance et l'utilité de la transparence imposée par la loi pour contrôler et sanctionner les pratiques déloyales, notamment quant au formalisme en matière de conditions générales de ventes et à travers une convention écrite retranscrivant la négociation³⁶⁸. En agissant directement sur le rapport de force entre professionnels, les juges admettent que la réglementation affecte le pouvoir de négociation des parties au contrat.

62. *La structure et le fonctionnement du marché.* D'après les économistes, la structure des marchés peut être amenée à évoluer, notamment sous une impulsion étatique³⁶⁹. Rappelons que le marché est un lieu virtuel de rencontre entre une offre et une demande³⁷⁰. Or, le niveau de concentration sur un marché est susceptible d'influencer le pouvoir de négociation d'un professionnel vis-à-vis de ses partenaires. Lorsque le marché est caractérisé par des structures monopolistiques ou oligopolistiques³⁷¹, la concurrence n'est pas pure et parfaite

³⁶³ M. L. ALLAIN, C. CHAMBOLLE, *Les relations entre producteurs et distributeurs : bilan et limites de trente ans de régulation*, Cahier n° 2002-007, 2002.

³⁶⁴ Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

³⁶⁵ L. ATTUEL-MENDES, J.-F. NOTEBAERT, « Les pratiques de négociation à l'épreuve du droit », *Management & Avenir*, vol. 44, n° 4, 2011, p. 273-288 : « À l'instar de la FNSEA, la CGPME, dans un communiqué de presse du 29 octobre 2009, estime que la LME a aggravé la situation en engendrant "un accroissement de la pression de la puissance d'achat et une plus forte compression des marges des PME fournisseurs", les PME fournisseurs de la grande distribution [étant] [...] plus que jamais victimes d'un rapport de force défavorable que la crise actuelle accentue ».

³⁶⁶ G. CHANTEPIE, « EGALIM 3 : le droit des relations commerciales réformé à tâtons (Première partie : l'émission du droit des négociations commerciales) », *Dalloz actualité*, 05 avril 2023 : « Comment instaurer, ou restaurer, un climat de négociations propice à des accords mutuellement avantageux ? La question paraît presque naïve, tant les négociations commerciales reflètent le plus souvent les rapports de puissance économique. Espérer que les négociations aboutissent à un prix équilibré, sans exercer un contrôle sur le résultat obtenu relève du vœu pieu. ».

³⁶⁷ La loi n°2023-221 du 30 mars 2023 tendant à renforcer l'équilibre dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs, dite « Egalim 3 » poursuit plusieurs objectifs déjà présents dans les lois Egalim 1 (loi n°2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous) et Egalim 2 (loi n°2021-1357 du 18 octobre 2021 visant à protéger la rémunération des agriculteurs).

³⁶⁸ Not. CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 ; Cass. com., 25 janvier 2017, n°15-23.547 ; CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187 ; CA Paris, 24 mai 2019, n° 17/08357.

³⁶⁹ M. L. ALLAIN, C. CHAMBOLLE, *Les relations entre producteurs et distributeurs : bilan et limites de trente ans de régulation*, Cahier n° 2002-007, 2002 : « Afin de réguler les relations entre industrie et commerce, les pouvoirs publics exercent également un contrôle sur les structures de marché. »

³⁷⁰ Par ex., en matière de produits, l'offre correspond au volume de produits proposés à la vente et la demande renvoie aux quantités de produits que les acheteurs souhaitent acquérir.

³⁷¹ La concentration d'un marché se manifeste à travers la répartition des opérateurs et leur influence sur le marché. On recherche alors le nombre d'opérateurs présents, tant du côté de l'offre que de la demande, leur comportement et les parts de marché qu'ils détiennent. Il peut s'agir d'une société en position de monopole, soit un seul offreur faisant face à de multiples acheteurs, ou en présence d'un oligopole, soit un petit nombre d'offeurs face à de multiples acheteurs, ou bien d'une concurrence monopolistique, soit de nombreux

puisque'il n'y a pas d'atomicité du marché, soit un très grand nombre d'acheteurs (côté demande) et de vendeurs (côté offre), et certains agents ont un poids sur le marché suffisant pour pouvoir influencer la production ou le prix. Ainsi, bénéficiant d'une structure lui conférant un pouvoir de marché, le professionnel souhaitant contracter avec un partenaire, *a contrario*, placé en position concurrentielle pure et parfaite, voit alors sa capacité de contrainte renforcée lors des négociations. Ainsi, il convient d'étudier la capacité d'un acteur économique à influencer sur les prix vis-à-vis de ses partenaires, en amont, mais également de rechercher s'il détient cette même capacité à l'égard de ses concurrents dans ses relations avec les consommateurs, en aval³⁷². Prenant l'exemple du secteur de la grande distribution, les économistes M.-L. ALLAIN et C. CHAMBOLLE constatent que la concentration du secteur de la distribution s'est accrue ces dernières années ; les centrales permettent aux distributeurs de se regrouper pour s'approvisionner collectivement afin d'accroître leur pouvoir de négociation avec leurs fournisseurs³⁷³. Dans ce cadre typiquement oligopolistique, en aval, plusieurs problèmes de concurrence sont soulevés, ce qui justifie l'intervention des pouvoirs publics³⁷⁴. Ainsi, un distributeur, sachant que son partenaire a peu d'alternatives offertes sur le marché aval où il exerce, alors qu'il bénéficie, *a contrario*, de plusieurs alternatives sur le marché amont où ce dernier exerce, sera tenté d'utiliser ce pouvoir économique tiré de la structure du marché, pour imposer sa volonté lors des négociations³⁷⁵.

Les économistes ont également étudié la libre entrée et sortie du marché en tenant compte des entreprises déjà présentes³⁷⁶. Lorsque l'apparition de nouveaux concurrents est facilitée sur le marché, le professionnel déjà présent peut voir son pouvoir de négociation diminuer car il sait qu'il s'expose à une concurrence potentielle forte. Par exemple, il se pourrait qu'il accepte plus facilement des conditions non avantageuses à son égard et signe rapidement le contrat pour

offreurs vendant un produit similaire mais différencié de celui de leurs concurrents. Sur l'autre versant du marché, il peut s'agir d'un monopsonne, avec un seul demandeur faisant face à un nombre important d'offreurs, ou d'un oligopsonne, soit un petit nombre de demandeurs pour un grand nombre d'offreurs.

³⁷² L. BENZONI, P.Y. DEBOUDE, *Du déséquilibre significatif dans les relations entre partenaires commerciaux à la puissance d'achat : une perspective économique*, 13 janvier 2015, dispo. sur le site <https://www.teraconsultants.fr>, p. 3-4. En effet, un acteur économique pouvant influencer sur le prix dans ses relations amont peut n'avoir aucun pouvoir de marché en aval, et être soumis à une forte concurrence. D'où la nécessité d'étudier le pouvoir d'une partie des deux côtés du marché, un pouvoir de monopsonne ou d'oligopsonne à l'égard des offreurs ne conférant pas automatiquement un pouvoir de marché à l'égard des concurrents.

³⁷³ M. L. ALLAIN, C. CHAMBOLLE, *Les relations entre producteurs et distributeurs : bilan et limites de trente ans de régulation*, Cahier n° 2002-007, 2002.

³⁷⁴ M. L. ALLAIN, C. CHAMBOLLE, *Les relations entre producteurs et distributeurs : bilan et limites de trente ans de régulation*, Cahier n° 2002-007, 2002 : « Les distributeurs peuvent ainsi négocier de meilleures conditions d'achat, et leur concentration peut mettre en danger certains petits producteurs, en les plaçant en situation de dépendance économique vis-à-vis de leurs clients, et en menaçant leur survie à moyen terme. ».

³⁷⁵ M.L. ALLAIN, C. CHAMBOLLE, « Approches théoriques des rapports de force entre producteurs et distributeurs », *Économie rurale*, n°277-278, 2003. La politique de la concurrence dans l'agroalimentaire, p. 183-191 : « Shaffer (1991), en inversant le modèle de concurrence intramarque classique, montre que lorsque les producteurs sont en concurrence parfaite face à un oligopole de distributeurs, le partage du profit entre les firmes se fait en faveur de l'aval », c'est-à-dire en faveur des distributeurs, et « en inversant la polarité de la concurrence (imparfaite en amont, parfaite en aval) généralement utilisée dans la littérature sur la concurrence intra-marque, on inverse donc le rapport de force ».

³⁷⁶ P. ROY, « I. Un renouveau en matière de stratégies concurrentielles », Pierre Roy éd., *Les nouvelles stratégies concurrentielles*, La Découverte, 2010, p. 6-29.

garantir un partenariat. Par ailleurs, lorsque la sortie d'un professionnel hors du marché est facilitée, son pouvoir de négociation peut également être réduit puisqu'il peut être contraint d'accepter des partenariats, parfois même déséquilibrés, pour garantir sa survie sur le marché. Plusieurs facteurs sont susceptibles de faire évoluer l'entrée et la sortie des acteurs sur un marché, tels que la mondialisation et l'intégration régionale qui peuvent accroître la concurrence à travers l'ouverture des frontières et la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes. Ainsi, certains marchés protégés où des entreprises détenaient une certaine exclusivité peuvent se voir confronter à l'arrivée d'une nouvelle concurrence. De même, l'évolution des circuits de distribution peut venir accroître la concurrence en ouvrant la distribution dans d'autres secteurs ou branches³⁷⁷. Les économistes recherchent également l'existence de barrières à l'entrée et à la sortie pour étudier les sources du comportement des professionnels. Par exemple, la forte fidélisation des clients par des entreprises déjà présentes sur le marché peut dissuader l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents. Également, l'existence de nombreux contrats d'exclusivité peut limiter l'arrivée de nouveaux entrants sur le marché³⁷⁸. Il en est de même en présence de prix prédateurs pratiqués par certains professionnels, puisque l'économie d'échelle oblige alors à produire en grande quantité³⁷⁹, ou encore, de l'investissement par des professionnels dans des capitaux importants, notamment dans des licences de brevet ; les coûts de transfert permettant de changer de partenaire sont alors plus élevés. Par ailleurs, l'accès à certains circuits de distribution peut être réservé à des grands groupes. Enfin, l'effet d'expérience ou d'apprentissage dont bénéficient les professionnels déjà en place peut également créer des barrières à l'entrée³⁸⁰.

Les juges ont également constaté que la structure, le fonctionnement et les particularités d'un marché pouvaient être profitables à une partie au contrat, renforçant son pouvoir de négociation au détriment de son partenaire. Par exemple, ils ont maintes fois reconnu que la structure déséquilibrée du marché de la grande distribution alimentaire en France pouvait avantager les distributeurs lors des négociations avec leurs fournisseurs³⁸¹. Néanmoins, comme nous l'avons vu, les juges ont décidé de contenir cet élément de preuve en le rangeant au rang de simple indice³⁸². Par ailleurs, l'analyse de la structure et du fonctionnement des marchés a été prise en compte par les juges dans d'autres secteurs pour analyser le pouvoir de négociation des parties, sans qu'elle soit suffisante pour établir une soumission. Ce fut le cas dans le secteur du

³⁷⁷ Par ex., la vente de produits initialement réservés aux pharmacies est à présent disponible dans les rayons parapharmacie des grandes surfaces.

³⁷⁸ S. CAPRICE, « Fidélité à la marque, fidélité à l'enseigne: une analyse des déterminants des rapports de force entre producteurs et distributeurs », *Économie rurale*, n°283-284, 2004, p.73.

³⁷⁹ Économies d'échelle : le coût unitaire d'un produit diminue au fur et à mesure que la quantité produite augmente.

³⁸⁰ P. NORIGEON, « Cours magistral, Introduction à l'étude de l'environnement de la firme », *Introduction à l'environnement de la firme LIAES*, dispo. en ligne.

³⁸¹ Ex. : CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 et Cass. com., 4 octobre 2016, n°14-28.013.

³⁸² Cass. com., 20 novembre 2019, n° 18-12.823. Repris par la suite : CA Paris, 3 septembre 2020, n°17/18674.

bricolage³⁸³, dans celui de la réservation hôtelière en ligne³⁸⁴, concernant la plateforme *Amazon* où le juge s'est notamment intéressé aux effets de réseau et à la concurrence restreinte qui en découle³⁸⁵, ou encore dans l'affaire *Pizza Sprint* où les juges ont retenu, dans le secteur de la restauration rapide, l'absence de barrières importantes à l'entrée³⁸⁶.

63. *Le progrès économique.* Les innovations technologiques participent au progrès économique et affectent les relations entre professionnels à travers leurs effets économiques et structurels³⁸⁷. Par exemple, les innovations technologiques peuvent conduire à la création de nouveaux produits susceptibles de rendre désuets des produits plus anciens. Ainsi, l'arrivée des Smartphones a fortement réduit l'utilisation des téléphones fixes. Dès lors, le pouvoir de négociation d'un professionnel peut être influencé par le progrès économique. En effet, son environnement économique peut fortement évoluer. S'il propose un produit ancien faisant face à un nouveau produit très demandé, il peut voir la demande se raréfier sur son secteur (par exemple, celui des disques) mais s'accroître sur le nouveau secteur (dans cet exemple, celui des MP3 et téléchargements de musique sur Internet) tant que les produits proposés seront considérés comme substituables. Par ailleurs, s'il y a moins de demande, il est probable qu'il y ait aussi moins de concurrence. Or, les innovations technologiques peuvent plus simplement améliorer les performances des produits existants. Certains acteurs économiques peuvent voir leurs ventes diminuer s'ils ne parviennent pas (notamment financièrement ou structurellement) à mettre en place ces nouvelles innovations et à les proposer à leurs partenaires. L'innovation peut également se traduire par une amélioration des conditions de travail et rendre un professionnel plus performant vis-à-vis de ses concurrents.

Les juges ont également tenu compte du progrès économique dans leur décision. Ce fut le cas dans l'affaire *Expedia*. En effet, avec le développement d'Internet, les hôtels ont vu apparaître

³⁸³ CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221 : « La distribution d'articles de bricolage passe par quatre grands circuits, dont le principal est constitué des grandes surfaces de bricolage, telles que Bricorama [...] Face aux grandes surfaces de bricolage, les fournisseurs sont très hétérogènes, très nombreux et, pour bon nombre d'entre eux, commercialisent des produits volumineux ou des gammes très étendues, ce qui rend les places dans les linéaires d'autant plus rares. ».

³⁸⁴ CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784 : « Il se situe au deuxième rang dans ce secteur de la réservation hôtelière en ligne et dans un rapport de force défavorable aux hôteliers, ainsi que l'a souligné une étude Xerfi publiée en septembre 2012 sur l'hôtellerie, qui décrit la force de frappe des agences de voyage en ligne par rapport aux hôtels indépendants, qui maîtrisent mal la distribution de leurs produits. » Cassé en partie par la Cour de cassation sur un autre fondement (Cass. com., 8 juill. 2020, n°17-31536).

³⁸⁵ TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625 : « Les plateformes sont naturellement propices à l'émergence de phénomènes de concentration, en particulier sous l'influence des effets de réseau. [...] Ces caractéristiques favorisent une dynamique cumulative des parts de marché, prenant la forme d'un "effet boule de neige" : si les prétendants sont nombreux au départ, seuls quelques géants, voire un seul, restent à la fin. La concurrence sur le marché cède la place à une concurrence pour le marché... » ; Attendu que Amazon est à l'évidence une des "superstars" d'Internet, dont ce phénomène de réseau explique la croissance exponentielle comme vu ci-dessus. ». V. égal. sur les effets de réseau en présence de plateformes digitales, A. PERROT, « L'économie digitale et ses enjeux : le point de vue de l'économiste », *AJCA*, 2016, p. 74.

³⁸⁶ CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/00737 : « L'enquête menée par la DGCCRF (pièces n°5 à 9) corroborée par les analyses de marché [...] a mis en évidence que : - la franchise dans le secteur de la restauration rapide connaît une forte croissance, [...] ce dynamisme du marché et le faible risque, attirent de nombreux candidats à la franchise à se lancer dans la pizza. ».

³⁸⁷ P. NORIGEON, « Cours magistral, Introduction à l'étude de l'environnement de la firme », *Introduction à l'environnement de la firme LIAES*, dispo. en ligne, p. 6 et s.

de nouveaux concurrents plus efficaces, tels que les OTA (*Online Tourism Agency*), avec qui ils doivent contracter pour assurer un niveau de clientèle³⁸⁸. Ce fut également le cas dans l'affaire *Amazon* de 2019, où le juge a retenu l'apport novateur et majeur de ce groupe sur le marché de la vente en ligne, sa capacité à maintenir son niveau de performance, d'accroître sa croissance grâce à d'importants investissements, faisant de cet acteur tant un concurrent redoutable qu'un partenaire incontournable³⁸⁹.

64. *Le nombre de consommateurs et les habitudes de consommation.* Pour analyser le pouvoir de négociation des parties, les économistes prennent également en compte le nombre de consommateurs attirés par le produit ou le service proposé par l'acteur économique. Or, ce nombre est susceptible de varier en fonction du pouvoir d'achat des consommateurs et des habitudes de consommation. Les économistes M.-L. ALLAIN et C. CHAMBOLLE ont, par exemple, constaté une évolution des habitudes de consommation permettant le développement des marques de distributeurs, ce qui a modifié les rapports de force entre producteurs et distributeurs³⁹⁰.

Or, les juges ont également retenu, dans l'affaire *Amazon* de 2019³⁹¹, l'impact que peut avoir le nombre de partenaires et la capacité à répondre aux besoins des consommateurs finaux sur le pouvoir de négociation d'un acteur. De même, dans des affaires récentes dans le secteur de la restauration rapide de pizzas³⁹², le juge s'est appuyé sur les habitudes de consommation des clients finaux pour apprécier le pouvoir de négociation des parties.

ii. Le pouvoir de négociation d'un professionnel en fonction de ses concurrents

³⁸⁸ CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784 : « Une étude Xerfi publiée en septembre 2012 sur l'hôtellerie, qui décrit la force de frappe des agences de voyage en ligne par rapport aux hôtels indépendants, qui maîtrisent mal la distribution de leurs produits [...] Ce type de partenariat est devenu incontournable pour les hôteliers. ».

³⁸⁹ TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625 : « Le groupe Amazon [...] a ainsi inventé le concept de place de marché virtuel sur internet [...] ; le groupe a massivement investi dans la technologie, le marketing, faisant de sa marque la plus connue et appréciée dans le monde [...] la disproportion de force relative est donc considérable, par rapport aux vendeurs tiers comme comparée aux autres places de marché existantes en France, et la puissance économique d'Amazon sans aucun équivalent en raison de l'ampleur au niveau du Groupe de sa trésorerie, de son cash-flow et de ses investissements ; [...] il est coûteux et complexe de disposer d'une plateforme de vente en ligne très performante et pas à la portée des entreprises de taille moyenne d'offrir la même ergonomie, les mêmes fonctionnalités et le même niveau de qualité et de services qu'ASE. ».

³⁹⁰ M. L. ALLAIN, C. CHAMBOLLE, *Les relations entre producteurs et distributeurs : bilan et limites de trente ans de régulation*, Cahier n° 2002-007, 2002 : « Le pouvoir de négociation des détaillants s'est accru, et ils sont parfois allés jusqu'à prendre le contrôle de producteurs auxquels ils peuvent sous-traiter la fabrication de produits qu'ils conçoivent eux-mêmes. ».

³⁹¹ TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625 : « Le groupe a massivement investi [...] générant la plus grande satisfaction et fidélisation de ses clients [...] en France, son site "amazon.fr" est le premier site marchand de produits finis pour les consommateurs [...] qu'Amazon surtout dispose de la plus grande notoriété au niveau mondial et de la meilleure image auprès des consommateurs. ».

³⁹² CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/00737 : « L'enquête menée par la DGCCRF (pièces n°5 à 9) corroborée par les analyses de marché [...] a mis en évidence que [...] le secteur de la pizza bénéficie d'un développement notable eu égard à la consommation croissante de ce produit, sachant que les français sont les deuxièmes plus gros consommateurs de pizza au monde. ».

65. *Le pouvoir de négociation d'un professionnel dépend aussi de sa situation vis-à-vis de ses concurrents.* On se situe sur une interface dans laquelle les acteurs économiques interagissent et signent des contrats pour maintenir ou renforcer leur place sur le marché vis-à-vis de leurs concurrents. La concurrence influence donc les relations contractuelles, puisqu'un contrat peut être signé avec un partenaire au détriment de son concurrent. Bien que non obligatoire lorsqu'il s'agit d'une pratique restrictive de concurrence, puisque l'atteinte à la concurrence sur le marché ne doit pas, en principe, être recherchée, les juges ont pourtant utilisé l'analyse du marché pertinent dans certaines affaires pour étudier le rapport de force entre les parties³⁹³. Ensuite, après avoir pris connaissance des concurrents, il convient de s'intéresser aux facteurs permettant à un professionnel d'être choisi pour signer le contrat au détriment d'un autre partenaire. Ces facteurs permettent d'apprécier son pouvoir de négociation lors des discussions du contrat, puisqu'ils expliquent la préférence dont il a fait l'objet. Il voit donc son pouvoir de négociation renforcé à l'égard de son partenaire du fait de l'atout dont il dispose. On trouve, parmi ces facteurs, la part et la place d'un professionnel sur le marché, son environnement local, la préférence des consommateurs, le taux de fidélité et d'attraction, et enfin, sa réputation.

66. *La part et la place d'un professionnel sur le marché.* Les parts de marché constituent des indicateurs stratégiques majeurs³⁹⁴ précisant l'importance d'un produit, d'une marque ou d'une société sur son marché pour une période donnée. Plus un professionnel détiendra une part de marché importante, plus il sera intéressant, voire indispensable, de traiter avec lui. Il convient alors d'examiner le niveau des parts de marché du professionnel concerné puis de le comparer à celui de ses concurrents. Par exemple, sans détenir plus de la moitié des parts d'un marché, un professionnel peut néanmoins détenir la part de marché la plus importante dès lors que ses concurrents possèdent de plus faibles parts de marché. Une entreprise bénéficiant d'une part de marché importante vis-à-vis de ses concurrents obtient, en principe, un pouvoir de marché³⁹⁵ lui permettant de renforcer son pouvoir de négociation vis-à-vis de ses partenaires. Or, les entreprises détenant des parts de marché importantes ne détiennent pas

³⁹³ Glossaire des termes de concurrence, marché pertinent, dispo. sur le site : <https://www.concurrences.com>. Le marché pertinent est délimité tant au niveau des produits que dans sa dimension géographique. D'une manière générale : « Le marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables (substituabilité) en raison de leurs caractéristiques, de leurs prix et de l'usage auquel ils sont destinés. Il convient également de prendre en compte les produits et/ou les services qui pourraient être facilement commercialisés par d'autres producteurs sans coût de réorientation important, ou par des concurrents potentiels, à un coût raisonnable, et dans un laps de temps limité. » D'autre part, « le marché géographique en cause comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services donnés, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable ».

³⁹⁴ Glossaire des termes de concurrence, pouvoir de marché et part de marché, dispo. sur le site : <https://www.concurrences.com>. : « Le pouvoir de marché est déterminé à l'aide d'une analyse structurelle du marché, notamment du calcul des parts de marché, qui oblige à examiner s'il existe d'autres producteurs des mêmes produits ou de produits substituables » ; ainsi, « la part de marché d'une entreprise constitue un indicateur de son pouvoir de marché potentiel. Plus elle est élevée, plus l'entreprise est susceptible de disposer d'un pouvoir de marché important ».

³⁹⁵ Rappelons qu'un pouvoir de marché se caractérise par l'aptitude d'une entreprise (ou d'un groupe d'entreprises) à relever et maintenir ses prix au-dessus du niveau de concurrence.

nécessairement de pouvoir de marché, car il existe, par exemple, de faibles barrières à l'entrée, et la menace d'une telle entrée empêche l'exercice de ce pouvoir³⁹⁶. Il importe donc de ne pas se limiter à un seul facteur pour établir la puissance d'un professionnel sur le marché, que ce soit à l'égard de ses concurrents ou bien de ses partenaires.

Or, les juges ont analysé, dans de nombreuses affaires, le pouvoir d'un professionnel sur un marché vis-à-vis de ses concurrents, pour apprécier son pouvoir de négociation à l'égard de ses partenaires. Ce fut notamment le cas dans le secteur de la grande distribution alimentaire, où les juges ont régulièrement mis en avant la puissance du distributeur sur le marché, lui conférant un pouvoir vis-à-vis de ses concurrents et de ses partenaires³⁹⁷. Les juges ont également tenu compte de ces données dans les secteurs de la bijouterie, horlogerie et joaillerie³⁹⁸, dans le secteur des services de sécurité³⁹⁹, dans le secteur de la distribution d'articles de bricolage⁴⁰⁰, pour le marché de la distribution des produits d'électroménager, de l'image, du son et de la micro-informatique⁴⁰¹, ou encore, pour le marché de la vente de nuitées⁴⁰², ou bien dans le secteur de la fabrication des turbines puissantes en France⁴⁰³, dans le secteur de la vente en ligne⁴⁰⁴, dans le secteur de la restauration rapide de pizzas⁴⁰⁵ et, plus récemment, concernant le

³⁹⁶ Glossaire des termes de concurrence, part de marché, dispo. sur le site : <https://www.concurrences.com>.

³⁹⁷ CA Paris, 18 septembre 2013, n°12/03177 ; CA Paris, 18 décembre 2013, n°12/00150 et Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387 ; CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 et Cass. com., 4 octobre 2016, n°14-28.013.

³⁹⁸ CA Paris, 29 janvier 2014, n°12/08976 : « Cartier détenant une part de marché limitée, ses distributeurs sélectifs ayant le loisir de vendre des marques de luxe concurrentes ».

³⁹⁹ CA Paris, 27 juin 2019, n° 18/07576 : « Le rapport de force entre les parties, compte tenu de leur taille, de leur poids économique et de leur présence sur le marché ne traduit pas un déséquilibre économique, aucun élément n'étant produit en faveur d'un risque encouru par la société Avenir Télécom en cas de refus de la clause litigieuse » et Cass. com. 7 juillet 2021, n°19-22.807.

⁴⁰⁰ CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221 : « La distribution d'articles de bricolage passe par quatre grands circuits, dont le principal est constitué des grandes surfaces de bricolage, telles que Bricorama, qui génèrent 70 % du chiffre d'affaires du secteur. [...] Face aux grandes surfaces de bricolage, les fournisseurs sont très hétérogènes, très nombreux [...] Dans ce cadre général d'asymétrie des rapports de force, la société Bricorama négocie avec ses fournisseurs. ».

⁴⁰¹ Cass. com., 26 avril 2017, n°15-27.865 : « La société Darty était un intermédiaire incontournable pour les fournisseurs, compte tenu de sa position de leader de la distribution des produits de l'électroménager, de l'image et du son et de la micro-informatique, se classant en première position sur le marché en termes de chiffre d'affaires, et qu'elle disposait de ce fait d'une puissance de négociation incontestable. ».

⁴⁰² CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784 : « Le marché pertinent à considérer pour apprécier le pouvoir de marché des plateformes de réservation hôtelière en ligne était plutôt celui de l'offre de services de nuitées seules d'hôtels français sur des plateformes de réservation hôtelière en ligne et agences de voyages en ligne. Sur ce marché, [...] L'UMIH évalue sa part de marché à partir de ses propres données, sans être sérieusement contredite par Expedia, à environ 32%. Face à cet opérateur, les hôtels, quelle que soit leur taille, sont dépourvus de tout moyen de pression. ».

⁴⁰³ CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323 : « Le recours à la notion de marché pertinent au sens des pratiques anticoncurrentielles n'est pas utile en l'espèce, la seule question étant de déterminer la place de la société GEEPF sur le marché pour définir, d'une part, sa puissance de négociation avec ses fournisseurs ou sous traitants et, d'autre part, le rapport de force contractuel entre ceux-ci. » Cet arrêt a néanmoins été cassé par Cass. com. 11 mai 2022, n°19-22.242 et v. en renvoi CA Paris, 7 juin 2023, n°22/19733.

⁴⁰⁴ TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625 : « En France, son site "amazon.fr" est le premier site marchand de produits finis pour les consommateurs [...] sa place de marché, en très forte croissance, est elle aussi et de loin la première en France [...] qu'une grande majorité [des vendeurs tiers] est de petite taille [...] que la disproportion de force relative est donc considérable, par rapport aux vendeurs tiers comme comparée aux autres places de marché existantes en France. ».

⁴⁰⁵ CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/00737 : « L'enseigne Pizza Sprint (90 points de vente essentiellement dans l'ouest de la France) occupe une place importante aux côtés de Pizza Hut (106 points de vente en France)

marché des Smartphones et celui des plateformes de distribution d'applications⁴⁰⁶. L'analyse de la part de marché et de la place d'un professionnel sur ce marché a été utilisée par les juges pour établir comme pour écarter une soumission ou sa tentative. Toutefois, les juges ont parfois retenu que même en présence d'une part de marché élevée, cet indice pouvait ne pas être suffisant pour écarter une soumission⁴⁰⁷, bien que cette analyse ait ensuite été nuancée⁴⁰⁸. Néanmoins, elle met en avant l'intérêt de multiplier les indices dans la démonstration de la pratique.

67. *L'environnement local d'une entreprise.* L'environnement local d'une entreprise peut avoir une influence importante pour son activité et sa prise de décision lors d'échanges contractuels. Bien que l'entreprise doive, en principe, vérifier ces informations avant de s'installer, elle peut voir son activité évoluer et être limitée par l'environnement local qu'elle avait initialement choisi⁴⁰⁹. Elle pourra alors être contrainte de mettre en place des systèmes plus coûteux pour subvenir à ses besoins et maintenir son attractivité (par exemple, en sous-traitant). Elle pourrait même être pénalisée au profit de ses concurrents dont l'environnement local est plus profitable.

À notre connaissance, les juges ne retiennent pas l'impact que peut avoir l'environnement local d'une entreprise sur son pouvoir de négociation comme un critère régulier dans leurs décisions. Néanmoins, ils ont parfois fait référence à un tel environnement pour analyser le pouvoir de négociation d'une partie, comme ce fut le cas dans l'affaire *GEEPF*⁴¹⁰, en raison de l'emplacement stratégique du défendeur en France, ou encore dans l'affaire *Pizza Sprint*⁴¹¹, où l'entreprise est avantagée en raison de son emplacement vis-à-vis de ses concurrents.

et la Boîte à Pizza (136 points de vente en France). Il en ressort que le réseau de franchise Sprint Pizza bénéficiait d'une notoriété certaine dans l'ouest de la France sur un marché particulièrement dynamique. »

⁴⁰⁶ TC Paris, 28 mars 2022, n°2018017655 : « Le tribunal note la puissance économique incontestable de Google liée à sa place très importante sur le marché des Smartphones [...] Google représente, selon des chiffres non contestés, 78% de parts de marché des systèmes d'exploitation mobiles dans le monde et 65% en France. Sa puissance économique est sans comparaison avec celle des développeurs actifs sur le marché français [...]. Le système App Store d'Apple est un marché différent, non substituable à celui de Google Play. La puissance économique de Google n'est ainsi pas contestable ; Google est leader sur le marché des plateformes de distribution d'applications. »

⁴⁰⁷ CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 Carrefour : « Si certains fournisseurs disposent de parts de marché importantes leur donnant un pouvoir de négociation, cependant tous sont dépendants des commandes des distributeurs pour vendre leur production et peu d'entre eux peuvent se permettre d'être déréférencés par un distributeur comme le groupe Carrefour. »

⁴⁰⁸ CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 : « Certes, la menace d'éviction des linéaires d'un des grands distributeurs n'est pas sans conséquence, même pour les gros fournisseurs, mais il est notable que ceux-ci arrivent aussi à imposer des restrictions de concurrence et ne sont pas dépourvus de moyens d'action. » En ce sens également, Cour de cassation, chambre commerciale, 20 novembre 2019, n° 18-12.823 ; l'arrêt a été attaqué (Paris, 20 décembre 2017, ITM Alimentaire).

⁴⁰⁹ P. NORIGEON, « Cours magistral, Introduction à l'étude de l'environnement de la firme », *Introduction à l'environnement de la firme LIAES*, dispo. en ligne, p. 17.

⁴¹⁰ CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323 : « La société GEEPF se présente dans sa plaquette de présentation datée du 6 décembre 2012 comme étant le seul producteur de turbine à gaz de grande puissance en France et comme étant le moteur de la "vallée de l'énergie" à Belfort qui concentre les industries et les services dans le secteur de l'industrie (pièce n° 59 du ministre). ». Cet arrêt a néanmoins été cassé par Cass. com. 11 mai 2022, n°19-22.242 et v. en renvoi CA Paris, 7 juin 2023, n°22/19733.

⁴¹¹ CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/00737 : « Il en ressort que le réseau de franchise Sprint Pizza bénéficiait d'une notoriété certaine dans l'ouest de la France. »

68. *La préférence des consommateurs, taux de fidélité et taux d'attraction.* Ces préférences se traduisent par un attachement à des produits, des marques ou des enseignes. Un professionnel bénéficiant d'un fort attrait chez les consommateurs pourrait être fortement attrayant, voire incontournable pour ses partenaires. Ces derniers pourraient alors être contraints de signer avec le professionnel en question, car les clients lui accordent leur préférence. Toutefois, ces partenaires peuvent également bénéficier d'un fort attrait chez les consommateurs. Tout dépend vers qui se tourneront les consommateurs en cas de rupture de la relation commerciale ou de non-conclusion du contrat, c'est-à-dire vers qui ira leur préférence finale. C'est ce que retiennent les économistes S. CAPRICE⁴¹², L. BENZONI et P. DEBOUDE⁴¹³.

Les juges ont également tenu compte des préférences des consommateurs dans certaines affaires. Ainsi, dans l'affaire *Expedia*⁴¹⁴, il a été démontré que les consommateurs favorisaient la réservation par le biais d'agences de voyages en ligne plutôt que par les sites en ligne directs des hôteliers. Par ailleurs, dans l'affaire *Amazon*⁴¹⁵, les juges ont retenu la préférence importante accordée à ce site par les utilisateurs, partenaires et consommateurs finaux, au détriment de celui de ses concurrents. En outre, les juges ont pu retenir que certains produits ou services pouvaient être incontournables pour les consommateurs⁴¹⁶, mais lorsque tel n'était pas le cas, le pouvoir de négociation de son propriétaire était alors diminué. De même, dans l'affaire récente *Google*, les juges ont retenu la puissance de cette dernière car elle était devenue incontournable pour ses partenaires, ne pouvant s'en priver, au risque de perdre une large clientèle⁴¹⁷.

⁴¹² S. CAPRICE, « Fidélité à la marque, fidélité à l'enseigne: une analyse des déterminants des rapports de force entre producteurs et distributeurs », *Économie rurale*, n°283-284, 2004. p. 72 : il renvoie à « Steiner (1985) [qui] propose une règle simple permettant de fournir une relation entre comportement des consommateurs et répartition des rapports de force. Si les consommateurs sont plus disposés à changer de produit au sein d'un distributeur qu'à changer de distributeur pour retrouver le même produit, ce sont les distributeurs qui dominent la relation. [...] À l'inverse, lorsque les consommateurs sont plus disposés à changer de distributeur pour disposer d'un produit qu'à changer de produit au sein du même distributeur, ce sont alors les producteurs qui sont dominants ».

⁴¹³ L. BENZONI, P.Y. DEBOUDE, *Du déséquilibre significatif dans les relations entre partenaires commerciaux à la puissance d'achat : une perspective économique*, 13 janvier 2015, dispo. sur le site <https://www.teraconsultants.fr>, p. 12.

⁴¹⁴ CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784.

⁴¹⁵ TC Paris, 2 septembre 2019, n° 2017050625.

⁴¹⁶ CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 : « Les groupes Danone et Mars, dont le pouvoir de marché n'est pas à démontrer, puisqu'ils réalisent des dizaines de milliards d'euros de chiffres d'affaires et s'appuient sur des portefeuilles de marques incontournables pour tout distributeur » ; CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187 : « L'interdiction d'accéder à ses magasins opposée par la société Système U aux représentants commerciaux de la société Ferrero après le refus par celle-ci d'accéder à sa demande [...] caractérisent l'absence de réelle négociation entre les parties [...] La circonstance que cette dernière commercialise des produits dit "psychologiques" tel le "Nutella" ne peut être utilement invoquée, en ce que le produit Nutella n'est pas cité comme ayant fait l'objet des négociations et de demandes de baisse de prix. ».

⁴¹⁷ TC Paris, 28 mars 2022, n°2018017655 : « Google tient en dépendance un certain nombre de fabricants de Smartphones. Les développeurs ne peuvent se permettre de ne pas proposer leurs produits sur Google Play sauf à perdre une clientèle considérable. ».

69. *La prise en compte de la réputation.* Analysant le déséquilibre significatif, les économistes L. BENZONI et P.-Y. DEBOUDE préconisent de tenir compte de la réputation des professionnels⁴¹⁸. Ainsi, si un acteur est réputé être sérieux et loyal dans ses relations, il bénéficiera d'un certain attrait chez ses partenaires⁴¹⁹. Il en est de même lorsqu'il est réputé proposer des produits ou services de qualité. En effet, le Professeur P. BOISTEL⁴²⁰ renvoie à l'analyse de plusieurs économistes mettant en avant l'impact de la réputation pour les entreprises. D'après cet auteur, une corrélation existe entre la réputation et la satisfaction du consommateur (Anderson et Sullivan, 1993 ; Anderson et Fornell, 1994 ; Andreassen et Lindestad, 1998). Du fait de sa réputation, une entreprise verrait ses ventes de produits et services facilitées (Balmer, 1995 ; van Riel, 1995 ; Margulies, 1977), lui conférant un avantage compétitif (Beatty et Ritter, 1986) pouvant aller jusqu'à un avantage concurrentiel (Boistel, 1994). Par exemple, le consommateur n'étant pas informé de la qualité dans laquelle a investi un nouveau producteur, il pourrait privilégier l'achat auprès d'un producteur dont il connaît déjà la qualité, comme le retiennent les économistes P. REY et J. TIROLE⁴²¹. Certaines entreprises sont devenues incontournables pour leurs partenaires du fait de leur réputation⁴²², qu'il s'agisse de la réputation de leur produit ou de leur enseigne.

Les juges ont, à plusieurs reprises, tenu compte de la réputation d'un professionnel pour apprécier le pouvoir de négociation des parties au contrat. Ce fut notamment le cas en présence d'une relation entre un franchiseur et ses franchisés⁴²³, la réputation constituant un des indices permettant d'établir le pouvoir de soumission d'une partie. Par ailleurs, nous avons vu que les juges ont rappelé que dans le secteur de la grande distribution, des fournisseurs dont les produits

⁴¹⁸ L. BENZONI, P.Y. DEBOUDE, *Du déséquilibre significatif dans les relations entre partenaires commerciaux à la puissance d'achat : une perspective économique*, 13 janvier 2015, dispo. sur le site <https://www.teraconsultants.fr>, p.14 et s.

⁴¹⁹ F. POUJOL, « Le rôle des comportements relationnels des commerciaux dans la GRC », *Management & Avenir*, vol. 16, n° 2, 2008, p. 120-138 : « Crosby *et al.* (1990) ont mesuré l'impact des comportements relationnels du vendeur sur la qualité de la relation composée de la satisfaction et de la confiance à l'égard du vendeur. Ces comportements relationnels reflètent ici l'intention du vendeur de maintenir et développer la relation (partage d'informations entre l'agent et le client et intention de coopérer). Cette étude fondatrice menée auprès de 151 détenteurs d'un contrat d'assurance confirme l'hypothèse d'un effet positif des comportements relationnels sur la qualité de la relation qui influencerait, à son tour, la pérennité de la relation. ».

⁴²⁰ P. BOISTEL, « La réputation d'entreprise : un impact majeur sur les ressources de l'entreprise », *Management & Avenir*, vol. 17, n° 3, 2008, p. 9-25 : « Les économistes (Milgrom et Roberts, 1986) considèrent la réputation comme un signal permettant de réduire l'incertitude sur les conduites futures du fait qu'elle apparaît être une anticipation de la qualité dans une situation d'information imparfaite sur la connaissance des produits (Karpik, 1989). » « La réputation permet de construire un avantage concurrentiel soutenable à travers l'information que la réputation véhicule sur l'entreprise (Teece et Alii, 1997) en terme de ressources qui apparaissent comme des signaux et des gages de légitimité (Rao, 1994). » Il ajoute que la réputation augmente l'intention d'achat d'un service (Yoon, 1993) et intervient comme garantie influençant le comportement du consommateur puisqu'elle agit notamment sur la confiance accordée aux nouveaux produits (Shimp et Dearn, 1982).

⁴²¹ P. REY, J. TIROLE, *La régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs*, Rapport, La Documentation française, Paris, 2000, p. 22.

⁴²² P. REY, J. TIROLE, *La régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs*, Rapport, La Documentation française, Paris, 2000, p. 21-23.

⁴²³ CA Paris, 7 juin 2017, n°15/24846 : « Souhaitant renouveler leurs contrats avec ce réseau réputé, dont l'équivalent était difficile à trouver dans le même segment de marché, et dédiées pendant dix ans de façon exclusive à ce réseau où elles avaient investi, elles étaient en position défavorable et dissymétrique dans les discussions relatives à la poursuite des relations commerciales. ».

sont réputés auprès des consommateurs pouvaient disposer d'un pouvoir de négociation important permettant de s'opposer au distributeur lors des discussions⁴²⁴. Dans l'affaire *Amazon*⁴²⁵, le juge a estimé que la réputation est un indice fondamental pour analyser le rapport de force entre les parties au contrat. Il en fut de même dans l'affaire *Pizza Sprint*⁴²⁶. Néanmoins, l'indice de la réputation a pu être jugé insuffisant pour établir un rapport de force déséquilibré entre les parties lorsqu'il est comparé à d'autres indices⁴²⁷. Enfin, le ministre de l'Économie entend également utiliser la réputation d'une entreprise à son détriment pour rendre publiques certaines pratiques et la soumettre au procédé du *name and shame*, notamment à l'égard des consommateurs⁴²⁸.

iii. Le pouvoir de négociation d'un professionnel en fonction de son partenaire

70. *Le pouvoir de négociation d'une partie dépend également de sa situation vis-à-vis de l'autre partie au contrat.* Nous avons vu que sur un marché, les acteurs économiques pouvaient s'opposer à des concurrents pour conclure des contrats. Or, si un professionnel parvient à évincer ses concurrents, il n'est pas nécessairement placé dans un rapport de force équilibré vis-à-vis de l'autre partie au contrat. Ainsi, il ne suffit pas d'analyser l'existence d'un pouvoir de négociation d'un professionnel en limitant l'analyse en fonction de sa situation vis-à-vis de ses concurrents, mais il faut également étudier son pouvoir de négociation en raison de sa situation vis-à-vis de l'autre partie au contrat. Il convient alors de comparer la puissance d'une entreprise à celle de son partenaire pour, le cas échéant, établir un risque de soumission. Parmi les facteurs du pouvoir de négociation d'un professionnel susceptibles de varier en fonction du partenaire, nous verrons l'asymétrie d'information, l'aversion au risque, la part représentée par la transaction dans l'activité du professionnel, les options de sortie, les conséquences en cas de non-conclusion du contrat, de rupture ou de refus lors des négociations, la capacité à attendre, l'existence d'investissements déjà réalisés au profit de la relation litigieuse, l'existence et la durée des relations entre les parties préexistantes au litige, les particularités du produit ou du service proposé et le coût relatif des concessions contractuelles.

71. *L'existence d'une asymétrie d'information.* Les économistes recherchent notamment l'existence d'une asymétrie d'information entre les partenaires⁴²⁹, même en

⁴²⁴ CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 et Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823 ; pour un rejet, CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187.

⁴²⁵ TC Paris, 2 septembre 2019, n°201705062 : « La soumission est révélée notamment par l'existence d'un rapport de force économiquement déséquilibré entre les parties ; que la jurisprudence se fonde pour l'établir sur un faisceau d'indices [...] [dont] sa notoriété [...] qu'Amazon surtout dispose de la plus grande notoriété au niveau mondial et de la meilleure image auprès des consommateurs. ».

⁴²⁶ CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/00737 : « La société Fra-Ma-Pizz et son dirigeant, YT..., jouissaient ainsi d'une notoriété particulière et profitaient de cette situation prépondérante de franchiseur pour imposer un contrat type de franchise au nom de l'homogénéité du réseau à des candidats entrepreneurs individuels. ».

⁴²⁷ CA Paris, 15 avril 2021, n°18/19313 : « Si pour la société Sarplast, le client AMG-Mercedes représente un marché important en termes d'image, de référence, les intimés indiquent sans être contredites que le chiffre d'affaires réalisé par la société Sarplast s'élève à 3,51% de son chiffre d'affaires global. Elle n'est donc pas en état de dépendance envers la société AMG-Mercedes. ».

⁴²⁸ Ref. th. §392 et s.

⁴²⁹ L. BENZONI, P.Y. DEBOUDE, *Du déséquilibre significatif dans les relations entre partenaires commerciaux à la puissance d'achat : une perspective économique*, 13 janvier 2015, dispo. sur le site

présence de professionnels, supposés suffisamment informés. Ils estiment que lorsque deux agents économiques souhaitent contracter, ils sont confrontés à des incertitudes sur l'objet de l'échange (les caractéristiques du bien ou du service) et sur les incitations de leur partenaire. Or, au-delà de cette incertitude ou incomplétude de l'information, l'information devient asymétrique lorsqu'une partie détient une information que son partenaire ne détient pas⁴³⁰. Cette asymétrie d'information apparaît lors de la négociation et peut perdurer au cours de l'exécution du contrat. Par exemple, les circonstances économiques peuvent évoluer entre la négociation et l'exécution du contrat et ainsi modifier les incitations des parties. L'existence d'une incertitude concernant l'échange commercial peut entraîner une certaine défiance chez les parties, pouvant entraver, voire empêcher toute transaction optimale, comme le retient le Professeur E. BROUSSEAU⁴³¹. Cette incertitude peut également conduire à des comportements opportunistes. Les agents économiques, qui bénéficient d'informations que leur interlocuteur ne possède pas, peuvent avoir tendance à les utiliser dans leur intérêt. En effet, les économistes L. BENZONI et P.-Y. DEBOUDE⁴³² renvoient à la théorie des jeux⁴³³, où la pratique du bluff consiste à jouer comme si l'on avait une position différente de celle détenue en réalité. Par exemple, dans ses négociations avec l'acheteur, un vendeur pourrait avoir tendance à lui faire croire que son option de sortie (l'alternative dont il dispose en cas de non-conclusion de ce contrat) est supérieure à sa valeur réelle. De même, les professionnels peuvent introduire des clauses prévoyant une obligation reposant uniquement sur l'autre partie, en prétendant qu'elles ne peuvent pas être réciproques pour des raisons que le partenaire ne pourra pas vérifier. Les économistes L. BENZONI et P.-Y. DEBOUDE estiment que plus l'asymétrie d'information joue en faveur d'un acteur, plus celui-ci est en position de mieux négocier⁴³⁴. Or, ils tiennent compte également de la faculté d'une partie à investir pour rechercher l'information détenue par son partenaire. L'investissement dans l'information réalisé par un professionnel peut éliminer un éventuel avantage de négociation chez son partenaire, mais encore faut-il disposer des moyens financiers suffisants pour y parvenir.

<https://www.teraconsultants.fr>, p. 14 ; S. SAUSSIER, A. YVRANDE-BILLON, « VI. La place de la théorie des coûts de transaction dans la théorie des contrats », Stéphane Saussier éd., *Économie des coûts de transaction*, La Découverte, 2007, p. 95-106.

⁴³⁰ Elle peut prendre deux formes : d'une part, la « sélection adverse » ou « anti-sélection » (qui a lieu *ex ante*), où l'une des parties peut fausser ou dissimuler une partie des informations, en vue de parvenir plus facilement à une transaction ; et d'autre part, celle de l'aléa moral (qui a lieu *ex post*), où l'une des parties du contrat peut chercher à prendre des risques, après la conclusion de l'échange, afin d'en tirer un bénéfice supérieur.

⁴³¹ E. BROUSSEAU, « L'Économiste, le Juriste et le Contrat », à paraître dans *Le Contrat au début du XXI^e siècle ; Mélanges en l'honneur de M. Jacques Ghestin*, sld. M. Fabre-Magnan et C. Jamin, 2000, p. 11 : « Les parties qui pourraient avoir intérêt à réaliser un échange peuvent ne pas l'entreprendre ou le réaliser à un niveau inférieur à ce qui serait optimal pour chacune d'entre elles. Cela signifie, par exemple, qu'un prestataire de service ne va pas faire l'effort "optimal" parce qu'il est incertain de la contrepartie qu'il va obtenir. Cela résulte d'un comportement économique rationnel. L'incertitude entraîne une diversification des risques et donc un moindre investissement dans chaque transaction. ».

⁴³² L. BENZONI, P.Y. DEBOUDE, *Du déséquilibre significatif dans les relations entre partenaires commerciaux à la puissance d'achat : une perspective économique*, 13 janvier 2015, dispo. sur le site <https://www.teraconsultants.fr>, p. 12.

⁴³³ Théorie analysant les interactions stratégiques des agents appelés des « joueurs ». Elle sera abordée de manière plus approfondie, ultérieurement, ref. th. §115 et s.

⁴³⁴ L. BENZONI, P. DEBOUDE, *Du déséquilibre... ibid.*, p. 12.

Le législateur et les juges ont pu s'intéresser au niveau de connaissance dont dispose un acteur économique dans le cadre des négociations⁴³⁵. Par exemple, le fait qu'un acteur soit considéré comme un « professionnel » dans son rapport avec son partenaire lui confère en principe une force, car il est supposé agir en connaissance des enjeux qu'implique la transaction et ainsi limiter le risque de soumission⁴³⁶. Or, dans une affaire récente⁴³⁷, les juges ont estimé nécessaire d'étudier le rapport de force entre les parties ; le manque de connaissance de cette partie, confrontée en l'espèce aux pratiques commerciales agressives de ses partenaires, peut être insuffisant pour établir la pratique dès lors qu'elle dispose d'alternatives possibles. Dans l'affaire *Pizza Sprint*⁴³⁸, le juge a retenu le faible pouvoir de négociation des partenaires économiques dès lors qu'ils ne disposaient pas des connaissances suffisantes pour ne pas se voir imposer un déséquilibre significatif. En effet, le partenaire franchiseur, qualifié de puissant, maintenait intentionnellement cachée l'information pouvant être utile aux franchisés, et a profité de leur ignorance pour imposer ses conditions contractuelles. Enfin, dans l'affaire *TF1 Publicité*⁴³⁹, les juges ont retenu que l'asymétrie d'information entre les parties, concernant les prix annoncés par la concurrence, conduisait inévitablement à un rapport de force déséquilibré ; la partie en possession de cette information a clairement usé à son profit de cette asymétrie lors des discussions, conduisant à la soumission de son partenaire.

72. *L'aversion au risque d'un professionnel.* Les économistes s'intéressent à l'existence d'une aversion au risque chez les individus⁴⁴⁰. On distingue les professionnels

⁴³⁵ Code civ., art. 1112-1 : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie. Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir. Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants. » Ces derniers articles renvoient aux vices du consentement.

⁴³⁶ CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 : « Les opérateurs économiques, qui sont des professionnels avertis, doivent être en mesure d'apprécier par eux-mêmes si un contrat est manifestement déséquilibré et peuvent, en cas de doute, saisir la Commission » ; CA Paris, 16 février 2018, n°16/05737 : « La société SELECTSALES [...] n'établit pas que le contrat lui ait été imposé ni qu'elle n'ait pas eu la possibilité de le négocier comme cela a été dit précédemment alors qu'elle est une professionnelle avertie de la vente en ligne. ». CA Paris, 24 avril 2019, n°16/22793 : « Elle ne peut valablement soutenir que cette dernière a manqué de loyauté à son égard dans le cadre de l'exécution du contrat, qu'elle a signé dans des conditions normales et en toute connaissance de cause en qualité de professionnel. ».

⁴³⁷ CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/06627.

⁴³⁸ CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/00737 : « Les 30 contrats Sprint Pizza versés aux débats sont identiques et n'ont pas été négociés. [...] ceux-ci n'étaient pas non plus négociables du fait de la désinformation des franchisés sur le fonctionnement réel du réseau. ».

⁴³⁹ Cass. com., 26 janvier 2022, n°20-10.897 : « Qu'en adressant à la société Pixtel une proposition très inférieure au nombre d'espaces demandés, sans autre justification que l'importance des demandes formulées par d'autres annonceurs pour les mêmes espaces publicitaires, en y associant une part non négligeable d'espaces non demandés et en étant la seule à connaître l'ensemble des prix proposés par les autres annonceurs pour un espace publicitaire donné, sans les communiquer aux annonceurs intéressés, la régie a mis la société Pixtel dans une situation de "tout ou rien". ».

⁴⁴⁰ B. BOULU-RESHEF, C. MONNIER-SCHLUMBERGER, « Lutte contre les cartels : comment dissuader les têtes brûlées ? », *Revue économique*, vol. 70, n° 6, 2019, p. 1187-1199, §9 et s. : « Tan et Yim [2014] montrent qu'être plus averse au risque décroît la propension à la fraude fiscale. Bernhardt et Rastad [2016] trouvent que les cartellistes averses au risque s'entendent moins fréquemment. Damgaard et al. [2012]

averses au risque (qui craignent le risque), neutres au risque (sans aversion ni préférence pour le risque) et ceux qui ont du goût pour le risque (qui aiment le risque). Ainsi, conscient du risque d'être sanctionné pour avoir manqué à ses obligations loyales envers son partenaire, un professionnel averse ou même neutre au risque sera incité à faciliter les négociations. Néanmoins, lorsqu'un professionnel ne craint pas le risque de sanction, il aura tendance à privilégier un comportement déloyal à l'égard de son partenaire lorsqu'il s'avère plus profitable. Notons néanmoins qu'une expérience a permis de démontrer qu'en présence de « têtes brûlées », la démonstration d'une aversion au risque ne serait pas une donnée sensible⁴⁴¹. Soulignons également qu'en présence d'un risque de sanction, les professionnels adapteront leur comportement au regard de la probabilité de détection, du niveau de sanction et de la rentabilité de l'activité criminelle. Enfin, il apparaît qu'une partie au contrat *a priori* pourvue d'un faible pouvoir de négociation voit ce dernier renforcé à l'égard de l'autre partie dès lors qu'elle prend goût au risque puisqu'elle n'a rien à perdre⁴⁴².

À notre connaissance, cette notion n'a pas été reprise en tant que telle par les juges dans l'analyse du pouvoir de négociation des parties. Toutefois, ces derniers ont pu retenir, dans le secteur de la grande distribution, que si les fournisseurs sont, en principe, supposés être en position de faiblesse car ils ont conscience du risque de rupture de la relation commerciale, ils peuvent toutefois oser s'opposer aux distributeurs en leur imposant des conditions⁴⁴³.

73. *La part représentée par la transaction dans l'activité du professionnel.* Cet élément a pu être pris en compte par les économistes L. BENZONI et P.-Y. DEBOUDE pour apprécier le pouvoir de négociation des parties au contrat⁴⁴⁴. Par exemple, si le contrat signé avec un professionnel représente une part importante du chiffre d'affaires ou du surplus⁴⁴⁵ de son partenaire, il pourra être contraint de maintenir cette relation, acceptant même des

indiquent qu'il peut s'avérer difficile de dissuader les individus dont le comportement témoigne d'un goût pour le risque, de former un cartel. ».

⁴⁴¹ B. BOULU-RESHEF, C. MONNIER-SCHLUMBERGER, « Lutte contre les cartels... », *ibid.*, p. 1187-1199, §17 et s. : en matière de cartel, « le groupe des individus présentant un taux moyen de formation des cartels égal ou supérieur à 70 % (se situant ainsi à un écart type au-dessus de la moyenne), qui peuvent être qualifiés de "têtes brûlées" [...] on remarque que les autres participants sont plus averse au risque que les têtes brûlées : 78,1 % des autres participants (ceux qui ne sont pas considérés comme des têtes brûlées) sont averse au risque, alors que seuls 65,21 % des têtes brûlées le sont. Toutefois, cette différence n'est pas statistiquement significative (p-value = 0,17) et point [16]. Pour les autres participants (qui ne sont pas des têtes brûlées), une régression linéaire indique qu'une augmentation de l'aversion au risque entraîne une réduction de la probabilité de choisir le cartel (p-value = 0,041). Pour les têtes brûlées, le résultat n'est pas significatif (p-value = 0,802). Nos résultats suggèrent que le degré d'aversion au risque n'influence pas les décisions des têtes brûlées. Il convient toutefois de nuancer la portée de ces résultats dans la mesure où le nombre d'observations s'avère limité ».

⁴⁴² A. PEKAR LEMPEREUR, « L'évolution des rapports de force en négociation. Dix cas de revirement », *Revue française de gestion*, vol. 153, n° 6, 2004, p. 125-140, §45. Ce qui n'est pas sans rappeler les propos du poète S. Jerzy Lec, selon lequel « le maillon le plus faible d'une chaîne est aussi le plus fort. C'est lui qui brise le lien ».

⁴⁴³ CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879.

⁴⁴⁴ L. BENZONI, P.Y. DEBOUDE, *Du déséquilibre significatif dans les relations entre partenaires commerciaux à la puissance d'achat : une perspective économique*, 13 janvier 2015, dispo. sur le site <https://www.teraconsultants.fr>, p.13 et s.

⁴⁴⁵ Le surplus permet de déterminer la valeur économique d'un contrat. Il s'obtient en comparant le gain retiré par le contrat avec les options extérieures dont bénéficieraient les parties si elles ne contractaient pas ensemble.

conditions contractuelles déséquilibrées, d'autant plus si le contrat signé ne représente, à l'inverse, qu'une part faible du chiffre d'affaires ou du surplus du professionnel.

Dans plusieurs décisions, les juges ont tenu compte de la part représentée par le contrat litigieux dans le chiffre d'affaires des parties, à charge et même à décharge vis-à-vis du défendeur⁴⁴⁶. Les juges ont retenu que lorsqu'un professionnel réalise une part importante de son chiffre d'affaires avec un partenaire, il lui est d'autant plus difficile de renoncer à cette relation et ainsi de négocier effectivement⁴⁴⁷. Toutefois, les juges ont précisé que si la part représentée par le contrat est importante pour une partie, cela ne signifie pas pour autant qu'elle est totalement dépourvue d'un pouvoir de négociation vis-à-vis de ce partenaire, surtout si elle n'est pas placée en situation de dépendance⁴⁴⁸ car elle dispose notamment d'alternatives⁴⁴⁹.

74. *L'existence d'options de sortie.* Si l'une des parties dispose d'options de sortie (ou options extérieures), soit la possibilité de contracter avec un concurrent, alors elle dispose d'un pouvoir de négociation renforcé vis-à-vis de son partenaire⁴⁵⁰. À ce sujet, l'OCDE retient que lors de la signature d'un contrat, un acheteur et un vendeur entrent en négociation pour se répartir le surplus collectif (soit la somme des surplus individuels de chaque partie à la transaction)⁴⁵¹. Si le vendeur bénéficie de la totalité du pouvoir de négociation, il va tenter de s'approprier la totalité du surplus collectif de l'opération, et inversement si c'est l'acheteur qui bénéficie de la totalité du pouvoir de négociation. Néanmoins, l'OCDE estime que le surplus collectif à répartir par la négociation représente le surplus marginal qui peut être réalisé grâce

⁴⁴⁶ CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784 : « Les clauses litigieuses étaient insérées dans tous les contrats signés par les hôtels, lesquels ne disposaient pas du pouvoir réel de les négocier [...] Ce type de partenariat est devenu incontournable pour les hôteliers, 70 % des chambres réservées en ligne l'étant par le biais des agences de voyage en ligne ou des plateformes de réservation (OTA). Ce canal représente 24 % du chiffre d'affaires des hôteliers. » ; CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 : « Le fournisseur Conserves de France a en effet déclaré avoir réalisé en 2008 un chiffre d'affaires total de 228,6 millions d'euros, dont 19,6 millions d'euros avec les sociétés poursuivies (correspondant à 8,57% de son activité). » ; TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625 : « Ce qui montre l'importance stratégique pour le groupe Amazon de cette activité puisque les recettes qu'elle lui procure représentent plus de la moitié de son chiffre d'affaires et l'essentiel de ses profits » ; et « lorsqu'un vendeur tiers prend conscience de certaines des contraintes du contrat, [...] il est compliqué et coûteux de changer de plateforme [...] le vendeur tiers va perdre la partie, qui peut être très significative (selon les dires d'ASE, 15 à 35% de son chiffre d'affaires provenant de la place de marché d'ASE pendant la période où il n'est plus connecté à une place de marché) ». CA Paris, 26 janvier 2022, n°20/04761 : « La société Pulvorex réalisait 70% de son chiffre d'affaires avec Albea Alkmaar, la société Pulvorex était bien dans une situation de dépendance économique vis à vis du groupe Albea et que la négociation du contrat de distribution avait un enjeu particulièrement important pour elle. » TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625.

⁴⁴⁷ M. GLAIS, « Chronique de la concurrence - L'exploitation abusive d'un État de dépendance économique (Analyse économique du droit et de la jurisprudence française de la concurrence) », *Revue d'économie industrielle*, vol. 68, 2^e trimestre 1994, p. 92.

⁴⁴⁹ CA Paris, 12 septembre 2013, n°11/22934 : « La société Omnitrade soutient également qu'elle aurait été en état de dépendance économique vis à vis de la société Direct Énergie. Or, s'il résulte effectivement de l'attestation déjà citée de l'expert comptable de la société Omnitrade que l'essentiel de son chiffre d'affaires était réalisé avec l'intimée, elle disposait incontestablement de solutions alternatives. » CA Paris, 26 octobre 2016, n°14/08041 ; CA Paris, 5 juillet 2017, n° 15/05450 ; CA Paris, 18 novembre 2020, n°19/12813.

⁴⁵⁰ L. BENZONI, P.Y. DEBOUDE, *Du déséquilibre significatif dans les relations entre partenaires commerciaux à la puissance d'achat : une perspective économique*, 13 janvier 2015, dispo. sur le site <https://www.teraconsultants.fr>, p.14.

⁴⁵¹ OCDE, *Table ronde sur les monopsones et le pouvoir d'achat*, Comité de la concurrence, octobre 2008, p. 80 et s.

à une transaction supérieure aux options extérieures combinées des parties⁴⁵². Puisque des acheteurs et vendeurs peuvent être simultanément en négociation avec plusieurs partenaires, ils en tiennent compte dans leurs négociations bilatérales. Par ailleurs, il existe plusieurs formes de sorties possibles, susceptibles d'évoluer dans le temps, notamment en raison de l'évolution de la structure du marché⁴⁵³. En outre, lorsqu'une société décide de diversifier son activité à travers plusieurs produits ou plusieurs partenaires, elle devient alors moins dépendante de l'achat/vente d'un seul produit ou bien de la relation avec un seul partenaire (or, en cas d'échec de la conclusion du contrat, le coût de transfert est, en principe, moins élevé)⁴⁵⁴. Cette diversité lui permet d'accroître ses sources de revenu et ainsi de ne pas dépendre d'une seule source. De plus, cette diversité de produits proposés peut être intéressante pour ses partenaires, car elle peut leur permettre de ne contracter qu'avec ce professionnel et non plusieurs. Notons toutefois que les options de sortie peuvent être limitées en pratique et ne pas permettre à une partie d'accroître son pouvoir de négociation. Si la possibilité de transiger avec un concurrent similaire est possible mais s'avère coûteuse ou difficile, le pouvoir de négociation du professionnel sera réduit. Les coûts de transfert, soit le changement de partenaire, peuvent être élevés et donc dissuasifs⁴⁵⁵, ce qui doit être pris en compte⁴⁵⁶.

Les juges s'intéressent à l'existence d'alternatives au contrat litigieux, du fait de la présence de concurrents ou bien par la capacité à diversifier les sources de revenu⁴⁵⁷. Tout d'abord, le critère de dépendance, bien que non précisé dans le texte commercial (comme c'était le cas pour l'ancien article L.442-6, I, 2° b), est encore utilisé par les juges pour établir un rapport de force

⁴⁵² En effet, si l'acheteur ne parvient pas à traiter avec ce vendeur, il obtient un bénéfice « V2 » avec un autre vendeur. De même, le vendeur pourrait obtenir un bénéfice « V3 » avec un autre acheteur. Ces deux bénéfices V2 et V3 représentent le gain de rupture ou le gain de l'option extérieure. Si le premier vendeur ou le premier acheteur refusent à leur partenaire respectif de proposer un gain supérieur à V2 et V3, alors ils préféreront mettre un terme aux négociations et exercer leur option extérieure.

⁴⁵³ M.L. ALLAIN, C. CHAMBOLLE, « Approches théoriques des rapports de force entre producteurs et distributeurs », *Économie rurale*, n°277-278, 2003, La politique de la concurrence dans l'agroalimentaire, p. 188. Elles retiennent l'exemple de « quelques enseignes [qui] ont choisi une politique d'intégration, comme Leclerc dans le domaine de la viande ou Intermarché pour le poisson. Or l'intégration verticale modifie les comportements concurrentiels des entreprises sur un marché, et peut donc affecter les rapports de force entre les acteurs ».

⁴⁵⁴ M. GLAIS, « Chronique de la concurrence - L'exploitation abusive d'un État de dépendance économique (Analyse économique du droit et de la jurisprudence française de la concurrence) », *Revue d'économie industrielle*, vol. 68, 2^e trimestre 1994, p. 91.

⁴⁵⁵ OCDE, *Table ronde sur les monopsones et le pouvoir d'achat*, Comité de la concurrence, octobre 2008, p. 102.

⁴⁵⁶ M. GLAIS, « Chronique de la concurrence... », *ibid.*, p. 92 : « Il ne suffit pas de constater l'existence de solutions équivalentes pour écarter la thèse de la dépendance économique. Encore faut-il que le changement de partenaire puisse se réaliser dans un délai suffisamment court, c'est-à-dire, sans que la survie de l'entreprise concernée soit mise en péril. ».

⁴⁵⁷ CA Paris, 26 octobre 2016, n°14/08041 : « Les produits B. représentaient environ 40% des produits vendus par la société Distrel qui pouvait rechercher à s'approvisionner auprès d'autres fournisseurs en produits substituables. » ; CA Paris, 22 janvier 2020, n°18/10242 : « La société G2VL Discount a librement décidé de maintenir un volume d'achat avec la SAS Findis Est dans les conditions de crédit fixées, alors qu'elle n'était liée par aucune obligation d'exclusivité, qu'elle disposait de la possibilité de diversifier ses sources d'approvisionnement. » ; CA Paris, 18 novembre 2020, n°19/04765 : « Force est de reconnaître que compte tenu du nombre limité d'acteurs susceptibles de conférer à la société Molotov des droits sur des chaînes en clair de la TNT susceptibles de lui permettre de constituer les bouquets de son offre 'freemium', il doit être reconnu en l'espèce l'existence d'un rapport de force au détriment de la société Molotov, qui dépend dans une large mesure de la société Métropole télévision. ».

déséquilibré⁴⁵⁸. Néanmoins, puisque le Code de commerce ne limite plus la pratique à cette démonstration, d'autres facteurs peuvent démontrer un pouvoir de soumission. Les juges vérifient également la quantité du chiffre d'affaires réalisée avec le professionnel concerné pour établir la dépendance⁴⁵⁹ mais peuvent exclure la dépendance si le partenaire disposait incontestablement de solutions alternatives⁴⁶⁰. Toutefois, il a pu être jugé « *que la liberté et la possibilité de s'adresser à d'autres opérateurs ne permettent pas pour autant au régisseur de publicité de l'un d'entre eux d'imposer un déséquilibre entre les obligations respectives des parties* »⁴⁶¹. De même, lorsqu'un professionnel réalise son activité auprès d'un partenaire exclusif, ce dernier peut difficilement renoncer à la relation⁴⁶². *A contrario*, il a été retenu qu'en l'absence d'exclusivité, lorsqu'il existe d'autres partenaires alternatifs, alors une société ne peut prétendre avoir été contrainte de signer le contrat litigieux⁴⁶³. En dehors d'une dépendance ou d'une exclusivité, les juges ont également recherché l'existence d'alternatives disponibles pour analyser le pouvoir de négociation des parties. Les juges ont pu rejeter l'existence d'une soumission lorsque le professionnel disposait d'alternatives et pouvait contracter avec un autre partenaire⁴⁶⁴. Néanmoins, lorsqu'une société démontre avoir été contrainte de contracter avec ce partenaire en raison de l'absence de solutions alternatives équivalentes, les juges ont admis la soumission⁴⁶⁵. Par ailleurs, les juges ont envisagé la possibilité, pour un professionnel, non de rechercher un partenaire équivalent, mais de diversifier son activité⁴⁶⁶. Ils ont également tenu compte de la difficulté matérielle et financière pour un professionnel de changer de partenaire, comme ce fut le cas dans l'affaire *Amazon* portant sur la vente en ligne⁴⁶⁷.

75. *Les conséquences en cas de non-conclusion du contrat, de rupture des relations ou de refus lors des négociations.* D'après l'OCDE⁴⁶⁸, il convient de prendre en compte le manque à gagner, soit la perte portant sur un bénéfice escompté et non réalisé⁴⁶⁹, en cas de non-conclusion du contrat. Par exemple, si le manque à gagner résultant de la rupture des négociations est faible pour l'acheteur mais fort pour le vendeur, l'acheteur disposera probablement d'un pouvoir de négociation supérieur. Le manque à gagner se calcule en tenant compte du coût de perte, des alternatives possibles et du temps requis pour trouver un nouveau

⁴⁵⁸ CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 ; CA Paris, 11 janvier 2019, n°17/00234 ; CA Paris, 25 janvier 2019, n°17/08241. À nuancer, toutefois, au regard de la jurisprudence dite *ITM Alimentaire*.

⁴⁵⁹ CA Paris, 18 novembre 2020, n°19/12813 ; CA Paris, 15 avril 2021, n°18/19313 ; CA Paris, 6 mai 2021, n°19/06400 ; CA Paris, 26 janvier 2022, n°20/04761.

⁴⁶⁰ CA Paris, 12 septembre 2013, n°11/22934 ; CA Paris, 29 janvier 2014, n°12/08976 ; CA Paris, 5 juillet 2017, n°15/05450 ; pour des précisions intéressantes, v. CA Paris, 10 mai 2023, n°21/04967.

⁴⁶¹ CA Paris, 19 janvier 2018, n°16/11167, analyse reprise sur le fondement de la soumission, par Cass. com., 26 janvier 2022, n°20-10.897. V. égal. : TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123 : « Quand bien même des candidats franchisés auraient pu renoncer à traiter avec Subway et choisir un autre franchiseur, Subway n'en aurait pas moins tenté de les soumettre. ».

⁴⁶² CA Paris, 7 avril 2021, n°19/13527 ; CA Paris, 7 juin 2017, n°15/24846.

⁴⁶³ CA Paris, 1^{er} octobre 2013 n°12/01301 ; CA Paris, 16 février 2018, n°16/05737 ; CA Paris, 11 janvier 2019, n°17/00234.

⁴⁶⁴ CA Paris, 1^{er} octobre 2013, n° 12/01301. V. égal., CA Paris, 28 février 2018, n°16/16802 ; CA Paris, 19 décembre 2018, n°17/03922.

⁴⁶⁵ CA Paris, 7 juin 2017, n°15/24846.

⁴⁶⁶ CA Paris, 12 septembre 2013, n°11/22934.

⁴⁶⁷ TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625.

⁴⁶⁸ OCDE, *Table ronde sur les monopsones et le pouvoir d'achat*, Comité de la concurrence, octobre 2008, p. 85, 102 et s.

⁴⁶⁹ Dictionnaire en ligne Larousse, manque à gagner.

partenaire. En effet, les conséquences d'une rupture totale ou partielle d'une relation commerciale peuvent être de plusieurs sortes : elles peuvent mettre en danger la survie commerciale du partenaire (ce qui peut, le cas échéant, renvoyer à un état de dépendance), affecter fortement son activité sans mettre en danger sa survie ou bien altérer faiblement ou nullement son activité⁴⁷⁰. Pour anticiper un tel risque, la loi n°2023-221 du 30 mars 2023, dite Egalim 3, a proposé trois solutions à titre expérimental sans pour autant convaincre une partie de la doctrine⁴⁷¹.

De leur côté, les juges ont estimé que des professionnels ne détiennent pas de pouvoir réel de négociation leur permettant de négocier effectivement lorsqu'ils ne peuvent se permettre de cesser leurs relations commerciales avec leur partenaire ou d'être déréférencés⁴⁷². Des nuances ont néanmoins été apportées par la suite. Dans l'affaire *Système U*⁴⁷³, le juge affirme que « *la menace d'éviction des linéaires d'un des grands distributeurs n'est pas sans conséquence, même pour les gros fournisseurs* », « *même si ceux-ci arrivent aussi à imposer des restrictions de concurrence et ne sont pas dépourvus de tout moyen d'action* », précise-t-il. Le risque de rupture de la relation commerciale peut également être anticipé⁴⁷⁴ et craint en cas de refus lors des négociations, ce qui ne mettrait pas le partenaire dans la position de négocier effectivement, mais il appartient toutefois au demandeur d'en rapporter la preuve⁴⁷⁵.

⁴⁷⁰ M. BEHAR TOUCHAIS, « Quand un grand distributeur est victime d'un abus de position dominante de son fournisseur », *LEDICO*, 2020, n°3, p. 2 : « Suite à l'échec des négociations commerciales entre ITM et Coca-Cola pour 2020, Coca-Cola a arrêté brutalement (avec un préavis de 9 jours dont 5 ouvrés) les livraisons de ses produits à ITM le 2 janvier 2020, alors que les relations commerciales entre les deux parties existaient depuis plusieurs dizaines d'années, et qu'ITM avait fait en 2019 un chiffre d'affaires de 165 millions d'euros auprès de Coca-cola. Le Président du tribunal de commerce de Paris, statuant en référé, relève qu'un refus de vente et une rupture brutale de relations commerciales peuvent constituer un abus de position dominante. ».

⁴⁷¹ Concernant les dispositions spécifiques aux produits agricoles et aux denrées alimentaires, l'art. L.443-8 du Code com. est ainsi modifié : « II.-A titre expérimental, pour une durée de trois ans, à défaut de convention conclue au plus tard le 1^{er} mars ou dans les deux mois suivant le début de la période de commercialisation des produits ou des services soumis à un cycle de commercialisation particulier, le fournisseur peut : 1° Soit, en l'absence de contrat nouvellement formé, mettre fin à toute relation commerciale avec le distributeur, sans que ce dernier puisse invoquer la rupture brutale de la relation commerciale au sens du II de l'article L. 442-1 du code de commerce ; 2° Soit demander l'application d'un préavis conforme au même II. Les parties peuvent également saisir le médiateur des relations commerciales agricoles ou le médiateur des entreprises afin de conclure, sous son égide et avant le 1^{er} avril, un accord fixant les conditions d'un préavis, qui tient notamment compte des conditions économiques du marché sur lequel opèrent les parties. » ; A.C MARTIN, « Egalim 3 et dispositif expérimental en cas d'absence d'accord au 1^{er} mars : un déséquilibre chasse l'autre ! », *LEDICO* mai 2023, n°5, p. 2.

⁴⁷² CA Paris, 11 septembre 2013, n°11/17941 ; CA Paris, 18 septembre 2013, n°12/03177 ; CA Paris, 18 décembre 2013, n°12/00150 et Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387 ; CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 ; CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784.

⁴⁷³ CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187 ; v. ant. CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 : « Certes, la menace d'éviction des linéaires d'un des grands distributeurs n'est pas sans conséquence, même pour les gros fournisseurs, mais il est notable que ceux-ci arrivent aussi à imposer des restrictions de concurrence et ne sont pas dépourvus de moyens d'action. ».

⁴⁷⁴ Pour un rejet, CA Paris, 17 juin 2020, n°18/19175 : « La société TSO logistique [...] ne démontre pas que la société Henkel France l'aurait soumise à des obligations créant un déséquilibre manifeste, ni qu'elle aurait obtenu, par une menace de rupture des relations, des conditions manifestement abusives concernant les prix ou les modalités de service. ».

⁴⁷⁵ CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323. Pour un rejet en raison de preuves insuffisantes : CA Paris, 13 juin 2018, n°15/14893 ; CA Paris, 23 janvier 2019, n°16/15888 et Cass. com., 11 mai 2022, n°19-16.749 ; CA

76. *La capacité à attendre.* Les économistes recherchent la patience dont une partie peut faire preuve lors des discussions⁴⁷⁶. Une société qui peut se permettre d'attendre, de faire durer la négociation (notamment, en raison des ressources dont elle dispose : financières, économiques, etc.) et qui peut parvenir, par usure, à contraindre l'autre partie, voit son pouvoir de négociation renforcé⁴⁷⁷, et inversement si l'autre partie est plus faible⁴⁷⁸. Ainsi, la firme puissante pourra user de stratégies (par exemple, retarder son entrée en négociation ou faire perdurer inlassablement les discussions) pour faire céder plus rapidement son partenaire.

À notre connaissance, ce facteur n'est pas repris usuellement par les juges dans leurs décisions pour apprécier le pouvoir de négociation des parties. Néanmoins, dans l'affaire *GEEPF*⁴⁷⁹, un fournisseur a déclaré qu'il était en mesure de refuser certaines clauses du contrat car il disposait d'une trésorerie suffisante pour se le permettre lors des discussions.

77. *L'existence d'investissements déjà réalisés pour la relation litigieuse.* Les économistes s'intéressent notamment à la problématique du *hold-up*. La pratique du *hold-up* apparaît lorsqu'un acteur économique a consenti une dépense irréversible (*sunk cost*) et dédiée (*specific assets*) pour construire une relation commerciale particulière⁴⁸⁰. Du fait de cette dépense irréversible et/ou dédiée (aussi entendue comme spécifique), il peut devenir prisonnier de cette relation commerciale, ce qui peut également le placer dans une position de faiblesse lors des discussions⁴⁸¹. Le fournisseur initial sait qu'il pourra difficilement changer de partenaire, car ce dernier ne sera pas nécessairement intéressé par l'investissement spécifique qu'il a effectué pour le premier partenaire. Par ailleurs, il sait qu'il subira un coût de transfert relativement important s'il parvient à conclure un nouveau contrat, car la dépense effectuée en amont de cette relation sera réputée irréversible et pourra ne pas être rentabilisée. Si le montant

Paris, 27 juin 2019, n°18/07576 et Cass. com., 7 juillet 2021, n°19-22.807 ; CA Paris, 17 juin 2020, n°18/19175. CA Paris, 10 septembre 2020, n°18/01327 ; CA Paris, 26 janvier 2022, n°20/04761.

⁴⁷⁶ A. PEKAR LEMPEREUR, « L'évolution des rapports de force en négociation. Dix cas de revirement », *Revue française de gestion*, vol. 153, n° 6, 2004, p. 125-140 ; L. BENZONI, P.Y. DEBOUDE, *Du déséquilibre significatif dans les relations entre partenaires commerciaux à la puissance d'achat : une perspective économique*, 13 janvier 2015, dispo. sur le site <https://www.teraconsultants.fr>, p. 14 ; J.-C. PEREAU, « A. Rubinstein : le maître de négociation », *Négociations*, 2012/1, n° 17, p. 9-16 : « Ainsi un joueur plus patient ou moins impatient que son opposant sera en situation d'avoir un pouvoir de négociation plus élevé ; il bénéficiera alors d'un résultat plus profitable. ».

⁴⁷⁷ L. BENZONI, P.Y. DEBOUDE, *Du déséquilibre significatif...*, *ibid.*, p. 14.

⁴⁷⁸ J. LHOMME, « Considérations sur le pouvoir économique et sa nature », *Revue économique*, volume 9, n°6, 1958, p. 859-895 : « Les délais de réaction de la firme faible seront, par hypothèse, limités. Pour des raisons de trésorerie, il ne lui est pas possible de maintenir très longtemps une attitude purement négative : elle doit, ou résister ouvertement - mais le pourra-t-elle ? - ou se soumettre sans plus attendre. ».

⁴⁷⁹ CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323 : « pièce anonymisée n°103-11 : « Le système d'escompte (programme VMF) a été mis en place en 2003. Nous avons essayé de dénoncer en 2007-2008 car nous avons un volume d'affaires important à cette époque mais nous avons reçu une fin de non recevoir. Nous avons un contrat VMF en 2007 que nous avons refusé de signer car nous n'avions pas de problème de trésorerie. Ces modalités d'escompte ont ensuite été intégrées dans leur CGA que nous n'avons pas accepté non plus. ». Cet arrêt a néanmoins été cassé par Cass. com. 11 mai 2022, n°19-22.242 et v. en renvoi CA Paris, 7 juin 2023, n°22/19733.

⁴⁸⁰ L. BENZONI, P. DEBOUDE, *Du déséquilibre significatif...*, *ibid.*, p. 16.

⁴⁸¹ P. REY, J. TIROLE, *La régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs*, Rapport, La Documentation française, Paris, 2000, p. 20-21.

de cet investissement n'a pas été amorti au moment de la négociation du contrat litigieux, la menace d'une rupture de la relation commerciale peut le conduire à accepter des conditions contractuelles qu'il aurait, en l'absence de cet effet, refusées.

Les juges ont déjà tenu compte de ce facteur dans leurs décisions⁴⁸². Par ailleurs, ils ont également retenu que cette dépense ne devait pas être excessive ni relever de la seule volonté de la partie au contrat qui se prétend victime⁴⁸³. Enfin, dans l'affaire *Amazon*, le juge a mis en évidence la difficulté, pratique et onéreuse, pour un vendeur-tiers, de changer de plateforme lorsqu'il entend s'opposer aux clauses contractuelles d'*Amazon*, après avoir préalablement investi sur cette dernière, puisqu'il doit alors s'adapter à la nouvelle plateforme⁴⁸⁴.

78. *L'existence et la durée de relations préexistantes entre les parties.* Le fait que les parties aient contracté dans le passé peut influencer leur pouvoir de négociation puisqu'elles se connaissent, ont déjà travaillé ensemble et peuvent ainsi anticiper les modes de fonctionnement de chacune. C'est d'autant plus le cas lorsqu'elles ont construit une relation de longue durée, ce qui peut les conduire à agir de manière loyale et fidèle dans le futur (voire à créer une dépendance).

Les juges ont pu tenir compte de la durée de la relation entre les parties⁴⁸⁵. Ils ont également tenu compte de l'existence de relations antérieures d'une certaine durée, qui, bien qu'elle participe à la détermination du pouvoir de négociation des parties, n'a pas permis d'établir le premier critère de la pratique du déséquilibre significatif⁴⁸⁶.

79. *Les particularités du produit ou du service proposé.* Lorsqu'un produit possède de nombreuses spécificités, les alternatives dont dispose le partenaire se réduisent, car il existe peu ou pas de produits substituables. Certains produits ne trouvent pas d'alternatives envisageables pour le consommateur. C'est même la stratégie de nombreuses entreprises de chercher à différencier leurs produits de ceux de leurs concurrents et ainsi de bénéficier d'une demande captive⁴⁸⁷. Dans le secteur de la grande distribution, par exemple, le consommateur

⁴⁸² CA Paris, 7 juin 2017, n°15/24846 : « Souhaitant renouveler leurs contrats avec ce réseau réputé, dont l'équivalent était difficile à trouver dans le même segment de marché, et dédiées pendant dix ans de façon exclusive à ce réseau où elles avaient investi, elles étaient en position défavorable et dissymétrique dans les discussions relatives à la poursuite des relations commerciales. ».

⁴⁸³ CA Paris, 11 janvier 2019, n°17/00234, arrêt non cassé sur ce point par Cass. com., 10 février 2021, n°19-14.273.

⁴⁸⁴ TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625.

⁴⁸⁵ CA Paris, 7 juin 2017, n°15/24846.

⁴⁸⁶ CA Paris, 26 janvier 2022, n°20/04761 : « Compte tenu de l'ancienneté des relations d'affaires entre les parties et du fait que la société Pulvorex réalisait 70% de son chiffre d'affaires avec Albea Alkmaar, la société Pulvorex était bien dans une situation de dépendance économique vis à vis du groupe Albea et que la négociation du contrat de distribution avait un enjeu particulièrement important pour elle. [...] [Mais] il ne ressort ni des conditions de la relation commerciale pendant la période de dénonciation du contrat de distribution, ni de la teneur des échanges entre les parties pendant cette période, une absence effective d'impossibilité de négociation de la part de la société Pulvorex, ni de menace ou pression particulière par le groupe Albea notamment de rupture de la relation commerciale qui s'est poursuivie, pour forcer l'acceptation par la société Pulvorex d'un contrat de distribution manifestement déséquilibré. »

⁴⁸⁷ M.L. ALLAIN, C. CHAMBOLLE. « V. Les relations entre producteurs et distributeurs », Claire Chambolle éd., *Économie de la distribution*, La Découverte, 2003, p. 77-98.

tient le distributeur pour responsable des produits proposés dans ses linéaires, ce qui peut réduire son pouvoir de négociation. Par ailleurs, plus un professionnel détient un nombre important de références ou de produits spéciaux, plus ce dernier revêt un intérêt pour son partenaire, car il lui fait « gagner » du temps, voire de l'argent, soit en lui évitant de signer avec une multitude de professionnels, soit en lui proposant des produits garantissant un attrait chez le consommateur.

Dans l'affaire *Carrefour*, la Cour de cassation a recherché si les fournisseurs ne bénéficiaient pas d'un pouvoir de négociation renforcé en raison du nombre important de références qu'ils proposaient⁴⁸⁸. Le juge met toutefois en garde contre cette situation dans l'affaire *Bricorama*⁴⁸⁹. Par la suite, les juges ont également admis l'impact sur le pouvoir de négociation d'une partie produisant un produit ou fournissant un service très spécifique⁴⁹⁰. Plus récemment, les juges ont mis en évidence le peu d'acteurs susceptibles de proposer le produit ou service particulier pour démontrer le déséquilibre du rapport de force entre les parties⁴⁹¹.

80. *Le coût relatif des concessions contractuelles.* Si une concession contractuelle s'avère très onéreuse pour un professionnel, ce dernier, s'il décide d'y consentir, pourra éventuellement bénéficier d'un pouvoir de négociation accru pour la suite des négociations. En effet, ce professionnel sera alors plus réticent à accepter d'autres concessions ou pourra exiger des contreparties à hauteur de sa concession⁴⁹². Néanmoins, il se peut que les professionnels développent des stratégies visant à créer de fausses attentes, pour ensuite fournir de fausses concessions, accordant ainsi stratégiquement de la valeur à leur partenaire pour accroître leur pouvoir de négociation⁴⁹³.

⁴⁸⁸ Cass. com., 4 octobre 2016, n°14-28.013.

⁴⁸⁹ CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221 : « Face aux grandes surfaces de bricolage, [...] bon nombre [des fournisseurs], commercialisent des produits volumineux ou des gammes très étendues, ce qui rend les places dans les linéaires d'autant plus rares. Dans ce cadre général d'asymétrie des rapports de force, la société Bricorama négocie. ».

⁴⁹⁰ CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323 : « C'est donc le rapport de force entre les fournisseurs et sous-traitants de la société GEEPF sur le territoire français, dans le secteur de la fabrication de ces produits très spécifiques à très haute technologie qui doit être examiné par la cour. », cet arrêt a néanmoins été cassé par Cass. com. 11 mai 2022, n°19-22.242 et v. en renvoi CA Paris, 7 juin 2023, n°22/19733 ; TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625 : « Un site ne proposant que quelques catégories de produits d'une seule marque a peu d'attrait pour le consommateur qui sait que sur une place de marché il pourra trouver des produits équivalents de plusieurs marques, de plusieurs références (taille,...), à des prix différents et que surtout il pourra faire plusieurs courses (différents produits) en un seul "clic". ».

⁴⁹¹ CA Paris, 18 novembre 2020, n°19/04765.

⁴⁹² I. W. ZARTMAN, « Construire des compromis not compromising », *Négociations*, vol. 21, n° 1, 2014, p. 161-170 : « Comme dans la concession, ce que l'une des parties gagne, l'autre le perd ; mais la perte est compensée par le gain accordé par la partie opposée. Il correspond à deux concessions jumelées, pour un équilibre réciproque. La clef de cet équilibre est l'équivalence des objets échangés (Pruitt, 1981) ; c'est là où résident les difficultés dans la recherche d'un compromis not compromising. ».

⁴⁹³ T. ALFREDSON, J. HOPKINS, A. CUNGU, « Théorie et pratique de la négociation : Approche de la littérature », *Programme de formation aux politiques de la FAO*, janvier 2008 : « Selon Zartman, cette approche (qu'il qualifie de procédurale) considère la négociation "comme un processus d'apprentissage où les parties réagissent au comportement de concession de l'autre" (Zartman, 1978). Vues sous cet angle, les négociations consistent en une série de concessions, qui marquent des étapes. Les deux parties s'en servent pour signaler leurs intentions et inciter leur adversaire à faire bouger sa position. Elles "utilisent leurs propositions à la fois pour répondre à la contre-proposition précédente et pour influencer sur la suivante. Les propositions deviennent elles-mêmes un exercice de pouvoir" (Zartman, 1978). ».

À notre connaissance, les juges ne prennent pas en compte cette démonstration en tant que telle. Néanmoins, ils ont pu retenir que certains acteurs, jugés puissants, formulaient certaines concessions, démontrant seulement une négociation « à la marge »⁴⁹⁴ ; dès lors, il ne s'agissait pas de concessions suffisantes pour établir une négociation effective.

iv. Le pouvoir de négociation d'un professionnel dans l'absolu

81. *La prise en compte des forces intrinsèques au professionnel pour analyser son pouvoir de négociation.* Un professionnel peut détenir un pouvoir de négociation dans l'absolu, c'est-à-dire de manière objective, en ne s'intéressant qu'à des critères qui lui sont propres. Nous nous intéresserons aux facteurs suivants : la taille du professionnel, les capacités financières et les performances commerciales.

82. *La taille du professionnel.* D'après l'OCDE, la taille d'une entreprise⁴⁹⁵ peut être un facteur important de la valeur de son option de sortie, puisque « *plus l'acheteur est de grande taille, plus il sera facile pour lui d'élargir son gisement de fournisseurs potentiels* », et « *moins il est onéreux, sur une base unitaire, de changer de fournisseur si ce changement comporte un coût fixe* »⁴⁹⁶. Ainsi, comme le retient l'OCDE dans son analyse, « *les petits acheteurs négocient à la marge, où les coûts sont plus élevés, tandis que les gros acheteurs négocient de plus gros volumes pas à la marge, le coût marginal moyen étant alors inférieur. En conséquence, les gros acheteurs sont en mesure de négocier les plus fortes ristournes* »⁴⁹⁷. Ainsi, l'OCDE précise que « *un gros acheteur pourra exercer son pouvoir de négociation sur le fournisseur parce que ce dernier éprouvera des difficultés à trouver des acheteurs disposés à payer autant pour les volumes achetés par le gros acheteur. En retirant ses ordres, un gros acheteur est en mesure d'infliger une perte plus que proportionnelle au fournisseur* ». Par conséquent, « *plus l'acheteur est de grande taille, plus l'option extérieure du vendeur sera réduite* »⁴⁹⁸. L'appartenance d'une société à un groupe d'une certaine envergure permet également de renforcer son pouvoir de négociation. Elle peut bénéficier des conseils, de la notoriété et des financements de ce dernier. Par ailleurs, dans le secteur de la grande distribution notamment, les acheteurs ont accru stratégiquement leur taille en se rassemblant *via* des centrales d'achat, pour renforcer leur pouvoir de négociation face aux fournisseurs⁴⁹⁹.

⁴⁹⁴ Ref. Th. §133 et s.

⁴⁹⁵ La taille d'un professionnel peut se mesurer de diverses manières, devant être combinées. L'art. 51 de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a introduit un classement des entreprises en quatre catégories : les microentreprises, les petites et moyennes entreprises (PME), les entreprises de taille intermédiaire (ETI) et les grandes entreprises. Le décret n°2008-1354 du 18 décembre 2008 mentionne plusieurs critères, à savoir, l'effectif correspondant au nombre d'unités de travail par année (UTA), le chiffre d'affaires annuel et le total de bilan, permettant de déterminer l'appartenance à une catégorie d'entreprises. V. site : <https://www.economie.gouv.fr/cedef/definition-petites-et-moyennes-entreprises>.

⁴⁹⁶ OCDE, *Monopsony and Buyer power*, Compte rendu de discussion, policy round tables, DAF/COMP2008, p.100 et s.

⁴⁹⁷ OCDE, « *Monopsony and Buyer power, ...* », *ibid.*, p.100 et s.

⁴⁹⁸ OCDE, « *Monopsony and Buyer power, ...* », *ibid.*, p.100 et s.

⁴⁹⁹ M.L. ALLAIN, R. AVIGNON, C. CHAMBOLLE, H. MOLINA, « Les centrales d'achat : quels enjeux de concurrence ? », *Notes IPP*, n°79, février 2022.

Les juges admettent l'importance de prendre en compte la taille des parties pour apprécier le rapport de force entre elles⁵⁰⁰. Ainsi, ils ont retenu que la taille d'une partie au contrat peut, lorsqu'elle est importante, lui permettre de contracter librement⁵⁰¹. Néanmoins, la taille d'une partie, aussi grande soit-elle, n'a pas toujours été suffisante pour contrebalancer le pouvoir de soumission de son partenaire⁵⁰². Ils ont admis que l'appartenance à un groupe vient renforcer la puissance d'une partie au contrat *a priori* plus faible⁵⁰³. Or, dans le passé, l'appartenance à un grand groupe pour les fournisseurs, dans le secteur de la grande distribution dominé par des groupes de distributeurs puissants, n'était pas suffisante pour contrebalancer le pouvoir de négociation du partenaire⁵⁰⁴. Néanmoins, dans l'affaire *ITM Alimentaire*⁵⁰⁵, les juges sont revenus sur cette position. Ils ont également estimé que l'appartenance à un groupe renforçait la puissance d'une partie déjà établie⁵⁰⁶.

83. *Les capacités financières et les performances commerciales.* Par exemple, en cas de rupture des négociations, l'OCDE estime que si l'acteur n'est pas suffisamment capitalisé (puisque financièrement fragile), il peut ne pas disposer des ressources nécessaires pour survivre pendant qu'il recherche des sorties alternatives⁵⁰⁷. Elle en déduit que l'accès à son option extérieure et par conséquent son pouvoir de négociation seront relativement faibles. Par ailleurs, la recherche du chiffre d'affaires d'un professionnel permet d'analyser le volume d'affaires généré par son activité courante et ainsi d'apprécier la dimension, la performance et la part de marché dans un secteur, établissant ainsi son pouvoir économique⁵⁰⁸.

Les juges ont retenu l'importance du chiffre d'affaires d'une partie, lui conférant une force lors des négociations du contrat⁵⁰⁹. Ils tiennent également compte de la trésorerie, du *cash-flow*, des investissements⁵¹⁰, du capital⁵¹¹ et du bénéfice⁵¹² d'un professionnel. Par ailleurs, les juges ont

⁵⁰⁰ Cass. com., 7 juillet 2021, n°19-22.807.

⁵⁰¹ CA Paris, 24 mai 2019, n°17/08357 ; CA Paris, 27 juin 2019, n°18/07576.

⁵⁰² CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784 : « Face à cet opérateur, les hôtels, quelle que soit leur taille, sont dépourvus de tout moyen de pression. ».

⁵⁰³ CA Paris, 11 janvier 2019, n°17/00234, arrêt non cassé sur ce point par Cass. com., 10 février 2021, n°19-14.273 ; CA Paris, 6 novembre 2019, n°18/03352.

⁵⁰⁴ CA Paris, 18 septembre 2013, n°12/03177 : « 3 % des fournisseurs seulement constituant de grands groupes [...] même ces fournisseurs importants ne peuvent se permettre d'être déréférencés par un distributeur comme Leclerc. ». CA Paris, 18 décembre 2013, n°12/00150 et Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387.

⁵⁰⁵ CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 : « Certains fournisseurs, qui constituent des grands groupes, peuvent résister à l'imposition d'une clause qui leur est défavorable » et Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823 ; CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187.

⁵⁰⁶ TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625.

⁵⁰⁷ OCDE, *Monopsony and Buyer power*, Compte rendu de discussion, policy round tables, DAF/COMP 2008, p. 102.

⁵⁰⁸ Définition de chiffre d'affaires comme constitué de la somme des ventes de marchandises, de produits fabriqués, des prestations de services et des produits des activités annexes. Dispo. sur le site : <https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1703>.

⁵⁰⁹ CA Paris, 1^{er} octobre 2013, n°12/01301 ; CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221; Cass. com., 26 avril 2017, n°15-27.865 ; CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/0487 ; TC Paris, 2 septembre 2019, n° 2017050625.

⁵¹⁰ TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625.

⁵¹¹ CA Paris, 19 avril 2019, n°16/14293.

⁵¹² TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625.

également retenu que si un professionnel ne dispose pas d'un chiffre d'affaires suffisant, il lui sera plus difficile de supporter les coûts d'un changement de partenaire⁵¹³.

84. *Conclusion.* Précédemment, nous avons listé plusieurs facteurs, sans prétendre être exhaustifs, jugés susceptibles, tant par les économistes que par les juges, d'affecter le pouvoir de négociation des parties au contrat. L'analyse de ces facteurs met en évidence les forces ou faiblesses qui confèrent au professionnel un pouvoir ou une absence de pouvoir lors des négociations, pour faire connaître et accepter sa volonté vis-à-vis de son partenaire. Cette analyse permettra ensuite de déterminer si un professionnel disposait d'un pouvoir de soumission vis-à-vis de son partenaire et, par conséquent, la capacité de ce dernier à être soumis. Certes, certains facteurs influencent plus fortement le rapport de force entre les parties, néanmoins, l'accumulation de plus « petits » facteurs peut toutefois modifier ce rapport. Ainsi, ne pas tenir compte d'un des facteurs du pouvoir de négociation précités implique de ne pas tenir compte de la potentielle force ou faiblesse qu'il procure à son détenteur. La recherche et l'analyse de ces facteurs nous paraissent donc primordiales. Or, nous avons vu que ces facteurs peuvent évoluer en fonction du contexte, des concurrents, du partenaire concerné et dans l'absolu. C'est pourquoi, nous avons classé ces facteurs affectant le pouvoir de négociation d'un professionnel dans quatre catégories. Elles mettent en évidence l'importante diversité et subjectivité des facteurs influençant le pouvoir de négociation. Cette analyse, pour être réaliste et donc efficace, doit être effectuée pour chaque partenaire commercial, car le rapport de force entre les parties ne saurait être généralisé en présence d'un professionnel à l'égard de ses nombreux partenaires.

c) Le droit du déséquilibre significatif doit procéder à une analyse efficace du pouvoir de soumission d'une partie sur une autre

85. *La nécessité de procéder à une analyse plus réaliste et donc plus efficace du pouvoir de soumission entre les parties.* Nous avons vu qu'un pouvoir de soumission était établi lorsqu'une partie pouvait soumettre l'autre partie. Elle doit donc en avoir la capacité et cette autre partie doit pouvoir être soumise. Ainsi, il appartient au juge d'analyser le pouvoir de soumission entre les parties au cas par cas, en confrontant leur pouvoir de négociation (i). Pour être en mesure d'apprécier correctement ce pouvoir de négociation, les juges devraient s'appuyer sur un faisceau d'indices pertinents (ii). Enfin, nous verrons que la démonstration d'un rapport de force déséquilibré entre les parties est insuffisante : il faut vérifier l'existence d'un pouvoir de soumission entre elles (iii).

i. Seule une analyse réaliste et au cas par cas du pouvoir de négociation peut conduire à une analyse efficace du rapport de force entre les parties

86. *Les juges doivent confronter les pouvoirs de négociation des parties au contrat pour appréhender l'existence d'un pouvoir de soumission.* Nous avons retenu que l'existence d'un pouvoir de soumission d'une partie sur une autre devait être un critère déterminant pour

⁵¹³ TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625.

établir la pratique. Si les juges ont admis, dans certaines décisions, qu'il convenait de procéder à l'analyse du pouvoir économique des deux parties au litige⁵¹⁴, en pratique, nous avons vu qu'ils avaient bien souvent tendance à limiter leur analyse à une seule partie au contrat. Or, il n'est pas réaliste d'affirmer qu'une partie dispose d'un pouvoir de négociation suffisant pour soumettre son partenaire sans vérifier si ce dernier pouvait être soumis. Il importe d'analyser les forces respectives de chaque partie au contrat, soit leur pouvoir économique, pour évaluer objectivement leur pouvoir de négociation lors des discussions. La confrontation de ces pouvoirs de négociation, à travers le rapport de force entre les parties, permettra de déterminer si l'une d'elles disposait d'un pouvoir de soumission sur l'autre partie avant de conclure à l'existence d'un comportement déloyal lors des négociations⁵¹⁵. Les juges doivent alors procéder obligatoirement, dans chaque décision, à l'analyse du rapport de force entre les parties s'ils souhaitent fournir une analyse efficace de la soumission et de sa tentative.

Il est vrai que les juges ne procèdent pas à l'analyse du pouvoir économique, et donc de l'équilibre du rapport de force entre les parties, lorsqu'elle n'est pas suffisamment démontrée par celles-ci⁵¹⁶. Toutefois, il leur appartient d'inviter, par leur pratique, les parties à fournir les informations nécessaires pour procéder à cette analyse. Il s'agit là d'un préalable nécessaire. En effet, prendre le risque de sanctionner un acteur pour avoir prétendument soumis son partenaire alors qu'il n'existait pas de véritable pouvoir de soumission entre les parties peut porter atteinte au bon fonctionnement de l'économie.

87. *Les juges doivent procéder à une analyse au cas par cas, même en présence de plusieurs demandeurs.* Nous avons vu que les juges ont pu, dans certaines décisions, déduire de la puissance économique d'une partie l'importance de son pouvoir de négociation à l'égard de ses nombreux partenaires, jugés plus faibles et donc incapables de négocier. Cette analyse suffisait à établir la soumission ou sa tentative. Les juges admettent même qu'ils procèdent à une déduction⁵¹⁷. Ainsi, ils ne procédaient pas à une analyse au cas par cas mais retenaient une analyse générale du rapport de force entre les parties, s'appliquant à l'ensemble des prétendues victimes.

⁵¹⁴ CA Paris, 11 janvier 2019, n°17/00234 mais cassé partiellement sur un autre fondement Cass. com., 10 février 2021, n°19-14.273 ; CA Paris, 26 juin 2020, n°18/23070 ; CA Paris, 1^{er} juillet 2020, n°18/16622 ; CA Paris, 8 juillet 2021, n°18/27045 ; CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/06627.

⁵¹⁵ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Quand les juges du second degré viennent contenir le déséquilibre significatif », *RDC*, septembre 2014, n°3, p. 413 : « Une présomption dogmatique de soumission du fournisseur au grand distributeur nous paraît néfaste. Le juge devrait examiner le cas de chaque fournisseur et vérifier si, effectivement, il n'a pas eu de pouvoir de négociation. Cet examen, qui pourrait aller vite pour les petites entreprises ne disposant pas de produits "incontournables", devrait être fait de manière plus attentive, pour les grands groupes ou les entreprises disposant d'un produit dont le grand distributeur ne peut pas se passer. ».

⁵¹⁶ CA Paris, 1^{er} juillet 2020, n°18/22344 ; CA Paris, 1^{er} juillet 2020, n°18/16622 ; CA Paris, 1^{er} juillet 2020, n°18/16850 ; CA Paris, 24 juin 2020, n°18/03322 ; CA Paris, 19 novembre 2020, n°17/09510 : « La société Lener Cordier ne justifie pas de son chiffre d'affaire global ce qui ne permet pas de déterminer si elle est dépendante de la société Camaïeu et d'évaluer son pouvoir de négociation. ».

⁵¹⁷ Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387 : s'appuyant sur la structure du secteur de la grande distribution, marquée par un rapport de force, par nature, déséquilibré : « La cour d'appel, qui n'a pas procédé par affirmation générale, a pu en déduire que les fournisseurs avaient été soumis aux exigences du GALEC, caractérisant ainsi l'existence d'une soumission. » ; de même, Cass. com., 4 octobre 2016, n°14-28.013 ; CA Paris, 7 janvier 2021, n°18/17376.

Or, nous avons vu que cette méthode d'analyse pouvait être assimilée à une présomption, ici d'un rapport de force déséquilibré entre les parties. Si le principe même de la présomption vise à faciliter la charge de la preuve pour le demandeur au détriment du défendeur qui doit apporter la preuve contraire, nous avons vu que les juges prenaient le risque de sanctionner un innocent, ce qui peut affecter le bon fonctionnement de l'économie. Dans le secteur de la grande distribution, en particulier alimentaire, la présomption d'un rapport de force automatiquement déséquilibré entre fournisseurs et distributeur, un temps admise, a pu ensuite être remise en cause⁵¹⁸. Néanmoins, une présomption de rapport de force déséquilibré entre les parties, en présence d'une multitude de victimes, existe encore dans la jurisprudence⁵¹⁹. Pourtant, des acteurs pourraient bénéficier d'une sanction de leur partenaire pour soumission, alors même qu'ils n'étaient pas en mesure d'être soumis lors des discussions. Protéger une partie qui n'a pas besoin de l'être conduit à outrepasser les motivations d'une intervention étatique dans la sphère économique. Ainsi, procéder à une analyse efficace de la soumission ou de sa tentative implique que les juges vérifient le rapport de force entre les parties au litige, et ce, y compris lorsqu'il existe une multitude de prétendues victimes. La question se pose également lorsqu'il existe plusieurs coupables, notamment lorsque d'autres sociétés du groupe sont déclarées responsables pour avoir participé à la réalisation de la convention litigieuse⁵²⁰.

En pratique, il devrait appartenir au demandeur, y compris au ministre de l'Économie qui s'appuie sur la faiblesse d'une pluralité d'acteurs, de démontrer que toutes les parties étaient bien en mesure d'être soumises car elles ne disposaient pas des forces suffisantes pour s'opposer à la volonté du défendeur. Le défendeur pourra apporter la preuve contraire et démontrer qu'un de ses partenaires disposait d'un pouvoir de négociation lui permettant d'exclure la soumission. Or, l'analyse du pouvoir de négociation des parties, permettant d'établir un pouvoir de soumission entre elles, doit être suffisamment détaillée pour qu'elle soit effectuée correctement.

ii. *L'analyse du pouvoir de négociation des parties doit être fondée sur un faisceau d'indices*

88. *L'impossibilité de procéder à une analyse complète du pouvoir de négociation des parties.* Si, comme nous l'avons vu précédemment, il convient d'analyser le pouvoir de négociation de chaque partie au litige, y compris en présence d'une multitude de victimes, nous avons souligné également que le pouvoir de négociation pouvait être déterminé à l'aide d'un

⁵¹⁸ CA Paris, 20 déc. 2017, n°13/04879 et Cass. com., 20 nov. 2019, n°18-12.823. V. égal. CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187. Par opp. : CA Paris, 4 juillet 2013, n°12/07651 et Cass. com., 29 septembre 2015, n°13-25.043 ; CA Paris, 18 septembre 2013, n°12/03177 ; CA Paris, 18 déc. 2013, n°12/00150 et Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387 ; CA Paris, 1^{er} juillet 2015, n°13/19251 ; CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 et Cass. com., 4 octobre 2016, n°14-28.013.

⁵¹⁹ Par ex., TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123 : « Quand bien même des candidats franchisés auraient pu renoncer à traiter avec Subway et choisir un autre franchiseur, Subway n'en aurait pas moins tenté de les soumettre [...]il résulte des seules circonstances qui ont été précédemment décrites l'impossibilité de négocier pour les franchisés, alors qu'ils se trouvent placés dans la dépendance économique et sous la domination du franchiseur Subway. » ; v. égal. CA Paris, 7 janvier 2021, n°18/17376.

⁵²⁰ V. not. pour des sociétés du groupe, CA Paris, 15 mars 2023, n° 21/13481.

grand nombre de facteurs. En effet, les économistes C. GOETHALS, A. VINCENT et M. WUNDERLE précisent que les ressources à l'origine du pouvoir économique « *peuvent être de nature fort différente* »⁵²¹. Ces nombreux facteurs peuvent chacun affecter le pouvoir de négociation des parties et ainsi permettre d'apprécier, de manière réaliste, l'équilibre du rapport de force entre elles. Pourtant, il apparaît évident que les juges ne peuvent pas vérifier l'ensemble de ces facteurs dans leurs décisions. En effet, les coûts de recherche et d'analyse pourraient dépasser les avantages perçus, c'est-à-dire l'éviction d'un risque d'erreur dans la condamnation. Il convient alors de rassembler plusieurs facteurs, facilement accessibles, sans que cette recherche ne soit trop coûteuse, pour se rapprocher, autant que possible, d'une analyse réaliste du rapport de force entre les parties : il s'agit d'utiliser un faisceau d'indices.

89. *Les juges doivent s'appuyer sur un faisceau d'indices pour apprécier le pouvoir de négociation des parties.* Le déséquilibre dans le rapport de force implique qu'une partie dispose d'un plus faible pouvoir de négociation que celui de son partenaire. *A contrario*, lorsque le rapport de force est équilibré, les parties détiennent toutes deux un pouvoir de négociation équivalent. En pratique, le juge pourra s'appuyer sur un faisceau d'indices pour démontrer un rapport de force déséquilibré entre les parties au contrat. Un faisceau d'indices se définit comme un ensemble d'indices qui, par leur convergence, permettent de prouver un fait juridique ou un acte juridique⁵²².

Les juges ont reconnu l'utilité d'un faisceau d'indices pour apprécier le pouvoir de négociation des parties⁵²³. Néanmoins, de nombreuses décisions n'y font pas référence, soit parce qu'elles ne procèdent pas à l'analyse du pouvoir de négociation des parties et à la confrontation de leurs forces pour vérifier un pouvoir de soumission, soit parce qu'elles ne citent que quelques facteurs, voire un seul, pour apprécier le pouvoir de négociation des parties, ce qui ne peut être démonstratif d'un faisceau d'indices. Si, comme nous l'avons vu, il apparaît impossible, ou à tout le moins difficile, de rechercher et d'analyser l'ensemble des facteurs du pouvoir de négociation, il n'est pas non plus efficace de se limiter à un seul facteur de force ou de faiblesse pour apprécier le rapport de force entre les parties. Par exemple, il ne suffit pas de comparer le capital des parties pour déterminer qui peut soumettre et qui peut être soumis, contrairement à ce qui a pu être jugé⁵²⁴. Un professionnel peut disposer d'un capital plus élevé que celui de son partenaire mais se placer en situation de faiblesse lors des négociations du contrat, car le produit proposé par ce dernier est incontournable. Bien que les économistes procèdent à une analyse poussée du pouvoir économique des parties pour connaître leur pouvoir de négociation, à travers différents facteurs, les juges ne retiennent pas toujours les mêmes facteurs et ne fournissent pas toujours une analyse détaillée, ce qui démontre une approche irrégulière. En

⁵²¹ C. GOETHALS, A. VINCENT, M. WUNDERLE, « Le pouvoir économique », *Dossiers du CRISP*, vol. 82, n° 2, 2013, p. 11-119, §13.

⁵²² M. BRILLE-CHAMPAU, *Retour sur le faisceau d'indices*, Focus sur..., Dalloz Actu Étudiant, 22 avril 2021.

⁵²³ TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625.

⁵²⁴ CA Paris, 19 avril 2019, n°16/14293 : « L'intimée qui n'allègue pas un tel rapport de force, étant observé que la SNIE est une société anonyme au capital de 1.000.000 euros alors que la société Foliatteam est une société au capital de 380.000 euros, et ne fait pas la preuve que la société Foliatteam lui a imposé la conclusion du contrat du 1^{er} avril 2010 de maintenance téléphonique d'une installation fixe. »

effet, il semble que les juges sélectionnent des facteurs du pouvoir de négociation soit parce qu'ils ont été invoqués au départ par les parties, soit en raison de la particularité du secteur concerné⁵²⁵, soit selon leur approche judiciaire. Pourtant, la détermination réaliste du rapport de force entre les parties est cruciale pour établir, avec le plus de certitude possible, une soumission.

Mais alors, comment choisir ces facteurs ? Plus on utilisera un nombre important de facteurs, plus on se rapprochera d'une analyse réaliste du rapport de force entre les parties, donc de leur pouvoir de négociation. Notons toutefois que les facteurs listés précédemment ne sont pas exhaustifs ; il s'agit d'une sélection de facteurs apparaissant utiles pour cette démonstration. Ainsi, d'autres facteurs, et notamment de nature différente, par exemple matériels, humains ou technologiques, pourraient être utilisés. L'important est de démontrer la réalité du pouvoir de négociation des parties dans l'affaire, objet du litige. Rappelons que si ces facteurs permettent d'analyser le pouvoir de négociation des parties, il n'est pas nécessaire de vérifier qu'ils sont tous remplis, car cela impliquerait un coût important. En effet, la recherche d'un nombre aussi important de facteurs constitue un coût élevé, en termes financiers et temporels, car ils impliquent une recherche poussée n'étant pas à la portée de tous. Ainsi, s'il apparaît inefficace de contraindre le demandeur à utiliser un nombre important de facteurs, il est également inefficace de lui permettre de choisir les facteurs qui l'avantagent au détriment de son partenaire. Rappelons que dans un litige, les comportements opportunistes sont habituels. Fort heureusement, le défendeur peut lui-même apporter la démonstration de facteurs distincts permettant de modifier le rapport de force, tel que présenté par la partie adverse, et ainsi tenter d'établir un pouvoir de négociation équilibré entre les parties, excluant la soumission.

iii. Les juges doivent rechercher un pouvoir de soumission et non un simple rapport de force déséquilibré entre les parties

90. *Le pouvoir de soumission est plus qu'un rapport de force déséquilibré.* Le pouvoir de soumission implique un fort pouvoir de négociation puisqu'il permet à une partie d'imposer sa volonté au détriment de la volonté de l'autre partie disposant d'un plus faible pouvoir de négociation⁵²⁶. Il implique donc un rapport de force déséquilibré entre les parties. Or, une partie peut disposer d'un plus faible pouvoir de négociation que son partenaire sans pour autant être soumise lors des discussions, puisqu'elle n'est pas totalement dépourvue d'un pouvoir de négociation⁵²⁷. Il apparaît même plutôt rare, en pratique, de parvenir à un rapport de force parfaitement équilibré entre les parties, avec des pouvoirs de négociation strictement équivalents. Ainsi, tous les rapports de force déséquilibrés (sans égalité parfaite des pouvoirs de négociation) ne sont pas nécessairement représentatifs d'un pouvoir de soumission. Le

⁵²⁵ On pense notamment aux secteurs de la grande distribution, de l'hôtellerie en ligne ou de la vente en ligne, qui ont fait l'objet de décisions remarquées et fournissent une analyse plutôt détaillée du rapport de force entre les parties.

⁵²⁶ M.C. MITCHELL, T. DELANNOY, « Abus de puissance contractuelle et pratiques commerciales restrictives », *AJCA*, 2015, p. 504.

⁵²⁷ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le choc des Titans : Existe-t-il des fournisseurs assez puissants pour contrebalancer la puissance d'achat de la grande distribution ? » in *Mélanges Philippe Le Tourneau*, 2008, LGDJ, p. 53.

pouvoir de soumission résulte donc d'un rapport de force déséquilibré entre les parties, mais celui-ci n'entraîne pas nécessairement un pouvoir de soumission.

En effet, un pouvoir de négociation plus faible que celui du cocontractant n'induit pas nécessairement l'absence totale de pouvoir lors des négociations et donc de moyens d'action pour faire valoir sa volonté dans le contenu contractuel. Sans pour autant disposer d'un pouvoir de négociation équivalent à celui de son partenaire, y compris lorsqu'il s'agit d'un partenaire incontournable ou bien dont il est dépendant, le professionnel peut disposer de certaines forces lui conférant un pouvoir de négociation lors des discussions. Les juges ont pu retenir que si les gros fournisseurs prenaient en effet le risque d'être déréférencés ou de rompre la relation commerciale avec un puissant distributeur, ce qui aurait des conséquences économiques importantes pour eux, ils n'étaient pas pour autant dépourvus de tout pouvoir de négociation et pouvaient faire valoir leur volonté⁵²⁸. Les juges ont ainsi admis qu'en présence de forces économiques dissemblables, une partie n'était pas forcément dépourvue de tout pouvoir de négociation⁵²⁹.

Ainsi, la démonstration d'un pouvoir de soumission implique de démontrer un important déséquilibre dans le rapport de force entre les parties, c'est-à-dire qu'une partie disposait d'un pouvoir de négociation très faible, voire nul, vis-à-vis de son partenaire puisqu'elle ne pouvait pas faire entendre et respecter sa volonté lors des discussions.

91. *Les juges doivent composer un faisceau d'indices en utilisant un ensemble de facteurs qu'ils jugent déterminants sans pour autant se limiter à certains facteurs.* Il n'existe, en principe, aucune hiérarchie dans les facteurs du pouvoir de négociation des parties, ces derniers pouvant même être alternatifs⁵³⁰.

Or, les juges ont opposé divers facteurs dans leurs décisions pour apprécier le rapport de force entre les parties. Par exemple, il a pu être retenu que le pouvoir de négociation d'un distributeur, tiré de sa place sur le marché et de la structure de ce dernier qui lui est favorable, pouvait être compensé par le pouvoir de négociation de son partenaire, tiré de sa puissance économique, du nombre important de références qu'il propose ou de son caractère incontournable⁵³¹. Par ailleurs, les juges ont également retenu, dans le secteur de la grande distribution, marqué par un rapport de force par nature déséquilibré entre fournisseurs et distributeurs, qu'un fournisseur

⁵²⁸ CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 et Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823. *A contr.* pour une analyse ant., v. CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 ; Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387.

⁵²⁹ CA Paris, 11 janvier 2019, n°17/00234 : « Il n'est pas valablement contesté que les parties disposent de forces économiques dissemblables [...] Bizcom elle-même est certes une petite structure exerçant son activité sous la forme d'une société à responsabilité limitée, mais elle est filiale d'une société Bizcom International Inc. de droit californien dont elle bénéficie des conseils et des garanties. Les pièces produites par Bizcom au soutien du moyen de la soumission ne caractérisent pas comment la puissance de HP a pesé dans la phase pré contractuelle de telle sorte que les clauses incriminées ou les pratiques mises en œuvre par HP prévoyant un déséquilibre significatif lui ont été imposées. », cassé partiellement sur un autre fondement Cass. com., 10 février 2021, n°19-14.273.

⁵³⁰ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le nouveau théorème d'Archimède : des partenaires qui sont réciproquement incontournables négocient librement et échappent tous deux au déséquilibre significatif », *RDC*, 2017 n° 01, p. 81.

⁵³¹ CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 et Cass. com., 4 octobre 2016, n°14-28.013.

pouvait néanmoins disposer d'un pouvoir de négociation vis-à-vis des distributeurs du fait de l'appartenance à un groupe, de sa taille, de son pouvoir de marché, de son chiffre d'affaires, des marques incontournables qu'il propose et de la part du chiffre d'affaires retirée du contrat litigieux⁵³². Les juges ont également confronté le pouvoir de négociation des deux parties, en établissant la puissance de l'une d'elles à travers son chiffre d'affaires et la part du chiffre d'affaires représentée par le contrat litigieux face à la faiblesse mesurée de son partenaire, puisqu'il détenait néanmoins un pouvoir de négociation du fait de son appartenance à un groupe, d'une absence de dépendance et d'une exclusivité⁵³³. Par ailleurs, ils ont également pu analyser le rapport de force entre les parties au contrat en confrontant uniquement leur capital⁵³⁴. Dans l'affaire *Amazon*, les juges ont confronté l'important pouvoir de négociation de cette dernière, tiré de nombreux facteurs tels que son chiffre d'affaires, son bénéfice, sa réputation, sa gamme de produits, la satisfaction de la clientèle, sa place de marché, son rôle incontournable, son appartenance à un groupe, le fonctionnement du marché face à la faiblesse du pouvoir de négociation de ses partenaires, les vendeurs tiers, tiré de leur chiffre d'affaires, de leur taille et de la part de leurs ventes réalisées avec le contrat litigieux⁵³⁵. Enfin, dans l'affaire *Pizza Sprint*, les juges ont confronté l'important pouvoir de négociation du franchiseur, tiré de sa réputation, de la croissance du secteur, de sa place sur le marché et du fonctionnement de ce dernier, face au faible pouvoir de négociation des franchisés, tiré de leur expérience, de la nature de leur statut commercial, de l'asymétrie d'information, des alternatives dont ils disposent et du nombre de points de vente⁵³⁶. Ainsi, si certains facteurs sont utilisés plus ou moins régulièrement par les juges, lorsqu'ils analysent concrètement le rapport de force entre les parties, il apparaît que le choix des facteurs et leur quantité ne sont pas les mêmes dans toutes les décisions, car ils semblent surtout dépendre des circonstances de l'espèce.

Pourtant, il ne saurait être retenu une hiérarchie générale entre les facteurs du pouvoir de négociation. Si certains facteurs sont particulièrement révélateurs d'un pouvoir de soumission, comme l'existence d'une dépendance, d'une exclusivité, d'un important pouvoir d'achat ou encore le fait de détenir un produit incontournable, l'existence d'un pouvoir de soumission d'une partie sur une autre peut exister même en l'absence d'un de ces facteurs⁵³⁷. Il convient

⁵³² CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 : « Ils ne peuvent être qualifiés de PME ou de TPE. Mis à part les groupes Danone et Mars, dont le pouvoir de marché n'est pas à démontrer, puisqu'ils réalisent des dizaines de milliards d'euros de chiffres d'affaires et s'appuient sur des portefeuilles de marques incontournables pour tout distributeur, le fournisseur Conserves de France a en effet déclaré avoir réalisé en 2008 un chiffre d'affaires total de 228,6 millions d'euros, dont 19,6 millions d'euros avec les sociétés poursuivies (correspondant à 8,57% de son activité) [...] » et Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823.

⁵³³ CA Paris, 11 janvier 2019, n°17/00234, cassé en partie sur un motif de procédure, Cass. com., 10 février 2021, n°19-14.273, et arrêt de renvoi, CA Paris, 29 octobre 2021, n°21/08400.

⁵³⁴ CA Paris, 19 avril 2019, n°16/14293.

⁵³⁵ TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625.

⁵³⁶ CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/00737.

⁵³⁷ Par opp. v. M. BEHAR-TOUCHAIS, « Soumettre ou ne pas soumettre, telle est la question », *RDC*, 2020, n°1, p. 39 : « La soumission et donc l'absence de négociation effective peuvent résulter tout simplement du fait que le partenaire (qui ne menace pas) est incontournable. [...] Le seul cas où le contractant retrouve sa liberté face à un partenaire incontournable, c'est si ce dernier ne peut pas non plus se passer de lui. Les juges tiennent compte de ce caractère incontournable du contractant, et considèrent que l'on ne négocie pas librement quand le contractant est incontournable. ».

donc de s'appuyer sur une pluralité de facteurs, sans se limiter à certains facteurs jugés suffisants.

92. *Analyse spécifique du facteur de dépendance.* Les juges ont utilisé, dans de nombreuses décisions, la démonstration d'une dépendance économique, notamment à travers l'existence d'alternatives disponibles pour la prétendue victime. Le facteur de dépendance économique (ou même juridique) renvoie à l'ancien critère utilisé par le Code de commerce, qui a été utilement supprimé au profit de celui de soumission⁵³⁸. En effet, la démonstration d'une dépendance économique était difficile à apporter, ce qui faisait perdre de l'efficacité à cette réglementation. Pourtant, les juges ont maintenu la recherche de ce facteur lorsqu'ils procèdent à l'analyse du rapport de force entre les parties. Une partie placée en situation de dépendance vis-à-vis de son partenaire pourrait être en capacité de se soumettre lors des discussions, puisque cette situation la rend, *a priori*, plus vulnérable lors des négociations. Les juges ont notamment étudié l'existence d'une dépendance économique à travers plusieurs autres facteurs dont l'ancienneté des relations⁵³⁹, l'importance de la part de marché du partenaire⁵⁴⁰, l'existence d'alternatives ou l'absence d'exclusivité⁵⁴¹ et la part du chiffre d'affaires réalisée avec la partie au contrat⁵⁴². On peut néanmoins se demander si le fait d'être placé en position de dépendance économique vis-à-vis de son partenaire implique automatiquement l'incapacité totale de s'opposer à la volonté de celui-ci lors des discussions. Le pouvoir de négociation d'une partie en situation de dépendance est-il pour autant nul et ne lui permet-il pas de négocier effectivement ? *A contrario*, l'absence de dépendance d'une partie, car elle dispose d'alternatives possibles, implique-t-elle nécessairement l'absence de soumission ?

Là encore, l'utilité d'une recherche détaillée et réciproque des pouvoirs de négociation des parties, à travers l'analyse de leur rapport de force, apparaît déterminante. En effet, si une société est certes placée en position de faiblesse lors des négociations, du fait d'une dépendance vis-à-vis de son partenaire, elle n'est pas nécessairement dépourvue de tout pouvoir de négociation et peut parvenir à imposer sa volonté pour s'opposer à une soumission. Il convient d'étudier le pouvoir de négociation de l'autre partie⁵⁴³ et de vérifier si la partie puissante lui a

⁵³⁸ F. MARTY, P. REIS. « Une approche critique du contrôle de l'exercice des pouvoirs privés économiques par l'abus de dépendance économique », *Revue internationale de droit économique*, vol. xxvii, n° 4, 2013, p. 579-588 : « Même si la notion d'abus de dépendance économique ne figure plus dans le corps du texte, substantiellement elle est présente dans la mesure où la soumission conduisant à un déséquilibre significatif ne peut en pratique exister que s'il y a état de dépendance économique, le résultat de la soumission étant un abus caractérisé par le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Cette disposition, qualifiée de révolutionnaire, car s'inspirant du droit de la consommation et notamment du contrôle des clauses abusives a été utilisée avec l'action autonome du ministre de l'Économie pour sanctionner ce qui substantiellement n'était que des abus de dépendance économique. ».

⁵³⁹ CA Paris, 26 janvier 2022, n°20/04761.

⁵⁴⁰ CA Paris, 29 janvier 2014, n°12/08976.

⁵⁴¹ CA Paris, 29 janvier 2014, n°12/08976 ; CA Paris, 22 mars 2017, n°14/11255. CA Paris, 5 juillet 2017, n°15/05450 ; CA Paris, 11 janvier 2019, n°17/00234 ; CA Paris, 22 janvier 2020, n°18/10242 ; CA Paris, 18 novembre 2020, n°19/12813.

⁵⁴² CA Paris, 29 janvier 2014, n°12/08976 ; CA Paris, 18 novembre 2020, n°19/12813 ; CA Paris, 15 avril 2021, n°18/19313 ; CA Paris, 6 mai 2021, n°19/06400 ; CA Paris, 26 janvier 2022, n°20/04761.

⁵⁴³ CA Paris, 8 juillet 2021, n°18/27045 : « Il sera rappelé que la seule puissance économique de l'un des partenaires ne suffit pas à établir l'existence d'un rapport de forces déséquilibré. ».

permis de négocier effectivement⁵⁴⁴. D'autres facteurs du pouvoir de négociation peuvent renforcer son pouvoir de négociation et ainsi compenser, en totalité ou en partie, la faiblesse résultant de l'existence d'une dépendance. De même, l'autre partie, bien qu'elle bénéficie d'un pouvoir de négociation renforcé car son partenaire est dépendant, peut également disposer de faiblesses, y compris une dépendance réciproque à cette relation. Par exemple, dans le secteur de la grande distribution, les juges estimaient, dans le passé, que les fournisseurs supportaient, lors des négociations, le pouvoir des distributeurs dont ils ne pouvaient pas se passer ; ils n'étaient donc pas en mesure de négocier effectivement⁵⁴⁵. Les juges ont ensuite modifié cette analyse et précisé que certains fournisseurs, plus puissants, pouvaient néanmoins disposer de certaines forces leur conférant un pouvoir de négociation et donc un moyen d'action lors des négociations⁵⁴⁶.

Ainsi, si la réunion de plusieurs facteurs ne permet pas nécessairement d'établir un pouvoir de soumission, *a contrario*, l'absence d'un facteur ne permet pas non plus d'exclure le pouvoir de soumission. Comme le retiennent les Professeurs J.-C. RODA et F. BUY, l'existence d'alternatives offertes à une partie, donc l'absence de dépendance de cette dernière, pourrait certes lui permettre de ne pas conclure le contrat litigieux, mais cela n'exclut pas nécessairement sa soumission à l'autre partie⁵⁴⁷. Si les juges ont souvent limité l'analyse du rapport de force à la démonstration d'une situation de dépendance entre les parties⁵⁴⁸, elle pouvait toutefois s'avérer insuffisante pour établir un pouvoir de soumission⁵⁴⁹. Ils ont également pu admettre qu'un acteur économique pouvait être en mesure d'être soumis à son partenaire même s'il n'était pas en situation de dépendance et disposait d'alternatives⁵⁵⁰. En

⁵⁴⁴ CA Paris, 26 janvier 2022, n°20/04761 : « De son côté la société Pulvorex, qui certes n'était pas dans une position favorable au regard de sa situation de dépendance économique et de la teneur initiale des propositions du groupe Albea, ne justifie cependant d'aucune contre-proposition concrète, ni d'amendements du projet de contrat qui auraient été refusés par la société Albea et de nature à révéler l'intransigeance alléguée de cette dernière. ».

⁵⁴⁵ CA Paris, 18 décembre 2013, n°12/00150 et Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387.

⁵⁴⁶ Cass. com., 4 octobre 2016, n°14-28.013 ; CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 et Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823.

⁵⁴⁷ J.-C. RODA, F. BUY, « La franchise au crible du déséquilibre significatif (quand Bercy s'invite chez Subway) », *AJ Contrat*, 2020, p. 543 : « S'il est exact que l'absence d'alternative peut nourrir l'idée qu'il y aurait soumission, on ne voit pas en quoi, à l'inverse, l'existence d'un choix alternatif ferait nécessairement obstacle à la soumission. Lors d'un renouvellement de contrat, par exemple, le poids des investissements réalisés peut très bien entamer la force de négociation du distributeur (les économistes parlent ici d'un risque de "hold-up"), alors même qu'il pourrait exister sur le marché des solutions de substitution. ».

⁵⁴⁸ Ex. : CA Paris, 5 juillet 2017, n°15/05450 ; CA Paris, 22 janvier 2020, n°18/10242 ; CA Paris, 17 juin 2020, n°18/19175 ; TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123 ; CA Paris, 18 novembre 2020, n°19/04765 ; CA Paris, 19 novembre 2020, n°17/09510 ; CA Paris, 7 avril 2021, n°19/13527 ; CA Paris, 6 mai 2021, n°19/06400 ; CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/06627.

⁵⁴⁹ CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 : « Certes, la menace d'éviction des linéaires d'un des grands distributeurs n'est pas sans conséquence, même pour les gros fournisseurs, mais il est notable que ceux-ci arrivent aussi à imposer des restrictions de concurrence et ne sont pas dépourvus de moyens d'action » et Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823. À lire en parallèle de l'arrêt rendu, ant. CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 : « Si certains fournisseurs disposent de parts de marché importantes leur donnant un pouvoir de négociation, cependant tous sont dépendants des commandes des distributeurs pour vendre leur production et peu d'entre eux peuvent se permettre d'être déréférencés par un distributeur. ».

⁵⁵⁰ CA Paris, 19 janvier 2018, n°16/11167 : « Même si la société PIXTEL pouvait reporter tout ou partie de ses investissements publicitaires sur le portail d'accès d'autres opérateurs de téléphonie, elle pouvait avoir néanmoins un besoin d'apparaître aussi sur le portail Bouygues Télécom en fonction des caractéristiques des produits qu'elle souhaitait offrir à la vente » et Cass. com., 26 janvier 2022, n°20-10.897. V. égal. CA

effet, d'autres facteurs, au-delà de celui de dépendance, peuvent, seuls ou combinés, amener une partie à être soumise, par exemple la réputation, les coûts engagés dans le cadre d'une précédente relation notamment si elle est de longue durée, l'aversion au risque, etc.

C'est pourquoi, une analyse détaillée, réciproque et au cas par cas est nécessaire pour établir le pouvoir de soumission d'une partie sur une autre. Le juge pourra alors trancher entre les démonstrations du demandeur et celles du défendeur pour déterminer lui-même le rapport de force entre les parties et, partant, leur pouvoir de négociation. C'est à travers un faisceau d'indices que les juges seront en mesure d'établir le pouvoir de soumission, sans qu'il soit recommandé, selon nous, de se limiter à la démonstration d'un seul facteur, y compris lorsqu'il est jugé déterminant comme l'est le facteur de dépendance. Le juge pourrait éventuellement, et seulement si c'est efficace, exiger une enquête supplémentaire afin de rechercher de nouveaux facteurs s'ils permettent de se rapprocher le plus possible de la réalité du pouvoir de négociation des parties. Il convient, *in fine*, de ne sélectionner que les facteurs de force qui sont pertinents en l'espèce. Pour déterminer les facteurs utiles, on peut s'aider, par exemple, d'une analyse retenue en sciences sociales par D. MERCIER et E. OIRY, qui s'appuient sur une méthode permettant de déterminer les éléments du contexte pouvant influencer ou non, de manière pertinente, un processus. Ils soulignent que « *la méthode de la permutation [...] consiste à imaginer la manière dont le processus se serait déroulé si cet élément n'avait pas été présent. Si le processus est significativement différent, cela signifie que cet élément est un ingrédient du processus. S'il ne l'est pas, cet élément est un simple élément et il ne tient pas une place majeure dans l'analyse* » ; « *cette méthode de la permutation implique nécessairement une interprétation et fait que les résultats ne sont valides que sur un champ de pertinence. Ils ne sont jamais universels* »⁵⁵¹. On pense également à l'analyse contrefactuelle, notamment utilisée en droit de la concurrence, pour envisager ce qui serait advenu, quel serait l'état d'une situation, si ce comportement ou cet acte litigieux n'avait pas existé⁵⁵². De telles analyses pourraient être utilisées pour déterminer les facteurs pertinents, car susceptibles d'apprécier le pouvoir de négociation, et permettre *in fine* d'établir si une partie pouvait soumettre son partenaire.

93. *Conclusion.* Nous avons vu que le pouvoir de soumission est plus qu'un rapport de force déséquilibré entre les parties. Si un pouvoir de soumission résulte d'un rapport de force déséquilibré entre les parties, celui-ci n'entraîne pas nécessairement un pouvoir de soumission.

Paris, 5 janvier 2022, n°20/00737 : « L'enseigne Pizza Sprint (90 points de vente essentiellement dans l'ouest de la France) occupe une place importante aux côtés de Pizza Hut (106 points de vente en France) et la Boîte à Pizza (136 points de vente en France). [...] [Mais] le défaut d'information sur le fonctionnement réel du réseau, la position prépondérante du franchiseur sur les franchisés entrepreneurs individuels, l'attractivité apparente du réseau et les nombreux contrats types identiques signés, sont autant d'éléments mettant en évidence l'absence de marge réelle de négociation du contrat de franchise Pizza Sprint par les candidats à la franchise, et ce même pour certains franchisés ayant ouvert successivement plusieurs points de vente. ».

⁵⁵¹ D. MERCIER, E. OIRY, « Le contexte et ses ingrédients dans l'analyse de processus : conceptualisation et méthode », in *Mendez A., Processus. Concepts et méthode pour l'analyse temporelle en sciences sociales*, Academia Bruylant, Louvain La Neuve, 2010, p. 19-26.

⁵⁵² F. HOFFMANN, « Probabilité et droit de la concurrence », *RFDA*, 2011, p. 531. Il s'agit de démontrer qu'en l'absence de cet élément, la situation aurait été différente. Ainsi, la situation préjudiciable constatée ne pourrait résulter que de cet élément. Un lien de causalité entre cet élément et la situation pourrait donc être établi.

En effet, si les parties peuvent disposer de pouvoirs de négociation non équivalents, il n'existe pas nécessairement un pouvoir de soumission d'une partie sur une autre. La partie qui détient un plus faible pouvoir de négociation n'est pas nécessairement dépourvue de tout pouvoir de négociation et peut, malgré sa faiblesse, faire entendre et respecter sa volonté. Ainsi, pour établir la soumission d'une partie sur une autre, encore faut-il démontrer qu'une partie détenait un pouvoir de soumission et que l'autre partie pouvait réellement être soumise. La démonstration d'un pouvoir de soumission implique de démontrer un important déséquilibre dans le rapport de force entre les parties, c'est-à-dire qu'une partie disposait d'un pouvoir de négociation très faible, voire nul, vis-à-vis de son partenaire puisqu'elle ne pouvait pas faire entendre et respecter sa volonté lors des discussions. Dès lors, il importe d'analyser, de manière réaliste et donc efficace, le pouvoir de soumission d'une partie sur une autre. Pour ce faire, nous recommandons de procéder à un faisceau d'indices. Nous estimons que la seule démonstration d'un facteur du pouvoir de négociation ne saurait suffire à établir un pouvoir de soumission. Si certains facteurs sont particulièrement révélateurs d'un pouvoir de soumission, comme l'existence d'une dépendance, d'une exclusivité, ou encore, le fait de détenir un produit incontournable, un pouvoir de soumission peut exister même en l'absence de ces facteurs. Par ailleurs, un acteur économique, même placé en situation de dépendance, n'est pas nécessairement dépourvu de tout pouvoir de négociation et peut, dans certaines situations, s'opposer à une soumission. Les juges doivent donc composer un faisceau d'indices, appliqué à chaque partie au contrat, en utilisant un ensemble de facteurs qu'ils jugent déterminants en l'espèce. Il appartient au demandeur d'apporter la preuve d'un pouvoir de soumission d'une partie sur une autre. Le juge pourra alors trancher entre les démonstrations du demandeur et celles du défendeur pour déterminer lui-même le rapport de force entre les parties. Il pourra éventuellement, et seulement si c'est efficace, exiger une enquête supplémentaire afin de rechercher de nouveaux facteurs s'ils permettent de se rapprocher le plus possible de la réalité du pouvoir de négociation des parties. Pour déterminer les facteurs utiles au cas d'espèce, certaines méthodes pourraient être utilisées, comme la méthode de la permutation ou celle de l'analyse contrefactuelle.

II. L'ABSENCE D'UN POUVOIR DE SOUMISSION ENTRE LES PARTIES DEVRAIT ÉCARTER LA SANCTION D'UNE SOUMISSION ET DE SA TENTATIVE

94. *Il convient de tirer, de manière efficace, les conséquences de l'absence d'un pouvoir de soumission entre les parties.* Nous avons mis en évidence l'importance de démontrer un pouvoir de soumission entre les parties afin d'être en mesure d'apprécier correctement l'existence d'une soumission effective. Or, lorsqu'il n'existe aucun pouvoir de soumission entre les parties, que l'autre partie ne peut pas être soumise car elle dispose d'un contre-pouvoir suffisant, alors il convient d'en tirer les conséquences. Nous verrons que l'absence d'un pouvoir de soumission doit écarter la recherche d'une soumission effective (A). Nous verrons également que l'absence d'un pouvoir de soumission pourrait même conduire le législateur à supprimer la sanction des tentatives de soumission sur le fondement du déséquilibre significatif, et à tout le moins, à améliorer son analyse par les juges (B).

A. L'absence d'un pouvoir de soumission entre les parties écarte l'existence d'une soumission

95. *L'absence d'un pouvoir de soumission d'une partie sur une autre devrait conduire à écarter l'existence d'une soumission.* Rappelons que l'objectif du législateur était initialement de lutter contre les abus des distributeurs à l'encontre des fournisseurs dans la grande distribution, notamment alimentaire⁵⁵³. Il entendait particulièrement renforcer l'efficacité de la réglementation en place dans le but de protéger la partie faible au contrat contre les abus de la partie puissante⁵⁵⁴. Rappelons que la soumission est un terme fort qui implique qu'un acteur a été contraint de se placer sous la domination de son partenaire au détriment de sa volonté⁵⁵⁵. Nous avons vu qu'un pouvoir de soumission était plus qu'un rapport de force déséquilibré entre les parties. Il convient de vérifier que le pouvoir de négociation d'une partie lui a permis d'imposer sa volonté et que l'autre partie disposait d'un pouvoir de négociation insuffisant pour lui permettre de s'opposer et de faire respecter sa volonté. La pratique du déséquilibre significatif serait inefficace si elle permettait de protéger une partie qui n'a pas besoin de l'être. C'est ce que retiennent les économistes en préconisant de vérifier un pouvoir de contrainte avant d'analyser concrètement son exercice. Ils nuancent également l'efficacité d'un système de présomption conduisant à établir une soumission du fait de l'existence d'un pouvoir de soumission (a). Or, les juges ont pu se limiter, dans le passé, à la démonstration d'un rapport de force déséquilibré pour présumer d'une soumission ou de sa tentative. *A contrario*, ils ne déduisent pas nécessairement l'absence de soumission d'une absence de pouvoir de soumission (b). Nous proposons de modifier l'analyse juridique pour s'assurer qu'elle exclut automatiquement l'existence d'une soumission en l'absence de pouvoir de soumission d'une partie sur une autre. *A contrario*, lorsqu'il existe un pouvoir de soumission, on pourrait en déduire une présomption de soumission. Néanmoins, nous verrons que ce système n'est pas efficace et qu'il appartient au demandeur de démontrer l'existence d'une soumission effective (c).

a) *Les économistes recommandent de procéder à une analyse efficace en vérifiant la réalisation effective de l'infraction*

96. *Les économistes préconisent de procéder à une analyse efficace, ce qui implique de s'assurer de la réalité de l'infraction.* Lorsque le pouvoir économique permet la contrainte, celle-ci peut être effective ; à défaut, s'il ne permet pas la contrainte, il ne peut y en avoir (i).

⁵⁵³ Assemblée nationale, Session ordinaire de 2007-2008, Compte rendu intégral, Deuxième séance du jeudi 12 juin 2008.

⁵⁵⁴ Assemblée nationale, Session ordinaire de 2007-2008, Compte rendu intégral, Deuxième séance du jeudi 12 juin 2008. M. Jean-Paul Charié, le rapporteur pour la LME, rappelle que la libération de la négociation est complétée par un renforcement du contrôle de l'équilibre contractuel. En effet, il estime que : «Grâce à ce contrat, nous pourrons, avec les services du ministère et d'autres intervenants, vérifier qu'il n'y a pas de déséquilibres entre les obligations ou entre les deux parties. Et, grâce à cela, nous pourrons, je m'y engage, ainsi que le Gouvernement, rétablir un équilibre entre petites et grandes entreprises, même si [...] il y aura toujours des rapports de force. Mais ce ne sera plus, comme c'est malheureusement le cas depuis quinze ans, la loi de la jungle. ».

⁵⁵⁵ Dictionnaire en ligne, Larousse, soumettre et ses synonymes, contraindre et imposer.

Par ailleurs, si l'existence d'un pouvoir économique permettant la contrainte est établie, on pourrait éventuellement présumer la réalisation effective d'une contrainte lors des discussions, dès lors qu'il existe un déséquilibre contractuel au profit de la partie puissante et au détriment de la partie faible. Toutefois, les économistes apportent des nuances importantes quant à l'effectivité d'une présomption en la matière (ii).

i. *L'existence d'un pouvoir économique insuffisant pour contraindre une partie conduit à exclure l'effectivité d'une contrainte*

97. Une partie disposant d'un pouvoir économique ne lui permettant pas de contraindre effectivement l'autre partie ne peut être accusée de l'avoir finalement contrainte. Comme nous l'avons vu, les économistes C. GOETHALS, A. VINCENT et M. WUNDERLE renvoient au caractère volontaire et conscient dans l'exercice du pouvoir économique⁵⁵⁶. De même, l'économiste J. LHOMME définit le pouvoir, au sens général, comme la capacité consciente d'exercer une influence nette⁵⁵⁷. Il insiste sur l'importance d'avoir conscience des forces que détient un acteur économique pour qu'il dispose d'un pouvoir économique. Il ajoute que « la contrainte [...] suppose une résistance préalable, qu'il y a lieu de vaincre. En ce sens elle n'a rien de primaire, elle n'est qu'une réaction »⁵⁵⁸. Il estime que la contrainte ne s'applique qu'à celui qui est récalcitrant ; c'est seulement en ce sens que le pouvoir revêtirait une dimension contraignante. Il ajoute qu'en ne se concentrant que sur la contrainte, on fait du pouvoir économique un élément supplétif, éventuel, alors qu'il s'agit d'un état normal qu'il ne faut pas assimiler automatiquement à une contrainte. Ainsi, la force devient un pouvoir économique lorsque l'acteur qui en bénéficie en prend conscience, et elle conduit à une contrainte lorsqu'elle est utilisée consciemment afin de vaincre une résistance extérieure. En ce sens, elle peut conduire à une soumission, synonyme de contrainte, puisqu'elle permet consciemment à une partie d'imposer sa volonté au détriment de celle de l'autre partie au contrat. L'analyse économique a également établi une distinction entre le pouvoir économique, soit la conscience d'une force en puissance, et la domination, qui serait inconsciente et constituerait uniquement un état de fait⁵⁵⁹. C'est pourquoi, la contrainte découle d'un pouvoir économique et non d'une simple domination factuelle, car elle démontre la volonté consciente d'utiliser sa force pour vaincre une résistance. Or, le pouvoir économique doit être dissocié de la contrainte dès lors qu'il ne vise pas à vaincre consciemment une résistance. Puisque le pouvoir économique peut exister indépendamment de la contrainte, un acteur peut détenir un pouvoir économique, soit la conscience d'une force en puissance, sans en faire usage pour

⁵⁵⁶ C. GOETHALS, A. VINCENT, M. WUNDERLE, « Le pouvoir économique », dans *Dossiers du CRISP* 2013/2, (n° 82), p. 11-119, §10.

⁵⁵⁷ J. LHOMME, « Considérations sur le pouvoir économique et sa nature », *Revue économique*, vol. 9, n°6, 1958, p. 866 et s. : « Ce qui par-delà la force, caractérise le pouvoir économique, c'est la conscience (cf. von Wieser) d'une force en puissance (cf. Bierstedt). Rappelons encore qu'il s'agit là d'une capacité ou faculté » ; « un pouvoir qui ne serait pas conscient ne serait pas un véritable pouvoir ».

⁵⁵⁸ J. LHOMME, « Considérations sur... », *ibid.*, p. 862.

⁵⁵⁹ J. LHOMME, « Considérations sur... », *ibid.*, p. 860 : « C'est là toute la différence entre le pouvoir et la domination, au sens où l'entend F. Perroux » dès lors « qu'il parle seulement de l'effet de domination en économie. Il ajoute que cet effet s'exerce de A sur B, abstraction faite de toute intention particulière de A. Pour lui, donc, l'effet de domination peut être aussi bien conscient qu'inconscient ; il fonctionne de façon en quelque sorte mécanique ».

vaincre une résistance. Le pouvoir économique utilisé aux fins de contraindre est bien une réaction face à une résistance et non un automatisme. Par ailleurs, si le fait de contraindre se traduit par le fait de vaincre une résistance et qu'un acteur économique ne peut réussir à contraindre son partenaire, il détient certes un pouvoir économique, mais celui-ci n'est, en l'occurrence, pas contraignant. Cet acteur a alors tenté de contraindre en usant consciemment de sa force pour vaincre la résistance de son partenaire, mais son pouvoir économique était insuffisant pour y parvenir.

Appliqué aux discussions sur les termes d'un contrat, un pouvoir économique contraignant, pouvant être entendu comme un pouvoir de soumission, permet à son détenteur de vaincre une résistance, c'est-à-dire d'imposer sa volonté au détriment de celle de son partenaire. Ce dernier est bien contraint de se soumettre à l'autorité de la partie puissante. Si elle ne parvient pas à contraindre l'autre partie, c'est que cette dernière disposait d'un contre-pouvoir empêchant la contrainte. Dès lors, cette dernière ne saurait *a posteriori* prétendre avoir été contrainte alors que l'autre partie ne disposait d'aucun pouvoir économique contraignant à son égard. Une tentative de contrainte peut néanmoins être établie.

ii. *L'existence d'une présomption de contrainte entre les parties ne saurait être réellement efficace*

98. *L'utilité d'une présomption au sens économique.* La présomption peut être de nature légale ou judiciaire. En l'absence de présomption légale en la matière, on s'intéresse aux présomptions judiciaires. Comme l'explique l'OCDE⁵⁶⁰, on peut également distinguer entre les présomptions réfragables, où une partie peut démontrer que l'inférence tirée de la présomption est incorrecte, et les présomptions irréfragables, qui ne peuvent pas être contestées. Par ailleurs, il peut s'agir de présomptions de procédure (utilisées à des fins de procédure⁵⁶¹), de fond (qui ne tirent pas d'inférences factuelles d'un autre fait mais estiment que certains faits produisent certains effets juridiques tels qu'une infraction au droit de la concurrence⁵⁶²) ou de preuve⁵⁶³. Pour la présente analyse, on s'intéresse tout particulièrement aux présomptions de preuve. Les présomptions de preuve ou « inférences » permettent d'établir un fait précis par référence à un autre fait. La présomption de preuve se traduit par un transfert partiel de la charge de la preuve incombant normalement à une partie vers une autre partie. En effet, elle retient que « *les présomptions de preuve reposent parfois sur la notion que la preuve doit être produite par la*

⁵⁶⁰ OCDE, « Les régimes de protection et les présomptions légales en droit de la concurrence », *Note de référence du Secrétariat*, 5-6 décembre 2017. Notons que les opinions et les interprétations exprimées ne reflètent pas nécessairement les vues de l'OCDE ou des gouvernements de ses pays membres.

⁵⁶¹ OCDE, « Les régimes de protection et les présomptions légales... », *ibid.*, p. 16. L'OCDE retient que l'exemple de présomption de procédure le plus connu est probablement la présomption d'innocence.

⁵⁶² Un comportement peut être présumé enfreindre directement le droit de la concurrence ; p. 18 ref. ndbp préc., l'OCDE prend l'exemple des restrictions par objet, réputées nécessairement produire des effets anticoncurrentiels mais étant souvent décrites comme des présomptions de fond réfragables.

⁵⁶³ OCDE, « Les régimes de protection et les présomptions légales... », *ibid.*, p. 17 : l'OCDE prend l'exemple d'une entreprise, active sur un marché, qui tient compte des informations échangées avec ses concurrents, ce qui constitue un exemple de présomption de preuve d'un comportement illégal. Il s'agit d'une inférence tirée de l'expérience, sous réserve de la preuve contraire qu'il incombe aux entreprises concernées de rapporter.

partie qui peut y accéder plus facilement. Il s'agit du principe de proximité de la preuve »⁵⁶⁴. Une présomption repose sur la possibilité et la probabilité de réalisation d'un fait. Une présomption est créée lorsque les juges partent d'un fait connu et prouvé afin d'en déduire un fait inconnu. La présomption permet donc d'établir un fait non prouvé, mais dont la possibilité et la probabilité de réalisation sont fortes⁵⁶⁵. Ainsi, plus la possibilité et la probabilité de réalisation d'un fait seront fortes, plus l'établissement d'une présomption sera justifié⁵⁶⁶. À ce sujet, l'OCDE estime que la confiance dans la fiabilité des présomptions peut s'expliquer de diverses manières⁵⁶⁷. Par exemple, lorsqu'il existe une expérience antérieure concluante – où on conclut qu'un fait entraîne généralement un autre –, on peut présumer sans risque que ces faits sont liés. L'OCDE précise également que le « *droit de la concurrence élabore généralement les présomptions et régimes de protection à partir des enseignements de la théorie économique dominante relatifs à l'impact économique de certains types de comportements* »⁵⁶⁸. Enfin, elle renvoie au bon sens lorsqu'il est fortement possible et probable qu'un fait puisse découler d'un autre fait ; elle estime que l'autorité responsable peut conclure, sans risque, que le fait est démontré. On retrouve une analyse à peu près similaire en droit, puisque l'article 1382 du Code civil énonce que « *les présomptions qui ne sont pas établies par la loi sont laissées à l'appréciation du juge, qui ne doit les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet la preuve par tout moyen* ». Ainsi, les présomptions ne se justifient qu'à travers le niveau d'intensité de la possibilité et de la probabilité qu'un fait entraîne généralement un autre. Une fois admises, elles procurent des avantages majeurs en matière probatoire et financière.

Si, reprenant le philosophe P. RICŒUR, le Professeur M. MEKKI déclare que « *la recherche du juste est plus importante que la recherche du vrai* »⁵⁶⁹, en matière économique, il est notamment recommandé de rechercher les coûts et avantages d'une décision pour en vérifier l'efficacité. L'analyse coût-avantage est une méthode d'analyse économique qui consiste à comparer l'ensemble des coûts et avantages, généralement exprimés en valeur monétaire, d'un projet donné. Elle est utilisée notamment par l'approche utilitariste. En l'espèce, les avantages d'une présomption de soumission seraient de sanctionner plus facilement des coupables en limitant notamment les coûts de procédure. La présomption constitue un mode de preuve plus facile à apporter car elle n'exige pas une démonstration détaillée. En effet, une présomption est utile notamment lorsque la preuve est difficile, voire impossible à rapporter, ou bien lorsque sa recherche est coûteuse. Si une présomption démontre que dans la majorité des cas, un fait A produit un fait B, son acceptation permet alors de faciliter la charge probatoire dans un souci d'effectivité de la règle de droit. Exiger d'une partie qu'elle apporte la preuve d'un fait dont la possibilité et la probabilité de réalisation sont fortes entraînerait un coût qui pourrait être jugé inutile. En effet, l'OCDE retient qu'« *il convient alors d'adopter des présomptions car elles*

⁵⁶⁴ OCDE, « Les régimes de protection et les présomptions légales... », *ibid.*, p. 21.

⁵⁶⁵ OCDE, « Les régimes de protection et les présomptions légales... », *ibid.*, p. 18 et s.

⁵⁶⁶ S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, th. droit, Univ. Montpellier, 2018. p. 364 et s.

⁵⁶⁷ OCDE, « Les régimes de protection et les présomptions légales... », *ibid.*, p. 18-19.

⁵⁶⁸ OCDE, « Les régimes de protection et les présomptions légales... », *ibid.*, p. 18-19.

⁵⁶⁹ M. MEKKI, « Regard substantiel sur le "risque de la preuve". Essai sur la notion de charge probatoire », *La preuve : regards croisés*, sous la direction de Mustapha Mekki, Loïc Cadiet et Cyril Grimaldi, Dalloz, 04 mars 2015, p.15.

diminuent les coûts réglementaires sans augmenter, de manière significative, les coûts liés aux erreurs »⁵⁷⁰. Les présomptions favorisent l'effectivité d'une réglementation puisqu'elles garantissent une certaine prévisibilité pour les entreprises et réduisent les coûts de procédure des parties au litige et des autorités compétentes⁵⁷¹. Il est alors recommandé d'adopter des présomptions lorsqu'elles sont moins coûteuses plutôt que de procéder à des recherches et analyses détaillées. Par ailleurs, l'établissement d'une présomption de preuve repose en général sur l'idée que celle-ci doit être produite par la partie susceptible d'y accéder le plus facilement. Il appartient alors au défendeur d'apporter la preuve contraire du fait établi par la présomption, sous réserve que celle-ci soit réfragable, ce qui est fortement recommandé afin de limiter le risque d'erreur.

99. *Une nuance doit être apportée concernant l'utilité d'une présomption lorsqu'elle comporte un important risque d'erreur de jugement.* Utiliser le mécanisme de présomption entraîne un risque de sanctionner des « faux coupables ». Le mécanisme de présomption n'est pas fiable à 100%, sinon, il ne s'agirait pas d'une présomption. Inversement, ce mécanisme pourrait conduire à libérer un « faux innocent ». Le mécanisme de présomption crée donc une généralité qui prend nécessairement le risque d'être retenue au détriment de cas contraires, même exceptionnels. C'est pourquoi, les présomptions ne semblent pas appropriées lorsqu'il est peu possible et peu probable que l'événement recherché se produise. En effet, s'il n'est pas certain qu'un fait A conduise généralement à un fait B, alors l'usage des présomptions sera déconseillé car elles risquent de produire des erreurs. On peut alors se demander s'il faut privilégier un mécanisme facilitant les sanctions au risque de sanctionner un innocent (par exemple, à travers une présomption de soumission) ou bien faciliter l'exclusion d'une infraction, dont la démonstration concrète n'est pas apportée, au risque de libérer un coupable (par exemple, en exigeant la preuve d'une soumission effective).

En l'espèce, on peut s'interroger sur l'utilité et l'efficacité d'une présomption de contrainte d'une partie sur une autre. Cette présomption serait tirée d'un pouvoir de contrainte, tel que développé précédemment, permettant à une partie de contraindre l'autre partie, sans que la contrainte effective soit démontrée. On présumerait alors des comportements des parties lors des négociations en déduisant que la partie puissante aurait nécessairement contraint la partie plus faible. Nous avons vu que le mécanisme de présomption était très utile car il permettait de réduire les coûts de recherche et d'analyse du demandeur et du juge, en faisant reposer la charge de la preuve contraire sur le défendeur. Néanmoins, en utilisant une telle présomption, on prend le risque de sanctionner un acteur économique par erreur.

Nous avons vu qu'un mécanisme de présomption n'est pas efficace dès lors qu'il n'existe pas une forte possibilité et une forte probabilité qu'un fait A conduise à un fait B. Par conséquent, s'il n'existe pas une forte possibilité et une forte probabilité qu'un pouvoir de contrainte conduise à une contrainte effective, il est inefficace de maintenir une présomption de contrainte. Une analyse coûts-avantages pourrait mettre en évidence l'inefficacité du mécanisme de

⁵⁷⁰ OCDE, « Les régimes de protection et les présomptions légales en droit de la concurrence », *Note de référence du Secrétariat*, 5-6 décembre 2017, p.18-19.

⁵⁷¹ OCDE, « Les régimes de protection et les présomptions légales... », *ibid.*, p. 21.

présomption. Ainsi, pour vérifier l'efficacité d'une présomption, dans un premier temps, il convient de tenir compte du niveau de probabilité et de possibilité de réalisation du fait non prouvé, la contrainte, puis, dans un second temps, des avantages (réduction des coûts de procédure, prévisibilité pour les entreprises et renforcement de la dissuasion des comportements fautifs) et des coûts (risque d'erreur pouvant avoir des conséquences dommageables pour l'économie) d'une présomption de contrainte, à comparer avec les avantages (pas de sanction d'un faux coupable, ni d'un faux innocent) et les coûts (augmentation des coûts de procédure) de la démonstration effective d'une contrainte.

100. *Conclusion.* Nous avons vu que les économistes recommandaient de procéder à une analyse efficace de l'infraction, ce qui implique de vérifier qu'elle a concrètement eu lieu. Lorsqu'un acteur utilise son pouvoir économique pour vaincre une résistance, en l'occurrence, imposer sa volonté au détriment de celle de l'autre partie, mais n'y parvient pas, il ne dispose pas d'un pouvoir économique suffisamment contraignant. Par conséquent, on en déduit qu'une partie disposant d'un pouvoir économique non contraignant ne peut être accusée d'avoir contraint son partenaire. Ce dernier détenait donc un contre-pouvoir pour empêcher la réalisation effective de la contrainte. Or, si l'existence d'un pouvoir économique permettant à un acteur de contraindre son partenaire est établie, on pourrait éventuellement présumer la réalisation effective d'une contrainte lors des discussions. Toutefois, les économistes apportent des nuances importantes quant à l'effectivité d'une telle présomption. Rappelons qu'ils privilégient l'efficacité d'une réglementation à travers une analyse réaliste. Nous avons vu que les présomptions permettent une certaine prévisibilité pour les entreprises et réduisent les coûts de procédure des parties au litige et des autorités compétentes. Il est alors recommandé d'adopter des présomptions lorsqu'elles sont moins coûteuses plutôt que de procéder à des recherches et analyses détaillées. Les présomptions d'infraction sont également à privilégier lorsqu'il existe un fort taux de probabilité et de possibilité que l'infraction se produise, et à éviter lorsqu'elles comportent un important risque d'erreur de jugement. Rappelons qu'utiliser le mécanisme de présomption entraîne un risque de sanctionner des « faux coupables ». Ce risque d'erreur peut s'avérer préjudiciable pour les parties et le bon fonctionnement de l'économie eu égard aux sanctions importantes qui pourraient être prononcées. Ainsi, conformément à l'analyse économique, nous avons vu que pour vérifier l'efficacité d'une présomption de contrainte, il convient, dans un premier temps, de tenir compte du niveau de probabilité et de possibilité de réalisation du fait non prouvé, la contrainte effective, puis, dans un second temps, des avantages (réduction des coûts de procédure, prévisibilité pour les entreprises et renforcement de la dissuasion des comportements fautifs) et des coûts (risque d'erreur pouvant avoir des conséquences dommageables pour l'économie) d'une présomption de contrainte, à comparer avec les avantages de la démonstration effective d'une contrainte (pas de sanction d'un faux coupable, ni d'un faux innocent, analyse réaliste donc efficace) et les coûts (augmentation des coûts de procédure).

b) *Une prise en compte irrégulière de l'existence d'un rapport de force déséquilibré entre les parties par les juges, pour établir la soumission*

101. *L'analyse judiciaire devrait utiliser plus efficacement le critère du pouvoir de soumission.* Les juges ont, dans le passé, admis l'existence d'une présomption de soumission ou de sa tentative au profit du demandeur. Cette présomption a principalement été développée dans le secteur de la grande distribution. Elle permettait au demandeur, puis au juge, d'établir la soumission ou sa tentative dès lors qu'il existait un contrat-type signé, comprenant des clauses déséquilibrées, et un rapport de force *a priori* déséquilibré entre les parties. Cette présomption, telle que qualifiée par la doctrine, a ensuite été rejetée. En effet, elle ne vérifiait pas l'existence d'une soumission effective entre les parties lors des discussions, mais se contentait de la déduire des circonstances (i). Si les juges ont accordé un pouvoir trop important au critère du rapport de force dans le passé, à travers cette présomption, ils ont ensuite réduit cette analyse à une utilité mineure puisqu'il s'agit, à présent, d'un indice non obligatoire. En effet, nous avons vu que de nombreuses décisions ne traitent pas du rapport de force entre les parties ou bien apportent une analyse peu détaillée et non réaliste. Pourtant, les juges peuvent utiliser efficacement le critère du pouvoir de soumission, à travers l'analyse du rapport de force entre les parties, pour établir la pratique. En effet, ils ont pu, dans certaines décisions, admettre qu'une partie qui ne dispose pas d'un pouvoir de soumission à l'égard de l'autre partie ne peut pas la soumettre. Ainsi, elle ne saurait se prévaloir d'une soumission devant les juges (ii).

i. La reconnaissance antérieure d'une présomption de soumission ou de sa tentative au profit du demandeur

« On a tous tendance à voir dans la force un coupable et dans la faiblesse une innocente victime. »⁵⁷²

102. *L'existence antérieure d'une présomption de soumission ou de sa tentative, principalement dans le secteur de la grande distribution et au profit du demandeur.* Nous avons vu que si les juges n'ont pas retenu expressément l'existence d'une présomption de soumission ou d'une tentative en la qualifiant en tant que telle dans leurs décisions, il a pu être estimé qu'il s'agissait bien d'une présomption en pratique⁵⁷³. En effet, sans rechercher la démonstration concrète d'un comportement établissant la soumission ou sa tentative lors des négociations, les juges ont parfois estimé que la pratique se déduisait nécessairement d'un rapport de force déséquilibré entre les parties et du fait de la présence de clauses conduisant à un déséquilibre significatif. Cette présomption de soumission ou d'une tentative est née en raison de la particularité du secteur de la grande distribution alimentaire où réside, par nature, une importante asymétrie des rapports de force au profit des distributeurs et au détriment des

⁵⁷² M. KUNDERA, *L'insoutenable légèreté de l'être*, Folio, 2020, 480 p.

⁵⁷³ G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Répertoire de droit commercial, Déséquilibre significatif*, mai 2019 (actualisation : novembre 2021), B - Hypothèses de soumission (132 – 135) : « La soumission suppose donc d'apprécier un comportement qui a eu lieu, le plus souvent, avant même la conclusion du contrat. La difficulté probatoire a souvent conduit les juges, dans des situations similaires, à user du mécanisme de la présomption. » ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Du nouveau sur la condition de soumission à un déséquilibre significatif », *LEDICO*, janv. 2017, n°1, p. 2 ; E. GUEGAN, « Déséquilibre significatif : utiles précisions sur la preuve de la soumission ou tentative de soumission », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 25, 18 juin 2020, p. 1236.

fournisseurs⁵⁷⁴. Rappelons que l'introduction d'une clause dans un contrat-type ne constitue pas un comportement de soumission, puisqu'il ne s'agit pas, *a priori*, d'imposer sa volonté au détriment de celle de l'autre partie. Il s'agit d'une proposition puisque le contrat-type est, en principe, un contrat pouvant être négocié⁵⁷⁵. Il doit alors être distingué du contrat d'adhésion, mais il pourra être requalifié en tant que tel en l'absence de toute négociation⁵⁷⁶. De même, la seule existence d'un rapport de force déséquilibré entre les parties n'établit pas un comportement de soumission. Pourtant, dans ce secteur de la grande distribution, les juges estimaient que l'introduction d'une clause créatrice d'un déséquilibre dans un contrat-type ne pouvait être analysée comme une proposition mais plutôt comme une obligation du fait de la domination de fait exercée par la partie puissante. La signature, par les parties réputées plus faibles, de ces contrats-types sans modification des clauses litigieuses confirmait la soumission, sans qu'il soit nécessaire d'étudier le déroulement des négociations et le comportement des parties⁵⁷⁷.

Ainsi, sans même rechercher, au cas par cas, l'existence d'un comportement concret démontrant une soumission ou sa tentative lors du déroulement des négociations, notamment à travers l'exercice d'une contrainte, le juge a pu, dans le passé, estimer que les circonstances étaient suffisantes pour établir la soumission ou sa tentative. La charge de la preuve reposant sur le demandeur était alors moins importante car il appartenait au défendeur d'apporter la preuve concrète de l'absence de soumission ou d'une tentative⁵⁷⁸. Les juges avaient même retenu que

⁵⁷⁴ Ex. CA Paris, 4 juillet 2013, n°12/07651 ; Cass. com., 29 septembre 2015, n°13-25.043 ; CA Paris, 18 septembre 2013, n°12/03177 ; CA Paris, 18 décembre 2013, n°12/00150 et Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387 ; CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 et Cass. com., 4 octobre 2016, n°14-28.013 ; CA Paris, 1^{er} juillet 2015, n°13/19251.

⁵⁷⁵ M. BOUDOU, « De l'importance du contrôle du juge judiciaire dans la police des pratiques restrictives : l'équilibre du jugement du 13 octobre 2020 dans le contentieux Subway », *Revue Lamy de la concurrence*, n°101, 1^{er} janvier 2021 : « Il faut donc distinguer le traitement d'un contrat-type qui peut faire l'objet de modification dans le cadre de la négociation précontractuelle et pour lequel le critère de la soumission dépendra en premier lieu de la preuve d'une négociation effective, de celui du contrat d'adhésion, pour lequel la preuve de la négociation des clauses serait vaine et pourrait excéder la bonne foi pour reprendre les termes du juge consulaire. ».

⁵⁷⁶ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le nouveau théorème d'Archimède : des partenaires qui sont réciproquement incontournables négocient librement, et échappent tous deux au déséquilibre significatif », *RDC*, mars 2017, n° 1, p. 81 : « Ce contrat type [...] n'est qu'un des cas de contrats d'adhésion, sans doute le plus aisé puisqu'il n'y a aucune négociation. » ; M. BOUDOU, « De l'importance du contrôle du juge judiciaire dans la police des pratiques restrictives : l'équilibre du jugement du 13 octobre 2020 dans le contentieux Subway », *Revue Lamy de la concurrence*, n° 101, 1^{er} janvier 2021 : « Il faut donc distinguer le traitement d'un contrat-type qui peut faire l'objet de modification dans le cadre de la négociation précontractuelle et pour lequel le critère de la soumission dépendra en premier lieu de la preuve d'une négociation effective, de celui du contrat d'adhésion, pour lequel la preuve de la négociation des clauses serait vaine et pourrait excéder la bonne foi pour reprendre les termes du juge consulaire. » ; v. égal. CA Paris, 12 avril 2023, n°22/09354 ; CA Paris, 10 mai 2023, n°21/04967.

⁵⁷⁷ A. RIERA, « Concurrence interdite, Concurrence déloyale et parasitisme », Centre de droit de la concurrence Yves Serra, *D.*, 2016, p. 2484 : « La soumission ou la tentative de soumission à un déséquilibre significatif peut résulter de la simple proposition d'un contrat-type à des fournisseurs, peu important que certains d'entre eux disposent d'un pouvoir de négociation. » ; D. FERRIER, « Concurrence-Distribution », *D.*, 2016, p. 881 : « La solution conduit à étendre le champ d'application du dispositif à tous les contrats-types élaborés par les distributeurs et adoptés en l'état. ».

⁵⁷⁸ N. MATHEY, « Déséquilibre significatif - Grande distribution : appréciation du déséquilibre dans la convention de partenariat », *Contrats Concurrence Consommation*, n°12, décembre 2016, comm. 253 : « La cour d'appel avait retenu l'existence d'une soumission, ou d'une tentative de soumission, en prenant en considération la structure du secteur et le recours au contrat-type au sein du réseau. L'auteur du pourvoi

le ministre de l'Économie, en tant que demandeur, n'avait pas à apporter la démonstration d'un cas concret de soumission ou de manœuvres spécifiques⁵⁷⁹. La présomption de soumission ou d'une tentative par le distributeur était d'autant plus renforcée lorsque le juge était saisi de la validité de contrats identiques conclus avec une pluralité de fournisseurs. Cette présomption permettait de déduire la soumission, ou à tout le moins sa tentative, pour l'ensemble, voire la majorité des fournisseurs concernés par la clause litigieuse, alors même que cette affaire visait une pluralité de fournisseurs, soit des profils différents, ce qui impliquait, en principe, un renforcement de la preuve car la décision du juge allait s'appliquer à tous⁵⁸⁰. Cette analyse était contestable puisqu'elle s'appuyait, en pratique, sur ce qui s'apparente à une double présomption : d'une part, la présomption d'un pouvoir de soumission, tirée d'un rapport de force jugé par nature déséquilibré entre les acteurs, sans procéder à une analyse au cas par cas ; et d'autre part, la présomption d'une soumission ou de sa tentative, tirée de ce rapport de force *a priori* déséquilibré, sans vérifier l'existence d'un comportement effectif.

Nous avons vu que les juges ont ensuite modifié cette analyse en rangeant la démonstration d'un rapport de force déséquilibré ou l'existence d'un contrat-type comprenant des clauses déséquilibrées au rang de simples indices, puisqu'ils exigent, à présent, la démonstration de l'absence de négociations effectives pour établir la soumission ou sa tentative. En effet, présumer l'existence d'une soumission en se fondant essentiellement sur la nature déséquilibrée du secteur de la grande distribution pourrait conduire à une analyse erronée, car elle refuse de prendre en compte l'existence d'un pouvoir de négociation chez certains fournisseurs et conduit à les protéger sans qu'ils aient besoin de cette protection⁵⁸¹. Or, si un fournisseur peut être obligé de signer avec un distributeur (par exemple, pour ne pas être évincé de ses linéaires), il n'est pas nécessairement dépourvu de tout pouvoir de négociation lorsqu'il détient une certaine puissance (par exemple, le soutien d'un grand groupe, la particularité du produit proposé, etc.). Dès lors, il convient de distinguer entre l'obligation de contracter d'une partie et son pouvoir de négociation, bien que la première influence le second. Toutefois, une obligation de contracter ne conduit pas nécessairement à l'absence de tout pouvoir de négociation. Il a pu être jugé que si la société *Système U* avait soumis certains de ses fournisseurs (*Bonduelle Conserve International* et *Ferrero*), elle avait écarté des cas de soumission à un déséquilibre significatif chez certains particulièrement puissants (*Euro Wipes*, *Laiteries Hubert T*, *Fromagerie Bel*,

considérerait que c'était insuffisant pour établir la réalité de la soumission des fournisseurs et que cela revenait à prohiber certaines clauses. L'argument n'était pas sans valeur. [...] La réponse donnée en l'espèce n'est sans doute pas encore définitive mais elle laisse percevoir un déplacement du fardeau sur la partie ayant la plus grande puissance de négociation. Alors qu'il aurait été *a priori* logique de faire peser la charge de la preuve sur la partie qui revendique l'application du texte, la Cour de cassation semble se contenter d'une présomption [...] (Comp. avec Cass. com., 27 mai 2015, préc.). ».

⁵⁷⁹ CA Paris, 4 juillet 2013, n°12/07651.

⁵⁸⁰ En ce s. lorsqu'il est retenu que de nombreux fournisseurs (« dans beaucoup de cas ») n'étaient pas en mesure de négocier, en raison du rapport de force par nature déséquilibré avec le distributeur, on pouvait présumer la soumission ou sa tentative ; il appartenait au défendeur de démontrer que « certains d'entre eux » seraient parvenus à négocier la clause litigieuse pour la renverser (Cass. com., 29 septembre 2015, n°13-25.043).

⁵⁸¹ CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187 : « Certains fournisseurs, qui constituent des grands groupes, peuvent résister à l'imposition d'une clause qui leur est défavorable » ; « tous les fournisseurs ne sont pas de taille égale et n'ont pas une puissance de négociation équivalente. Par conséquent, tous ne peuvent pas être contraints de la même façon par les distributeurs ».

Bacardi, General Mills, Unilever, Heineken)⁵⁸². Ainsi, il n'y a pas automatiquement soumission en présence d'un grand distributeur. La présomption d'un pouvoir de soumission et celle d'une soumission effective entre le distributeur et l'ensemble de ses fournisseurs, en raison de la nature du secteur de la grande distribution, auraient ici été erronées.

ii. Les juges ont parfois exclu la soumission ou sa tentative en raison de l'absence d'un rapport de force déséquilibré entre les parties

103. *Les juges ont parfois exclu l'existence d'une soumission ou de sa tentative en consacrant leur analyse à l'équilibre du rapport de force entre les parties.* Les juges ont parfois admis que le texte commercial impliquait de rechercher un rapport de force entre les cocontractants, ayant permis à l'un d'eux de soumettre ou de tenter de soumettre son partenaire commercial⁵⁸³, y compris après l'affaire *ITM Alimentaire*, faisant de cette démonstration un indice⁵⁸⁴. Ainsi, certaines décisions des juges mettent en évidence le fait qu'une partie qui ne détient pas un pouvoir de soumission à l'égard de l'autre partie ne peut pas la soumettre, et ce, quels que soient le déroulé des négociations et le comportement des parties. Cette appréciation s'est traduite par la démonstration d'une absence de déséquilibre dans le rapport de force. Ainsi, même en l'absence de négociation des clauses litigieuses ou en présence d'un refus du partenaire, l'absence d'un rapport de force déséquilibré entre les parties a permis d'exclure la soumission.

Par exemple, en 2013, la prétendue victime exposait au juge l'absence de négociation effective de la clause litigieuse. Les juges ont estimé qu'elle ne démontrait pas qu'elle avait subi la puissance économique de son partenaire, alors qu'elle disposait d'un pouvoir économique lui permettant de contracter avec un autre partenaire⁵⁸⁵.

En 2017, la cour d'appel de Paris a pu déclarer « *qu'il n'est pas démontré que celle-ci l'ait soumise ou tenté de la soumettre à des obligations déséquilibrées, ce qui suppose l'existence d'un certain rapport de dissymétrie entre les parties* », et que la prétendue victime était bien « *libre de conclure le contrat de franchise* » et « *n'était pas liée* » au défendeur⁵⁸⁶.

Par ailleurs, en 2021, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre un arrêt de 2019 en retenant l'importance d'analyser la réalité du pouvoir de négociation de la victime même si le contrat

⁵⁸² CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187 v. égal. pour une analyse similaire : Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823.

⁵⁸³ CA Paris, 29 octobre 2014, n°13/11059 ; CA Paris, 24 juin 2016, n°13/20422 ; CA Paris, 11 octobre 2017, n° 15/03313 ; CA Paris, 25 janvier 2019, n°17/08241 ; CA Paris, 6 février 2019, n°18/21919 ; CA Paris, 19 avril 2019, n°16/14293 ; CA Paris, 7 avril 2021, n°19/13527.

⁵⁸⁴ Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823.

⁵⁸⁵ La cour d'appel de Paris a retenu que le professionnel « s'était borné à déplorer cette clause tout en indiquant qu'il s'y conformerait » ; il déclarait que cette clause avait « dû être acceptée en force par lui afin de maintenir » un partenariat. Or, ce professionnel « n'apporte aucun élément de preuve de ce que cette disposition lui aurait été imposée par suite de la contrainte économique exercée » par l'autre partie, et « les relations contractuelles se sont poursuivies d'un commun accord des parties sur les mêmes bases » sans que ce professionnel, qui disposait d'un pouvoir économique important, n'entreprenne une démarche pour trouver un nouveau partenaire, ce qu'il a ensuite fait avec succès (CA Paris, 1^{er} octobre 2013, n°12/01301).

⁵⁸⁶ CA Paris, 17 mai 2017, n°14/18290.

signé comprenait des clauses préremplies et qu'il n'y avait eu, semble-t-il, aucune négociation⁵⁸⁷. En l'espèce, la Cour estime que le rapport de force entre les parties ne traduit pas un déséquilibre économique, et aucun élément n'est produit en faveur d'un risque encouru par la prétendue victime en cas de refus de la clause litigieuse. Une absence de négociation des clauses litigieuses peut donc démontrer une négociation effective entre les parties, puisque cette absence de négociation est souhaitée par celles-ci dès lors qu'il n'existait pas de rapport de force déséquilibré entre elles et qu'elles pouvaient négocier. Ainsi, une partie ne peut pas se prévaloir de l'absence de négociation d'un contrat comme lui étant imposé, alors qu'elle avait en réalité la capacité de négocier du fait du pouvoir économique dont elle disposait vis-à-vis de son partenaire.

En 2021 également, la cour d'appel de Paris⁵⁸⁸ a retenu que la prétendue victime doit démontrer « *que cette baisse de prix lui a été imposée* ». Cette dernière produit des courriels entre les parties, dans le cadre de l'appel d'offres, où son gérant a écrit au défendeur qu'il attirait son attention sur ce qu'il appelle particulièrement des « *efforts tarifaires consentis* », et confirme « *l'application des nouveaux tarifs* » dans un contexte relationnel que la cour qualifie pourtant comme « *précaire* » et fragilisé par « *l'aléa concurrentiel* » à son égard, du fait de la récente sélection des partenaires sur appel d'offres alors qu'elle était un partenaire ancien et régulier. Or, la cour retient que la prétendue victime « *a librement soumis sa proposition tarifaire dans le cadre de l'appel d'offres* » et qu'elle n'était pas placée en situation de dépendance économique vis-à-vis de son partenaire. Il ressort de cette analyse que les juges ont pu admettre que le déroulé des négociations et les comportements des parties ne pouvaient être jugés correctement en l'absence d'une analyse préalable du rapport de force entre celles-ci.

Si ces décisions ne sont pas pour autant représentatives du mouvement général de la jurisprudence qui, rappelons-le, limite l'analyse du rapport de force entre les parties à un simple indice et l'exclut dans de nombreuses décisions, elles sont néanmoins démonstratives de la capacité des juges à admettre qu'une partie ne saurait se prévaloir d'une soumission en l'absence d'un pouvoir de soumission à son égard. Ces décisions démontrent bien la protection inutile d'un acteur qui n'est pas en position d'être soumis par son partenaire.

104. *Conclusion.* Nous avons vu que, dans le passé, les juges ont admis l'existence d'une présomption de soumission ou de sa tentative au profit du demandeur. Cette présomption, principalement développée dans le secteur de la grande distribution, permettait au demandeur, puis au juge, d'établir la soumission ou sa tentative dès lors qu'il existait un contrat-type signé comprenant des clauses déséquilibrées et un rapport de force *a priori* déséquilibré entre les parties. Cette présomption, telle que qualifiée par la doctrine, a ensuite été rejetée. En effet, elle ne permettait pas de procéder à une analyse efficace de la pratique puisqu'elle ne vérifiait pas l'existence d'une soumission effective entre les parties lors des discussions, mais se contentait de la déduire des circonstances. Nous avons vu qu'il existait même une double présomption, notamment en présence de plusieurs victimes, puisque les juges fondaient leur analyse sur

⁵⁸⁷ CA Paris, 27 juin 2019, n°18/07576.

⁵⁸⁸ CA Paris, 6 mai 2021, n°19/06400.

l'existence d'un rapport de force *a priori* déséquilibré entre l'ensemble des parties, notamment du fait des particularités du secteur concerné, pour en déduire la soumission ou sa tentative, sans vérifier la réalité du rapport de force entre chacune d'elles et l'existence d'une soumission effective. Pourtant, nous avons vu que des partenaires *a priori* placés dans un rapport de force déséquilibré avec l'autre partie n'étaient pas nécessairement dépourvus de tout pouvoir de négociation. Par exemple, une obligation de contracter ne conduit pas nécessairement à l'absence de tout pouvoir de négociation. La présomption d'une soumission par le distributeur à l'égard de tous ses fournisseurs, en raison de la nature du secteur de la grande distribution, pouvait être erronée. Conscients de ce risque d'erreur, les juges ont ensuite réduit l'analyse du rapport de force à une utilité mineure puisqu'il s'agit, à présent, d'un indice non obligatoire. Pourtant, les juges continuent, parfois, à utiliser efficacement le critère du pouvoir de soumission, à travers l'analyse du rapport de force, pour établir la pratique. Ils ont parfois admis que le texte commercial impliquait de rechercher un rapport de force entre les cocontractants, ayant permis à l'un d'eux de soumettre ou de tenter de soumettre son partenaire commercial. Par ailleurs, dans certaines décisions, ils ont pu admettre qu'une partie qui ne disposait pas d'un pouvoir de soumission à l'égard de son partenaire ne pouvait pas le soumettre, et ce, quels que soient le déroulé des négociations et les comportements des parties. En effet, l'absence de négociation prétendument imposée à une partie ou bien l'existence d'une opposition de cette dernière à une clause litigieuse sans réussite ne démontrent pas une soumission dès lors qu'il n'existe pas de rapport de force déséquilibré entre les parties et qu'elles disposaient donc d'une capacité à négocier effectivement. Si ces décisions ne sont pas pour autant représentatives du mouvement général de la jurisprudence, elles sont néanmoins démonstratives de la capacité des juges à admettre qu'une partie ne saurait se prévaloir d'une soumission en l'absence d'un pouvoir de soumission à son égard. Ces décisions démontrent que les juges ont pu agir justement en admettant l'inutilité de protéger un acteur à l'encontre d'une soumission alors qu'il n'était pas en position d'être soumis.

c) L'analyse juridique doit efficacement tirer les conséquences de l'analyse du pouvoir de soumission entre les parties sur l'existence d'une soumission

105. *La nécessité d'écarter l'analyse concrète d'une soumission dès lors qu'il n'existe pas de pouvoir de soumission entre les parties.* Une analyse réaliste implique de vérifier l'existence d'un pouvoir de soumission pour être en mesure d'émettre un jugement efficace sur le déroulé des négociations et le comportement des parties et, le cas échéant, en déduire l'existence d'une soumission effective. Or, l'absence d'un pouvoir de soumission entre les parties devrait écarter l'existence d'une soumission (i). Si posséder un pouvoir de soumission apparaît nécessaire pour établir la soumission, il ne saurait suffire pour l'admettre. Les économistes préconisent de vérifier l'efficacité d'une présomption en procédant à l'analyse du taux de probabilité et possibilité de réalisation du fait litigieux et à une analyse des coûts-avantages d'un tel mécanisme. Nous verrons que cette analyse conduit à rejeter une présomption de soumission. Ainsi, lorsqu'un pouvoir de soumission est établi, il convient également de vérifier qu'il a été utilisé à l'égard de la partie faible pour établir la pratique (ii).

i. Les juges doivent automatiquement écarter la soumission dès lors qu'il n'existe pas de pouvoir de soumission d'une partie sur une autre

106. *L'inutilité de vérifier l'existence concrète d'une soumission dès lors qu'il n'existe pas de pouvoir de soumission entre les parties.* Pour qu'il y ait une contrainte, nous avons vu que les économistes estiment qu'il doit exister un pouvoir économique qui permet à son détenteur de, consciemment, vaincre une résistance. Dès lors, pour qu'il y ait effectivement contrainte, cela implique qu'il existe un pouvoir économique contraignant, soit la capacité d'un acteur à vaincre une résistance extérieure. En l'occurrence, en assimilant la contrainte à une soumission, qui sont des termes synonymes, on comprend qu'il ne peut y avoir soumission dès lors qu'il n'existe pas de pouvoir de soumission d'une partie au contrat sur une autre⁵⁸⁹. Nous avons vu que les juges ont admis, dans certaines décisions, qu'il ne peut y avoir de soumission, même en l'absence de négociation entre les parties ou en présence du refus d'une clause sans réussite, dès lors qu'il n'existe pas de pouvoir de soumission d'une partie sur une autre. Ainsi, il a pu être jugé qu'en présence d'un contrat prérempli par une partie, comprenant des clauses jugées déséquilibrées, et signé en l'état par l'autre partie, cette seule démonstration était insuffisante pour établir la soumission, il fallait rechercher l'existence d'un déséquilibre économique entre les parties⁵⁹⁰. Cette jurisprudence démontre bien que le rapport de force entre les parties a bien été analysé par les juges et a même joué un rôle majeur pour établir la soumission. Les juges ont reconnu, dans certaines décisions, la nécessité de vérifier au préalable l'existence d'un pouvoir de soumission entre les parties⁵⁹¹. C'est important de démarrer par cette étape car, à défaut, le jugement sur la réalité de la soumission peut être inefficace.

Les négociations ne sont pas obligatoires et peuvent ne pas avoir lieu, d'un accord mutuel, dès lors que les parties s'y refusent alors qu'elles ont la capacité de négocier. De même, le refus d'une clause litigieuse, non obtenu, n'entraîne pas nécessairement une soumission puisqu'il peut s'agir du résultat d'un compromis entre les parties parvenant à la conclusion du contrat et sa signature, comme c'est habituel en matière de contrat, dès lors qu'il n'existait aucun pouvoir de soumission entre elles. Le fait pour une partie de ne pas demander de modification ou de ne pas insister sur une modification du contrat n'implique pas nécessairement qu'elle a été

⁵⁸⁹ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le mythe de Sisyphe, revu et corrigé par le déséquilibre significatif », *RDC*, 2015 n°1, p. 68 : « Cette référence à la "soumission" dans l'article l. 442-6 du Code de commerce nous paraîtrait devoir permettre aux grands distributeurs d'établir que tel fournisseur puissant avec lequel ils ont traité a pu influencer sur ces clauses, et donc n'a pas été soumis. ».

⁵⁹⁰ CA Paris, 27 juin 2019, n°18/07576 et Cass. com., 7 juillet 2021, n°19-22.807. En ce sens, L. MOLINA, « Qui dit négociable, dit juste : le déséquilibre significatif en droit commercial », *LEDC*, oct. 2021, n°9, p. 1 : « La question est donc de savoir comment démontrer la non-négociabilité, fait négatif par excellence. À cet égard, l'arrêt est éloquent : il faut rapporter la preuve d'un déséquilibre économique entre les parties tel que l'une est privée de pouvoir de négociation face à l'autre. Autrement dit, il faut rapporter la preuve de la cause de la non-négociabilité. [...] Ainsi, la soumission se comprend comme la traduction juridique d'un déséquilibre économique. [...] Il faut que le contrat procède d'une relation asymétrique au point que la partie faible subisse une amputation de sa liberté contractuelle : David contracte avec Goliath et perd, de ce fait, sa faculté de participer à l'élaboration du contrat. [...] Il ne peut s'agir que de défendre le contractant qui, compte tenu de sa vulnérabilité, n'a pu assurer la défense de ses intérêts lors de l'élaboration du contrat. ».

⁵⁹¹ Ref. th. §56.

soumise. Il peut s'agir d'une stratégie personnelle, non imposée par son partenaire, dès lors qu'elle disposait de la capacité à négocier. Si une partie accepte, finalement, des clauses déséquilibrées en signant le contrat, alors qu'elle pouvait s'y opposer, elle ne peut prétendre, *a posteriori*, avoir été soumise. *In fine*, le juge ne peut se fier uniquement au comportement des parties lors de la conclusion du contrat ou *a posteriori*, ou même à l'évolution du contenu contractuel, pour analyser une soumission. Le juge n'appliquerait pas efficacement la règle de droit en matière de déséquilibre significatif s'il protège une partie au contrat qui n'avait pas besoin d'être protégée. *A contrario*, nous verrons qu'une partie peut être soumise si elle n'a pas le courage, ni les moyens de former ou maintenir une opposition, dès lors qu'elle sait que son action est vouée à l'échec puisqu'elle ne disposait pas d'un pouvoir de négociation suffisant pour s'opposer à son partenaire.

Ainsi, la détermination d'un pouvoir de soumission d'une partie sur une autre est bien un critère déterminant pour établir la pratique. Or, en l'absence de pouvoir de soumission d'une partie sur une autre, il n'y a donc aucune utilité à rechercher et démontrer une soumission effective puisqu'elle ne pourra pas, par conséquent, être établie. En effet, l'analyse détaillée du déroulé des négociations et des comportements des parties pour établir ou non la soumission peut être jugée trop coûteuse, en termes de procédure, dès lors qu'on sait qu'il n'existe pas de pouvoir de soumission entre les parties. Il apparaît non nécessaire de procéder à de tels coûts puisque, quel que soit le déroulé des négociations et les comportements des parties, une partie ne pouvait pas soumettre l'autre partie. Certains comportements au cours des négociations pourraient, néanmoins, être sanctionnés sur d'autres fondements que celui du déséquilibre significatif comme le manque de bonne foi et de loyauté entre les parties. Rappelons que la soumission est une pratique d'une particulière violence et gravité, elle va donc au-delà du seul manque de bonne foi ou de loyauté entre les parties et fait, dès lors, l'objet d'une sanction qui lui est propre. En effet, ce n'est pas parce qu'une soumission ne peut pas être établie, en l'absence d'un pouvoir de soumission entre les parties, que certains comportements lors des négociations, de la conclusion ou de l'exécution du contrat ne sont pas préjudiciables et doivent être condamnés à ce titre.

107. *Rejeter l'analyse concrète d'une soumission implique de s'assurer que l'analyse du pouvoir de soumission entre les parties est correctement effectuée.* Seule une partie qui dispose de la capacité à soumettre son partenaire peut concrètement le soumettre. Si elle ne détient pas cette capacité il peut, certes, exister des comportements déloyaux ou manquant de bonne foi entre les parties, mais il ne peut pas y avoir de soumission. C'est pourquoi, nous estimons que l'absence d'un pouvoir de soumission entre les parties conduit à exclure l'existence d'une soumission effective. Toutefois, il est vrai qu'une telle appréciation a des conséquences importantes pour les parties car elle met fin à l'analyse de la pratique. C'est pourquoi, il est primordial de vérifier, avec le plus d'exactitude possible, l'absence d'un pouvoir de soumission entre les parties avant de procéder à une telle exclusion. Cette analyse doit être effectuée avec rigueur pour éviter un risque d'erreur. En effet, il convient d'élargir, autant que

possible, l'analyse pour ne pas omettre certains indices majeurs⁵⁹². Or, comme nous l'avons vu, les juges ont pu, à plusieurs reprises, manquer de rigueur lorsqu'ils ont décidé d'analyser le rapport de force entre les parties. Nous avons contesté cette analyse juridique que nous jugeons problématique car irrégulière, biaisée et incomplète.

Ainsi, nous avons préconisé de se baser sur un faisceau d'indices, à travers l'analyse d'un rapport de force entre les parties, comprenant les indices les plus pertinents possibles en fonction de chaque espèce, du contexte et de chaque victime. Nous avons démontré l'importante diversité des forces susceptibles de créer un pouvoir ou un contre-pouvoir aux parties au contrat⁵⁹³ lors des négociations, ce qui conduit à cumuler les indices. En effet, retenir quelques indices, sans réelle justification, pourrait mener à une analyse non réaliste du pouvoir de soumission entre les parties. Les juges doivent donc cesser l'analyse irrégulière et irréaliste à laquelle ils ont pu s'adonner dans le passé et procéder concrètement à l'analyse d'un pouvoir de soumission entre les parties. Rappelons qu'un pouvoir de soumission implique un rapport de force déséquilibré entre les parties, soit l'absence de pouvoirs de négociation équivalents, mais ne s'y limite pas car un rapport de force déséquilibré n'implique pas nécessairement un pouvoir de soumission. Il convient de démontrer qu'une partie pouvait réellement soumettre l'autre partie, ce qui implique qu'elle pouvait imposer sa volonté au détriment de la volonté de l'autre partie, empêchant ainsi l'effectivité des négociations. Si certains indices, comme la dépendance, étaient particulièrement révélateurs d'un pouvoir de soumission, ils doivent, néanmoins, être confrontés aux forces dont dispose la partie, réputée faible, pour être certain qu'elle pouvait être soumise et ne disposait d'aucun contre-pouvoir. Par exemple, les juges ont finalement admis dans le secteur de la grande distribution que des fournisseurs ne sont pas dépourvus de tout pouvoir d'action vis-à-vis des distributeurs, même s'ils ne peuvent se permettre d'être déréférencés par ces derniers⁵⁹⁴. De même, une partie, *a priori* libre de contracter avec d'autres partenaires, pouvait néanmoins être soumise dès lors que son partenaire disposait de forces lui conférant un pouvoir de soumission à son égard⁵⁹⁵. En effet, un acteur

⁵⁹² Pour une approche critique : Y. PUGET, « [Tribune] Déséquilibre significatif : les exigences de preuve se précisent », *Législation, Législation & Économie*, 12 décembre 2019 : « Voici les explications d'Emmanuelle Voisset, avocate chez Nomos. » : « La barre pourrait être placée haut. Pour mémoire, dans une autre affaire, la Cour de cassation avait indiqué que des fournisseurs qui n'appartenaient pas à de grands groupes ne pouvaient prendre le risque d'un déréférencement. Est-ce qu'*a contrario* les grands groupes pourraient prendre ce risque et devraient donc pousser la négociation jusqu'à cette extrémité pour prouver la soumission ou la tentative de soumission dont ils font l'objet ? Une telle solution serait éminemment contestable et ferait abstraction de la réalité des pratiques de certains distributeurs qui n'hésitent pas à sanctionner les fournisseurs récalcitrants de façon difficilement détectable : déréférencement sur d'autres marchés en Europe, maintien en linéaires que des plus grosses rotations, etc. ».

⁵⁹³ J. K. GALBRAITH, *American Capitalism: The Concept of Countervailing Power*, Boston, Houghton Miffl, 1952, p. 217.

⁵⁹⁴ CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187 ; CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323 ; Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823 : « La menace d'éviction des linéaires d'un des grands distributeurs n'est pas sans conséquence, même pour les gros fournisseurs, même si ceux ci arrivent aussi à imposer des restrictions de concurrence et ne sont pas dépourvus de tout moyen d'action. » ; v. néan. CA Paris, 15 mars 2023, n°21/13227 ; CA Paris, 15 mars 2023, n°21/13481. En ce s. M. BEHAR-TOUHAI, « Du bon sens sur la tentative de soumission mais des œillères sur la puissance des grands fournisseurs », LEDICO mai 2023, p. 5.

⁵⁹⁵ C. GRIMALDI, « Comment interpréter la condition de "soumission" posée par l'article L. 442-6, I, 2° (devenu L. 442-1, I, 2°), du Code de commerce ? », *RDC*, décembre 2019, n°04, p. 56 : « Quelle légitimité en effet aurait une partie à se plaindre d'un contrat significativement déséquilibré si elle avait eu la possibilité de faire affaire avec autrui ? Elle n'aurait à s'en prendre qu'à elle... À la réflexion, pourtant, il

économique disposant d'un choix entre plusieurs partenaires, mais ayant le choix entre plusieurs contrats déséquilibrés, dont la négociation est difficile voire impossible, peut être soumis quel que soit le choix effectué. Un professionnel peut, également, disposer d'alternatives, y compris plus favorables au contrat litigieux, mais qui n'en sont pas réellement en pratique, puisqu'il peut être contraint de maintenir la relation litigieuse en raison des coûts déjà supportés. Par ailleurs, les juges ont retenu que, quand bien même une partie est libre de contracter avec un autre partenaire, dès lors qu'elle décide de contracter avec le professionnel en question, elle se place alors sous sa domination puisqu'il existe entre eux un pouvoir de soumission⁵⁹⁶. En effet, les juges ont pu admettre une soumission alors même que le partenaire disposait d'alternatives⁵⁹⁷.

C'est pourquoi, nous avons préconisé de rechercher, avec le plus d'exactitude possible, l'existence d'un pouvoir de soumission entre les parties sans se limiter à une analyse biaisée, portant sur une seule partie ou incomplète, avec quelques indices sélectionnés sans justification, ou encore fondée sur des *a priori* ou des suppositions quant au pouvoir de négociation des parties, comme ont pu le faire les juges. La démarche que nous recommandons poursuit l'exigence de réalisme, recommandée par les économistes, pour fournir une analyse efficace de la pratique de déséquilibre significatif.

ii. Les juges doivent écarter l'existence d'une présomption de soumission

108. *La création possible d'une présomption de soumission à l'avenir.* Nous avons vu qu'une présomption pouvait être retirée des circonstances de l'espèce. Par exemple, lorsqu'il existe des clauses déséquilibrées dans un contrat, donc à l'avantage d'une partie et au détriment d'une autre, le juge pourrait être tenté d'en déduire que la partie défavorisée a nécessairement été soumise par l'autre partie. Nous savons, néanmoins, qu'une telle présomption n'a pas été retenue, les juges exigent la démonstration de l'absence de négociation effective des clauses créatrices du déséquilibre⁵⁹⁸. Par ailleurs, nous avons vu que les juges ont, *a priori*, renoncé aux présomptions de soumission, fondées sur l'existence d'un rapport de force jugé par nature déséquilibré entre fournisseurs et distributeurs et l'existence de contrats-types préédigés et

s'agit peut-être d'une vision assez "courte" des choses. Primo, la constatation de solutions alternatives suppose la réalisation d'une "étude de marché des contrats" proposés dans le secteur en question, dont il ressortirait des solutions alternatives que l'on imagine devoir être plus favorables à la prétendue victime. En effet, s'il existait des solutions alternatives, mais pas plus favorables à celle-ci, on ne voit pas comment on pourrait lui reprocher d'avoir contracté avec untel plutôt qu'avec tel autre. Quoi qu'il en soit, en pratique, une telle étude sera à l'évidence coûteuse et particulièrement délicate. Pour ne prendre qu'un exemple, il sera difficile de mettre en balance un contrat peut-être plus déséquilibré, mais moins onéreux qu'un autre... Secundo, à supposer qu'il ressorte de l'étude de marché que la prétendue victime disposait de solutions alternatives favorables, il serait curieux que celui à qui est reproché la soumission puisse tirer profit de ce que ses concurrents étaient plus "vertueux" pour échapper à la sanction, en raison de l'existence de solutions alternatives... On le voit bien, quel que soit l'avis que l'on puisse avoir sur le bien-fondé d'une prohibition des déséquilibres significatifs dans les relations d'affaires, il faut faire du dispositif une interprétation loyale. ».

⁵⁹⁶ TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123 ; CA Paris, 11 octobre 2017, n°15/03313 ; CA Paris, 7 avril 2021, n°19/13527.

⁵⁹⁷ CA Paris, 19 janvier 2018, n°16/11167 et Cass. com., 26 janvier 2022, n°20-10.897.

⁵⁹⁸ Not. CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 et Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823.

signés comprenant des clauses déséquilibrées⁵⁹⁹. Toutefois, il se pourrait qu'elles réapparaissent d'une manière ou d'une autre à l'avenir.

Tout d'abord, nous avons vu que la présomption de soumission a, parfois, pu être déduite d'une autre présomption, celle d'un rapport de force jugé, par nature, déséquilibré dans un secteur. En effet, il existe par nature, dans le secteur de la grande distribution, un rapport de force déséquilibré entre distributeurs, jugés puissants et les fournisseurs, jugés plus faibles, tel qu'on peut s'attendre à ce que de nombreux fournisseurs se soumettent, même automatiquement, à la volonté des distributeurs⁶⁰⁰. C'est pourquoi, dans certains secteurs où règne par nature un rapport de force déséquilibré, les parties réputées puissantes se doivent de faire attention à leur comportement à l'égard de leurs partenaires. Si la présomption dans le secteur de la grande distribution alimentaire a pu être admise, alors des présomptions pourraient apparaître dans d'autres secteurs, notamment marqués par l'existence de contrats-types avec plusieurs partenaires, comme le secteur de la réservation en ligne⁶⁰¹, de la restauration rapide⁶⁰² ou celui des plateformes numériques⁶⁰³. A noter, néanmoins, que l'application de la pratique du déséquilibre significatif en droit français pourrait entrer en conflit avec des réglementations européennes spécifiques à certains secteurs⁶⁰⁴. Or, il n'est pas certain que, sous prétexte qu'un secteur serait par nature déséquilibré, un professionnel serait nécessairement plus puissant que tous ses partenaires et qu'il les aurait tous soumis. Comme nous l'avons vu, les juges admettent que certains fournisseurs, même placés dans une position de faiblesse car ils ont besoin de ce distributeur, ne sont pas dépourvus d'un pouvoir de négociation et peuvent imposer leur volonté⁶⁰⁵. C'est pourquoi, il s'agit d'une présomption simple de rapport de force déséquilibré

⁵⁹⁹ F. BUY, « La modification unilatérale à l'épreuve des pratiques commerciales déloyales », *AJ contrat*, 2020, p. 271 : « Si la jurisprudence semblait naguère en minorer l'importance, notamment dans le secteur de la grande distribution où l'on n'était plus très loin d'un système de présomption, tel n'est plus le cas aujourd'hui : la règle est que, même en matière de grande distribution, la soumission ou la tentative de soumission doit être démontrée. ».

⁶⁰⁰ T. BENOIT, G. BESSON-MOREAU, Rapport n° 2268 fait au nom de la commission d'enquête (1) sur la situation et les pratiques de la grande distribution et de ses groupements dans leurs relations commerciales avec leurs fournisseurs, Assemblée nationale, 25 septembre 2019, Tome I, La persistance de rapports de négociation discutables entre fournisseurs et acheteurs.

⁶⁰¹ CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784.

⁶⁰² TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123 ; CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/00737.

⁶⁰³ TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625.

⁶⁰⁴ V. not., M. BEHAR-TOUCHAIS, « La soumission des 700 000 développeurs en France de la plateforme Google Play », *LEDICO*, juin 2022, n°6, p. 4 : « Avant même l'adoption du Digital Market Act (DMA : *LEDICO*, mai 2022, n° DDC200t8, note A.-S. Choné-Grimaldi) lors du trilogue en mars 2022, les États membres de l'UE pouvaient lutter contre les pratiques déloyales des *gatekeepers*, ou contrôleurs d'accès. [...] le DMA a décidé de se passer de la condition de soumission pour sanctionner le déséquilibre disproportionné dans un contrat avec un *gatekeeper*. Son article 10, §2 a, précise : "A practice (...) shall be considered to be unfair or to limit the contestability of core platform services where : (a) there is an imbalance between the rights and obligations of business users and the gatekeeper obtains an advantage from business users that is disproportionate to the service provided by that gatekeeper to those business users (...)." Quand le DMA sera en vigueur, la question sera de savoir s'il n'exclut pas l'article L. 442-1, I, 2°, du Code de commerce pour les déséquilibres significatifs commis par des *gatekeepers* (v. notre article, "L'articulation du DMA avec les textes existants", Colloque Nanterre, mars 2022, à paraître, *Concurrences* 2022). ».

⁶⁰⁵ Cass. com., 4 octobre 2016, n°14-28.013 ; CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187 ; Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823 ; CA Paris, 28 juin 2023, n°21/16174 ; v. néan. CA Paris, 15 mars 2023, n°21/13227 ; CA Paris, 15 mars 2023, n°21/13481. En ce s. M. BEHAR-TOUCHAIS, « Du bon sens sur la tentative de soumission mais des œillères sur la puissance des grands fournisseurs », *LEDICO* mai 2023, p.5.

puisque la preuve contraire peut être apportée par le défendeur. Le risque d'une présomption est de fournir une analyse générale alors qu'elle peut s'appliquer à des cas où elle ne devrait pas s'appliquer. En effet, lorsque le juge est confronté à un contrat-type comprenant des clauses jugées déséquilibrées, signé avec une multitude de partenaires, il peut être amené, par soucis d'économie, à n'étudier que certains contrats pour établir une soumission généralisée, présument alors de la situation des autres partenaires.

Ainsi, rien ne garantit que des présomptions ne soient pas maintenues ou créées par la jurisprudence à venir⁶⁰⁶. Pourtant, le risque d'une présomption de soumission effective, fondée d'autant plus sur une présomption d'un rapport de force déséquilibré entre les parties, est de s'éloigner de la vérité. Faire reposer une sanction sur une présomption de pratique comprend toujours une part de risque.

109. *La présomption de soumission n'est pas suffisamment efficace économiquement.* Les économistes nuancent l'utilité et l'efficacité des présomptions. Ils recommandent d'en vérifier la justification au regard de la possibilité et de la probabilité de réalisation du fait présumé et au regard d'une analyse comparant les coûts et avantages de ce mécanisme. Ces deux outils permettront de déterminer s'il convient ou non de privilégier une présomption, ici, de soumission effective entre les parties.

Tout d'abord, il convient de s'interroger sur le niveau de possibilité et de probabilité qu'une soumission effective se produit en présence d'un pouvoir de soumission. Autrement dit, il convient de s'interroger si le fait pour une partie de détenir un pouvoir de soumission sur l'autre partie peut entraîner et entraîne généralement sa soumission effective. D'une part, il est vrai que l'existence d'un pouvoir de soumission établit la possibilité et renforce la probabilité de réalisation d'une soumission puisqu'il permet concrètement cet abus de pouvoir contrairement à la seule existence d'un rapport de force déséquilibré entre les parties. D'autre part, il est vrai également qu'il existe dans certains secteurs, comme celui de la grande distribution, d'importants conflits lors des négociations qui démontrent une tendance à la soumission automatique des parties faibles à la volonté des parties fortes⁶⁰⁷. Néanmoins, nous avons vu que les juges n'ont pas toujours conclu à une soumission dans des affaires opposant des distributeurs à des fournisseurs, ils ont même pu admettre que certains disposaient de contre-pouvoir ou bien ont admis l'existence d'une négociation effective entre les parties⁶⁰⁸. Par ailleurs, dans d'autres secteurs que celui de la grande distribution, il n'existe pas nécessairement une tendance des

⁶⁰⁶ V. égal. E. GUEGAN, « Déséquilibre significatif : utiles précisions sur la preuve de la soumission ou tentative de soumission », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 25, 18 juin 2020, p.1236.

⁶⁰⁷ J.P. CHARITÉ, Rapport n°908 fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi de modernisation de l'économie (n° 842), Assemblée nationale, 22 mai 2008.

⁶⁰⁸ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Soumettre ou ne pas soumettre, telle est la question », *RDC*, 2020, n°1, p. 39 : « Il existe des fournisseurs puissants qui peuvent négocier avec la grande distribution. Cela ne veut pas dire qu'il y a toujours négociation effective, mais que, cette négociation étant possible, il faudra prouver l'absence de négociation effective. Le dogme de la soumission de tous les fournisseurs à la grande distribution a vécu. » ; v. néan. CA Paris, 15 mars 2023, n°21/13227 ; CA Paris, 15 mars 2023, n°21/13481. En ce s. M. BEHAR-TOUCHAIS, « Du bon sens sur la tentative de soumission mais des œillères sur la puissance des grands fournisseurs », *LEDICO* mai 2023, p. 5.

acteurs à abuser du pouvoir de soumission lors des discussions sur le contrat. Certes, des secteurs prévoyant des contrats-types signés avec de nombreux partenaires, comme ceux de la restauration rapide, la réservation de voyages en ligne ou encore les plateformes numériques, peuvent faciliter la démonstration de cet abus, néanmoins une présomption de soumission fondée sur un pouvoir de soumission vaudrait pour l'ensemble des secteurs car l'article sur le déséquilibre significatif ne fait aucune distinction. Éventuellement, cette présomption pourrait être limitée, en pratique, aux secteurs où il existe une forte possibilité et probabilité de réalisation d'une soumission, comme ceux précités. Toutefois, nous avons vu que même dans ces secteurs, l'existence d'un pouvoir de soumission entre les parties pouvait d'une part, être nuancée car il était présumé pour l'ensemble des partenaires et d'autre part, il ne conduisait pas nécessairement à leur soumission effective. Une telle présomption de soumission contiendrait un risque d'erreur pouvant être conséquent. Par ailleurs, rappelons que le contexte économique est amené à évoluer, il devrait en être de même des présomptions. Si un fait A conduit généralement à la réalisation d'un fait B à un instant T, cette vérité peut être erronée à un instant postérieur. Ainsi, le maintien d'une présomption dans le temps impliquerait de s'adapter aux changements économiques afin de garantir sa justification.

Nous pouvons, ensuite, étudier les coûts et avantages d'une présomption de soumission, tirée d'un pouvoir de soumission entre les parties, et les comparer avec les coûts et avantages de l'analyse d'une soumission effective. Nous concevons l'utilité d'une présomption visant à limiter la charge de la preuve qui repose sur le demandeur et faciliter le travail du juge. Une présomption permet de réduire les coûts de procédure puisqu'elle rend inutile de rechercher et analyser l'existence effective du fait présumé. Elle pourrait également s'avérer dissuasive pour les acteurs économiques car elle facilite l'action en justice pour le demandeur et la sanction du défendeur. Elle renforce la prévisibilité pour les entreprises et les force à faire attention à leur comportement lors des négociations dès lors qu'il existe un pouvoir de soumission entre elles. L'analyse juridique, utilisant la présomption, aurait le mérite de procéder à une régulation juridiquement efficace des comportements déloyaux et garantirait un renforcement de la loyauté dans les relations commerciales. Toutefois, les présomptions peuvent aussi avoir des conséquences néfastes. Parmi les coûts pouvant découler d'une présomption de soumission, nous avons vu qu'il existe un risque d'erreur conduisant à sanctionner un innocent. Cette erreur peut avoir des conséquences dommageables pour l'économie puisqu'elle conduirait certains acteurs à modifier leur activité économique, à titre préventif, ce qui pourrait empêcher la signature de contrats efficaces pour l'économie. Par ailleurs, les sanctions prévues en matière de déséquilibre significatif sont très élevées, il apparaît donc risqué d'instaurer un mécanisme susceptible de sanctionner des innocents. Or, lorsque le juge est saisi d'un litige opposant un professionnel à de nombreux partenaires, deux possibilités s'offrent à lui : soit analyser au cas par cas la soumission des partenaires mais cela implique des coûts de procédure élevés (temps et argent) car il devra étudier la situation de chaque partenaire ou bien, procéder à une analyse générale fondée sur une présomption de rapport de force déséquilibré entre toutes les parties (s'appuyant sur la nature du secteur concerné ou bien, reposant sur la situation de seulement quelques partenaires) en prenant le risque que cette analyse - qui s'applique pourtant à l'ensemble - comprenne des erreurs. Ainsi, le risque d'erreur est d'autant plus important en présence de plusieurs victimes, car le juge peut cumuler deux présomptions, une présomption

de pouvoir de soumission d'une partie sur les autres, sans en vérifier la réalité concrète au cas par cas, amenant à une présomption de soumission effective pour l'ensemble. Cette erreur enverrait un message erroné aux acteurs économiques puisqu'elle viendrait sanctionner la puissance d'une partie, sans vérifier l'utilisation de son pouvoir lors des négociations. Le maintien d'une présomption de soumission, au profit du demandeur, envoie aux acteurs économiques un message biaisé puisque les juges ne favorisent pas une analyse réaliste mais cherchent plutôt une régulation autoritaire des relations commerciales. Une telle présomption pourrait également accroître des comportements opportunistes. Or, il appartient, en principe, au demandeur de prouver les faits dont il se prétend victime, le faire bénéficier d'une présomption facilite grandement sa mission et ce, quand bien même la présomption de soumission serait limitée à certains secteurs. Certes, il s'agirait d'une présomption simple et le défendeur pourrait prouver qu'il n'y a pas de pouvoir de soumission à l'égard de certains partenaires ou encore, qu'il y a bien eu négociation effective. Néanmoins, si une présomption de soumission apparaissait seulement dans certains secteurs, comme cela a pu être le cas dans la jurisprudence, cela créerait une discrimination dans la répartition de la charge de la preuve entre les différents secteurs. La démonstration d'une soumission effective serait maintenue pour un demandeur situé dans un secteur où il n'existe aucune présomption judiciaire.

La démonstration d'une soumission effective implique un coût de procédure supplémentaire, tant pour les parties que pour le juge. Néanmoins, nous estimons que ce coût est nécessaire pour se rapprocher autant que possible de la réalité et ainsi conduire à une analyse efficace du critère de soumission. En effet, il existe de nombreux avantages à rechercher et analyser l'existence effective d'une soumission sans se limiter à la démonstration d'un pouvoir de soumission d'une partie sur une autre. Cette analyse, bien que coûteuse, permettra d'éviter la sanction d'un innocent et ainsi, éviter les conséquences dommageables d'un risque d'erreur. En privilégiant la démonstration d'une soumission effective, le risque d'innocenter un coupable reste mineur, voire nul, puisque nous nous assurons qu'il existe bien, dès le départ un pouvoir de soumission d'une partie sur une autre, ce qui permettra ensuite de vérifier avec objectivité si la partie puissante a usé de son pouvoir à l'égard de son partenaire. Cette analyse combinée (pouvoir de soumission et soumission effective) vise à formuler le jugement le plus réaliste possible sur les faits litigieux. En ce sens, elle minore grandement, voire supprime, le risque d'erreur.

Enfin, au regard des éléments développés précédemment, nous constatons que l'analyse coûts-avantages, recommandée par les économistes en la matière, tend vers la non-crédation d'une présomption de soumission, y compris pour certains secteurs, car cette dernière contient un risque de sanctionner un innocent plus important que le risque d'innocenter un coupable encouru avec la recherche subsidiaire d'une soumission effective. L'absence de présomption rétablit également l'équilibre dans la charge de la preuve puisqu'elle garantit que la preuve repose sur le demandeur, le défendeur pouvant apporter la preuve contraire. L'analyse juridique doit être réaliste pour être comprise et appliquée efficacement par les acteurs économiques. En ce sens, les relations commerciales doivent faire l'objet d'une analyse tenant compte des coûts que peuvent entraîner des sanctions erronées sur le bon fonctionnement du marché. Une présomption pourra uniquement être utilisée lorsque cette réalité est difficile à démontrer, lorsque les preuves sont très coûteuses à se procurer et à analyser, pour les parties et le juge. Ce

qui n'est pas le cas lorsqu'il s'agit de vérifier la soumission effective puisque ces preuves, si elles peuvent impliquer un coût, sont relativement accessibles. Les parties et le juge devront analyser le déroulé des négociations et les comportements des parties pour se rapprocher de la réalité. Ainsi, il nous apparaît justifié de ne pas maintenir la présomption d'une soumission, résultant d'un pouvoir de soumission entre les parties, même en présence de clauses jugées déséquilibrées.

110. *Les juges ne sont pas réticents à appliquer ces deux critères de manière combinée, bien au contraire.* Dans certaines décisions, les juges ne se sont pas limités à la démonstration d'un rapport de force déséquilibré entre les parties, ni même à une analyse du contenu contractuel, ou encore au déroulé des négociations et aux demandes des parties, ils ont pris en compte l'ensemble de ces indices. Comme les juges ont parfois pu le retenir, l'effectivité d'une négociation dépend également de l'équilibre du rapport de force entre les parties. Dans certaines affaires, les juges ont analysé à la fois l'équilibre du rapport de force entre les parties (malheureusement, bien souvent de manière biaisée et incomplète) et le déroulé des négociations et le comportement des parties.

Par exemple, dans une affaire *Darty* en 2017, la Cour de cassation s'est référée à plusieurs indices⁶⁰⁹. Dans une affaire *Xerox*, les juges ont également étudié le rapport de force entre les parties, ils ont conclu à son déséquilibre et ont retenu que le contrat n'était pas négociable⁶¹⁰. Dans une affaire *Bricorama*, les juges ont constaté l'existence d'un rapport de force déséquilibré entre les parties⁶¹¹. Ils ont également retenu, en l'espèce, que la seule

⁶⁰⁹ Cass. com., 26 avril 2017, n°15-27.865. La Cour a retenu que « la société Darty était un intermédiaire incontournable pour les fournisseurs » dont elle déduit « qu'elle disposait de ce fait d'une puissance de négociation incontestable ». S'intéressant au contrat, elle constate « que la clause dénoncée était insérée dans tous les contrats déférés, à l'exception de ceux portant sur certains types de produits » ou encore, « que la clause de mévente des produits a été insérée dans tous les contrats invoqués par le ministre, selon une rédaction identique ». S'intéressant de même aux demandes des parties, elle retient « que les limites spécifiques apportées à cette clause dans les documents contractuels des fournisseurs avaient toutes été supprimées au profit d'une clause générale et imprécise, et que la clause avait été appliquée cependant qu'aucun échange entre les parties n'en avait défini les modalités d'application », ce qui caractérise « l'absence de marge réelle de négociation des fournisseurs en cause » ou encore « qu'aucune des pièces versées aux débats ne révèle de véritable discussion entre la société Darty et ses fournisseurs concernant l'insertion de cette clause, tandis qu'à l'inverse, il est établi que l'un d'eux, la société Acer, s'en est acquitté cependant que son contrat ne comportait pas formellement cette clause ». Ainsi, « la cour d'appel, qui a fait ressortir le caractère intangible de ce mécanisme et l'absence de marge de négociation des fournisseurs en cause, a pu retenir [...] que la soumission de ces derniers était ainsi établie ».

⁶¹⁰ CA Paris, 11 octobre 2017, n°15/03313. L'arrêt retient que « si les concessionnaires peuvent résilier les contrats les liant avec la société Xerox ou ne pas reconduire les contrats de concessions, il n'en demeure pas moins qu'en pratique, les concessionnaires sont dépendants de la société concédante, car ils ont besoin de faire perdurer leur activité étant revendeurs exclusifs de produits Xerox ». S'intéressant au contenu contractuel, la Cour retient que « la société Xerox impose aux concessionnaires des contrats d'adhésion, dont les clauses ne peuvent être négociées ». Par ailleurs, elle retient que « la présence dans la cause de la presque totalité des concessionnaires exclusifs du réseau Xerox, qui, après s'être opposés à l'application de la clause litigieuse, n'ont pu négocier, même unis, en amont à la présente action judiciaire avec la société Xerox ». En effet, « les concessionnaires ont fait connaître à la société Xerox, dans le cadre des différents échanges entre eux, leur refus quant à la mise en œuvre de la clause litigieuse, resté sans suite ». La Cour en déduit que « de fait, aucune négociation n'a abouti de sorte que l'élément de soumission de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce est caractérisé » ; v. égal. CA Paris, 7 avril 2021, n°19/13527 ; CA Paris, 12 avril 2023, n°22/09354.

⁶¹¹ CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221.

démonstration d'une négociation avec des partenaires plus puissants que la victime, ne semble pas démontrer qu'il a facilité la négociation avec cette dernière. Les juges ont tout de même analysé le contenu des contrats fournis, et ont estimé qu'une négociation n'est pas réellement démontrée avec ces autres partenaires. Il en est de même concernant l'existence d'une négociation avec la partie concernée par le litige dont les demandes, à son avantage, n'ont pas été retenues. Ainsi, s'il existait bien un échange entre les parties, et si une partie a, en principe, le droit de refuser une proposition de modification du contrat, la puissance qu'elle détient à l'égard de son partenaire, ne doit pas lui permettre d'en abuser. En 2019, les juges ont, une nouvelle fois, tenu compte du rapport de force pour analyser une soumission et ont, ensuite, retenu que le demandeur ne démontrait pas comment la puissance de son partenaire a empêché des négociations⁶¹². Plus récemment encore, dans une affaire *Amazon*, le tribunal de commerce de Paris apporte une analyse détaillée du rapport de force déséquilibré existant entre les parties⁶¹³. Dans un premier temps, il constate l'absence de négociation des « *contrats* » et « *éléments ayant valeur contractuelle* ». Or, le Tribunal admet que cette absence de négociation « *n'est pas contestable qu'il ne peut en être autrement pour une place de marché* ». Néanmoins, le Tribunal rappelle que l'Autorité de la Concurrence et la Commission Européenne ont fait le même constat : « *ils en ont déduit que les États doivent en être d'autant plus vigilants sur le respect des règles de concurrence car, combiné avec le déséquilibre de puissance entre les vendeurs tiers et les prestataires des places de marché et avec le rôle incontournable de ces dernières, la non négociabilité des contrats peut conduire à des pratiques restrictives de concurrence* ». La cour d'appel de Paris, dans une affaire de 2022, a retenu qu'il existait bien un rapport de force déséquilibré entre les parties, puisque le partenaire était dépendant, néanmoins le défendeur, plus puissant, n'avait pas empêché l'effectivité des négociations avec son partenaire, il n'y a donc pas eu de soumission⁶¹⁴. Notons toutefois que, si l'analyse combinée du rapport de force déséquilibré et de l'existence d'une soumission effective a bien été retenue, nous avons vu qu'elle ne ressort pas de l'ensemble des arrêts et décisions rendus par les juges.

111. *L'existence d'un pouvoir de soumission d'une partie sur une autre doit être complété par la démonstration d'une soumission effective.* Une partie au contrat détenant un pouvoir de soumission peut ne pas avoir soumis l'autre partie, jugée plus faible, dès lors qu'elle lui a permis de négocier effectivement et ce, quand bien même le contrat litigieux contient des clauses jugées déséquilibrées. Rappelons que le déséquilibre contractuel, à l'avantage d'une partie et au détriment d'une autre, n'est pas problématique en soi, c'est l'existence d'un comportement visant à imposer ce déséquilibre ou tenter de l'imposer qui est sanctionné. Des

⁶¹² CA Paris, 11 janvier 2019, n°17/00234.

⁶¹³ TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625.

⁶¹⁴ CA Paris, 26 janvier 2022, n°20/04761 : « Il résulte des échanges entre les parties et des comptes-rendus de réunion en octobre 2012 et début 2014, que la société Albea. Alkmaar a clairement donné ses bases de discussions quant à la modification de l'exclusivité de la distribution par la société Pulvorex et manifesté à plusieurs reprises son ouverture à la discussion, notamment par ses différentes relances de la société Pulvorex sur les négociations de ce contrat. De son côté la société Pulvorex, qui certes n'était pas dans une position favorable au regard de sa situation de dépendance économique et de la teneur initiale des propositions du groupe Albea, ne justifie cependant d'aucune contre-proposition concrète, ni d'amendements du projet de contrat qui auraient été refusés par la société Albea et de nature à révéler l'intransigeance alléguée de cette dernière. ».

clauses déséquilibrées peuvent être volontairement acceptées par une partie notamment à des fins stratégiques. Dans cette démarche réaliste, recommandée par les économistes, il importe de vérifier que l'acteur détenteur d'un pouvoir de soumission a bien fait usage de ce pouvoir à l'égard de l'autre partie. C'est pourquoi, il nous apparaît déterminant de distinguer l'existence d'un pouvoir de soumission de son exercice. L'un n'impliquant pas nécessairement l'autre. Ainsi, il convient d'analyser le déroulé des négociations et les comportements des parties avant de conclure à une soumission effective puisqu'on ne saurait présumer l'exercice du pouvoir de soumission de son existence. Il serait préjudiciable de sanctionner un acteur économique uniquement en raison de sa puissance vis-à-vis de son partenaire alors qu'il s'agit d'un fait objectif n'impliquant pas nécessairement qu'il a fait usage de cette puissance de manière déloyale lors des négociations. Cette réflexion rappelle la sanction des abus de position dominante, dans les pratiques anticoncurrentielles, puisque ce n'est pas la position dominante qui est sanctionnée mais bien un comportement abusif, permis par une telle puissance. Or, la seule existence de clauses jugées déséquilibrées ne saurait suffire pour établir cette déloyauté, puisqu'un acteur a pu volontairement y consentir. C'est bien la sanction d'un comportement abusif qui est recherchée, soit en l'occurrence la soumission ou sa tentative. Ainsi, s'il est déterminant de vérifier l'existence d'un pouvoir de soumission d'une partie sur une autre pour être en mesure d'émettre un jugement efficace, car réaliste, sur le déroulé des négociations et le comportement des parties, il est également nécessaire de vérifier l'existence effective d'une soumission, soit un abus du pouvoir de soumission.

112. *Conclusion.* Nous préconisons de modifier l'analyse juridique, irrégulière et biaisée, en posant deux principes. D'une part, il nous apparaît nécessaire d'exclure automatiquement la soumission dès lors qu'il n'existe pas de pouvoir de soumission entre les parties. En effet, quand bien même les juges constatent l'absence de négociations entre les parties ou le refus par une partie de certaines clauses sans réussite, il ne peut y avoir soumission en l'absence d'un pouvoir de soumission entre elles. Nul besoin de procéder à des coûts d'analyse d'une soumission effective, puisqu'en l'absence de pouvoir de soumission, une partie ne peut pas soumettre l'autre partie. Néanmoins, certains comportements au cours des négociations pourraient, être sanctionnés sur d'autres fondements que celui du déséquilibre significatif comme le manque de bonne foi ou de loyauté entre les parties. Or, une telle décision, conduisant à exclure automatiquement la soumission en l'absence de pouvoir de soumission, a un impact important sur la procédure et donc le sort des parties. C'est pourquoi, il est fondamental de s'assurer que l'analyse du pouvoir de soumission entre les parties est correctement effectuée. Nous avons donc recommandé, aux juges, de rechercher, avec le plus d'exactitude possible, l'existence d'un pouvoir de soumission entre les parties, fondée sur une analyse obligatoire du rapport de force entre les parties, dont les pouvoirs de négociation sont déterminés à l'aide d'un faisceau d'indices pertinents et diversifiés. D'autre part, nous estimons que promouvoir une analyse réaliste implique également de s'assurer que les juges n'utiliseront plus des présomptions de soumission. L'existence d'un pouvoir de soumission entre les parties ne devrait pas présumer d'une soumission effective. Or, de nouvelles présomptions de soumission dans certains secteurs marqués par des pouvoirs de négociation différents entre les parties, ou encore dans des secteurs facilitant la signature automatique de contrats-types avec de nombreux partenaires, pourraient apparaître. Néanmoins, une présomption de soumission

tirée d'un pouvoir de soumission entre les parties, d'autant plus lorsqu'elle est fondée sur une présomption d'un rapport de force déséquilibré, tend à s'éloigner de la vérité. S'il existe, certes, une forte possibilité que la pratique ait lieu puisque le pouvoir de soumission permet la soumission effective, il n'existe pas, pour autant, une forte probabilité que la pratique se réalise effectivement. En effet, les juges ont, à plusieurs reprises, démontré qu'un pouvoir de soumission ne conduisait pas nécessairement à une soumission effective. Par ailleurs, suivant une analyse coûts-avantages, nous avons notamment retenu comme coûts d'une présomption de soumission fondée sur un pouvoir de soumission, un risque d'erreur d'autant plus préjudiciable en présence de sanctions élevées. Les coûts l'emportent sur les avantages parmi lesquels la réduction des coûts de procédure pour les parties et le juge. *A contrario*, nous avons retenu que les avantages de la démonstration d'une soumission effective, notamment le fait d'éviter de sanctionner un innocent sans, pour autant, conduire à relâcher un coupable, l'emportaient sur les coûts, notamment de recherche et d'analyse reposant sur les parties et le juge. Les parties et le juge devront analyser le déroulé des négociations et les comportements des parties et ainsi apprécier, efficacement, l'existence d'une soumission effective. Les juges devront compléter l'analyse d'un pouvoir de soumission entre les parties par l'analyse d'un autre critère, la soumission effective à travers l'absence de négociation effective dans l'ensemble des décisions.

B. Une remise en cause possible d'une sanction des tentatives de soumission sur le fondement du déséquilibre significatif

113. *La sanction des tentatives de soumission peut être remise en cause.* L'article L.442-6, I, 2° devenu L.442-1, I, 2° du Code de commerce punit tant le fait de soumettre que celui de tenter de soumettre. Cette pratique relève des pratiques restrictives de concurrence qui constituent des délits civils, et prévoient notamment une amende civile comme sanction, elle bénéficie donc de l'application des principes de droit pénal⁶¹⁵. La tentative se définit comme le « commencement d'exécution d'une infraction qui n'a manqué son effet que par des circonstances extérieures à la volonté de son auteur »⁶¹⁶. Ainsi, si l'agent est arrêté avant que l'infraction soit consommée (exécution parfaite), on dit qu'il y a tentative d'infraction⁶¹⁷. L'analyse économique conduit à remettre en cause l'efficacité d'une sanction des tentatives (a). Les juges ne procèdent pas à une analyse suffisamment efficace des tentatives de soumission (b). L'analyse juridique concernant la sanction des tentatives de soumission doit être améliorée, voire même supprimée, au nom de l'efficacité économique (c).

⁶¹⁵ Cons. constit., décision n°2010-85 QPC, 13 janvier 2011, Établissements Darty et Fils : « 3. [...] le législateur détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales ; [...] il lui est loisible d'assortir la violation de certaines obligations d'une amende civile à la condition de respecter les exigences des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 au rang desquelles figure le principe de légalité des délits et des peines qui lui impose d'énoncer en des termes suffisamment clairs et précis la prescription dont il sanctionne le manquement » ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Quand le tribunal de commerce d'Évry fait mentir les prévisions : certaines clauses résistent au déséquilibre significatif », *Revue des contrats*, juillet 2013, n°3, p. 979.

⁶¹⁶ Dictionnaire en ligne, Larousse.

⁶¹⁷ J. LARGUIER, « Analyse de l'infraction », Jean Larguier éd., *Le droit pénal*, Presses Universitaires de France, 2005, p. 15-50 ; v. en ce s. CA Paris, 15 mars 2023, n°21/13227 ; CA Paris, 15 mars 2023, n°21/13481.

a) *L'analyse économique conduit à remettre en cause l'efficacité d'une sanction des tentatives de contrainte*

114. *L'analyse économique permet de remettre en cause l'efficacité d'une sanction des tentatives de contrainte.* Nous verrons que les négociations sont, bien souvent, de nature conflictuelle. Elles démontrent un conflit d'intérêts où chaque partie agit de manière égoïste pour imposer sa volonté. Dans un tel contexte, les comportements contraignants sont favorisés (i). Or, la tentative se distingue de la réalisation effective du comportement puisqu'elle se traduit par un échec. Dès lors, l'analyse économique justifie-t-elle tout autant de sanctionner une tentative, soit une contrainte échouée, au même titre que la réalisation effective d'une contrainte ? Pour y répondre, nous nous appuyerons notamment sur une analyse coût-avantages et ainsi, déterminer l'efficacité économique d'une telle sanction (ii).

i. *L'usage de la contrainte entre les acteurs peut être consubstantiel à la négociation*

115. *Les échanges commerciaux, marqués par un conflit d'intérêts entre les parties, favorisent les comportements contraignants.* L'économiste J. LHOMME⁶¹⁸ estime que la contrainte ne s'applique qu'à celui qui est récalcitrant. Lorsqu'un acteur utilise consciemment son pouvoir économique, soit une force en puissance, pour vaincre une résistance, une contrainte est établie. Nous avons vu que s'il parvient à contraindre effectivement c'est qu'il détient un pouvoir économique contraignant, à défaut, le pouvoir économique ne peut être qualifié de contraignant. S'il ne parvient pas à vaincre une résistance, soit à contraindre son partenaire mais a, tout de même, utilisé consciemment son pouvoir économique pour y parvenir, on en déduit qu'il existe une tentative de contrainte. Or, les comportements contraignants peuvent être usuels lors d'échanges commerciaux.

D'après l'analyse économique, la théorie des jeux est une approche qui consiste à étudier les interactions stratégiques entre deux ou plusieurs acteurs, chacun s'efforçant d'anticiper la réaction de l'autre et d'agir en conséquence. Il existe, en particulier, les jeux non coopératifs qui reposent sur le « chacun pour soi », chaque joueur s'efforce de gagner en ne donnant aucune indication sur ses intentions aux joueurs concurrents, ils s'opposent ainsi aux jeux coopératifs⁶¹⁹. Les jeux coopératifs se traduisent par des engagements contractés par les agents qui sont irrévocables et garantis par une institution apte à les faire respecter⁶²⁰, c'est notamment le cas en présence d'un cartel⁶²¹. En l'espèce, nous nous intéressons plus précisément aux jeux non coopératifs où les accords doivent être auto-exécutables dans le sens où ils doivent exister

⁶¹⁸ J. LHOMME, « Considérations sur le pouvoir économique et sa nature », *Revue économique*, vol. 9, n°6, 1958, p. 862.

⁶¹⁹ Dictionnaire en ligne, Alternatives Économiques, Théories des jeux.

⁶²⁰ J.C. PEREAU, « Négociation et théorie des jeux : les “dessous” d'un accord acceptable », *Négociations*, vol. 12, n° 2, 2009, p. 35-49.

⁶²¹ M. YILDIZOGLU « 1. Introduction », *Introduction à la théorie des jeux. Manuel et exercices corrigés*, sous la direction de Yildizoglu Murat, Dunod, 2011, p. 1-10, §12.

en dehors de toute institution⁶²². La théorie des jeux explique que les « joueurs » (soit les acteurs économiques dans une situation donnée) sont des êtres, *a priori*, rationnels qui agissent dans leur intérêt⁶²³. Ainsi, lors d'un échange commercial, chaque partie va chercher à faire entendre et respecter sa volonté qui, en principe, poursuit son intérêt personnel. Il va donc y avoir confrontation entre les intérêts de chaque partie et un conflit peut, généralement, en découler. Ainsi, il peut être retenu que « pour les théoriciens des jeux, la négociation est envisagée de façon restrictive comme la recherche d'une solution mutuellement acceptable dans une situation de conflit d'intérêts »⁶²⁴. Toutefois, « les protagonistes n'auront recours à la négociation que si le « conflit d'intérêts » est « activé » au point de devenir un « conflit social » (Dupont, 1982). Il faut entendre par « conflit d'intérêts activé » le fait que tout protagoniste s'efforce de maximiser ses propres intérêts égoïstes, de telle manière que les conséquences des actions et des comportements soient bénéficiaires pour une partie mais dommageables pour l'autre. »⁶²⁵. Dans le cadre de ces négociations, opposant des intérêts divergents, un acteur économique peut être amené, stratégiquement, à mettre en place un comportement contraignant à l'égard de son partenaire pour imposer sa volonté. L'économiste T. Schelling définit les coups stratégiques comme « les actions visant à influencer le choix de l'adversaire en faveur de soi-même en jouant sur l'attente de ce dernier face aux choix que l'on fera »⁶²⁶. Or, « parmi ces « coups » ou modes d'action [...] on retrouve les concepts clés « d'engagement », de « menaces », de « promesses » et de « contraintes » »⁶²⁷. C'est pourquoi, un acteur peut agir stratégiquement en contraignant son partenaire dans le cadre des négociations contractuelles. La théorie des jeux met, également, en évidence l'importance du pouvoir économique de chaque partie pour faire prévaloir sa volonté. En effet, lors des négociations, des professionnels peuvent être amenés à utiliser consciemment leur pouvoir économique, soit une force en puissance, pour vaincre la résistance de leur partenaire et ainsi les contraindre. La théorie des

⁶²² J.C. PEREAU, « Négociation et théorie des jeux : les “dessous” d'un accord acceptable », *Négociations*, vol. 12, n° 2, 2009, p. 35-49.

⁶²³ M. YILDIZOGLU, « 1. Introduction », *Introduction à la théorie des jeux. Manuel et exercices corrigés*, sous la direction de Yildizoglu Murat, Dunod, 2011, p. 1-10, §22 : « Chacun est conscient des alternatives, fait des anticipations sur les éléments inconnus, possède des préférences claires et choisit délibérément son action après un processus d'optimisation. ».

⁶²⁴ L. BELLENGER, « Chapitre premier - Qu'est-ce que négocier ? », Lionel Bellenger éd., *La négociation*. Presses Universitaires de France, 2017, p. 11-36., I. – L'actualité de la négociation, 3. La négociation est devenue un objet d'étude.

⁶²⁵ *Ibid.*

⁶²⁶ J. BOIVIN, « À propos de l'ouvrage de Th. Schelling, Stratégie du conflit », *Négociations*, vol. 1, n° 1, 2004, p. 115-118, §7 : « Schelling définit les coups stratégiques comme « les actions visant à influencer le choix de l'adversaire en faveur de soi-même en jouant sur l'attente de ce dernier face aux choix que l'on fera » (p.198). Il s'agit, en se contraignant soi-même au choix d'un certain mode d'action, de faire peser sur l'adversaire, une contrainte qui l'amènera en retour à résoudre le problème de maximisation auquel il se trouve confronté dans un sens favorable à soi-même tout en en lui interdisant de procéder de même. ».

⁶²⁷ J. BOIVIN, « À propos de l'ouvrage de Th. Schelling ... », *ibid.*, §9 : « Ainsi, l'engagement est défini comme une action stratégique utilisée en vue d'amener un autre négociateur à agir dans le sens souhaité. La menace, comme l'engagement, correspond à une restriction volontaire d'autres choix possibles qui aura pour effet de dévaloriser la position de celui qui la formule au cas où la manœuvre échouerait. Menace et engagement sont donc utilisés “dans la mesure où l'on pense que l'autre partie, si elle est rationnelle, devra dès qu'elle en aura été informée, tenir compte du fait que son adversaire a altéré l'éventail de ses propres motivations”. ».

jeux propose, notamment, certains jeux particulièrement marqués par un rapport de force déséquilibré entre les joueurs, comme le jeu du dictateur ou de l'ultimatum⁶²⁸.

La négociation, qui s'opère dans une situation de conflit d'intérêts et conduit à des comportements contraignants où chaque partie cherche à imposer sa volonté, peut être qualifiée de conflictuelle ou de distributive⁶²⁹. Ces modes de négociation s'opposent à une négociation dite coopérative ou intégrative⁶³⁰. Or, les négociations peuvent comporter ces deux modes de négociations⁶³¹. Ainsi, comme le retient le Professeur L. BELLENGER, spécialiste de la négociation, la négociation conflictuelle se présente dans le cas où « *les protagonistes sont prisonniers de leur intérêt propre et ne craignent pas d'agir au détriment de leurs adversaires. Ils agissent donc comme des « blocs », et leurs délibérations relèvent plutôt de l'épreuve de force. Les manifestations de coopération et d'interdépendance sont faibles (voire niées). La négociation conflictuelle suppose des rapports de domination. Cela se traduit par une dureté des positions.* ». Il ajoute que « *l'engagement d'une négociation conflictuelle se fait volontiers à partir d'une situation de déséquilibre du rapport de force, à partir du repérage d'une grande vulnérabilité de la partie adverse (il suffira d'« éprouver » puis d'exploiter les faiblesses).* ». De tels comportements, à portée contraignante, semblent être usuels, notamment dans le secteur

⁶²⁸ E. PETIT, S. ROUILLON, « La négociation : les enseignements du jeu du dictateur », *Négociations*, vol. 14, n° 2, 2010, p. 71-95, §1 et s. : « Le jeu du dictateur est un jeu économique expérimental de négociation (Camerer, 2003). [...] Son intérêt spécifique consiste à étudier une situation extrême dans laquelle l'un des partenaires (le bénéficiaire) dispose d'un pouvoir de négociation a priori très réduit tandis que l'autre (l'offreur) est en mesure d'imposer ses vues. Le jeu du dictateur est une variante du jeu de négociation proposé par Güth, Schmittberger et Schwarze (1982) appelé "l'ultimatum". Dans le jeu du dictateur, les conditions de la négociation imposées au bénéficiaire sont plus sévères que dans le jeu de l'ultimatum. À la deuxième étape du jeu, ce dernier ne dispose en effet d'aucun pouvoir de veto. Le joueur qui joue en second est donc obligé d'accepter l'offre. Il est appelé, pour cette raison, le "récipiendaire", le "bénéficiaire" ou le "receveur" et non le répondant. ».

⁶²⁹ L. BELLENGER, « Chapitre II - Typologie des négociations », *op. cit.*, p. 37-55, II. – Les négociations à dominante conflictuelle : « Dans ce cas, la situation de négociation s'apparente aux "jeux à somme nulle" des théoriciens, ceux dans lesquels il y a un gagnant et un perdant. Il est d'usage de qualifier de "distributive" ce genre de négociation [...] D'autres auteurs, tel Launay (1981), préféreront appliquer à ce type de négociation le terme de "conflictuelle". ».

⁶³⁰ L. BELLENGER, « Chapitre II - Typologie des négociations... », *ibid.*, III. – La négociation à dominante coopérative : « La négociation dite "intégrative" ou coopérative se situe dans la zone du consensus à proximité du pôle "entente". Elle présente des caractéristiques bien différentes de la négociation conflictuelle, [...] garante du fond de confiance qui lui donne, entre autres, sa spécificité. Elle est appelée "intégrative" pour respecter la formulation des théoriciens des jeux qui voyaient dans la pratique des acteurs des "jeux à somme croissante" la volonté d'augmenter la "ressource" initiale, objet du jeu. On préférera ici parler de négociation "coopérative" dans la mesure où c'est le fort sentiment de coopération qui donne à cette négociation sa véritable orientation constructive et son projet : créer de la valeur. ».

⁶³¹ J.E. BEURET, « De la négociation conflictuelle à la négociation concertative : un "point de passage transactionnel" », *Négociations*, vol. 13, n° 1, 2010, p. 43-60, §2 : « Nombre d'auteurs soulignent la coexistence d'aspects distributifs et intégratifs dans toute négociation. Mais même si David Lax et James Sebenius (1986) combinent, dans leur modèle, la création de valeur et la lutte pour l'appropriation des gains, ils ne s'opposent pas à une distinction entre des négociations à prédominance intégrative ou distributive, distinction observée empiriquement et justifiée théoriquement selon Dupont (1994). Cet auteur (Dupont, 2006) affirme qu'il existe des négociations d'"essence" coopérative ou distributive, qui résultent d'une intention différente. Pour lui, la clé réside dans l'intention. Si l'intention est coopérative, même lors d'épisodes conflictuels, on évitera le recours à des stratégies trop agressives qui feraient basculer dans la négociation distributive et l'on reviendra toujours à l'intention fondamentale de coopération. De même, on peut être amené à coopérer ponctuellement dans des négociations conflictuelles, afin d'éviter la rupture, mais on reviendra vite au rapport de force. ».

de la grande distribution particulièrement marqué par des rapports de force déséquilibrés entre les puissants distributeurs et les faibles fournisseurs lors des négociations⁶³². C'est d'ailleurs l'existence de telles pratiques qui a conduit le législateur à intégrer la pratique de déséquilibre significatif dans le Code de commerce⁶³³.

Dans un tel contexte, si des comportements contraignants effectifs semblent habituels et leur sanction apparaît requise, en raison de principes moraux et légaux de loyauté, qu'en est-il de ceux qui échouent ? Si la stratégie habituelle, en économie, veut qu'un acteur cherche à faire entendre et respecter sa volonté, lors d'une négociation de nature conflictuelle où chaque acteur poursuit ses intérêts propres, peut-on lui reprocher d'avoir tenté mais d'avoir échoué à contraindre son partenaire ? Rappelons que l'analyse économique n'admet pas toujours un « laissez-faire »⁶³⁴, où règne une liberté économique totale, elle peut, sous réserve d'être opportunes, admettre des limites aux comportements stratégiques des acteurs économiques⁶³⁵. Or, si cet acteur ne peut pas, *in fine*, contraindre son partenaire c'est qu'il ne détient pas de pouvoir économique contraignant à son égard. Le sanctionner reviendrait à protéger une partie qui n'est pas en position d'être contrainte par son partenaire et qui demande une protection dans un contexte, par nature, conflictuel où elle parvient pourtant à s'opposer aux contraintes et faire, ainsi, valoir ses intérêts. Les tentatives de contrainte, comportements qui découlent de la nature conflictuelle des négociations et qui se soldent, *in fine*, par un échec à défaut de détenir un pouvoir économique suffisamment contraignant à l'encontre de l'autre partie, nous amènent à remettre en cause l'efficacité de leur sanction.

ii. Une remise en cause possible de l'efficacité économique d'une sanction des tentatives de contrainte

⁶³² L. BELLENGER, « Chapitre II - Typologie des négociations ... », *op. cit.*, II. – Les négociations à dominante conflictuelle : « En mars 2014, l'hebdomadaire Marianne dénonçait les enseignes des hypermarchés, engagées dans une guerre sans fin pour les prix les plus bas, comme “Les voyous du chariot” : [...] En 2015, Marianne récidivait en publiant “Les confessions d'un salopard”, en l'occurrence, les aveux d'un acheteur révélant les pratiques les plus sombres entre manipulation et corruption. En 2016, c'est Bercy qui multipliait les contrôles pour freiner les menaces et les clauses abusives dans le cadre de négociations annuelles sous tension entre la grande distribution et les marques. [...] ce ne sont pas des clients mais des prédateurs (Le Monde, 30 avril 2016). ».

⁶³³ J.P. CHARITÉ, Rapport n°908 fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi de modernisation de l'économie (n° 842), Assemblée nationale, 22 mai 2008.

⁶³⁴ Dictionnaire en ligne, Alternatives Économiques, Laissez-faire : « Terme symbolisant le libéralisme économique [...] Le laissez-faire repose sur une hypothèse essentielle : l'action de chaque acteur en vue de son propre intérêt finit par concourir à l'intérêt de tous. Cette hypothèse est résumée par la fameuse expression d'Adam Smith, “la main invisible”, tirée de La Richesse des nations (1776) à propos des chefs d'entreprise (essentiellement commerçants et artisans à l'époque). » Ou encore, la solution « proposée par Adam Smith. Elle a le mérite de la simplicité. Il ne faut rien faire du tout, ou plutôt, il faut “laisser faire” l'économie de marché. C'est la fameuse théorie de la main invisible selon laquelle, le marché permet de coordonner de façon idéale les actions égoïstes des agents économiques, bien que ces derniers ne recherchent que leurs intérêts personnels. » ; V. E. LEHMANNERMES, « Laissez faire ou régulation ? Une synthèse des théories économiques », dans *Régulation économique et démocratie*, coordonné par Martine Lombard, collection thèmes et commentaires, Dalloz, 2006.

⁶³⁵ Not. par le biais d'une intervention étatique. C'est l'opposition entre libéralisme et interventionnisme.

116. *Analyse des coûts-avantages d'une sanction des tentatives de contrainte.* Nous avons vu que l'analyse coûts-avantages permettait de déterminer si une sanction était utile et efficace, au sens économique⁶³⁶. Tout d'abord, rappelons que le fait de procéder à la recherche, à l'analyse et, le cas échéant, à la mise en œuvre d'une sanction des tentatives de contrainte implique un coût de procédure important pour les parties au litige mais également pour la société. Rappelons également que la tentative de contrainte est un comportement qualifié d'habituel lors des négociations. Dès lors qu'elle serait l'utilité d'une sanction des tentatives de soumission ? *A priori*, la principale utilité résiderait dans la sanction d'un comportement jugé déloyal. La loyauté, entre acteurs économiques, est également recherchée en économie car elle garantit le bon fonctionnement du marché⁶³⁷. Une tentative de contrainte, par sa portée violente, lors des relations commerciales s'oppose à une négociation loyale. Nous avons vu que la négociation pouvait être coopérative et intégrative. Ce mode de négociation, qui ne semble pas être favorisé dans certains secteurs, comme celui de la grande distribution, pourrait être privilégié. Un comportement déloyal lors des négociations contractuelles peut produire des effets nocifs sur le marché. Or, les économistes admettent une intervention étatique, entendue au sens large, lorsque les stratégies mises en place par les acteurs économiques sont susceptibles de porter atteinte au bon fonctionnement du marché et lorsque ce dernier ne parvient pas à se réguler seul. Une sanction des tentatives de contrainte entre acteurs économiques permettrait également de dissuader les entreprises de mettre en place des comportements de telle nature. Elles seraient amenées à renoncer à utiliser leur pouvoir économique pour imposer leur volonté lors des discussions.

Néanmoins, il convient également de s'interroger sur la justification d'une contrainte, comme seul moyen de faire entendre sa volonté. Certaines demandes sont légitimes et les refus opposés par la partie adverse peuvent avoir une vocation purement conflictuelle, sans être justifiés. *A contrario*, un comportement contraignant exercé à l'encontre d'un autre acteur peut être effectué sans être fondé sur une demande légitime. Par ailleurs, il peut s'agir d'un comportement non nécessaire et disproportionné, une simple proposition aurait pu être privilégiée favorisant une négociation coopérative. Or, une tentative de contrainte implique, par nature, un échec puisqu'un acteur qui tente de contraindre ne parvient pas à « vaincre » la « résistance préalable »⁶³⁸ opposée par son partenaire, à défaut on parlerait de contrainte effective. Ainsi, la partie au contrat, qui a fait l'objet de cette tentative par son partenaire, a pu s'opposer à cette contrainte puisqu'il ne détient pas de pouvoir contraignant à son égard. Elle n'a donc pas besoin d'être protégée d'un comportement pour lequel elle est en mesure de se protéger seule. Une intervention étatique, extérieure, impliquerait donc un coût pour la société qui n'apparaît pas nécessaire puisque les parties au contrat peuvent, de manière indépendante, réguler ces comportements entre elles. « Surprotéger » un acteur économique au sein d'un

⁶³⁶ T. PENARD, S. SOUAM, « Que peut bien apporter l'analyse économique à l'application du droit de la concurrence ? », *Revue d'économie politique*, vol. 112, n° 6, 2002, p. 863-887 ; S. ROSE-ACKERMAN, « Étude d'impact et analyse coûts-avantages : qu'impliquent-elles pour l'élaboration des politiques publiques et les réformes législatives ? », *Revue française d'administration publique*, vol. 140, n° 4, 2011, p. 787-806.

⁶³⁷ Ref. th. §143 et s.

⁶³⁸ J. LHOMME, « Considérations sur le pouvoir économique et sa nature », *Revue économique*, vol. 9, n°6, 1958, p. 862.

marché, en sanctionnant une tentative de contrainte à son égard, alors qu'il n'a pas besoin de protection, n'apparaît pas économiquement opportun. Une telle protection pourrait au contraire venir renforcer sa puissance, ce qui peut, *in fine*, modifier le bon fonctionnement du marché. Par ailleurs, en l'absence de préjudice subi, il serait inutile, au sens économique, de procéder à une sanction. Si une partie au contrat n'a pas été contrainte effectivement, elle n'a, *a priori*, pas subi de préjudice puisqu'elle ne s'est pas vue imposer la volonté de l'autre partie. Si elle parvient, néanmoins, à démontrer un préjudice, par exemple en raison d'un coût subi, en termes de temps et d'argent, et éventuellement la perte de chance subie dès lors qu'elle a dû renoncer à cette relation en raison du comportement déloyal de l'autre partie, ce préjudice ne saurait être équivalent au préjudice subi si elle avait réellement été contrainte. La démonstration d'un préjudice subi en présence d'une tentative de contrainte apparaît donc plus hasardeuse et sujette à débat.

Enfin, l'analyse économique met en évidence l'importance de vérifier l'opportunité d'une sanction afin d'en justifier la mise en œuvre. L'opportunité d'une sanction impliquerait de ne sanctionner que des pratiques ayant une incidence économique réellement préjudiciable. En effet, il est recommandé de « *ne pas chercher à châtier une action pourtant contraire à la loi dans la mesure où les coûts de l'intervention s'annoncent supérieurs aux gains attendus* »⁶³⁹. Il est d'autant moins utile de protéger un acteur économique face à un comportement qui n'a eu, concrètement, aucun effet suffisamment préjudiciable pour lui et l'économie.

117. *Conclusion.* Nous avons vu que les économistes admettaient qu'un rapport de force pouvait être consubstantiel à la négociation entre acteurs économiques. En effet, la théorie des jeux énonce que les échanges commerciaux sont généralement marqués par un conflit d'intérêts entre des acteurs réputés rationnels et égoïstes, ce qui favorise les comportements contraignants. Cette théorie met en évidence les différentes stratégies utilisées par les acteurs économiques notamment lors des négociations pour faire prévaloir leur volonté. La théorie des jeux met, également, en évidence le rôle du pouvoir économique dans les stratégies mises en œuvre par les acteurs économiques. Des comportements contraignants peuvent apparaître puisqu'en présence d'un rapport de force déséquilibré, un acteur peut chercher à profiter de la faiblesse de l'autre partie. Ces négociations, dites conflictuelles ou distributives, semblent communes dans le secteur de la grande distribution. Dans un tel contexte, les acteurs économiques cherchent à s'avantager face à leur partenaire. Or, à la différence d'une contrainte effective, la tentative de contrainte renvoie à un échec puisque l'acteur économique tente mais ne parvient pas à « *vaincre* » cette « *résistance* » extérieure. S'il n'y parvient pas, c'est qu'il ne détient pas de pouvoir économique contraignant à l'égard de son partenaire. Le sanctionner reviendrait alors à protéger une partie qui n'est pas en position d'être contrainte et qui demande une protection dans un contexte, par nature, conflictuel où elle parvient pourtant à s'opposer, seule. Dès lors, une remise en cause de l'efficacité économique d'une sanction des tentatives

⁶³⁹ V. THIREAU, « L'analyse économique du droit ou "Law and economics" », *Revue Juridique Nîmoise*, 2012, p. 207-214 : « Ainsi pourra-t-on par exemple choisir de ne pas chercher à châtier une action pourtant contraire à la loi dans la mesure où les coûts de l'intervention s'annoncent supérieurs aux gains attendus. ». V. égal. T. KIRAT, « Économie et droit. De l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances ? », *Revue économique*, vol. 49, n°4, 1998, p. 1057-1087.

de contrainte peut être opérée. Parmi les avantages, nous avons vu que la principale utilité serait de favoriser la loyauté dans les relations entre acteurs économiques. Une telle sanction dissuaderait certains acteurs de procéder à des comportements contraignants lors des négociations contractuelles et favoriserait, en principe, le bon fonctionnement du marché. Par ailleurs, un comportement contraignant n'est pas toujours nécessaire et proportionné, y compris lorsqu'il suit une demande pourtant légitime. Toutefois, outre les importants coûts de procédure pour procéder à la recherche, à l'analyse et à la mise en œuvre de la sanction d'une tentative de contrainte, nous avons retenu d'autres coûts. Ainsi, protéger un acteur économique - sans qu'il n'en ait besoin - pourrait renforcer sa puissance et pourrait, *in fine*, modifier le bon fonctionnement du marché. Une intervention étatique, extérieure, impliquerait donc un coût pour la société qui n'apparaît pas nécessaire puisque les parties au contrat peuvent, de manière indépendante, réguler ces comportements entre elles. En outre, si favoriser une négociation coopérative, qui promeut la loyauté entre les acteurs est souhaitable pour le bon fonctionnement de l'économie, y parvenir *via* des mesures punitives n'est pas toujours efficace. Le message envoyé aux entreprises, par des sanctions, peut au contraire les amener à agir de telle sorte que l'économie en pâtisse, par exemple en limitant des échanges dynamiques ou la conclusion de contrats efficaces, à titre préventif. Par ailleurs, nous avons vu qu'en l'absence de contrainte effective, la démonstration d'un préjudice découlant d'une simple tentative apparaît difficile à établir et quantifier. Au regard de l'ensemble de ces informations, nous estimons que les coûts sont supérieurs aux avantages qui peuvent être retirés. L'efficacité économique d'une sanction des tentatives de contrainte n'est pas suffisante pour être justifiée.

b) *L'analyse judiciaire des tentatives de soumission n'est pas efficace puisqu'elle n'est pas suffisamment réaliste et régulière*

118. *Les juges n'ont pas toujours fourni une analyse efficace en matière de tentative de soumission.* Dans de nombreuses décisions, les juges ont fait référence à la fois à une soumission ou sa tentative pour conclure à l'établissement ou au rejet de la pratique. Nous verrons que cette assimilation s'explique notamment par le fait que les juges ont établi un critère commun pour démontrer la soumission ou sa tentative : l'absence de négociation effective (i). Toutefois, les juges ont, parfois, apporté des précisions dans certaines affaires permettant plus facilement de distinguer la soumission de sa tentative. Nous verrons que certaines précisions sont utiles à l'analyse. Néanmoins, d'autres précisions peuvent être contestées car elles ne sont pas suffisamment réalistes (ii).

i. *Les juges ont tendance à assimiler les critères d'une soumission à sa tentative*

119. *Les juges ont tendance à assimiler les critères de sanction d'une tentative de soumission à ceux d'une soumission.* Tout d'abord, le Code de commerce sanctionne tant la soumission que la tentative de soumission à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Or, les juges ont tendance à assimiler ces deux notions

en prévoyant des critères identiques⁶⁴⁰. Les juges ont ainsi conclu que tant la soumission que la tentative de soumission impliquaient de démontrer l'absence de négociation effective. La détermination de l'absence de négociation effective sera développée ultérieurement dans la sous-partie sur la soumission effective. Les juges analysent, bien souvent, la soumission et sa tentative de pair et concluent généralement que « *la soumission ou la tentative de soumission* » est caractérisée ou exclue. Ainsi, lorsque la pratique est retenue, cette déclaration laisse envisager que quand bien même la soumission ne serait pas établie, une tentative de soumission serait établie⁶⁴¹ ou bien, que ni une soumission, ni sa tentative ne sont caractérisées. Il existe peu de décisions dont l'analyse ne porte que sur l'existence d'une tentative de soumission, il est donc difficile de déterminer quelles sont ses spécificités pour la distinguer de la soumission.

Nous savons qu'à l'instar de la soumission, la tentative de soumission ne se limite plus à l'introduction d'une clause jugée déséquilibrée dans un contrat-type et à la démonstration d'un rapport de force déséquilibré entre les parties, comme ont pu le retenir les juges dans le passé⁶⁴². Il appartient, à présent, au demandeur de démontrer l'absence de négociation effective. Dans une affaire majeure *ITM Alimentaire*, les juges ont déclaré que « *il ne peut être inféré du seul contenu des clauses ou du contexte économique caractérisé par une forte asymétrie du rapport de force en faveur du distributeur la caractérisation de la soumission ou tentative de soumission exigée par le législateur. L'insertion de clauses « déséquilibrées » dans un contrat-type ne peut suffire en soi à démontrer cet élément, seule la preuve de l'absence de négociation effective pouvant l'établir, la soumission ne pouvant être déduite de la seule puissance de négociation du distributeur, in abstracto* »⁶⁴³. Ainsi, « *l'insertion de clauses dans une convention type ou un contrat d'adhésion qui ne donne lieu à aucune négociation effective des clauses litigieuses peut constituer* » la soumission ou sa tentative⁶⁴⁴. Dans le même sens, la cour d'appel de Paris rappelle en 2019 « *que, nonobstant le caractère pré rempli des clauses du contrat qui ne suffit pas à prouver la soumission ou la tentative de soumission au sens de l'article L. 442-6 précité, il convient de rechercher si la société Avenir Télécom [...] disposait ou non d'un pouvoir réel de les négocier [...] aucun élément n'étant produit en faveur d'un risque encouru par la société Avenir Télécom en cas de refus de la clause litigieuse* »⁶⁴⁵. On déduit de cette jurisprudence qu'un professionnel n'encourt aucune sanction, même s'il propose l'introduction d'une clause jugée déséquilibrée, notamment *via* un contrat-type, dès lors qu'il permet, ensuite, à son partenaire de négocier effectivement⁶⁴⁶. *In fine*, l'existence d'un rapport de force déséquilibré

⁶⁴⁰ V. par ex., Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823 ; Pour plus de précisions a contrario avec une jurisprudence récente : CA Paris, 15 mars 2023, n°21/13227 ; CA Paris, 15 mars 2023, n°21/13481 ; CA Paris, 28 juin 2023, n° 21/16174.

⁶⁴¹ V. not. TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123 : « L'article L442-6, dans sa version en vigueur du 11 décembre 2016 au 26 avril 2019 applicable, ne vise pas seulement la soumission mais également la tentative de soumission [...], d'où il résulte que, quand bien même des candidats franchisés auraient pu renoncer à traiter avec Subway et choisir un autre franchiseur, Subway n'en aurait pas moins tenté de les soumettre. [...] Le tribunal dira que se trouve caractérisée la soumission ou tentative de soumission. »

⁶⁴² CA Paris, 4 juillet 2013, n°12/07651 ; Cass. com., 29 septembre 2015, n°13-25.043 ; CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 et Cass. com., 4 octobre 2016, n°14-28.013.

⁶⁴³ CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 et Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823.

⁶⁴⁴ CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221 ; CA Paris, 14 janvier 2021, n°18/20126.

⁶⁴⁵ CA Paris, 27 juin 2019, n° 18/07576 et Cass. com., 7 juillet 2021, n°19-22.807.

⁶⁴⁶ Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823, en comp. not. avec Cass. com., 4 octobre 2016, n°14-28.013.

entre les parties, parfois même présumé⁶⁴⁷, l'existence de clauses jugées déséquilibrées dans un contrat-type et la signature par de nombreux fournisseurs de clauses identiques ne peuvent suffire à établir une soumission ou sa tentative. Il faut rechercher l'absence de négociation effective de ces clauses. Par exemple, dans une affaire de 2019, la cour d'appel a écarté la pratique puisqu'elle a constaté l'existence d'une négociation effective entre les parties alors que le demandeur déclarait que son partenaire a tout fait pour la soumettre et tenter de faire accepter de nouvelles conditions contractuelles qu'elle jugeait inacceptables⁶⁴⁸. Dès lors, comment distinguer la soumission de sa tentative si les deux notions sont établies de la même manière, à travers l'absence de négociation effective ? On pourrait penser que pour la soumission, il n'y a pas de négociation effective puisque le partenaire a bien été soumis à la volonté du professionnel et pour la tentative de soumission, le professionnel a agi de telle sorte qu'il a cherché à empêcher l'effectivité des négociations sans avoir réussi à imposer sa volonté. Nous verrons que les juges ont apporté, dans d'autres affaires, quelques spécificités permettant de différencier la soumission de sa tentative.

ii. Les juges ont parfois précisé la détermination d'une tentative de soumission sans que leur analyse puisse être toujours saluée

120. *Les juges ont pu apporter quelques informations quant aux spécificités des tentatives de soumission.* Peu de décisions analysent de manière spécifique les tentatives de soumission. Nous avons donc recherché les quelques spécificités développées par les juges pour différencier la tentative de soumission, d'une soumission effective. Il était, tout de même, étrange de mettre sur un pied d'égalité des comportements d'intensité différente.

En 2013, la cour d'appel de Paris a estimé que « *dans ce contexte fortement asymétrique, l'envoi de lettres-types appelant les fournisseurs concernés à la restitution des fonds au distributeur, même non revêtues de menaces ou de coercition, est automatiquement perçu comme une injonction directive* », « *le GALEC a tenté de soumettre ses fournisseurs à sa volonté* »⁶⁴⁹. Ce qui importait c'est qu'un tel contexte, soit l'existence d'un rapport de force déséquilibré et un comportement actif de la partie puissante vis-à-vis des parties faibles, appelait à la docilité de ces dernières. Par ailleurs, il a pu être retenu que c'est à partir du moment où la clause figure dans le contrat et en l'absence de négociation possible, que l'incrimination est remplie, même si cette clause n'a pas été mise en œuvre⁶⁵⁰. En effet, il a été retenu « *qu'il importe peu que ces*

⁶⁴⁷ Lorsque l'analyse n'a pas été faite concrètement : soit car le juge présume qu'une majorité des prétendues victimes se trouvent dans un rapport de force déséquilibré, soit, en se fondant sur quelques critères, en déduit que le rapport de force est nécessairement déséquilibré.

⁶⁴⁸ CA Paris, 23 janvier 2019, n°16/15888 et Cass. com., 11 mai 2022, n°19-16.749 ; CA Paris, 17 septembre 2020, n°17/22734 : « Si la société PVM a accepté de fabriquer des outillages dans la perspective de vendre de grandes quantités de filtres à eau, elle ne démontre pas que la société CEPD a tenté de la soumettre à des obligations créant un déséquilibre significatif. Il résulte des échanges entre les parties que les conditions du marché ont été discutées entre elles et que les modalités financières étaient soumises à des volumes de commande. ».

⁶⁴⁹ CA Paris, 18 septembre 2013, n°12/03177.

⁶⁵⁰ Gouache avocats, « Point d'étape sur la notion de déséquilibre significatif », jeudi 5 mars 2020, *La lettre d'information de Gouache avocats*, dispo. sur le site : <https://www.gouache.fr> ; CA Paris, 11 septembre 2013, n°2009/02296.

obligations soient ou non exécutées, puisque la loi vise l'obtention ou la « tentative d'obtention » d'un avantage quelconque et qu'il importe peu aussi que les effets concrets du déséquilibre ne soient pas mesurés »⁶⁵¹. Ainsi, le fait de ne pas avoir obtenu, de manière effective, l'avantage tiré de la clause jugée déséquilibrée puisqu'elle n'a pas été mise en œuvre ne permet pas d'exclure la pratique, puisqu'il s'agirait d'une tentative de soumission. Le Professeur M. BEHAR-TOUCHAIS retient, en l'espèce, que « *peu importe que les obligations injustifiées n'aient pas été exécutées, car, dit la cour d'appel, la tentative de déséquilibre significatif est également punie. En réalité, indépendamment de la question de savoir si c'est une tentative (pour nous, ce n'en est pas une, une fois que la clause est incluse dans le contrat, le déséquilibre, s'il existe, est consommé), l'existence d'une clause illicite doit être sanctionnée peu important qu'elle soit ou non mise en œuvre. Le principe est acquis.* »⁶⁵². Nous partageons ce point de vue puisqu'en effet, lorsqu'une clause litigieuse a été imposée à l'autre partie, ce qui s'est effectivement traduit par sa présence dans le contrat signé, la soumission à une obligation créatrice d'un déséquilibre significatif est, *a priori*, établie car la clause litigieuse a bien intégré le contrat au détriment de la volonté du partenaire. Cette analyse a récemment été retenue par le tribunal de commerce de Paris dans une affaire *Google*⁶⁵³. On ne peut pas parler de tentative de soumission seulement car une clause litigieuse, présente dans le contrat signé, n'a pas été exécutée. Une telle analyse est cohérente en pratique puisque les juges ne recherchent pas la mise en œuvre des clauses litigieuses. En effet, il a été retenu que « *des clauses prévoyant des obligations ou des avantages injustifiés, sans contrepartie ou sans motif légitime, à la charge ou au bénéfice d'une partie peuvent être considérées en elles-mêmes, indépendamment de leurs effets, comme étant illicites* »⁶⁵⁴. De même, « *les effets des pratiques* »⁶⁵⁵ et « *les effets des clauses* »⁶⁵⁶ n'ont pas à être pris en compte ou recherchés puisque le juge « *n'était pas tenu de rechercher les effets précis du déséquilibre significatif* »⁶⁵⁷ pour procéder à une sanction. La tentative ne peut donc se limiter à la démonstration d'une clause jugée déséquilibrée, présente dans le contrat signé, et n'ayant pas été mise en œuvre.

Les juges ont, ensuite, exigé de démontrer l'absence de négociation effective, ce qui requiert de s'intéresser au déroulé des négociations⁶⁵⁸. Cette exigence a clairement été posée dans l'affaire *ITM Alimentaires*⁶⁵⁹, comme nous l'avons vu, bien qu'on ait pu la retrouver en filigrane

⁶⁵¹ CA Paris, 11 septembre 2013, n°11/17941.

⁶⁵² M. BEHAR-TOUCHAIS, « Quand la cour d'appel de Paris tente de systématiser le déséquilibre significatif », *RDC*, 2014, n°02, p. 231.

⁶⁵³ TC Paris, 28 mars 2022, n°201801765 : « Le tribunal rappelle que le ministre de l'économie n'a pas à démontrer l'application effective de ces clauses ni à rechercher les effets précis du déséquilibre. Dès lors que la soumission est caractérisée. ».

⁶⁵⁴ CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336.

⁶⁵⁵ Ex. : CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221 ; CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 ; CA Paris, 21 juin 2017, n° 15/18784 ; CA Paris, 16 mai 2018, n° 17/11187 ; CA Paris, 13 juin 2018, n°15/14893 ; CA Paris, 11 janvier 2019, n°17/00234 ; CA Paris, 6 février 2019, n°18/21919 ; CA Paris, 11 décembre 2019, n°18/28097.

⁶⁵⁶ Ex. : CA Paris, 19 décembre 2018, n°17/03922 ; CA Paris, 6 novembre 2019, n°18/03352.

⁶⁵⁷ Ex. : CA Paris, 11 septembre 2013, n°11/17941 ; Cass. com., 3 mars 2015, n°14-10.907 ; CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784.

⁶⁵⁸ CA Paris, 13 septembre 2017, n°16/04443 : « La société Audim ne démontre pas cette tentative de soumission, la cour n'étant pas informée des conditions dans lesquelles ces deux projets de contrat ont été éventuellement discutés. ».

⁶⁵⁹ CA Paris, 20 décembre 2017 n°13/04879.

de décisions plus anciennes⁶⁶⁰. Par ailleurs, la tentative de soumission a pu être établie lorsque la clause litigieuse a été intégrée dans le contrat-type, dès lors que la négociation n'était, semble-t-il, pas à la portée de la majorité des partenaires, bien que certains puissent éventuellement s'y opposer, et sans avoir à démontrer son application. C'est ce qu'a retenu la cour d'appel dans une affaire *EMC* de 2013, analyse reprise par la Cour de cassation en 2015⁶⁶¹. Il ressort de cette analyse que les juges ont eu tendance à utiliser la tentative de soumission comme une infraction « minimum », en ce sens que quand bien même la soumission ne serait pas établie, la tentative de soumission le serait nécessairement.

La cour d'appel de Paris, dans une affaire *Système U*, a également apporté des informations intéressantes sur la spécificité des tentatives de soumission⁶⁶². Dans cette affaire, la cour d'appel a précisé que la seule demande d'un professionnel, à son avantage, ne pouvait suffire à établir une tentative de soumission dès lors que l'auteur de la demande n'a pas procédé à un comportement contraignant pour forcer l'acceptation de son partenaire⁶⁶³. Elle ajoute que la preuve d'une demande d'un professionnel, même refusée par son partenaire et l'existence d'un comportement contraignant concomitant et jugé punitif, sans démontrer le lien entre ce comportement et la demande initiale et sans apporter de preuves concrètes sur les circonstances de la négociation, ne peuvent suffire à constituer la tentative de soumission. En effet, des comportements contraignants peuvent ne pas être liés aux discussions entre les parties et peuvent être justifiés par des circonstances extérieures, par exemple répondre à une exigence de rentabilité ou à une stratégie commerciale. Or, lorsqu'il existe un lien entre la demande du professionnel, consistant en l'espèce en une baisse de prix d'achat sur des produits non rentables

⁶⁶⁰ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Soumettre ou ne pas soumettre, telle est la question », *RDC*, 2020 n°01, p. 39.

⁶⁶¹ CA Paris, 4 juillet 2013, n°12/07651 : « Le fait pour une enseigne de la grande distribution, d'inscrire une clause qui instaure un déséquilibre manifeste dans les droits et obligations des parties dans le contrat type qu'elle conclut avec tous ses fournisseurs, donne à cette clause la portée d'un principe auquel ces derniers ne peuvent déroger qu'au terme d'une négociation, ce qui n'est, dans beaucoup de cas, pas à leur portée. Le fait que l'Administration n'ait pas apporté la démonstration d'un cas concret d'application, étant à cet égard indifférent. [...] Il se déduit de l'ensemble de ce qui précède que la clause incriminée, par son inscription dans le contrat a bien été imposée, ou à tout le moins que la société EMC a tenté de l'imposer, sans qu'il soit nécessaire que l'Administration rapporte la preuve de manœuvres spécifiques à ce sujet. [...] Il convient, dès lors, de dire que la clause [...] constitue la tentative d'imposer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. » ; v. égal. Cass. com., 29 septembre 2015, n°13-25.043.

⁶⁶² CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187 : « La société Système U a demandé à la société Fromagerie Bel 5,6 millions d'euros de budgets complémentaires, de manière globale sans viser des références précises commercialisées par la société Fromagerie Bel. Par la suite, la société Système U a procédé au déréférencement de 11 produits [...] La décision de déréférencer ces deux produits est donc justifiée par la société Système U, cette dernière pouvant cesser de commercialiser des produits insuffisamment rentables, sous réserve de respecter un préavis suffisant. Dès lors, ces déréférencements ne peuvent être reprochés à la société Système U. En revanche, s'agissant des 9 autres produits, l'issue des échanges entre la société Système U et la société Fromagerie Bel ainsi que la suite donnée par la société Fromagerie Bel aux demandes de la société Système U n'est pas connue. Les seules déclarations de la société Fromagerie Bel communiquées par le ministre ne permettent pas d'établir un lien entre la demande de budget complémentaire de 5,6 millions d'euros formulée par la société Système U auprès de son fournisseur et le déréférencement des 9 autres produits [...] En effet, la seule concomitance entre la demande du distributeur et le déréférencement de produits, en dehors de tout autre élément concret et de toute déclaration du fournisseur lui-même, ne peut suffire à démontrer que la société Système U a tenté de contraindre la société Fromagerie Bel à accepter sa demande de budget complémentaire. Ces seuls éléments ne peuvent caractériser la tentative de soumission par la société Système U de la société Fromagerie Bel. ».

⁶⁶³ V. égal. pour une analyse en ce s. CA Paris, 28 juin 2023, n°21/16174.

ou une remise, qui ont été refusées par son partenaire et le comportement contraignant qu'il a ensuite mis en place du fait de ce refus, en l'espèce, un déréférencement desdits produits, il n'y a pas de tentative de soumission, d'après les juges, puisque la demande et le comportement contraignant étaient justifiés par l'absence de rentabilité⁶⁶⁴. Pour les juges, un comportement contraignant lié au refus d'une demande et jugés tous deux légitimes, ne caractérisent pas la pratique alors que le comportement en question implique pourtant qu'un professionnel a cherché à imposer sa volonté à son partenaire. Par conséquent, cet arrêt *Système U* est important car il semble ne retenir la tentative de soumission que lorsqu'il existe une demande d'un professionnel assortie d'un comportement contraignant et sous réserve que cette demande et ce comportement contraignant ne soient pas justifiés. *A contrario* de cette affaire, nous estimons que la tentative de soumission devrait être établie, en présence d'une demande et d'un comportement contraignant lié, tous deux justifiés, mais pourrait être exemptée d'une sanction, du fait de cette justification. En effet, le professionnel a bien cherché à soumettre son partenaire à sa volonté en procédant au déréférencement des produits pour lesquels il a échoué à obtenir une baisse des prix. Si son partenaire souhaitait maintenir ses produits dans les rayons du professionnel, il devait alors accepter la demande de ce dernier et baisser le prix de vente. Par conséquent, si une tentative de soumission implique bien un comportement contraignant⁶⁶⁵, qui vise à forcer l'acceptation du partenaire et limite ainsi l'effectivité d'une négociation, ce comportement ne doit pas nécessairement être sanctionné lorsqu'il repose sur un motif légitime.

Par la suite, les juges ont apporté de nouvelles précisions dans une affaire *Subway* de 2020⁶⁶⁶. Tout d'abord, ils énoncent que « *les franchisés [...] se trouvent placés dans la dépendance économique et sous la : domination du franchiseur Subway* » et « *peu importe que le franchisé ait la possibilité de refuser cette situation de soumission, dès lors que Subway aura tenté de le soumettre* ». Là encore, les juges estiment que si la soumission venait à ne pas être établie, il y aurait tout de même tentative de soumission. En effet, si les franchisés bénéficient d'un contre-pouvoir leur permettant de refuser de se soumettre, *Subway* aura, tout de même, tenté de leur imposer sa volonté. D'après les juges, y compris lorsque les franchisés pouvaient contracter avec d'autres professionnels, *Subway* pouvait néanmoins tenter de les soumettre. En l'espèce, les juges rappellent l'importance de procéder à une négociation de bonne foi, ce qui exclut également la tentative de soumission. Or, ils expliquent que « *les franchisés interrogés par les enquêteurs de la DGCCRF affirment qu'il leur est impossible de négocier avec la tête de réseau la conclusion du contrat-type directement traduit de l'américain, non négociable ni amendable* » et « *Subway ne concède la négociation d'aucune clause à la signature du contrat, se prévalant*

⁶⁶⁴ CA Paris, 16 mai 2018, n° 17/11187 : « Le fait, pour la société Système U, après avoir constaté vendre au prix d'achat le produit [...], de solliciter une baisse de leur prix d'achat ou une remise exceptionnelle de 300.000 euros, puis, après le refus de la société General Mills, de retirer ces seuls produits non rentables de ses rayons, est justifié par des raisons économiques légitimes relatives à un défaut de rentabilité sur ces deux produits. Dans ces conditions, les demandes ne portant que sur les deux produits ayant été déréférencés, la preuve de la tentative de soumission n'est pas établie, le distributeur pouvant procéder légitimement au déréférencement des produits insuffisamment rentables dans le respect d'un préavis suffisant, après avoir demandé en vain une réduction du prix de vente au fournisseur. ».

⁶⁶⁵ Qui, rappelons-le, est entendu largement à notre sens et peut recouvrir des comportements de différentes intensités dès lors qu'ils visent à forcer l'acceptation.

⁶⁶⁶ TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123.

au contraire de la nécessaire homogénéité du réseau. ». Le fait d'empêcher et de refuser fermement la négociation peut constituer un comportement contraignant.

Les juges semblent poursuivre dans cette lignée en précisant, plus récemment, les comportements conduisant à une tentative de soumission⁶⁶⁷. Ainsi, le tribunal de commerce de Paris a déclaré, à juste titre, que « *la tentative de soumission permet d'appréhender les pratiques restrictives de concurrence dont le résultat a été recherché par son auteur sans qu'il soit nécessairement obtenu* »⁶⁶⁸. Déclarant que la tentative de soumission implique l'absence de négociation effective⁶⁶⁹, la cour d'appel de Paris précise, opportunément, que « *la répression de la seule tentative, qui s'entend de l'action par laquelle on s'efforce vainement d'obtenir un résultat, implique ainsi une analyse qui accorde une attention particulière à l'entrée en négociation prétendue.* ». Ainsi, la tentative de soumission implique bien qu'un acteur a tenté de soumettre un autre acteur, sans y parvenir. Par conséquent, il a pu être retenu qu'il « *est indifférent que ce fournisseur n'ait finalement pas accepté l'investissement sollicité puisque la tentative est par définition constituée sans concrétisation de son résultat [...] peu important son absence de contractualisation à raison de l'échec de la tentative* »⁶⁷⁰. Il en découle également que « *l'éventuelle conclusion d'avenants non critiqués en eux-mêmes ou l'absence d'engagements finalement consentis par les fournisseurs n'est pas à elle seule de nature à faire obstacle à la caractérisation d'une tentative de soumission* »⁶⁷¹. Ainsi, les juges admettent qu'une tentative de soumission est établie dès lors que la demande du professionnel est assortie d'un comportement visant à contraindre son partenaire, y compris en l'absence d'un rapport de force déséquilibré entre les parties⁶⁷². La tentative de soumission constitue bien un moyen juridique permettant aux juges de sanctionner l'absence de négociation effective lorsque la partie qui l'a subi n'était pas nécessairement placée dans une situation de soumission. Espérons que cet élan, permettant de mieux appréhender la notion de tentative de soumission, soit conforté dans les décisions ultérieures.

In fine, à la lecture de la jurisprudence, on comprend que la tentative de soumission s'apprécie, tant au moment de la réalisation de la pratique litigieuse⁶⁷³ ou de la conclusion du contrat⁶⁷⁴,

⁶⁶⁷ Par ex. le TC Paris avait étrangement retenu qu'une incitation à conclure un contrat, pourtant exclu du titre IV du livre IV du Code de commerce, était une tentative de soumission (TC Paris, 6 juillet 2021, n°2016064825) ; v. égal. les récents arrêts : CA Paris, 15 mars 2023, n°21/13227 ; CA Paris, 15 mars 2023, n°21/13481 ; CA Paris, 28 juin 2023, n°21/16174 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Du bon sens sur la tentative de soumission mais des œillères sur la puissance des grands fournisseurs », *LEDICO* 2023 n°05, p.5 : « Heureusement, on revient ici à une notion plus rationnelle de tentative, qui se rapproche de la notion de tentative infructueuse du droit pénal (C. pén., art. 121-5). Pour qu'il y ait tentative de soumission, il faut que son auteur ait tenté vainement d'imposer la clause. ».

⁶⁶⁸ TC Paris, 28 mars 2022, n° 2018017655.

⁶⁶⁹ Ce qui implique not. l'absence de contreparties réelles et effectives en échange des demandes formulées. En ce s. CA Paris, 28 juin 2023, n°21/16174.

⁶⁷⁰ CA Paris, 15 mars 2023, n°21/13481.

⁶⁷¹ CA Paris, 28 juin 2023, n°21/16174.

⁶⁷² CA Paris, 28 juin 2023, n°21/16174.

⁶⁷³ CA Paris, 18 septembre 2013, n°12/03177.

⁶⁷⁴ CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 : « le ministre n'apporte aucun élément de preuve afférent aux circonstances factuelles dans lesquelles les cinq contrats versés à la procédure ont été conclu ».

soit au moment des négociations si elles existent⁶⁷⁵, et ce, jusqu'à la signature du contrat ou encore lors de son exécution⁶⁷⁶.

121. *Conclusion.* Nous avons vu que les juges assimilent régulièrement les deux notions : soumission ou tentative de soumission, notamment lorsqu'ils estiment que l'élément de preuve principal est l'absence de négociation effective. Le fait d'assimiler ces deux notions leur permet également de confirmer, le cas échéant, que la pratique est bien établie. En effet, s'il ne peut exister une soumission effective en présence d'un contre-pouvoir chez le partenaire, il existerait néanmoins une tentative de soumission. Le Code de commerce prévoit dans les deux cas une sanction sans formuler de distinction. Bien que peu nombreux, les juges ont, toutefois, apporté des précisions intéressantes dans des arrêts pour distinguer une soumission de sa tentative. Nous savons qu'à l'instar de la soumission, la tentative de soumission ne se limite plus à l'introduction d'une clause jugée déséquilibrée dans un contrat-type et à la démonstration d'un rapport de force déséquilibré entre les parties, comme ont pu le retenir les juges dans le passé. De même, les juges ont pu admettre qu'une tentative de soumission permettait, à la différence de la soumission, de sanctionner une clause qui n'avait pas été négociée entre les parties et qui n'avait pas été exécutée. Par la suite, dans une affaire *Système U* particulièrement intéressante en la matière, les juges ont fourni d'autres précisions. Ainsi, ils ont retenu que la seule demande d'un professionnel, à son avantage, ne pouvait suffire à établir une tentative de soumission dès lors que l'auteur de la demande n'a pas procédé à un comportement contraignant pour forcer l'acceptation de son partenaire. Elle ajoute que la preuve d'une demande d'un professionnel, même refusée par son partenaire et l'existence d'un comportement contraignant concomitant, sans démontrer le lien entre ce comportement et la demande initiale et sans apporter de preuves concrètes sur les circonstances de la négociation, ne peuvent suffire à constituer la tentative de soumission. Or, lorsqu'il existe un lien entre la demande du professionnel et un comportement contraignant concomitant ou postérieur qu'il a mis en place, il n'y a pas de tentative de soumission si la demande et le comportement contraignant sont justifiés par un motif légitime. Pourtant, un comportement contraignant, même s'il poursuivait un but légitime, implique, par nature, qu'un professionnel a cherché à imposer sa volonté à son partenaire. Dans une autre affaire, les juges ont retenu que l'absence de négociation possible du contrat litigieux, y compris si certains partenaires pouvaient éventuellement signer avec des concurrents, établit une tentative de soumission à leur égard. Enfin, les juges ont récemment rappelé que la tentative de soumission implique une soumission qui a échoué soit parce que l'autre partie s'y est opposée, soit parce qu'elle pouvait s'y opposer, ce qui démontre l'absence de pouvoir de soumission. Ces indications apportées par les juges sont particulièrement utiles pour l'analyse mais leur disparité ne fait pas, encore, état d'une jurisprudence bien établie.

⁶⁷⁵ CA Paris, 13 Septembre 2017, n° 16/04443 : « la société Audim ne démontre pas cette tentative de soumission, la cour n'étant pas informée des conditions dans lesquelles ces deux projets de contrat ont été éventuellement discutés ».

⁶⁷⁶ CA Paris, 16 mai 2018, n° 17/11187.

c) *La sanction des tentatives de soumission par les juges doit être améliorée et pourrait même être supprimée pour la pratique de déséquilibre significatif*

122. *La sanction des tentatives de soumission effectuée par les juges peut faire l'objet de contestations.* Nous avons vu que les juges dissocient rarement la soumission de sa tentative et seuls quelques arrêts apportent des précisions utiles. Or, parmi ces précisions, certaines n'apparaissent pas suffisamment réalistes. Notons également que la tentative de soumission est une spécificité du Code de commerce qu'on ne retrouve ni dans le Code de la consommation, ni dans le Code civil, prévoyant pourtant la pratique de déséquilibre significatif. Ainsi, nous proposons de modifier l'analyse juridique afin qu'elle fournisse une analyse plus claire et réaliste et donc plus efficace d'une tentative de soumission (i). Néanmoins, nous avons vu que les économistes préconisaient de procéder à une analyse des coûts et avantages d'une sanction pour en apprécier l'utilité et l'efficacité, ce qui conduit notamment, en l'espèce, à remettre en cause la pertinence d'une sanction des tentatives de soumission (ii).

i. L'analyse juridique des tentatives de soumission doit être plus claire et réaliste pour être efficace

123. *Les juges doivent préciser et améliorer l'analyse des tentatives de soumission.* Nous fournissons plusieurs recommandations pour s'assurer qu'une tentative de soumission est bien établie et qu'elle peut être, efficacement, sanctionnée. Les juges doivent vérifier que la soumission a échoué (1), notamment du fait de l'absence de pouvoir de soumission entre les parties (2), qu'il existe bien un comportement contraignant lié à une demande initiale (3) et enfin, s'il est possible d'exempter la tentative de soumission d'une sanction (4).

1. Les juges doivent vérifier que la soumission d'une partie a bien échoué

124. *Les juges doivent rechercher l'existence d'une soumission qui a échoué pour retenir une tentative de soumission.* Nous recommandons de vérifier qu'il existe soit une soumission soit une tentative de soumission pour établir la pratique. Lorsque les juges renvoient communément à l'existence d'une soumission ou d'une tentative de soumission cela signifie qu'il peut s'agir de l'une comme de l'autre. Une telle position n'apparaît pas réaliste car elle ne traduit pas ce qui s'est réellement passé. Il s'agit, pourtant, de deux pratiques différentes. Si l'on conçoit qu'une sanction commune permet aux juges de ne pas préciser avec clarté, pour chaque décision, la réalité de la pratique établie, cette absence de réalisme ne permet pas une sanction efficace d'après l'analyse économique. Ces deux pratiques ne peuvent être assimilées car elles ne signifient pas la même chose et n'ont pas les mêmes conséquences. Pour démontrer concrètement l'existence de l'une ou l'autre, il faut donc les distinguer. Il faut préciser concrètement en quoi consiste une tentative de soumission et démontrer qu'elle est bien établie en l'espèce, ce qui conduit également à l'absence de soumission effective. Dès lors, comment distinguer une soumission de sa tentative ?

Le Code de commerce sanctionnant la soumission ou sa tentative, la tentative de soumission n'est donc pas une soumission. Par conséquent, contrairement à ce qui a pu être jugé dans le passé, l'absence d'exécution d'une clause jugée déséquilibrée, ayant été imposée, ne devrait pas être un critère permettant de distinguer la soumission de sa tentative. Une telle analyse serait d'autant plus cohérente en pratique puisque les juges ne recherchent pas la mise en œuvre des clauses litigieuses. La tentative de soumission ne peut donc se limiter à la démonstration d'une clause jugée déséquilibrée, imposée à l'autre partie et présente dans le contrat signé, mais qui n'a pas été mise en œuvre. Cette démonstration relève d'une soumission et non d'une tentative de soumission puisque l'acceptation de l'autre partie a bien été forcée, ce qui s'est traduit par son introduction dans le contrat. Comme cela a parfois été retenu par les juges, le résultat de ces deux pratiques n'est pas le même, la soumission implique une réussite et la tentative de soumission implique un échec⁶⁷⁷. Ainsi, malgré la tentative d'une partie au contrat de soumettre l'autre partie, cette dernière n'a pas été soumise. C'est ce qui est également retenu par le Professeur M. CHAGNY : « *s'il définit, comme précédemment, la pratique interdite par son résultat, l'article L. 442-6-I-2° du Code de commerce permet désormais d'appréhender, sans le moindre doute, les simples tentatives – sous réserve des éventuelles difficultés de preuve – comme celles ayant abouti, autrement dit le résultat recherché en vain aussi bien que celui obtenu.* »⁶⁷⁸. Cette position a également été retenue par le rapporteur, nommé lors du vote de la loi de modernisation de l'économie intégrant la pratique de déséquilibre significatif⁶⁷⁹. Ainsi, puisqu'il s'agit d'une tentative de soumission, la partie au contrat a tenté d'imposer sa volonté au détriment de la volonté de l'autre partie et a, donc, tenté d'empêcher cette dernière de négocier effectivement. Ces deux notions conduisent bien à des comportements de différentes intensités, simple tentative versus soumission effective.

125. *Les apports du droit pénal en matière de tentative punissable.* Or, le droit pénal peut s'appliquer et distingue bien la tentative d'infraction et l'infraction réussie. Bien que l'article L.442-6, I, 2° constitue un délit de nature civile⁶⁸⁰, sa sanction a le caractère d'une punition et l'amende pouvant être prononcée est si élevée qu'elle ouvre droit aux principes issus du droit pénal. Les juges ont donc appliqué les principes du droit pénal à l'application de

⁶⁷⁷ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les différentes pratiques restrictives de concurrence dans les ordonnances du 24 avril 2019 », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 29, 18 juillet 2019, p. 1363 : « Le fait de n'avoir pas consenti à une clause déséquilibrée devrait montrer que l'on n'a pas été soumis. » TC Paris, 28 mars 2022, n°2018017655 ; CA Paris, 15 mars 2023, n°21/13227 ; CA Paris, 15 mars 2023, n°21/13481.

⁶⁷⁸ M. CHAGNY, « De l'abus de la relation de dépendance au déséquilibre significatif », *Approches plurielles du déséquilibre significatif*, *Revue Concurrences*, n° 2-2011, §24.

⁶⁷⁹ J.P. CHARITÉ, Rapport n°908 fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi de modernisation de l'économie (n° 842), Assemblée nationale, 22 mai 2008 : « Ce nouvel alinéa interdit [...] aussi la tentative de le soumettre à une telle obligation, ce qui introduit une garantie supplémentaire par rapport au droit en vigueur » puisqu' « il sera désormais interdit de forcer la main d'un partenaire pour signer un contrat manifestement déséquilibré, alors qu'aujourd'hui l'abus ne peut être sanctionné qu'une fois le contrat signé. ».

⁶⁸⁰ CA Toulouse, 5 octobre 2011, n°09/04975 : « L'article L.442-6 I énumère un certain nombre de comportements, assimilables à des délits civils. » ; CA Paris, 15 mai 2019, n° 17/23105 : « La constitution du délit civil de déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce implique, d'une part, la démonstration d'une soumission ou tentative de soumission et, d'autre part, celle d'obligations déséquilibrées. ».

l'article L.442-6, I, 2° ancien, devenu L.442-1, I, 2° du Code de commerce⁶⁸¹. Ainsi, faisant référence à cet article L.442-6, les juges ont retenu que : « *s'agissant de délits civils qui peuvent être sanctionnés par des amendes civiles élevées, le principe d'interprétation stricte doit prévaloir* »⁶⁸². En se référant à l'analyse pénale, nous retenons plusieurs points permettant de préciser la sanction d'une tentative. Le pénaliste J. LARGUIER [2005] définit la tentative comme un « *effort volontaire orienté vers un but* »⁶⁸³. D'après cet auteur, « *il est donc important de savoir où commence la tentative punissable, puisque avant ce moment il n'y a pas en principe répression* ». Il existe, selon lui « *deux conditions de la tentative punissable : de la part de l'agent, il faut un commencement d'exécution ; et il faut une interruption de l'exécution indépendante de la volonté de l'agent* ». L'infraction n'est donc pas consommée, son exécution n'est pas parfaite. C'est pourquoi on parle de tentative de soumission et non de soumission. Au sens du droit pénal, « *il y a commencement d'exécution lorsque l'acte devait avoir pour conséquence directe et immédiate de consommer l'infraction, avec intention de la commettre. L'agent voulait aller jusqu'au bout* ». Or, « *la tentative, même manifestée par un commencement d'exécution, n'est en effet punissable que s'il y a eu interruption fortuite de l'exécution, et non s'il y a eu désistement volontaire de la part de l'agent : l'auteur de la tentative qui s'arrête, avant consommation de l'infraction, et de lui-même, n'est pas punissable* ». En effet, on recherche la « *culpabilité réelle de l'auteur du fait* ». C'est seulement en ce sens que l'infraction sera établie et donc punissable. D'après le pénaliste, « *mieux vaut encourager ce désistement, même si l'on récompense ainsi non pas la pitié ni l'éveil du sens moral, mais la peur du gendarme. Le mobile du désistement est donc indifférent* », néanmoins, il ajoute qu'il « *va de soi que n'est pas spontané le « désistement » dû à l'arrivée de la police ou d'un tiers, ou à la réaction de la personne attaquée* », l'auteur de l'infraction n'ayant été arrêté que par « *des circonstances indépendantes de sa volonté* ». Ainsi, si l'on suit ce raisonnement, pour sanctionner une tentative de soumission, les juges devraient rechercher cette pratique à travers : un commencement d'exécution, ce qui implique un acte visant à consommer directement et immédiatement l'infraction, soit de soumettre son partenaire à sa volonté, l'intention de l'auteur de soumettre son partenaire et l'interruption fortuite de cette tentative par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur. C'est bien ce dernier élément qui permet concrètement de distinguer la soumission (infraction réussie) de sa tentative (infraction échouée).

L'échec d'une soumission implique qu'un motif extérieur a empêché une partie au contrat d'imposer sa volonté au détriment de la volonté de l'autre partie. Pourtant, est-il réellement possible, en pratique, d'analyser les motifs d'une interruption de l'infraction ? Nous verrons qu'une soumission échoue, bien souvent, lorsque la partie attaquée s'oppose et parvient à

⁶⁸¹ CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 : « Selon la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, le principe de légalité des délits et des peines est applicable non seulement aux peines pénales prononcées par les juridictions répressives, mais à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a donné pouvoir de la prononcer à une juridiction civile ou à une autorité de nature non juridictionnelle » ; « dans sa décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, le Conseil constitutionnel a jugé que les dispositions de l'article L. 442-6 I 2°, qui instituent une sanction ayant le caractère d'une punition, sont conformes à la Constitution et au principe de la légalité des délits et des peines ».

⁶⁸² CA Paris, 27 septembre 2017, n°16/00671 ; CA Paris, 19 décembre 2018, n°17/03922 ; CA Paris, 11 janvier 2019, n°17/00234.

⁶⁸³ J. LARGUIER, « Analyse de l'infraction », Jean Larguier éd., *Le droit pénal*, Presses Universitaires de France, 2005, p. 15-50.

empêcher la réalisation effective de l'infraction⁶⁸⁴. Notons qu'au sens du droit pénal, il ne devrait pas y avoir d'infraction punissable lorsqu'un professionnel a cherché à soumettre son partenaire mais a, spontanément et volontairement, mis fin à cette tentative⁶⁸⁵. Ce peut être le cas lorsqu'un professionnel a formulé une demande jugée déséquilibrée puis a, de son plein gré, renoncé à l'imposer à son partenaire. Néanmoins, il peut parfois être difficile de déterminer la frontière entre désistement volontaire et involontaire d'un professionnel. En effet, il peut être difficile, voire impossible, pour le demandeur de démontrer les éléments réellement pris en compte dans la stratégie personnelle du défendeur. Par exemple, lorsque suite à une enquête, le professionnel qui tentait de soumettre son partenaire décide finalement de retirer sa demande ou n'insiste pas pour obtenir son accord, il appartient au demandeur de prouver que cette renonciation découle de la connaissance de l'enquête, soit un fait extérieur à la volonté de son auteur, et non d'une décision de son plein gré.

Enfin, est donc soumis celui qui s'est vu concrètement imposer une demande et été contraint de l'accepter. Est punie la tentative de soumission de celui qui a imposé sa demande, sans obtenir satisfaction, soit parce que l'autre partie s'y est opposée, soit du fait d'une intervention étatique poussant l'auteur à renoncer à sa demande malgré sa volonté. Il appartient aux juges de bien distinguer dans leurs décisions si la pratique prohibée est une soumission ou une tentative de soumission, en précisant pour cette dernière qu'il s'agit uniquement d'un commencement d'exécution puisque la pratique de soumission a échoué du fait d'un élément extérieur à la volonté de l'auteur⁶⁸⁶.

2. Si la partie adverse parvient à s'opposer elle n'est pas en capacité d'être soumise

126. *L'absence de soumission effective, du fait de l'opposition de l'autre partie, résulte d'une absence de pouvoir de soumission.* Une tentative de soumission punissable se traduit par une soumission qui a échoué en raison d'un fait extérieur, indépendant de la volonté de l'auteur. Ce fait extérieur sera généralement l'opposition de la partie attaquée qui va refuser de se soumettre. Or, une partie ne parvient pas à soumettre l'autre partie dès lors que cette dernière peut s'opposer car elle détient un contre-pouvoir. A la différence de la soumission effective, la tentative de soumission implique une absence de pouvoir de soumission entre les parties. Nous avons vu qu'un rapport de force déséquilibré entre les parties n'impliquait pas nécessairement un pouvoir de soumission. En effet, il est plutôt difficile de parvenir à un rapport de force parfaitement équilibré entre les parties. Il s'agit donc d'un autre élément permettant de distinguer la soumission d'une tentative de soumission, la première implique un pouvoir de soumission entre les parties pour être effective et la seconde, conduit à l'absence de pouvoir de soumission lorsque la tentative a été stoppée en raison de l'opposition de l'autre partie au contrat. Si une partie peut s'opposer à une demande, elle n'était pas en capacité d'être soumise.

⁶⁸⁴ A noter, toutefois, pour une suspension volontaire d'une tentative de soumission, non limitée à la résistance de l'autre partie : CA Paris, 15 mars 2023, n°21/13481.

⁶⁸⁵ En ce s. v. not. CA Paris, 28 juin 2023, n°21/16174 où un distributeur a été stoppé dans sa volonté d'imposer certaines conditions en raison du risque juridique auquel il s'exposait et du fait de sa volonté d'opérer discrètement ; v. égal. ndbp prec. CA Paris, 15 mars 2023, n°21/13481.

⁶⁸⁶ Notons que les juges semblent aller, enfin, dans ce s. avec une décision récente : CA Paris, 15 mars 2023, n°21/13481.

Or, lorsqu'une partie au contrat accepte des clauses jugées déséquilibrées, alors qu'elle pouvait s'y opposer, le comportement contraignant de l'autre partie peut, toutefois, constituer une tentative de soumission. En effet, il n'y a pas soumission car il n'existe pas de pouvoir de soumission entre les parties, la partie a finalement volontairement accepté ces clauses mais il y a tentative de soumission car son partenaire a, tout de même, cherché à imposer sa volonté, soit à soumettre son partenaire. Il a agi de manière déloyale. L'absence d'un refus opposé par la partie attaquée à ces clauses ne devrait pas permettre d'établir l'absence de tentative de soumission. En effet, son acceptation ne saurait faire disparaître le fait que l'autre partie a bien cherché, initialement, à lui imposer des clauses déséquilibrées. La tentative de soumission conduit au fait de tenter d'empêcher l'effectivité d'une négociation. Or, l'autre partie peut néanmoins justifier que son comportement, aussi contraignant soit-il, n'a pas conduit à imposer sa volonté au détriment de la volonté de l'autre partie puisqu'elle a accepté ces clauses alors qu'elle disposait d'un pouvoir lui permettant de s'y opposer. Néanmoins, le fait de les avoir finalement acceptées peut témoigner d'une stratégie, au regard du déroulé des discussions, mais plus difficilement d'un souhait qu'elle aurait formulé si ces clauses jugées déséquilibrées ne lui avaient pas été imposées. *In fine*, la partie au contrat a bien cherché à soumettre son partenaire sans savoir que ce dernier lui faciliterait la tâche en acceptant sa demande, nul besoin de persister. Il s'agit bien, au sens pénal, d'un commencement d'exécution d'une infraction, la soumission, fait volontaire, qui a été stoppé du fait d'un élément indépendant de la volonté de son auteur, en l'occurrence la tentative de soumission a cessé car elle a été acceptée par l'autre partie.

Enfin, une tentative de soumission, punissable, établissait l'échec d'une soumission lorsque, au sens du droit pénal, l'auteur a stoppé son comportement du fait d'une intervention étatique. L'opposition extérieure, contraire à la volonté de l'auteur du comportement, n'est pas l'autre partie au contrat mais peut-être, par exemple, la DGCCRF qui enquête sur certaines pratiques ou prononce des mises en garde voire des injonctions, ou encore, le juge qui fait appliquer des sanctions. Ces actions extérieures vont venir stopper les comportements du professionnel cherchant à soumettre son partenaire. Dans ce cas, il n'est pas nécessaire de démontrer l'absence de pouvoir de soumission entre les parties pour expliquer pourquoi la soumission a échoué.

3. Les juges doivent rechercher un comportement contraignant lié à une demande initiale

127. *Les juges doivent rechercher un comportement contraignant lié à une demande initiale d'un professionnel pour établir la tentative de soumission.* Nous avons vu qu'une soumission est un comportement qui se traduit par le fait d'imposer sa volonté au détriment de la volonté de l'autre partie. Dès lors, on en déduit qu'une tentative de soumission est un comportement qui vise à tenter d'imposer sa volonté au détriment de la volonté de l'autre partie. Ainsi, pour y parvenir, le professionnel procède à un comportement qu'on dit contraignant pour l'autre partie. À défaut de démontrer un tel comportement, qui vise à soumettre, les juges ne peuvent pas déduire d'une simple demande, la volonté d'un professionnel de soumettre l'autre partie. En effet, le fait de formuler une simple demande ne signifie pas qu'un professionnel cherche à soumettre, puisqu'il peut être ouvert à la discussion. Ainsi, la démonstration de ce

comportement contraignant permettra de démontrer que le professionnel qui a formulé une demande n'était pas ouvert à la discussion et entendait imposer sa volonté à l'autre partie. D'après les juges, la tentative de soumission, comme la soumission, est établie en l'absence de négociation effective. L'existence d'un comportement contraignant ne démontre pas la volonté de son auteur de négocier, et encore moins, de permettre une négociation effective. En effet, puisque la tentative de soumission vise à imposer sa volonté au détriment de la volonté de l'autre partie, elle empêche l'effectivité d'une négociation. Au final, on ne peut pas qualifier la négociation d'effective car elle n'a pas été libre et loyale même si l'autre partie n'a pas été soumise. Le fait qu'une tentative échoue car l'autre partie ne se soumet pas à sa volonté ne fait pas disparaître le fait que son auteur a souhaité empêcher l'effectivité de la négociation. Il en est de même, même si l'autre partie finit par accepter la demande litigieuse car les discussions n'ont pas été effectives du fait de ce comportement contraignant.

Il convient alors de s'intéresser aux comportements d'un professionnel susceptibles d'être qualifiés de contraignants. Cela implique un comportement qui peut avoir différentes intensités, mais l'objectif final est bien d'entraver l'expression libre de la volonté de l'autre partie. Il peut s'agir par exemple, d'une demande ferme ou encore, de simples pressions pouvant aller jusqu'à l'usage de la violence. Nous avons vu qu'une simple demande ne peut être qualifiée d'un comportement contraignant conduisant à une tentative de soumission⁶⁸⁷. Ainsi, les juges ont finalement retenu, à juste titre, que le fait d'inscrire une clause, même jugée déséquilibrée, dans un contrat-type ne suffit pas à établir une tentative de soumission. Ce comportement ne peut être qualifié de contraignant, du moins lorsqu'il n'existe aucun pouvoir de soumission entre les parties car l'autre partie est en mesure de s'y opposer. Cette simple demande peut alors être perçue comme une ouverture à la discussion. Ainsi, il convient de rechercher un comportement contraignant qui vient suivre cette demande, permettant de démontrer que le professionnel n'était pas ouvert à la discussion. Les juges ont pu retenir comme comportements contraignants, l'existence de menaces⁶⁸⁸ et le fait de déréférencer des produits de l'autre partie⁶⁸⁹, notamment en cas de refus de l'autre partie de se soumettre à sa demande, l'envoi de lettres-type assorti de pressions et perçu comme une injonction, dans un secteur marqué par un important déséquilibre dans le rapport de force entre les parties⁶⁹⁰, ou encore, le fait de proposer un contrat d'adhésion car non négociable, y compris lorsque la partie au contrat disposait d'alternatives et pouvait ne pas le signer⁶⁹¹. Les juges ont donc retenu qu'un contrat d'adhésion, en l'absence de toute

⁶⁸⁷ CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187 : « Ces seuls éléments communiqués par le ministre sont insuffisants en soi pour démontrer que la société Euro Wipes a subi une tentative de soumission ou une soumission de la part de la société Système U, la société Euro Wipes ne faisant pas état d'éléments précis permettant de caractériser cette circonstance, ni l'issue de l'appel d'offres évoqué ni les circonstances de sa décision n'étant évoquées et la seule demande de la société Système U ne pouvant suffire à constituer la tentative de soumission. En conséquence, l'infraction de soumission d'un partenaire commercial à une obligation créant un déséquilibre significatif n'est pas constituée, s'agissant de la pratique de la société Système U à l'égard de la société Euro Wipes. ».

⁶⁸⁸ CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187 ; v. par opp. CA Paris, 15 mars 2023, n°21/13481 où l'existence d'échanges tendus et des menaces d'un professionnel n'ont pas suffi à établir la tentative de soumission.

⁶⁸⁹ CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187.

⁶⁹⁰ CA Paris, 18 septembre 2013, n°12/03177.

⁶⁹¹ TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123.

négociation possible, permet d'établir la tentative de soumission⁶⁹². Il peut néanmoins exister des cas particuliers où l'absence de négociation est justifiée et où les juges doivent également rechercher l'existence d'un rapport de force déséquilibré entre les parties pour établir la tentative de soumission⁶⁹³. Ainsi, nous venons de voir qu'un comportement, s'il doit être contraignant, n'implique pas nécessairement la démonstration d'une violence. Tout comportement d'un professionnel visant, activement ou passivement, quelle que soit son intensité, à contraindre son partenaire peut établir l'absence de négociation effective. Par exemple, pour un comportement non violent et passif comme l'absence de réponses aux suites et avenants proposés par l'autre partie pour modifier le contrat⁶⁹⁴ ou plus actif comme le refus express de toute négociation, conduit à l'absence de négociation effective.

En pratique, nous avons vu que les juges avaient fourni des précisions intéressantes sur la tentative de soumission dans une affaire *Système U*⁶⁹⁵. En l'espèce, les juges utilisent, selon nous, des critères pertinents et fournissent une analyse plus efficace et complète des tentatives de soumission punissables qu'à l'accoutumée. En effet, dans cette affaire, les juges ont recherché, conformément au droit pénal, trois critères : le commencement d'exécution d'une soumission, démontré par l'usage d'un comportement visant à forcer l'acceptation d'une demande et empêchant ainsi la négociation effective, mais aussi l'intention de l'auteur de soumettre l'autre partie, à travers la démonstration d'un lien entre le comportement contraignant et la demande formulée et enfin, l'échec de la soumission effective, en raison de motifs extérieurs à sa volonté, notamment du fait du refus du partenaire de se soumettre. En effet, les juges ont, à juste titre, particulièrement mis l'accent sur l'importance d'un lien entre la demande formulée et le comportement contraignant mis en œuvre pour forcer son acceptation. Dans cet arrêt, les juges ont effectivement retenu que des comportements contraignants, tels qu'un déréférencement, pouvaient avoir lieu sans être nécessairement liés à une demande formulée par l'auteur. La démonstration de ce lien est cruciale car elle met en évidence que l'auteur d'une demande a bien mis en place un comportement contraignant pour imposer sa volonté et forcer son acceptation, ce qui manifeste l'élément intentionnel au sens du droit pénal. Toutefois, comme il s'agit d'une tentative de soumission, nous savons que la soumission a finalement échoué, le comportement contraignant n'a pas réussi à contraindre l'autre partie. Le droit pénal préconise de ne sanctionner que les pratiques jugées punissables car interrompues en raison de motifs extérieurs à la volonté de l'auteur. C'est bien l'intention de commettre une infraction non repentie, ici de soumettre son partenaire, qui doit faire l'objet d'une sanction. L'arrêt *Système U* est donc démonstratif de la méthodologie à laquelle les juges devraient procéder pour démontrer une tentative de soumission à savoir : un commencement d'exécution d'une soumission, à travers la démonstration d'un comportement contraignant empêchant l'effectivité des négociations, tel qu'analysé précédemment, puis l'existence d'un lien entre une demande formulée par le professionnel et ce comportement contraignant, démontrant son intention de

⁶⁹² CA Paris, 9 juillet 2020, n°17/18660 ; CA Paris, 3 septembre 2020, n°17/18674 ; CA Paris, 1^{er} juillet 2021, n°19/04035.

⁶⁹³ TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123.

⁶⁹⁴ CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879.

⁶⁹⁵ CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187.

soumettre l'autre partie à sa demande, et enfin, l'échec de la soumission effective du fait d'un motif extérieur à la volonté de l'auteur.

4. La tentative de soumission peut faire l'objet d'une exemption de sanction

128. *Les juges peuvent exempter une tentative de soumission d'une sanction dès lors que la demande et le comportement contraignant sont légitimes.* Comme l'ont retenu les juges, il faut un lien entre une demande d'un professionnel et le comportement contraignant, mis en place pour forcer son acceptation, pour établir la tentative de soumission. Toutefois, nous avons vu que les juges ont pu, dans une affaire *Système U*⁶⁹⁶, retenir l'absence de tentative de soumission lorsque la demande et le comportement contraignant, visant à forcer son acceptation, étaient légitimes et justifiés. Or, une telle analyse soulève plusieurs contestations. En l'espèce, le professionnel a bien formulé une demande (une baisse du prix d'achat de certains produits ou une remise), assortie d'un comportement contraignant (le déréférencement desdits produits) qui, comme le retiennent les juges, s'est produit après « avoir demandé en vain une réduction du prix de vente » traduisant le « refus de la société » partenaire. Le lien entre la demande initiale et le comportement contraignant, visant à forcer son acceptation et pouvant être perçu en l'espèce comme une punition, est bien établi. En effet, si le partenaire souhaite voir ses produits réapparaître dans les rayons du professionnel, il devra alors se soumettre à sa demande et accepter de baisser le prix de vente ou lui consentir une remise. Toutefois, les juges estiment que les « raisons économiques légitimes relatives à un défaut de rentabilité sur ces deux produits » permettent au professionnel de « procéder légitimement au déréférencement des produits insuffisamment rentables ». Or, puisque les critères développés précédemment à savoir, un commencement d'exécution d'une soumission (une demande et un comportement contraignant, pour forcer son acceptation), l'intention de soumettre de l'auteur (lien entre la demande et le comportement contraignant) et l'échec de la soumission effective en raison d'un fait extérieur à la volonté de son auteur (le refus du partenaire d'accepter la demande), il existe bien une tentative de soumission. Contrairement à ce qui a été jugé, la pratique d'une tentative de soumission aurait dû être établie.

Toutefois, les juges soulèvent un point intéressant permettant de mettre en évidence l'utilité et l'efficacité d'une sanction, comme cela est notamment recommandé par les économistes. En effet, les juges sont allés encore plus loin dans les preuves exigées, ce qui laisse entrevoir une volonté de ne sanctionner que les tentatives de soumission réellement déloyales car non justifiées économiquement. Il existe, en l'espèce, des motifs légitimes pour justifier la demande et le comportement contraignant du professionnel. La sanction du professionnel ne serait donc pas efficace, puisque tant cette demande que ce comportement devaient avoir lieu. En effet, il apparaît justifié, d'après les juges, qu'un distributeur procède au déréférencement de produits qui ne sont pas rentables après avoir demandé, en vain, au fournisseur une baisse de leur prix de vente ou une remise. Bien que contraignant, et donc attentatoire à l'effectivité des négociations, ce comportement peut être nécessaire. L'intervention de l'État serait alors inopportune. Cette sanction pourrait avoir pour effet d'inverser le statut de victime, en

⁶⁹⁶ CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187.

avantageant le partenaire, au détriment du professionnel, sans aucune justification. Pour autant, nous estimons que ce critère utilisé par les juges pour exclure la pratique ne saurait être maintenu en tant que tel car il devrait, certes, permettre de ne pas punir une tentative de soumission mais ne devrait pas exclure sa qualification. Ainsi, si un professionnel formule une demande injustifiée, et décide de l'assortir d'un comportement contraignant pour forcer l'acceptation de son partenaire, une tentative de soumission punissable devrait être constituée car fondée sur un motif illégitime. Toutefois, une demande justifiée, assortie d'un comportement contraignant, qui lui n'est pas légitime car disproportionné ou non nécessaire, la pratique devrait néanmoins être sanctionnée. En effet, il convient de s'assurer que l'auteur de ce comportement n'abuse pas de ce droit et procède à un comportement nécessaire et proportionné. Il s'agit de vérifier l'adéquation des moyens au but recherché (principe de proportionnalité) et si aucune autre solution ne pouvait être trouvée pour parvenir à cet objectif (principe de nécessité). Le professionnel peut forcer l'acceptation d'une manière proportionnée car il existe des comportements contraignants de différentes intensités (absence de réponse, simple refus, menace, pression, violence etc.). Le professionnel doit privilégier le comportement le plus adapté à la situation, qui lui permet de faire appliquer sa demande, sans préjudicier outre mesure l'autre partie. Ainsi, si un autre comportement contraignant, moins préjudiciable pour l'autre partie pouvait néanmoins permettre de forcer son acceptation, il aurait dû être privilégié, la légitimité d'un tel comportement pourrait être remise en cause. Dans le cadre de l'affaire *Système U* précitée, le déréférencement des produits, insuffisamment rentables, pouvait constituer un comportement contraignant adapté face au refus du partenaire de baisser le prix de vente ou d'offrir une remise.

Ainsi, un professionnel peut mettre en place un comportement contraignant, visant à soumettre son partenaire à sa demande, mais pour être légitime, ce comportement doit être justifié, nécessaire et proportionné. Notons, par ailleurs, que cette exigence de nécessité et de proportionnalité doit également s'appliquer à la demande formulée par le professionnel. Si elle ne remplit pas ces critères, elle perd sa légitimité. Par exemple, dans l'affaire *Système U* précitée, on peut s'interroger sur la nécessité et la proportionnalité de la demande de réduction du prix de vente ou de remise, du fait de l'absence de rentabilité des produits visés. En effet, le professionnel pourrait privilégier l'augmentation du prix d'achat de ces produits auprès des consommateurs, pour être plus rentable, plutôt que de faire supporter cette situation sur le fournisseur. Néanmoins, si l'augmentation du prix d'achat réduit la demande, la rentabilité ne sera pas assurée, d'où l'intérêt d'un déréférencement. *In fine*, les juges pourraient contrôler la légitimité d'une demande et d'un comportement contraignant, constituant une tentative de soumission non punissable, en vérifiant leur justification, proportionnalité et nécessité.

ii. *La possibilité de supprimer la sanction des tentatives de soumission sur le fondement du déséquilibre significatif en l'absence d'efficacité économique*

129. *La confrontation entre l'objectif juridique d'une plus grande loyauté dans les relations commerciales et l'exigence économique d'une plus grande efficacité dans les sanctions.* Nous savons que le législateur a, depuis de nombreuses années, cherché à imposer

plus de loyauté dans les relations commerciales, quitte à limiter la liberté contractuelle⁶⁹⁷. C'est notamment cet objectif qui l'a conduit à introduire la sanction d'une soumission, ainsi que sa tentative, à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties⁶⁹⁸. Dans cette perspective, nous avons vu que les juges ont souvent tendance à utiliser ces deux pratiques de pair dans leurs décisions ce qui leur permet, lorsqu'ils retiennent la pratique, de déduire que quand bien même il n'y aurait pas soumission, il y aurait nécessairement tentative de soumission. Nous avons vu que la loyauté, entre acteurs économiques, est également recherchée en économie car elle garantit le bon fonctionnement du marché⁶⁹⁹. Les économistes admettent une intervention étatique, entendue au sens large, lorsque les stratégies mises en place par les acteurs économiques sont susceptibles de porter atteinte au bon fonctionnement du marché et lorsque ce dernier ne parvient pas à se réguler seul. Ils retiennent, toutefois, qu'un comportement contraignant peut être habituel lors des négociations puisqu'elles seraient marquées, par nature, par un conflit d'intérêts entre acteurs égoïstes qui cherchent à faire valoir leur volonté. Lors de l'introduction de la pratique de déséquilibre significatif dans le Code de commerce, il était admis que les rapports de force persisteront malgré le contrôle des pratiques déloyales⁷⁰⁰. Par ailleurs, certaines demandes et comportements contraignants d'une partie peuvent être légitimes et les refus opposés par l'autre partie peuvent avoir une vocation purement conflictuelle, sans être justifiés. Si la loyauté doit être garantie, les économistes admettent également qu'une intervention étatique n'apparaît pas nécessaire dès lors que le marché parvient à se réguler seul. C'est bien ce que prévoyait le gouvernement à travers l'introduction de la pratique de déséquilibre significatif. Ainsi, le Rapport Charié précisait que le législateur « *doit se garder de légiférer là où l'intelligence du marché et des hommes sera plus souple et plus efficace* », car s'il « *règlemente trop, il entrave le dynamisme des entrepreneurs et la croissance des entreprises* ». Puisque « *dans la complexité de la négociation et des rapports de force, vouloir tout contrôler aboutirait à une perte grave d'efficacité* », il recommande à la fois de « *ne pas tout laisser faire* » et de « *ne pas tout encadrer* », ce qui conduit à rechercher un « *juste milieu entre un pouvoir fort et l'intelligence libérée des acteurs* »⁷⁰¹.

⁶⁹⁷ V. S. LE GAC-PECH, « Que reste-t-il du principe de liberté contractuelle en droit de la distribution ? », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 4, 26 janvier 2017, p. 1053. Elle préconise un encadrement : « C'est toute la question du poids de la liberté contractuelle face au contrôle judiciaire de l'économie des conventions qui est ici posée [...]. Noyée dans un flot de réglementation, la nécessité de ne pas limiter le principe de liberté contractuelle au-delà du strict nécessaire à la régulation économique et concurrentielle pourrait s'avérer un puissant garde-fou. Le bastion du contrôle de proportionnalité pourrait bien aboutir à une prise de conscience des dangers de la réglementation s'il apparaît que le contrôle du déséquilibre significatif apporte une entrave disproportionnée à la liberté contractuelle. ».

⁶⁹⁸ J.P. CHARITÉ, Rapport n°908 fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi de modernisation de l'économie (n° 842), Assemblée nationale, 22 mai 2008.

⁶⁹⁹ Ref. th. §146 et s.

⁷⁰⁰ Assemblée nationale, Session ordinaire de 2007-2008, Compte rendu intégral, Deuxième séance du jeudi 12 juin 2008 : M. Jean-Paul Charié : « La libération de la négociation est complétée par un renforcement du contrôle de l'équilibre contractuel. [...] nous pourrions [...] rétablir un équilibre entre petites et grandes entreprises, même si [...] il y aura toujours des rapports de force. Mais ce ne sera plus, comme c'est malheureusement le cas depuis quinze ans, la loi de la jungle. ».

⁷⁰¹ J.P. CHARITÉ, Rapport n°908 fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi de modernisation de l'économie (n° 842), Assemblée nationale, 22 mai 2008.

Afin de trancher entre les avantages et les inconvénients d'une sanction, l'analyse économique préconise de procéder à une analyse coûts-avantages. Or, nous avons vu que cette analyse mettait en évidence l'absence d'efficacité économique d'une sanction des tentatives de soumission car ses coûts de mise en œuvre peuvent excéder ses avantages⁷⁰². En effet, les coûts de procédure en la matière pourraient ne pas s'avérer nécessaires car ils conduisent l'État à intervenir alors qu'une partie parvient seule à se protéger du comportement de l'autre partie. L'État protège un acteur économique qui n'a pas besoin d'être protégé car il n'existe pas de pouvoir de soumission entre les parties. Une telle protection pourrait au contraire venir renforcer sa puissance, ce qui peut, *in fine*, modifier le bon fonctionnement du marché. Rappelons, également, que l'existence d'une tentative implique que l'acteur économique a échoué à soumettre son partenaire, ce dernier peut alors plus difficilement démontrer un préjudice⁷⁰³. Par ailleurs, si la sanction légitime d'un comportement jugé déloyal constitue un avantage en raison du message dissuasif envoyé aux entreprises, il apparaît insuffisant au regard des coûts supportés.

La remise en cause d'une sanction des tentatives de soumission apparaît pertinente, au sens économique, bien qu'elle s'oppose à l'exigence de loyauté développée par le Droit.

130. *Il peut être envisagé de supprimer la sanction des tentatives de soumission.* S'il existe plusieurs types d'interruption de l'infraction, par exemple, un acteur économique peut mettre fin à une soumission du fait d'une intervention étatique⁷⁰⁴, en pratique, la tentative de soumission résulte généralement d'une opposition de l'autre partie⁷⁰⁵. Or, la pratique de soumission à un déséquilibre significatif prévoit des sanctions importantes, communes à la simple tentative, alors qu'elle comprend deux critères : l'absence de négociation effective, à travers la soumission et le fait de s'être vu concrètement imposer des clauses déséquilibrées à son détriment, à travers le déséquilibre significatif. Le préjudice subi par une tentative de soumission, s'il est établi, devrait être moins important que celui résultant d'une soumission. Rappelons que, selon le Code de commerce, l'objectif premier de la sanction d'un déséquilibre significatif est de réparer le préjudice causé. Certes, le comportement contraignant, à l'origine de la tentative, peut avoir plusieurs intensités. Toutefois, tout comportement contraignant ne crée pas nécessairement un préjudice, à tout le moins économique. Par exemple, s'il s'agit

⁷⁰² Ref. th. §91 et s.

⁷⁰³ C. MOULY-GUILLEMAUD, « Déséquilibre significatif et rupture brutale : variations introduites par la refonte du Titre IV du Livre IV du Code de commerce », *Revue Lamy Droit civil*, n° 172, 1^{er} juillet 2019 : « La seule tentative peut identifier le délit. Néanmoins, de nombreux obstacles contrarieront l'action initiée par un opérateur économique à ce stade car, en l'absence d'engagement contractuel, il apparaît difficile d'établir tout à la fois l'existence d'une soumission, d'un déséquilibre entre les droits et obligations au sein d'un contrat non conclu, et de convaincre de l'existence d'un préjudice. ».

⁷⁰⁴ Par exemple, à la suite d'une enquête sur les pratiques mises en œuvre dans le cadre de ses négociations avec son partenaire, un professionnel peut renoncer à le soumettre. De même, le prononcé d'une sanction par le juge, dans le cadre d'une affaire similaire, pourrait par exemple l'amener à renoncer à la soumission du partenaire avec lequel il négocie. Notons, toutefois, qu'il peut être difficile de prouver que l'interruption de la soumission résulte bien d'une intervention étatique et non de l'interruption spontanée et volontaire de son auteur.

⁷⁰⁵ CA Paris, 4 juillet 2013, n°12/07651 ; CA Paris, 18 septembre 2013, n°12/03177 ; CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187 ; TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123.

simplement d'une menace, sans mise en œuvre concrète, peut-on vraisemblablement parler de préjudice ? A la différence d'un comportement plus contraignant, tel qu'un déréférencement ou une rupture de la relation commerciale dont les dommages économiques peuvent plus facilement être démontrés. Rappelons, toutefois, que les juges ont pu admettre qu'une pratique de déréférencement pouvait être justifiée et ainsi, ne pas constituer une tentative de soumission punissable. Par ailleurs, la rupture des relations commerciales, qu'elle soit totale ou partielle, n'est pas automatiquement sanctionnée car elle fait l'objet d'une réglementation qui lui est propre, prévoyant certaines exigences pour que ce droit soit validé⁷⁰⁶.

Au regard de ces éléments, si la tentative de soumission traduit, en effet, un comportement déloyal, elle pourrait être, plus efficacement, sanctionnée sur un autre fondement que celui du déséquilibre significatif, notamment sur celui de l'absence de bonne foi⁷⁰⁷. Rappelons, enfin, que le maintien d'une sanction des soumissions par les juges permet déjà de lutter contre les comportements déloyaux des acteurs économiques. Il apparaît plus efficace de se limiter à une sanction des soumissions effectives, dont la justification économique est plus importante plutôt que de sanctionner de pair des tentatives qui échouent, par nature.

131. *Conclusion.* Nous nous sommes interrogés sur les critères à développer pour rendre la sanction des tentatives de soumission plus efficace et sur l'utilité et la justification d'une telle sanction. Maintenir la sanction d'une tentative de soumission implique de modifier l'analyse juridique pour qu'elle tienne compte, de manière plus régulière, de plusieurs critères. Une tentative de soumission est un comportement qui vise à tenter d'imposer sa volonté au détriment de la volonté de l'autre partie. D'après le droit pénal, il s'agit de démontrer un commencement d'exécution d'une infraction qui a été interrompu en raison d'un fait extérieur à la volonté de son auteur. Les juges devront vérifier qu'un professionnel a cherché à soumettre l'autre partie mais a échoué, indépendamment de sa volonté, soit en raison de l'opposition de l'autre partie, soit du fait d'une intervention étatique. Il s'agit de ne pas sanctionner l'auteur qui a spontanément décidé de cesser d'imposer sa volonté. Nous recommandons également de vérifier qu'il existe bien un comportement contraignant lié à une demande initiale. En effet, un comportement contraignant démontre que son auteur entend empêcher l'effectivité des négociations, en imposant sa demande et en refusant la discussion, établissant ainsi l'intention

⁷⁰⁶ Pour une relation commerciale établie : Code com., art. L.442-1, II, anc. et art. L.442-6, R.442-1. Au stade des pourparlers, v. not. Code civ., art. 1112 : « L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages. ».

⁷⁰⁷ Outre le droit commun et son exigence de bonne foi (Code civ., art. 1104 et 1112), la loi du 30 mars 2023 n°2023-221 prévoit que le IV de l'article L.441-4 est complété par une phrase ainsi rédigée : « La négociation de la convention écrite est conduite de bonne foi, conformément à l'article 1104 du code civil. » Elle introduit une nouvelle pratique restrictive de concurrence à l'article L. 442-1, I, ainsi complété par un « 5° De ne pas avoir mené de bonne foi les négociations commerciales conformément à l'article L. 441-4, ayant eu pour conséquence de ne pas aboutir à la conclusion d'un contrat dans le respect de la date butoir prévue à l'article L. 441-3 ». Or, l'article L.441-4 est applicable à la convention mentionnée au I de l'article L.441-3 lorsqu'elle est relative aux produits de grande consommation. M. BEHAR-TOUCHAIS, C. GRIMALDI, « La loi Descrozaille dite Egalim 3 ou la victoire des fournisseurs contre les distributeurs », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n°22, 01 juin 2023, p. 1169.

de soumettre. Enfin, nous recommandons de créer une exemption de sanction des tentatives de soumission dès lors qu'elle est légitime. Une tentative de soumission, fondée sur une demande légitime et un comportement contraignant légitime, pourrait être exemptée d'une sanction. Cette légitimité doit être établie selon trois critères, elle doit être justifiée, nécessaire et proportionnée. Or, si nous préconisons de modifier l'analyse juridique en matière de tentative de soumission pour qu'elle soit plus efficace, l'analyse économique conduit, également, à s'interroger sur l'efficacité du principe même d'une sanction. D'après une analyse coûts-avantages d'une sanction des tentatives de soumission, nous avons conclu que l'efficacité économique de cette sanction pouvait être remise en cause puisque les coûts pouvaient excéder les avantages. Une telle position conduit à confronter l'objectif juridique d'une plus grande loyauté dans les relations commerciales et l'exigence économique d'une plus grande efficacité dans les sanctions. Si l'exigence de loyauté est légitime et peut être exigée pour garantir le bon fonctionnement du marché, cette sanction ne semble pas efficace dès lors qu'elle intervient à l'encontre de pratiques naturelles, qui ont par ailleurs échoué, et visent à protéger un acteur économique qui n'en a pas besoin. La sanction des soumissions, déjà prévue par le législateur, apparaît plus efficace car elle entend également dissuader les acteurs économiques et sanctionner des pratiques réellement préjudiciables. Toutefois, l'absence de loyauté dans les relations commerciales devrait être sanctionnée sur d'autres fondements juridiques. Par conséquent, il peut être envisagé de supprimer la sanction des tentatives de soumission sur le fondement du déséquilibre significatif.

Section II – L'exercice du pouvoir de soumission à travers la démonstration d'une soumission effective

132. *La nécessité de modifier l'analyse juridique pour procéder à une analyse plus efficace d'une soumission effective.* Nous avons vu l'importance de rechercher un pouvoir de soumission pour établir la soumission effective. Or, cette seule preuve ne suffit pas, il convient de sanctionner le fait d'exercer ce pouvoir de soumission en soumettant effectivement son partenaire. La soumission d'une partie au contrat se traduit par le fait que l'autre partie a réussi à imposer sa volonté à son détriment. Dès lors, elle n'a pas pu exprimer librement et effectivement sa volonté concernant la répartition des droits et obligations. Cette analyse conduit à s'intéresser à l'échange des volontés qui se fait lors des négociations. C'est pourquoi, nous recommandons d'analyser l'exercice du pouvoir de soumission à travers la recherche d'une soumission effective de la partie faible, puisqu'elle n'a pas pu négocier librement et effectivement (I). Cette analyse nous conduit précisément à analyser les comportements des parties pour vérifier que l'une d'elle a bien cherché à soumettre son partenaire et ce dernier a bien été contraint de se soumettre au détriment de sa volonté (II).

I. LA DÉMONSTRATION D'UNE SOUMISSION EFFECTIVE À TRAVERS L'ANALYSE DES NÉGOCIATIONS ENTRE LES PARTIES

133. *La soumission est établie lorsque les négociations ne sont ni libres, ni possibles, ou encore non effectives.* Puisque la soumission est établie lorsqu'un professionnel parvient à imposer sa volonté au détriment de la volonté de son partenaire, la recherche d'une soumission effective doit être effectuée dans le cadre de l'expression de la volonté des parties soit à travers les négociations du contrat. Or, en présence d'un pouvoir de soumission entre les parties, la partie en capacité d'être soumise ne peut, en principe, exprimer librement sa volonté. Il appartient alors à la partie forte d'ouvrir les discussions en lui offrant la capacité de négocier (A). Toutefois, une négociation *a priori* libre, puisqu'elle est possible entre les parties, peut, néanmoins, conduire à une soumission dès lors qu'elle n'est pas effective (B).

A. La soumission est établie lorsque les négociations ne sont ni libres, ni possibles

134. *La soumission est établie lorsque les négociations n'ont pas été favorisées entre les parties.* Au même titre qu'une position dominante sur un marché, en droit des pratiques anticoncurrentielles, l'existence d'un pouvoir de soumission entre des parties au contrat, n'est pas condamnable, c'est le fait d'abuser de ce pouvoir en soumettant effectivement son partenaire qui est contesté. Ainsi, il convient de vérifier l'exercice effectif du pouvoir de soumission pour établir concrètement la pratique. Il n'y a pas soumission lorsque le contrat est représentatif de la volonté des deux parties puisqu'elles ont pu exprimer librement et faire valoir leurs intérêts respectifs. Les juges se sont donc, à juste titre, intéressés à l'existence de négociations entre les parties, où s'expriment leur volonté. Il convient d'étudier le déroulé des négociations pour émettre un jugement sur l'existence ou non d'une soumission effective. Nous verrons que l'analyse économique peut être utile en la matière car elle fournit une analyse réaliste du déroulé des négociations entre acteurs économiques (a). Nous verrons, ensuite, que l'analyse judiciaire des négociations apporte des indices pertinents mais elle n'est pas suffisamment régulière, ce qui ne permet pas de garantir la sécurité juridique des acteurs économiques (b). Pour établir la soumission, nous retenons que les juges doivent vérifier l'absence d'une négociation, à tout le moins libre et possible, entre les parties (c).

a) *L'analyse économique a une approche plus réaliste du déroulé des négociations*

135. *L'analyse du déroulé des négociations par les économistes.* Tout d'abord, ils se sont intéressés à la nature conflictuelle des négociations puisque les échanges sont effectués par des acteurs jugés rationnels, égoïstes, qui cherchent à imposer leur volonté. C'est pourquoi, les négociations peuvent mener à l'exercice d'une contrainte entre les parties. Or, l'exercice d'une contrainte implique des critères précis et doit être différencié d'une domination de fait (i). Ensuite, nous verrons que les acteurs économiques peuvent agir avec altruisme, soit de manière imposée soit de manière stratégique. En effet, une négociation ne peut être uniquement conflictuelle, elle doit également revêtir une dimension coopérative. Nous nous intéresserons au point de basculement entre ces deux modes de négociations et aux conditions permettant de garantir une coopération entre les parties. Finalement, si elle doit être favorisée, nous verrons que les avantages d'une coopération peuvent, toutefois, être nuancés (ii).

i. Les négociations peuvent mener à l'exercice d'une contrainte

136. *L'exercice d'une contrainte se différencie de la domination de fait.* Un comportement contraignant est permis par l'existence d'un pouvoir économique. Analysant le pouvoir économique, l'économiste J. LHOMME a retenu que « *la force [...] n'est pas le pouvoir économique. Ce qui par delà la force, caractérise le pouvoir économique, c'est la conscience (cf von Wieser) d'une force en puissance (cf Bierstedt)* »⁷⁰⁸. D'après l'économiste, « *c'est là toute la différence entre le pouvoir et la domination au sens où l'entend F. Perroux* », en effet, « *dans son célèbre article Esquisse d'une théorie de l'économie dominante (Économie appliquée 1948) F. PERROUX précise bien (p. 245) qu'il parle seulement de l'effet de domination en économie. Il ajoute (p. 248) que cet effet exercé de A sur B, « abstraction faite de toute intention particulière de A ».* Pour lui donc l'effet de domination peut être aussi bien conscient qu'inconscient, il fonctionne de façon en quelque sorte mécanique »⁷⁰⁹. Or, il est précisé que « *A exerce une influence déterminée sur B sans que la réciproque soit vraie ou sans qu'elle le soit au même degré* »⁷¹⁰. Ainsi, une partie peut dominer l'autre partie, c'est-à-dire exercer une influence nette sur cette dernière, sans en avoir l'intention, ni même la conscience. La domination ne serait alors qu'un état de fait puisque l'acteur qui en bénéficie n'en aurait pas la volonté puisqu'il n'en aurait pas nécessairement conscience. *A contrario*, lorsqu'un acteur économique a conscience de sa force, il détient un pouvoir économique, notamment lors des négociations, qu'il peut ou non utiliser pour contraindre l'autre partie. Ainsi, si le pouvoir économique peut permettre l'exercice d'une contrainte d'une partie sur une autre, il ne saurait suffire pour l'établir. En effet, une partie qui a conscience qu'elle détient une force en puissance, soit un pouvoir économique, peut ne pas faire usage de ce pouvoir et renoncer à contraindre l'autre partie. Comme le retient l'économiste J. LHOMME : « *la contrainte [...] suppose une résistance préalable, qu'il y a lieu de vaincre. En ce sens elle n'a rien de primaire, elle n'est qu'une réaction* »⁷¹¹. Là encore, l'exercice d'une contrainte semble se différencier de la simple domination qui, selon ces économistes, fonctionnerait de manière mécanique, sans intention particulière d'une partie sur une autre et non comme une réaction pour vaincre une résistance⁷¹². Pour démontrer l'exercice d'une contrainte, il faut donc démontrer la conscience d'une force en puissance et une action visant à utiliser cette force pour vaincre une résistance. C'est en ce sens que le pouvoir économique devient contraignant.

⁷⁰⁸ J. LHOMME, « Considérations sur le pouvoir économique et sa nature », *Revue économique*, vol. 9, n°6, 1958, p. 859-895.

⁷⁰⁹ J. LHOMME, « Considérations... », *ibid.*, p. 859-895.

⁷¹⁰ M. BEAUD, « Effet de domination, capitalisme et économie mondiale chez François Perroux », *L'Économie politique*, vol. 20, n° 4, 2003, p. 64-77.

⁷¹¹ J. LHOMME, « Considérations... », *ibid.*, p. 862.

⁷¹² V. en ce s., V. CHASSAGNON, « Pouvoir et économie politique. L'apport de François Perroux à l'analyse positive de la firme », *Revue économique*, vol. 65, n° 5, 2014, p. 719-742 : « C'est de ce constat que Perroux part pour fonder ce qu'il nommera "une théorie générale du pouvoir dans ses relations avec la vie économique" (*ibid.*, p. 152). Cette théorie générale s'appuie sur des modalités de nature différente qui traduisent un certain degré d'intensité du pouvoir. Parmi celles-ci, on retrouve [...] (2) l'action de coercition (qui peut être ou non légitimée) – une entité A contraint une entité B à agir dans un sens déterminé en usant de la force et/ou de la menace. ».

137. *La nature conflictuelle et égoïste des échanges commerciaux favorise l'exercice de la contrainte mais n'exclut pas nécessairement la coopération.* La théorie des jeux peut être utilisée afin d'analyser les comportements stratégiques des acteurs et ainsi comprendre les mécanismes qu'ils mettent en place. En effet, cette théorie étudie les situations où des agents économiques (les « joueurs ») prennent, individuellement et en interaction, des décisions et les conséquences de ces décisions sur chacun des acteurs et pour l'ensemble. En théorie des jeux, on suppose que chaque joueur est rationnel puisqu'il est uniquement guidé par la recherche de son intérêt individuel, les joueurs maximisent alors leur fonction d'utilité (il s'agit du gain dans le jeu). La théorie des jeux définit la négociation comme une « *situation impliquant au moins deux agents qui coopèrent à la création d'un surplus dont le partage s'avère conflictuel. D'une phase de coopération succède donc une phase de compétition* »⁷¹³. En effet, plusieurs décisions s'offrent aux parties à un contrat : conclure ou ne pas conclure, négocier ou ne pas négocier etc. Il leur appartient de choisir le comportement qui leur apparaît le plus adéquat. D'après les économistes D. LEPELLEY, M. PAUL et H. SMAOUI, dans un jeu de négociation, plusieurs joueurs sont amenés à choisir soit le *statu quo*, soit une option dans un ensemble d'accords possibles⁷¹⁴. Bien que chacun poursuive son intérêt, un accord peut sembler mutuellement bénéfique et donc, préférable au *statu quo*. Ils peuvent décider d'entamer une négociation dans le but de parvenir à un compromis. Dans ce contexte, le maintien du *statu quo* peut constituer une menace qui se concrétisera si les deux joueurs n'arrivent pas à se mettre d'accord. Or, la théorie des jeux met en évidence différentes formes de jeux susceptibles d'établir ou exclure une contrainte entre les acteurs économiques. En effet, l'analyse économique propose des théories où le joueur aura, *a priori*, tendance à se comporter de manière égoïste et à ne pas privilégier la coopération ou du moins de manière mineure.

Par exemple, dans le jeu du « dilemme du prisonnier », deux individus ont été arrêtés et sont suspectés d'avoir commis une infraction. Ils sont tous deux placés dans des cellules différentes, et la police leur propose à chacun plusieurs stratégies, notamment avouer ou ne pas avouer, leur permettant, le cas échéant, de réduire leur peine. Or, chaque joueur a pour objectif de minimiser son propre temps à passer en prison. Chaque joueur est donc indifférent quant au temps que l'autre doit passer en prison. Par conséquent, les préférences des joueurs sont indépendantes. On dit que les joueurs sont rationnels et égoïstes. Ils recherchent la situation qui est la meilleure pour eux. Une telle analyse peut être retrouvée lors de la conclusion d'un contrat où chaque partie recherche son propre intérêt. En économie, un tel comportement égoïste apparaît naturel⁷¹⁵. La stratégie individuelle est bien de faire valoir sa volonté, quelle que soit la situation

⁷¹³ J.C. PEREAU, « Négociation et théorie des jeux : les “dessous” d'un accord acceptable », *Négociations*, 2009/2, n° 12, p. 35-49. Nous verrons que le surplus est le gain supérieur à celui que les parties pourraient réaliser par rapport à leurs options extérieures.

⁷¹⁴ D. LEPELLEY, M. PAUL et H. SMAOUI, « Introduction à la théorie des jeux (2) : les jeux coopératifs », *Écoflash*, 283, décembre 2013, §2.

⁷¹⁵ Comme le retiennent E. BERTRAND, C. DESTAIS, « Le “théorème de Coase”, une réflexion sur les fondements microéconomiques de l'intervention publique », *Reflets et perspectives de la vie économique*, vol. xli, n° 2, 2002, p. 111-124, §22 : « Contrairement à ce que Coase suppose, toutes les négociations directes mutuellement bénéfiques n'ont pas nécessairement lieu, même lorsque les négociateurs ne sont qu'au nombre de deux. En effet, dans une négociation à deux sur un prix, il y a un prix en deçà duquel le vendeur ne veut pas vendre et un prix au-delà duquel l'acheteur ne veut pas acheter. Sous l'hypothèse que l'échange est volontaire, le prix auquel l'échange aura lieu se situera entre ces deux prix de réserve mais

de son partenaire. Or, ce comportement purement égoïste n'est pas une fin en soi. En effet, si les joueurs sont contraints (par exemple, par une autorité supérieure comme la loi) ou décident spontanément de suivre une norme morale visant à ne pas trahir leur partenaire (par exemple, à travers un devoir de loyauté), leur stratégie individuelle ne sera pas privilégiée puisqu'ils devront coopérer. Cette norme supérieure ou morale intériorisée par les joueurs détermine alors le choix de la stratégie à retenir.

Par ailleurs, dans le jeu de l'ultimatum, un joueur peut chercher à satisfaire ses intérêts au détriment des intérêts de l'autre joueur⁷¹⁶. Lorsqu'un offreur formule une offre « à prendre ou à laisser » ou « tout ou rien », on anticipe une absence totale de négociation. Il reste néanmoins limité, dans ce jeu, par la capacité de son interlocuteur, qui peut refuser son offre. Se pose ensuite la question de sa réaction face à ce refus. Le jeu de l'ultimatum est généralement représenté à l'aide d'un « arbre de décision » permettant de retracer les différentes stratégies des joueurs. L'arbre de décision est divisé entre une partie haute correspondant à la première étape (le choix de l'offreur) et la partie basse correspondant à la seconde étape (le choix du répondant). Par exemple, lors de la première étape, le joueur 1 dispose d'une somme initiale appelée « S » supérieure à 0 qu'il doit répartir entre les joueurs. En matière contractuelle, cette somme S pourrait être assimilée au surplus contractuel, c'est-à-dire la valeur ajoutée du contrat pour l'ensemble des parties. Il fait une offre égale à « X » au joueur 2. À la seconde étape, le joueur 2 doit accepter ou non cette offre. Si le joueur 2 accepte l'offre, le gain du joueur 1 correspond donc à (S - X) et celui du joueur 2 à X. S'il refuse, les gains des deux joueurs sont nuls. En effet, en l'absence de signature du partenaire, le professionnel ne peut espérer obtenir un gain provenant du contrat car il n'a pas été conclu. En théorie des jeux, on suppose que les deux joueurs « connaissent » l'arbre de décision du jeu avant de prendre eux-mêmes leur décision. En effet, le joueur 1 sait que le joueur 2 peut exercer son droit de veto et refuser l'offre, qu'il en résultera alors des gains nuls pour chacun. De son côté, le joueur 2 connaît le montant dont dispose le joueur 1 et sait qu'il doit répartir cette somme entre les deux joueurs. Puisque le joueur 1 joue en premier, c'est à lui de soumettre une offre. De son côté, le joueur 2 n'est pas dépourvu de tout pouvoir de négociation. Il peut définir une offre minimale qu'il pourrait accepter, c'est-à-dire celle en dessous de laquelle toute offre sera refusée et par symétrie, au-dessus de laquelle, il acceptera. Ce droit de veto peut contraindre l'autre joueur à fournir une offre équitable⁷¹⁷. Or, le critère de solution de jeu utilisé est celui de l'équilibre de Nash, soit le cumul de la stratégie de chaque joueur où aucun joueur ne peut obtenir un gain supplémentaire, en changeant unilatéralement sa stratégie. C'est-à-dire, qu'en cas de modification unilatérale de l'offre, le joueur s'expose à un refus de signature du contrat, soit un gain nul. Ainsi, un joueur peut négocier pour améliorer sa situation jusqu'à arriver au point de non-retour : la non

on ne sait pas à quel niveau : c'est l'indétermination de l'échange. Toute la négociation consiste donc pour chaque participant à "pousser" le prix de l'échange vers le prix de réserve de l'autre participant. Ainsi les agents peuvent mentir, tricher, profiter d'un rapport de force en vue d'influencer en leur faveur le résultat des négociations. Ces négociateurs peuvent donc adopter des comportements qui limitent les gains collectifs de l'échange. ».

⁷¹⁶ E. PETIT, « La négociation : les enseignements du jeu de l'ultimatum », *Négociations*, vol. 13, n° 1, 2010, p. 77-96.

⁷¹⁷ K. ERIKSSON, P. STRIMLING, A. ANDERSSON, T. LINDHOLM, « *Costly punishment in the ultimatum game evokes moral concern, in particular when framed as pay off reduction* », *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 69, 1^{er} mars 2017, p. 59-64.

conclusion du contrat. Le jeu de l'ultimatum admet une multiplicité d'équilibres de Nash mais seulement deux équilibres parfaits en « sous-jeu »⁷¹⁸. En effet, le critère de perfection en sous-jeu signifie que le répondant ne pourra pas refuser une offre positive puisque, s'il la rejette, son gain est nul. Par conséquent, l'offreur sera tenté de proposer au répondant un gain proche de son option minimale, ce dernier pouvant être amené à accepter, même avec un gain faible, plutôt que d'obtenir un gain nul. Tout dépendra si le joueur 2 peut se permettre de négocier au-delà. Ainsi, l'offreur pourrait obtenir une large part du surplus ce qui conduit à une répartition déséquilibrée des gains du jeu.

Il existe des variantes du jeu de l'ultimatum dont le jeu du dictateur. Il s'agit d'une situation extrême dans laquelle l'un des partenaires (le bénéficiaire) dispose d'un pouvoir de négociation très réduit, quasi inexistant, tandis que son interlocuteur (l'offreur) est en mesure d'imposer ses souhaits. Dans le jeu du dictateur, les conditions de la négociation imposées au bénéficiaire sont donc plus sévères que dans le jeu de l'ultimatum. À la deuxième étape du jeu, ce dernier ne dispose d'aucun pouvoir de veto. La négociation n'est absolument pas permise. Le joueur qui joue en second est contraint d'accepter l'offre, c'est pourquoi on le nomme « bénéficiaire » ou « receveur » et non « répondant ». Or, d'après les économistes E. PETIT et S. ROUILLON, l'absence d'un fort pouvoir de négociation ou d'un droit de veto ne signifie pas que le bénéficiaire est dans l'incapacité d'adopter une stratégie efficace visant à maximiser ses intérêts⁷¹⁹. En effet, ils observent que le bénéficiaire peut avoir intérêt à exprimer ses préférences auprès de l'offreur. Ils retiennent qu'en économie expérimentale, l'intérêt du jeu du dictateur est d'évaluer les conditions d'émergence de l'altruisme chez l'individu lors du processus de négociation. Puisque dans le jeu, l'offreur n'a pas à craindre le rejet de sa proposition, le fait de formuler une offre non nulle ne correspondrait qu'à un motif altruiste et non à un acte stratégique. Or, même en formulant une offre positive, supérieure à 0 en faisant preuve d'altruisme, le partage peut être déséquilibré et l'offreur clairement plus avantageux que le bénéficiaire. Comme le rappellent les économistes, un agent purement rationnel maximisant ses gains devrait, en principe, conserver l'intégralité de la somme à partager quel que soit le contexte de la négociation. Or, ils retiennent que les premiers résultats expérimentaux indiquent l'existence d'une offre positive. La forme d'altruisme révélée en laboratoire souligne les limites des hypothèses centrales de la théorie des jeux : rationalité et recherche de l'intérêt personnel.

ii. Les économistes proposent de favoriser une négociation à la fois conflictuelle et coopérative

138. *De la négociation conflictuelle à la négociation coopérative.* Si la théorie des jeux met en évidence la nature conflictuelle et égoïste des échanges entre acteurs économiques, favorisant les comportements contraignants, la négociation peut sortir du conflit pour parvenir à une coopération. S'opposent donc la négociation conflictuelle ou distributive dans laquelle

⁷¹⁸ On appelle « sous-jeu » tout jeu issu du jeu original, partant d'un nœud de décision « isolé » (c'est-à-dire un nœud dont l'ensemble d'informations ne contient aucun autre nœud) et comprenant tous les nœuds qui en découlent directement.

⁷¹⁹ E. PETIT, S. ROUILLON, « La négociation : les enseignements du jeu du dictateur », *Négociations*, vol. 14, n° 2, 2010, p. 71-95.

« chacun tente de construire un rapport de force qui lui soit favorable et l'exploite pour imposer ses préférences » avec la négociation intégrative, dite « concertative » par C. DUPONT (2006), où « chacun accepte de coopérer avec l'autre pour construire ensemble une solution mutuellement acceptable »⁷²⁰. S'opposent donc deux volontés ayant des conséquences différentes, l'une visant à se partager l'existant et l'autre, visant plutôt à construire ensemble. D'après le Professeur L. BELLENGER, spécialiste de la négociation, « le passage en force se caractérise par une [...] une mainmise sur l'échange. L'influence exercée consiste à accepter de forcer la main ; il s'agit d'être le plus fort, de s'imposer, d'imposer » ce qui conduit à une « interaction déséquilibrée ». Il ajoute que le « « passage en force » nous apparaît comme une variante à hauts risques de la négociation conflictuelle »⁷²¹. Or, plusieurs courants estiment que la négociation peut être coopérative. Par exemple, « la négociation, pour Schelling, est donc un exercice de coordination des attentes réciproques des parties »⁷²². Néanmoins, reprenant F. PERROUX, l'économiste J.P. MARECHAL déclare que « la relation économique [...] est, essentiellement, un conflit-coopération, une lutte-concours" [PE, p. 185] » car « le conflit pur est en effet inenvisageable, dans la mesure où il implique des destructions qui réduisent la quantité de richesse à répartir. Quant à la coopération pure, elle ne saurait pas plus être retenue, car tant les individus que les groupes ne renoncent jamais totalement à la poursuite d'objectifs égoïstes. Pour le dire comme François Perroux, dans le long terme, on ne peut observer ni "contrat sans combat", ni "combat sans contrat" »⁷²³. Comme le retient le Professeur J.U. BEURET : « nous avons aussi constaté la possible articulation entre deux séquences de négociation, au cours d'un même processus. On commence par s'affronter : on peut rester dans le conflit ou parvenir à un point où le processus bascule dans une phase de négociation concertative, plus constructive »⁷²⁴.

139. *Le point de passage de la négociation conflictuelle à la négociation coopérative.* Le passage de l'un à l'autre dépend, semble-t-il, de l'intention des parties. Ainsi, reprenant les propos du Professeur DUPONT (2006), J. E. BEURET déclare : « il existe des négociations d'« essence » coopérative ou distributive, qui résultent d'une intention différente. Pour [Dupont] la clé réside dans l'intention. Si l'intention est coopérative, même lors d'épisodes conflictuels, on évitera le recours à des stratégies trop agressives qui feraient basculer dans la négociation distributive et l'on reviendra toujours à l'intention fondamentale de coopération. De même, on peut être amené à coopérer ponctuellement dans des négociations conflictuelles, afin d'éviter la rupture, mais on reviendra vite au rapport de force. ». Les acteurs économiques peuvent mutuellement décider de sortir du conflit pour favoriser une coopération lorsque apparaît un point de basculement où le rapport de force devient inefficace. Ce point de basculement peut,

⁷²⁰ J.E. BEURET, « De la négociation conflictuelle à la négociation concertative : un "point de passage transactionnel" », *Négociations*, vol. 13, n° 1, 2010, p. 43-60.

⁷²¹ L. BELLENGER, « Chapitre III - Les modes interactifs d'échange dans une négociation », Lionel Bellenger éd., *La négociation*, Presses Universitaires de France, 2017, p. 56-78, III. – La négociation de type « passage en force ».

⁷²² J. BOIVIN, « À propos de l'ouvrage de Th. Schelling, Stratégie du conflit », *Négociations*, vol. 1, n° 1, 2004, p. 115-118.

⁷²³ J.P. MARÉCHAL, « L'héritage négligé de François Perroux », *L'Économie politique*, vol. 20, n° 4, 2003, p. 47-63.

⁷²⁴ J.E. BEURET, « De la négociation conflictuelle à la négociation concertative : un "point de passage transactionnel" », *Négociations*, vol. 13, n° 1, 2010, p. 43-60.

par exemple, découler d'une intervention étatique extérieure qui vient contraindre les parties à coopérer, ou bien la volonté des parties en conflit de sortir du *statu quo*, soit l'absence de conclusion du contrat, qui leur serait défavorable, soit parce qu'elles ne disposent pas d'option de sortie, soit parce que le transfert à l'option de sortie apparaît trop coûteux ou encore, la volonté de ces dernières de garantir des relations saines entre elles pour qu'elles perdurent dans le temps ou enfin, de s'assurer de garder une réputation positive sur le marché. Ainsi, la loyauté dans les relations peut être contrainte, par un pouvoir extérieur par exemple, elle peut également être stratégique. D'après le Professeur C. DELFORGE, la théorie des jeux répétés⁷²⁵ explique que : « *cette coopération sera nécessairement plus accentuée lorsque le jeu place les contractants dans une situation d'interdépendance en ce sens que l'optimalité de leurs intérêts individuels requiert la convergence de leurs actions. Elle montre également que chaque partie peut poursuivre un but opposé et que la coopération peut naître, malgré une telle opposition, du seul fait que l'objectif commun ne peut désormais être atteint de manière satisfaisante, individuellement et collectivement, qu'en prenant en considération l'autre. Le contrat ne doit alors plus uniquement concilier des intérêts divergents ; il [...] constitue le support de la participation qui sera individuellement apportée à l'œuvre commune* »⁷²⁶. Les parties doivent prendre conscience que le fait de gagner le rapport de force ne leur sera pas profitable au regard des conséquences que peut entraîner l'absence de conclusion du contrat ou la conclusion d'un contrat par l'exercice de la force. Par exemple, la conclusion d'un contrat par la contrainte peut rendre les relations commerciales tendues entre les parties, ce qui peut porter atteinte à leur efficacité sur le long terme ou bien, l'acteur ayant usé de la force peut voir sa réputation impactée vis-à-vis des autres partenaires potentiels. Les économistes rappellent, toutefois, que le rapport de force n'est jamais loin car les tensions peuvent persister bien que la volonté de coopérer est plus forte. Le Professeur J.E.BEURET s'interroge sur le point de basculement dans une négociation concertative qui ne se fait, selon lui, que lorsque « *les deux parties réalisent que les armes dont elles disposent sont impuissantes et qu'elles parviennent à se donner des gages mutuels quant à leur intention de coopérer* »⁷²⁷.

140. *Conclusion.* La contrainte se traduit par la conscience d'une force et le fait de l'utiliser pour vaincre une résistance. Elle se différencie de la domination qui peut être inconsciente car elle fonctionnerait de manière mécanique, sans intention particulière d'une partie sur une autre. Or, pour analyser les comportements stratégiques des acteurs lors des négociations et ainsi comprendre les mécanismes qu'ils mettent en place, les économistes utilisent la théorie des jeux. Elle met en évidence la nature conflictuelle des échanges commerciaux, où des acteurs réputés égoïstes et rationnels, cherchent à maximiser leur seul

⁷²⁵ M. YILDIZOGLU, « 5. Jeux répétés », in *Introduction à la théorie des jeux. Manuel et exercices corrigés*, sous la direction de Yildizoglu Murat, Dunod, 2011, p. 85-107 : « Contrairement aux jeux où l'interaction n'a lieu qu'une seule fois entre les joueurs, « beaucoup d'interactions sociales se déploient dans le temps et souvent de manière répétée. [...] L'objectif est de tenir compte du fait que les joueurs vont considérer que leurs actions immédiates auront une influence sur les actions futures des autres joueurs. On cherche alors à expliquer les phénomènes comme l'émergence de la coopération ou l'exécution des menaces... ».

⁷²⁶ C. DELFORGE, « Le contrat à long terme entre firmes, un contrat relationnel exemplaire ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 76, n° 1, 2016, p. 57-95.

⁷²⁷ J.E. BEURET, « De la négociation conflictuelle à la négociation concertative : un "point de passage transactionnel" », *Négociations*, vol. 13, n° 1, 2010, p. 43-60.

intérêt. Cette théorie utilise différentes formes de jeux où une contrainte peut être favorisée entre les acteurs économiques. Par exemple, dans le jeu de l'ultimatum, où il existe un droit de veto pour le répondant, l'offreur peut néanmoins chercher à satisfaire ses intérêts au détriment des intérêts de l'autre joueur. Il peut profiter de la faiblesse de son partenaire pour proposer un partage déséquilibré. Il existe également des variantes du jeu de l'ultimatum dont le jeu du dictateur. Il s'agit d'une situation extrême où la partie adverse ne dispose pas d'un droit de veto. Ainsi, la stratégie égoïste devrait le conduire à formuler l'offre la plus basse possible pour qu'il s'avantage au maximum. Néanmoins, les économistes estiment que l'égoïsme des acteurs n'est pas une fin en soi. Une forme d'altruisme révélée dans ce type de jeu souligne les limites des hypothèses centrales de la théorie des jeux (rationalité et recherche de l'intérêt personnel). Si la théorie des jeux met en évidence la nature conflictuelle et égoïste des échanges, favorisant les comportements contraignants, la négociation peut sortir du conflit pour parvenir à une coopération entre les parties. S'opposent donc la négociation conflictuelle ou distributive avec la négociation intégrative, dite concertative. Les économistes retiennent que ces deux types de négociations peuvent s'articuler ensemble au cours d'un même processus. En effet, une négociation ne saurait être purement conflictuelle, ni purement coopérative. D'une part, car les rapports de forces ne sont jamais loin et les comportements égoïstes ne disparaissent pas totalement et d'autre part, car les acteurs économiques ne ressortent pas nécessairement gagnants après avoir favorisé les rapports de forces et les comportements contraignants lors des discussions sur le contrat. Pour passer d'une négociation, par nature, conflictuelle à une négociation plus coopérative, il convient de modifier l'intention des parties. Les acteurs économiques peuvent sortir du conflit pour favoriser une coopération lorsque apparaît un point de basculement où le rapport de force devient inefficace. Ainsi, même en présence d'un rapport de force déséquilibré entre les parties, la partie en position de force peut permettre à l'autre partie de négocier. Ce point de basculement peut, par exemple, découler d'une intervention étatique extérieure qui vient contraindre les parties à coopérer, ou bien la volonté des parties en conflit de sortir du *statu quo*, soit l'absence de conclusion du contrat, qui leur serait défavorable ou encore, la volonté de ces dernières de garantir des relations saines entre elles ou enfin, de s'assurer de garder une réputation positive sur le marché. Ainsi, la loyauté dans les relations commerciales peut être contrainte, par un pouvoir extérieur, ou bien, être stratégique.

b) L'analyse judiciaire du déroulé des négociations est irrégulière

141. *Les juges ont fourni des précisions intéressantes pour établir une soumission mais de manière trop éparse et irrégulière.* L'article L.442-6, I, 2° (ancien) et l'article L.442-I, I, 2° (nouveau) du Code de commerce prohibent le fait de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. En matière de déséquilibre significatif, la soumission est une notion propre au Code de commerce. Elle peut être définie comme le fait d'imposer sa volonté au détriment de la volonté de l'autre partie. Si la soumission se traduit par le fait d'imposer sa volonté, on peut en déduire que les négociations, lorsqu'elles ont lieu, n'ont pas permis à l'autre partie de faire valoir sa volonté. Or, avant d'apprécier l'existence d'une soumission effective, encore faut-il s'assurer que celui qui a soumis pouvait réellement soumettre l'autre partie. Nous avons donc étudié les critères,

juridiques et économiques, permettant de vérifier l'existence de ce que nous appelons un pouvoir de soumission. À présent, il convient d'étudier l'exercice de ce pouvoir de soumission à travers la démonstration d'une soumission effective. Les juges ont finalement retenu comme critère principal, l'absence de négociation effective des clauses litigieuses. Nous verrons que les juges fournissent des critères pertinents mais ces critères sont dispersés dans plusieurs décisions ce qui n'offre pas une analyse régulière. Nous verrons également que la réflexion judiciaire en la matière a pu évoluer dans le temps et souffre encore de certaines incohérences. Ainsi, les juges ont d'abord étudié le contexte des négociations et notamment si les parties étaient libres de négocier, et à défaut, s'il était possible de négocier (i). Ils ont ainsi développé plusieurs critères permettant d'apprécier l'existence d'une négociation (ii).

i. Les juges vérifient plus ou moins efficacement la liberté de négocier des parties

142. *Dans un contexte comprenant un rapport de force déséquilibré entre les parties, les négociations peuvent ne pas être libres mais devenir possibles.* En présence d'un rapport de force déséquilibré, la capacité de négociation de la partie faible peut être limitée, restreinte, contrainte, par le pouvoir de négociation de la partie forte. Les juges ont pu retenir, à plusieurs reprises, que le contexte, où existait un déséquilibre des forces en puissance, ne permettait pas des négociations libres entre les parties et influait donc directement sur le déroulé des discussions⁷²⁸. *A contrario*, l'absence d'un rapport de force déséquilibré entre les parties rendrait les négociations plus libres⁷²⁹. Les juges ont pu admettre que certains partenaires pouvaient être plus puissants que d'autres et donc ne pouvaient être contraints de la même façon lors des négociations⁷³⁰. Le déséquilibre dans le rapport de force entre les parties produit un impact sur les discussions y compris lorsqu'il existe une négociation entre les parties⁷³¹.

Ainsi, lorsque la négociation semble possible, les juges ont parfois retenu que le déséquilibre du rapport de force ne met pas la partie faible « *dans la position de négocier utilement* »⁷³² puisque cette dernière n'aurait pas de « *pouvoir réel de négociation* »⁷³³. En effet, l'existence d'un tel rapport de force entre les parties peut empêcher la partie faible de négocier librement, comme elle l'aurait fait avec une partie détenant un pouvoir de négociation similaire⁷³⁴. Or, les juges ont pu retenir qu'en l'absence d'un rapport de force déséquilibré, une partie ne saurait

⁷²⁸ CA Paris, 18 septembre 2013, n°12/03177 ; CA Paris, 18 décembre 2013, n°12/00150 et Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387 ; CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 et Cass. com., 4 octobre 2016, n°14-28.013 ; CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221 ; CA Paris, 7 juin 2017, n°15/24846 ; CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323 ; TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123.

⁷²⁹ CA Paris, 29 janvier 2014, n°12/08976 ; CA Paris, 17 mai 2017, n°14/18290 ; CA Paris, 28 février 2018, n°16/16802 ; CA Paris, 16 février 2021, n°19/22197 ; CA Paris, 1^{er} septembre 2021, n°18/15431.

⁷³⁰ CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 et Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823 ; CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187 ; CA Paris, 6 novembre 2019, n°18/03352.

⁷³¹ CA Paris, 11 septembre 2013, n°11/17941.

⁷³² CA Paris, 11 septembre 2013, n°11/17941.

⁷³³ CA Paris, 18 décembre 2013, n°12/00150 et Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387 ; CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 ; CA Paris, 27 juin 2019, n°18/07576.

⁷³⁴ CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221 : « Certains fournisseurs peuvent disposer d'un pouvoir de négociation plus grand que Bricorama, ce qui n'est pas le cas de la société Sofoc. ».

prétendre ne pas avoir osé refuser une clause⁷³⁵. Il appartient au demandeur de démontrer qu'il n'a pas pu refuser la clause litigieuse de peur de remettre en cause la continuité de la relation⁷³⁶. Il a pu être jugé qu'en l'absence d'un rapport de force déséquilibré entre les parties, le demandeur qui s'est placé en dehors du cadre de négociation et a émis quelques contestations, même non approuvées par l'autre partie, a témoigné d'une force d'opposition et donc de négociation excluant la soumission⁷³⁷. Par ailleurs, les juges ont pu retenir qu'il appartenait à la partie qui se prétend plus faible de démontrer comment la puissance de son partenaire a pesé dans la phase précontractuelle de telle sorte que les clauses litigieuses lui ont été imposées⁷³⁸. Les juges ont également retenu que le demandeur pouvait démontrer qu'il s'est trouvé dans l'obligation de contracter, sans alternative possible, ce qui impliquait l'absence de négociation effective⁷³⁹. Or, il n'y aurait pas soumission, en l'absence d'un rapport de force déséquilibré entre les parties permettant la soumission, y compris lorsque le contrat litigieux n'était pas négociable⁷⁴⁰. Récemment, il a été retenu que les pratiques agressives d'un acteur vis-à-vis de ses partenaires, lors de la conclusion du contrat, ne conduisaient pas à une soumission dès lors que ces derniers étaient libres de conclure avec lui⁷⁴¹. Ainsi, alors que les demandeurs exigeaient de vérifier l'effectivité de la négociation pour écarter la soumission, la Cour de cassation a retenu que l'absence d'un rapport de force déséquilibré entre les parties impliquait que la négociation des clauses litigieuses pouvait être effective⁷⁴². À présent, la démonstration d'un rapport de force déséquilibré entre les parties ne constitue qu'un indice d'une soumission⁷⁴³.

Ces décisions démontrent que le contexte, marqué par un rapport de force déséquilibré, peut affecter la liberté des négociations et donc son résultat, mais il ne saurait présager du comportement réel des parties. En effet, la partie forte peut décider de coopérer, sans profiter de cette situation, en favorisant les négociations avec la partie faible. Un acteur économique en position de force vis-à-vis de son partenaire peut, néanmoins, permettre des négociations effectives⁷⁴⁴. Les juges ont retenu que la seule conclusion de clauses déséquilibrées, dans un

⁷³⁵ CA Paris, 27 juin 2019, n°18/07576.

⁷³⁶ CA Paris, 1^{er} octobre 2013, n°12/01301 ; CA Paris, 13 juin 2018, n°15/14893.

⁷³⁷ CA Paris, 6 novembre 2019, n°18/03352.

⁷³⁸ CA Paris, 11 janvier 2019, n°17/00234, cassé en partie sur un motif de procédure par Cass. com., 10 février 2021, n°19-14.273, suivi d'un arrêt de renvoi, CA Paris, 29 octobre 2021, n°21/08400.

⁷³⁹ CA Paris, 30 octobre 2019, n°17/10872 ; CA Paris, 24 juin 2020, n°18/0332 ; CA Paris, 1^{er} juillet 2020, n°18/16622 ; CA Paris, 1^{er} juillet 2020, n°18/16850.

⁷⁴⁰ V. M. BEHAR-TOUCHAIS, « La possibilité effective de ne pas conclure un contrat écarte toute soumission à un déséquilibre significatif », *LEDICO*, oct. 2019, n°9, p. 3 : « Peu importe la négociabilité des clauses, si l'on peut effectivement y échapper en ne concluant pas le contrat, ce qui est le cas quand le contractant n'est pas incontournable. [...] Il importe seulement de savoir si, outre l'absence de négociabilité des clauses, le contractant est incontournable ou non. Si l'on peut se passer de lui, et contracter de manière satisfaisante avec un autre, on n'est pas soumis à un déséquilibre significatif. [...] On n'est donc pas soumis à un déséquilibre significatif quand on peut effectivement ne pas conclure le contrat non négociable proposé. » ; v. égal. : CA Paris, 11 octobre 2017, n°15/03313 ; CA Paris, 22 janvier 2020, n°18/10242 ; CA Paris, 7 avril 2021, n°19/13527.

⁷⁴¹ CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/06627.

⁷⁴² Cass. com., 7 juillet 2021, n°19-22.807.

⁷⁴³ CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 et Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823 ; CA Paris, 17 février 2021, n°19/02634 ; CA Paris, 11 mars 2021, n°18/08014.

⁷⁴⁴ CA Paris, 6 février 2019, n°18/21919 : « La dissymétrie entre les parties ne démontre pas en soi l'absence de négociations effectives. ».

contexte marqué par un rapport de force déséquilibré entre les parties, ne suffit plus à établir la soumission, il faut démontrer l'absence de négociations effectives entre les parties⁷⁴⁵. Par exemple, ils ont pu admettre l'existence d'un rapport de force fortement déséquilibré entre les parties, mais ils ont retenu en l'espèce, l'existence d'une négociation et l'absence d'imposition des clauses de la part de la partie forte⁷⁴⁶. Les juges ont, ainsi, pu vérifier si la société la plus puissante avait eu la volonté de soumettre son partenaire lors de la signature du contrat⁷⁴⁷. De même, il a été jugé que la partie placée dans un rapport de force déséquilibré avec son partenaire n'a pas subi de soumission dès lors que ce dernier n'a pas cherché à forcer son acceptation⁷⁴⁸.

Les juges se sont donc particulièrement intéressés au comportement des parties pour déterminer si la négociation était libre, et à défaut si elle était possible. S'ils l'ont fait dans le cadre d'un rapport de force déséquilibré, ils ont également pu procéder à cette recherche indépendamment de toute analyse du rapport de force entre les parties.

ii. Les juges vérifient plus ou moins efficacement la possibilité de négocier des parties

143. *L'absence de négociation peut conduire, sous certaines conditions, à une soumission.* Les juges ont, dans le passé, retenu qu'il appartenait au défendeur de démontrer l'existence d'une négociation entre les parties dès lors qu'il l'invoquait⁷⁴⁹. À présent, il appartient au demandeur d'apporter la preuve de l'absence de négociation⁷⁵⁰. Par exemple, le fait de proposer des contrats-types n'est pas problématique en soi, il convient de vérifier que ses clauses n'ont pas été négociées⁷⁵¹. Or, le fait que les contrats proposés n'aient pas été, *a priori*, négociés, du fait de la reprise systématique et de la supposée intangibilité des clauses litigieuses dans les contrats signés, a pu toutefois conduire les juges à en déduire qu'elles ont été imposées⁷⁵². En effet, les juges ont pu retenir l'absence de modification du contrat proposé car il comportait une contradiction et des clauses jugées déséquilibrées, ce qui signifie qu'elles n'ont pas pu être négociées⁷⁵³. Pour établir l'absence de négociation possible, les juges ont pu s'appuyer sur les déclarations de partenaires, y compris anonymisées, déclarant que les clauses litigieuses étaient présentées comme non négociables et le nombre de cocontractants entendu était significatif pour être qualifié de probant⁷⁵⁴. Par ailleurs, le fait d'imposer une mesure, sans avoir obtenu au préalable l'accord du partenaire, conduit à l'absence totale de négociation entre

⁷⁴⁵ CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 ; CA Paris, 26 juin 2020, n°18/23070.

⁷⁴⁶ CA Paris, 18 novembre 2020, n°19/04765.

⁷⁴⁷ CA Paris, 25 novembre 2021, n°18/10319.

⁷⁴⁸ CA Paris, 26 janvier 2022, n°20/04761.

⁷⁴⁹ Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387 ; CA Paris, 1^{er} juillet 2015, n°13/19251 et Cass. com., 25 janvier 2017, n°15-23.547 ; Cass. com., 29 septembre 2015, n°13-25.043 ; Cass. com., 4 octobre 2016, n°14-28.013.

⁷⁵⁰ Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823.

⁷⁵¹ CA Paris, 20 novembre 2013, n°12/04791.

⁷⁵² Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387 ; CA Paris, 22 octobre 2020, n°18/02255 et Cass. com., 11 mai 2022, n°20-23.298.

⁷⁵³ CA Paris, 1^{er} juillet 2015, n°13/19251 et Cass. com., 25 janvier 2017, n°15-23.547.

⁷⁵⁴ CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323, cet arrêt a néanmoins été cassé par Cass. com. 11 mai 2022, n°19-22.242 et v. en renvoi CA Paris, 7 juin 2023, n°22/19733.

les parties sur ce point et donc à l'existence d'une soumission⁷⁵⁵. Le demandeur qui soutient que le contrat litigieux constitue un contrat d'adhésion doit en rapporter la preuve, à savoir qu'aucune des clauses du contrat n'a été soumise à la négociation des parties⁷⁵⁶.

S'il n'existait pas de négociation entre les parties, la négociation ne devait pas pour autant être possible. Ainsi, les juges ont qualifié le contrat signé entre un franchiseur et ses franchisés de contrat d'adhésion notamment en raison de l'absence d'échanges précontractuels, l'absence de négociation possible est déduite du fait de la présence de stipulations manifestement inapplicables restaient sans correction lors de la signature, alors que le franchiseur prétend pourtant inviter ses partenaires à discuter⁷⁵⁷. Or, les juges ont, également, retenu que l'existence d'un contrat d'adhésion ne suffit pas à caractériser la preuve de l'absence de pouvoir réel de négociation de celui qui se prétend être soumis, il doit le prouver, par exemple en démontrant l'exclusion de toute possibilité de négociation⁷⁵⁸. Le demandeur doit démontrer que la partie adverse ne lui a ménagé aucune possibilité de négociation⁷⁵⁹. Les juges ont également analysé la possibilité d'une négociation à chaque renouvellement du contrat⁷⁶⁰. Dès lors que la négociation était possible, il semblerait que l'absence d'accord final entre les parties ne permette pas d'établir la soumission⁷⁶¹.

Par ailleurs, les juges ont pu déclarer que l'absence de toute possibilité de négociation conduisait à une soumission dès lors qu'il existait un rapport de force déséquilibré entre les parties. Les juges ont retenu à plusieurs reprises que si les contrats d'adhésion ne permettent pas *a priori* de négociations entre les parties, il incombe néanmoins au demandeur de rapporter la preuve qu'il a été soumis, du fait du rapport de force existant⁷⁶². Ainsi, en l'absence d'un rapport de force déséquilibré entre les parties, il appartenait au demandeur de négocier effectivement le contrat⁷⁶³. Par ailleurs, il a pu être jugé que « *si l'existence d'un contrat d'adhésion ne suffit pas à caractériser la preuve de l'absence de pouvoir réel de négociation de celui qui se prétend victime d'une soumission* », la société est puissante dans ce secteur, ce qui conduit à une impossibilité effective de négociations desdites clauses⁷⁶⁴. Dans une affaire *Amazon*, les juges ont admis que le contrat litigieux n'était pas négociable ce qui était justifié par le fonctionnement d'une place de marché⁷⁶⁵. Or, la puissance économique d'Amazon sans aucun équivalent leur a permis de retenir la soumission. Dans une affaire récente *Pizza Sprint*, les juges ont également constaté que le franchiseur, qui bénéficiait d'une certaine notoriété, en

⁷⁵⁵ CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187.

⁷⁵⁶ CA Paris, 11 janvier 2019, n°17/00234, cassé en partie, sur un motif de procédure, par Cass. com., 10 février 2021, n°19-14.273 et arrêt de renvoi, CA Paris, 29 octobre 2021, n°21/08400.

⁷⁵⁷ TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123.

⁷⁵⁸ CA Paris, 9 juillet 2020, n°17/18660 ; CA Paris, 3 septembre 2020, n°17/18674 ; CA Paris, 19 novembre 2020, n°17/09510 ; CA Paris, 15 avril 2021, n°18/19313 ; CA Paris, 1^{er} juillet 2021, n°19/04035 ; CA Paris, 6 janvier 2022, n°18/04210.

⁷⁵⁹ CA Paris, 13 juin 2018, n°15/14893 ; CA Paris, 26 juin 2020, n°18/23070.

⁷⁶⁰ CA Paris, 24 juin 2016, n°13/20422.

⁷⁶¹ CA Paris, 27 février 2020, n°17/12775.

⁷⁶² CA Paris, 24 juin 2016, n°13/20422 ; CA Paris, 11 octobre 2017, n°15/03313 ; CA Paris, 6 février 2019, n°18/21919 ; CA Paris, 19 avril 2019, n°16/14293 ; CA Paris, 7 avril 2021, n°19/13527.

⁷⁶³ CA Paris, 6 novembre 2019, n°18/03352.

⁷⁶⁴ CA Paris, 7 janvier 2021, n°18/17376.

⁷⁶⁵ TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625 ; TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123.

a profité pour imposer un contrat type de franchise au nom de l'homogénéité du réseau⁷⁶⁶. Plus récemment, dans une affaire récente *Xerox*, les juges ont retenu que l'existence d'un contrat d'adhésion ne suffit pas à établir la soumission, il faut démontrer que le rapport de force entre les parties a permis à l'une de soumettre l'autre⁷⁶⁷. Récemment, dans une affaire *Google*, après avoir retenu l'existence d'un rapport de force déséquilibré entre les parties, le tribunal de commerce de Paris a retenu l'existence d'un contrat d'adhésion, en l'absence de négociation effective, puisque « toute tentative de négociation est ainsi vouée à l'échec, ce qui caractérise la soumission des développeurs »⁷⁶⁸. Le Tribunal précise, néanmoins, que « si le choix par GOOGLE d'un contrat d'adhésion n'est pas en soi critiquable au regard du nombre de contrats conclus, le fait d'exclure toute négociation doit avoir pour corollaire l'absence de clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. ». Ce qui est consistant avec les critères de la pratique puisqu'il faut à la fois démontrer une soumission ou sa tentative et un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties pour prononcer une sanction. *A contrario*, les juges ont parfois retenu que l'insertion de clauses dans un contrat d'adhésion, qui ne donne lieu à aucune négociation effective des clauses litigieuses, peut constituer la soumission, sans référence à la nécessité de démontrer un rapport de force déséquilibré⁷⁶⁹. Ainsi, ils ont retenu que « la preuve de l'absence de négociation effective peut résulter de la circonstance que des fournisseurs cocontractants ont tenté, mais ne sont pas parvenus, à obtenir la suppression des clauses litigieuses dans le cadre de négociations ou qu'aucune suite n'a été donnée aux réserves ou avenants proposés par les fournisseurs pour les modifier »⁷⁷⁰. Il a pu être jugé qu'un professionnel ne peut placer son partenaire dans une situation « du tout ou rien » sous peine d'être sanctionné pour soumission, y compris lorsque ce dernier dispose de partenaires alternatifs⁷⁷¹. Dans une autre affaire, il a été jugé que « les appelantes soutiennent que ces clauses sont non négociables comme intégrées à un contrat d'adhésion, sans justifier toutefois que la société [...] a vainement cherché à les négocier »⁷⁷². Néanmoins, cet arrêt a été cassé récemment par la Cour de cassation estimant cette analyse insuffisante pour écarter la soumission et devra donc être modifiée par les juges du fond, certainement au profit du demandeur⁷⁷³. En effet, la Cour de cassation laisse sous-entendre que le demandeur n'est pas contraint de démontrer qu'il a vainement tenté de négocier pour établir la soumission, ce qui n'est pas dénué de critiques quant à la charge de la preuve qui devrait lui être assignée⁷⁷⁴.

⁷⁶⁶ CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/00737.

⁷⁶⁷ CA Paris, 7 avril 2021, n°19/13527.

⁷⁶⁸ CA Paris, 28 mars 2022, n°2018017655.

⁷⁶⁹ CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221 ; CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 ; TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123.

⁷⁷⁰ CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879.

⁷⁷¹ CA Paris, 19 janvier 2018, n°16/11167 et Cass. com., 26 janvier 2022, n°20-10.897.

⁷⁷² CA Paris, 17 juin 2020, n°18/23452 ; v. égal. CA Paris, 9 juillet 2020, n°17/18660 : « Les conventions étant renouvelées annuellement, Davyco avait également la possibilité de se saisir de ces dispositions pour renégocier des clauses, l'ancienneté et le volume d'activité réalisés permettant de peser dans la négociation. Elle ne démontre avoir effectué aucune démarche en ce sens. Dès lors, le premier élément caractéristique de la pratique restrictive de déséquilibre significatif n'est pas constitué. ».

⁷⁷³ Cass. com., 6 avril 2022, n°20-20.887.

⁷⁷⁴ N. MATHEY, « Preuve de la soumission et négociabilité des contrats conclus en ligne », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 6, juin 2022, comm. 97 : « En formulant une telle exigence probatoire, la cour d'appel incitait indirectement les parties en situation de faiblesse dans les négociations à ne pas se

Ainsi, pour analyser la soumission, les juges ont mis en évidence la nécessité d'étudier l'existence d'une négociation, ou à défaut, si la négociation était possible, ce qui les a conduits à s'intéresser conjointement ou non, au rapport de force entre les parties et à leurs comportements, par exemple l'opposition du défendeur à toute négociation ou encore les tentatives de négociation du demandeur. Si ces informations sont, là encore, intéressantes, on constate que la position des juges en la matière n'a pas toujours été régulière.

144. *Des discussions, concernant les clauses litigieuses, démontre l'existence d'une négociation.* Les juges ont notamment vérifié l'existence de discussions entre les parties pour en déduire une négociation et donc, l'absence de soumission. Ainsi, ils ont pu retenir que des discussions, portant sur les clauses litigieuses, permettraient de démontrer qu'elles n'ont pas été imposées par la partie adverse⁷⁷⁵. L'existence de discussions démontrerait que la partie puissante n'a pas empêché la négociation et n'a donc pas forcé son partenaire à accepter les clauses du contrat. D'après les juges, il convient de vérifier que les parties ont pu faire valoir leur point de vue⁷⁷⁶. Les discussions doivent donc permettre aux parties de soutenir leur point de vue pour parvenir à un accord⁷⁷⁷. Les juges s'appuient en général sur un faisceau d'indices pour vérifier l'existence d'une négociation entre les parties⁷⁷⁸. L'existence d'échanges entre les parties à travers des courriels ou emails⁷⁷⁹, des réunions de négociation⁷⁸⁰, les énonciations du contrat⁷⁸¹, des versions différentes du projet de contrat⁷⁸², des avenants⁷⁸³, démontre que les parties ont pu, en principe, discuter des termes du contrat, avant sa signature, sans que ce dernier ne soit unilatéralement fixé par l'une d'elles et sans possibilité de le modifier. Il a également été jugé qu'un contrat stipulant qu'il a été négocié, et l'existence de négociations avec d'autres partenaires démontrant des modifications du contrat litigieux, pouvaient exclure la soumission dès lors que la prétendue victime, dont le pouvoir de négociation est inconnu, ne démontre pas avoir tenté de le négocier⁷⁸⁴.

résigner mais à assumer une part de la responsabilité de l'effectivité des négociations. Au contraire, la Cour de cassation fait peser toute la responsabilité des négociations sur le fournisseur. Sur le terrain de la preuve, elle décide de renforcer les exigences pesant sur le fournisseur qui devra finalement prouver qu'il y a eu négociation. [...] Autrement dit, le demandeur ne supportant que la charge de l'allégation de la soumission, il lui incombe d'avancer des faits qui rendent vraisemblable ce qu'il prétend ; le défendeur supportant quant à lui la charge de détruire la vraisemblance créée. ». Par opp. CA Paris, 19 novembre 2020, n°17/09510.

⁷⁷⁵ CA Paris, 30 janvier 2020, n°15/06520 ; CA Paris, 14 janvier 2021, n°18/20126 ; CA Paris, 18 février 2021, n°18/22624.

⁷⁷⁶ CA Paris, 17 février 2021, n°19/02634.

⁷⁷⁷ CA Paris, 27 février 2020, n°17/12775.

⁷⁷⁸ Cass. com., 20 nov. 2019, n°18-12.823.

⁷⁷⁹ CA Paris, 26 octobre 2016, n°14/08041 ; CA Paris, 11 janvier 2019, n°17/00234 ; CA Paris, 6 février 2019, n°18/21919 ; CA Paris, 18 novembre 2020, n°19/04765 ; CA Paris, 16 février 2021, n°19/22197 ; CA Paris, 15 avril 2021, n°18/19313 ; CA Paris, 1^{er} juillet 2021, n°19/04035.

⁷⁸⁰ CA Paris, 27 février 2020, n°17/12775 ; CA Paris, 17 février 2021, n°19/02634.

⁷⁸¹ CA Paris, 25 janvier 2019, n°17/08241 ; CA Paris, 30 octobre 2019, n°17/10872 ; CA Paris, 15 avril 2021, n°18/19313.

⁷⁸² CA Paris, 1^{er} juillet 2021, n°19/04035.

⁷⁸³ CA Paris, 27 février 2020, n°17/12775.

⁷⁸⁴ CA Paris, 19 novembre 2020, n°17/09510.

Or, les juges ont précisé que l'existence d'une négociation devait porter sur les clauses litigieuses⁷⁸⁵, et non de manière globale comme cela a pu être retenu⁷⁸⁶, notamment lorsqu'elles sont prévues dans un document prérédigé⁷⁸⁷. Le Code de commerce prohibe, en effet, le fait de soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Ce sont bien ces obligations qui font l'objet du litige et dont le juge doit vérifier qu'elles ont été imposées ou non à la prétendue victime. En effet, quand bien même la négociation du contrat, pris dans son ensemble, a pu être possible, il importait de vérifier la négociation des clauses litigieuses⁷⁸⁸. En l'espèce, la cour d'appel de renvoi, après cassation, conclut, de manière explicite, que : « *si les premiers juges ont relevé que l'appelante a pu obtenir quelques modifications du contrat pré rédigé soumis par le distributeur sur des points précis [...] il n'est nullement démontré que les ristournes litigieuses facturées pourtant pour un montant significatif ont fait l'objet d'une négociation effective* »⁷⁸⁹. Mais cette analyse a pu être appliquée dans un sens différent, ainsi, les juges ont pu retenir, qu'à défaut de démontrer l'absence de négociation possible des clauses litigieuses avec le défendeur, l'existence de négociations entre les parties et le fait que le demandeur a obtenu des modifications excluent la soumission⁷⁹⁰. Il a pu être jugé que la prétendue victime a bien participé activement à la rédaction des clauses litigieuses ce qui exclut la soumission⁷⁹¹. Les juges ont estimé que l'existence de discussions entre les parties permet d'écarter une soumission, mais ces discussions doivent porter sur les clauses litigieuses ou bien, de manière moins stricte, démontrer qu'il était possible de négocier ces clauses.

Les juges se sont donc appuyés sur l'existence d'une discussion entre les parties, discussion devant porter, *a priori*, sur les clauses litigieuses pour écarter la soumission. Ils se sont notamment appuyés sur un faisceau d'indices pour l'établir.

145. *Conclusion.* Les juges ont apporté des précisions intéressantes pour déterminer les critères d'une soumission. Puisque la soumission conduit à imposer sa volonté au détriment de la volonté de l'autre partie, les clauses litigieuses doivent avoir été imposées à la partie jugée victime et donc, dépendre de la seule volonté du partenaire. Ce qui implique de se placer au

⁷⁸⁵ Cass. com., 3 mars 2015, n°13-27.525 ; Cass. com., 26 avril 2017, n°15-27.865 ; CA Paris, 28 février 2018, n°16/16802 ; CA Paris, 12 juin 2019, n° 18/20323 ; CA Paris, 30 octobre 2019, n°17/10872 ; Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823 ; CA Paris, 1^{er} juillet 2020, n°18/22344.

⁷⁸⁶ CA Paris, 30 janvier 2020, n°15/06520 ; Cass. fin., 31 mars 2021, n°19-16.214.

⁷⁸⁷ Cass. com., 3 mars 2021, n°19-13.533 et CA Paris, 23 février 2022, n°21/07731.

⁷⁸⁸ Cass. com., 3 mars 2021, n°19-13.533. N. MATHEY, « Coopération commerciale et ristournes », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 5, mai 2021, comm. 81 : « En l'espèce, les juges du fond avaient jugé que le distributeur ne pouvait engager sa responsabilité sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce dans la mesure où il n'avait pas rendu impossible la négociation des ristournes litigieuses. Autrement dit, la condition de soumission n'était pas remplie selon eux. [...] L'arrêt de la cour d'appel est toutefois censuré sur ce point [...] Deux brèves observations s'imposent. D'une part, l'effectivité de la négociation doit être appréciée concrètement. Ce n'est pas parce que deux dispositions ont pu être négociées ponctuellement que le fournisseur avait effectivement la faculté de négocier l'ensemble des conditions contractuelles, en général, et les ristournes conditionnelles, en particulier. La réalité de la négociation doit ainsi s'apprécier *in concreto* pour chacune des dispositions contestées. » ; v. en ce s. arrêt de renvoi CA Paris, 23 février 2022, n°21/07731.

⁷⁸⁹ CA Paris, 23 février 2022, n°21/07731.

⁷⁹⁰ CA Paris, 1^{er} juillet 2020, n°18/16850.

⁷⁹¹ CA Paris, 1^{er} juillet 2021, n°19/04035.

stade de la négociation, soit lors de l'expression des volontés de chaque partie. Tout d'abord, les juges ont admis, à plusieurs reprises, que le contexte, où existait un déséquilibre des forces en puissance, ne permettait pas des négociations libres entre les parties et influait donc directement sur le déroulé des discussions, y compris lorsqu'il existait une négociation entre les parties. Les juges ont parfois retenu que le déséquilibre du rapport de force ne mettait pas la partie faible dans la position de négocier utilement puisque cette dernière n'aurait pas de pouvoir réel de négociation. Il a pu, toutefois, être retenu qu'il appartient à la partie qui se prétend plus faible de démontrer comment la puissance de son partenaire a pesé dans la négociation de telle sorte que les clauses litigieuses lui ont été imposées. Les juges ont également retenu que si les contrats d'adhésion ne permettent pas *a priori* de négociation entre les parties, il incombe néanmoins au demandeur de rapporter la preuve qu'il a été soumis, du fait du rapport de force existant. *A contrario*, l'absence d'un rapport de force déséquilibré entre les parties, rendrait les négociations plus libres. Toutefois, nous avons vu que les juges ont pu ranger l'analyse de l'équilibre du rapport de force entre les parties au rang de simple indice qui ne saurait suffire. Ils n'exigent plus sa démonstration, dans de nombreuses affaires, ce qui implique de démontrer la soumission par d'autres indices établissant l'absence de négociations effectives entre les parties. En effet, si le contexte, marqué par un rapport de force déséquilibré, peut affecter la liberté des négociations et donc son résultat, il ne saurait présager du comportement réel des parties. Les juges se sont donc intéressés au déroulement des négociations. Ils s'appuient en général sur un faisceau d'indices (stipulations du contrat, négociation d'autres clauses, négociation avec d'autres partenaires...) pour vérifier l'existence d'une négociation entre les parties. Les juges ont estimé que les discussions devaient porter sur les clauses litigieuses ou bien, de manière moins stricte, de démontrer qu'il était possible de les négocier pour écarter la soumission. Or, l'absence de négociation ne saurait suffire, encore faut-il démontrer que le contrat ne pouvait pas être négocié par une partie, soit parce que l'autre partie excluait totalement la négociation, soit parce qu'elle s'est vue opposer un refus de son partenaire concernant ses demandes. Ainsi, les juges ont, dans plusieurs affaires, exigé du demandeur qu'il démontre l'exclusion de toute possibilité de négociation, y compris lorsque le contrat pouvait être qualifié d'adhésion. Si ces précisions sont intéressantes, l'analyse de la jurisprudence démontre, néanmoins, une certaine forme d'irrégularité dans l'appréciation de la soumission.

c) *Les juges doivent vérifier que la négociation était bien libre et possible entre les parties*

146. *L'appréciation d'une soumission effective doit être efficace.* L'analyse économique retient que l'existence d'un rapport de force déséquilibré n'est pas nécessairement condamnable, il convient plutôt de vérifier l'existence d'un comportement contraignant de la partie puissante. Si les juges doivent tenir compte de l'existence d'un rapport de force déséquilibré entre les parties, à travers le pouvoir de soumission, il convient également de vérifier son utilisation par la partie puissante (i). Les économistes expliquent que les relations commerciales sont, par nature, conflictuelles car les acteurs sont supposés agir de manière rationnelle et égoïste. Ils ont donc étudié les comportements contraignants des acteurs

notamment dans le cadre d'échanges. Ils ont pourtant admis que les acteurs pouvaient sortir du rapport de force pour procéder à une coopération et qu'ils avaient même tout intérêt à le faire. Les juges ont pu également exiger la démonstration d'une négociation ou du moins sa possibilité. Ainsi, apprécier le critère de soumission implique de vérifier l'existence d'une négociation, du moins possible entre les parties, dès lors qu'il existe un pouvoir de soumission entre elles (ii).

i. La liberté de négocier découle notamment du rapport de force entre les parties

147. *Pour vérifier si une négociation a été libre, il convient d'analyser l'équilibre du rapport de force entre les parties et le comportement de la partie puissante.* Les économistes et les juges admettent qu'un rapport de force déséquilibré entre les parties peut impacter la liberté de négociation. Or, nous sommes allés plus loin puisqu'à la différence des juges nous préconisons de vérifier l'existence d'un pouvoir de soumission entre les parties soit la capacité d'une partie à soumettre l'autre. En présence d'un tel pouvoir, le rapport de force entre les parties n'est pas seulement déséquilibré au détriment de la partie faible, cette dernière peut être soumise et non, uniquement limitée dans sa capacité de négociation. La partie forte a nécessairement conscience d'un tel pouvoir sur l'autre partie, elle ne saurait invoquer une domination de fait, au sens économique⁷⁹². Ainsi, l'existence d'un pouvoir de soumission entre les parties est d'autant plus susceptible d'impacter la liberté de négociation de la partie faible. Dans un tel contexte où une partie peut imposer sa volonté à son partenaire, les négociations ne sont pas, par nature, libres. Le fait de ne pas détenir un pouvoir de négociation équivalent ne permet pas, en principe, aux parties de négocier sur un pied d'égalité⁷⁹³. Dès lors qu'il existe un pouvoir de soumission entre les parties, voire même un simple rapport de force déséquilibré, on peut anticiper que l'expression des volontés pourra être limitée du fait du poids que représente la force d'une partie et la faiblesse de l'autre partie⁷⁹⁴. Une partie faible pourra être

⁷⁹² Ref. th. §114 et s.

⁷⁹³ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le nouveau théorème d'Archimède : des partenaires qui sont réciproquement incontournables négocient librement, et échappent tous deux au déséquilibre significatif », *RDC*, mars 2017, p. 83 : « L'importance de la libre négociation, c'est ce que traduisait avec force l'article 7 de la proposition de règlement européen relatif au droit commun de la vente (DCEV), aujourd'hui abandonnée pour des raisons de politique européenne. Ce texte prévoyait : "Clauses contractuelles ne faisant pas l'objet d'une négociation individuelle : 1. Une clause contractuelle n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle si elle est proposée par une partie et si l'autre partie n'a pas pu avoir d'influence sur son contenu. 2. Lorsque l'une des parties propose à l'autre un choix entre plusieurs clauses contractuelles, une clause ne sera pas considérée comme ayant fait l'objet d'une négociation individuelle du seul fait que l'autre partie a choisi l'une des clauses proposées. 3. Celle des parties qui prétend qu'une clause contractuelle fournie à titre de clause type a, depuis, fait l'objet d'une négociation individuelle supporte la charge de cette preuve. 4. Dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, le premier a la charge de prouver que la clause contractuelle qu'il a fournie a fait l'objet d'une négociation individuelle. 5. Dans un contrat entre un professionnel et un consommateur, les clauses contractuelles rédigées par un tiers sont considérées comme ayant été proposées par le professionnel, à moins d'avoir été insérées dans le contrat par le consommateur." Donc la première condition de l'application de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce est bien que le contrat n'ait pas été librement négocié. »

⁷⁹⁴ En ce s., M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le mythe de Sisyphe, revu et corrigé par le déséquilibre significatif », *RDC*, mars 2015, n°1, p. 68 : « La "soumission" dans le texte vise le fait que le contrat n'est tout simplement pas négocié à égalité entre le grand distributeur et de très nombreux fournisseurs. Quand on a un pouvoir de négociation que l'autre n'a pas, et qu'on l'utilise pour obtenir un avantage, on soumet l'autre à subir ce déséquilibre. En a-t-on conscience ? Est-ce délibéré ? Peu importe [...] il arrive qu'on négocie mais sans

amenée à se soumettre automatiquement à la volonté de la partie forte estimant qu'il est vain de négocier avec elle. Le contexte, découlant du rapport de force entre les parties, doit donc être pris en compte pour apprécier si les parties étaient en mesure de négocier librement.

Or, nous estimons que cette seule démonstration ne saurait suffire, à l'instar des juges, nous recommandons également d'analyser les comportements des parties lors de la phase précontractuelle. En effet, la partie forte peut néanmoins permettre à la partie faible de négocier librement en favorisant les discussions d'égal à égal. *A contrario*, lorsqu'une partie se sait plus puissante que son partenaire, elle peut décider, par son comportement, d'utiliser ce pouvoir à son avantage lors des négociations ce qui peut conduire à un abus. L'abus se définissant comme le mauvais emploi, l'usage excessif ou injuste de quelque chose⁷⁹⁵. En ce sens, rappelons que les économistes différencient l'existence d'une contrainte, qui renvoie à un comportement actif où un acteur économique fait usage de son pouvoir économique envers un autre, de la simple domination qui n'est qu'un état de fait et ne devrait pas être condamnée en soi. Certes, la domination peut conduire à ce qu'une partie supporte la puissance de la partie dominante mais cette dernière n'a pas nécessairement utilisé cette puissance pour contraindre son partenaire. Il convient de vérifier que la partie forte a abusé de sa puissance en empêchant des négociations ou en les rendant non effectives.

Ainsi, en présence d'un pouvoir de soumission entre les parties, la négociation n'est pas naturellement libre sauf si une partie, en position de force, permet à l'autre partie de négocier.

ii. *En présence d'un pouvoir de soumission entre les parties, la partie forte doit permettre la négociation*

148. *Pour écarter la soumission, en présence d'un pouvoir de soumission entre les parties, les juges doivent vérifier que la négociation a bien été possible.* Les économistes ont mis en évidence la nécessité de mêler négociation distributive et coopérative. Il existe un point de basculement où les parties décident de sortir d'un rapport de force pour parvenir à un compromis. Si la partie forte peut y être forcée par une instance extérieure, elle a également intérêt à permettre cette coopération puisqu'elle conduit à favoriser de bonnes relations commerciales sur la durée avec son partenaire et lui offrira une meilleure réputation sur le marché. La coopération entre les parties doit être favorisée car elle est profitable pour l'économie. Les juges vérifient également que les parties au contrat ont négocié, exprimant ainsi conjointement leur volonté. Or, comme ont pu le retenir les juges, la négociation doit être possible dans les faits et pas seulement en principe. Les juges ont pu néanmoins admettre, à raison, qu'une négociation possible n'implique pas nécessairement l'existence d'une négociation. En effet, les parties peuvent choisir de ne pas négocier le contrat, dès lors que chacune a pu, néanmoins, être en mesure de négocier. Il convient de distinguer l'existence d'un contrat qui a été signé en l'absence de négociation et l'existence d'un contrat signé où la partie forte a clairement empêché son partenaire de négocier. En effet, une partie au contrat peut

pouvoir de négociation ; c'est comme si le contrat était d'adhésion. C'est le cas le plus souvent entre les fournisseurs et la grande distribution. ».

⁷⁹⁵ Dictionnaire en ligne, Larousse.

refuser toute négociation ce qui conduit à un contrat d'adhésion, c'est-à-dire un contrat à prendre ou à laisser. Si, en l'absence d'un pouvoir de soumission entre les parties, la partie adverse n'est pas contrainte de signer le contrat et peut donc soit, signer volontairement soit, s'opposer en forçant la négociation soit, conclure avec un autre partenaire, il en va différemment dès lors qu'il existe un pouvoir de soumission.

Lorsque les juges ont, comme nous le recommandons, vérifié qu'une partie pouvait être soumise par son partenaire, qu'elle était donc dépourvue d'une capacité à forcer la négociation ou bien à conclure, de manière effective, avec un autre partenaire, il convient de s'assurer que la partie forte lui a permis de négocier et n'a donc pas profité de sa faiblesse. En effet, il appartient à la partie forte de contrebalancer l'impact de son pouvoir de soumission sur la partie faible en rendant la négociation possible. Le comportement de la partie forte doit témoigner de son souhait d'offrir, de manière effective, à son partenaire la possibilité d'exprimer sa volonté quant à la répartition des droits et obligations du contrat. Ainsi, dans ces circonstances, le fait de refuser toute négociation à son partenaire conduit à imposer unilatéralement sa volonté au détriment de la volonté de ce dernier. Comme les économistes ont pu l'analyser, il n'existe pas de *statu quo* puisque le contrat litigieux sera, dans tous les cas, signé. Il s'agit là de l'usage excessif du pouvoir de la partie forte⁷⁹⁶. La partie bénéficiant du pouvoir de soumission ne devrait pas refuser la négociation à la partie faible au risque d'être sanctionnée pour soumission.

Toutefois, se pose la question des contrats dont la négociation n'est pas possible, non en raison du souhait de la partie forte d'imposer sa volonté, mais car ces contrats doivent être identiques ou homogènes pour les besoins de l'activité. Les juges ont parfois admis l'absence de négociation de ces contrats comme étant justifiée. Il n'y aurait pas soumission dès lors qu'il n'existe pas un rapport de force déséquilibré conduisant la partie faible à se soumettre automatiquement. Or, un contrat d'adhésion, justifié par les besoins de l'activité, ne saurait permettre à la partie forte d'exclure toute possibilité de négociation à une partie en position d'être soumise. Si elle peut, légitimement, s'opposer à la négociation de certaines clauses, notamment car elles sont nécessaires ou encore incontournables⁷⁹⁷, elle ne saurait exclure, à son

⁷⁹⁶ L. D'URSEL, « L'analyse économique du droit des contrats », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 14, n° 1, 1985, p. 45-88 : « Le pouvoir de celui qui peut imposer les termes du contrat risque en effet d'être excessif puisque l'essence du contrat d'adhésion ne consiste pas tellement en l'absence de débat entre les parties contractantes mais plutôt en le fait que, même s'il faisait l'objet d'une certaine discussion, les modifications répondant aux exigences particulières du demandeur n'y seraient pas apportées" [Bourgoignie (1977), p. 31-2]. » ; v. égal. M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le nouveau théorème d'Archimède : des partenaires qui sont réciproquement incontournables négocient librement, et échappent tous deux au déséquilibre significatif », *RDC*, mars 2017, n°1, p. 83 : « Nous pensons donc que la différence décrite comme fondamentale pour ces textes entre le contrat d'adhésion et le contrat de dépendance est bien plus minime, car le contrat d'adhésion n'est pas uniquement celui qu'on ne négocie pas du tout, mais aussi celui qu'on ne négocie pas librement. Et si on ne le négocie pas librement, c'est parce que l'on est dépendant, soit économiquement, soit par désir du produit ou du service. ».

⁷⁹⁷ En ce s. S. LE GAC-PECH, « Que reste-t-il du principe de liberté contractuelle en droit de la distribution ? », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 4, 26 janvier 2017, p. 1053. Dans son exemple : « La spécificité de la commercialisation de certains produits frais comme les obligations du revendeur à l'égard des consommateurs en termes de sécurité, de qualité et de fraîcheur nécessitent des contraintes conventionnelles destinées à assurer une parfaite gestion des stocks et des livraisons gérées en flux tendus. Or si le déséquilibre significatif naît du degré de contrainte inéquitable que le contrat fait peser sur l'une et l'autre des parties, il ne peut aboutir à priver le distributeur de sa faculté d'organiser strictement

partenaire, toute possibilité d'obtenir des compensations dès lors qu'il est placé en position de soumission à son égard. Il peut, exceptionnellement, être admis que l'intégralité d'un contrat ne soit pas négociable pour les besoins de l'activité, mais cette affirmation devra être prouvée, il convient de noter que le second critère, le déséquilibre significatif, s'il est établi, devrait dans ce cas être justifié comme nécessaire.

Ainsi, nous recommandons au juge de ne pas se limiter à la négociation des clauses litigieuses mais bien d'analyser la soumission au contrat pris dans son ensemble. Une analyse de la soumission centrée uniquement sur les clauses litigieuses et leur négociation serait biaisée et non réaliste car le contrat, partant sa négociation, fonctionne de manière globale, c'est l'ensemble du contrat qui détermine l'intérêt de chaque partie à contracter. Une partie peut renoncer à négocier une clause dès lors qu'elle y trouve un intérêt ailleurs dans la relation contractuelle.

149. *Conclusion.* L'article L.442-6, I, 2° devenu L.442-1, I, 2° du Code de commerce, exige la démonstration d'un comportement « actif » consistant notamment dans le fait de soumettre. Or, lorsqu'on constate un déséquilibre contractuel, on peut supposer que le professionnel qui n'en bénéficie pas, y a nécessairement été soumis. Toutefois, il s'agit là d'une présomption. Ce constat ne permet nullement d'affirmer avec exactitude comment s'est déroulée la phase précontractuelle. Il est donc primordial de vérifier les comportements des parties lors des négociations pour connaître leurs intentions et étudier si ces dernières ont conduit à un compromis ou à l'imposition unilatérale d'une volonté. Tout d'abord, il convient de vérifier l'existence d'un pouvoir de soumission entre les parties puisque c'est ce pouvoir qui permettra effectivement de soumettre une partie. Lorsqu'il existe un tel pouvoir de soumission entre les parties, la négociation n'est pas, par nature, libre car la partie faible supporte la domination de la partie forte et peut être tentée de s'autolimiter. Toutefois, ce seul constat ne saurait suffire. Il convient de vérifier l'exercice du pouvoir de soumission et non uniquement son existence. Ainsi, en présence d'un pouvoir de soumission entre les parties, la négociation n'est pas naturellement libre sauf si le partenaire, en position de force, permet à son partenaire de négocier le contrat. En effet, pour vérifier que la partie forte ne profite pas du pouvoir de soumission qu'elle détient vis-à-vis de son partenaire, elle doit favoriser la négociation. Son comportement doit témoigner de son souhait d'offrir, de manière effective, à son partenaire la possibilité d'exprimer sa volonté quant à la répartition des droits et obligations du contrat. En effet, l'accord signé doit être le fruit de deux volontés, sans qu'une partie ait imposé sa volonté à son partenaire en profitant de sa capacité à être soumis. La négociation doit donc être possible, ce qui n'implique pas nécessairement l'existence d'une négociation. En effet, les parties peuvent choisir de ne pas négocier le contrat, dès lors que chacune a pu, néanmoins, être en mesure de négocier. Notons qu'un contrat d'adhésion, même justifié par les besoins de l'activité, ne saurait, sauf cas exceptionnels, permettre à la partie forte d'exclure toute possibilité de négociation à une partie en position d'être soumise. Si certaines clauses peuvent

la chaîne d'approvisionnement en essentialisant certaines obligations ou en prévoyant des pénalités spécifiques. Dès lors, en stigmatisant ainsi des clauses "types" à proscrire, le distributeur se voit privé de son pouvoir d'ériger certaines obligations comme étant essentielles ou de les qualifier d'obligations de résultat. ».

légitimement ne pas être négociables, notamment pour les besoins de l'activité, des compensations devraient toutefois être trouvées. Exiger une négociation possible revient donc à refuser les solutions du type « *tout ou rien* » pour rechercher un compromis acceptable pour tous.

B. La soumission est effective lorsque les négociations ne sont pas effectives

150. *Les négociations ne sauraient être uniquement libres et possibles, elles doivent être effectives.* Nous avons vu, précédemment, qu'en présence d'un pouvoir de soumission entre les parties, les négociations ne sont pas libres par nature, la partie forte doit favoriser les négociations avec son partenaire. Or, nous verrons que la partie forte peut favoriser les négociations, seulement en apparence, en ne permettant pas à celles-ci de produire des effets réels sur le contrat. Il importe donc de vérifier que les négociations n'étaient pas seulement possibles mais pouvaient produire des effets réels sur le contrat et pouvaient donc être qualifiées d'effectives. Nous verrons que les économistes ont également étudié l'effectivité de la coopération entre les parties (a) de manière plus réaliste que les juges qui ont pu retenir une approche, parfois, exigeante de l'effectivité des négociations (b). Nous verrons que les effets de la négociation entre les parties doivent être appréciés de manière plus équilibrée pour conduire à une appréciation plus réaliste et régulière de l'effectivité des négociations (c).

a) *Les économistes analysent l'effectivité des négociations de manière plus réaliste*

151. *Les économistes ont étudié les effets réels d'une coopération entre les parties pour en apprécier l'effectivité.* Nous avons vu que les économistes ont analysé l'existence, par nature, d'un conflit lors des négociations où chaque acteur cherche à faire valoir son intérêt, ce qui peut faciliter les comportements contraignants entre les parties. Ils admettent, toutefois, que la coopération doit être favorisée car elle peut être profitable pour les parties et l'économie. Ainsi, les économistes se sont intéressés au déroulement des négociations pour vérifier que les parties favorisaient bien la coopération d'une manière qu'on qualifiera d'effective entre elles. Tout d'abord, nous verrons qu'une asymétrie d'information entre les parties, conduisant à une acceptation faussée du contrat par l'une d'elles, peut nuire à ce qu'on appelle l'effectivité des négociations (i). Ensuite, nous verrons que l'effectivité des négociations conduit à étudier ses effets sur le contrat, où chaque partie a pu faire valoir sa volonté, sans que le résultat soit nécessairement équitable et efficace (ii).

i. *Une acceptation faussée du contrat peut nuire à l'effectivité des négociations*

152. *Une asymétrie d'information entre les parties, conduisant à une acceptation faussée du contrat par l'une d'elles, peut nuire à l'effectivité des négociations.* Si le fait de forcer l'acceptation de son partenaire conduit, en principe, à l'absence de négociations effectives, il en va de même lorsque son acceptation a, plus simplement, été faussée. En effet, d'après les économistes, une asymétrie d'information confère un pouvoir de négociation à celui qui en bénéficie. En économie, ce terme renvoie, lors d'un échange, aux informations

pertinentes détenues par certains participants et que d'autres n'ont pas. Les économistes ont étudié l'impact des asymétries d'information, notamment lors d'une transaction, pour émettre un jugement sur le résultat final. En ce sens, les négociations sur le contrat, si elles existent, peuvent néanmoins être biaisées car toutes les parties ne possèdent pas les mêmes informations⁷⁹⁸. En effet, une asymétrie d'information peut permettre à celui qui la détient de procéder à un comportement opportuniste, profitant de l'ignorance de son partenaire, pour s'avantager contractuellement. Il bénéficie alors d'un avantage indu qui peut devenir problématique⁷⁹⁹. C'est notamment le cas lorsqu'il procède à la pratique du « bluff ». L'un des acteurs veut tromper l'adversaire, c'est-à-dire l'aiguiller vers un faux système de croyances, afin d'aboutir à un équilibre qui lui soit favorable⁸⁰⁰. La partie au contrat qui ignorait l'information peut contester l'effectivité des négociations puisque si elle avait eu connaissance de cette information, elle n'aurait pas conclu le contrat ou bien, elle aurait négocié différemment. Les effets produits par le contrat, supposés démontrer la volonté des parties, peuvent être contestés puisque la volonté de l'une d'elles a été trompée.

ii. L'effectivité des négociations dépend également des effets produits par la coopération

153. *Les parties doivent favoriser la coopération entre elles ce qui implique certaines conditions.* Les économistes ont préconisé de procéder à une coopération entre les parties sans se limiter à l'existence d'une relation, par nature, conflictuelle car chaque partie pourrait y trouver un intérêt. Les parties doivent donc s'engager l'une envers l'autre afin de maintenir un processus coopératif entre elles. D'après le Professeur J.E. BEURET, faciliter la concertation conduit à « *des concessions [qui] sont consenties par chacune des parties car chacun considère qu'un engagement irréversible de la partie adverse dans le processus est un bénéfice supérieur à ce qu'il a concédé* »⁸⁰¹. En effet, c'est bien souvent les compromis mutuels qui font qu'un acteur s'engage et accepte de formuler une concession en échange d'un engagement de l'autre partie qui lui apparaît plus profitable que sa concession initiale. J.E. BEURET estime qu'il s'agit d'un « *réajustement des rapports de pouvoir entre les parties : mais alors que Zartman (1986) évoque l'affaiblissement de la partie dominante, c'est surtout le fait qu'elle accepte une mise à niveau de la partie la plus faible, via la mise en place de règles et d'un dispositif de dialogue* ». En effet, si le rapport de force déséquilibré entre les parties persiste, la partie en position de force peut décider de ne pas utiliser sa puissance pour contraindre l'autre partie et peut, au contraire, lui permettre de négocier effectivement. Notons, que si des concessions sont possibles, il convient, toutefois, de « *s'interroger sur ce qui est négociable et [ce qui] ne l'est*

⁷⁹⁸ L. BENZONI, P.Y. DEBOUDE, *Du déséquilibre significatif dans les relations entre partenaires commerciaux à la puissance d'achat : une perspective économique*, 13 janvier 2015, dispo. sur le site <https://www.teraconsultants.fr>, p. 14 : « Plus l'asymétrie d'information joue en faveur d'un acteur, plus cet acteur est en position de mieux négocier. ».

⁷⁹⁹ E. MACKAAY, V. LEBLANC, N. KOST DE SÈVRES, E. S. DARANKOUM, « L'économie de la bonne foi contractuelle », in *Mélanges Jean Pineau*, 2003, p. 440.

⁸⁰⁰ P. ABECASSIS, P. BATIFOULIER, « Chapitre 5. Informations asymétriques : l'opportunisme exacerbé », in Bénédicte Vidaillet éd., *La décision. Une approche pluridisciplinaire des processus de choix*, De Boeck Supérieur, 2005, p. 125-150, §85.

⁸⁰¹ J.E. BEURET, « De la négociation conflictuelle à la négociation concertative : un "point de passage transactionnel" », *Négociations*, vol. 13, n° 1, 2010, p. 43-60.

pas pour chacune des parties en présence, en distinguant ce qui est inacceptable ou non-négociable. Ce qui est inacceptable à un moment donné peut le devenir via certains arrangements, alors que ce qui n'est pas négociable ne pourra faire l'objet ni d'arrangements, ni de discussions. ». En effet, pour J.E. BEURET, la coopération ne devient possible que si elle conduit, notamment, à « écartier les formules sacrificielles et le non-négociable » et « ajuster les relations de pouvoir pour rendre le dialogue possible ». C'est pourquoi, pour permettre une négociation coopérative, il faut garder à l'esprit que des éléments peuvent être non-négociables entre les parties et le maintien de cette coopération dépendra du respect des exigences de chacune concernant ces éléments.

154. *Les conséquences favorables d'une négociation coopérative ne sont pas nécessairement les plus équitables et les plus efficaces.* Si la coopération rend le processus de négociation plus acceptable, cela ne signifie pas pour autant qu'elle conduit à un résultat équitable et équilibré dans le partage, elle conduit finalement à un gain mutuel pour les parties⁸⁰². Par exemple, dans un jeu à deux joueurs (A, B) avec deux stratégies possibles pour chaque joueur (S1, S2), la combinaison de stratégies individuelles des deux joueurs est un équilibre de Nash si le joueur A, compte tenu du choix de stratégie « B » réalisé par B, n'a pas intérêt à modifier sa stratégie « A » et si le joueur B, compte tenu du choix par A de sa stratégie « A » n'a pas intérêt à modifier sa stratégie « B »⁸⁰³. Ainsi, un couple de stratégies des joueurs A et B constitue un équilibre de Nash lorsque aucun des deux joueurs n'a intérêt à s'écarter unilatéralement de la stratégie qui est la sienne dans ce couple de stratégies. En matière contractuelle, on parviendra alors à un compromis entre les parties. Bien que chaque partie voit sa réponse s'adapter à celle de son partenaire, avec le risque qu'elle soit moins profitable que si elle avait imposé sa stratégie initiale, on parvient tout de même à un équilibre entre les stratégies individuelles des parties, puisque en cas de modification unilatérale de l'offre, le joueur s'expose à un refus de signature du contrat, soit un gain nul. L'équilibre apparaît lorsque aucune partie n'a intérêt à modifier sa stratégie sauf à être perdante. On part alors du postulat que chaque partie a joué sa meilleure stratégie compte tenu de celle de l'autre. Toutefois, il peut exister plusieurs équilibres de Nash donc plusieurs équilibres de stratégies possibles, dès lors qu'il est déconseillé aux parties d'en modifier le contenu⁸⁰⁴. Une intervention extérieure, notamment étatique, ne saurait imposer un ensemble de stratégies, comme jugé équilibré, alors qu'il existe plusieurs équilibres. S'il existe un seul équilibre de Nash, l'analyse économique l'accepte car cela signifie qu'il existe un seul équilibre possible, un seul point d'arrivée. Ainsi, le contrat serait le résultat d'un compromis entre les parties car aucune n'a imposé sa volonté et a dû adapter sa stratégie à celle de l'autre. Ce compromis peut néanmoins conduire à un manque d'équité dans le partage contractuel mais traduit bien un équilibre au sens économique.

⁸⁰² J.E. BEURET, « De la négociation conflictuelle... », *ibid.*, p. 43-60.

⁸⁰³ G. REINESCH, « Chapitre 3 - Théorie des jeux et analyse économique de l'instrument juridique du contrat et de l'instrument juridique des responsabilités civiles contractuelle et extracontractuelle », *Initiation au raisonnement microéconomique et à l'analyse économique du droit*, Université du Luxembourg, janv. 2020, p. 30. A. GETHIN, « Apports et limites de la théorie des jeux », *Regards croisés sur l'économie*, vol. 22, n° 1, 2018, p. 68-71. M. YILDIZOGLU, « 3. Équilibre de Nash (1951) », *Introduction à la théorie des jeux. Manuel et exercices corrigés*, sous la direction de Yildizoglu Murat, Dunod, 2011, p. 33-59.

⁸⁰⁴ E. DAVID, « Pouvoir de marché, stratégies et régulation : Les contributions de Jean Tirole, prix Nobel d'économie 2014 », *Revue d'économie politique*, vol. 125, n° 1, 2015, p. 1-76.

Nous noterons, toutefois, qu'un équilibre de Nash n'implique pas nécessairement un résultat final efficient. En effet, la coopération entre les parties pourrait éventuellement nuire à l'efficacité du contrat conclu notamment lorsque la coopération a été forcée. Comme le retient le Professeur J. C. TISSERAND : « *D'une part, les joueurs contraints à négocier tendent à formuler des offres significativement moins généreuses que les joueurs qui négocient de leur plein gré. D'autre part, lorsque les négociations ont lieu sous la contrainte, la probabilité de trouver un accord est significativement plus faible. Les résultats mis en évidence dans le cadre de cette expérience suggèrent que le caractère obligatoire des négociations n'est pas nécessairement efficace. Si cette obligation permet la naissance de nouveaux accords qui n'auraient pas eu lieu en son absence, elle peut également présenter un effet pervers sur le comportement de l'ensemble des parties.* »⁸⁰⁵.

155. *Conclusion.* Si les économistes ont mis en évidence l'utilité, voire la nécessité, de plus de coopération entre acteurs économiques, lors des négociations contractuelles, ce constat conduit à en vérifier l'effectivité. Outre une acceptation forcée du contrat, les économistes ont retenu qu'une acceptation qui a été faussée empêchait également l'effectivité des négociations. Or, une asymétrie d'information entre les parties, conduisant à une acceptation faussée du contrat par l'une d'elles, peut nuire à l'effectivité des négociations. La signature du contrat, qui vaut – en principe – acceptation de sa part, a été faussée du fait de l'ignorance de cette information. Les effets produits par la négociation sur le contrat, supposés démontrer la volonté des parties, peuvent être contestés puisque la volonté de l'une d'elles a été trompée. Les économistes ont également mis en évidence certaines conditions pour rendre une coopération plus effective entre les parties. En effet, le seul fait de recommander la coopération ne saurait suffire, il appartient aux parties d'y contribuer de manière effective. Ainsi, pour permettre la coopération, il faut des concessions réciproques. Comme le retiennent les économistes, c'est grâce à des compromis mutuels, qu'un acteur s'engage et accepte de formuler une concession en échange d'un engagement de l'autre partie qui lui apparaît plus profitable que sa propre concession. Notons, toutefois, que pour maintenir une négociation coopérative, certains éléments peuvent être non négociables entre les parties, la coopération dépendra du respect des exigences de chacune concernant ces éléments. Enfin, les économistes rappellent que si la négociation coopérative doit être favorisée car elle rend la négociation entre les parties plus effective, ses conséquences sur le partage contractuel ne conduisent pas nécessairement à un partage équitable entre les parties, voire même efficace dans certaines situations. Elle conduit finalement à un gain mutuel.

b) *L'analyse judiciaire de l'effectivité des négociations n'est pas régulière en pratique*

156. *Les juges ont apporté des indices pertinents sur l'effectivité d'une négociation mais de manière irrégulière.* Les juges ont vérifié que la négociation était bien possible sans que le rapport de force déséquilibré entre les parties empêche la partie faible de négocier. Or,

⁸⁰⁵ J. C. TISSERAND, *Essais sur l'analyse économique de la négociation*, Th. pour le doctorat en science économique, 24 novembre 2016, p. 207.

dans plusieurs affaires, ils ne se sont pas limités à ce constat, ils ont également vérifié l'effectivité des négociations à travers ses effets réels sur le contrat et à l'aide d'indices. Bien que ces indices soient disséminés dans plusieurs décisions, dont l'analyse n'apparaît pas toujours régulière, ils apportent des informations pertinentes pour analyser l'effectivité d'une négociation. Les juges ont tenu compte de l'intensité des négociations à travers un échange effectif entre les parties, ce qui exclut notamment les comportements violents visant à forcer l'acceptation (i). Ils ont également vérifié que la négociation avait bien conduit à des compromis entre les parties démontrant que chacune avait pu faire valoir sa volonté (ii).

i. Les juges vérifient plus ou moins efficacement l'intensité des négociations

157. *L'usage de la violence empêche l'effectivité des négociations.* Si les juges ont parfois pu se contenter de l'existence de négociations, ou du moins de leur possibilité, ils ont également exigé, dans plusieurs affaires, que la négociation de la clause litigieuse soit suffisamment effective. Par exemple, les juges ont pu retenir que si la négociation est parfois possible, elle n'est pas toujours effective créant alors de véritables contrats d'adhésion⁸⁰⁶. L'analyse de l'effectivité implique de regarder les effets produits par la négociation. Tout d'abord, ils ont vérifié que les négociations étaient bien « réelles » et « véritables ». Ainsi, il a pu être retenu que le fait d'obtenir une mesure après avoir forcé son acceptation, par une interdiction d'accès à des magasins et par des menaces de déréfèrement, caractérise l'absence de réelle négociation entre les parties sur ces points et établit, donc, la soumission⁸⁰⁷. L'exercice de la violence peut empêcher l'effectivité des négociations entre les parties. Ainsi, les juges ont retenu, à plusieurs reprises, que la preuve d'une soumission impliquait l'absence de négociation effective ou l'usage de menaces ou de mesures de rétorsion visant à forcer l'acceptation, impliquant cette absence de négociation effective⁸⁰⁸. Les juges ont estimé qu'il appartenait au demandeur de démontrer qu'il n'avait pas pu négocier effectivement, du fait de pression, contrainte, menace ou suggestion, sans prétendre uniquement ne pas avoir eu de réel pouvoir de négociation⁸⁰⁹. Les juges ont, notamment, vérifié que la négociation a bien été loyale entre les parties⁸¹⁰. Si la violence peut être d'une intensité plus ou moins forte, elle empêche de négocier de manière effective.

158. *L'effectivité de la négociation dépend également de la marge de discussion dont dispose chaque partie.* Les juges ont vérifié l'existence de « marge réelle de négociation » des parties⁸¹¹. Ils ont retenu que l'asymétrie d'information entre les parties, marquées par un rapport de force déséquilibré entre elles, pouvait empêcher la partie qui ne détenait pas l'information de disposer d'une « marge réelle de négociation »⁸¹². Une fois la négociation possible, ils ont

⁸⁰⁶ CA Paris, 20 novembre 2013, n°12/04791 et Cass. com., 3 mars 2015, n°14-10.907.

⁸⁰⁷ CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187.

⁸⁰⁸ CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187 ; CA Paris, 24 mai 2019, n°17/08357 ; CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323 ; CA Paris, 19 juin 2019, n°16/16831 ; CA Paris, 6 novembre 2019, n°18/03352 ; CA Paris, 27 février 2020, n°17/12775 ; CA Paris, 22 octobre 2020, n°18/02255 ; CA Paris, 7 janvier 2021, n°18/17376 ; CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/00737.

⁸⁰⁹ CA Paris, 6 juin 2018, n°16/08019.

⁸¹⁰ CA Paris, 5 juillet 2017, n°15/05450 ; CA Paris, 27 février 2020, n°17/12775.

⁸¹¹ Cass. com., 26 avril 2017, n°15-27.865 ; TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625.

⁸¹² CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/00737.

posé le principe suivant : « *La preuve de l'absence de négociation effective peut résulter de la circonstance que des [...] cocontractants ont tenté, mais ne sont pas parvenus, à obtenir la suppression des clauses litigieuses dans le cadre de négociations ou qu'aucune suite n'a été donnée aux réserves ou avenants proposés par les fournisseurs pour les modifier* »⁸¹³. Les juges se sont donc intéressés à la modification du contrat pour déterminer s'il y a bien eu négociation effective entre les parties. Ils ont retenu, par exemple, que « *Provera ne fait jamais connaître son accord ou son désaccord sur les réserves ou des avenants proposés par les fournisseurs (Mac Cain, Lactalis, Mars par exemple) de sorte que, le contrat étant néanmoins exécuté, les modifications n'interviennent jamais ; qu'il peut être ainsi constaté si la négociation est possible, elle n'est pas effective et que les contrats soumis aux fournisseurs sont de véritables contrats d'adhésion ; que la « soumission » est ainsi établie* »⁸¹⁴. C'est pourquoi, après avoir rappelé l'importance de préciser dans une convention écrite les obligations auxquelles les parties s'engagent à l'issue de la négociation, la Cour de cassation déclare que « *la formalisation des engagements des parties dans un document unique doit permettre à l'administration d'exercer un contrôle a posteriori sur la négociation commerciale et sur les engagements pris par les cocontractants* », « *le principe de la libre négociabilité n'est pas sans limite* » puisque « *la loi du 4 août 2008, en exigeant une convention écrite qui indique le barème de prix tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, a entendu permettre une comparaison entre le prix arrêté par les parties et le tarif initialement proposé par le fournisseur* »⁸¹⁵. Les juges ont pu retenir qu'une négociation n'avait pas abouti, établissant la soumission, en présence d'un refus du partenaire resté sans suite⁸¹⁶. Les juges ont pu constater que la négociation n'avait pas été effective lorsque la rédaction des clauses litigieuses était identique dans tous les contrats étudiés⁸¹⁷. L'existence d'amendements permet au contraire de démontrer que le contrat a bien été négocié⁸¹⁸. Ils se sont notamment intéressés à la durée des négociations pour apprécier leur effectivité. En effet, dans certaines affaires où la négociation a duré plusieurs mois, les juges ont pu exclure l'existence d'une soumission⁸¹⁹. De même, les juges ont tenu compte du fait que le contrat a été prorogé à plusieurs reprises pour parvenir à un accord sur un nouveau contrat⁸²⁰.

Se pose également la question de l'ampleur de la modification pour qu'elle soit qualifiée d'effective. Les juges ont, par exemple, étudié le détail des négociations⁸²¹. En effet, les juges ont retenu que les discussions étaient, en l'espèce, approfondies permettant d'écarter la soumission⁸²². Ils ont pu constater que les quelques modifications qui ont été portées à la main sur ces contrats ne sont pas d'une grande ampleur⁸²³. Dans une autre affaire, ils ont retenu que

⁸¹³ CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879.

⁸¹⁴ CA Paris, 20 novembre 2013, n°12/04791 et Cass. com., 3 mars 2015, n°14-10.907.

⁸¹⁵ Cass. com., 25 janvier 2017, n°15-23.547 ; CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323.

⁸¹⁶ CA Paris, 11 octobre 2017, n°15/03313.

⁸¹⁷ CA Paris, 22 octobre 2020, n°18/02255.

⁸¹⁸ CA Paris, 6 février 2019, n°18/21919.

⁸¹⁹ CA Paris, 6 février 2019, n°18/21919 et Cass. com., 31 mars 2021, n°19-16.214 ; CA Paris, 1^{er} juillet 2021, n°19/04035 ; CA Paris, 15 avril 2021, n°18/19313 ; CA Paris, 1^{er} septembre 2021, n°18/15431.

⁸²⁰ CA Paris, 23 janvier 2019, n°16/15888 ; CA Paris, 27 février 2020, n°17/12775.

⁸²¹ CA Paris, 15 avril 2021, n°18/19313.

⁸²² CA Paris, 28 mai 2020, n°17/14603.

⁸²³ CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221.

les limites spécifiques apportées à cette clause dans les documents contractuels des fournisseurs avaient toutes été supprimées au profit d'une clause générale et imprécise et que la clause avait été appliquée cependant qu'aucun échange entre les parties n'en avait défini les modalités d'application⁸²⁴.

Par ailleurs, les juges ont pu étudier si la négociation devait porter sur le contenu même de la clause⁸²⁵ ou bien sur son principe⁸²⁶ ou encore sur les deux⁸²⁷. Ils ont pu s'intéresser tout particulièrement à l'existence de véritables discussions entre les parties concernant l'insertion du principe même d'une clause et ont retenu le caractère intangible de ce mécanisme⁸²⁸. Ils ont également retenu que « *la négociation du taux appliqué au programme TPS ne peut à elle seule démontrer que ces dispositions sont négociables pour l'ensemble des cocontractants, ces baisses apparaissant marginales et le principe de la souscription à ces clauses apparaissant imposée à un nombre conséquent de cocontractants* »⁸²⁹. Les juges ont également retenu l'existence de « *véritables négociations* » dès lors qu'une partie avait réussi à obtenir la suppression d'une clause mais également « *une baisse significative du « total remises » qui est passé de 23% à 22,1%, et qu'une ristourne de 1% pour la mise en place d'une opération commerciale spécifique ne s'applique qu'au seul profit de l'enseigne Casino* ». Cette affaire a néanmoins été cassée car elle ne visait pas les clauses litigieuses⁸³⁰. Or, ils ont également jugé que la décomposition du prix exposée pour chaque pièce dans le contrat démontre que celui-ci a été étudié et résulte de calculs précis⁸³¹. Enfin, les juges ont admis, dans plusieurs affaires, que la négociation effective peut résulter d'une suppression mais également d'une modification des clauses litigieuses, ce qui peut donc concerner tant le principe même que son contenu⁸³².

ii. Les juges vérifient plus ou moins efficacement l'existence d'un compromis entre les parties

159. *La négociation est effective lorsqu'elle conduit à un compromis.* La négociation peut être qualifiée d'effective dès lors qu'elle consiste à prendre en compte l'intérêt de chaque partie dans la négociation. Chaque partie doit être en mesure d'exprimer son point de vue⁸³³. Le contrat devrait refléter la volonté des deux parties. En effet, l'effectivité des négociations serait établie en présence de contreparties réciproques⁸³⁴. Dans une affaire *Bricorama*, les juges

⁸²⁴ Cass. com., 26 avril 2017, n°15-27.865.

⁸²⁵ CA Paris, 26 octobre 2016, n°14/08041 ; CA Paris, 9 juillet 2020, n°17/18660.

⁸²⁶ CA Paris, 9 décembre 2020, n°18/19344.

⁸²⁷ Cass. com., 3 mars 2015, n°13-27.525 ; Cass. com., 25 janvier 2017, n°15-23.547 ; CA Paris, 4-5 juillet 2017, n°15/05450.

⁸²⁸ Cass. com., 26 avril 2017, n°15-27.865.

⁸²⁹ CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323, cet arrêt a néanmoins été cassé par Cass. com. 11 mai 2022, n°19-22.242 et v. en renvoi CA Paris, 7 juin 2023, n°22/19733.

⁸³⁰ Cass. com., 3 mars 2021, n°19-13.533 et arrêt de renvoi CA Paris, 23 février 2022, n°21/07731.

⁸³¹ CA Paris, 15 avril 2021, n°18/19313.

⁸³² CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 ; CA Paris, 28 février 2018, n°16/16802 ; CA Paris, 30 octobre 2019, n°17/10872 ; CA Paris, 1^{er} juillet 2020, n°18/1662 ; CA Paris, 1^{er} juillet 2020, n°18/16850 ; CA Paris, 24 juin 2020, n°18/03322.

⁸³³ CA Paris, 27 février 2020, n°17/12775 ; CA Paris, 17 février 2021, n°19/02634.

⁸³⁴ En ce sens, la loi n°2023-221 du 30 mars 2023 tendant à renforcer l'équilibre dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs a modifié le III de l'article L.441-4 du Code de com. en le complétant par les mots : « ainsi que chacune des obligations réciproques auxquelles se sont engagées les

ont retenu que « si la société Bricorama tente de déduire l'existence de véritables négociations avec la société Sofoc d'un message électronique daté du 28 janvier 2011, il ressort au contraire de ce message que sur quatre points discutés entre les parties, deux en faveur de la société Sofoc, deux en faveur de Bricorama, la société Bricorama a rejeté les deux propositions favorables à Sofoc » et « accepté celles lui octroyant des avantages supplémentaires »⁸³⁵. Par ailleurs, dans une affaire Subway, les juges ont retenu que la négociation ne consiste pas à permettre seulement à son co-contractant d'étudier des documents, consulter un conseil et poser des questions pertinentes. En effet, « négociateur [...] suppose des concessions réciproques ; seules des concessions véritablement réciproques entre les parties doivent être prises en considération, et non la seule apparence de négociation et d'accord des volontés »⁸³⁶. La cour d'appel de Paris a pu exclure la soumission en retenant que : « cet article 2 mentionnant expressément que la négociation a été basée sur les conditions générales de vente communiquées par le fournisseur, il y a lieu d'en déduire que les articles contestés par Davyco sont le résultat de discussions entre les cocontractants pour prendre en compte l'intérêt de chacune des parties lors de l'élaboration du contrat »⁸³⁷. Si les juges ont pu rechercher l'existence d'un compromis entre les parties, ils ont parfois admis que certains éléments ne soient pas négociables. Par exemple, ils ont pu retenir que « ce seul point était bien de nature à lui seul à faire échouer toute négociation, dès lors que jamais la société Métropole télévision n'avait accepté, ne serait-ce qu'à titre temporaire ou expérimental, le principe de gratuité prétendu tel que défendu par la société Molotov »⁸³⁸. Comme nous venons de le voir, les juges ont apporté des indices importants pour apprécier l'effectivité d'une négociation bien que l'analyse judiciaire ne puisse être qualifiée de régulière en la matière.

160. *Conclusion.* Si les juges ont, parfois, vérifié la seule possibilité de négociations, ils ont vérifié, dans d'autres affaires, si la volonté des parties a bien été prise en compte à travers l'effectivité des négociations. L'analyse de l'effectivité implique de regarder les effets réels produits par la négociation. Ils ont rappelé à plusieurs reprises que la soumission impliquait l'absence de négociation effective ou l'usage de menaces ou de mesures de rétorsion visant à forcer l'acceptation, impliquant cette absence de négociation effective. En effet, les juges ont pu vérifier que la négociation a bien été loyale entre les parties et dépourvue de toute forme de violence visant à forcer l'acceptation du partenaire. Les juges ont également étudié l'intensité des négociations, à travers l'existence d'une marge réelle de négociation, pour rechercher les effets qu'elle a produit sur le contrat. Ils ont notamment étudié la durée des négociations, l'existence d'une prorogation du contrat pour parvenir à un accord ou bien, l'existence d'amendements au contrat litigieux. Les juges ont notamment retenu que des discussions approfondies entre les parties permettaient d'écarter la soumission. Outre l'intensité des

parties à l'issue de la négociation commerciale et leur prix unitaire ». Or, le présent article est applicable à la convention mentionnée au I de l'article L. 441-3 lorsqu'elle est relative aux produits de grande consommation. L'article L.441-3, I dispose également que : « Une convention écrite conclue entre le fournisseur, à l'exception des fournisseurs de produits mentionnés à l'article L.443-2, et le distributeur ou le prestataire de services mentionne les obligations réciproques auxquelles se sont engagées les parties à l'issue de la négociation commerciale, dans le respect des articles L.442-1 à L.442-3. ».

⁸³⁵ CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221.

⁸³⁶ TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625 ; TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123.

⁸³⁷ CA Paris, 3 septembre 2020, n°17/18674.

⁸³⁸ CA Paris, 18 novembre 2020, n°19/04765.

négociations, ils se sont intéressés à la modification du contrat pour déterminer s'il y a bien eu négociation effective. Les juges ont retenu que la négociation n'était pas effective lorsque les cocontractants ont tenté, mais ne sont pas parvenus, à obtenir la suppression des clauses litigieuses dans le cadre de négociations ou qu'aucune suite n'a été donnée aux réserves ou avenants proposés pour les modifier. Les juges ont également étudié l'ampleur de la modification pour qu'elle soit qualifiée d'effective. Par exemple, ils ont contesté le fait que les limites spécifiques apportées à une clause avaient toutes été supprimées au profit d'une clause générale et imprécise et cette clause avait été appliquée cependant qu'aucun échange entre les parties n'en avait défini les modalités d'application. Ils ont parfois analysé l'effet des négociations sur le contenu de la clause, parfois sur son principe, ou bien sur les deux. Enfin, ils ont également vérifié l'effectivité des négociations à travers l'existence de contreparties réciproques. Ils ont, parfois, jugé insuffisant de se limiter à la seule apparence de négociation et d'accord des volontés. Or, ils ont également admis que certaines clauses pouvaient ne pas être négociables. Ainsi, les juges ont fourni des indices pertinents pour établir l'existence d'une soumission. Toutefois, ces indices sont disséminés dans de nombreuses affaires et on ne les retrouve pas de manière régulière dans l'ensemble de leurs décisions. Par ailleurs, les juges ont parfois retenu des analyses opposées, ce qui démontre également un manque de rigueur ne permettant pas une sécurité juridique suffisante en la matière.

c) L'effectivité de la négociation doit être appréciée de manière plus réaliste et régulière

161. *Les juges doivent vérifier de manière régulière et réaliste l'existence d'une négociation effective entre les parties pour exclure la soumission.* Nous avons vu que les économistes et les juges ont étudié l'effectivité des négociations à travers divers indices. Nous proposons d'intégrer et adapter ces indices pour établir la soumission. Ainsi, nous verrons que la négociation doit être effective, et non seulement *a priori* libre et/ou possible, entre les parties (i). L'effectivité de la négociation conduit à vérifier que l'acceptation d'une partie n'a pas été forcée, et non uniquement faussée (ii). Enfin, nous verrons que l'effectivité d'une négociation se traduit par des concessions réciproques (iii).

i. Les juges doivent vérifier que la négociation est bien effective entre les parties

162. *La négociation doit non seulement être possible mais également effective.* Nous avons mis en évidence l'importance de vérifier l'existence d'une négociation, à tout le moins possible entre les parties pour s'assurer que le contrat est bien la rencontre de deux volontés. Or, la partie bénéficiant d'un pouvoir de soumission ne saurait se limiter à un comportement opportuniste en ouvrant des négociations sans pour autant les rendre effectives. Il convient de rechercher les effets réels attendus d'une négociation pour exclure une soumission.

La négociation se définit comme le fait « *de discuter les affaires communes entre des parties en vue d'un accord* »⁸³⁹. Analysant le concept de négociation, le Professeur P. GOGUELIN déclare que la négociation est un moyen d'action politique, par opposition à la force⁸⁴⁰. Dès lors, il retient que négocier, c'est « *ignorer les solutions du type tout ou rien pour rechercher un compromis acceptable pour tous* » pour cela il faut qu'une interaction constante soit possible entre les deux camps. Enfin, il estime que les deux camps doivent être implicitement d'accord pour trouver une solution qui sera un compromis, qui entraînera un déplacement de l'équilibre antérieur, et qu'ils soient au moins implicitement d'accord pour mettre en acte la solution négociée. Dès lors, la négociation peut être qualifiée d'effective dès lors qu'elle consiste à prendre en compte l'intérêt de chaque partie dans la négociation. Le contrat devrait refléter la volonté des deux parties à travers un compromis. Nous avons vu qu'en présence d'un pouvoir de soumission entre les parties, il était nécessaire que la partie puissante favorise la négociation et permette à son partenaire de faire valoir sa volonté. Les négociations deviennent effectives car la partie puissante a pu faire valoir sa volonté tout comme la partie faible. Ainsi, l'intention de négociation des parties et la réalisation effective de cette intention, soit le fait de parvenir à un compromis, doivent être démontrés pour exclure la soumission. Comme le retient le Professeur L. MERMET, la négociation peut être une modalité c'est-à-dire que les protagonistes interagissent comme des négociateurs et échangent des vues et des propositions, ils affichent leur souhait de trouver une solution commune⁸⁴¹. La négociation peut également être un modèle où les actions des négociateurs sont guidées réellement par la recherche de l'accord, soit la recherche de solutions intégratives, par ce qu'il appelle une « *attention prudente aux enjeux distributifs* ». Il en déduit que « *si la négociation est à la fois modèle et modalité on peut parler de négociation effective* ». Néanmoins, si elle est uniquement une modalité, il s'agit de « *pseudo-négociations* » et si elle est uniquement modèle, il s'agit de « *tous les cas de négociations tacites et d'interactions intéressantes à analyser sous l'angle de la négociation, même quand elles ne sont pas affichées ou reconnues par leurs protagonistes comme étant des négociations* »⁸⁴².

Ainsi, la seule intention de coopération est insuffisante dès lors qu'elle ne se traduit pas par un résultat réellement coopératif. En ce sens, nous préconisons de vérifier que les parties au contrat peuvent négocier et cette négociation doit leur permettre de faire valoir leur point de vue de manière effective et non seulement en apparence.

ii. Les juges doivent vérifier que la négociation n'a pas été forcée par une partie

⁸³⁹ Dictionnaire en ligne Larousse, Négociation.

⁸⁴⁰ P. GOGUELIN, « Le concept de négociation », *Négociations*, vol. 3, n° 1, 2005, p. 149-170. Il estime que toute négociation implique qu'il existe au moins deux camps, que ces deux camps soient souverains et indépendants l'un de l'autre, et qu'il y ait un certain équilibre conflictuel, une certaine tension entre les deux camps, liée à des intérêts posés comme divergents, enfin que les deux camps préfèrent s'en remettre à la discussion plutôt qu'à la force pour trouver une solution.

⁸⁴¹ L. MERMET, « La négociation comme mode de composition dans les systèmes d'action complexes », *Négociations*, vol. 12, n° 2, 2009, p. 119-130.

⁸⁴² L. MERMET, « La négociation... », *ibid.*, p. 119-130.

163. *L'analyse d'une négociation effective, en matière de déséquilibre significatif, conduit à rechercher une négociation forcée et non uniquement faussée.* Les économistes tiennent compte des asymétries d'information pour retenir que la négociation entre les parties n'a pas été effective. En effet, la partie qui ne détenait pas l'information n'a pas pu négocier comme elle l'aurait souhaité si elle avait eu connaissance de cette information. Son acceptation du contrat est donc faussée, mais son consentement n'a pas été, nécessairement, forcé. Le Droit estime qu'un tel comportement s'applique, tout particulièrement, à une catégorie de pratiques : les vices du consentement. Or, le législateur, semble avoir clairement distingué les vices du consentement de la pratique de soumission à un déséquilibre significatif⁸⁴³. En pratique, les juges n'exigent pas l'existence d'une asymétrie d'information lorsqu'ils recherchent l'effectivité d'une négociation. Toutefois, ils ont pu tenir compte de son existence, comme indice, lorsqu'ils ont retenu la soumission d'une partie. Ils ont jugé que le fait qu'une partie au contrat, détenant une information importante pour les négociations de la partie adverse et qui a volontairement caché cette information, a empêché l'effectivité des négociations⁸⁴⁴.

Or, la soumission, assimilée à une contrainte en économie, renvoie généralement à une acceptation forcée de la partie faible et non nécessairement faussée⁸⁴⁵. Si l'on estime que la soumission renvoie à une acceptation forcée, alors l'asymétrie d'information ne permet pas à elle seule de l'établir car elle renvoie à une acceptation faussée. En effet, la soumission doit être distinguée des vices du consentement, le juge doit vérifier que le consentement du partenaire a bien été forcé, qu'il a été contraint d'accepter les clauses litigieuses. Ainsi, le fait de profiter d'une asymétrie d'information, à laquelle s'ajoute un comportement contraignant visant à forcer l'acceptation de l'autre partie, pourra conduire à une soumission, comme cela a pu être retenu par les juges⁸⁴⁶.

Toutefois, le fait pour une partie bénéficiant d'un pouvoir de soumission sur l'autre partie, qui prétend ouvrir les négociations tout en lui cachant une information majeure pour qu'il ne puisse pas négocier effectivement, agit de manière abusive car elle impose finalement sa volonté au détriment de la volonté réelle de son partenaire, induit en erreur. En présence d'un pouvoir de soumission entre les parties, il ne saurait être opposé utilement à la partie faible qu'elle n'avait qu'à investir dans l'information et ainsi, ne pas être soumise.

Enfin, l'asymétrie d'information ne peut suffire à elle seule à établir une soumission, car elle ne démontre pas automatiquement un consentement forcé, bien qu'elle puisse contribuer à l'absence d'effectivité d'une négociation. Il en va différemment lorsqu'il existe un pouvoir de soumission entre les parties où la partie forte profite de cette asymétrie pour abuser de son

⁸⁴³ Code civ., art. 1112-1 : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant », auquel s'appliquent les vices du consentement prévus à l'art. 1130 et s. du Code civ. V. not. art. 1137, al. 2, qui dispose not. que : « Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie. ».

⁸⁴⁴ CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/00737 ; Cass. com., 26 janvier 2022, n°20-10.897.

⁸⁴⁵ Ref. th. §130 et s.

⁸⁴⁶ CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/00737 ; Cass. com., 26 janvier 2022, n°20-10.897.

pouvoir et empêcher la partie faible de faire valoir sa volonté de manière effective. Dans ces circonstances, la non-diffusion de cette information par la partie forte (soit un comportement passif⁸⁴⁷), dès lors qu'elle est déterminante de la volonté de l'autre partie, devrait être sanctionnée.

iii. Les juges doivent vérifier que la négociation conduit bien à des concessions réciproques

164. *L'effectivité des négociations implique notamment de connaître la volonté des parties et de vérifier l'existence de concessions réciproques témoignant d'un compromis.* En Économie, l'acteur qui signe un contrat est, en principe, placé dans une meilleure situation que celle à laquelle il s'expose s'il ne concluait pas ce contrat. Dès lors que la partie forte offre une part du surplus contractuel (la valeur ajoutée du contrat⁸⁴⁸) à la partie faible, même si la part qu'elle s'octroie est plus avantageuse à son égard, elle a néanmoins formulé une concession. Plus la partie forte offrira une part conséquente du surplus contractuel à son partenaire, en position d'être soumis, plus elle fera preuve de loyauté à son égard et ainsi, démontrera l'absence d'abus de son pouvoir de soumission. Or, si elle offre une part du surplus contractuel à son partenaire, plus ou moins conséquente, permettant de démontrer qu'elle agit de manière loyale, cette répartition dépend, toutefois, de sa seule volonté dès lors qu'elle l'impose à son partenaire. En l'absence d'un droit de veto et dans l'incapacité d'exprimer sa volonté, son partenaire sera contraint d'accepter cette répartition, bien qu'elle soit plus avantageuse à son égard. La soumission est un comportement, où la partie forte impose sa volonté conduisant à l'acceptation forcée de son partenaire, c'est également un résultat, soit la répartition du contenu contractuel comme représentatif de la seule volonté d'une des parties. Ainsi, pour faire preuve de loyauté, la partie forte doit formuler des concessions au profit de son partenaire pour témoigner de leurs volontés respectives. Formuler des concessions au profit de la partie faible, sans avoir permis à cette dernière d'exprimer sa volonté, ne permettrait pas de vérifier que ces concessions étaient réellement souhaitées, en l'état, par cette dernière. Une action réellement loyale impliquerait de permettre d'une part, à son partenaire d'exprimer sa volonté et d'autre part, d'en tenir, suffisamment, compte dans la répartition des droits et obligations du contrat. Outre cette exigence, plus l'intensité des concessions sera élevée et plus la soumission pourra être écartée. En effet, plus la concession apparaît superficielle car n'ayant pas de valeur réelle pour la partie en position de faiblesse, plus la partie forte aura abusé de son pouvoir de soumission pour imposer sa seule volonté. La partie forte doit permettre effectivement à son partenaire de faire valoir sa volonté dans le contrat, sans violence⁸⁴⁹, y compris lorsque cela conduit à un déséquilibre dans les droits et obligations des parties, dès lors que ce déséquilibre aura été accepté, sans être forcé. L'effectivité d'une négociation impliquerait non seulement de permettre la négociation mais également de vérifier qu'elle produit des effets réels sur le

⁸⁴⁷ Assimilable à une réticence dolosive, soit la dissimulation intentionnelle par un contractant d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie, qui relève des vices du consentement (Code civ., art. 1137, al. 2).

⁸⁴⁸ Aussi entendue comme le surplus contractuel, ref. th. §198 et s.

⁸⁴⁹ Tant les juges que les économistes démontrent que l'usage de la violence, quelle que soit son intensité, traduit un comportement déloyal dès lors qu'elle parvient à forcer l'acceptation d'une partie. La violence exclut l'effectivité des négociations.

contenu contractuel. Les juges ont pu mettre en évidence l'absence de négociation effective dès lors que la partie forte a refusé les demandes de modification ou suppression des clauses litigieuses de l'autre partie ou bien, lorsque les demandes étaient restées sans suite⁸⁵⁰.

Or, si l'existence d'une négociation effective ne conduit pas à satisfaire la seule volonté de la partie puissante, elle ne doit pas, non plus, conduire à satisfaire uniquement celle de la partie faible, le contrat doit être le résultat d'un compromis. Les économistes rappellent qu'un acteur économique formule une concession dès lors que l'avantage qu'il tire du contrat dépasse l'effort fourni en échange. En effet, l'ensemble des clauses n'a peut-être pas été souhaité en tant que tel par chaque partie mais chacune d'elles a finalement accepté de manière spontanée, et non forcée, au regard de l'avantage retiré par le contrat. Ainsi, la modification de certaines clauses litigieuses pourrait être légitimement refusée dès lors qu'il est démontré que la partie faible a, toutefois, pu faire valoir sa volonté et obtenir de réelles concessions de la partie forte lors des négociations. Comme le retiennent les économistes, la négociation ne saurait exclure tout rapport de force puisqu'elle traduit, par nature, un conflit d'intérêts⁸⁵¹. Ainsi, la partie forte peut faire valoir sa volonté sans pour autant abuser de son pouvoir. Les économistes ont également admis que des éléments du contrat ne soient pas négociables. Ils ont rappelé qu'il fallait respecter la non-négociabilité de ces éléments pour maintenir la coopération entre les parties⁸⁵². Si les juges ont pu admettre que certains éléments ne soient pas négociables, il ne s'agit pas d'un principe récurrent dans leurs décisions. En effet, les juges semblent plutôt recommander que les clauses litigieuses fassent l'objet d'une négociation effective pour écarter la soumission. Ils ont, parfois, retenu que l'existence d'une négociation effective concernant d'autres clauses n'était pas suffisante, il fallait étudier les négociations relatives aux clauses litigieuses⁸⁵³. Or, le texte du Code de commerce renvoie au fait de soumettre l'autre partie à « *des obligations créant un déséquilibre significatif* », ce qui fait bien référence aux clauses litigieuses. La question est donc de déterminer quelle est la marge de négociation tolérée pour être qualifiée d'effective et ainsi, ne pas conduire à une soumission.

En présence d'un pouvoir de soumission entre les parties, l'appréciation de l'effectivité des négociations se doit d'être plus stricte puisqu'il existe un risque réel de soumission par la partie puissante. En l'absence d'un tel pouvoir de soumission, soit *a priori* en présence d'un rapport de force faiblement déséquilibré ou équilibré, les critères retenus seraient différents. D'après les recommandations de l'analyse économique et de l'analyse judiciaire, nous proposons d'établir l'effectivité des négociations, au cas par cas, au regard des concessions obtenues réciproquement par les parties, lorsque la négociation a été favorisée par la partie forte et lorsque la partie faible a pu exprimer, librement, sa volonté. Si certaines clauses litigieuses pouvaient, légitimement, ne pas être négociables, il appartient à la partie forte qui en retire un avantage de démontrer que son partenaire a néanmoins bénéficié d'une compensation réelle, par exemple, à travers d'autres clauses du contrat. Ces concessions doivent s'apprécier globalement à travers l'ensemble contractuel ce qui permet de démontrer que le contrat est bien

⁸⁵⁰ Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823.

⁸⁵¹ Ref. th. §93 et s.

⁸⁵² Ref. th. §93 et s.

⁸⁵³ Ref. th. §144.

la rencontre de deux volontés. Ainsi, toutes les demandes de la partie faible ne sauraient être acceptées, la partie forte peut, de manière justifiée, s'opposer à certaines demandes mais ce comportement ne doit pas être récurrent sinon il démontre l'existence d'une négociation non effective. Par ailleurs, les juges doivent vérifier que les négociations ne sont pas superficielles, ce qui implique de vérifier leur étendue dans les détails. Pour autant, ils ne sauraient exiger que seule la suppression de certaines clauses, à la demande de la partie faible, garantit l'effectivité d'une négociation. En effet, la modification de ces clauses est tout aussi pertinente car le contenu des clauses peut avoir une valeur économique importante. Il appartient au juge de déterminer, au cas par cas, si la modification du contrat, au profit de la partie faible, apparaît suffisante pour démontrer la prise en compte de sa volonté.

In fine, cette appréciation de la négociation effective nous apparaît plus réaliste car elle intègre l'exigence de loyauté de la partie puissante envers la partie faible, sans pour autant la contraindre de manière trop stricte, ce qui serait inefficace pour l'économie.

165. *Conclusion.* Nous préconisons de ne pas se limiter à l'existence d'une négociation, y compris possible, pour exclure la soumission, il faut démontrer qu'elle a été effective. La négociation peut être qualifiée d'effective dès lors qu'elle consiste à prendre en compte la volonté de chaque partie au contrat. Ainsi, l'intention de négociation des parties, en rendant possible la négociation, et le résultat de cette intention, le fait de parvenir à un compromis entre leurs volontés, doivent être démontrés pour exclure la soumission. Or, une asymétrie d'information entre les parties ne permet pas à la partie qui ne possède pas l'information de négocier effectivement, son acceptation est faussée. Toutefois, la soumission doit être distinguée des vices du consentement, le juge doit vérifier que le consentement du partenaire a bien été forcé car il a été contraint d'accepter les clauses litigieuses. Néanmoins, lorsqu'il existe un pouvoir de soumission entre les parties, la partie forte a profité de l'asymétrie d'information pour abuser de son pouvoir, en empêchant la partie faible de faire valoir sa volonté de manière effective grâce à cette information. Dans ces circonstances, la non-diffusion de cette information, dès lors qu'elle est déterminante de la volonté de l'autre partie, devrait être sanctionnée. Nous avons vu également que l'effectivité des négociations conduisait à rechercher l'existence de concessions réciproques témoignant d'un compromis entre les parties. Pour exclure la soumission, il convient de vérifier que les concessions accordées par la partie forte sont bien conformes à la volonté de la partie faible et n'ont pas été imposées à cette dernière. Toutefois, si l'existence de négociations effectives ne conduit pas à satisfaire la seule volonté de la partie puissante, elle ne doit pas, non plus, conduire à satisfaire uniquement celle de la partie faible. Le contrat doit être le résultat d'un compromis entre les volontés de chaque partie. Ainsi, toutes les demandes de la partie faible ne sauraient être acceptées, la partie forte peut, de manière justifiée, s'opposer à certaines demandes mais ce comportement ne doit pas être récurrent sinon il démontre l'absence d'une négociation effective. La négociation effective devrait donc s'apprécier à travers l'ensemble du contrat sans se limiter aux seules clauses litigieuses, dénoncées *a posteriori* dans le cadre d'un litige. Or, si certaines clauses litigieuses peuvent, légitimement, ne pas être négociables, il appartient à la partie forte qui en retire un avantage de démontrer que son partenaire a néanmoins bénéficié d'une compensation, d'une valeur non marginale. En effet, la partie puissante ne doit pas, pour autant, formuler des

concessions mineures, sans effets réels pour la partie faible, pour justifier de l'effectivité d'une négociation. Les juges doivent déterminer, au cas par cas, si l'existence d'une compensation, qui peut être la création, la modification ou la suppression du contenu ou bien du principe même d'une clause, apparaît suffisante pour démontrer la prise en compte effective de la volonté de la partie faible. Ces concessions réciproques, appréciées à travers l'ensemble contractuel, permettent de démontrer que le contrat est bien la rencontre de deux volontés. Enfin, l'existence d'un déséquilibre dans les droits et obligations des parties ne saurait établir une soumission dès lors que les parties ont négocié et ont chacune pu faire valoir leur volonté.

II. LA VÉRIFICATION D'UNE SOUMISSION EFFECTIVE CONDUIT À UNE ANALYSE DU COMPORTEMENT DES PARTIES

166. *La soumission renvoie à des comportements : une partie cherche à soumettre l'autre partie et cette dernière finit par se soumettre.* Nous avons vu que la soumission consistait, pour une partie jugée puissante, d'imposer sa volonté au détriment de la volonté de l'autre partie jugée faible, cette dernière voit donc son acceptation forcée. Cette démonstration conduit à étudier les comportements des parties pour vérifier que l'une d'elles a bien cherché à soumettre et l'autre partie a bien été soumise (A). Nous verrons que cette analyse doit être effectuée dans le temps. En effet, l'étude de la volonté des parties doit être effectuée au cours de la relation et non seulement lors de la phase précontractuelle. C'est pourquoi, il importe d'analyser l'expression de la volonté des parties au cours de l'ensemble de la relation pour vérifier si leur volonté a changé et en tenir compte dans l'analyse de la soumission (B).

A. L'analyse du comportement des parties est nécessaire pour vérifier l'existence d'une soumission effective

167. *La nécessité d'analyser les comportements des deux parties pour vérifier l'existence d'une soumission.* En présence d'un pouvoir de soumission entre les parties, nous estimons qu'un devoir de loyauté repose sur la partie forte envers l'autre partie, ce qui conduit à exiger de sa part un comportement non abusif. Nous verrons, néanmoins, que ces exigences comportementales dépendent également du comportement de la partie faible. En effet, établir qu'un comportement constitue un abus implique de tenir compte du contexte dans lequel ce comportement a eu lieu. Il convient de s'assurer d'une part, que la partie forte a bien forcé l'acceptation de la partie faible et d'autre part, que ce comportement a eu lieu au détriment de sa volonté réelle. Nous verrons que la partie faible peut agir de manière opportuniste à l'encontre de la partie forte et prétendre à l'existence d'une soumission effective malgré les comportements loyaux de cette dernière à son égard. C'est donc en fonction des comportements des deux parties que nous pourrions apprécier, le plus justement possible, la soumission. Nous verrons que les économistes ont une approche moins stricte quant aux comportements exigés de la part d'une partie forte. S'ils admettent la condamnation des comportements déloyaux, ils fixent également certaines limites (a). Les juges ont, quant à eux, également exprimé une approche utile mais irrégulière en la matière (b). Nous proposons donc de modifier l'analyse juridique pour fournir une analyse plus réaliste et régulière de la soumission effective, ce qui

nous conduit à retenir une analyse du comportement des deux parties pour établir une soumission (c).

a) *L'analyse économique recherche la loyauté dans les relations commerciales*

168. *L'analyse économique favorise la confiance dans les relations commerciales, ce qui implique de lutter contre les comportements opportunistes des acteurs.* La confiance dans les relations commerciales est efficace économiquement, tant pour les parties à l'échange que pour la société. Or, garantir la loyauté entre les parties conduit à favoriser la confiance entre elles et ainsi éviter qu'une partie profite de la faiblesse de son partenaire pour s'avantager contractuellement (i). Les économistes entendent notamment lutter contre les comportements opportunistes où les acteurs économiques agissent de manière égoïste et déloyale envers leur partenaire, ce qui nuit à la confiance. Nous verrons que les économistes proposent de lutter contre ces pratiques, notamment *via* une intervention étatique, mais prévoient certaines limitations (ii).

i. *La loyauté permet la confiance entre les acteurs économiques*

169. *La confiance entre les parties à l'échange, notamment due à la loyauté, est efficace économiquement.* Le sociologue C. THUDEROZ s'appuie sur la théorie des jeux et plus précisément sur le dilemme du prisonnier pour retenir qu'individuellement, chaque présumé coupable est tenté par l'opportunisme (dénoncer le crime de son complice et se disculper, pour être libéré) mais collectivement, ils ont néanmoins plutôt intérêt à la coopération (avouer ensemble leur crime, pour bénéficier d'une peine légère ; ou se taire tous deux, avec un acquittement possible pour défaut de preuves)⁸⁵⁴. Or, la coopération est favorisée lorsqu'il existe une confiance entre les parties comme le retient l'analyse économique. En effet, si les économistes retiennent que les acteurs économiques sont réputés agir de manière rationnelle et égoïste pour poursuivre leur intérêt, ils admettent également que la confiance entre des partenaires, qui est étroitement liée à la loyauté puisqu'elle en découle⁸⁵⁵, est nécessaire pour garantir le bon fonctionnement du marché. Les acteurs devraient donc agir de manière coopérative⁸⁵⁶. L'économiste K. ARROW (1974) a démontré que sans confiance, aucun marché ne pouvait fonctionner et que, de ce fait, la confiance était à l'origine même des marchés⁸⁵⁷. La

⁸⁵⁴ C. THUDEROZ, « Chapitre 5. Concessions, décision collective et régulation conjointe », *L'âge de la négociation collective*, sous la direction de Thuderoz Christian, Presses Universitaires de France, 2019, p. 179-223, §68.

⁸⁵⁵ M. NUSSENBAUM, « L'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté, colloque loyauté et impartialité en droit des affaires », *Gaz. Pal.*, 24 mai 2012, n°145, p. 34.

⁸⁵⁶ E. PETIT, S. ROUILLON, « La négociation : les enseignements du jeu du dictateur », *Négociations*, vol. 14, n° 2, 2010, p. 71-95 : « Le jeu du dictateur présente un intérêt très particulier pour l'étude de la négociation si l'on se place du point de vue du receveur. L'absence d'un fort pouvoir de négociation ou même d'un droit de veto ne signifie pas, en effet, l'impossibilité pour le bénéficiaire d'adopter une stratégie efficace visant à maximiser ses intérêts. [...] la "générosité" des dictateurs peut ainsi dépendre du niveau, du contexte et de la forme de la tractation, dans lesquels les anticipations, le comportement, le statut social ou économique ou même la personnalité du receveur joueront un rôle prépondérant sur l'issue de la négociation. ».

⁸⁵⁷ M. NUSSENBAUM, « L'analyse économique... », *ibid.*, §7.

confiance et la loyauté permettent d'accroître l'efficacité économique de la société. Par ailleurs, le Professeur M. NUSSENBAUM a retenu qu'en l'absence d'obligation de loyauté, il peut y avoir absence de confiance entre les parties. Or, la confiance permet de réduire les coûts de précaution à prendre lorsqu'on fait face à des inconnus dont la loyauté n'est pas garantie. Il retient alors que « *l'augmentation des précautions va entraîner l'augmentation des coûts de recherche et vraisemblablement une réduction du nombre de contrats et un abaissement des gains réciproques et du bien-être collectif* »⁸⁵⁸. En effet, si les parties décident, tout de même, de contracter ensemble, les coûts mis en œuvre pour se prémunir contre le risque de déloyauté de l'une d'elles viennent réduire la valeur ajoutée du contrat pour chacune, ce qui pénalise également l'économie. Par ailleurs, le degré de proximité des relations interpersonnelles influence la qualité et la quantité des informations échangées par les individus (North, 1990), cette confiance accroît également la création de valeur (Arino *et al.*, 2001; Zajac et Olsen, 1993). Un cercle vertueux se met en place dans lequel les partenaires sont incités à agir dans l'intérêt commun⁸⁵⁹. Ainsi, dans les sociétés où il existe un niveau de confiance élevé, les individus sont incités à moins dépenser pour se protéger contre des comportements opportunistes de la part de leurs cocontractants⁸⁶⁰.

170. *Permettre la confiance entre les parties conduit à ne pas profiter de la faiblesse de l'une d'elles et à agir de manière loyale.* Les économistes insistent sur le rôle de la confiance comme ciment dans les relations d'échange (Morgan et Hunt, 1994), aussi appelée « confiance interpersonnelle » (Lewicki et Bunker, 1996; Williams, 2001)⁸⁶¹. Cette forme de confiance a été définie par N. LUHMANN (1979), A. GIDDENS (1990) ou encore A. ZAHEER *et al.* (1998) et renvoie à la confiance placée par des individus dans d'autres individus⁸⁶². Elle permet de faciliter la coopération et conduit à une meilleure coordination des interactions (Mayer *et al.*, 1995), elle est donc importante pour le bon déroulement des échanges (Arino *et al.*, 2001 ; Dyer, 1997; Ring et Van de Ven, 1994; Zajac et Olsen, 1993; Zucker, 1986)⁸⁶³. La confiance interpersonnelle renvoie à certaines caractéristiques attribuées au partenaire comme l'intégrité, l'honnêteté, la fiabilité, la compétence, la réputation, ce qui est d'autant plus déterminant lorsque les partenaires ne sont pas dans une relation de pouvoir équilibrée (Ring et Van de Ven, 1994) et que l'un d'entre eux est vulnérable et dépendant⁸⁶⁴. La confiance se définit comme une croyance mutuelle en ce qu'aucune partie dans l'échange ne profitera des faiblesses de l'autre (Barney et Hansen, 1994)⁸⁶⁵. On retrouve également la présence de la bonne foi dans l'analyse économique du droit, ainsi l'exécution de bonne foi conduirait à ne pas tirer avantage de la faiblesse de l'autre partie⁸⁶⁶. Ainsi, la confiance interpersonnelle se développe dans les relations d'affaires à travers l'expression de la bonne foi, la bienveillance, le respect des règles sans nécessité d'un contrôle formel et l'adoption d'un comportement coopératif plutôt

⁸⁵⁸ M. NUSSENBAUM, « L'analyse économique... », *ibid.*, §13.

⁸⁵⁹ E. SIMON, « La confiance dans tous ses états », *Revue française de gestion*, vol. 175, n° 6, 2007, p. 83-94.

⁸⁶⁰ M. NUSSENBAUM, « L'analyse économique... », *ibid.*, §9.

⁸⁶¹ E. SIMON, « La confiance dans tous ses états », *Revue française de gestion*, vol. 175, n° 6, 2007, p. 83-94.

⁸⁶² E. SIMON, « La confiance dans... », *ibid.*, p. 83-94.

⁸⁶³ E. SIMON, « La confiance dans... », *ibid.*, p. 83-94.

⁸⁶⁴ E. SIMON, « La confiance dans... », *ibid.*, p. 83-94.

⁸⁶⁵ E. SIMON, « La confiance dans... », *ibid.*, p. 83-94.

⁸⁶⁶ E. MACKAAY, V. LEBLANC, N. KOST DE SÈVRES, E. S. DARANKOUM, « L'économie de la bonne foi contractuelle », in *Mélanges Jean Pineau*, 2003, p. 421-459.

qu'opportuniste⁸⁶⁷. Il a pu être retenu que la confiance procède d'un calcul rationnel incitant les individus à ne pas tricher en raison des sanctions contractuelles prévues ou d'une réputation ternie (Kreps, Wilson 1982)⁸⁶⁸. En effet, le devoir de loyauté peut être considéré par l'entreprise uniquement sous l'angle d'une contrainte étatique ou bien comme une occasion profitable lui permettant d'atteindre ses objectifs. Les gains de long terme, liés au respect des engagements pourraient s'avérer plus payants que les gains de court terme liés à la triche⁸⁶⁹.

ii. Les économistes entendent lutter contre les comportements opportunistes des acteurs

171. *L'opportunisme des acteurs économiques s'oppose à la loyauté et empêche la confiance.* Rappelons que pour l'économiste J. LHOMME, le pouvoir se définit, au sens général, comme la conscience de détenir une force en puissance permettant d'exercer une influence nette, mais il s'agit uniquement « d'une capacité ou faculté »⁸⁷⁰. En effet, c'est en ce sens qu'il distingue « le pouvoir et la domination, au sens où l'entend F. Perroux » puisque dans la domination « cet effet s'exerce de A sur B, « abstraction faite de toute intention particulière de A » ainsi « l'effet de domination peut être aussi bien conscient qu'inconscient ; il fonctionne de façon en quelque sorte mécanique. ». Une partie peut dominer l'autre partie, c'est-à-dire exercer une influence nette sur cette dernière, sans en avoir l'intention, ni même la conscience. Il retient également que « la contrainte [...] suppose une résistance préalable, qu'il y a lieu de vaincre. En ce sens elle n'a rien de primaire, elle n'est qu'une réaction. »⁸⁷¹. Ainsi, la contrainte ou encore les comportements calculateurs ne sont pas l'expression d'une simple domination, ils témoignent de la volonté consciente d'utiliser la force pour la transformer en acte et vaincre la résistance du partenaire. De tels comportements ne devraient pas avoir lieu dès lors qu'il existe une confiance entre les parties. La confiance se caractériserait par la présomption que l'autre partie est dépourvue d'opportunisme (Bidault et Jarillo, 1995)⁸⁷². Ainsi, d'après le Professeur E. SIMON, faire confiance revient à poser l'hypothèse que l'autre partie aura une conduite non opportuniste lors des négociations puisque la confiance se traduit par une croyance dans le comportement de l'autre dont on suppose qu'il poursuit uniquement un intérêt commun à long terme, plutôt qu'un intérêt personnel à court terme⁸⁷³. D'après le Professeur M. NUSSEMBAUM, l'opportunisme consiste pour un des contractants à modifier par la ruse ou la force, à son avantage et au détriment de l'autre, la répartition des gains conjoints du contrat. Un comportement opportuniste se définit par la recherche de l'intérêt personnel avec un élément de tromperie (Williamson, 1975)⁸⁷⁴. C'est notamment le cas lorsqu'il existe une

⁸⁶⁷ E. SIMON, « La confiance dans... », *ibid.*, p. 83-94.

⁸⁶⁸ E. SIMON, « La confiance dans... », *ibid.*, p. 83-94.

⁸⁶⁹ M. NUSSEMBAUM, « L'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté, colloque loyauté et impartialité en droit des affaires », *Gaz. Pal.*, 24 mai 2012, n°145, p. 34, §8.
⁸⁷⁰ J. LHOMME, « Considérations sur le pouvoir économique et sa nature », *Revue économique*, vol. 9, n°6, 1958, p. 859-895.

⁸⁷¹ J. LHOMME, « Considérations... », *ibid.*, p. 862.

⁸⁷² E. SIMON, « La confiance dans tous ses états », *Revue française de gestion*, vol. 175, n° 6, 2007, p. 83-94.

⁸⁷³ E. SIMON, « La confiance... », *ibid.*, p.83-94.

⁸⁷⁴ C. DIDRY, C. VINCENSINI, « Au-delà de la dichotomie marché-institutions : l'institutionnalisme de Douglass North face au défi de Karl Polanyi », *Revue Française de Socio-Économie*, vol. 5, n° 1, 2010, p. 205-224.

situation d'asymétrie entre les parties où la partie forte en profite aux dépens de l'autre, de manière exagérée et au-delà d'un certain seuil de gravité⁸⁷⁵. Or, l'opportunisme peut se traduire par une divulgation sélective ou tronquée de l'information⁸⁷⁶.

172. *La sanction des comportements opportunistes par l'État peut être limitée.* Ainsi, il a pu être retenu que l'exploitation d'une asymétrie d'information entre les parties pouvait conduire à modifier l'équilibre contractuel notamment lorsque la victime n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions différentes. La gravité de cette pratique est établie lorsque l'asymétrie modifie la volonté de la victime de s'engager. On parle alors de dol déterminant car son consentement est affecté au point où cette dernière, si elle avait été correctement informée, ne voudrait plus du contrat dans sa forme originale⁸⁷⁷. Or, le Professeur A. T. KRONMAN tient compte du coût d'obtention de l'information, ainsi l'information acquise sans effort particulier devrait être normalement divulguée pour améliorer l'efficacité *ex-post* des échanges mais lorsque son obtention requiert des recherches coûteuses qui impliquent une rentabilisation des efforts mis en œuvre, elle est considérée comme appartenant à celui qui l'a obtenue⁸⁷⁸. En effet, obliger à divulguer des informations difficilement acquises peut dissuader de les rechercher. M. NUSSEMBAUM retient que l'approche de A.T. KRONMAN est insuffisante⁸⁷⁹. Il existe, selon lui, un point d'accord sur l'obligation de divulguer une information afin de corriger une conception erronée chez le cocontractant dès lors que l'information est disponible car les contrats passés sur la base d'une information complète sont généralement efficaces collectivement et permettent d'éviter des gaspillages de ressources. Il précise, néanmoins, que l'information coûteuse à obtenir devrait appartenir de manière privative à celui qui l'a recherchée. Par conséquent, il en déduit que l'obligation de divulguer est, tout de même, limitée : il faut une asymétrie d'information entre les parties, que la partie avantagée puisse tirer profit aux dépens de l'autre de manière significative, dépassant un certain seuil de gravité et il ne faut pas que la recherche d'informations engendre des coûts. Enfin, il préconise de procéder à une analyse coûts-avantages pour déterminer le niveau d'information à divulguer à la fois du point de vue individuel et collectif et, en fonction des effets qu'une règle de droit en la matière peut avoir sur le fonctionnement des marchés. Ainsi, si l'opportunisme peut donner lieu à des comportements multiples, tous ne sont pas d'une nocivité condamnable⁸⁸⁰.

Toutefois, les économistes ont tenu compte du fait que certains acteurs pouvaient être dans l'incapacité, notamment financière, de se prémunir contre l'opportunisme de leur partenaire. Ainsi, ce type de comportement opportuniste ne peut réussir qu'à l'égard des acteurs qui peuvent facilement changer de cocontractant. En effet, la confiance est une croyance complexe,

⁸⁷⁵ M. NUSSENBAUM, « L'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté, colloque loyauté et impartialité en droit des affaires », *Gaz. Pal.*, 24 mai 2012, n° 145, p. 34, § 13.

⁸⁷⁶ E. MACKAAY, V. LEBLANC, N. KOST DE SÈVRES, E. S. DARANKOUM, « L'économie de la bonne foi contractuelle », in *Mélanges Jean Pineau*, 2003, p. 436-437.

⁸⁷⁷ E. MACKAAY, V. LEBLANC, N. KOST DE SÈVRES, E. S. DARANKOUM, *ibid.*, p. 448.

⁸⁷⁸ A.T. KRONMAN, « Mistake disclosure, information and the law of contract », *Journal of legal studies*, 1978, p. 1-34.

⁸⁷⁹ M. NUSSENBAUM, « L'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté, colloque loyauté et impartialité en droit des affaires », *Gaz. Pal.*, 2012, n° 145, p. 34, § 16.

⁸⁸⁰ E. MACKAAY, V. LEBLANC, N. KOST DE SÈVRES, E.S. DARANKOUM, « L'économie de la bonne foi contractuelle », *op. cit.*, p. 436-437.

qui implique une analyse approfondie de ce qui s'est passé et une interprétation du comportement de l'autre, mais elle est également fragile car elle ne repose sur rien de tangible⁸⁸¹. Or, la confiance peut être bilatérale, mais pas nécessairement, et elle est évolutive par nature⁸⁸². Le Professeur M. NUSSEMBAUM constate qu'une limite à cette analyse existe, notamment en *Common law*, puisque les acteurs économiques sont réputés mieux informés que les juges pour interpréter leurs obligations⁸⁸³. Or, les économistes ne s'opposent pas à ce qu'il existe un système légal où les acteurs économiques ont suffisamment confiance dans le fait que les manquements aux engagements seront punis, ce qui renvoie à la confiance institutionnelle⁸⁸⁴. Puisqu'il est coûteux de se protéger contre des comportements opportunistes et que certains acteurs n'en ont pas la capacité, ils doivent être aidés par le Droit. Ainsi, la confiance institutionnelle renverrait à ce qui s'apparente à un contrat social où chacun accepte d'abandonner une partie de sa liberté pour fixer des règles de jeu et accepte de déléguer l'autorité et les moyens de coercition à une tierce partie comme l'État⁸⁸⁵. Il s'agit là non pas de surprotéger un acteur économique qui peut se protéger seul contre ce type de pratique, mais de garantir la protection de certains acteurs contre les comportements opportunistes impactant leur volonté et dans l'incapacité de les contrer. Il s'agit de s'assurer que le partenaire respectera certaines règles et normes sociales, ce qui favorise un sentiment de sécurité. En effet, c'est parce que les individus ne peuvent pas toujours se faire confiance (au sens d'une coopération) qu'ils créent des institutions auxquelles ils délèguent le pouvoir d'arbitrage et celui de contrôle du bon déroulement des échanges (Williamson, 1993)⁸⁸⁶.

173. *Conclusion.* L'analyse économique entend favoriser la confiance entre les acteurs car elle est efficace économiquement tant pour les parties à l'échange que pour l'économie. En effet, la coopération peut être recommandée mais elle implique que les parties se fassent confiance. La confiance permet de réduire les coûts de précaution à mettre en œuvre lorsqu'on fait face à des partenaires inconnus. Elle accroît la création de valeur pour les parties à l'échange. Lorsqu'on s'intéresse à la confiance entre individus, on parle de confiance interpersonnelle. En pratique, la confiance se traduit par la croyance mutuelle qu'une partie ne profitera pas des faiblesses de l'autre partie pour agir de manière déloyale. Ce devoir de loyauté entre les parties peut être considéré par l'acteur économique uniquement sous l'angle d'une contrainte étatique ou bien comme une occasion profitable lui permettant d'atteindre ses objectifs. La confiance reste, néanmoins, une croyance dans le comportement de l'autre dont on suppose qu'il va être dicté par la poursuite d'un intérêt commun à long terme plutôt que par la volonté de maximiser l'intérêt personnel à court terme. Parmi les comportements s'opposant à une confiance entre les parties, on trouve les comportements opportunistes. L'opportunisme

⁸⁸¹ E. SIMON, « La confiance dans tous ses états », *Revue française de gestion*, vol. 175, n° 6, 2007, p. 83-94, §12.

⁸⁸² E. SIMON, « La confiance... », *ibid.*, p. 83-94, §25.

⁸⁸³ M. NUSSEMBAUM, « L'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté, colloque loyauté et impartialité en droit des affaires », *Gaz. Pal.*, 2012, n° 145, p. 34, §16.

⁸⁸⁴ F. TIOTSOP, P. GUILLOTREAU, J. ROUCHIER, « Le rôle de la confiance dans les relations d'échange : le cas du marché de poisson de Kribi », *Revue Française de Socio-Économie*, vol. 14, n° 2, 2014, p. 189-220.

⁸⁸⁵ E. SIMON, « La confiance dans tous ses états », *Revue française de gestion*, vol. 175, n° 6, 2007, p. 83-94, §12.

⁸⁸⁶ F. TIOTSOP, P. GUILLOTREAU, J. ROUCHIER. « Le rôle de la confiance... », *ibid.*, p. 189-220.

se définit comme le fait pour un des contractants de modifier par la ruse ou la force, à son avantage et au détriment de l'autre, la répartition des gains conjoints du contrat. C'est un comportement qui inclut notamment un élément de tromperie. Les économistes prennent comme exemple une situation d'asymétrie d'information entre les parties où celle qui en bénéficie l'utilise à son profit et au détriment de l'autre. Toutefois, si l'opportunisme peut donner lieu à des comportements divers, il semblerait que ces comportements ne sont pas tous d'une nocivité condamnable. Par exemple, il a été retenu que lorsque l'information est coûteuse à obtenir, elle appartient de manière privative à celui qui l'a recherchée et ne devrait pas être diffusée à l'autre partie, il en va différemment si cette information n'est pas coûteuse à obtenir. Il faudrait également que la partie avantagée puisse tirer profit aux dépens de l'autre, de manière significative, en dépassant un certain seuil de gravité. Or, la gravité de cette pratique est établie lorsque l'asymétrie modifie la volonté de la victime de s'engager car son consentement est affecté au point où cette dernière, si elle avait été correctement informée ne voudrait plus du contrat dans sa forme originale. Les économistes proposent également de trancher en procédant à une analyse coûts-avantages du niveau d'information à divulguer. Enfin, ils ont également mis en évidence qu'un comportement opportuniste ne peut réussir à l'égard des personnes qui ont de nombreux cocontractants potentiels et qui peuvent facilement changer de cocontractant. Ils mettent alors en évidence l'utilité de protéger les acteurs qui en ont réellement besoin. Ces derniers peuvent être protégés par une tierce partie comme l'État. Bien que le juge ne soit pas le mieux placé pour connaître les intentions réelles des parties lors de l'échange, son intervention ne conduirait pas à surprotéger un acteur qui n'en a pas besoin, mais à garantir une protection contre les comportements opportunistes impactant la volonté de certains acteurs dans l'incapacité de les contrer. Les juges viendraient alors s'assurer du bon déroulement des échanges et l'efficacité économique qui devrait, en principe, en découler.

b) Les juges n'analysent pas les comportements des parties de manière suffisamment efficace pour établir la soumission

174. *Les juges fournissent une analyse intéressante mais irrégulière des comportements des parties pour vérifier l'existence d'une soumission.* La soumission peut être analysée comme un abus du pouvoir de négociation d'une partie, qui a imposé sa volonté au détriment de la volonté de l'autre partie. Comme le retiennent les économistes, c'est bien à travers l'analyse des comportements, qu'on peut tenter d'appréhender les intentions et la volonté des parties. Il convient donc de déterminer quels sont les comportements qui sortent d'un usage normal du pouvoir de négociation d'une partie en capacité de soumettre. Nous verrons que les juges ne fournissent pas, nécessairement, une analyse régulière en la matière ce qui ne permet pas de garantir la sécurité juridique des acteurs économiques. En effet, les indices développés ci-après ont été sélectionnés à travers plusieurs affaires, ce qui ne signifie pas que les juges les recherchent obligatoirement dans chaque affaire. Toutefois, ils apportent des indications intéressantes. Ils ont, notamment, pu s'intéresser aux comportements d'une partie pour vérifier si elle a agi de manière déloyale envers l'autre partie (i). Ils ont également étudié, dans plusieurs affaires, les comportements de l'autre partie, qui se prétend victime, pour vérifier

si elle a réellement été soumise, en ce sens qu'elle a bien été contrainte d'accepter les clauses litigieuses (ii).

i. Les juges vérifient que la partie forte a agi de manière déloyale envers l'autre partie

175. *La recherche d'un comportement contraignant de la partie forte à l'égard de la partie faible.* Les juges ont estimé que la notion de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations prévues à l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce caractérise l'élément moral du comportement sanctionné⁸⁸⁷. Ainsi, il appartient aux juges de définir ce qu'ils entendent par cet élément moral. Cette référence à connotation pénale, n'est pas inopportune. Elle implique d'analyser l'attitude psychologique de l'auteur présumé de la pratique. L'auteur peut avoir agi intentionnellement, par imprudence ou encore par négligence. Les juges ont donc mis en évidence, dans plusieurs affaires, la nécessité d'analyser le comportement des parties pour vérifier l'existence d'une soumission. Cette analyse les a conduits, dans plusieurs affaires, à rechercher l'existence d'un comportement qu'on peut qualifier de contraignant, car il vise à imposer sa volonté au détriment de la volonté de l'autre partie. Il s'agit de rechercher un comportement établissant l'intention d'une partie de forcer l'acceptation de son partenaire. Nous verrons qu'il existe une pluralité de comportements pouvant être concernés et d'une intensité variable. L'analyse de la jurisprudence démontre que ce comportement peut être actif (1) mais également passif (2).

1. La déloyauté d'une partie peut résulter d'un comportement actif

176. *La déloyauté se traduit par un comportement contraignant empêchant l'effectivité des négociations.* Les juges ont, dans plusieurs affaires, recherché un comportement qu'on peut qualifier de contraignant de la part d'une partie pour démontrer qu'elle a soumis son partenaire. En effet, ils ont estimé que le fait de fournir des trames types⁸⁸⁸ ou des contrats préredigés⁸⁸⁹ ne suffisait pas à établir la soumission car ils ne traduisent pas, à eux seuls, un comportement visant à forcer l'acceptation de son partenaire. Il s'agit, à ce stade uniquement, d'une proposition de contrat. Les juges ont pu retenir, dans certaines affaires, qu'il fallait plus précisément démontrer l'absence d'une négociation effective entre les parties⁸⁹⁰. En effet, les juges affirment régulièrement que l'insertion de clauses dans une convention type ou un contrat d'adhésion, qui ne donne lieu à aucune négociation effective des clauses litigieuses, peut constituer la soumission⁸⁹¹. Ce comportement contraignant – qui rappelons le, force l'acceptation de l'autre partie - peut s'exercer, suite à une demande du professionnel pour imposer sa volonté ou à l'égard d'une demande formulée par le partenaire pour qu'il y renonce. Notons que les juges ont pu retenir qu'il n'était pas nécessaire de démontrer une contrainte

⁸⁸⁷ CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336.

⁸⁸⁸ CA Paris, 20 novembre 2013, n°12/04791 ; CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 ; CA Paris, 13 juin 2018, n°15/14893.

⁸⁸⁹ Cass. com., 3 mars 2021, n°19-13.533 et CA Paris, 23 février 2022, n°21/07731.

⁸⁹⁰ Ex. : CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879.

⁸⁹¹ CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221 ; CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784 ; CA Paris, 6 février 2019, n°18/21919.

irrésistible⁸⁹² pour établir la soumission, un simple comportement contraignant d'un professionnel puissant peut suffire. *In fine*, la négociation, qui porte sur une demande du professionnel ou du partenaire, ne peut être qualifiée d'effective du fait de ce comportement contraignant. Se pose alors la question des comportements susceptibles d'empêcher l'effectivité d'une négociation.

177. *Une partie soumet l'autre partie lorsqu'elle empêche, de manière active, l'effectivité d'une négociation à travers un comportement contraignant.* Les juges ont pu retenir la soumission lorsque le comportement d'un professionnel vise manifestement, par divers moyens, à imposer sa seule volonté à son partenaire. Par exemple, il a été retenu que le fait d'inscrire une clause de primauté des conditions générales d'achat, par l'acheteur, traduit une absence manifeste d'ouverture à une possible négociation entre les parties. Cette rédaction ne permet pas au fournisseur de proposer facilement de contre-proposition pour négocier des clauses acceptables, puisque l'acceptation de la contre-proposition relevait de la seule volonté de l'acheteur. Cette clause étant également jugée, à cette époque, contraire au principe posé par la loi LME qui est de faire primer les conditions générales de vente comme base des négociations et non l'inverse⁸⁹³. *A contrario*, le fait pour l'acheteur de baser les négociations sur les conditions générales de vente du fournisseur permet de démontrer l'existence de discussions entre les parties pour prendre en compte l'intérêt de chacune⁸⁹⁴. De même, les juges ont écarté la soumission lorsque les parties ont prévu de faire prévaloir les conditions négociées sur les conditions fixées par l'une d'elles⁸⁹⁵. Il en va de même lorsque la partie forte invite son partenaire à lui fournir tout contrat type qu'il pourrait proposer⁸⁹⁶.

Les juges ont également retenu que l'absence de négociation effective des clauses incriminées, établissant la soumission, peut résulter de la circonstance que la prétendue victime a tenté, vainement, d'obtenir la suppression ou la modification des clauses litigieuses dans le cadre de négociations⁸⁹⁷. Lorsqu'une partie invite l'autre partie à négocier et accepte ses demandes, il n'y a pas soumission. Les juges ont également exigé d'une partie qu'elle démontre que son partenaire aurait subordonné la poursuite des relations à l'acceptation de la clause litigieuse ou ne lui aurait ménagé aucune possibilité de négociation⁸⁹⁸. Or, nous avons vu précédemment qu'une négociation pouvait être effective sans qu'une partie soit contrainte d'accepter l'ensemble des demandes de l'autre partie⁸⁹⁹. Le juge a pu admettre qu'un partenaire n'obtienne pas - automatiquement - satisfaction mais qu'il obtienne au moins une réponse à sa demande, la négociation pourra alors être qualifiée d'effective⁹⁰⁰. Ainsi, dans plusieurs affaires, la Cour d'appel a retenu que lorsqu'une société obtient partiellement gain de cause sur ses demandes,

⁸⁹² CA Paris, 29 octobre 2014, n°13/11059.

⁸⁹³ CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323.

⁸⁹⁴ CA Paris, 3 septembre 2020, n°17/18674.

⁸⁹⁵ CA Paris, 3 septembre 2020, n°17/18674.

⁸⁹⁶ CA Paris, 11 janvier 2019, n°17/00234, cassé en partie sur un motif de procédure, v. Cass. com., 10 février 2021, n°19-14.273 et arrêt de renvoi, CA Paris, 29 octobre 2021, n°21/08400.

⁸⁹⁷ CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 ; Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823 ; CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187.

⁸⁹⁸ CA Paris, 13 juin 2018, n°15/14893.

⁸⁹⁹ CA Paris, 28 février 2018, n°16/16802 ; CA Paris, 17 février 2021, n°19/02634.

⁹⁰⁰ CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879.

la soumission ne peut être constituée puisque le contrat a été le fruit d'un accord entre les parties⁹⁰¹. L'existence d'échanges démontrant le caractère parfois difficile des négociations ne permet pas d'établir la soumission, d'autant plus si les parties sont finalement parvenues à un accord⁹⁰². Ainsi, une négociation, même difficile, peut être effective. Il en va différemment lorsque le refus de la partie forte concernant la modification ou suppression d'une clause apparaît systématique⁹⁰³.

L'important étant de démontrer, qu'à travers son comportement, un professionnel a permis une négociation effective. Par exemple, la partie forte a proposé de proroger le contrat, à plusieurs reprises si nécessaire, pour parvenir à la version finale du nouveau contrat⁹⁰⁴. Or, dans l'affaire *Système U*, la Cour d'appel a également retenu que le fait d'introduire sans l'accord du partenaire, puisqu'il s'y était opposé, des codes promotionnels sur deux produits ainsi que des notes de débit caractérise une absence totale de négociation entre les parties sur ce point et donc une soumission⁹⁰⁵. Le fait d'appliquer directement une demande sans avoir obtenu le consentement de l'autre partie constitue une soumission y compris lorsqu'il s'agit d'une partie pouvant détenir une certaine *force*⁹⁰⁶.

Les juges ont également admis que l'absence de négociation ne conduit pas à une soumission dès lors que le défendeur démontre qu'elle était possible, y compris en s'appuyant sur des contrats avec d'autres partenaires ayant obtenu une modification⁹⁰⁷. Toutefois, les juges ont eu une position plus stricte dans une affaire récente où ils ont estimé que la négociation, même possible, devait porter sur les clauses litigieuses, le fait d'avoir obtenu la modification du contrat concernant d'autres clauses n'était pas déterminant, il fallait vérifier si ces clauses, en particulier, avaient bien été imposées⁹⁰⁸. Dans une autre affaire où la société partenaire était pourtant dans une situation de dépendance économique, et pour laquelle la négociation du contrat avait un enjeu particulièrement important, les juges ont retenu que le défendeur était libre de proposer la modification des conditions de distribution de ces produits et a manifesté à plusieurs reprises son ouverture à la discussion, notamment par ses différentes relances de la société sur les négociations de ce contrat⁹⁰⁹. *A contrario*, lorsqu'un acteur économique fournit une proposition « à prendre ou à laisser », qui dès lors ne laisse pas de place à une négociation possible, il peut conduire à la soumission de son partenaire⁹¹⁰.

Par ailleurs, les juges ont également retenu l'existence d'un comportement contraignant lorsque l'acteur économique fait usage de la violence et ce, quelle que soit son intensité. Ils ont rappelé à plusieurs reprises que l'usage de menaces ou de mesures de rétorsion, visant à forcer

⁹⁰¹ CA Paris, 13 septembre 2017, n°15/24117 ; CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187.

⁹⁰² CA Paris, 13 septembre 2017, n°15/24117.

⁹⁰³ Cass. com., 3 mars 2015, n°13-27.525.

⁹⁰⁴ CA Paris, 23 janvier 2019, n°16/15888.

⁹⁰⁵ CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187.

⁹⁰⁶ CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187.

⁹⁰⁷ CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 et Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823. V. par opp. : CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323 ; CA Paris, 7 avril 2021, n°19/13527.

⁹⁰⁸ Cass. com., 3 mars 2021, n° 19-13.533, arrêt de renvoi CA Paris, 23 février 2022, n°21/07731.

⁹⁰⁹ CA Paris, 26 janvier 2022, n°20/04761.

⁹¹⁰ Cass. com., 26 janvier 2022, n°20-10.897.

l'acceptation de l'autre partie, conduisait à l'absence de négociation effective⁹¹¹. Par exemple, les juges ont constaté une interdiction d'accéder à ses magasins, opposée par la société *Système U*, aux représentants commerciaux de la société *Ferrero* après le refus par celle-ci d'accéder à sa demande, ainsi que les menaces de déréférencement de la société *Système U* pour obtenir des remises supplémentaires de la part de son fournisseur, ce qui caractérise l'absence de réelles négociations entre les parties sur ces points et donc la soumission⁹¹². Par ces comportements contraignants, pouvant être qualifiés de violents, la société *Système U* entendait forcer l'acceptation de ses demandes par l'autre partie. Néanmoins, nous avons vu que la Cour apporte une précision majeure dans cette affaire car elle estime qu'un comportement contraignant peut être justifié et ainsi exclure la soumission ou sa tentative⁹¹³. De même, la soumission est exclue lorsqu'il n'existe aucun lien - démontré - entre le comportement contraignant et la demande du professionnel⁹¹⁴. Plus récemment, les juges ont retenu que le fait pour un franchiseur de procéder à divers rappels à l'ordre et pressions, visant à empêcher les franchisés de communiquer entre eux sur le fonctionnement du réseau ou de s'organiser au cours de l'exécution du contrat, lui permettait de se placer en position de force du fait de leur ignorance, démontrant ainsi l'existence d'une soumission⁹¹⁵. Le franchiseur, placé en position de force, a alors clairement entretenu et profité de la faiblesse de ses franchisés pour les forcer à se soumettre à sa volonté. Notons, toutefois, que les juges estiment que le « *seul fait de rappeler qu'à défaut d'accord, le contrat ne serait pas renouvelé, ne constituant nullement une menace mais le rappel d'un fait objectif (le terme contractuel du contrat) issu d'un accord de volontés des parties* »⁹¹⁶ et déduisent que « *faute de démontrer l'existence de manœuvres déloyales et illégales et la mauvaise foi de la société OIA dans les négociations, la société Plaisir sera déboutée* »⁹¹⁷. Enfin, il a été retenu qu'une technique de vente agressive à l'égard du partenaire ne suffit pas à établir la soumission ou sa tentative en l'absence d'un rapport de force suffisamment déséquilibré entre les parties⁹¹⁸.

2. La déloyauté d'une partie peut résulter d'un comportement passif

178. *L'inaction de la partie forte peut également conduire à une soumission.* Un acteur économique peut activement entraver l'effectivité des négociations mais il peut

⁹¹¹ CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187 ; CA Paris, 11 janvier 2019, n°17/00234, HP cassé en partie sur un motif de procédure, Cass. com., 10 février 2021, n°19-14.273, et arrêt de renvoi, CA Paris, 29 octobre 2021, n°21/08400 ; CA Paris, 12 juin 2019, n° 18/20323.441 ; CA Paris, 26 janvier 2022, n°20/04761.

⁹¹² CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187.

⁹¹³ CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187.

⁹¹⁴ En l'espèce, la Cour a pu retenir que « le déréférencement des 5 références n'est pas lié au refus opposé par la société Heineken à la demande de la société *Système U* d'investissements supplémentaires post contractuels mais à la redéfinition de la stratégie de l'enseigne sur le marché de la bière. Ainsi, sa demande d'investissement supplémentaires est licite, dans la mesure où pour obtenir l'acceptation de sa demande par son fournisseur, la société *Système U* n'a eu recours à aucun chantage ou à des repréailles [...] La société Heineken ne fait pas le lien entre la demande de la société *Système U* et les produits déréférencés » (CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187).

⁹¹⁵ CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/00737.

⁹¹⁶ CA Paris, 24 mai 2019, n°17/08357 ; CA Paris, 19 juin 2019, n°16/16831 ; CA Paris, 27 février 2020, n°17/12775.

⁹¹⁷ CA Paris, 23 janvier 2019, n°16/15888 et Cass. com., 11 mai 2022, n°19-16.749.

⁹¹⁸ CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/06627.

également, de manière plus passive, ne pas les favoriser. Les juges ont retenu qu'il incombe au défendeur de prouver l'absence d'abus en permettant aux cocontractants de négocier réellement les clauses litigieuses⁹¹⁹. En effet, il appartient à la partie puissante de permettre à ses partenaires de négocier, c'est-à-dire d'user d'un pouvoir de négociation effectif, et non seulement de ne pas se servir de sa force pour entraver la négociation. La seule démonstration de l'absence d'un comportement actif empêchant l'effectivité des négociations, comme un comportement violent pour forcer l'acceptation d'une demande ou encore, le refus systématique des demandes de son partenaire, apparaît insuffisante. En effet, la soumission a été établie lorsque le défendeur ne faisait jamais connaître son accord ou son désaccord sur les réserves ou avenants proposés par son partenaire⁹²⁰. Cette absence de réponse conduit à l'absence de discussions, effectives, entre les parties. Les juges ont retenu, à plusieurs reprises, que l'élément de soumission pouvait être établi en l'absence de négociations effectives, dès lors qu'aucune suite n'a été donnée aux réserves ou avenants proposés par la partie qui se prétend soumise⁹²¹. Il en va différemment dès lors qu'il a été donné suite aux réserves exposées par la partie adverse conduisant à établir l'existence de négociations⁹²². À l'instar des économistes, ils ont retenu qu'une partie qui ne fournit pas une information déterminante pour permettre à son partenaire de négocier de manière effective, participe à la soumission de ce dernier⁹²³.

ii. Les juges ont parfois vérifié que la partie adverse n'avait pas empêché l'effectivité des négociations de son plein gré

179. *La partie adverse doit être réellement soumise par l'autre partie au détriment de sa volonté.* Si les juges exigent en principe au demandeur de démontrer qu'il a été soumis par son partenaire, cette preuve porte bien souvent sur le comportement de ce dernier. Nous avons vu précédemment que les juges ont vérifié l'existence d'un comportement contraignant de la part d'une partie visant à empêcher son partenaire de négocier de manière effective. Toutefois, les juges se sont également intéressés, dans plusieurs affaires, au comportement de la partie adverse pour vérifier si elle a bien été soumise, en ce sens que son acceptation a réellement été forcée. Ils ont notamment vérifié que la conclusion du contrat s'est faite au détriment de la partie adverse puisqu'elle a effectivement manifesté sa volonté (1). Or, les juges admettent moins facilement l'absence d'opposition de la partie adverse, pour établir la soumission, quand bien même elle explique qu'elle était dans l'incapacité de s'opposer (2).

1. Les juges ont vérifié que la partie adverse avait bien manifesté son opposition

180. *Le fait d'exprimer sa volonté lors des négociations facilite la preuve d'une soumission.* Les juges ont tenu compte des demandes formulées par la partie faible, qui n'ont

⁹¹⁹ CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879.

⁹²⁰ CA Paris, 20 novembre 2013, n°12/04791 et Cass. com., 3 mars 2015, n°14-10.907 ; CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221.

⁹²¹ CA Paris, 20 novembre 2013, n°12/04791 et Cass. com., 3 mars 2015, n°14-10.907 ; CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 ; CA Paris, 28 février 2018, n°16/16802.

⁹²² CA Paris, 11 janvier 2019, n°17/00234, cassé en partie sur un motif de procédure, Cass. com., 10 février 2021, n°19-14.273, arrêt de renvoi, CA Paris, 29 octobre 2021, n°21/08400.

⁹²³ Cass. com., 26 janvier 2022, n°20-10.897.

pas été retenues par la partie forte, démontrant alors son incapacité à faire valoir sa volonté dans le contrat⁹²⁴. Ils ont également vérifié dans certaines affaires si la partie qui se prétend soumise s'est bien opposée aux clauses pour lesquelles son acceptation aurait été forcée. Tout d'abord, nous avons vu que lorsqu'une partie formule une demande de suppression, modification ou d'ajout d'une clause, qu'elle se voit opposer le refus de son partenaire, elle a témoigné de sa volonté, ce qui permet au juge de vérifier que cette volonté n'a pas intégré le contrat litigieux. Ainsi, il est plus facile de démontrer que son acceptation a bien été forcée. Les juges ont notamment retenu que la preuve de l'absence de négociation effective, établissant la soumission, peut résulter de la circonstance que des fournisseurs cocontractants ont tenté, mais ne sont pas parvenus, à obtenir la suppression des clauses litigieuses dans le cadre de négociations⁹²⁵. Il en est de même en l'absence de réponse aux réserves ou avenants qu'ils ont pu formuler⁹²⁶. Par exemple, il a été jugé que les concessionnaires ont fait connaître à leur cocontractant, dans le cadre des différents échanges entre eux, leur refus quant à la mise en œuvre de la clause litigieuse qui est resté sans suite⁹²⁷.

2. Les juges apprécient en général strictement l'absence d'opposition aux clauses litigieuses pour établir la soumission

181. *Les juges admettent difficilement la soumission lorsque la partie qui se prétend soumise déclare ne pas s'être opposée car elle n'en avait pas la capacité.* Nous avons vu que la démonstration de l'absence de négociation effective repose sur le demandeur. Lorsque la victime démontre qu'elle a exprimé sa volonté et que cette volonté n'a pas été retenue dans le contenu du contrat, la preuve de la soumission est plus facilement apportée. Ce constat est plus difficile lorsque cette société n'a pas exprimé sa volonté lors des négociations. En effet, il appartient aux juges de déterminer, avec les éléments dont ils disposent, quelle était la volonté réelle de la partie - qui se prétend aujourd'hui soumise - lors de la conclusion du contrat. Or, l'absence de manifestation de sa part concernant les clauses litigieuses peut démontrer une crainte de s'exprimer, comme son adhésion.

Au départ, il a pu être retenu que le rapport de force entre fournisseurs et distributeurs est si déséquilibré que certains fournisseurs n'osent pas résister aux conditions imposées par les distributeurs⁹²⁸. Les juges ont, ensuite, recherché l'existence d'une opposition de la part de la partie qui se prétend soumise afin de vérifier que la conclusion du contrat s'est bien faite au détriment de sa volonté. Ils ont, notamment, retenu qu'il appartient à une société de démontrer qu'elle aurait fait part de réserves, mais n'aurait pu refuser la clause de peur de remettre en cause la continuité de la relation exclusive⁹²⁹. Or, cette affirmation doit être vérifiée dans les faits notamment par l'analyse du rapport de force entre les parties au détriment de celle qui se prétend soumise⁹³⁰. En effet, certains acteurs peuvent ne pas oser agir et ainsi faire l'objet d'une

⁹²⁴ CA Paris, 19 avril 2017, n°15/2422.

⁹²⁵ CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879.

⁹²⁶ CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879.

⁹²⁷ CA Paris, 11 octobre 2017, n°15/03313 ; CA Paris, 7 avril 2021, n°19/13527.

⁹²⁸ CA Paris, 18 septembre 2013, n°12/03177.

⁹²⁹ CA Paris, 13 juin 2018, n°15/14893.

⁹³⁰ CA Paris, 1 octobre 2013 n°12/01301 ; CA Paris, 16 février 2018, n°16/05737.

soumission. Les juges se sont notamment référés à une pièce anonymisée dans laquelle un partenaire déclare que : « *Nous avons tenté à maintes reprises de refuser ce système. Nous avons essayé la dernière fois d'évoquer le sujet avec General Electric en 2010 et ce sans résultat. Nous n'avons pas souhaité refuser ce système par écrit par crainte d'un arrêt des relations commerciales* »⁹³¹. Or, dans une affaire *ITM Alimentaire* les juges ont estimé que le Ministre soutient en vain que la majorité des fournisseurs serait concernée par la clause, et serait dans l'incapacité de résister aux demandes du distributeur car il n'en rapporte pas la preuve, seules 5 conventions étant versées aux débats⁹³². En l'espèce, la société *ITM* verse aux débats une déclaration d'un directeur commercial dans laquelle il revient sur ses propos : « *Contrairement à ce que j'ai déclaré par procès verbal du 18 juin 2009, aucun courrier d'amendement n'est parti à l'adresse de la centrale Intermarché. [...] il ne nous a pas semblé utile de [...] dénoncer [le contrat] compte tenu du fait qu'Intermarché ne met pas à exécution en ce qui nous concerne les clauses que nous jugeons abusives (constat fait sur les dernières années). Aussi, pour éviter l'ouverture d'un nouveau champ de négociation, nous avons choisi le statu quo* »⁹³³. D'après les juges, ces propos démontrent que cette société, qui n'est pas une PME, n'a pas voulu réouvrir un espace de négociation et a choisi de ne pas dénoncer les clauses litigieuses, ce qui exclut l'absence de négociation effective. Lorsque la partie qui se prétend soumise démontre par son comportement qu'elle ne souhaite pas engager des discussions sur ce sujet, il n'y a pas soumission.

Dans une autre affaire, le demandeur indiquait que certains points lui posaient problème mais qu'il était d'accord sur la partie chiffrée des contrats, dès lors, il ne peut utilement soutenir qu'il n'avait d'autres choix que de faire part de son accord sur cette partie chiffrée alors qu'il émet des objections sur les autres dispositions contractuelles envisagées⁹³⁴. Il a été jugé que la partie qui se prétend soumise ne doit pas être allée au-delà de ce qui aurait pu être demandé par la partie forte⁹³⁵. Par ailleurs, les juges ont retenu dans une autre affaire que les négociations entre les sociétés avaient duré plus de trois mois au cours desquels le projet de contrat a été amendé à plusieurs reprises à la demande de chacune des parties et celle qui se prétend soumise a d'ailleurs reconnu « *être en phase* » avec le projet négocié⁹³⁶ ; de même, lorsque la partie qui se prétend soumise avait reconnu la « *coopération rapprochée et fructueuse* » avec son cocontractant⁹³⁷. La partie qui se prétend soumise peut également avoir admis, par courrier, des « *efforts tarifaires consentis* » ce qui établit qu'elle a librement soumis sa proposition tarifaire⁹³⁸. De même, dans une autre affaire, ils ont retenu que le demandeur a pu démontrer sa volonté de ne pas se laisser imposer de décision émanant de sa cocontractante relative à la fixation des prix de fabrication des pièces, domaine qu'il s'est réservé aux termes du contrat et

⁹³¹ CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323.

⁹³² CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879.

⁹³³ CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879.

⁹³⁴ CA Paris, 13 septembre 2017, n°15/24117.

⁹³⁵ CA Paris, 11 janvier 2019, n°17/00234, cassé en partie sur un motif de procédure, Cass. com., 10 février 2021, n°19-14.273, arrêt de renvoi, CA Paris, 29 octobre 2021, n°21/08400 qui retient : « il ne se déduit pas la preuve de la déloyauté de la société HP dans la négociation du contrat, ni celle d'un déséquilibre dans les droits et obligations réciproquement négociés entre les cocontractants. ».

⁹³⁶ Cass. com., 31 mars 2021, n°19-16.214.

⁹³⁷ CA Paris, 1 juillet 2021, n°19/04035.

⁹³⁸ CA Paris, 6 mai 2021, n°19/06400.

ne démontre pas qu'il a été contraint d'accepter cette clause⁹³⁹. Dans une autre affaire, le partenaire ne justifie pas avoir demandé à la société cocontractante la modification de certaines clauses des conventions les liant que cette dernière aurait refusé, alors qu'il ressort des éléments du dossier qu'elle a demandé et obtenu la modification de certaines clauses contractuelles⁹⁴⁰. Les juges ont retenu que l'échange révélait que des discussions existaient bien entre les parties sur les termes du contrat et le demandeur pouvait obtenir que des modifications y soient apportées⁹⁴¹. Dans une autre affaire, ils ont retenu que le demandeur doit démontrer avoir contesté ou tenté en vain de renégocier les dispositions qu'il dénonce désormais⁹⁴². Ainsi, les juges ont pu exiger que le demandeur démontre avoir formulé une opposition aux clauses litigieuses lors de la conclusion ou bien durant la relation commerciale pour démontrer une soumission⁹⁴³.

Les juges ont estimé qu'une partie ne saurait affirmer ne pas avoir eu de réel pouvoir de négociation, elle doit également démontrer une soumission par pression, contrainte, menace ou suggestion⁹⁴⁴. Ils ont, parfois, admis que l'absence d'opposition pouvait se justifier dès lors que la prétendue victime démontrait qu'il lui était réellement impossible de négocier, tel n'est pas le cas lorsqu'elle est parvenue à obtenir la modification d'autres clauses du contrat⁹⁴⁵ ou lorsqu'il existait des discussions entre les parties⁹⁴⁶. Ils ont notamment retenu qu'il appartient à la partie qui prétend être dans l'incapacité de s'opposer aux clauses litigieuses de justifier d'un risque en cas de refus, par exemple d'une rupture ou d'un déréférencement⁹⁴⁷. Par ailleurs, les juges ont exclu la soumission puisqu'ils exigent du demandeur qui soutient que le contrat litigieux constitue un contrat d'adhésion d'en rapporter la preuve, à savoir qu'aucune des clauses du contrat n'a été soumise à la négociation des parties, ce qui n'est pas le cas en l'espèce puisqu'il existe des négociations sur les modalités d'exécution du contrat⁹⁴⁸. Les juges ont retenu que lorsque le demandeur qualifie le contrat litigieux de contrat d'adhésion, il doit apporter un élément de contexte sur les conditions de sa négociation et justifier avoir tenté de faire supprimer les annexes critiquées⁹⁴⁹. La partie ne doit pas non plus se placer, délibérément, en dehors du cadre de la négociation ouvert par son cocontractant, en ne répondant pas dans le délai proposé à l'offre de contrat⁹⁵⁰. Les juges ont retenu que ce choix délibéré fait par le

⁹³⁹ CA Paris, 15 avril 2021, n°18/19313.

⁹⁴⁰ CA Paris, 31 juillet 2019, n°16/11545.

⁹⁴¹ CA Paris, 13 septembre 2017, n°15/24117.

⁹⁴² CA Paris, 24 mai 2019, n°17/08357 ; CA Paris, 26 janvier 2022, n°19/18769.

⁹⁴³ CA Paris, 24 avril 2019, n°16/22793 ; CA Paris, 24 mai 2019, n°17/08357.

⁹⁴⁴ CA Paris, 6 juin 2018, n°16/08019.

⁹⁴⁵ CA Paris, 17 novembre 2021, n°20/03458.

⁹⁴⁶ CA Paris, 14 janvier 2021, n°18/20126 ; CA Paris, 16 février 2021, n°19/22197.

⁹⁴⁷ CA Paris, 27 juin 2019, n°18/07576 et Cass. com., 7 juillet 2021, n°19-22.807.

⁹⁴⁸ CA Paris, 11 janvier 2019, n°17/00234.

⁹⁴⁹ CA Paris, 11 mars 2021, n°18/08014.

⁹⁵⁰ CA Paris, 6 novembre 2019, n°18/03352 ; v. M. BEHAR-TOUCHAIS, « Absence de soumission d'un distributeur agréé en position de force à l'égard de la tête de réseau », *LEDICO* septembre 2020 n°8, p.2 : « si la convention pour 2015 est rédigée en des termes tels qu'on peut les rencontrer en matière de contrat d'adhésion, [...] nul indice supplémentaire ne vient corroborer une soumission [...]. La manière dont la société Est Automobiles [...] s'est placée en dehors du cadre de négociation ouvert par le fournisseur, [...] témoigne d'une force d'opposition et donc de négociation de la part du concessionnaire appuyé par son groupe à l'égard du fournisseur ».

demandeur, lors des discussions, excluait toute soumission⁹⁵¹. Ils ont également retenu que lorsque les clauses contestées ont été reprises dans les contrats successifs, ce fait établit la volonté des parties de les maintenir et la contribution de ces dispositions à l'équilibre de la convention⁹⁵². Les juges ont recherché si le partenaire avait précédemment contesté les clauses litigieuses puisqu'il existait des contrats successifs qui ont pu être renouvelés à plusieurs reprises⁹⁵³. En effet, il appartient à celle qui se prétend victime de démontrer l'exclusion de toute possibilité de négociation, l'existence d'un contrat d'adhésion, sa faiblesse ou le contenu des clauses ne sauraient suffire à caractériser la preuve de l'absence de pouvoir réel de négociation⁹⁵⁴. Dans une autre affaire, ils ont estimé qu'il ne ressortait d'aucun élément du dossier qu'une partie a contesté les conditions commerciales insérées dans les bons de commande, de sorte qu'elle ne démontre pas avoir été soumise pendant les 16 mois de relations commerciales⁹⁵⁵. Lorsque le demandeur n'a pas manifesté sa volonté d'aménager certaines clauses du contrat avant de le signer et qu'il a bénéficié de plus de deux mois de réflexion avant de conclure ce contrat sans le critiquer, il n'y a pas soumission⁹⁵⁶. Par ailleurs, ils ont retenu qu'il appartenait au demandeur de démontrer qu'une pratique en particulier était déterminante de sa volonté à s'engager dans le contrat litigieux pour justifier qu'elle a bien été contrainte d'accepter son rejet par l'autre partie⁹⁵⁷. Les juges ont donc exigé que la partie qui se prétend soumise démontre en quoi elle a manqué des capacités de négocier les clauses litigieuses avec son cocontractant⁹⁵⁸.

Toutefois, la Cour de cassation a eu une position plus souple, au profit du demandeur, dans une affaire récente où elle a estimé que la négociation, même possible, devait porter sur les clauses litigieuses, le fait d'avoir obtenu la modification du contrat concernant d'autres clauses n'était pas déterminant, il fallait vérifier si ces clauses, en particulier, avaient bien été imposées⁹⁵⁹. Or, alors que les juges du fond ont retenu « *que les appelantes soutiennent que ces clauses sont non négociables comme intégrées à un contrat d'adhésion, sans justifier toutefois que la société [...] a vainement cherché à les négocier* »⁹⁶⁰, la Cour de cassation a cassé cet arrêt en retenant que cette analyse est insuffisante pour écarter la soumission, au regard des arguments invoqués tenant à l'impossibilité de les négocier, et devra donc être modifiée par les juges du fond⁹⁶¹. En l'espèce, la Cour de cassation laisse sous-entendre que le demandeur n'est pas contraint de démontrer qu'il a vainement tenté de négocier pour établir la soumission, ce qui allège la charge de la preuve qui lui est attribuée⁹⁶².

⁹⁵¹ CA Paris, 31 janvier 2020, n°18/01599.

⁹⁵² CA Paris, 1 juillet 2021, n°19/04035.

⁹⁵³ CA Paris, 24 juin 2016, n°13/20422 ; CA Paris, 13 septembre 2017, n°15/24117.

⁹⁵⁴ CA Paris, 6 janvier 2022, n°18/04210.

⁹⁵⁵ CA Paris, 19 juin 2019, n°16/16831.

⁹⁵⁶ CA Paris, 1 septembre 2021, n°18/15431.

⁹⁵⁷ CA Paris, 9 décembre 2020, n°18/19344.

⁹⁵⁸ CA Paris, 16 juin 2021, n°17/05010.

⁹⁵⁹ Cass. com., 3 mars 2021, n°19-13.533, arrêt de renvoi CA Paris, 23 février 2022, n°21/07731.

⁹⁶⁰ CA Paris, 17 juin 2020, n°18/23452.

⁹⁶¹ Cass. com., 6 avril 2022, n°20-20.887.

⁹⁶² N. MATHEY, « Preuve de la soumission et négociabilité des contrats conclus en ligne », *Contrats Concurrency Consommation* n° 6, Juin 2022, comm. 97 : « En formulant une telle exigence probatoire, la cour d'appel incitait indirectement les parties en situation de faiblesse dans les négociations à ne pas se résigner mais à assumer une part de la responsabilité de l'effectivité des négociations. Au contraire, la Cour

182. *Conclusion.* Les juges ont retenu que la notion de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial caractérise l'élément moral du comportement sanctionné⁹⁶³. Cette référence, à connotation pénale, implique d'analyser l'attitude psychologique de l'auteur présumé de l'infraction. Ainsi, les juges ont pu rechercher l'existence d'un comportement visant à soumettre l'autre partie que nous qualifions de contraignant. Cette contrainte se traduit, d'après les juges, par l'absence de négociation effective. La partie forte doit avoir agi de manière déloyale envers l'autre partie. Ainsi, les juges ont estimé que le fait de fournir des trames types ou des contrats pré-rédigés ne suffisait pas à établir la soumission car ils ne traduisent pas, à eux seuls, un comportement visant à forcer l'acceptation de son partenaire. Or, ils retiennent plusieurs niveaux d'intensité d'un comportement contraignant conduisant à une soumission. Ils ont pu retenir que le fait d'inscrire une clause de primauté des conditions générales d'achat, par l'acheteur, traduit une absence manifeste d'ouverture à la négociation. Il en va différemment lorsque l'acheteur base les négociations sur les conditions générales de vente du fournisseur. Par ailleurs, le juge n'exige pas que l'autre partie obtienne - automatiquement - satisfaction à ses demandes mais qu'elle obtienne au moins une réponse. Il en va différemment lorsque son refus apparaît systématique, ce qui démontre son intransigeance. Or, le fait d'appliquer directement une demande sans avoir obtenu le consentement de l'autre partie constitue également une soumission. Lorsqu'un professionnel fait usage de la violence quelle que soit son intensité, comme des menaces, des pressions ou des mesures de rétorsion visant à forcer l'acceptation de l'autre partie, il y a absence de négociation effective. Néanmoins, conformément à l'analyse judiciaire dans l'affaire *Système U*, un comportement contraignant, lié à une demande, peut être justifié et ainsi exclure la soumission. Par ailleurs, dès lors que la partie forte a manifesté son ouverture à la discussion, notamment par ses différentes relances, il n'y aurait pas de soumission. La déloyauté d'une partie peut également résulter d'un comportement passif. La soumission peut être établie lorsqu'une partie ne fait jamais connaître son accord ou son désaccord sur les réserves ou avenants proposés par son partenaire. De même, lorsqu'une partie ne fournit pas une information déterminante pour permettre à son partenaire de négocier de manière effective.

Les juges se sont également intéressés au comportement de la partie qui se prétend victime pour déterminer si elle a réellement été soumise. En effet, la partie adverse ne doit pas avoir empêché l'effectivité des négociations de son plein gré. Il convient de rechercher sa volonté pour déterminer si son acceptation des clauses litigieuses a bien été forcée. Les juges ont notamment tenu compte de l'existence d'un comportement actif de la partie adverse manifestant son opposition aux clauses litigieuses. Ils ont retenu que la preuve de l'absence de négociation effective, établissant la soumission, peut résulter de la circonstance que des parties ont tenté, mais ne sont pas parvenues, à obtenir la suppression ou la modification des clauses litigieuses

de cassation fait peser toute la responsabilité des négociations sur le fournisseur. [...] [Le demandeur] a avancé des faits qui rendaient vraisemblable la soumission mais ne la prouvait pas à strictement parler. Or, cela pourrait suffire à considérer qu'il a rempli sa part du travail probatoire de sorte qu'il appartiendrait alors au fournisseur de prouver qu'il y a eu effectivement négociation. [...] Les professionnels n'ont sans doute pas conscience qu'en offrant un contrat en ligne à l'adhésion de leur client, ils les soumettent au sens de l'article L. 442-6, I, 2°, devenu L. 442-1, I, du Code de commerce. ».

⁹⁶³ CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336.

dans le cadre des négociations. La partie faible peut également avoir indiqué que certaines demandes, non retenues, étaient déterminantes de sa volonté. *A contrario*, le fait de déclarer être en phase avec le projet négocié, ne lui permettrait pas de déclarer, par la suite, avoir été soumise. Lorsque cette société n'a pas exprimé sa volonté lors des négociations, il est plus difficile de déterminer si la conclusion du contrat s'est faite au détriment de sa volonté. En effet, les juges ont également analysé les affaires dans lesquelles une partie déclarait ne pas s'être opposée car elle n'en avait pas la capacité. Dans plusieurs affaires, ils ont estimé qu'il appartient à la société qui se prétend victime de démontrer qu'elle était réellement dans l'impossibilité de négocier. Il en va différemment lorsqu'elle décide volontairement de ne pas dénoncer les clauses litigieuses. Ainsi, les juges ont retenu qu'une partie ne pouvait utilement soutenir qu'elle n'avait d'autres choix que de faire part de son accord alors qu'elle a obtenu des modifications ou discuté des autres dispositions contractuelles. Toutefois, les juges ont, dans une affaire en particulier, eu une position plus souple pour le demandeur où ils ont estimé que la négociation, même possible, devait porter sur les clauses litigieuses, le fait d'avoir obtenu la modification du contrat concernant d'autres clauses n'était pas déterminant. Si, comme nous l'avons vu, l'analyse des juges peut apparaître changeante, il en ressort tout de même des indices importants pour établir l'existence d'une soumission de manière réaliste.

c) L'analyse juridique doit procéder à une étude approfondie et réaliste du comportement des parties pour vérifier l'effectivité d'une soumission

183. *La nécessité de rechercher des comportements établissant une soumission et la vérification de l'utilité de leur sanction.* L'analyse économique et l'analyse juridique étudient les comportements des parties au contrat, notamment sous l'angle de la confiance et de la loyauté, jugées nécessaires pour le bon fonctionnement du marché et de la relation, ce qui les a conduits à contester certains comportements. En effet, des comportements loyaux favorisent la confiance, qui favorise à son tour la coopération, mode de négociation également recommandé pour le bon fonctionnement de l'économie. Or, constitue un comportement déloyal, le fait, pour une partie puissante, de profiter de la faiblesse de son partenaire pour imposer sa volonté au détriment de la volonté de ce dernier. C'est bien ce qui caractérise la soumission car elle traduit un double comportement : une partie a cherché à soumettre l'autre partie et cette dernière a bien été soumise. Ainsi, l'effectivité d'une soumission implique d'étudier le comportement des deux parties (i). Néanmoins, tous les comportements ne sont pas condamnables. Il convient de rechercher des comportements traduisant un abus suffisamment nocif et injustifié entre les parties au contrat dont la sanction apparaît nécessaire (ii).

i. Les juges doivent analyser le comportement de l'ensemble des parties

184. *Une partie a cherché à soumettre et l'autre partie a bien été soumise.* La soumission implique qu'une partie impose sa volonté au détriment de la volonté de l'autre partie, cette dernière est alors forcée d'accepter. Il existe bien un double comportement puisqu'une partie a cherché à soumettre l'autre partie et cette dernière a bien été soumise. Or, une partie peut soumettre à condition d'en avoir la capacité à l'égard de l'autre partie, ce qui

conduit à rechercher un pouvoir de soumission entre elles. Néanmoins, nous avons vu qu'un tel pouvoir ne saurait établir la pratique. Comme le retiennent les économistes, la domination entre deux acteurs est un état de fait, sans que la partie puissante n'agisse réellement de manière contraignante envers la partie faible. Il convient de vérifier qu'elle a effectivement usé de sa puissance avec l'intention de soumettre son partenaire. Comme le reconnaissent les juges, il s'agit bien de l'élément moral de l'infraction⁹⁶⁴. En présence d'un pouvoir de soumission entre les parties, il convient, néanmoins, de garder à l'esprit que la partie soumise n'était pas simplement plus faible que l'autre partie mais bien en capacité d'être soumise. Elle ne dispose pas de la capacité à forcer son partenaire à entendre et respecter sa volonté. Ainsi, la partie forte doit agir de manière particulièrement loyale pour ne pas soumettre l'autre partie à sa seule volonté, dès lors que cette dernière risque de se soumettre automatiquement du fait de la domination naturelle entre elles.

Néanmoins, nous avons vu que la soumission conduisait à forcer une acceptation, au détriment de la volonté de la partie faible. Cette démonstration implique d'étudier non seulement le comportement de la partie forte mais également le comportement de la partie faible. Lorsque la partie forte a agi de manière déloyale envers son partenaire alors même que celui-ci a exprimé son opposition à des clauses litigieuses, elle a bien forcé son acceptation et a ainsi réussi à le soumettre au détriment de sa volonté. L'expression des volontés respectives des parties facilite le travail d'analyse du juge puisqu'il peut alors vérifier que l'une d'elles a imposé sa seule volonté au détriment de la volonté de l'autre. Toutefois, cette analyse est plus difficile lorsque la partie faible n'a pas exprimé sa volonté puisque, comme nous l'avons vu, elle pourrait avoir tendance à se soumettre automatiquement en présence d'un pouvoir de soumission. Dès lors, l'existence d'une opposition de la partie faible face au comportement contraignant de la partie forte, en capacité de la soumettre, ne saurait être exigée. Si la volonté réelle de la partie faible n'est pas connue, le simple fait que cette volonté ait été forcée par la partie forte devrait conduire à sa sanction car son acceptation a été obtenue au détriment de son expression, quelle qu'elle soit finalement⁹⁶⁵. Toutefois, si la partie forte a agi de manière loyale car elle a favorisé la négociation, la partie faible a bien été en mesure d'exprimer sa volonté à travers le contrat, mais elle a finalement refusé de s'opposer à certaines clauses, alors il n'y a pas de soumission car son acceptation n'a pas été forcée.

ii. Les juges doivent vérifier l'existence de comportements déloyaux non légitimes et devant être sanctionnés

185. *Plusieurs comportements sont susceptibles d'être qualifiés de déloyaux.* Nous avons vu que les économistes dénoncent les comportements opportunistes dès lors qu'ils visent à entraver la confiance entre les parties. Ces comportements sont qualifiés d'opportunistes notamment lorsqu'ils utilisent la ruse, la force ou encore la tromperie au profit d'une partie forte et au détriment d'une partie faible. Les juges admettent également l'existence de

⁹⁶⁴ CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336.

⁹⁶⁵ Or, lorsqu'une partie n'est pas en capacité d'être soumise puisqu'elle dispose d'un contre-pouvoir suffisant face à son partenaire, il lui appartenait, *a contrario*, de démontrer qu'elle a exprimé sa volonté et que cette volonté n'a pas été entendue et appliquée.

comportements visant à imposer sa volonté. Ces comportements sont réputés déloyaux et attentatoires à la bonne foi qui devrait présider entre des parties au contrat⁹⁶⁶. Si ces comportements doivent être sanctionnés car ils sont moralement et économiquement répréhensibles, encore faut-il en vérifier l'existence. Tant les économistes que les juges ont fourni des exemples pertinents. Ces comportements déloyaux des parties au contrat peuvent être tant actifs que passifs et d'une intensité différente.

Tout d'abord, le comportement qui conduit, *a priori*, à forcer l'acceptation d'un partenaire est un comportement qui inclut une forme de violence. Nous avons vu que les juges admettaient que le fait de faire usage de pression, menace, rupture des relations totale ou partielle *via* un déréférencement ou encore une interdiction d'entrée dans les locaux de l'entreprise démontrait l'intention d'une partie de forcer l'acceptation de l'autre partie⁹⁶⁷. Dès lors, l'exercice de la violence, quelle que soit son intensité, démontre qu'une partie a bien cherché à soumettre l'autre partie. Or, certains comportements peuvent empêcher l'effectivité des négociations au détriment de la partie faible sans pour autant faire usage de la violence. Lorsque l'acheteur fait clairement comprendre au vendeur qu'il devra se plier à sa volonté en faisant primer ses conditions générales d'achat, l'intention de soumettre est établie⁹⁶⁸.

Par ailleurs, le fait pour la partie forte de refuser toute modification ou suppression des clauses litigieuses démontrait qu'elle cherchait à imposer sa volonté au détriment de la volonté de l'autre partie. En effet, nous avons vu que le fait, pour une partie, d'ouvrir les négociations mais d'empêcher qu'elles produisent des effets réels conduit à un comportement déloyal, car si les négociations existent, elles ne sont pas effectives. Toutefois, le devoir de loyauté d'une partie, même forte, ne saurait la conduire à accepter toutes les demandes de son partenaire, plus faible. Le contrat doit être la rencontre entre deux volontés, il ne doit pas traduire le fait de faire primer une volonté au détriment d'une autre. Si la partie forte peut, légitimement, refuser certaines demandes, elle ne doit pas pour autant refuser systématiquement et ainsi faire part de son intransigeance. Elle peut accepter certaines demandes et ainsi témoigner d'un compromis entre les parties ou bien, proposer de réelles compensations en cas de refus à certaines demandes. En effet, nous avons vu que certaines clauses pouvaient, dans leur principe ou dans leur contenu, s'avérer incontournables pour les parties et leur modification ou suppression pourrait être déterminante de leur volonté à contracter. La dimension incontournable d'une clause doit être prise en compte et implique de faire preuve de souplesse dans le processus de négociation pour s'assurer qu'un contrat bénéfique pour les parties et l'économie soit maintenu. Or, si elle peut s'opposer, il lui appartient de répondre aux demandes formulées par la partie faible.

L'absence de réponse à des demandes de la partie adverse, si elle traduit un comportement passif de la part de la partie forte, démontre qu'elle ne favorise pas les négociations. Elle profite de la faiblesse de l'autre partie pour la forcer, passivement, à se plier à sa seule volonté. Or, nous avons vu que l'existence d'un pouvoir de soumission entre les parties renforçait le devoir

⁹⁶⁶ Code civ., art. 1104.

⁹⁶⁷ CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187.

⁹⁶⁸ CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323, cet arrêt a néanmoins été cassé par Cass. com. 11 mai 2022, n°19-22.242 et v. en renvoi CA Paris, 7 juin 2023, n°22/19733.

de loyauté de la partie forte à l'égard de son partenaire, en capacité d'être soumis. Elle doit donc favoriser les négociations et ainsi permettre à son partenaire de négocier effectivement, ce qui l'oblige à faciliter les discussions et les compromis entre les parties. En ce sens, les économistes ont mis en évidence l'opportunisme d'un acteur économique dès lors qu'il ne partage pas une information déterminante pour son partenaire lors des négociations contractuelles⁹⁶⁹. Les juges ont, de même, retenu que l'absence d'information au profit de la partie adverse pouvait empêcher l'effectivité des négociations de cette dernière⁹⁷⁰. Il s'agit là encore d'un comportement passif, fondé sur une omission, puisque la partie qui détient l'information se repose sur le fait que son partenaire l'ignore pour s'avantager contractuellement. Or, dans un contexte où il existe un pouvoir de soumission entre les parties, il appartient à la partie, en capacité de soumettre, de favoriser les négociations avec son partenaire ce qui implique de lui transmettre cette information. Nous verrons ultérieurement que des conditions pourraient être apportées pour ne pas exiger systématiquement que la partie qui détient l'information la transmette à celle qui l'ignore.

Par ailleurs, nous avons vu que la partie adverse, réputée en position de faiblesse, peut, de sa propre volonté, refuser de négocier ou bien empêcher l'effectivité des négociations ce qui ne saurait être reproché à la partie forte. En effet, si la partie forte favorise les négociations, en permettant effectivement à la partie faible d'exprimer sa volonté, mais cette dernière ne formule aucune demande concernant les clauses litigieuses, elle ne saurait, ensuite, déclarer avoir été soumise. Elle ne saurait donc, *a posteriori*, prétendre qu'elle n'était pas en capacité de s'opposer aux clauses litigieuses en l'absence d'un comportement de la partie forte démontrant qu'il était risqué pour elle de s'opposer. La partie forte qui a agi de manière loyale en favorisant la négociation avec son partenaire ne saurait être sanctionnée car ce dernier a refusé de s'opposer. Les juges ne sauraient avantager une partie dès lors qu'elle a agi de manière opportuniste en contestant, *a posteriori*, des clauses qu'elle n'avait initialement pas contestées. Une telle situation doit être prise en compte lorsque l'action est initiée par le ministre de l'Économie au nom de certains acteurs⁹⁷¹. Ce dernier ne saurait contester des clauses qui n'ont pas été contestées par des parties au contrat, au nom de la protection de l'ordre public économique, alors qu'elles en avaient la capacité.

C'est d'autant plus vrai lorsque la partie faible, qui prétend avoir été dans l'incapacité d'exprimer sa volonté lors de la conclusion et de l'exécution du contrat, avait pourtant émis des réserves sur d'autres clauses du contrat. Toutefois, lorsque la partie faible formule une opposition sur une ou des clauses, qui ne sont pas l'objet du litige, et ont été refusées par la partie forte, elle peut, *a posteriori*, prétendre que face à l'intransigeance de la partie forte elle n'a pas osé contester d'autres clauses, y compris celles devenues litigieuses. On peut s'interroger si l'expression de cette volonté est représentative de ses souhaits réels ou bien si l'expression de cette volonté a, effectivement, été biaisée par le comportement de l'autre partie.

⁹⁶⁹ Ref. th. §129 et §150.

⁹⁷⁰ Cass. com., 26 janvier 2022, n°20-10.897.

⁹⁷¹ En ce sens, nous pouvons nous référer aux différentes décisions qui ont conduit au rejet de la demande formulée par le ministre de l'Économie, en l'absence d'une soumission effective (v. not. CA Paris, 20 déc. 2017, n°13/04879 et Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823 ; CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187).

Là encore, nous estimons que le juge doit s'intéresser au comportement des deux parties pour tenter, autant que possible, de déterminer qu'elles étaient réellement leurs volontés. Si la partie forte a favorisé les négociations, elle a ouvert les discussions et permis à ces discussions de produire des effets réels sur le contrat, à travers des compromis ou des compensations, le fait de refuser de négocier certaines clauses ne saurait être sanctionné dès lors que les deux exigences précédentes sont remplies. Certes, une partie qui a pu négocier, peut ne pas avoir négocié autant qu'elle le souhaitait car elle était limitée par son pouvoir de négociation mais cette limitation ne saurait être reprochée à la partie forte dès lors que celle-ci lui a permis de négocier effectivement. Dans de telles circonstances, la partie faible ne saurait prétendre avoir été dans l'incapacité de s'opposer aux clauses litigieuses, dès lors qu'elle a formulé une opposition pour d'autres clauses, y compris si cette opposition a été refusée par la partie forte. Il en va différemment si cette opposition était bien systématique et sans compensation, démontrant le rejet par la partie forte d'une négociation effective. En effet, comme le retient le Professeur C. GRIMALDI : « celui qui pouvait négocier ne pourra, qu'il ait ou non utilisé cette possibilité, se plaindre d'avoir été soumis »⁹⁷².

In fine, la conclusion du contrat doit traduire le résultat de comportements loyaux entre les parties, où la coopération a primé au détriment de comportements opportunistes, de la partie forte comme de la partie faible.

186. *Les comportements déloyaux devant être sanctionnés.* D'après le Professeur M. NUSSEMBAUM, il existe une contradiction entre la situation d'opposition des intérêts des contractants, qui existe par nature selon les économistes, et l'obligation de loyauté, ce qui a, même fait dire au juge anglais D. ACKNER : « a duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of negotiating parties »⁹⁷³. Les relations commerciales sont donc empreintes par nature d'une opposition des intérêts des parties qui vont devoir coopérer pour le bien-être de leur relation et même celui du marché. Si les comportements déloyaux doivent être sanctionnés car ils entravent la confiance entre les parties et la coopération, certains comportements peuvent, toutefois, trouver une justification. Ainsi, l'obligation de loyauté peut trouver certaines limites c'est notamment le cas lorsqu'un comportement jugé déloyal s'avère légitime.

Par exemple, certaines pratiques commerciales peuvent être justifiées par des besoins économiques. Nous avons déjà abordé ces points dans la partie relative à la tentative de soumission, ces points sont d'autant plus importants concernant la soumission puisqu'il existe un risque important de contrainte effective entre les parties⁹⁷⁴. En effet, les juges ont admis que certaines pratiques, de nature contraignante, pouvaient être nécessaires pour forcer l'acceptation d'une demande, qui elle-même s'avère justifiée. Le comportement contraignant

⁹⁷² C. GRIMALDI, « Comment interpréter la condition de "soumission" posée par l'article L. 442-6, I, 2° (devenu L. 442-1, I, 2°), du Code de commerce ? », *RDC*, 2019, n°4, p. 56.

⁹⁷³ Pouvant être traduit comme suit : « Une obligation de négociation de bonne foi est aussi irréalisable dans la pratique qu'elle est intrinsèquement incompatible avec la position des parties à la négociation. » V. M. NUSSEMBAUM, « L'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté, colloque loyauté et impartialité en droit des affaires », *Gaz. Pal.*, 24 mai 2012, n°145, p. 34, §13.

⁹⁷⁴ Ref. th. §106 et s.

devant être lié à la demande initiale. Il a, par exemple, été jugé dans une affaire *Système U* que le fait de déréférencer des produits dont la rentabilité n'était plus assurée, après avoir vainement demandé une baisse de prix ou une remise, ne conduisait pas à une pratique condamnable⁹⁷⁵. Comme expliqué précédemment en matière de tentative de soumission, nous réitérons plusieurs exigences pour justifier une pratique contraignante de la part de la partie forte et ainsi, l'exempter d'une sanction. Il convient d'une part, de vérifier que la demande initiale est bien légitime, et ce de manière efficace et réaliste, c'est-à-dire en tenant compte des spécificités du secteur et de la relation⁹⁷⁶. Pour être légitime, la demande de la partie forte doit être justifiée, nécessaire et proportionnée⁹⁷⁷. Toutefois, une demande légitime, assortie d'un comportement contraignant, qui lui n'est pas légitime car injustifié, disproportionné ou non nécessaire, la pratique devrait néanmoins être sanctionnée. En effet, si nous admettons qu'un comportement contraignant puisse être mis en œuvre pour forcer l'acceptation d'une demande légitime, il convient néanmoins de s'assurer que l'auteur de ce comportement n'abuse pas de ce droit et procède à un comportement adapté. Il convient de vérifier l'adéquation des moyens au but recherché (principe de proportionnalité) et si aucune autre solution ne pouvait être trouvée pour parvenir à cet objectif (principe de nécessité). Il appartient au professionnel de privilégier le comportement le plus adapté à la situation, qui lui permet de faire appliquer sa demande, sans préjudicier outre mesure l'autre partie, déjà en position de faiblesse⁹⁷⁸. Ainsi, les juges pourraient contrôler la légitimité d'une demande et d'un comportement contraignant, pour exempter la partie qui a soumis l'autre partie d'une sanction, en vérifiant leur justification, proportionnalité et nécessité.

Par ailleurs, les économistes ont retenu qu'il existait un point d'accord sur l'obligation de divulguer une information pour corriger une conception erronée chez le cocontractant dès lors que l'information est disponible, les contrats sont alors plus efficaces collectivement et

⁹⁷⁵ CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187.

⁹⁷⁶ V. un ex. critique donné par S. LE GAC-PECH, « Que reste-t-il du principe de liberté contractuelle en droit de la distribution ? », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 4, 26 janvier 2017, p. 1053, concernant l'affaire Cass. com., 4 oct. 2016, n°14-28.013 : « L'argument essentiel du pourvoi tient à la possibilité que détient le distributeur de déterminer les caractéristiques des produits qu'il entend acheter. Or en jugeant que la clause lui permettant de refuser une marchandise en raison de sa date limite de consommation ou celle d'utilisation optimale est à l'origine d'un déséquilibre significatif, la cour d'appel prive le maître du réseau de sa libre détermination du contenu de l'accord de distribution. La Cour de cassation se contente de confirmer l'appréciation des premiers juges [...] Elle ne se livre pas davantage à un contrôle de proportionnalité qui aurait permis de décider si l'éradication de telles clauses ne porte pas une atteinte disproportionnée au principe de la liberté contractuelle. ».

⁹⁷⁷ Par exemple, dans l'affaire *Système U* précitée, on peut s'interroger sur la nécessité et la proportionnalité de la demande de réduction du prix de vente ou de remise, formulée par le professionnel à son fournisseur, du fait de l'absence de rentabilité des produits visés. En effet, on peut envisager que ce professionnel privilégie l'augmentation du prix d'achat de ces produits auprès des consommateurs, pour être plus rentable, plutôt que d'exiger du fournisseur, pouvant être également placé dans une situation économique peu avantageuse, qu'il baisse d'autant plus ses prix de vente ou lui consente une remise. Néanmoins, ce choix pourrait conduire à une réduction de la demande ne permettant pas de combler efficacement l'absence de rentabilité des produits (CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187).

⁹⁷⁸ Dans le cadre de l'affaire *Système U* précitée, le déréférencement des produits pouvait être, en pratique, le seul comportement contraignant susceptible de répondre à la situation, soit l'absence de rentabilité de ces produits et le refus du partenaire de baisser leur prix de vente ou de lui consentir une remise (CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187).

permettent d'éviter le gaspillage de ressources⁹⁷⁹. Néanmoins, lorsque l'information est coûteuse à obtenir, ils admettent qu'elle appartiendrait de manière privative à celui qui l'a recherchée. Il faudrait également que la partie avantagée puisse tirer profit aux dépens de l'autre, de manière significative, en dépassant un certain seuil de gravité. Or, la gravité est établie lorsque l'asymétrie d'information peut modifier la volonté de la victime de s'engager car son consentement est affecté. En effet, si elle avait été correctement informée, elle ne voudrait plus du contrat dans sa forme originale. Une telle exigence semble justifiée puisqu'on ne saurait sanctionner un acteur économique pour avoir omis une information qui n'était pas importante pour son cocontractant. Toutefois, nous estimons que cette information doit être transmise lorsqu'elle aurait permis à la partie faible de négocier de manière plus effective, dans son intérêt. Rappelons qu'en présence d'un pouvoir de soumission entre les parties, le fait que l'une d'elles soit dans une telle position face à son partenaire, facilite le risque qu'elle se soumette automatiquement, ainsi la gravité de ce comportement devrait être admise plus facilement qu'avec une partie disposant d'un contre-pouvoir. Dans ces circonstances, la non-diffusion de cette information, dès lors qu'elle est déterminante de la volonté de l'autre partie, devrait être sanctionnée.

Enfin, les économistes proposent de trancher en procédant à une analyse coûts-avantages. Cette méthode est intéressante lorsqu'il s'agit de déterminer l'utilité d'une sanction. Nous avons vu que le devoir de loyauté, résultant d'une obligation morale et à tout le moins légale, semblait comporter plus d'avantages que d'inconvénients, tant pour les parties que pour l'économie. Si cette exigence conduit à lutter contre des demandes et des comportements contraignants - seulement lorsqu'ils ne sont pas légitimes, car non nécessaires, ni justifiés, ni proportionnés, qu'ils nuisent à la coopération et à la confiance entre les parties, car ils portent atteinte à, une partie au contrat en position de faiblesse devant être protégée et au bon déroulement de la relation et du marché - leur sanction apparaît plus avantageuse que coûteuse⁹⁸⁰.

187. *Conclusion.* Si, le juge n'est pas le mieux placé pour connaître les intentions réelles des parties lors de l'échange, son intervention ne doit pas conduire à surprotéger un acteur qui n'en a pas besoin⁹⁸¹. Il doit lutter contre les comportements opportunistes impactant

⁹⁷⁹ Ref. th. §150 et s.

⁹⁸⁰ Cette analyse pourrait être utilement transposée, en dehors du déséquilibre significatif, à d'autres pratiques visées par la loi poursuivant un objectif de loyauté similaire. V. not. en ce s., la nouvelle exigence posée par la loi du 30 mars 2023 n°2023-221 à l'article L.441-4, applicable à la convention mentionnée au I de l'article L. 441-3 lorsqu'elle est relative aux produits de grande consommation, précisant que : « La négociation de la convention écrite est conduite de bonne foi, conformément à l'article 1104 du code civil » et introduisant une nouvelle pratique restrictive de concurrence visant à l'article L.442-1, 5° « de ne pas avoir mené de bonne foi les négociations commerciales conformément à l'article L. 441-4, ayant eu pour conséquence de ne pas aboutir à la conclusion d'un contrat dans le respect de la date butoir prévue à l'article L. 441-3 ».

⁹⁸¹ En ce s., M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le nouveau théorème d'Archimède : des partenaires qui sont réciproquement incontournables négocient librement, et échappent tous deux au déséquilibre significatif », *Revue des contrats*, 1^{er} mars 2017, p. 85 : « Nous écrivons depuis de longues années que si l'on peut admettre comme proportionnée l'atteinte à la liberté contractuelle issue de ce texte, s'il s'applique à des rapports entre une entreprise puissante et une petite PME, sans pouvoir de négociation, on ne peut permettre au ministre de refaire les grands contrats d'affaires, qui ont été librement négociés entre entreprises puissantes, qui avaient besoin l'une de l'autre. ».

la volonté des acteurs dans l'incapacité de les contrer. Or, en présence d'un pouvoir de soumission entre les parties, nous avons mis en évidence le devoir de loyauté de la partie forte devant d'une part, favoriser les discussions et d'autre part, permettre à la négociation de produire des effets réels sur le contrat⁹⁸². Un contrat qui n'a pas fait l'objet d'une soumission doit démontrer la volonté des deux parties puisque l'une d'elle n'a pas imposé sa volonté au détriment de l'autre. En principe, lorsqu'une partie ne formule pas de demande de modification du contrat, on peut présumer qu'elle est en accord avec les clauses. Pourtant, une partie placée dans un rapport de force fortement déséquilibré avec son partenaire, peut être contrainte d'accepter le contrat en l'état, sans oser négocier. Il peut donc y avoir une grande différence entre ce que le juge voit (absence de demande de modification, d'où présomption d'accord) et les raisons de ce comportement (absence de pouvoir de négociation suffisant du fait d'un pouvoir de soumission). Il incombe donc au juge d'analyser le comportement des deux parties pour déterminer si l'une d'elles a cherché à soumettre et si la seconde a bien été soumise. Sont donc qualifiés de déloyaux, les comportements qui empêchent les parties de négocier effectivement entre elles.

Dans un premier temps, il convient de vérifier si la partie forte a effectivement profité de sa puissance avec l'intention de soumettre son partenaire. La partie forte peut ouvrir des discussions sans pour autant rendre les négociations effectives notamment lorsqu'elle témoigne de son intransigeance vis-à-vis de l'expression de volonté de l'autre partie. Or, nous retenons que la partie forte peut légitimement s'opposer à certaines demandes de son partenaire, sans pour autant le soumettre, dès lors qu'elle accepte d'autres demandes ou formule des compensations. Par ailleurs, en présence d'un pouvoir de soumission, la partie faible pourrait avoir tendance à se soumettre automatiquement à la volonté de la partie forte. Si la volonté réelle de la partie faible n'est pas connue, le simple fait que cette volonté ait été forcée par la partie forte devrait conduire à sa sanction car son acceptation a été obtenue au détriment de l'expression de sa volonté. Un comportement déloyal de la partie forte peut être actif lorsqu'elle fait usage de sa puissance au détriment de la partie faible, notamment par l'exercice de la violence, ou encore par le refus systématique de toute modification ou suppression des clauses litigieuses ou bien, passif lorsqu'elle profite de la faiblesse de son partenaire, en ne répondant pas à ses demandes ou en omettant une information déterminante de sa volonté. Ainsi, une partie qui se sait en position de soumettre l'autre partie voit son devoir de loyauté renforcé. Dans un second temps, il convient d'analyser le comportement de la partie faible pour déterminer si elle a été, effectivement, contrainte de signer au détriment de sa volonté. Elle, peut de - sa propre volonté - refuser de négocier ou bien empêcher l'effectivité des négociations ce qui ne saurait être reproché à la partie forte qui a pourtant favorisé les discussions. Une partie qui a agi de manière opportuniste en contestant, *a posteriori*, des clauses qu'elle n'avait initialement pas contestées, alors qu'elle en avait la capacité, ne doit pas être protégée.

Enfin, l'obligation de loyauté de la partie forte peut trouver certaines limites, permettant de justifier un comportement contraignant et ainsi, l'exempter d'une sanction. Pour bénéficier de

⁹⁸² Si la soumission s'entend comme un comportement, où la partie forte impose sa volonté au détriment d'une autre, c'est également un résultat, l'acceptation forcée et non spontanée de la répartition du contenu contractuel.

l'exemption de sanction, la demande initiale et le comportement contraignant visant à imposer son respect, doivent être légitimes : soit justifiés, nécessaires et proportionnés. Par ailleurs, lorsqu'il s'agit de vérifier l'obligation d'information reposant sur la partie forte, l'information doit être transmise lorsqu'elle n'est pas trop coûteuse à obtenir et lorsqu'elle aurait permis à la partie faible de négocier de manière plus effective. Cet encadrement des cas de soumissions devant être sanctionnés s'avère plus avantageux que coûteux car il offre un équilibre entre l'exigence de loyauté et l'efficacité économique.

B. L'analyse juridique doit tenir compte de l'évolution des comportements des parties lors de la relation

188. *Les comportements des parties peuvent évoluer au cours de la relation démontrant un changement dans l'expression de leur volonté.* Nous avons mis en évidence l'importance, pour le juge, d'étudier les comportements des parties pour appréhender, autant que possible, l'expression de leur volonté. En effet, ces dernières sont les mieux placées pour connaître leur volonté. Cette analyse permet de vérifier qu'il n'y a pas eu soumission dès lors qu'une partie n'a pas imposé sa volonté au détriment de la volonté de l'autre partie. Or, la perception de la volonté des parties est susceptible d'évoluer dans le temps et ainsi, modifier l'analyse d'une soumission effective. Ainsi, les comportements des parties doivent être étudiés au cours de l'ensemble de la relation pour vérifier que la première souhaitait soumettre et que la seconde a bien été soumise. En effet, les pouvoirs de négociation des parties sont susceptibles de varier au cours de la relation et cette variation pourrait les amener à agir différemment dans le cadre de la relation. Les économistes rappellent, notamment, que le pouvoir de négociation d'une partie est bien une notion évolutive, ce qui peut conduire à un changement dans les comportements des parties témoignant ainsi d'une évolution dans l'expression de leur volonté (a). Nous verrons que les juges n'ont pas suffisamment développé l'évolution possible du pouvoir de négociation des parties dans leurs décisions et tenu compte du changement dans l'expression de leur volonté à travers leur comportement (b). Nous proposons alors de tenir compte de l'évolution du pouvoir de négociation des parties, tout au long de la relation, et de l'évolution de l'expression de la volonté des parties qui pourrait, notamment, en découler (c).

a) *L'analyse économique estime que le pouvoir de négociation est une notion évolutive susceptible de modifier les comportements des parties*

189. *Le pouvoir de négociation des parties est susceptible d'évoluer au cours de la relation commerciale.* Les économistes mettent en évidence l'évolution possible du pouvoir de négociation des parties, puisqu'il ne s'agit pas d'une donnée fixe (i). Nous avons étudié l'analyse du pouvoir de négociation des parties à travers différents facteurs, or, ces facteurs peuvent évoluer au cours de la relation commerciale permettant aux parties d'agir de manière différente pour faire valoir leur volonté (ii).

i. Les économistes admettent l'évolution du pouvoir de négociation des parties au cours de la relation

190. *Le pouvoir de négociation est une notion évolutive.* Dans une première section, nous avons mis en évidence l'importance d'étudier le pouvoir de négociation de chaque partie et de les confronter pour vérifier l'existence d'un pouvoir de soumission de l'une sur l'autre. Or, des économistes ont mis en évidence l'évolution possible du pouvoir de négociation des parties. En effet, plusieurs facteurs ont pu être retenus car ils permettent, directement ou indirectement, d'influer sur le pouvoir de négociation des parties, mais ces facteurs peuvent évoluer au cours de l'exécution du contrat. Ainsi, le rapport de force entre les parties est susceptible de varier au cours de la relation commerciale, en raison de diverses évolutions⁹⁸³. L'économiste J. LHOMME retient l'existence d'une relativité du pouvoir dans le temps et dans l'espace⁹⁸⁴. Par ailleurs, le Professeur A. PEKAR LEMPEREUR estime que le « *pouvoir [...] loin d'être statique entre les négociateurs, évolue dans le temps, au gré précisément de tournants plus ou moins délibérément créés ou subis* »⁹⁸⁵. Ainsi, ce qui était vrai à un instant T peut ne pas l'être à un instant ultérieur, ce qui peut être le cas d'un pouvoir de soumission.

ii. Les économistes analysent l'impact de l'évolution du pouvoir de négociation sur l'expression de la volonté des parties

191. *L'évolution du pouvoir de négociation des parties devrait modifier l'appréciation de leur volonté via l'analyse de leur comportement.* Les négociations, lorsqu'elles sont possibles, sont en principe ouvertes tout au long d'une relation contractuelle. Ainsi, il est nécessaire de rechercher l'évolution du pouvoir de négociation et des comportements des parties au cours de la relation commerciale et non uniquement lors de la conclusion. Pour ce faire, nous allons prendre l'exemple de plusieurs facteurs, non exhaustifs et principalement inspirés d'un article intitulé « *L'évolution des rapports de force en négociation* »⁹⁸⁶ par le Professeur A. PEKAR LEMPEREUR, spécialiste de la négociation, pour démontrer qu'un pouvoir de négociation peut évoluer au cours de la relation.

Tout d'abord, on s'intéresse à l'évolution du contexte général⁹⁸⁷. Il s'agit de l'ensemble des éléments extérieurs généraux s'imposant aux parties au contrat, tout au long de la relation commerciale et peuvent, ainsi, influencer sur leur pouvoir de négociation. Par exemple, une

⁹⁸³ A. PEKAR LEMPEREUR, « L'évolution des rapports de force en négociation. Dix cas de revirement », *Revue française de gestion*, 2004/6, n° 153, p. 125-140 ; M.L. ALLAIN, C. CHAMBOLLE, « V. Les relations entre producteurs et distributeurs », Claire Chambolle éd., *Économie de la distribution*, La Découverte, 2003, p. 77-98 ; F. BERGES-SENNOU, S. CAPRICE, « Les rapports producteurs-distributeurs : fondements et implications de la puissance d'achat », *Économie rurale*, n°277-278, 2003. La politique de la concurrence dans l'agroalimentaire, p. 192-205.

⁹⁸⁴ J. LHOMME, « Considérations sur le pouvoir économique et sa nature », *Revue économique*, vol. 9, n°6, 1958, p. 859-895.

⁹⁸⁵ A. PEKAR LEMPEREUR, « L'évolution des rapports de force en négociation. Dix cas de revirement », *Revue française de gestion*, 2004/6, n° 153, p. 125-140.

⁹⁸⁶ A. PEKAR LEMPEREUR, « L'évolution des rapports... », *ibid.*, p. 125-140.

⁹⁸⁷ Le contexte se définit comme l'ensemble des circonstances dans lesquelles se produit un événement, se situe une action, ici, la soumission à un déséquilibre significatif. La notion de contexte « général » peut être assimilée à celle de macro-environnement au sens économique.

nouvelle réglementation, introduite au cours de l'exécution de la relation commerciale, pourrait renforcer le pouvoir de négociation de la partie faible et diminuer celui de la partie puissante. De même, les habitudes des consommateurs, pourraient évoluer : par exemple, un produit qui semblait incontournable lors de la conclusion du contrat, pourrait ne plus l'être au cours de la relation commerciale.

Outre le contexte, il convient également de tenir compte de l'impact que peut avoir la signature du contrat litigieux sur le pouvoir de négociation des parties. Dans son article, A. PEKAR LEMPEREUR déclare que : « *la phase de négociation en situation de puissance pour le client précède la naissance du contrat, alors que l'événement du contrat déclenche le pouvoir du fournisseur. Il s'agit bien d'un événement déclencheur, qui joue un rôle important dans la dynamique entre les partenaires de négociation* »⁹⁸⁸. Ainsi, si un partenaire a pu être contraint, lors des négociations précontractuelles, la conclusion du contrat a pu, par la suite, lui conférer une force, lui permettant le cas échéant d'exiger la renégociation du contrat.

Au cours de l'exécution du contrat, les parties peuvent également voir apparaître la création ou le renforcement d'un soutien. À ce sujet, A. PEKAR LEMPEREUR prend l'exemple suivant : « *une entreprise industrielle [qui] avait l'habitude d'écouler ses biens au travers d'un réseau de cinquante distributeurs. [...] Cette multitude de négociations séparées assurait à l'entreprise industrielle une bonne emprise sur chaque distributeur potentiel [...]. Le pouvoir était bel et bien dans les mains de l'industriel, mais comme le contrat était renouvelé d'année en année, chacun semblait se satisfaire de l'équilibre du contrat. En somme, tout aurait continué longtemps de cette manière, si l'industriel ne s'était pas mis en tête de réduire le nombre de distributeurs de moitié. [...] les distributeurs qui jusque-là s'étaient toujours satisfaits de négociations individuelles décident de se coaliser et de se constituer en syndicat. [...] Le pouvoir collectif des distributeurs leur permettait de négocier de manière plus équilibrée qu'ils ne pouvaient le faire auparavant dans le système atomisé* »⁹⁸⁹. Ainsi, une telle évolution du pouvoir de négociation peut apparaître lorsqu'un professionnel, bénéficie du soutien d'un syndicat, d'un groupe ou d'une coalition, lors de l'exécution du contrat alors qu'il n'en bénéficiait pas au moment de sa conclusion, ou il en bénéficiait peut-être moins. Ce renforcement de son pouvoir, lui permettra, s'il le souhaite, d'exiger une renégociation des clauses.

Par ailleurs, la modification des options de sortie, c'est-à-dire des offres disponibles en cas de non conclusion du contrat litigieux, peut modifier le rapport de force des parties. Une partie peut même être amenée à revoir sa stratégie afin de renforcer son pouvoir de négociation à

⁹⁸⁸ A. PEKAR LEMPEREUR, « L'évolution des rapports... », *ibid.*, p. 125-140.

⁹⁸⁹ A. PEKAR LEMPEREUR, « L'évolution des rapports... », *ibid.*, p. 125-140. Pour un autre exemple de l'utilité d'un groupe pour renforcer le pouvoir de négociation d'une partie, il retient qu'« une industrie qui a besoin de tel produit, même si elle n'a pas les moyens de le produire elle-même, peut développer une centrale d'achats visant à rationaliser la politique d'achats de l'entreprise et à mettre en place des procédures, des sas de validation, des contraintes sur les prestataires qui sont autant d'outils de pouvoir exercés à leur encontre. Les politiques de services des achats visent à introduire une démarche volontariste pour réguler les négociations individuelles des diverses fonctions de l'entreprise. [...] par l'application de clauses standards, on peut se prémunir contre un vendeur indélicat, etc. ».

l'égard de son partenaire. Comme le rappelle A. PAKAR LEMPEREUR : « *le pouvoir d'un négociateur sur un autre est souvent fonction de sa capacité à susciter des solutions alternatives* »⁹⁹⁰. Le Professeur prend l'exemple d'un professionnel qui se retrouve dans un rapport de force déséquilibré à son détriment puisqu'il dépend de son partenaire car il est le seul à produire un bien incontournable. Ce partenaire sera alors tenté, par la rareté de son produit et par la nécessité dans laquelle se trouve le client de se le procurer, d'imposer des conditions abusives. Or, le Professeur précise que le professionnel conscient de ces risques d'abus ne manquera pas de développer des stratégies de contournement. Par exemple, en développant : « *une capacité de substitution. Ainsi les produits blancs ou sans marque dans les supermarchés constituent des pendants internes pour contrebalancer le pouvoir de marques auxquels le consommateur n'imaginait aucun substitut possible. Ces produits « alternatifs » réduisent la dépendance par rapport à une source d'approvisionnement unique et illustrent une source de rééquilibrage possible du pouvoir du distributeur dans sa négociation avec un fournisseur* »⁹⁹¹. Ainsi, lorsqu'un professionnel accroît ses options de sortie du contrat litigieux, en privilégiant d'autres formes de relation, il peut modifier son pouvoir de négociation vis-à-vis de son partenaire. Le développement d'alternatives, internes ou externes, peut accroître le pouvoir de négociation dont disposent les parties et, ainsi, limiter un risque de soumission⁹⁹². Par exemple, dans le secteur de la grande distribution, il a été retenu que : « *décus par leurs relations avec la grande distribution, beaucoup d'industriels se tournent désormais vers d'autres clients : circuits spécialisés, notamment pour ceux qui disposent d'une gamme bio, mais aussi restauration hors domicile.* »⁹⁹³.

On s'intéresse, ensuite, à la modification des capacités et performances économiques du partenaire qui peut également modifier le rapport de force entre les parties. La situation économique d'un professionnel peut évoluer au cours de l'exécution du contrat : que ce soit positivement comme négativement. Par exemple, un professionnel peut être amené à revoir sa stratégie commerciale afin d'accroître sa performance. L'accroissement de cette performance peut résulter d'une modification du produit ou service en lui-même, son design, ses fonctionnalités ou bien de la publicité qui en est faite. Il peut également s'agir d'un accroissement des points de vente, augmentant ainsi la demande potentielle. Il peut en découler un certain succès accentuant sa rentabilité et donc sa puissance. Ainsi, indépendamment de sa relation avec son partenaire, un professionnel, initialement faible, peut voir son pouvoir de négociation s'agrandir en raison des décisions stratégiques personnelles qu'il a pris postérieurement à la conclusion de la transaction litigieuse. Lorsqu'un professionnel voit, au contraire, sa situation économique se détériorer, au cours de la relation commerciale, on en déduit que son pouvoir de négociation pourrait s'affaiblir. Notons, toutefois, qu'il existe un

⁹⁹⁰ A. PEKAR LEMPEREUR, « L'évolution des rapports... », *ibid.*, p.125-140.

⁹⁹¹ A. PEKAR LEMPEREUR, « L'évolution des rapports... », *ibid.*, p. 125-140.

⁹⁹² A. PEKAR LEMPEREUR, « L'évolution des rapports... », *ibid.*, p.125-140 : « Toute action de diversification des produits – capacités internes – ou de ses clients ou prestataires – capacités externes – rééquilibre le pouvoir du négociateur. [...] En développant ces canaux de substitution, en ne mettant plus tous ses œufs dans le même panier, mais en faisant jouer la concurrence », le partenaire « retrouve plus de marge de manœuvre dans ses négociations économiques ».

⁹⁹³ Site : <https://www.usinenouvelle.com/article/negociations-commerciales-cinq-pistes-pour-reequilibrer-le-rapport-de-force-avec-la-grande-distribution.N509099>.

certain attrait pour la prise de risque chez des partenaires, lorsque leur situation devient inéluctable, et cela renforce leur pouvoir de négociation⁹⁹⁴.

Enfin, le non-renouvellement du contrat peut venir modifier le rapport de force entre les parties. Lorsque le partenaire sait qu'il ne bénéficiera pas d'un renouvellement, ce dernier pourrait voir son pouvoir de négociation renforcé puisqu'il n'aurait plus rien à perdre. Il pourrait alors exiger une renégociation du contrat à son profit. Dans ce cas, A. PEKAR LEMPEREUR rappelle néanmoins qu'il existe un « *risque à double sens* » : « *le négociateur partant [...] risque donc peu à demander l'impossible à un partant. Il peut être tenté de lui faire porter le chapeau, de charger la barque, de lui faire assumer l'inassumable* », mais, « *il reste que la situation du négociateur [...] demeure plus inconfortable, puisqu'il doit gérer la succession et que tout écart de sa part par rapport à une conduite coopérative peut être dénoncée auprès de l'arrivant, avec un risque de durcissement accru de ce dernier* »⁹⁹⁵.

192. *Conclusion.* Plusieurs économistes ont mis en évidence la nature évolutive du pouvoir de négociation. En effet, le pouvoir de négociation d'une partie n'est pas une donnée fixe. Par conséquent, le rapport de force entre les parties est susceptible de varier au cours de la relation commerciale. L'évolution du pouvoir de négociation des parties leur permet alors d'agir de manière différente au cours de cette relation. Par exemple, nous avons vu que le contexte général entourant les parties pouvait évoluer au cours de la relation commerciale et ainsi venir renforcer ou amoindrir leur pouvoir de négociation. Des éléments extérieurs, comme la modification des habitudes de consommation ou l'instauration d'une loi, pourraient impacter les parties au cours de la relation commerciale. Outre le contexte, il convient également de tenir compte de l'impact que peut avoir la signature du contrat litigieux pour les parties. Par exemple, si un partenaire a pu être soumis, lors des négociations précontractuelles, la conclusion du contrat a pu, par la suite, lui conférer une force, lui permettant le cas échéant d'exiger la renégociation du contrat. Par ailleurs, les parties pourraient obtenir ou perdre un soutien au cours de la relation commerciale (groupe, syndicat etc.) modifiant leur pouvoir de négociation. L'évolution des options de sortie, c'est-à-dire des offres disponibles en cas de non-conclusion du contrat, peut également modifier le rapport de force des parties. Au cours de la relation commerciale, une partie peut revoir sa stratégie, notamment en développant des alternatives, et ainsi accroître son pouvoir de négociation. Par ailleurs, les parties peuvent voir leurs capacités et performances économiques changer au cours de la relation, ce qui peut modifier leur pouvoir de négociation. Il peut s'agir, par exemple, de l'accroissement des points de vente ou la modification du produit ou du service ou bien de la publicité qui en est faite, ou encore d'une situation de faillite. Enfin, le non-renouvellement du contrat peut venir modifier le rapport de force entre les parties, à leur profit ou à leur détriment. La connaissance de cette information

⁹⁹⁴ A. PEKAR LEMPEREUR, « L'évolution des rapports... », *ibid.*, p. 125-140 : « Passé un certain point d'adversité, certains négociateurs, assez impuissants jusqu'alors, deviennent soudain indifférents à la prise de risques qui est la leur, ce qui a pour effet inattendu de renforcer leur puissance de persuasion sur leur partenaire de négociation, qui lui n'a aucune intention de couler avec lui et lui fera des concessions inconsidérées pour se sauver et l'aider à s'en sortir » ; une « entreprise [qui] atteint une grande situation de détresse financière, [...] de manière assez paradoxale, comme par sursaut avant la mort, [...] retrouve un certain pouvoir dans sa négociation ».

⁹⁹⁵ A. PEKAR LEMPEREUR, « L'évolution des rapports... », *ibid.*, p. 125-140.

pouvant les amener à agir différemment au cours de la relation. Ces exemples, non exhaustifs, démontrent que le pouvoir de négociation des parties, déterminé par plusieurs facteurs, peut évoluer au cours de la relation commerciale. Ainsi, la possibilité pour une partie de contraindre son partenaire à un instant T peut ne plus être envisagée à un instant ultérieur et inversement.

b) L'analyse judiciaire ne procède pas à une analyse efficace de l'évolution du pouvoir de négociation des parties et son impact sur leur comportement

193. *Les juges ne procèdent pas à une analyse détaillée et régulière de l'évolution du pouvoir de négociation des parties et le changement de comportement qui pourrait en découler.* Les économistes ont mis en évidence que le pouvoir de négociation d'une partie pouvait évoluer dans le temps. Si le pouvoir de négociation d'une partie peut évoluer, cette évolution peut affecter l'équilibre du rapport de force entre les parties au contrat. Rappelons que la soumission effective d'une partie implique qu'il existe, selon nous, un pouvoir de soumission d'une partie sur une autre. Or, les juges ont rangé l'analyse de l'équilibre du rapport de force entre les parties au rang de simple indice pour établir la soumission. Lorsqu'ils procèdent à son analyse, ils ont tendance à la limiter au jour de la conclusion du contrat (i). Il semblerait qu'ils admettent, toutefois, que l'évolution du rapport de force entre les parties, au cours de la relation, pourrait impacter leur comportement concernant les clauses litigieuses (ii).

i. Les juges ont tendance à limiter l'analyse de l'équilibre du rapport de force entre les parties au stade de la conclusion du contrat

194. *Les juges limitent, généralement, l'analyse du rapport de force entre les parties au stade de la conclusion du contrat.* Lorsque les juges procèdent à l'analyse du pouvoir de négociation des parties, puis du rapport de force, ils se placent, bien souvent, lors de la conclusion du contrat⁹⁹⁶. Par exemple, dans la célèbre affaire *ITM Alimentaire*, les juges ont constaté que : « *le ministre verse aux débats cinq conventions* » et il « *n'apporte aucun élément de preuve afférent aux circonstances factuelles dans lesquelles les cinq contrats versés à la procédure ont été conclus* »⁹⁹⁷.

L'ancien article L.442-6, I, 2° du Code de commerce ne précisait pas à quel moment le juge devait se placer pour analyser le critère de soumission à un déséquilibre significatif. L'article abrogé L.132-1 du Code de la consommation, pouvant servir d'indice pour l'analyse en droit commercial, énonçait notamment que : « *le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion* »⁹⁹⁸. Or, à présent, le nouvel article L.442-1, I, 2° du Code de commerce entend sanctionner cette pratique à différents stades : « *dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat* », ce qui a pu soulever des interrogations du

⁹⁹⁶ CA Paris, 6 février 2019, n°18/21919 ; CA Paris, 19 avril 2019, n°16/14293 ; CA Paris, 1^{er} juillet 2020, n°18/16622 ; CA Paris, 1^{er} juillet 2020, n°18/16622 ; Cass. com., 7 juillet 2021, n°19-22.807 ; CA Paris, 1^{er} septembre 2021, n°18/15431.

⁹⁹⁷ CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 et Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823.

⁹⁹⁸ Mention également reprise dans le nouvel article L.212-1 du Code de la conso.

côté de la doctrine⁹⁹⁹. Dans le rapport au Président de la République, le Gouvernement explique qu'il s'agit bien d'une « *modification du champ d'application qui prévoit que les pratiques sont appréhendées de la négociation à l'exécution du contrat* »¹⁰⁰⁰. Ainsi, il convient d'étudier la jurisprudence rendue à son visa pour confirmer si les juges ont bien modifié leur analyse du pouvoir de négociation des parties.

Rappelons, toutefois, que les juges ont estimé que l'analyse du rapport de force entre les parties n'était qu'un indice pour établir la soumission. Il n'y a donc aucune certitude qu'ils analyseront le pouvoir de soumission d'une partie, à travers l'équilibre du rapport de force, tant au stade des négociations précontractuelles, de la conclusion puis de l'exécution du contrat pour vérifier qu'une partie a bien été soumise tout au long de la relation commerciale.

ii. Les juges semblent admettre que l'évolution du rapport de force pourrait entraîner une évolution dans le comportement des parties

195. *Les juges semblent admettre que le comportement des parties peut varier au cours de la relation commerciale, parfois en raison d'une évolution du rapport de force.* Les juges ont, parfois, procédé à l'analyse du comportement des parties tant lors de la phase précontractuelle qu'au cours de l'exécution du contrat. Ils ont vérifié que l'exécution du contrat s'est déroulée sans comportements déloyaux de la part d'une partie à l'égard de son partenaire, notamment en cas de renégociation conduisant à un avenant¹⁰⁰¹, et sans contestation, postérieure à la signature, de l'une d'elles concernant les clauses litigieuses.

Par exemple, les juges ont estimé que lorsque le contrat n'est que la reconduction d'un contrat conclu antérieurement, il convient d'analyser le rapport de force tant lors de la négociation du premier contrat qu'au moment de sa reconduction, pour comprendre les raisons de l'introduction

⁹⁹⁹ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les différentes pratiques restrictives de concurrence dans les ordonnances du 24 avril 2019 », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 29, 18 juillet 2019, p. 1363 : « On connaît le déséquilibre significatif dans la formation du contrat. Il faut donc préciser ce qu'on peut attendre avec le déséquilibre significatif lors de la négociation commerciale, et le déséquilibre significatif lors de l'exécution du contrat. [...] L'extension du texte serait ici considérable, et il faut espérer que les juges sauront la contenir. » ; F. BUY, « La modification unilatérale à l'épreuve des pratiques commerciales déloyales », *AJ contrat*, 2020, p. 271 : « Le déséquilibre significatif "version code de commerce" peut se manifester, plus largement, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat. Comparé à ses homologues du Code de la consommation (art. L. 212-1 : « dans les contrats conclus... ») et du Code civil (art. 1171 : « dans un contrat d'adhésion... »), l'article L. 442-1 du Code de commerce ouvre ainsi des perspectives inédites » ; C. GRIMALDI, « Précisions sur le moment d'appréciation de la soumission ou tentative de soumission », *LEDICO*, juin 2021, n°6, p. 2 : « La soumission ou tentative de soumission devra-t-elle également s'apprécier au stade de l'exécution d'un contrat, comme pourrait le laisser entendre une certaine lecture du nouvel article L. 442-1, I, *in limine* ? Cela n'aurait guère de sens, au moins en ce qui concerne la pratique sanctionnée par l'article L. 442-1, I, 2°. De fait, si la soumission ou tentative de soumission peut être imputée à une partie au stade de la négociation et de la conclusion du contrat, elle ne peut l'être qu'à la force obligatoire des contrats au stade de son exécution. Imagine-t-on qu'une partie puisse être sanctionnée sur le fondement de l'article L. 442-1, I, 2°, pour avoir exigé de l'autre l'exécution d'un contrat qui certes est peut-être déséquilibré, mais qui a été négocié ? ».

¹⁰⁰⁰ Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, *JORF*, n°0097, 25 avril 2019, texte n° 15.

¹⁰⁰¹ CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187.

de clauses jugées déséquilibrées¹⁰⁰². Dans cette affaire, ils ont étudié le comportement des parties lors de la conclusion, mais également lors de l'exécution, pour vérifier leur acceptation réelle des clauses litigieuses au cours de la relation. En l'espèce, la partie qui se prétend soumise n'a contesté les conditions contractuelles que postérieurement à la signature du contrat en raison d'un évènement qui a, *a priori*, modifié sa volonté. Néanmoins, à défaut de démontrer un rapport de soumission, toujours lors de la conclusion du contrat litigieux, elle a été déboutée de sa demande. Dans une affaire ultérieure, la cour d'appel de Paris a retenu l'absence de contrainte car la prétendue victime « *n'a jamais écrit à la société Sogex pendant toute la durée d'exécution du contrat pour lui signaler un problème relatif à l'application de la clause de révision de prix, étant d'ailleurs précisé qu'il apparaît que le prix a évolué, ce qui implique nécessairement un échange entre les parties sur ce point [...] compte tenu de l'augmentation du coût de la matière première* »¹⁰⁰³. Ainsi, les parties ont bien subi l'évolution du marché, au cours de l'exécution du contrat, au détriment de celle qui se prétend soumise, mais cette dernière « *ne démontrant pas s'être plainte auprès de la société Sogex de l'insuffisance de prix pendant les 6 années d'exécution du contrat, elle ne peut valablement soutenir que cette dernière a manqué de loyauté à son égard dans le cadre de l'exécution du contrat* » en rappelant « *qu'elle a signé dans des conditions normales et en toute connaissance de cause en qualité de professionnel* »¹⁰⁰⁴. En l'espèce, les juges n'ont pas vérifié que l'absence de demande de modification, au cours de l'exécution du contrat, malgré l'évolution du marché, pouvait résulter d'un changement dans le rapport de force entre les parties. Ils ont estimé suffisant de retenir l'absence de soumission au stade de la signature du contrat, notamment du fait de sa qualité de professionnel, et l'absence de contestations au cours de l'exécution du contrat pour écarter la pratique. Dans une autre affaire, les juges ont retenu qu'en l'absence de contestation, la partie ne démontrait pas avoir été soumise pendant les 16 mois de relations commerciales à devoir accepter ces conditions commerciales¹⁰⁰⁵.

Or, les juges ont admis dans certaines affaires que l'évolution du pouvoir de négociation au cours d'une relation commerciale pouvait entraîner une modification du comportement des parties, y compris au cours de l'exécution du contrat. Ainsi, lorsqu'une partie a déclaré, *a posteriori*, avoir été forcée d'accepter des clauses pour maintenir un contrat que son partenaire avait précédemment décidé de résilier, fragilisant son pouvoir de négociation, les juges n'ont, toutefois, pas retenu de contrainte économique entre les parties, établissant la soumission effective¹⁰⁰⁶. Si le fait pour une partie de refuser le renouvellement du contrat peut affaiblir le pouvoir de négociation de l'autre partie, cela ne signifie pas, nécessairement, qu'elle peut être soumise. Si son pouvoir de négociation a pu être modifié, il n'y a pas nécessairement modification du rapport de force entre les parties. Dans une affaire plus récente, il était question de l'évolution des clauses du fait de l'évolution du marché, au cours de la relation commerciale, le contrat prévoit alors « *des rencontres régulières afin de décider des éventuelles adaptations à y apporter notamment pour permettre au fournisseur de saisir d'éventuelles opportunités de*

¹⁰⁰² CA Paris, 24 juin 2016, n°13/20422.

¹⁰⁰³ CA Paris, 24 avril 2019, n°16/22793.

¹⁰⁰⁴ CA Paris, 24 avril 2019, n°16/22793.

¹⁰⁰⁵ CA Paris, 19 juin 2019, n°16/16831.

¹⁰⁰⁶ CA Paris, 1^{er} octobre 2013, n°12/01301.

croissance conjoncturelles »¹⁰⁰⁷. Les conventions étant renouvelées annuellement, le partenaire avait la possibilité de se saisir de ces dispositions pour renégocier des clauses, ce qu'il ne démontre pas. Le juge retient, pourtant, que l'ancienneté de la relation et le volume d'activité réalisés lui permettaient de peser dans la négociation. Or, dans une affaire *Xerox*, les juges ont rappelé que l'analyse du rapport de force se fait au moment de la conclusion du contrat, mais ils ont admis que le pouvoir de négociation des parties, et notamment la capacité de soumission de l'une d'elles, pouvait varier en fonction des choix de conclure ou non le contrat litigieux et de le maintenir¹⁰⁰⁸. Ils ont retenu que la soumission ou sa tentative n'est pas caractérisée lorsque : « *les concessionnaires peuvent résilier les contrats les liant avec la société Xerox ou ne pas reconduire les contrats de concession et ils peuvent immédiatement réorienter leur activité avec d'autres marques de copieurs multifonctions [...]. Les concessionnaires ne sont nullement dépendants de la société Xerox pour apprécier leur intérêt à rester ou sortir du réseau de cette marque, sachant que cette appréciation leur est offerte régulièrement de par la périodicité des contrats qui leur permet de s'adapter* »¹⁰⁰⁹. Ainsi, en l'absence d'un pouvoir de soumission, une partie peut mettre un terme à la relation ou décider de ne pas la reconduire dès lors qu'elle n'est pas satisfaite des conditions contractuelles. Néanmoins, la cour d'appel de Paris précise qu'il en va différemment lorsqu'ils décident de rester dans le réseau¹⁰¹⁰, dès lors qu'il a été montré que la société concédante refuse par principe toute négociation sur les clauses litigieuses : la soumission ou sa tentative est caractérisée. *A contrario*, le fait de choisir de conclure ce contrat et le poursuivre vient réduire le pouvoir de négociation du partenaire, le plaçant en position de soumission, du fait de la dépendance créée. Bien que contestée, cette affaire est intéressante car elle démontre la complexité de l'évolution du pouvoir de négociation. Enfin, il a été retenu, dans une autre affaire, que la partie forte a empêché ses partenaires de « *communiquer entre eux sur le fonctionnement du réseau ou de s'organiser au cours de l'exécution du contrat pour être force de proposition* »¹⁰¹¹ et ainsi, parvenir à les soumettre. En l'absence du comportement déloyal de la partie forte, les partenaires auraient pu modifier leur pouvoir de négociation, à leur avantage, lors de l'exécution du contrat.

196. *Conclusion*. Lorsque les juges analysent le rapport de force entre les parties, cette analyse se limite bien souvent au moment de l'introduction des clauses litigieuses, lors de la conclusion du contrat¹⁰¹². Ils ne tiennent pas vraiment compte de l'évolution du pouvoir de négociation des parties au cours de la relation et du changement de comportement qui pourrait en découler. Certes, l'ancien article L.442-6, I, 2° du Code de commerce ne précisait pas à quel moment le juge devait se placer pour analyser le critère de soumission à un déséquilibre significatif. Le droit de la consommation renvoyant, de son côté, au moment de la conclusion.

¹⁰⁰⁷ CA Paris, 9 juillet 2020, n°17/18660.

¹⁰⁰⁸ CA Paris, 7 avril 2021, n°19/13527.

¹⁰⁰⁹ CA Paris, 7 avril 2021, n°19/13527.

¹⁰¹⁰ D'après la Cour : « Dès lors qu'ils ont déterminé que leur intérêt était de rester dans le réseau, ils ont besoin de faire perdurer leur activité, étant revendeurs exclusifs de produits Xerox et doivent, pour ce faire, souscrire auprès de la société Xerox le contrat de sous-traitance, qui forme un tout indivisible avec le contrat de concession. ».

¹⁰¹¹ CA Paris, 5 janvier 2022, n° 20/00737.

¹⁰¹² Les juges ont rangé l'analyse du rapport de force entre les parties au rang de simple indice, c'est pourquoi, de nombreuses décisions n'y font pas référence (v. en ce s. CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 et Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823).

Or, le législateur a, ensuite, modifié le texte commercial en prévoyant de sanctionner cette pratique à différents stades : « *dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat* ». Si le législateur admet à présent d'analyser la soumission à différents stades de la relation, il n'y a aucune certitude que les juges vérifieront le pouvoir de soumission d'une partie sur l'ensemble de la relation. L'analyse de la jurisprudence démontre que les juges étudient, pourtant, les comportements des parties au cours de l'exécution du contrat, sans s'arrêter au stade de la conclusion, notamment en cas de renégociation. Ils ont, par exemple, vérifié l'absence de contestation des clauses litigieuses, postérieure à la signature du contrat, pour apprécier la volonté des parties. Or, lorsqu'une partie au contrat prétend *a posteriori* avoir été soumise, alors qu'elle n'a pas contesté les clauses litigieuses durant la relation, les juges vérifient qu'il n'existait pas de pouvoir de soumission à son égard, uniquement lors de la conclusion du contrat. Ils ne vérifient pas, en principe, que le pouvoir de négociation des parties a pu évoluer au cours de l'exécution du contrat, empêchant l'une d'elles d'émettre une contestation à l'encontre de clauses qui ne lui convenaient plus en pratique. Toutefois, ils ont admis dans certaines affaires que l'évolution du pouvoir de négociation au cours d'une relation commerciale pouvait, en effet, entraîner une modification du comportement des parties, y compris au cours de l'exécution du contrat. Par exemple, une partie qui ne détenait aucun pouvoir de négociation lors de la conclusion du contrat peut, éventuellement, obtenir un soutien au cours de la relation lui conférant une force de négociation. Néanmoins, il se déduit de certaines décisions, que si le pouvoir de négociation d'une partie pouvait varier au cours de la relation commerciale, et ainsi l'amener à agir différemment, cette variation ne conduit pas nécessairement à modifier le rapport de force entre les parties.

c) *L'analyse juridique devrait tenir compte de l'évolution du pouvoir de négociation des parties au cours de la relation et son impact sur leur comportement*

197. *Les juges devraient prendre en compte l'évolution du pouvoir de négociation des parties puisque cette donnée pourrait remettre en cause l'existence d'une soumission effective sur l'ensemble de la relation.* Rappelons que pour établir une soumission effective, nous recommandons de vérifier l'existence d'un pouvoir de soumission entre les parties. Il s'agit donc d'analyser leur pouvoir de négociation pour vérifier qu'une partie a réellement pu soumettre son partenaire. Précédemment, nous avons vu que les économistes mettaient en évidence la nature évolutive du pouvoir de négociation des parties car il repose sur des facteurs susceptibles d'évoluer dans le temps. Si le pouvoir de négociation d'une partie est susceptible de varier dans le temps, ce changement peut l'amener à agir différemment au cours de la relation commerciale. Néanmoins, nous avons vu que les juges tendent à limiter l'analyse du pouvoir de négociation des parties au stade de la conclusion du contrat. Ils ont pourtant admis, *a priori*, que le pouvoir de négociation des parties pouvait varier au cours de la relation. Par ailleurs, ils tiennent compte également du comportement des parties au cours de l'exécution du contrat sans pour autant rechercher si ce comportement résulte d'un changement dans le pouvoir de négociation des parties. Or, nous verrons que le pouvoir de négociation des parties est une notion évolutive qui doit être effectuée sur l'ensemble de la relation, ce qui permettra de vérifier

l'existence d'un pouvoir de soumission dans le temps (i). Ensuite, nous verrons que l'évolution du pouvoir de négociation peut entraîner une modification du comportement des parties, ce qui devrait être pris en compte pour apprécier correctement leur volonté (ii).

i. Les juges doivent étudier l'évolution du pouvoir de négociation des parties sur l'ensemble de la relation

198. *Le pouvoir de négociation des parties, partant l'existence d'un pouvoir de soumission, peut évoluer au cours de la relation commerciale.* Les économistes ont mis en évidence la nature évolutive du pouvoir de négociation des acteurs. En effet, ils ont retenu que plusieurs facteurs permettant d'accroître ou réduire le pouvoir de négociation étaient susceptibles de varier au cours de la relation commerciale. Ainsi, le pouvoir de négociation des parties tel qu'il est analysé au jour de la conclusion du contrat peut être différent du pouvoir de négociation des parties au cours de son exécution. Parmi les facteurs susceptibles d'évoluer au cours de la relation commerciale, nous avons mis en évidence : l'évolution du contexte et son impact sur le pouvoir de négociation des parties, mais également l'impact que peut avoir la signature du contrat litigieux, la création ou la perte d'un soutien au cours de la relation, la modification des options de sortie, le changement des capacités et performances économiques et enfin, l'impact que peut avoir la connaissance du non-renouvellement du contrat pour l'avenir. Ces facteurs, non exhaustifs, peuvent impacter l'intensité du pouvoir de négociation des parties et ainsi influencer sur leur rapport de force. Les économistes nous conduisent alors à envisager une possible évolution du pouvoir de soumission entre les parties. Une partie peut ne pas détenir de pouvoir de soumission au jour de la conclusion du contrat, et ainsi ne pas être sanctionnée sur le fondement du déséquilibre significatif, alors qu'elle peut bénéficier d'un pouvoir de soumission au cours de l'exécution du contrat. Inversement, une partie placée en position de soumission au jour de la conclusion du contrat, pouvant être jugée soumise, peut ne plus être en position de soumission au cours de son exécution.

Ainsi, le fait de se limiter au jour de la conclusion du contrat peut conduire à une erreur d'analyse quant à l'existence d'une soumission effective sur l'ensemble de la relation. Le législateur a entendu modifier l'article du Code de commerce relatif au critère de soumission à un déséquilibre significatif pour l'appliquer à tous les stades de la relation commerciale : « *dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat* »¹⁰¹³. Il s'agit là d'une avancée notable puisqu'un comportement déloyal conduisant une partie à soumettre l'autre partie peut avoir lieu à tout moment de la relation commerciale. Les juges ont également envisagé cette possibilité puisqu'ils ont pu analyser à plusieurs reprises les comportements des parties au cours de la relation commerciale et ainsi sanctionner l'existence d'une soumission. Néanmoins, lorsqu'ils ont procédé à ces analyses, ils n'ont pas vérifié l'existence d'un pouvoir de soumission entre les parties ou bien, se sont limités à une analyse fixée au jour de la conclusion du contrat. En effet, ils partent du postulat que c'est à ce moment-là que les clauses litigieuses ont été introduites. Si cette approche est correcte, elle ne tient, toutefois, pas compte de la durée de la relation commerciale, qui ne s'arrête pas au jour de sa

¹⁰¹³ Code com., nouvel art. L.442-1, I issu de l'ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019, art. 2.

conclusion. Certes, certaines relations commerciales sont ponctuelles, le risque d'évolution du pouvoir de soumission entre les parties est donc peu probable¹⁰¹⁴. Par ailleurs, certaines relations prévoient un renouvellement annuel du contrat ce qui a pu conduire le juge à analyser le rapport de force entre les parties à chaque renouvellement. Or, de nombreuses relations commerciales ont vocation à durer dans le temps sans qu'un renouvellement annuel ne soit prévu. Pour ces relations, il est d'autant plus nécessaire de vérifier l'existence d'un pouvoir de soumission sur l'ensemble de la relation avant de conclure à l'existence d'une soumission effective.

Par exemple, au cours de l'exécution, une partie peut être confrontée à un changement d'habitude de consommation, à une nouvelle loi ou encore à une augmentation des matières premières pouvant accroître ou réduire son pouvoir de négociation voire même la placer en position de soumission face à son partenaire. Si les dispositions contractuelles lui convenaient au jour de la conclusion, ce changement peut modifier leur attrait. Elle sera alors tentée de les contester. Elle peut également se voir annoncer le non-renouvellement du contrat, ce qui peut dans une certaine mesure l'amener à accepter des conditions injustifiées pour tenter de maintenir la relation. Or, en limitant son analyse au stade de la conclusion, le juge risque de retenir que la partie qui était en position d'être soumise au cours de l'exécution du contrat ne l'était pas au jour de sa conclusion et n'a donc pas pu être soumise par la suite. *A contrario*, une partie peut bénéficier d'un soutien au cours de l'exécution du contrat, elle peut voir ses options de sortie s'accroître, augmenter ses capacités et performances économiques, notamment suite à la signature du contrat litigieux, venant accroître son pouvoir de négociation. Ainsi, une partie qui pouvait être en position de soumission lors de la conclusion du contrat, peut, lors de l'exécution du contrat, bénéficier d'un contre-pouvoir venant mettre fin à ce pouvoir de soumission au profit de son partenaire. Là encore, limiter l'analyse du pouvoir de soumission au jour de la conclusion du contrat serait inopportun car inefficace puisqu'une partie qui n'était plus en mesure d'être soumise lors de l'exécution pourrait bénéficier d'une protection pour une prétendue soumission.

Or, les juges ont, à juste titre, retenu que si un pouvoir de négociation était susceptible d'évoluer dans le temps, cette évolution ne conduit pas nécessairement à un changement dans le rapport de force entre les parties. Dans tous les cas, si le nouveau texte du Code de commerce prévoit, à juste titre, d'analyser le comportement des parties, à tous les stades de la relation y compris

¹⁰¹⁴ Notons, à ce sujet, que les juges ont recherché pendant longtemps l'existence d'un « *partenaire commercial* », comme le prévoyait le Code de commerce, excluant ainsi les contrats ponctuels, jusqu'à l'introduction du nouvel article L.442-1, I se référant plus simplement à « *l'autre partie* » au contrat (ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019). En ce s., v. le Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées : « La jurisprudence définit limitativement cette notion de "partenaire commercial" en exigeant notamment que le partenariat formalise la volonté des parties de construire une relation suivie, excluant par la même toute relation commerciale qui n'aurait pas vocation à être reconduite dans la durée. Pour pallier cette exclusion, le nouvel article L. 442-1 du code de commerce remplace cette notion de "partenaire commercial" par celle de "l'autre partie" au contrat, qui est une notion plus adaptée en ce qu'elle permet d'inclure toutes les situations où la pratique illicite est imposée à un cocontractant [...]. Le renvoi à cette notion d'autre partie au contrat est également en cohérence avec la modification du champ d'application qui prévoit que les pratiques sont appréhendées de la négociation à l'exécution du contrat. ».

au cours de l'exécution du contrat, cette analyse doit également impliquer la vérification d'un pouvoir de soumission entre les parties sur l'ensemble de la relation.

ii. *Les juges doivent tenir compte d'un changement dans le comportement des parties notamment du fait de l'évolution de leur pouvoir de négociation*

199. *Les juges doivent tenir compte de l'évolution dans le pouvoir de négociation des parties pour analyser efficacement l'existence d'une soumission effective sur l'ensemble de la relation.* Pour analyser l'effectivité d'une soumission, nous avons mis en évidence l'importance d'étudier l'expression de la volonté des parties. Or, c'est à travers son comportement qu'une partie peut exprimer sa volonté. Plus une partie détiendra un pouvoir de négociation important plus elle sera en mesure de faire valoir sa volonté dans le contrat. Ainsi, un changement dans le pouvoir de négociation des parties peut entraîner un changement de comportement. L'analyse de la volonté d'une partie peut ne pas être fiable au seul jour de la conclusion du contrat, de manière plus réaliste, il convient d'analyser sa volonté sur l'ensemble de la relation. Or, les juges ont, certes, étudié le comportement des parties à différents stades de la relation mais ils n'ont pas lié cette étude à l'évolution du pouvoir de négociation.

Par exemple, une partie, réputée en position d'être soumise, ose émettre une contestation lors des négociations précontractuelles, concernant certaines clauses. Toutefois, la partie adverse ne lui permet pas de négocier effectivement, il y a donc soumission effective. Or, au cours de l'exécution du contrat, elle n'émet plus de contestations à l'encontre de ces clauses alors qu'elle bénéficie, à présent, d'un pouvoir de négociation plus important lui permettant de ne plus être soumise, et ainsi parvenir à imposer une renégociation. On peut en déduire que sa volonté ne consiste plus à s'y opposer, qu'elle a finalement accepté ces clauses. Il ressort de certains arrêts que des parties admettent, par exemple, qu'elles n'ont plus contesté des clauses, suivant la conclusion du contrat, car elles se sont rendu compte qu'elles n'étaient pas utilisées ou utilisées de manière non nocive par la partie adverse¹⁰¹⁵.

Autre exemple, une partie placée en position d'être soumise lors de la conclusion du contrat peut ne pas avoir osé s'opposer à certaines clauses, son partenaire ne lui ayant pas permis de négocier effectivement, il y a bien soumission. Si cette partie voit ensuite son pouvoir de négociation évoluer au cours de l'exécution, mettant fin à l'existence d'un pouvoir de soumission entre les parties, elle peut contester les clauses litigieuses mais ne le fait pas. Conformément à l'analyse positive des juges, il faudrait condamner une partie pour avoir soumis son partenaire lors de la conclusion du contrat à des clauses qui ont finalement été acceptées, sans soumission, lors de l'exécution. Or, le nouvel article du Code de commerce prévoit qu'il est possible de sanctionner une partie à différents stades de la relation commerciale, autorisant, *a priori*, le juge à prononcer la soumission lors de la conclusion du contrat sans qu'elle n'existe nécessairement au cours de son exécution. Procéder ainsi pourrait nuire à l'efficacité d'une sanction car elle conduirait à protéger une partie qui n'avait plus

¹⁰¹⁵ V. par ex. CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323, cet arrêt a néanmoins été cassé par Cass. com. 11 mai 2022, n°19-22.242 et v. en renvoi CA Paris, 7 juin 2023, n°22/19733.

besoin d'être protégée puisqu'elle a finalement accepté les clauses litigieuses alors qu'elle pouvait s'y opposer. Le maintien d'une telle sanction reviendrait à faire primer la nécessité de condamner le comportement déloyal, au jour de la conclusion du contrat, plutôt que l'absence de soumission effective sur l'ensemble de la relation.

Par ailleurs, une partie qui n'est pas en position d'être soumise lors de la conclusion du contrat, peut exprimer sa volonté et notamment émettre des contestations, il ne peut y avoir soumission puisqu'elle ne peut être soumise, il peut néanmoins y avoir tentative de soumission. Or, au cours de l'exécution du contrat, cette partie peut voir son pouvoir de négociation diminuer, voire même se placer en position d'être soumise par son partenaire. Si son partenaire agit de manière déloyale, au cours de l'exécution du contrat, elle pourrait ne pas être en mesure de s'y opposer puisqu'elle sera alors en capacité d'être soumise. Le juge ne pourra pas analyser correctement la soumission s'il limite l'analyse du rapport de force entre les parties au stade de la conclusion. En effet, il pourrait alors retenir que l'absence de contestation de la partie faible au cours de l'exécution du contrat démontre qu'elle ne souhaitait pas s'y opposer, notamment, si elle a émis une contestation lors de la conclusion du contrat permettant de justifier qu'elle en avait pourtant la capacité. Or, une partie pourrait contester des clauses, au cours de l'exécution, qu'elle n'a pas contesté lors de la conclusion alors qu'à ce stade elle n'était pas soumise, car le contexte peut lui avoir fait perdre son pouvoir de négociation, et les conditions contractuelles ne lui permettent plus une rentabilité, elle est dans l'incapacité de les modifier et est donc contrainte de s'y soumettre. Une analyse limitée à un seul stade conduirait à libérer un coupable.

En outre, une partie peut avoir contraint l'autre partie à accepter certaines conditions contraignantes, au moment de la conclusion du contrat, car elle savait que cette dernière verrait sa force renforcée au cours de l'exécution du contrat et qu'il était nécessaire qu'elle profite de cette opportunité pour se garantir une part du surplus contractuel¹⁰¹⁶.

Ces exemples tiennent compte d'un changement suffisant dans le pouvoir de négociation des parties conduisant à une modification du rapport de force, ce qui n'est pas toujours le cas. Ils mettent, néanmoins, en évidence l'importance de vérifier l'existence d'un changement dans le pouvoir de négociation des parties et l'évolution du rapport de force qui pourrait en découler, au cours de la relation, avant de procéder à l'analyse du comportement des parties. Si le juge, comme il semble le faire, se limite à une analyse du pouvoir de négociation lors de la conclusion du contrat, il prend le risque de protéger une partie qui n'avait plus besoin d'être protégée au cours de l'exécution du contrat ou bien de libérer un coupable qui aurait dû être sanctionné.

200. *L'analyse de la volonté des parties doit s'apprécier au cours de l'ensemble de la relation.* Il ne s'agit pas de placer l'analyse du pouvoir de soumission seulement au jour de la réalisation du comportement déloyal mais bien à travers l'ensemble de la relation. En effet, les comportements des parties, témoignant de leur volonté, peuvent être changeants, ils ne se produisent pas nécessairement de manière simultanée avec le comportement déloyal. Ainsi, lorsqu'une partie peut être soumise, elle peut ne pas oser s'opposer à la volonté de son

¹⁰¹⁶ Ref. th. §198 et s.

partenaire puisqu'elle sait qu'elle n'en a pas la capacité. Une partie peut donc témoigner de sa volonté bien après qu'ait eu lieu le comportement déloyal visant à la soumettre. Les juges ont notamment vérifié si une partie s'était plainte de certaines clauses au cours de l'exécution du contrat après qu'elles aient été intégrées sans plainte¹⁰¹⁷. De même, une partie peut ne pas contester des clauses au jour de la conclusion du contrat, car elle ne peut pas anticiper la manière dont elles seront mises en œuvre et l'évolution du contexte, ce qui l'amène à ne les contester qu'au cours de son exécution.

Ainsi, il appartient au juge de se placer non seulement au jour de la réalisation du comportement déloyal, soit l'introduction des clauses litigieuses ou la réalisation de la pratique, analyser s'il existait un pouvoir de soumission entre les parties à ce moment-là et quel a été leur comportement puis, vérifier l'éventuelle évolution du pouvoir de négociation des parties au cours de la relation et s'il y a eu un changement dans leur comportement. Cette analyse combinée de l'évolution des pouvoirs de négociation et du comportement des parties sur l'ensemble de la relation lui permettra de connaître, autant que possible, leur volonté réelle avant de se prononcer sur l'existence d'une soumission effective. Cela permettra, notamment, de lutter contre les comportements opportunistes visant à contester, une fois le contrat terminé, des clauses qui n'ont jamais été contestées auparavant alors que le plaignant en avait la capacité. Une appréciation efficace implique de procéder à une analyse globale car la relation contractuelle est un tout indissociable. Si cette analyse ne permet pas d'écartier la sanction de soumission, car à un instant T de la relation une soumission a néanmoins été établie, elle devrait permettre d'atténuer les sanctions prononcées pour cette pratique¹⁰¹⁸.

201. *Conclusion.* Les économistes retiennent la dimension évolutive du pouvoir de négociation des parties dans le temps. Parmi les facteurs susceptibles d'évoluer au cours de la relation commerciale, nous nous sommes appuyés sur l'évolution du contexte, la signature du contrat litigieux, la création ou la perte d'un soutien, la modification des options de sortie, le changement des capacités et performances économiques et enfin, la connaissance du non-renouvellement du contrat pour l'avenir. Ces différents facteurs, non exhaustifs, peuvent impacter le pouvoir de négociation des parties, dans le temps, de manière positive comme négative. L'intensité de ce changement peut même conduire à une modification du rapport de force entre les parties. Or, l'analyse du rapport de force entre les parties est bien un préalable nécessaire puisque nous recommandons de vérifier l'existence d'un pouvoir de soumission pour analyser correctement l'existence d'une soumission effective. Puisque le pouvoir de négociation des parties est susceptible d'évoluer dans le temps, il peut en être de même d'un pouvoir de soumission. Certes, certaines relations commerciales sont ponctuelles, le risque

¹⁰¹⁷ Cour d'appel de Paris, 24 avril 2019, n°16/22793.

¹⁰¹⁸ Par ex., en présence d'un pouvoir de soumission, une partie a été soumise lors de la conclusion du contrat, alors qu'elle avait soulevé des objections concernant certaines clauses. Au cours de l'exécution du contrat, ce pouvoir de soumission a disparu ; la partie initialement faible disposait, à présent, d'un pouvoir de négociation pouvant exiger une renégociation, mais elle n'a pas exprimé cette volonté puisque ces clauses lui convenaient finalement, par exemple, car elles n'étaient pas exécutées d'une manière nocive. Ainsi, la soumission à ces clauses serait établie au stade de la conclusion du contrat, mais il n'y aurait pas de soumission au stade de l'exécution du contrat. La soumission effective n'aurait pas duré sur l'ensemble de la relation.

d'évolution du pouvoir de soumission entre les parties est donc peu probable. D'autres encore prévoient un renouvellement annuel. Néanmoins, de nombreuses relations commerciales ont vocation à durer dans le temps sans interruption, il est d'autant plus nécessaire de vérifier l'existence d'un pouvoir de soumission sur l'ensemble de la relation. Pourtant, les juges estiment que l'analyse du rapport de force entre les parties n'est qu'un indice et lorsqu'ils procèdent à cette analyse, ils ont tendance à ne l'effectuer qu'au jour de la conclusion du contrat. Suivant l'analyse des juges, la partie qui était en position d'être soumise au cours de l'exécution du contrat, mais qui ne l'était pas au jour de sa conclusion, n'a donc pas pu être soumise par la suite, ce qui revient à libérer un potentiel coupable. Inversement, une partie qui n'était plus en mesure d'être soumise lors de l'exécution pourrait bénéficier d'une protection du juge car elle était en position de soumission lors de la conclusion. Notons, toutefois, que si les facteurs du pouvoir de négociation des parties peuvent évoluer dans le temps, ils n'entraînent pas nécessairement une modification du pouvoir de soumission.

Or, l'analyse du pouvoir de négociation dans le temps permet de mieux comprendre le comportement des parties au cours de la relation et ainsi connaître leur volonté. Plus une partie détiendra un pouvoir de négociation important plus elle sera en mesure de faire valoir sa volonté dans le contrat. Nous nous sommes appuyés sur plusieurs exemples démontrant que l'analyse de la volonté des parties peut ne pas être fiable, au seul jour de la conclusion du contrat. Pour établir la soumission, il convient d'analyser leur volonté sur l'ensemble de la relation. Or, en suivant l'analyse positive des juges, il faudrait condamner une partie pour avoir soumis son partenaire lors de la conclusion du contrat à des clauses qui ont finalement été acceptées, sans soumission, lors de l'exécution puisqu'elle n'était plus en capacité d'être soumise. De même, lorsqu'une partie se place en position d'être soumise, uniquement lors de l'exécution du contrat, le juge pourrait retenir l'absence de soumission car elle n'était pas en position d'être soumise au stade de la conclusion et elle n'avait pas contesté ces clauses. Par ailleurs, l'expression de la volonté des parties ne s'effectue pas nécessairement de manière simultanée avec le comportement contraignant de la partie forte, par exemple l'introduction des clauses litigieuses. Ainsi, il appartient au juge de se placer non seulement au jour de la réalisation du comportement déloyal, soit l'introduction des clauses litigieuses ou la réalisation de la pratique, analyser s'il existait un pouvoir de soumission entre les parties à ce moment-là et quel a été leur comportement puis, vérifier l'éventuelle évolution du pouvoir de négociation des parties au cours de la relation et s'il y a eu un changement dans leur comportement.

Cette analyse combinée de l'évolution des pouvoirs de négociation et du comportement des parties sur l'ensemble de la relation lui permettra de connaître, autant que possible, la volonté réelle des parties avant de se prononcer sur l'existence d'une soumission effective. *In fine*, il convient soit de rejeter la sanction d'une soumission à certaines clauses ou pratique dès lors qu'elle n'a pas eu lieu sur l'ensemble de la relation, soit du moins, d'atténuer la sanction prononcée pour cette pratique. Outre la démonstration du premier critère établissant la soumission ou sa tentative, encore faut-il démontrer, de manière effective, que ce comportement a conduit à imposer des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

Chapitre second - La recherche subséquente des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties

Introduction

202. *Deux conditions sont nécessaires pour établir la pratique.* Outre l'existence d'une soumission ou d'une tentative de soumission, l'article L.442-1, I, 2° du Code de commerce (L.442-6, I, 2° ancien) prévoit une seconde condition d'application : la démonstration d'obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Or, ces deux conditions peuvent être intimement liées, sans qu'on puisse pour autant les déduire automatiquement l'une de l'autre. Dans le premier chapitre, nous estimions que l'étude d'une soumission ou d'une tentative de soumission, à un déséquilibre contractuel impliquait d'étudier le pouvoir de négociation des parties. Ce pouvoir doit être étudié largement et ne saurait se limiter à la position sur le marché des parties, y compris lorsqu'il existe, par nature, un rapport de force déséquilibré¹⁰¹⁹. Par exemple, sans être dominants sur un marché, certains acteurs économiques détiennent un pouvoir de négociation tel qu'ils peuvent imposer des conditions contractuelles déloyales à leur partenaire. C'est pourquoi, nous avons proposé plusieurs facteurs susceptibles de déterminer, avec le plus d'exactitude possible, le pouvoir de négociation des parties. Le pouvoir de négociation - lorsqu'il est utilisé - permet à son détenteur d'influencer, voire de fixer, les termes de l'échange. Ce pouvoir peut donc influencer le partage des droits et obligations entre les parties et, par conséquent, impacter l'équilibre contractuel. Or, une partie placée en position de force dans les négociations n'abuse pas nécessairement de ce pouvoir vis-à-vis de son partenaire, c'est pourquoi il importe d'analyser également le déroulement des négociations et le comportement des parties. Par ailleurs, un déséquilibre contractuel peut exister, sans soumission, lorsqu'il a volontairement été accepté, car même déséquilibré, le partage du contenu contractuel peut satisfaire les deux parties. Ainsi, le législateur ne sanctionne que les déséquilibres significatifs qui ont manifestement été imposés par une partie à une autre¹⁰²⁰. Après avoir étudié la notion de soumission, nous allons nous intéresser dans ce chapitre à la démonstration d'un déséquilibre significatif.

203. *La nécessité de parvenir à une analyse réaliste du déséquilibre significatif.* Si la soumission ou la tentative de soumission à un déséquilibre significatif est un abus de la liberté contractuelle¹⁰²¹, se traduisant par l'abus du pouvoir de négociation vis-à-vis de la faiblesse du

¹⁰¹⁹ C. FREYTAG, *La puissance d'achat en droit européen de la concurrence, Contextes européen, français et allemand*, Th., Hambourg, 26 juin 2014, p. 31 et s.

¹⁰²⁰ J.P. CHARITÉ, Rapport n°908 fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi de modernisation de l'économie (n° 842), Assemblée nationale, 22 mai 2008.

¹⁰²¹ V. not. S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, th. droit, Univ. Montpellier, 2018, §522 : « À partir du moment où l'on constate, au sein même de ce contenu obligationnel, qu'une ou plusieurs clauses déséquilibrées ont été introduites, il n'est plus question d'expression de la liberté contractuelle, mais d'un abus dans l'exercice de cette même liberté. » ; « les contrats sont davantage le produit d'une liberté unilatérale, celle du contractant qui détient une puissance de fait, que le fruit d'une liberté réelle des deux contractants. Dès lors, sans s'enfermer dans les querelles doctrinales relatives à l'objet de cet abus (droit subjectif, liberté, pouvoir, etc.) ou les critères de celui-ci (intention de nuire, détournement de la finalité

partenaire, cette pratique doit être sanctionnée. Pour autant, il convient de s'assurer que les critères sont bien remplis. Nous verrons que, comme le premier critère relatif à la soumission ou sa tentative, le second critère du déséquilibre significatif fait également l'objet d'une analyse juridique manquant de réalisme au sens économique, ce qui requiert des améliorations. En pratique, les objectifs éthiques, de loyauté et d'équité, poursuivis par le législateur, certes louables, conduisent néanmoins les juges à exclure des indices majeurs de l'analyse du déséquilibre significatif. En effet, l'analyse économique fournit des indices utiles, et même nécessaires, pour comprendre et étudier l'équilibre contractuel entre les acteurs économiques. L'Économie est nécessairement concernée du fait de la nature commerciale des relations entre acteurs économiques que le Droit entend réglementer. L'analyse économique est également utile car elle permet de se rapprocher autant que possible de la réalité des relations commerciales. Elle ne s'oppose pas nécessairement à l'analyse juridique puisqu'elle admet qu'une intervention étatique puisse être nécessaire pour réglementer des comportements commerciaux abusifs. Ainsi, en offrant une analyse plus réaliste, l'analyse économique renforce l'efficacité de la réglementation juridique puisqu'elle est comprise par les acteurs auxquels elle s'applique. Or, une analyse réaliste permet d'éviter les erreurs de sanction, conduisant à sanctionner un innocent ou libérer un coupable, ou des sanctions inadaptées qui, comme nous le verrons, peuvent être très préjudiciables pour les acteurs économiques ou la société. Une meilleure compréhension du déséquilibre significatif, en pratique, permettrait de formuler une analyse juridique plus efficace. Ainsi, nous verrons que les objectifs éthiques, de loyauté et d'équité, sur lesquels l'analyse juridique s'appuie peuvent être conciliés avec celui d'efficacité économique.

204. *La notion d'équilibre à travers l'analyse économique et l'analyse juridique.* Le Droit entend sanctionner la pratique de déséquilibre significatif. Il convient, tout d'abord, de s'interroger sur la détermination d'un déséquilibre avant d'appréhender son intensité. Or, si le déséquilibre est une absence d'équilibre ou une perte de l'équilibre, encore faut-il déterminer en quoi consiste l'équilibre¹⁰²². La notion d'équilibre provient du latin « *aequilibrium* », renvoyant à « *aequus* » qui signifie égal et « *libra* » qui signifie balance, poids. L'équilibre se définit plus globalement comme l'état d'un corps sollicité par deux ou un plus grand nombre de forces qui s'entre-détruisent, ou qui s'annulent sur une résistance¹⁰²³. L'équilibre est une notion très utilisée en économie, depuis plusieurs siècles¹⁰²⁴, et dont s'est inspirée l'analyse juridique. Nous verrons que les deux matières ont, à première vue, une approche différente de l'équilibre contractuel. En effet, puisque l'objet de notre analyse est le « *déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* », l'équilibre s'analysera, généralement, à travers un contrat. Le contrat se définissant comme une convention, un accord de volonté,

sociale des droits, etc.), il est bien question, quand un contractant façonne les droits et obligations dans son intérêt exclusif, d'un "usage excessif", autrement dit d'un abus de sa liberté contractuelle. Certes, un contrat est rarement un jeu à somme nulle, mais c'est faire un usage déraisonnable de sa liberté, et aller au-delà d'un rapport de soumission "normal" ».

¹⁰²² Dictionnaire en ligne, Larousse.

¹⁰²³ Dictionnaire en ligne, Le Monde.

¹⁰²⁴ T. DÜPPE, « L'histoire du concept d'équilibre en sciences économiques », *Érudit, L'Actualité économique*, vol. 92, n° 3, septembre 2016, p. 489-617.

comportant un certain nombre de droits et obligations pour les parties en présence¹⁰²⁵. En pratique, les juges déclarent également procéder à une appréciation de l'équilibre du contrat pris dans sa globalité. C'est pourquoi nous nous référerons ultérieurement aux notions de « *équilibre contractuel* » ou de « *déséquilibre contractuel* ». Nous verrons que l'analyse juridique recherche un partage équitable des droits et obligations entre les cocontractants, résultant d'une négociation loyale, là où l'analyse économique recherche plutôt un partage efficace entre les parties. Or, l'analyse juridique fait pourtant de l'efficacité, un critère majeur de son analyse¹⁰²⁶ et l'analyse économique admet également l'importance de la loyauté dans les échanges entre les acteurs¹⁰²⁷. Puisque ces matières entendent, toutes deux, étudier et régir les relations commerciales, il apparaît pertinent de confronter leur analyse, puis de voir ce que chacune peut apporter à l'autre. Cette application commune peut conduire à l'établissement d'une réglementation mêlant à la fois éthique juridique et efficacité économique.

205. *L'analyse de l'équilibre au sens économique se traduit d'abord sur le ou les marchés.* Lorsqu'on s'intéresse à la notion d'équilibre en économie, on se réfère principalement à l'analyse de l'équilibre sur le ou les marchés. En économie, l'équilibre a principalement été étudié au sein d'un marché unique, c'est-à-dire en équilibre partiel, ou sur plusieurs marchés interdépendants, en équilibre général¹⁰²⁸. Ainsi, avant de s'intéresser à l'analyse de l'équilibre dans les relations commerciales, certes plus proche de l'approche juridique limitée au contrat, il convient d'étudier l'équilibre sur le ou les marchés. Nous verrons que cette étude préliminaire a son importance car l'équilibre sur le ou les marchés et l'équilibre dans le contrat peuvent être liés. La mise en œuvre d'une concurrence entre les acteurs économiques sur le marché peut expliquer, voire justifier, le comportement de certains acteurs lors de la conclusion des transactions. En effet, ces transactions permettent notamment, aux acteurs économiques, de

¹⁰²⁵ Code civ., art. 1101 : « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. ».

¹⁰²⁶ J.P. CHARITÉ, Rapport n°908 fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi de modernisation de l'économie (n° 842), Assemblée nationale, 22 mai 2008 : « Nous cherchions l'effectivité juridique au lieu de l'efficacité économique. [...] Le juridiquement légal et l'économiquement loyal [...] plus nous voulons renforcer la sécurité juridique plus nous affaiblissons la sécurité économique. En ce domaine aussi il est temps de changer » ; l'article L. 442-6 pose « l'interdiction de déséquilibres significatifs dans les droits et obligations des parties ». Le fournisseur et le revendeur ne pourront pas s'accorder des avantages qui seraient déséquilibrés par rapport à leurs engagements. Par impact direct et indirect, cette disposition verticale aura des effets positifs sur les relations horizontales.

¹⁰²⁷ Ref. th. §146 et v. égal. L. BENZONI, « Loyauté de la concurrence et économie : une perspective historique », Colloque n° 66, novembre 2017, *Revue Lamy de la concurrence*, p. 5.

¹⁰²⁸ A. ASENSIO, « Chapitre 8. L'approche macroéconomique de l'équilibre walrasien », dans *Le fonctionnement des économies de marché*, 2008, p. 95-112 : « D'après les économistes, du fait de l'interdépendance des marchés, la théorie se doit d'aborder la question de l'équilibre de manière globale. En effet, les quantités offertes et demandées des différents biens ne sont pas indépendantes. Lorsqu'un individu augmente sa dépense pour un bien, il doit réduire sa dépense pour d'autres biens afin de respecter sa contrainte budgétaire. De même, lorsqu'un producteur augmente la production d'un bien, il doit adapter les quantités d'inputs (produits provenant d'autres branches nécessaires pour la fabrication) et d'outputs (produits finaux fabriqués) compatibles avec la technologie disponible. Par conséquent, l'offre et la demande agrégées d'un bien sont étudiées simultanément avec l'offre et la demande agrégées des autres biens. Ainsi, l'équilibre sur un marché ne suffit pas car il est partiel, il faut analyser les marchés connexes et rechercher l'existence d'un équilibre général. ».

maintenir ou accroître leur position sur le marché et peuvent donc impacter son fonctionnement concurrentiel.

Le marché est le lieu de rencontre entre l'offre et la demande d'un bien ou d'un service donné. C'est donc un lieu d'échanges entre les acteurs économiques. Sur ce marché, l'équilibre n'apparaît que lorsque la courbe de la demande croise celle de l'offre¹⁰²⁹. On dit que l'offre est égale à la demande. Ainsi, l'échange s'arrête au point d'équilibre, ce qui signifie que l'ensemble des gains à l'échange sont entièrement épuisés. En effet, les acheteurs et les vendeurs agissent sur le marché pour en tirer un bénéfice et les surplus du consommateur et du producteur offrent une mesure de leurs gains à l'échange¹⁰³⁰. C'est à ce point d'équilibre que l'allocation des ressources semble être la plus efficace. Pour y parvenir, les économistes recommandent que le marché soit en situation de concurrence pure et parfaite.

206. *Un idéal à atteindre en matière d'allocation des ressources : la concurrence pure et parfaite.* Le modèle de concurrence pure et parfaite (« CPP ») constitue l'un des fondements de la théorie néoclassique. Ce modèle permet d'expliquer la détermination du prix, le comportement des acteurs économiques et le fonctionnement des mécanismes des marchés. La concurrence signifie que les vendeurs d'un même produit ou service sont en compétition pour satisfaire la demande. Dans le cadre de cette analyse, on part du postulat que l'agent économique est un être rationnel. Le modèle de concurrence pure et parfaite repose sur cinq conditions développées par l'économiste L. WALRAS¹⁰³¹ :

- Premièrement, il faut démontrer l'atomicité du marché. Il doit exister un grand nombre d'offreurs et de demandeurs et aucun d'entre eux ne bénéficie sur le marché d'une puissance suffisante pour exercer une action quelconque sur la production et sur le prix. En effet, les individus ne doivent avoir aucune influence sur les prix des transactions, ils sont appelés « *price takers* »¹⁰³². Les choix individuels d'offre et de demande sont interdépendants : leurs décisions vont avoir un impact sur les autres mais elles dépendent également des décisions des autres acteurs.
- Deuxièmement, il faut démontrer l'homogénéité du produit. Les produits et services proposés sur le marché sont jugés identiques ou homogènes par les acheteurs. Ils n'ont aucune préférence pour un produit plutôt qu'un autre et sont seulement guidés par le

¹⁰²⁹ A. BERAUD, « Le développement de la théorie de l'équilibre général. Les apports d'Allais et de Hicks », *Revue économique*, vol. 65, n° 1, 2014, p. 125-158, §8.

¹⁰³⁰ Le surplus du consommateur renvoie à la différence entre ce qu'il était prêt à payer pour le produit et le prix du marché. Le surplus du producteur renvoie à la différence entre la recette qu'il acceptait de recevoir et le prix qui va lui être effectivement payé. La somme de ces deux surplus représente les gains à l'échange des offreurs et des demandeurs. En principe, seul le prix d'équilibre maximise ces gains, et tout autre niveau de prix réduirait l'un des deux surplus. V. en ce s., F. ETNER « 12. Le surplus économique », *Microéconomie*, sous la direction d'Etner François, Presses Universitaires de France, 2012, p. 289-302.

¹⁰³¹ J.C. DROUIN, « 6. Léon Walras, théoricien de l'équilibre économique », *Les grands économistes*, sous la direction de Drouin Jean-Claude, Presses Universitaires de France, 2012, p. 63-74.

¹⁰³² *A contrario*, la concurrence est dite imparfaite lorsqu'au moins une des cinq conditions n'est pas appliquée. C'est le cas, par exemple, lorsque les choix des acteurs ont une influence sur les prix. On parle de *price makers*. V. égal. Y. CROISSANT, P. VORNETTI, « État, marché et concurrence - Les motifs de l'intervention publique », *Les Cahiers français : documents d'actualité*, La Documentation française, 2003, 313, p. 3-8.

prix. Pour que la concurrence soit maintenue entre les offreurs, ces derniers doivent proposer un produit identique et à distance égale des demandeurs. En effet, plus la différenciation du produit par rapport à l'offre des concurrents et la proximité aux consommateurs est marquée, plus l'offreur peut augmenter son pouvoir de marché, réduire la pression concurrentielle et donc augmenter ses prix.

- Troisièmement, il faut démontrer la libre entrée sur le marché. Tout acteur souhaitant entrer sur le marché, peut le faire sans restriction, ni délai. Les acteurs déjà présents ne peuvent s'opposer à l'arrivée de nouveaux concurrents.
- Quatrièmement, il faut démontrer la transparence du marché. Les offreurs et les demandeurs sont parfaitement informés des caractéristiques des produits/services et des prix auxquels ils sont proposés, ce qui permet d'éviter que certains profitent d'une information asymétrique pour manipuler le marché.
- Cinquièmement, il faut démontrer la libre circulation des facteurs de production. Le capital et le travail sont en perpétuelle mouvance afin de rechercher la meilleure opportunité de rémunération. Cet état est optimal puisque ainsi, les plans individuels sont compatibles entre eux. Les consommateurs trouvent la quantité qu'ils demandent, les producteurs vendent la quantité qu'ils offrent. Or, en l'absence de barrière à l'entrée et d'entreprises exerçant un pouvoir de marché, tous les producteurs sont supposés bénéficier des mêmes avantages, ce qui ne signifie pas pour autant que la marge de profit est la même pour tous¹⁰³³.

Néanmoins, il apparaît que le système de marché ne se fixe pas nécessairement et spontanément sur l'équilibre¹⁰³⁴. Un écart entre la quantité d'offre et la quantité de demande peut avoir un effet sur les prix et exige de corriger les plans individuels pour le supprimer. Par exemple, c'est par une augmentation du prix lorsque l'offre est inférieure à la demande qu'on peut parvenir à une égalité. Dans cette économie de marché, on constate qu'un « *processus décentralisé de coordination et de communication* » s'installe permettant à ces acteurs de parvenir à la solution la plus efficace. Ainsi, « *Léon Walras, considéré comme le père fondateur de la théorie néoclassique de l'équilibre général [...], comparait les effets de la concurrence au travail d'un « commissaire priseur », qui serait chargé de sélectionner le système de prix pour lequel les offres et demandes sont égales sur tous les marchés* »¹⁰³⁵. On parle de « *tâtonnement* » pour définir le processus logique par lequel le « *commissaire-priseur* », au sens de Walras, centralise les informations concernant les offres et demandes et ajuste les prix.

Ainsi, parmi toutes les affectations possibles des ressources de l'économie (ses « états réalisables »), certaines conduisent à des équilibres de concurrence parfaite, c'est-à-dire les états où chaque individu obtient ce qu'il demande aux prix affichés par le commissaire-priseur (qui a, au préalable, utilisé les offres et demandes de chacun pour y parvenir). Un système de

¹⁰³³ Or, plus le nombre de concurrents augmente, plus le prix d'équilibre diminue jusqu'à annuler le profit. V. A. ASENSIO, « Chapitre 6. L'équilibre sur un marché concurrentiel », dans *Le fonctionnement des économies de marché*, 2008, p. 69-81 : « L'annulation du profit ne signifie pas, bien entendu, que la rémunération de l'entrepreneur est nulle, puisque le travail de l'entrepreneur est payé au prix du marché, au même titre que tous les autres inputs. La concurrence a vocation à annuler le profit pur. ».

¹⁰³⁴ A. ASENSIO, « Chapitre 6. L'équilibre... », *ibid.*, p. 69-81.

¹⁰³⁵ A. ASENSIO, « Chapitre 6. L'équilibre... », *ibid.*, p. 69-81.

prix est donc associé à ces affectations des ressources¹⁰³⁶. Ainsi, « conformément à l'intuition d'A. Smith, un équilibre général walrasien possède une propriété d'efficacité collective, comme si une main invisible avait mis en accord les choix individuels avec l'intérêt général »¹⁰³⁷. Cette allocation efficace des ressources signifie une allocation conforme à ce qui est attendu : soit la maximisation de la somme des surplus du consommateur et du producteur. Dès lors, tous les plans optimaux sont réalisés. En effet, elle permet une allocation efficace des ressources, au sens de Pareto¹⁰³⁸, favorise les échanges volontaires et les protège de toute forme de coercition par les entreprises puissantes *via* la concurrence entre les demandeurs et les offreurs. Ainsi, les coûts et avantages privés (ceux sur lesquels l'agent fonde son calcul individuel) coïncident avec les coûts et avantages sociaux (ceux pris en compte au niveau de la collectivité tout entière¹⁰³⁹). Les acteurs économiques, en tant que preneurs de prix (« *price takers* »), interagissent sans aucune pression exercée par les partenaires¹⁰⁴⁰. Ainsi, l'économiste F. PERROUX retient : « *force, pouvoir et contrainte sont tendanciellement exclus du marché libre où les seules pressions sont celles du prix qui répartit, entre les emplois et les sujets, les ressources économiques* » [Perroux, 1969, p. 61] »¹⁰⁴¹.

Le marché, au sens du modèle d'équilibre général, est donc l'expression des choix individuels. Cette harmonie collective conduirait à une économie à la fois juste et efficace grâce au fonctionnement de la main invisible¹⁰⁴². Lorsque ce processus se met en place naturellement, au sein d'une économie libre et concurrentielle, garantissant une allocation efficace alors l'intervention étatique n'est pas nécessaire. Le libéralisme économique souhaite limiter la place de l'État dans l'économie pour laisser la plus grande place au marché au profit du libre-échange. Le mot d'ordre est le célèbre slogan : « *laissez faire, laissez passer* »¹⁰⁴³. Or, dans un système juridique de tradition civiliste, fortement marqué par des exigences éthiques, ce modèle peut être jugé trop libéral.

¹⁰³⁶ E. BENICOURT, B. GUERRIEN, « VI / Affectation des ressources et optimalité », Emmanuelle Bénicourt éd., *La théorie économique néoclassique. Microéconomie, macroéconomie et théorie des jeux*, La Découverte, 2008, p. 83-96.

¹⁰³⁷ A. ASENSIO, « Chapitre 7. L'équilibre général », dans *Le fonctionnement des économies de marché*, 2008, p. 83-93.

¹⁰³⁸ Tout équilibre général en concurrence pure et parfaite constitue un optimum de Pareto. Un optimum de Pareto est une allocation des ressources sans alternative souhaitable. Ainsi, tous les agents économiques sont dans une situation telle qu'il est impossible d'améliorer le sort de l'un sans réduire la satisfaction d'un autre.

¹⁰³⁹ Y. CROISSANT, P. VORNETTI. « État, marché et concurrence - Les motifs de l'intervention publique », *Les Cahiers français : documents d'actualité*, La Documentation française, 2003, 313, p. 3-8.

¹⁰⁴⁰ Certes, les acteurs économiques se voient « imposer » des prix, mais en l'occurrence, cette imposition ne résulte pas d'un partenaire commercial mais bien du fonctionnement libre du marché.

¹⁰⁴¹ Cité par V. DESREUMAUX, « Équilibre général et justice sociale : la théorie néoclassique comme philosophie politique ? », *Cahiers d'économie politique*, vol. 64, n° 1, 2013, p. 75-110.

¹⁰⁴² Les acteurs économiques agissent dans leur intérêt personnel, sans avoir à se sacrifier pour un intérêt collectif, la main invisible se chargeant de conduire à une situation satisfaisante pour tous. En ce s., v. V. DESREUMAUX, « Équilibre général et justice sociale : la théorie néoclassique comme philosophie politique ? », *Cahiers d'économie politique*, vol. 64, n° 1, 2013, p. 75-110.

¹⁰⁴³ V. J. GÉNÈREUX, « Les vraies lois de l'économie (17) : laisser faire ou laisser passer, il faut choisir », *Alternatives économiques*, 2002, n°201, dispo. en ligne : « Si tous les économistes n'adhèrent certes pas au slogan célèbre de Vincent de Gournay (1712-1759) - "laissez faire, laissez passer" -, la condamnation du protectionnisme reste néanmoins la prescription la plus partagée par la profession, au nom de deux arguments : les gains du libre-échange et le coût social du protectionnisme. ».

207. *La réalité du marché n'est pas celle d'une concurrence pure et parfaite mais elle reste un modèle à suivre.* Le modèle de concurrence pure et parfaite ne permet l'égalité de l'offre et de la demande que dans des conditions très strictes et difficilement réalisables. Par ailleurs, l'équilibre de marché conduit à un optimum au sens de Pareto seulement sous réserve de certaines conditions¹⁰⁴⁴. Lorsqu'une de ces conditions fait défaut, l'équilibre du marché est réputé ne plus parvenir à une allocation efficace des ressources. Pourtant, si le modèle de CPP prétend conduire à une allocation efficace et « juste » des ressources, cela ne signifie pas pour autant que cette allocation sera équitable au sens juridique. *In fine*, il s'avère qu'en pratique, le modèle de CPP s'applique difficilement dans la vie économique¹⁰⁴⁵. Il apparaît que l'état le plus fréquemment observé en économie est celui du déséquilibre. Les économistes constatent que le modèle de CPP n'est pas toujours mis en œuvre et des défaillances peuvent apparaître sur un marché remettant en cause l'efficacité de l'allocation des ressources. Lorsque la concurrence n'est pas parfaite, elle serait donc imparfaite¹⁰⁴⁶. Lorsque la concurrence est imparfaite, les résultats produits seraient sous-optimaux pour la collectivité en raison du pouvoir de marché exercé par certains agents au détriment des autres¹⁰⁴⁷.

D'après les économistes, les individus peuvent être tentés d'effectuer des transactions hors de l'équilibre, à des prix ne permettant pas la compatibilité des plans individuels. En effet, au sein d'une économie de marché, les acheteurs et les vendeurs sont dits « égoïstes » puisqu'ils n'agissent que dans leur intérêt personnel. Lorsque des transactions sont réalisées à des prix ne permettant pas d'équilibrer l'offre et la demande sur des marchés concurrentiels, les individus ne parviennent pas à atteindre leur plan optimal¹⁰⁴⁸. On parle de défaillance du marché. Ces dernières peuvent découler du caractère imparfaitement concurrentiel du marché¹⁰⁴⁹. Ainsi, on s'intéresse notamment à la structure du marché, par exemple, lorsqu'il n'existe pas un grand nombre d'offres et de demandeurs (notamment en présence de monopole, oligopole, monopsonne, oligopsonne etc.)¹⁰⁵⁰. La concentration sur le marché permettrait de renforcer les pratiques anticoncurrentielles et déloyales. En pratique, la concurrence sur le marché se

¹⁰⁴⁴ Y. CROISSANT, P. VORNETTI. « État, marché et concurrence - Les motifs de l'intervention publique », *Les Cahiers français : documents d'actualité*, La Documentation française, 2003, 313, p. 3-8 : « Succinctement, les trois conditions à remplir sont l'efficacité de l'échange, celle de la production et celle de la combinaison des biens produits. ».

¹⁰⁴⁵ D. CLERC, « La concurrence (pure et parfaite) », *Alternatives économiques*, 2017, Dossiers Hors-série n°006, *dispo. en ligne*.

¹⁰⁴⁶ D. CLERC, « La concurrence .. », *ibid.*

¹⁰⁴⁷ Voir A. ASENSIO, « Chapitre 7. L'équilibre général », dans *Le fonctionnement des économies de marché*, 2008, p. 83-93. Or, d'autres courants économiques, à l'instar de l'École de Chicago ou la théorie dite « des marchés contestables », contestent cette analyse et retiennent, notamment, que le pouvoir de marché n'est pas nuisible pour la concurrence ; au contraire, il démontre l'existence d'un marché concurrentiel qui fonctionne de façon efficiente. Par exemple, la seule existence d'un monopole, caractéristique d'un important pouvoir de marché, ne doit pas être prohibée puisqu'elle démontre l'efficacité de la seule entreprise présente ; or, d'autres entreprises pourraient rentrer sous réserve d'être aussi efficaces.

¹⁰⁴⁸ A. ASENSIO, « Chapitre 8. L'approche macroéconomique de l'équilibre walrasien », dans *Le fonctionnement des économies de marché*, 2008, p. 95-112.

¹⁰⁴⁹ Y. CROISSANT et P. VORNETTI, « État, marché et concurrence, Les motifs de l'intervention publique », *Hal*, 2018, p. 4.

¹⁰⁵⁰ C. FEDERSPIEL, M. SADOURNY, « Les formes actuelles de la concurrence imparfaite », *Regards croisés sur l'économie*, vol. 25, n° 2, 2019, p. 152-159.

caractérise souvent par l'établissement d'une économie de firmes oligopolistiques¹⁰⁵¹. Lorsque des participants au marché peuvent sensiblement modifier les conditions d'équilibre, et qu'ils en prennent conscience, ils vont chercher à en tirer avantage¹⁰⁵². Ainsi, par leurs pratiques, les entreprises tendent à modifier les prix pratiqués (par exemple, *via* une discrimination de prix notamment par des rabais) et/ou la répartition des parts de marché en comparaison avec ce qui devrait s'observer en cas de pleine concurrence¹⁰⁵³. Ces entreprises disposent d'une telle capacité, en principe, du fait de leur pouvoir de marché. On dit que la concurrence est imparfaite puisque certains participants sont en mesure de modifier les conditions d'équilibre à leur profit¹⁰⁵⁴. Or, dans le cadre d'un marché déséquilibré, les économistes retiennent que certains acheteurs ou vendeurs (parfois même les deux) prennent conscience qu'ils peuvent augmenter leur profit ou leur utilité en captant des rentes potentielles (ou rentes économiques de déséquilibre)¹⁰⁵⁵. Pour obtenir de telles rentes, ils deviennent des faiseurs de prix (« *price maker* ») en pratiquant des prix différents du prix d'équilibre antérieur¹⁰⁵⁶.

Le pouvoir de négociation, renforcé par exemple par un excès de demande, joue là encore un rôle important puisqu'il leur permet de modifier le prix ou les quantités dans leur intérêt¹⁰⁵⁷. Ces actions stratégiques peuvent dégrader la qualité de la concurrence. Ainsi, des pratiques abusives, par exemple d'abus de position dominante ou encore d'entente, favorisent l'imperfection de la concurrence en modifiant l'équilibre du marché. De même, la signature de contrats déséquilibrés, visant à renforcer le pouvoir de marché d'une partie au détriment de son partenaire, peut renforcer l'imperfection de la concurrence. La domination est la démonstration d'un dérèglement du marché où une partie est suffisamment puissante pour soumettre son partenaire sans craindre la concurrence¹⁰⁵⁸. Dans un contexte de concurrence imparfaite, les acteurs profitent de l'affaiblissement de la concurrence pour imposer leurs stratégies et maintiennent ainsi la nature imparfaite du marché. Lorsque les parties puissantes parviennent à imposer leur volonté sur le marché et lorsque les parties plus faibles ne parviennent pas à exprimer librement la leur, le fonctionnement du marché est biaisé et l'allocation des ressources l'est aussi. La concurrence imparfaite est réputée, en principe, conduire à une perte d'efficacité

¹⁰⁵¹ D. CLERC, « La concurrence (pure et parfaite) », *Alternatives économiques*, 2017, Dossiers Hors-série n°006, *dispo. en ligne*.

¹⁰⁵² F. ETNER, « 13. La concurrence imparfaite », *Microéconomie*, sous la direction d'Etner François, Presses Universitaires de France, 2012, p. 305-332.

¹⁰⁵³ L. BENZONI, « Loyauté de la concurrence et économie : une perspective historique », colloque n° 66, novembre 2017, *Revue Lamy de la concurrence*, p. 6.

¹⁰⁵⁴ F. ETNER, « La concurrence imparfaite », *Microéconomie*, 2012, p. 305-332.

¹⁰⁵⁵ La différence entre le prix que le demandeur souhaite payer et le coût marginal est appelée, en économie, une rente potentielle. Il s'agit d'une opportunité d'engranger un gain supérieur à ce que permet la deuxième meilleure option, celle-ci consistant à continuer d'effectuer des transactions au prix du marché.

¹⁰⁵⁶ Il ne s'agit plus de *price taker*, comme c'est le cas en CPP, où les entreprises sont contraintes de s'adapter au prix du marché.

¹⁰⁵⁷ Par ailleurs, les entreprises mettent souvent en place des mécanismes concurrentiels contraires aux conditions de CPP, par exemple à travers la publicité, le fait de rogner leurs coûts ou encore de chercher à différencier leurs produits ou services pour maximiser leurs profits.

¹⁰⁵⁸ C. FREYTAG, « La puissance d'achat en droit européen de la concurrence, Contextes européen, français et allemand », th., Hambourg, 26 juin 2014, p. 29-30.

du système économique¹⁰⁵⁹. En principe seulement¹⁰⁶⁰, car un comportement jugé déloyal par certains peut, par exemple, s'avérer profitable au bon fonctionnement du marché et aux consommateurs¹⁰⁶¹.

L'analyse économique s'intéresse donc aux comportements jugés déloyaux des acteurs pouvant nuire au bon fonctionnement du marché et à une allocation optimale des ressources¹⁰⁶². Ainsi, un comportement visant à éloigner le marché d'un état concurrentiel devrait être évité, notamment en présence d'une « *maximisation de l'intérêt individuel sans prise en compte des conséquences défavorables de la décision sur l'utilité collective* » (A. Smith, 1776) »¹⁰⁶³. Si le modèle de CPP n'a pas besoin d'être totalement réaliste pour être utilisé, il permet avant tout de fournir un idéal, un objectif à atteindre. Malgré les critiques qui ont pu être faites concernant ses bienfaits, le modèle de CPP exerce encore aujourd'hui un attrait majeur chez les économistes. Il s'agit d'un « *état souhaitable, une norme vers laquelle il faut tendre ou aspirer* »¹⁰⁶⁴. Il convient alors de corriger les comportements qui ne relèvent pas du jeu normal de la régulation par le marché. C'est pourquoi, une intervention étatique est recommandée lorsque le marché ne parvient pas à se réguler efficacement de manière spontanée.

208. *La justification d'une intervention étatique.* Si la concurrence imparfaite peut, néanmoins, avoir certains avantages, des économistes estiment que l'économie des marchés devrait tendre, autant que possible, vers une concurrence pure et parfaite qui reste un idéal, même inatteignable¹⁰⁶⁵. Dans une économie de marché, l'intervention étatique n'est légitime que lorsqu'elle permet de résoudre les défaillances du marché. Ainsi, un consensus semble s'être développé proposant d'unir l'État et le marché, sans se limiter à un libéralisme absolu, ni à un dirigisme étatique radical¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁵⁹ Pour un avis plus mitigé V. not. F. ETNER, « 13. La concurrence imparfaite », *Microéconomie*, sous la direction d'Etner François, Presses Universitaires de France, 2012, p. 305-332.

¹⁰⁶⁰ Par ex. F. ETNER, « La concurrence... », *ibid.*, p. 305-332. D'après l'économiste, la concurrence imparfaite n'est pas nécessairement néfaste, et ce, sous certaines conditions. Il retient : « S'il s'avérait que la perte [d'efficacité] était finalement minime, il vaudrait mieux renoncer à mettre en place des mesures de contrôle et de répression toujours assez coûteuses. » En outre, « en situation de concurrence imparfaite, les entreprises cherchent à influencer et même à contrôler le marché, au besoin en éliminant les concurrents. Cette attitude peut s'avérer bénéfique si elle conduit à inventer des nouveaux produits ou des nouvelles façons de produire. Au contraire, dans un marché concurrentiel, toute innovation est immédiatement reprise par les concurrents et il en résulte un maigre bénéfice pour l'entreprise ».

¹⁰⁶¹ V. L. BENZONI, « Loyauté de la concurrence et économie : une perspective historique », colloque n° 66, novembre 2017, *Lamy de la concurrence*, p. 6 : « Il peut être démontré que certains des comportements qui semblent manifester l'exercice d'un pouvoir de marché apparaissent en réalité favorables au fonctionnement des marchés et aux consommateurs. Par exemple, les pratiques de discrimination des prix ou de différenciation des produits peuvent permettre d'accroître le nombre de consommateurs ayant accès au produit et de satisfaire au mieux la diversité des goûts et des préférences des consommateurs. ».

¹⁰⁶² L. BENZONI, « Loyauté de la concurrence... », *ibid.*, p. 5.

¹⁰⁶³ Cité par L. BENZONI, « Loyauté de la concurrence... », *ibid.*, p. 5.

¹⁰⁶⁴ E. BENICOURT, B. GUERRIEN, « VII / La concurrence imparfaite », Emmanuelle Bénicourt éd., *La théorie économique néoclassique. Microéconomie, macroéconomie et théorie des jeux*, La Découverte, 2008, p. 97-125.

¹⁰⁶⁵ Pour une analyse plus critique : M. SADOURNY, « La concurrence parfaite ou la cathédrale emportée », *Regards croisés sur l'économie*, vol. 25, n°2, 2019, p. 36-41 ; L. BENZONI, « Loyauté de la concurrence... », *ibid.*, p. 7.

¹⁰⁶⁶ Y. CROISSANT, P. VORNETTI, « État, marché et concurrence - Les motifs de l'intervention publique », *Les Cahiers français : documents d'actualité*, La Documentation française, 2003, 313, p. 3-8.

Par ailleurs, quand bien même un optimum de Pareto pourrait être atteint à l'équilibre du marché, rien ne garantit qu'il soit le seul et surtout, celui préféré par l'État du point de vue de l'équité¹⁰⁶⁷. En effet, l'équilibre de concurrence parfaite est obtenu après avoir procédé à la satisfaction des offres et demandes. Il conduit alors à une répartition des ressources disponibles entre les différents agents économiques. Toutefois, on peut s'interroger sur l'équité d'une telle répartition. Si l'efficacité d'un tel équilibre est *a priori* satisfaisante pour l'économie, est-elle pour autant suffisante en termes d'éthique ? Ainsi, si l'intervention étatique devient une nécessité, comme corolaire du marché, il n'est plus utile de s'interroger sur son utilité mais plutôt sur comment procéder.

209. *L'analyse économique, entre approche positive et normative.* L'analyse économique distingue l'approche positive et l'approche normative, la première étudie le marché tel qu'il est, c'est un constat, alors que la seconde propose des mesures plus équitables, en s'orientant vers le bien-être des acteurs économiques. En effet, les économistes s'accordent pour juger qu'une approche positive, seulement descriptive n'est pas suffisante. L'analyse de l'efficacité pratique d'une action économique implique également de procéder à une approche normative, fondée sur un jugement de valeur, c'est-à-dire « *ce qui doit être* ». Ces deux approches sont donc complémentaires et ne sauraient, utilement, être appliquées l'une sans l'autre dans une économie politique¹⁰⁶⁸.

210. *L'économie du bien-être.* Lorsqu'on s'intéresse à l'approche normative, on est généralement amené à étudier l'économie du bien-être. L'économie du bien-être est une branche de la microéconomie qui entend identifier le bien-être social et les moyens d'y parvenir. L'économie du bien-être désignerait la partie de l'économie normative qui s'intéresse à d'autres normes que l'efficacité¹⁰⁶⁹. Elle a fait l'objet de plusieurs courants, opposant parfois l'ancienne économie du bien-être, portée par l'héritage utilitariste de J. BENTHAM, repris notamment par J. St. MILL et la formalisation d'A. PIGOU, avec la nouvelle économie du bien-être d'après P. SAMUELSON, elle-même opposant le courant britannique, représenté par N. KALDOR et J. HICKS, et le courant américain porté par P. SAMUELSON et A. BERGSON¹⁰⁷⁰. Globalement, l'objectif de l'économie du bien-être est de parvenir à un choix collectif cohérent à partir des préférences individuelles. Si comme nous venons de le voir, l'économie du bien-être fait l'objet de nombreuses théories, parfois opposées, nous rassemblerons les grands principes suivants dans le cadre de cette analyse.

211. *L'économie parétienne du bien-être.* Plus précisément, nous nous intéressons à l'économie du bien-être, dans sa dimension parétienne. Ainsi, d'après les économistes du bien-être, l'efficacité, au sens de Pareto, n'est pas le seul critère à prendre en compte lorsqu'on évalue

¹⁰⁶⁷ Y. CROISSANT, P. VORNETTI, « État, marché et concurrence... », *ibid.*, p. 3-8.

¹⁰⁶⁸ F. MANIQUET, « Qu'est-ce qu'une économie juste ? Place et rôle de l'économie du bien-être dans l'éthique sociale », *Revue d'éthique et de théologie morale*, vol. 268, n° 1, 2012, p. 59-78.

¹⁰⁶⁹ F. MANIQUET, « Qu'est-ce qu'une économie juste ? ... », *ibid.*, p. 59-78.

¹⁰⁷⁰ A. BARBE, « L'économie du bien-être permet-elle de dégager des préférences collectives ? », *Regards croisés sur l'économie*, vol. 18, n° 1, 2016, p. 183-187.

une politique, il convient de procéder à une analyse normative des politiques économiques afin de déterminer si elles bénéficient à l'ensemble des agents de manière équitable. Toutefois, les économistes du bien-être parétien semblent, majoritairement, admettre que l'efficacité doit prévaloir. Le choix d'une politique équitable, par exemple, n'est que secondaire¹⁰⁷¹. Or, l'économie parétienne du bien-être est fortement inspirée de l'efficacité au sens de Pareto, retenue, dans sa version normative, comme un principe éthique¹⁰⁷². Ainsi, l'économie du bien-être part d'un présupposé : le marché est premier et l'État ne doit intervenir que si le marché échoue à tirer le meilleur parti des ressources disponibles¹⁰⁷³. En ce sens également, les théories économiques de la justice semblent fournir des outils mêlant à la fois équilibre, efficacité et équité¹⁰⁷⁴.

212. *Les théorèmes de l'économie du bien-être d'après l'équilibre général.* Deux théorèmes fondamentaux de l'économie du bien-être ont été développés d'après la théorie de l'équilibre général telle que formulée par K. ARROW et G. DEBREU. Ces théorèmes ont été obtenus par une démonstration mathématique et rassemblent plusieurs hypothèses sur le fonctionnement économique (dont la concurrence pure et parfaite) et la possibilité d'un état optimum de l'allocation des ressources (optimum de Pareto). Ces théorèmes entendent démontrer l'existence d'un lien étroit entre les différents équilibres de concurrence parfaite et l'« *optimalité collective* »¹⁰⁷⁵. Ils se fondent également sur le critère de Pareto comme critère d'optimalité.

Le premier théorème du bien-être peut-être énoncé de la manière suivante : « *s'il existe un système complet de marchés et si les préférences des agents sont monotones, alors l'affectation des ressources d'un équilibre de concurrence parfaite est un optimum de Pareto* »¹⁰⁷⁶. Ce qui signifie que tout équilibre général, en situation de concurrence pure et parfaite, est un optimum de Pareto. Sous réserve de ces conditions, laisser les agents échanger librement permet de conduire à un optimum. Ce qui renvoie à la préférence pour cette forme de concurrence et justifie une intervention étatique lorsqu'elle est défailante. Ce théorème renvoie également à la boîte d'Edgeworth qui reprend les échanges entre deux acteurs et permet de déterminer les points mutuellement avantageux¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷¹ En ce sens également, les théories économiques de la justice semblent fournir des outils mêlant à la fois équilibre, efficacité et équité ; v. C. ARNSPERGER, « Justice et économie. Latitudes d'égalisation et obstacles existentiels », *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 33, n° 1, 2002, p. 7-26.

¹⁰⁷² F. MANIQUET, « Qu'est-ce qu'une économie juste ? Place et rôle de l'économie du bien-être dans l'éthique sociale », *Revue d'éthique et de théologie morale*, vol. 268, n° 1, 2012, p. 59-78.

¹⁰⁷³ Y. CROISSANT, P. VORNETTI, « État, marché et concurrence - Les motifs de l'intervention publique », *Les Cahiers français : documents d'actualité*, La Documentation française, 2003, 313, p. 3-8.

¹⁰⁷⁴ V. C. ARNSPERGER, « Justice et économie. Latitudes d'égalisation et obstacles existentiels », *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 33, n° 1, 2002, p. 7-26.

¹⁰⁷⁵ E. BENICOURT, B. GUERRIEN, « VI / Affectation des ressources et optimalité », Emmanuelle Bénicourt éd., *La théorie économique néoclassique. Microéconomie, macroéconomie et théorie des jeux*, La Découverte, 2008, p. 83-96.

¹⁰⁷⁶ E. BENICOURT, B. GUERRIEN, « VI / Affectation des ressources... », *ibid.*, p. 83-96.

¹⁰⁷⁷ Il s'agit d'un graphique qui illustre les possibilités d'échange de deux biens entre deux individus et où chaque point correspond à une allocation des ressources sous la forme d'un partage.

Le second théorème du bien-être énonce que : « *si les préférences des individus sont convexes, s'il existe un marché pour chaque bien, si l'information est parfaite et si des transferts forcés de ressources de type forfaitaire peuvent être effectués, toute allocation optimale peut être réalisée en tant qu'équilibre concurrentiel avec des transferts appropriés* ». Ainsi, tout optimum de Pareto peut être obtenu par un équilibre Walrasien, après réallocation des dotations initiales. En complétude du premier théorème, le second théorème sous-entend qu'il suffit de modifier les dotations initiales des agents pour parvenir à un optimum de Pareto souhaité. Rappelons qu'un état réalisable en économie, constitue une *répartition des ressources disponibles* entre les individus. Il existe plusieurs états réalisables possibles soit plusieurs répartitions des ressources disponibles entre les individus¹⁰⁷⁸. Par ailleurs, notons qu'il existe une infinité d'optimums de Pareto, qui peuvent correspondre à des répartitions très différentes des ressources entre les individus. Ainsi, si l'État modifie opportunément les dotations initiales des acteurs, puis laisse s'appliquer le mécanisme de marché concurrentiel pour atteindre un équilibre Walrasien, on parvient également à un optimum de Pareto, mais cette fois-ci efficace et équitable¹⁰⁷⁹. Ce théorème peut être utilisé par l'État pour interférer dans le système économique et réorienter le partage des biens entre les acteurs¹⁰⁸⁰. Leur modification permet de tendre vers un objectif de bien-être social, en choisissant parmi les allocations efficaces de ressources, celles conduisant à un partage équitable soit « *l'optimum optimorum* ». Rappelons que les acteurs économiques poursuivent leur intérêt personnel, sans réellement y ajouter une dimension d'équité. C'est pourquoi, l'État devient déterminant pour forcer à prendre en considération cette exigence lorsqu'elle n'est pas atteinte¹⁰⁸¹. À noter, néanmoins, que ce mécanisme mis en place par l'État, visant à modifier les dotations initiales, ne doit pas conduire à une perte d'efficacité. Par ailleurs, se pose également la question de la réaction des individus concernés et notamment l'acceptation ou non de ce changement.

213. *Les moyens d'intervention de l'État*. Par exemple, l'École de Fribourg (appartenant à l'ordolibéralisme) estime que l'économie ne peut pas fonctionner durablement si les normes établies par le droit étatique ne sont pas respectées. L'École de Fribourg recommande d'utiliser l'État pour préserver le processus économique et garantir le bon fonctionnement de l'économie de marché¹⁰⁸². L'idée, en pratique, serait d'inscrire une théorie de la justice sociale au sein du modèle de l'équilibre général afin de compléter l'analyse en termes d'efficacité. L'État interviendrait alors pour procéder à cette répartition équitable. C'est ce que prévoit notamment le second théorème de l'économie du bien-être précité¹⁰⁸³. Dès lors,

¹⁰⁷⁸ Ces ressources peuvent être, entièrement ou en partie, affectées à la production de biens. Les biens produits viennent se rajouter aux ressources existantes, on peut donc alors abstraire les biens produits. E. BENICOURT, B. GUERRIEN, « VI / Affectation des ressources... », *ibid.*, p. 83-96.

¹⁰⁷⁹ Se pose toutefois la question des coûts et avantages sociaux induits par une telle modification.

¹⁰⁸⁰ Dispo. sur le site pierrekopp.com, « Chap. 3. Les deux théorèmes de l'économie du bien-être », 2015.

¹⁰⁸¹ C. GAMEL, *Les Théories de la Justice Vues par un Économiste. De « l'Économie du Bien-Être » au « Post-Welfarisme » Contemporain*, 2012, p. 14.

¹⁰⁸² M. MEDJNAH, *L'analyse économique du droit de la concurrence : historique, comparaison, classification*, Legavox, 2012, dispo. sur le site <https://www.legavox.fr>.

¹⁰⁸³ Y. CROISSANT et P. VORNETTI, « État, marché et concurrence, Les motifs de l'intervention publique », *Hal*, 2018, p. 4 : « L'optimum qui, dans le meilleur des cas, est atteint à l'équilibre de marché n'est pas le seul qui soit réalisable. Et rien ne garantit qu'il soit celui que, du point de vue de l'équité, la société (dont l'État est le mandataire) conçoit comme le meilleur. » « La recherche de l'équité se traduit ainsi par la mise

l'intervention étatique entend remédier aux défaillances, soit en intervenant sur le marché, soit en intervenant dans les relations entre les acteurs économiques.

Or, nous verrons que l'équilibre des contrats et l'équilibre du marché peuvent être intimement liés. Certains chercheurs reconnaissent qu'un tel lien existe, puisqu'il semble peu probable qu'un rapport contractuel n'affecte pas la concurrence, même de manière mineure, dès lors que ce contrat s'inscrit dans un processus concurrentiel¹⁰⁸⁴. Il est donc justifié que l'État puisse intervenir dans un contrat pour en supprimer le déséquilibre et préserver les intérêts des acteurs économiques, dont la participation libre sur le marché s'avère fondamentale. Ainsi, s'il existe un déséquilibre contractuel, une solution pourrait être trouvée dans des causes extracontractuelles sur le ou les marchés¹⁰⁸⁵ ou à travers une intervention directe dans le contrat.

214. *L'analyse de l'équilibre économique dans les transactions commerciales.* Si l'Économie analyse, traditionnellement l'équilibre sur un ou des marchés, elle peut également étudier cette notion à travers les transactions commerciales¹⁰⁸⁶. En Économie, l'échange économique¹⁰⁸⁷ ne se limite pas au modèle de contrat¹⁰⁸⁸, il est entendu de manière très large¹⁰⁸⁹. La transaction conduit à un échange entre les parties ou à une coproduction et assure, ainsi, l'atteinte d'un point d'équilibre du marché (à l'équilibre de l'offre et de la demande).

Puisque l'acteur économique est réputé agir de manière rationnelle et individualiste, les économistes partent du postulat que l'acteur économique a volontairement accepté un engagement contractuel, en principe, en connaissance de cause (sauf lorsqu'il agit sous l'emprise d'une violence ou en cas d'asymétrie d'information)¹⁰⁹⁰. Ainsi, comme le retient le Professeur E. BROUSSEAU : « *il n'y a donc pas de raison, pour un économiste de s'interroger sur la licéité d'un contrat à partir du moment où il y a preuve ou témoignage de son existence. Si les parties l'ont accepté, elles l'ont fait rationnellement* »¹⁰⁹¹. S'il est vrai que les parties souhaitent que les droits acquis lors de cette transaction soient supérieurs aux obligations auxquelles elles s'engagent, la conclusion de la transaction traduira, néanmoins, un compromis. Le contrat est donc représentatif de leur volonté et démontre l'intérêt de sa conclusion pour chacune d'elles. C'est pourquoi, d'après E. BROUSSEAU, « *il n'y a donc pas lieu de revenir sur des engagements contractuels au motif qu'a posteriori on pourrait constater qu'ils ne*

en place d'une politique de redistribution visant à permettre à l'économie de marché de sélectionner le "meilleur des états meilleurs", l'optimum optimorum. ».

¹⁰⁸⁴ C. FREYTAG, *La puissance d'achat en droit européen de la concurrence, Contextes européen, français et allemand*, th. Hambourg, 2014, p. 33.

¹⁰⁸⁵ E. BROUSSEAU, « L'Économiste, le Juriste et le Contrat », à paraître dans *Le Contrat au début du XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de M. Jacques Ghestin*, sld. M. Fabre-Magnan et C. Jamin, 2000, p. 9.

¹⁰⁸⁶ V. E. BROUSSEAU, « L'Économiste, le Juriste et le Contrat », *ibid.*, p. 1-22 ; L. BENZONI, P.Y. DEBOUDE, *Du déséquilibre significatif dans les relations entre partenaires commerciaux à la puissance d'achat : une perspective économique*, 13 janvier 2015, dispo. sur le site <https://www.teraconsultants.fr>.

¹⁰⁸⁷ L. d'URSEL, « L'analyse économique du droit des contrats », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 14, n° 1, 1985, p. 45-88.

¹⁰⁸⁸ Le contrat est une transaction juridique bilatérale, voire multilatérale, au cours de laquelle deux ou plusieurs parties conviennent de certains droits et obligations mutuels.

¹⁰⁸⁹ É. BROUSSEAU, « L'Économiste,... », *ibid.*, p. 11.

¹⁰⁹⁰ É. BROUSSEAU, « L'Économiste,... », *ibid.*, p. 8.

¹⁰⁹¹ É. BROUSSEAU, « L'Économiste,... », *ibid.*, p. 8.

correspondaient pas initialement à la volonté des parties »¹⁰⁹². Il juge qu'au contraire, une telle action pourrait avoir des conséquences désastreuses puisqu'elle ferait perdre toute crédibilité aux transactions déjà conclues, favoriserait les comportements opportunistes et, *in fine*, ferait échec à plusieurs relations contractuelles¹⁰⁹³. Lorsqu'elle analyse une relation entre agents économiques, l'analyse économique privilégie, en effet, le critère d'efficacité de la transaction et non sa dimension éthique¹⁰⁹⁴. Ainsi, E. BROUSSEAU retient que « *la littérature économique sur les contrats ne considère pas l'équilibre contractuel comme une question centrale et pertinente. D'une part, le contrat est par essence la résultante d'un accord respectant les intérêts bien compris des deux parties. D'autre part, un éventuel déséquilibre est lié à des causes extra-contractuelles auxquelles il convient de remédier principalement par d'autres moyens que l'action sur les contrats.* »¹⁰⁹⁵.

S'il convient de ne pas interférer avec la liberté contractuelle des acteurs économiques, les économistes admettent, toutefois, une limite puisqu'ils contestent, également l'existence de comportements déloyaux lors des échanges. En effet, la loyauté est une valeur majeure pour le bon fonctionnement du marché. Par exemple, lorsqu'une partie parvient à transférer, indûment, un coût à son partenaire, elle ne subit pas ce coût et maximise son gain. Comme le retient le Professeur L. BENZONI, il ne s'agit pas d'un « *comportement individuel nécessairement conforme à la recherche de la maximisation de l'utilité collective chère à Adam Smith, donc guère conforme au principe de la loyauté* » bien que « *nombre d'économistes soutiennent que les lois restrictives devraient rester exceptionnelles et que les arrangements bilatéraux devraient être privilégiés* »¹⁰⁹⁶. Pour autant, il rappelle que : « *Comme cela a été montré de longue date aussi bien par l'économie que la sociologie, la confiance est un ingrédient essentiel de la vie sociale et des affaires et elle contribue puissamment à l'efficacité contractuelle.* »¹⁰⁹⁷. La confiance serait une vertu pour le bon fonctionnement du marché assurant la pérennité des relations¹⁰⁹⁸. Par ailleurs, d'après l'économiste et sociologue F. CUSIN : « *dans les relations sociales et économiques, faire confiance c'est se fier à quelqu'un, se confier, c'est-à-dire s'en remettre à une personne sur la base d'une foi en sa loyauté* »¹⁰⁹⁹. En effet, il n'est nullement nécessaire de contrôler les échanges contractuels, sous réserve, toutefois, qu'ils ne résultent pas de comportements déloyaux nuisant à l'acceptation, bien comprise, des acteurs économiques.

¹⁰⁹² É. BROUSSEAU, « L'Économiste,... », *ibid.*, p. 8.

¹⁰⁹³ É. BROUSSEAU, « L'Économiste,... », *ibid.*, p. 8.

¹⁰⁹⁴ É. BROUSSEAU, « L'Économiste,... », *ibid.*, p. 8 : « Il n'existe pas réellement de concept de justice en économie. [...] Ce dont dispose l'économiste c'est un critère d'efficacité (le critère de Pareto, cf. Pareto [1906]). Il est néanmoins important de préciser d'emblée que ce critère n'est qu'un critère partiel [...] [l'économiste] a tendance à penser que si un prix ou des conditions d'échange ont été acceptées de part et d'autre, elles sont *a priori* conformes aux intérêts des deux parties et ont donc peu de raisons d'être considérées comme injustes ».

¹⁰⁹⁵ É. BROUSSEAU, « L'Économiste,... », *ibid.*, p. 9.

¹⁰⁹⁶ L. BENZONI, « Loyauté de la concurrence et économie : une perspective historique », colloque n° 66, novembre 2017, *Revue Lamy de la concurrence*, p. 9.

¹⁰⁹⁷ L. BENZONI, « Loyauté de la concurrence et économie : une perspective historique », *ibid.*, p. 10.

¹⁰⁹⁸ K. J. ARROW, *Les limites de l'organisation*, Paris, PUF, 1976, p. 23 : « La confiance est un "lubrifiant" important du système social ; elle est extrêmement efficace ; elle évite de se donner la peine d'avoir à apprécier le crédit que l'on peut accorder à la parole des autres. Malheureusement ce n'est pas une marchandise que l'on peut facilement acheter. ».

¹⁰⁹⁹ F. CUSIN, « Relations marchandes et esprit d'entreprise : la construction sociale de la confiance », *Revue Interventions économiques*, 33, 2006, mis en ligne le 01 avril 2006, §4.

L'État peut non seulement agir sur le marché, mais également sur le contrat et inciter les entreprises à privilégier d'autres formes de négociation. Ainsi, s'opposent « *la négociation distributive* [qui] renvoie au cadre standard défini par la théorie des jeux : une négociation bilatérale conflictuelle, à propos d'un surplus fixe »¹¹⁰⁰ avec « *la négociation dite intégrative* [qui] renvoie à une autre conception de la négociation où l'atteinte de l'objectif pour un joueur n'empêche pas la satisfaction des désirs de l'autre, jusqu'à un certain point, celui où la négociation peut redevenir distributive. Les agents sont supposés coopérer pour atteindre ces solutions, dites « gagnantes-gagnantes » »¹¹⁰¹.

215. *L'introduction de la notion d'équilibre en droit commercial.* Le législateur français a introduit une sanction des soumissions ou tentatives de soumission à un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, à travers la loi LME¹¹⁰², ayant pour objectifs d'assurer la croissance, la liberté et l'équilibre¹¹⁰³. Si cette loi prévoyait une expansion de la liberté des parties de négocier, elle entendait également renforcer le contrôle et les sanctions des comportements abusifs¹¹⁰⁴. En effet, le législateur souhaitait protéger la partie faible au contrat¹¹⁰⁵ contre les comportements déloyaux de son partenaire¹¹⁰⁶. Toutefois, cette liberté apportait par la loi de modernisation de l'économie apparaît refreinée par les récentes lois Egalim et en particulier celle du 30 mars 2023 interdisant notamment de discriminer en matière de produits de grande consommation¹¹⁰⁷. Ces lois viennent accroître les processus

¹¹⁰⁰ La notion de « surplus » sera développée ultérieurement lorsqu'on s'intéressera à l'équilibre contractuel en économie.

¹¹⁰¹ J.C. PEREAU, « Ariel Rubinstein : le maître de négociation », *Négociations*, vol. 17, n° 1, 2012, p. 9-16, §8.

¹¹⁰² Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

¹¹⁰³ Communiqué de presse du Conseil des ministres du 28 avril 2008 relatif à la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie ; dossiers législatifs, loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, exposé des motifs.

¹¹⁰⁴ L. BETEILLE, E. LAMURE, P. MARINI, Rapport n°413 fait au nom de la commission spéciale, Sénat, 24 juin 2008, examen des articles. L'article 22, introduisant notamment une sanction du déséquilibre significatif, constitue un « corollaire nécessaire de l'article 21 » puisqu'à « l'augmentation de la liberté des parties de négocier, doit être associé un renforcement du contrôle et des sanctions des comportements abusifs ». Le gouvernement entend appliquer le principe selon lequel plus de liberté s'accompagne de plus de responsabilité.

¹¹⁰⁵ Dossiers législatifs, loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, exposé des motifs : « Enfin, la libéralisation des relations commerciales s'accompagne d'un renforcement des sanctions, afin de protéger les acteurs les plus vulnérables. ».

¹¹⁰⁶ Assemblée nationale, Session ordinaire de 2007-2008, Compte rendu intégral, Deuxième séance du jeudi 12 juin 2008, modernisation de l'économie. M. Jean-Paul Charié, le rapporteur, estime que « nous pourrions [...] vérifier qu'il n'y a pas de déséquilibres entre les obligations ou entre les deux parties. Et, grâce à cela, nous pourrions, je m'y engage, ainsi que le Gouvernement, rétablir un équilibre entre petites et grandes entreprises, même si [...] il y aura toujours des rapports de force. Mais ce ne sera plus, comme c'est malheureusement le cas depuis quinze ans, la loi de la jungle ».

¹¹⁰⁷ G. CHANTEPIE, « EGALIM 3 : le droit des relations commerciales réformé à tâtons (Première partie : l'émission du droit des négociations commerciales) », *Dalloz actualité*, 05 avril 2023 : « Est également étendue, d'autre part, l'interdiction de discriminer ses partenaires commerciaux. [...] De nouveau, le législateur ressort une vieille recette, abandonnée en 2008 en raison des effets pervers qu'elle était susceptible d'entraîner. » ; C. GRIMALDI, « Que reste-t-il de la liberté contractuelle (à propos du titre IV du livre IV du code de commerce) ? », *Recueil Dalloz*, 2023, p. 652 : « La réintroduction de l'interdiction des pratiques discriminatoires, d'abord dans le secteur alimentaire avec la loi n° 2021-1357 du 18 octobre 2021 (Egalim 2), puis dans l'entier secteur des produits de grande consommation avec la loi Egalim 3,

d'encadrement et de contrôle des échanges contractuels, introduits par le législateur, dont le périmètre ne cesse d'augmenter, limitant fortement la capacité de négociation des entreprises, pourtant.

Le législateur est parti du constat que la concurrence s'est étendue puisqu'elle existe entre fournisseurs et clients, et non plus uniquement entre concurrents, alors que les fournisseurs et leurs clients devraient, en principe, être des partenaires¹¹⁰⁸. Il retient que l'efficacité n'est pas l'unique principe directeur de la négociation, elle doit également répondre à une certaine éthique¹¹⁰⁹. En termes de principe éthique, la loyauté est un principe juridique devant guider les échanges contractuels vers un équilibre. D'après le Professeur Y. PICOD, le devoir de loyauté est un moyen de faire pénétrer la règle morale dans les contrats¹¹¹⁰. En pratique, la loyauté est souvent assimilée à la bonne foi contractuelle¹¹¹¹. Le contrat doit alors traduire une collaboration entre des parties plutôt qu'un rapport de force. On retrouve ces exigences notamment dans le Code civil¹¹¹². D'après le Professeur J. GHESTIN, le contrat « *est un accord de volontés destiné à produire des effets de droit dont la force obligatoire dépend de sa conformité au droit objectif. Il doit être conforme à ses finalités objectives, l'utile et le juste. De la première se déduisent les principes subordonnés de sécurité juridique et de coopération et de la seconde la recherche de l'égalité des prestations par le respect d'une procédure contractuelle effectivement correcte et équitable* »¹¹¹³.

Puisque le contrat est un accord de volontés, le droit vérifie la capacité d'un contrat à représenter effectivement ces volontés. Ainsi, le juge vérifie que la répartition des droits et obligations contractuels n'a pas été imposée au détriment du cocontractant et aux dépens de sa volonté. Le droit positif semble retenir que le respect de la volonté des parties devrait conduire à une répartition équilibrée des droits et obligations : entendue comme égalitaire ou, à tout le moins,

revient à interdire à tout acteur de convenir de conditions distinctes avec ses différents partenaires, bref, de négociier. ».

¹¹⁰⁸ En ce s. v. J.P. CHARIÉ, Rapport n°908 fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi de modernisation de l'économie (n° 842), Assemblée nationale, 22 mai 2008.

¹¹⁰⁹ J.P. CHARIÉ, *ibid.* : « Les relations commerciales seront toujours empruntes de rapports de force, de dépendances économiques, de positions dominantes. ». Il serait « illusoire de légiférer sur la nature même des lois du marché. Lorsqu'il y a libre concurrence, l'enjeu n'est pas d'empêcher la réalité des rapports de force. L'enjeu est de les rendre éthiques, loyaux, et mieux : gagnants-gagnants ». Ainsi, « abuser de son rapport de force avec un partenaire pour imposer des conditions commerciales injustifiables n'est plus de la négociation éthique ».

¹¹¹⁰ Y. PICOD, « Le Devoir de loyauté dans l'exécution du contrat », Th., droit, 1987, résumé.

¹¹¹¹ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.M. SERINET, *La formation du contrat*, novembre 2013, Lextenso, T.1, §2, L'exigence de bonne foi contractuelle.

¹¹¹² Not. Code civ., art. 1102 : « 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 » ; art. 1103 : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits » ; art. 1104 : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public » ; art. 1194 : « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi ».

¹¹¹³ J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », *Revue d'économie industrielle*, 2000, 92, p. 81-100, résumé.

équitable¹¹¹⁴. En effet, un avantage offert à un cocontractant devrait, en principe, se justifier par un avantage obtenu en échange par son partenaire, c'est du « donnant-donnant ». Néanmoins, il n'apparaît pas nécessaire de procéder à une analyse ligne à ligne en matière de déséquilibre significatif¹¹¹⁵, puisque la contrepartie s'apprécie de manière globale à travers l'ensemble des droits et obligations des parties¹¹¹⁶. L'analyse juridique de l'équilibre contractuel est une analyse judiciaire, concrète et *ex post*. La preuve du déséquilibre significatif repose sur le demandeur, néanmoins, le défendeur peut apporter la preuve contraire.

Pourtant, loyauté, bonne foi, éthique, morale ou encore équité autant de notions utilisées pour apprécier l'équilibre contractuel en droit positif, sans constituer, des curseurs fiables et indiscutables pour sanctionner une partie. Comme nous le verrons, cet enjeu est d'autant plus important que le juge n'utilise pas tous les éléments de preuve et outils disponibles lui permettant d'apprécier concrètement l'équilibre contractuel.

216. *Analyse combinée du déséquilibre significatif à travers l'analyse juridique et l'analyse économique.* En Économie, l'analyse des comportements économiques, peut être effectuée à travers la description des faits ou à travers l'évaluation des faits¹¹¹⁷. En effet, l'approche économique positive se veut objective, elle dit « *ce qui est* ». *A contrario*, l'approche économique normative admet une analyse fondée sur un jugement de valeur pour déterminer « *ce qui doit être* ». Ainsi, nous avons vu que l'analyse économique s'intéresse également aux comportements déloyaux sur le marché et à travers les relations économiques. C'est notamment le cas de l'économie du bien-être relevant de l'économie normative. D'après l'économie du bien-être, le marché est premier et l'État ne doit intervenir que si ce dernier échoue à tirer le meilleur parti des ressources disponibles. L'intervention étatique doit donc être subsidiaire. Il en est de même lorsqu'il s'agit d'intervenir dans la relation contractuelle. L'analyse

¹¹¹⁴ J.P. CHARITÉ, Rapport n°908 fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi de modernisation de l'économie, Assemblée nationale, 22 mai 2008 : « Il est fait expressément mention de négociations loyales, équitables, ne créant pas de "déséquilibre significatifs dans les droits et obligations des parties". ».

¹¹¹⁵ J.P. CHARITÉ, *ibid.* : « L'enjeu est la négociation libre, loyale, équitable. Ce n'est pas d'énumérer des contreparties. Ces "contreparties" ont trop conduit à en créer des justifications fictives. [...] Si nous laissons contrepartie un certain nombre d'acteurs et les jurisprudences glisseraient inmanquablement vers des contreparties ligne à ligne à la négociation tarifaire. Or, une telle exigence alourdit un formalisme dont les PMI sont les premières victimes. Elle soumet l'ensemble des entreprises à une forte insécurité juridique. Beaucoup recourent à des expertises juridiques coûteuses. Les contrats deviennent de plus en plus complexes, volumineux, illisibles... [...]. En évitant un formalisme pointilleux, la notion d'obligation permet d'empêcher la réapparition de contreparties fictives [...] Déséquilibre, certes global et significatif, entre les droits et obligations des parties. Déséquilibre plus facile à vérifier puisque sur une seule convention écrite. ».

¹¹¹⁶ À nuancer, toutefois, dès lors que la loi exige des contreparties réciproques entre les parties. En ce s., v. G. CHANTEPIE, « EGALIM 3 : le droit des relations commerciales réformé à tâtons (Première partie : l'émission du droit des négociations commerciales), *Dalloz actualité*, 05 avril 2023 : « C'est le retour du "ligne à ligne", qui existait déjà pour les seuls produits alimentaires depuis la loi Egalim 2, mais que le droit français a longtemps connu, avant la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008. Sans contraindre l'équilibre auquel les parties aboutissent, ce dispositif impose aux parties une obligation de motivation, en précisant chaque obligation et chaque avantage obtenu en contrepartie. ».

¹¹¹⁷ P. COPPENS, « État, marché et institutions », *Revue internationale de droit économique*, vol. t. xxi, 3, n°3, 2007, p. 293-316 ; A. MINGAT, P. SALMON, A. WOLFELSPERGER, « Chapitre 8 - La méthodologie de l'économie normative », *Méthodologie économique*, sous la direction de Mingat Alain, Salmon Pierre, Wolfelsperger Alain, Presses Universitaires de France, 1985, p. 519-551.

économique retient que cette intervention doit privilégier l'efficacité économique, en laissant les acteurs agir seuls, mais admet que l'État puisse intervenir en cas de comportements déloyaux non bénéfiques pour la collectivité, en recherchant notamment un modèle de CPP¹¹¹⁸.

In fine, si l'analyse économique privilégie le *laissez faire* comme principe directeur des actions économiques, elle n'exclut pas qu'un comportement, déloyal, inéquitable, injuste de la part d'un partenaire puisse être inefficace du fait des effets qu'il produit. L'expression de la volonté des cocontractants fait naître une liberté et une responsabilité chez les individus¹¹¹⁹. L'intervention de l'État pourra prendre diverses formes, de la plus directe (dans le contrat) à la plus indirecte (sur les marchés). L'analyse économique fournit des moyens susceptibles de parvenir à des situations qui sont considérées comme les meilleures possibles pour, et par, la collectivité. Ainsi, les analyses juridique et économique de l'équilibre ne sont pas inconciliables et peuvent même s'inspirer mutuellement pour proposer une réglementation à la fois efficace et équitable. On peut s'interroger sur la possibilité d'introduire cette réflexion économique dans la sphère juridique française. Comme nous l'avons vu, le législateur français déclare saisir l'importance de l'efficacité économique des réglementations qu'il instaure mais le droit français peut encore être amélioré en la matière.

217. *Une analyse efficace au sens juridique et économique.* Les objectifs poursuivis par l'analyse juridique et l'analyse économique ne sont pas inconciliables. L'amélioration de l'analyse juridique, à l'aide des outils de l'analyse économique, conduirait à deux axes principaux. Tout d'abord, promouvoir une analyse juridique du déséquilibre contractuel plus réaliste et donc plus efficace économiquement (Section I). L'analyse judiciaire, en droit positif, de l'équilibre contractuel apparaît incomplète au regard des outils économiques. En effet, nous verrons que l'analyse économique retient une analyse plus large des éléments qui composent l'équilibre contractuel ce qui conduit à une analyse plus réaliste de la relation commerciale. Par ailleurs, une fois l'analyse du contenu contractuel effectuée de manière plus réaliste, il est également possible d'analyser le partage contractuel à l'aide de l'analyse économique. Nous verrons que cette analyse peut être effectuée en tenant compte des exigences d'éthique juridique, notamment de loyauté et d'équité, sans pour autant renoncer à l'efficacité économique. Ensuite, il nous apparaît nécessaire de promouvoir une analyse des effets du déséquilibre significatif, qu'ils soient réels ou potentiels, mais suffisamment concrets et sensibles afin d'en justifier la sanction (Section II). En effet, nous verrons que tous les déséquilibres contractuels ne produisent pas des effets nocifs en pratique et peuvent même s'avérer avantageux pour l'économie. Rappelons qu'il existe un lien entre l'équilibre sur le ou les marchés et l'équilibre dans les transactions. Dès lors, il nous apparaît non nécessaire, car inefficace économiquement, de sanctionner tous les déséquilibres significatifs sans tenir compte de leurs effets sur l'économie.

¹¹¹⁸ A. ASENSIO, « Chapitre 7. L'équilibre général », dans *Le fonctionnement des économies de marché*, 2008, p. 83-93.

¹¹¹⁹ J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », *Revue d'économie industrielle*, vol. 92, 2^e et 3^e trimestres 2000. Économie des contrats : bilan et perspectives, p. 81-100, §9.

Section I – Promouvoir une analyse juridique de l'équilibre contractuel plus réaliste à travers les critères d'équité juridique et d'efficacité économique

218. *La recherche d'une analyse réaliste du déséquilibre contractuel.* Au cours des dernières années, les juges, ou encore la Commission d'examen des pratiques commerciales (« CEPC »), ont fourni une analyse détaillée du déséquilibre significatif et posé plusieurs grands principes pour établir la pratique. Pour illustrer les divergences pouvant exister entre analyses juridique et économique, nous nous intéresserons à différents sujets : l'objet, la création, l'intensité et l'impact du déséquilibre contractuel. En effet, l'appréciation de l'équilibre peut s'avérer subjective et empêcher les acteurs économiques d'appréhender de manière efficace l'existence ou non de la pratique¹¹²⁰. L'analyse économique perçoit le contrat comme un outil économique dont l'utilité ne se limite pas au contenu contractuel *stricto sensu*. Elle tient compte, notamment, des stratégies des parties et de l'utilisation du contrat par ces dernières soit des éléments extérieurs au contrat. Au contraire, en se limitant à l'analyse des droits et obligations, prévus contractuellement, l'analyse juridique fournit une appréciation incomplète de l'équilibre contractuel. Si l'analyse est incomplète, le risque d'erreur est plus important et ses conséquences généralement préjudiciables. Il apparaît alors souhaitable d'élargir l'objet d'analyse de l'équilibre contractuel en droit positif à l'aide des outils utilisés par l'analyse économique (I). Ainsi, outre le fait d'effectuer une analyse complète de l'objet de l'équilibre contractuel, il importe de déterminer à quel moment se crée un déséquilibre contractuel. Nous savons que la constatation d'un déséquilibre significatif se fait à travers l'analyse du partage contractuel effectué entre les parties mais à quel stade peut-on parler d'un déséquilibre, qui plus est significatif ? Là encore, nous verrons que l'Économie offre une analyse plus réaliste en privilégiant un partage qualifié d'efficace, y compris lorsqu'il n'est pas équitable entre les parties, contrairement à ce que semble retenir l'analyse juridique. Pour autant, nous verrons qu'on peut parvenir à une analyse du partage contractuel, à la fois équitable et efficace (II).

I. Une analyse juridique incomplète de l'équilibre contractuel pouvant être améliorée

219. *Une analyse juridique incomplète de l'équilibre contractuel.* Nous verrons que l'analyse économique propose une analyse plus réaliste de l'objet de l'équilibre contractuel à travers la notion de surplus (A). *A contrario*, l'analyse juridique propose une analyse plus restreinte car elle se limite à une appréciation juridique des droits et obligations contenus dans le contrat et refuse de prendre en compte tout indice économique dans son analyse (B). Ainsi, nous verrons qu'il est possible de maintenir l'analyse juridique positive tout en y ajoutant des

¹¹²⁰ C. GRIMALDI, « Que reste-t-il de la liberté contractuelle (à propos du titre IV du livre IV du code de commerce) ? », *Recueil Dalloz*, 2023, p. 652 : « Concernant le double dispositif de contrôle des déséquilibres (art. L. 442-1, I, 1° et 2°) [...] ce sont véritablement les critères du contrôle qui méritent l'improbation. Ils sont de fait si fuyants que nul ne peut aujourd'hui être assuré de la conformité à ces exigences du contrat qu'il conclut. On s'étonne d'ailleurs qu'une telle atteinte à la sécurité juridique ait pu faire tache d'huile et conduire à introduire un mécanisme de contrôle du déséquilibre dans le code civil (art. 1171). [...] Des textes qui portent si gravement atteinte à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre, qui contrarient les échanges au sein du marché intérieur et qui sont, au surplus, des plus obscurs, n'ont pas, dans le pays du code Napoléon, droit de cité. ».

indices économiques. Cette analyse combinée permettrait de respecter les principes juridiques protégés par le Droit tout en étant efficace économiquement car plus réaliste (C).

A. La notion de surplus développée par l'analyse économique est plus réaliste

220. *La notion de surplus économique pour apprécier l'équilibre contractuel.* Les économistes font référence à une notion particulière lorsqu'ils étudient le contrat et l'utilité qui peut en être retirée par chaque partie. Il s'agit de la notion de surplus (a). Nous nous intéresserons aux composants de cette notion et nous mettrons notamment en évidence leur dimension globale et réaliste (b).

a) *Le principe : l'équilibre contractuel s'apprécie à travers la notion de surplus*

221. *Au sein d'un contrat, l'analyse économique de l'équilibre porte sur le partage du surplus généré par les parties.* L'équilibre en économie est généralement connu comme le point de rencontre entre la courbe d'offre et la courbe de demande sur un ou plusieurs marchés. Néanmoins, si l'on s'intéresse plus précisément à la transaction en elle-même, l'équilibre peut s'étudier à travers la notion de surplus¹¹²¹. Le surplus se définit, communément, comme un gain résultant d'un investissement ou d'un acte de consommation¹¹²². En économie, le surplus individuel (également appelé rente individuelle) se compose de la différence entre le gain obtenu en signant le contrat (gains des droits – coûts des obligations, directs et indirects) et la valeur de son option de réserve ou de sortie dite « *outside option* » (gains, voire pertes, retirés en l'absence de conclusion du contrat en question, en cas de choix ou obligation de se tourner vers un plan B)¹¹²³. La somme des surplus individuels constitue le surplus collectif. Rappelons qu'en économie, les acteurs économiques sont réputés agir de manière rationnelle, dans leur intérêt, et de manière opportuniste. Grâce à la détermination du surplus, les parties sont en mesure de déterminer, ou du moins d'appréhender, l'utilité réelle du contrat lors de sa signature. L'utilité d'un contrat est donc la raison motivant ces dernières à s'engager contractuellement. L'analyse économique apporte ici une analyse plus détaillée que l'analyse juridique de l'utilité économique du contrat, elle étudie la relation commerciale dans son contexte et ne se limite pas au contenu contractuel.

b) *Les composants de la notion de surplus économique*

¹¹²¹ O. FAVEREAU, P. PICARD, « L'approche économique des contrats : unité ou diversité ? », *Sociologie du travail*, 38^e année, n°4, octobre-décembre 1996. *Contrats et pratiques contractuelles. Approches pluridisciplinaires*, p. 448-457. N. DELORD, « Puissance d'achat et concurrence dans la grande distribution », Th., Université Nancy 2, 2007 p. 99 et s. OCDE, *Monopsony and Buyer power*, Compte rendu de discussion, policy round tables, DAF/COMP2008, p. 13 et s.

¹¹²² Dictionnaire en ligne, Larousse.

¹¹²³ Site www.core-econ.org : L'Économie, Unité 5, Propriété et pouvoir : gains mutuels et conflit, Comment les institutions influencent l'équilibre des pouvoirs dans les interactions économiques et affectent l'équité et l'efficacité des allocations qui en résultent, 5.7 Allocations économiquement possibles et surplus.

222. *Les composants du surplus.* Ainsi, en économie, le surplus individuel se compose de la différence entre le gain obtenu en signant le contrat et la valeur de son option de réserve ou de sortie dite « *outside option* ».

223. *Le gain individuel du contrat.* Pour calculer économiquement le gain individuel du contrat, on prend en compte toutes les relations commerciales, même celles avec d'autres partenaires, dès lors qu'elles découlent du contrat initial. Le calcul du gain individuel intègre les gains directs et indirects, c'est-à-dire ce que le contrat apporte et ce que son utilisation ultérieure procure. Par exemple, c'est bien dans la perspective d'une revente au consommateur, que le distributeur a signé le contrat initial d'achat avec un fournisseur. Un contrat de vente d'un produit, entre un fournisseur et un distributeur, permettra ensuite au distributeur de revendre ce produit au consommateur, éventuellement lié à un autre produit, et ainsi accroître son bénéfice¹¹²⁴. Limiter son analyse au contrat initial concernant l'achat du bien, sans tenir compte du contrat suivant portant sur sa revente, ne permet pas de connaître les intentions réelles des parties lors de la signature, ni de déterminer le montant réel de leurs bénéfices.

Lorsqu'on parle de prendre en compte les gains directs et indirects du contrat, il ne s'agit pas de rechercher les effets des clauses à travers un jugement de valeur sur leur mise en œuvre (qu'elle soit abusive ou non) mais plutôt de regarder globalement les effets économiques du contrat. Il s'agit uniquement d'un constat que le contrat, certes à travers certaines clauses, permet d'obtenir un gain qu'il soit direct ou indirect. C'est une vision objective de la rentabilité du contrat.

Par exemple, l'analyse économique préconiserait de prendre en compte le fait qu'une clause prévoie la vente d'un bien entre un fournisseur et un distributeur, et en pratique cet achat permet au distributeur de procéder à une vente liée ou connexe au consommateur, qui elle n'est pas prévue contractuellement, mais qui lui rapporte un gain supplémentaire qui n'aurait pas pu exister en l'absence de l'achat initial auprès du fournisseur. On peut penser, par exemple, aux abonnements téléphoniques proposés par les opérateurs conjointement à la vente d'un téléphone acheté en amont à un fournisseur. La vente du téléphone est prévue contractuellement entre le fournisseur et l'opérateur acheteur mais tel n'est pas le cas de l'offre d'abonnement téléphonique qui elle relève d'un autre contrat, entre l'opérateur et le consommateur. Toutefois, la revente du téléphone, avec abonnements supplémentaires, aux consommateurs pourrait être entrée dans le champ contractuel avec le fournisseur dès lors qu'une clause y fait référence ou bien lorsqu'il est admis que l'achat de ces téléphones a été effectué par l'opérateur dans le but d'accroître ses profits en vendant des abonnements simultanés. La jurisprudence se refuse à une telle analyse en déclarant que les effets des pratiques ne doivent pas être pris en compte ou recherchés¹¹²⁵. Pourtant, l'opérateur a nécessairement anticipé les gains qu'il pourrait retirer du

¹¹²⁴ Tel peut être le cas lorsque le produit est revendu à un coût inférieur à son prix d'achat, mais qu'il fait l'objet, par exemple, d'une vente liée plus élevée (ou bien d'un produit non rentable dont il faut se débarrasser) ; le distributeur obtient bien un bénéfice et non une perte. Par ailleurs, le produit initial peut également constituer un « produit d'appel » dont le prix est généralement bas, permettant, à l'aide d'une communication renforcée, d'attirer les consommateurs dans un point de vente et de susciter si possible d'autres ventes, conduisant à l'accroissement du revenu du distributeur.

¹¹²⁵ TC Paris, 23 novembre 2015, n°2014049786.

fait de l'achat des téléphones auprès du fournisseur en les revendant aux consommateurs accompagnés d'un forfait. En effet, le service premier recherché par le consommateur auprès d'un opérateur est bien d'obtenir un forfait téléphonique, éventuellement accompagné d'un téléphone. Or, si le fournisseur a tenu compte des gains ultérieurs pouvant être retirés par l'opérateur auprès des consommateurs, il a pu rechercher un avantage contractuel, notamment à travers la détermination du prix. L'intérêt, à cet instant, n'est pas tant d'étudier les effets des clauses mais plutôt d'étudier les gains réels procurés par le contrat.

Ainsi, l'équilibre contractuel, au sens économique, ne se limite pas au fonctionnement d'une clause vis-à-vis des autres droits et obligations, mais s'analyse plutôt à travers la rentabilité tirée de la relation commerciale prise dans sa globalité.

224. *L'option de sortie.* Par ailleurs, la détermination du surplus individuel implique également de rechercher la valeur de l'option de sortie (« *outside option* »). L'option de sortie renvoie à l'option proposée (ou imposée) à chaque partie en cas d'absence de signature du contrat. En effet, les parties peuvent se voir proposer d'autres contrats avec d'autres partenaires et ne pas être contraintes de signer le contrat en cause. Les offres alternatives peuvent être plus ou moins avantageuses. Elles peuvent également disposer d'aucune option de sortie et alors se retrouver contraintes de signer le contrat. Ainsi, les parties peuvent obtenir un bénéfice ou une perte si elles décident de choisir leur option de sortie et de ne pas conclure le contrat en cause. Or, lorsque le gain proposé par l'option de sortie est inférieur au gain retiré avec le contrat concerné, il apparaît plus intéressant pour cette partie de choisir cette dernière option.

On s'intéresse notamment au coût d'opportunité. Il s'agit, en économie, de la perte des biens auxquels on renonce lorsqu'on procède à un choix, puisqu'on affecte les ressources disponibles à un usage donné au détriment d'autres choix. C'est le coût d'une chose estimée en termes d'opportunités non réalisées, ou encore la valeur de la meilleure autre option non réalisée. Ainsi, lorsqu'il existe plusieurs options possibles et qu'une partie choisit un contrat en particulier, ce choix traduit sa préférence et sa volonté de conclure avec ce cocontractant. Le contrat est bien une rencontre de volontés¹¹²⁶. En effet, les acteurs économiques étant, en principe, réputés agir de manière rationnelle, la signature du contrat traduira le choix entre les différentes options offertes. Cela peut être bénéfique pour la défense en cas de conflit car elle démontre que le cocontractant propose une offre plus intéressante que ses concurrents. Cet acteur peut décider de proposer un contrat plus avantageux que ses concurrents pour attirer ce partenaire. Par ailleurs, la loyauté envers une relation commerciale préexistante peut amener une partie à renoncer à ses options de sorties, parfois même plus avantageuses, pour maintenir la relation. Toutefois, si l'acteur économique ne dispose d'aucune option de sortie, on peut présumer qu'il sera amené à accepter le contrat quel que soit le gain retiré plutôt que d'être en perte.

Ainsi, il importe de tenir compte des options de sortie existantes lorsqu'on s'intéresse à une relation commerciale. Elles situent le contrat dans son contexte et permettent de mieux

¹¹²⁶ J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », *Revue d'économie industrielle*, vol. 92, 2^e et 3^e trimestres 2000. Économie des contrats : bilan et perspectives, p. 84 et s.

comprendre le raisonnement stratégique des parties lors de la conclusion. La recherche des options de sortie entre donc légitimement dans le calcul du surplus car elles participent à la détermination de la valeur ajoutée réelle du contrat.

B. L'appréciation de l'équilibre contractuel développée par l'analyse juridique est trop restreinte et donc non réaliste

225. *L'analyse judiciaire de l'équilibre contractuel apparaît inefficace.* Les juges poursuivent une approche globale de l'équilibre, en apparence seulement (a). L'analyse judiciaire conduit à l'étude d'un équilibre purement juridique et non économique (b).

a) *Une approche juridique de l'équilibre contractuel d'apparence globale*

226. *La recherche de l'équilibre contractuel à travers les droits et obligations des parties.* Le Code de commerce dit sanctionner les déséquilibres significatifs dans les droits et obligations des parties¹¹²⁷. Le « droit » est entendu comme une prérogative attribuée à un individu lui permettant de jouir d'une chose, d'une valeur ou d'exiger d'autrui une prestation¹¹²⁸. La notion de « obligation » renvoie, quant à elle, à un lien de droit entre plusieurs personnes en vertu duquel l'une des parties, le créancier, peut contraindre l'autre, le débiteur, à exécuter une prestation : donner (transférer la propriété d'un bien), faire ou ne pas faire¹¹²⁹. Ainsi, il doit s'agir d'un droit et d'une obligation dont la réalité est concrète, il ne doit pas s'agir de simples suppositions. En effet, les juges ont, par exemple, écarté la pratique de déséquilibre significatif en l'absence d'obligation positive puisqu'il s'agissait d'une simple faculté¹¹³⁰. Par ailleurs, les juges ont pu admettre l'existence de la pratique lorsqu'une faculté était appliquée comme une obligation positive¹¹³¹.

Les droits et obligations auxquels s'engagent les acteurs économiques peuvent être retranscrits dans plusieurs supports traduisant un accord de volonté. Il s'agit habituellement d'un contrat comprenant des clauses qui prévoient, à leur tour, des droits et obligations. Dans le secteur de la distribution notamment, les documents contractuels peuvent prendre plusieurs formes parmi lesquelles les conditions générales d'achat ou de vente signées par les parties. Il peut s'agir également d'un support préédigé ou non ou encore d'un contrat d'adhésion¹¹³². À ce sujet, la Cour de cassation a précisé que : « *dans les rapports noués entre un fournisseur et un*

¹¹²⁷ Code com., art. L.442-1, I, 2°, anciennement L.442-6, I, 2°.

¹¹²⁸ Dalloz, *Lexique des termes juridiques*, 2023, 30^e édition.

¹¹²⁹ Dalloz, *ibid.*

¹¹³⁰ CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879.

¹¹³¹ Cass. com., 26 avril 2017, n°15-27.865 : « Un fournisseur, la société Acer, s'était même acquitté d'une somme au titre de la clause "mévente des produits" tandis que son contrat ne la comportait pas formellement ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, faisant ressortir que, dans le contexte précité, le mécanisme d'établissement d'avoirs au titre des méventes n'avait pas été interprété par les partenaires commerciaux comme une simple faculté, la cour d'appel, sans encourir les critiques de la seconde branche, a pu retenir que la clause, [...] créait une obligation pour les fournisseurs au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce. ».

¹¹³² Le Code civil, par opposition avec le Code de commerce, limite l'analyse du déséquilibre significatif à un contrat d'adhésion (art. 1171 du Code civ.).

distributeur, le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties s'apprécie au regard de la convention écrite prévue par l'article L. 441-7 du code de commerce, laquelle précise les obligations auxquelles se sont engagées les parties et fixe, notamment, les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services, comprenant les réductions de prix, telles qu'elles résultent de la négociation commerciale qui s'opère dans le respect de l'article L. 441-6 de ce code »¹¹³³. Ce qui a ensuite été repris par la cour d'appel de Paris dans une affaire *Système U*¹¹³⁴. Le Code de commerce a ensuite fait l'objet d'une modification, mais le principe reste le même¹¹³⁵.

Par ailleurs, si les juges ont majoritairement privilégié la recherche des droits et obligations dans les documents contractuels, écrits, ils ont également pu retenir l'existence d'une pratique, non contractualisée en tant que telle, susceptible de conduire à un déséquilibre significatif. Ici, nous ne nous référons pas à la notion de « *pratique restrictive de concurrence* » ; ce qui est expliqué de manière détaillée par Mme S. CHAUDOUET dans sa thèse¹¹³⁶. En effet, nous partageons l'idée selon laquelle les notions de « *clause* » et « *pratique* » peuvent être distinguées. Une « *pratique* » entendue comme un résultat et non une cause, nous nous référons à l'existence d'un comportement qui se traduit par la création d'un droit ou d'une obligation, non prévu(e) contractuellement. La pratique n'ayant pas été contractualisée, il serait inopportun de parler de clause. Or, le Code de commerce ne renvoie pas expressément à l'existence d'une clause contrairement au Code de la consommation¹¹³⁷. Par ailleurs, si l'ancien article L.442-6, I, 2° du Code de commerce n'exigeait pas clairement l'existence d'un contrat, le nouvel article L.442-1, I, 2° renvoie expressément à la négociation commerciale, à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat. Ainsi, le nouveau texte du Code de commerce vise clairement à étendre son domaine d'application à toutes les phases de la relation commerciale¹¹³⁸. Pour autant, cette nouvelle écriture ne semble pas exclure qu'une « *pratique* » puisse être sanctionnée - sans qu'elle soit contractualisée - dès lors qu'elle intervient au cours de l'une des trois étapes citées par le texte. Il peut s'agir, par exemple, d'une pratique ayant lieu lors des négociations mais qui n'a pas pu aboutir, soit parce qu'aucun contrat n'a été conclu, soit parce que l'autre partie a

¹¹³³ Cass. com., 25 janvier 2017, n°15-23.547.

¹¹³⁴ CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187.

¹¹³⁵ Code com., art. L.441-1 et s. modifiés et créés par l'ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 et la loi n°2020-1525 du 7 décembre 2020.

¹¹³⁶ S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, Th., droit, Université Montpellier, 2018. Français, §222.

¹¹³⁷ I. LUC, « L'application judiciaire du déséquilibre significatif aux contrats d'affaires », *AJCA*, 2014, p. 109 : « L'économie générale du contrat est prise en compte par les juridictions. Contrairement à la règle de l'article L. 132-1 du code de la consommation appréhendant les clauses abusives, l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce fait référence aux "obligations" et non aux "clauses" ; elle vise le déséquilibre "dans" les droits et obligations des parties et non "entre" : est donc en cause la globalité de la relation, l'"économie générale du contrat" (42). Il en résulte que d'autres clauses peuvent rééquilibrer le contrat. ».

¹¹³⁸ V. égal. en ce s. : Lamy droit économique : Concurrence, Relations commerciales, Distribution Consommation, sous la direction scientifique de M. CHAGNY, 2023, n° 3059 - Un champ d'application étendu, le déséquilibre au moment de la négociation commerciale : « En visant à la fois le déséquilibre dans le cadre de la négociation et au titre de la conclusion du contrat, le texte pourrait s'appliquer à des situations dans lesquelles ces négociations n'ont pas abouti. On pourrait ainsi envisager la sanction de conditions générales de vente visant à soumettre l'autre partie à un déséquilibre significatif. Il n'est pas certain que les rédacteurs du texte aient envisagé cette situation mais elle ne peut être exclue. Le visa de la négociation pourra sans doute surtout être utilisé au titre d'un refus d'entrer en pourparlers ou une rupture des pourparlers. Il pourrait également viser les hypothèses de renégociation lorsque les parties n'ont pas prévu cette possibilité. ».

refusé d'intégrer la demande de son partenaire dans le contrat¹¹³⁹. Il en est de même lors de l'exécution, une pratique d'une partie au contrat peut s'avérer déséquilibrée alors même qu'elle n'a pas été intégrée dans le contrat. En effet, certaines pratiques, pourtant liées au contrat entre les parties et dont la réalisation a été effective, ne sont pas toujours contractualisées. On pense, par exemple, à une remise ou autre avantage supplémentaire imposé au cours de l'exécution du contrat ou encore, au refus de rembourser les fournisseurs suite à une décision de justice dans l'esprit de l'arrêt *le Galec*¹¹⁴⁰. Par ailleurs, une pratique pourrait également découler d'une clause dès lors qu'une partie au contrat s'appuie sur cette clause, pourtant licite en principe, pour agir au détriment de l'autre partie, sa mise en œuvre en pratique peut donc se distancier de la lettre du texte ce qui pourrait conduire à un déséquilibre significatif.

Ainsi, les droits et obligations à l'origine d'une pratique de déséquilibre significatif peuvent ou non être contractualisés. Toutefois, en pratique il s'agit bien souvent de clauses contractuelles qui sont visées par une contestation sur le fondement du déséquilibre significatif et seront donc principalement l'objet de notre analyse.

227. *Tous les droits et obligations sont concernés.* Les juges et la CEPC ont étudié des clauses de diverses natures, bien que certaines font plus régulièrement l'objet d'un litige parmi lesquelles : la faculté de résiliation, la faculté de modification du contrat, le droit à réparation, les conditions de paiement, les conditions de commandes et livraisons, les clauses relatives au prix etc. En effet, contrairement au Code de la consommation, puis au Code civil, le texte du Code de commerce ne prévoit pas de limitations concernant les obligations pouvant créer un déséquilibre contractuel. En effet, les deux codes précités excluent clairement : l'objet principal du contrat et l'adéquation du prix à la prestation d'un contrôle du déséquilibre significatif¹¹⁴¹. Par ailleurs, le Code de la consommation renvoie à une liste de clauses abusives (liste dite noire) et présumées abusives (liste dite grise), listes non prévues par le Code de commerce. Toutefois, la directive n°2019/633/UE du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement alimentaire fixe une liste de pratiques commerciales déloyales. La France ayant décidé de disséminer les différentes pratiques prohibées à travers le Code de commerce, certaines étant qualifiées d'abusives¹¹⁴² et d'autres pouvant relever de dispositions générales

¹¹³⁹ Une tentative de soumission à un déséquilibre significatif pourrait, le cas échéant, être retenue.

¹¹⁴⁰ CA Paris, 18 septembre 2013, n°12/03177: « Considérant que le seul fait de tenter de faire renoncer les fournisseurs à la restitution des sommes indûment versées par eux au GALEC, à la suite d'une première infraction du GALEC (infraction d'obtention d'avantages sans contrepartie), portant sur des sommes considérables, et étant totalement et évidemment défavorable aux fournisseurs, constitue en soi un déséquilibre significatif entre les parties ; que le GALEC ne démontre pas que ce déséquilibre aurait été compensé par une obligation ou une contrepartie pécuniaire qu'il aurait prise en charge ou qu'il participerait de l'économie de ses relations avec ses fournisseurs. ».

¹¹⁴¹ Code conso., art. L.212-1, al. 3 : « L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible. » Code civ., art. 1171, al. 2 : « L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. » .

¹¹⁴² Not. transposés par l'ord. n°2021-859 du 30 juin 2021 relative aux pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire. V. égal. les lois EGALIM 1, 2 et 3 respectivement : la loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations

telle que la sanction des déséquilibres significatifs¹¹⁴³. De même, le règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne et le règlement (UE) 2022/1925 du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique fournissent une liste de pratiques interdites¹¹⁴⁴. Il n'existe pas, à proprement parler, une liste de clauses noires ou grises bien établie dans le Code de commerce.

L'absence de précision dans le Code de commerce, en dehors des pratiques automatiquement prohibées, d'obligations susceptibles de conduire à un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, conduisait à renforcer le rôle des juges dans la compréhension de cet article. Ainsi, ils estiment qu'il importe peu que ces clauses soient principales ou accessoires dès lors qu'elles sont essentielles et déterminantes pour les parties¹¹⁴⁵. Par ailleurs, ils retiennent qu'un déséquilibre peut découler de l'existence même d'une clause (voire de son absence¹¹⁴⁶) en raison de son principe ou encore, en raison de son contenu¹¹⁴⁷ et de sa mise en œuvre¹¹⁴⁸. Une clause peut être justifiée dans son principe mais inclure un élément susceptible de créer un déséquilibre significatif. Prenons pour exemple une clause de quantité de commande minimale, si cette clause semble licite dans son principe¹¹⁴⁹, le volume exigé pourrait, toutefois, se révéler

commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, la loi n°2021-1357 du 18 octobre 2021 visant à protéger la rémunération des agriculteurs, et la loi n° 2023-221 du 30 mars 2023 tendant à renforcer l'équilibre dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs. V. not. le Livre IV, titre IV, Chapitre III : Dispositions spécifiques aux produits agricoles et aux denrées alimentaires (art. L443-1 à L443-8) du Code de commerce.

¹¹⁴³ Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions concernant l'état d'avancement de la transposition et de la mise en œuvre de la directive (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, 27 octobre 2021, p. 8 : (« FR » signifiant « France ») : « La directive exige des EM qu'ils interdisent un ensemble spécifique de pratiques déloyales, en les scindant en deux groupes : (i) les interdictions *per se* ou sans condition ("liste noire") et (ii) les interdictions soumises à conditions ("liste grise"), cette dernière liste énumérant les pratiques interdites à moins qu'elles n'aient été préalablement convenues en termes clairs et dépourvus d'ambiguïté dans l'accord de fourniture ou dans un accord ultérieur conclu entre le fournisseur et l'acheteur (article 3, paragraphe 2). [...] Certains pays disposent de clauses générales dans le domaine des pratiques commerciales déloyales ou du droit de la concurrence. C'est le cas par exemple de FR, dont le Code de commerce contenait déjà des clauses générales applicables dans le domaine visé. ». V. égal., pour une analyse ant. : A. FORTUNATO, « Le droit européen des pratiques commerciales déloyales entre entreprises s'enrichit d'une directive », *AJ contrat*, 2019, p. 284.

¹¹⁴⁴ Pour le règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, v. Code com., art. L.442-1, III.

¹¹⁴⁵ CA Paris, 11 septembre 2013, n°11/17941.

¹¹⁴⁶ Par ex., la possibilité de renégocier le prix n'est pas prévue contractuellement. V. en ce sens le mécanisme obligatoire de révision automatique du prix à présent introduit par la loi n°2021-1357 du 18 octobre 2021 visant à protéger la rémunération des agriculteurs, également modifié par la loi n°2023-221 du 30 mars 2023 tendant à renforcer l'équilibre dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs, v. Code com., art. L.443-8, IV ; Code rural et de la pêche maritime, art. L.631-24.

¹¹⁴⁷ Ref. th. §136.

¹¹⁴⁸ TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625.

¹¹⁴⁹ Ex. CA Paris, 6 juin 2018, n°16/10621 : « L'article 7-7 du contrat de franchise dispose que le franchisé devra disposer d'un stock d'un volume important de produits, notamment ceux des collections en cours. Stipulé en des termes généraux, cet article n'est pas susceptible de créer un déséquilibre significatif entre les obligations des parties. ».

disproportionné et conduire à un déséquilibre¹¹⁵⁰. De même, une clause portant sur une remise peut être licite en son principe mais le niveau de remise peut s'avérer abusif¹¹⁵¹. Ainsi, il est nécessaire de ne pas se limiter au principe même d'une clause, mais également d'en étudier le contenu afin d'établir ou non l'existence d'un déséquilibre. Par ailleurs, la mise en œuvre d'une clause peut établir un déséquilibre significatif¹¹⁵². En effet, depuis l'ordonnance du 24 avril 2019, la pratique de déséquilibre significatif peut résulter de l'exécution du contrat. Néanmoins, une clause ne saurait être exonérée d'une pratique de déséquilibre significatif lorsque sa mise en œuvre n'a pas été abusive¹¹⁵³.

En outre, les juges se sont également interrogés sur l'origine d'un tel déséquilibre : Peut-il découler d'une seule clause ou bien d'un ensemble de clauses ? Les juges semblent admettre ces deux possibilités¹¹⁵⁴. Plusieurs clauses peuvent, ensemble, créer un déséquilibre significatif¹¹⁵⁵ mais les juges n'excluent pas qu'une clause peut, à elle seule, créer un tel déséquilibre¹¹⁵⁶. Par ailleurs, d'autres clauses pourraient accroître le déséquilibre créé par une ou plusieurs clauses.

Notons, par ailleurs, l'extension de l'analyse de l'équilibre aux clauses relatives au prix. Comme nous le verrons, cette divergence d'analyses entre les différents codes prévoyant le déséquilibre significatif en droit français a pu faire l'objet d'une importante saga¹¹⁵⁷. Tout d'abord, le Conseil constitutionnel s'est prononcé dans une première décision *Établissements Darty* le 13 janvier 2011 estimant l'article L.442-6, I, 2° ancien du Code de commerce comme conforme à la Constitution¹¹⁵⁸. Pour écarter le grief d'atteinte au principe de légalité des délits et des peines, le Conseil a notamment retenu que le législateur « *s'[était] référé à la notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties qui figure à l'article L. 132-1 du code de la consommation [devenu L. 212-1]* », que le contenu de cette

¹¹⁵⁰ Pour un rejet : CA Paris, 19 décembre 2018, n°17/03922 : « L'achat annuel de 36 montures pour un montant total de 1.364 euros HT ne peut être considéré comme constituant un déséquilibre dans les droits et obligations des parties. ».

¹¹⁵¹ Cass. com., 25 janvier 2017, n°15-23.547 : « L'article L. 442-6, I, 2 du code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un DS dans les droits et obligations des parties. ». Cette analyse a été validée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2018-749 QPC du 30 novembre 2018, *Société Interdis et autres*.

¹¹⁵² Par opp. : TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123 : la « clause doit être jugée abusive en elle-même et non parce qu'elle permettrait l'abus [...] ce n'est pas la possibilité d'abuser d'une clause qui est susceptible de rendre celle-ci abusive, mais son contenu en lui-même abusif ».

¹¹⁵³ TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123.

¹¹⁵⁴ CA Paris, 7 juin 2017, n°15/24846 ; CA Paris, 19 octobre 2017, n°15/20831.

¹¹⁵⁵ CEPC, avis n°17-11 relatif à une demande d'avis d'une organisation de producteurs portant sur un contrat de fourniture de lait, 21 septembre 2017 : « Il apparaît que dans l'hypothèse où chaque clause prise isolément ne serait pas significativement déséquilibrée, leur accumulation, dès lors que toutes ces clauses font peser des obligations à la charge d'une seule et même partie (le vendeur), pourrait être susceptible de procéder d'une soumission ou tentative de soumission et constituer un déséquilibre significatif. » I. LUC, « L'application judiciaire du déséquilibre significatif aux contrats d'affaires », *AJCA*, 2014, p. 109 : « Il est aussi admis que l'effet cumulé de plusieurs clauses peut constituer une pratique de déséquilibre significatif [...] ce déséquilibre pourrait résulter de l'accumulation de clauses parfaitement licites dont seul le nombre ou le poids créeraient l'excès prohibé. [...] T. com. Évry, 6 févr. 2013, n° 2009F00727. ».

¹¹⁵⁶ CA Paris, 11 octobre 2017, n°15/03313 et Cass. com., 30 septembre 2020, n°18-11.644.

¹¹⁵⁷ F. BUY, « Oui au contrôle judiciaire du prix ! », *AJ contrat*, 2019, p. 29.

¹¹⁵⁸ Conseil constit., décision n° 2010-85 QPC, 13 janvier 2011, *Établissements Darty et Fils*.

notion a, par conséquent, était « déjà précisé par la jurisprudence » et que la juridiction saisie pouvait, par ailleurs, « consulter la commission d'examen des pratiques commerciales » si besoin¹¹⁵⁹. Contrairement à l'importance accordée au droit de la consommation par cette décision, la chambre commerciale de la Cour de cassation a admis, dans un arrêt majeur *Le Galec* du 25 janvier 2017, le contrôle judiciaire du prix s'opposant ainsi aux limites fixées par le texte consumériste¹¹⁶⁰. Suivant de vives réactions de la doctrine, plus ou moins favorable¹¹⁶¹, cette même chambre a ensuite accepté, dans un arrêt *Société Interdis* du 27 septembre 2018, de renvoyer au Conseil constitutionnel la question suivante : « L'article L.442-6, I, 2° du code de commerce qui tel qu'il est désormais interprété par la Cour de cassation, permet au juge d'exercer un contrôle sur les prix, porte-t-il atteinte à la présomption d'innocence, au principe de légalité des délits et des peines, ainsi qu'à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre [...], ainsi qu'au principe d'égalité [...] ? »¹¹⁶². En effet, cette position de la Cour de cassation dans l'arrêt *Le Galec*, puisqu'elle semble aller à l'encontre des préconisations du Conseil constitutionnel, visant à s'inspirer du Code de la consommation, constitue un changement de circonstances jurisprudentiel justifiant une nouvelle question prioritaire de constitutionnalité¹¹⁶³. Finalement, le Conseil constitutionnel maintient sa position dans une décision *Société Interdis et autres*, bien que peu argumentée, du 30 novembre 2018, où il maintient la constitutionnalité de l'article L.442-6, I, 2° et admet, clairement, le contrôle judiciaire du prix, lorsqu'il s'agit de sanctionner un déséquilibre significatif dans les relations commerciales¹¹⁶⁴. Il conviendra de s'assurer que le juge n'outrepasse pas ses pouvoirs en devenant un juge des prix mais se limite uniquement à l'analyse des clauses relatives aux prix comme constitutives d'un déséquilibre significatif contractuel, comme semble le préconiser le

¹¹⁵⁹ Conseil constit., décision n° 2010-85 QPC, 13 janvier 2011, Établissements Darty et Fils.

¹¹⁶⁰ Cass. com., 25 janvier 2017, n°15-23.547.

¹¹⁶¹ M. BEHAR-TOUCHAIS, « La judiciarisation des négociations commerciales », *LEDICO*, mars 2017, n°3, p. 1. M. CHAGNY, « La démonstration du déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties », *RTD com.*, 2017, p. 603. H. BARBIER, « Les avancées du contrôle de l'adéquation du prix à la prestation du contrat via la sanction des clauses abusives », *RTD civ.*, 2017, p. 383. F. BUY, « La Cour de cassation autorise un contrôle judiciaire du prix en application de l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 481. S. REGNAULT, « Le contrôle judiciaire du prix sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce est-il conforme à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre ? », *AJ contrat*, 2018, p. 533. C. GRIMALDI, « Vers un contrôle généralisé de la lésion en droit français ? », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 388. G. CATTALANO-CLOAREC, « Le déséquilibre significatif, un mécanisme à deux visages », *LEDC*, mars 2017, n°3, p. 1. E. VOISSET, « Négociations des réductions de prix : une liberté sous contrôle », *LPA*, 19 mai 2017, n°100, p. 10.

¹¹⁶² Cass. com., 27 septembre 2018, n°18-40.028.

¹¹⁶³ Conseil constit., décision n° 2018-749 QPC, 30 novembre 2018, *Société Interdis et autres* : « 4. Selon les dispositions combinées du troisième alinéa de l'article 23-2 et du troisième alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 mentionnée ci-dessus, le Conseil constitutionnel ne peut être saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à une disposition qu'il a déjà déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une de ses décisions, sauf changement des circonstances. » « Ces dispositions sont identiques à celles contestées par les sociétés requérantes dans la présente question prioritaire de constitutionnalité » « 6. Toutefois, depuis cette déclaration de conformité, la Cour de cassation a jugé, dans l'arrêt du 25 janvier 2017, que les dispositions du 2° du paragraphe I de l'article L. 442-6 du code de commerce n'excluent pas que "le déséquilibre significatif puisse résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu" et qu'elles autorisent ainsi "un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties". Il en résulte un changement des circonstances justifiant le réexamen des dispositions contestées. ».

¹¹⁶⁴ Conseil constit., décision n°2018-749 QPC, 30 novembre 2018, *Société Interdis et autres* et Commentaire de la décision n°2018-749 QPC du 30 novembre 2018.

Conseil constitutionnel¹¹⁶⁵. Or, pour éviter cette limitation, on pourrait également voir apparaître une sélection opportuniste des fondements juridiques. Ainsi, l'article L.442-1, I, 2° pourrait être mis de côté au profit du 1°, condamnant le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie. En effet, cette pratique permettrait, *a priori*, aux demandeurs de parvenir à une sanction des clauses relatives au prix, sans passer par la démonstration d'une soumission exigée lorsque la demande porte sur le 2°, comme le craignait une partie de la doctrine¹¹⁶⁶. Toutefois, il semblerait que les juges pourraient restreindre l'application de cet article au prix dès lors qu'il n'a pas été librement négocié, sans qu'il en découle, pour autant, un critère évident¹¹⁶⁷.

228. *L'analyse de l'équilibre prétend se faire de manière globale, dans les droits et obligations des parties.* Si le texte énonce clairement que l'analyse du déséquilibre significatif doit être effectuée « *dans les droits et obligations des parties* », sans prévoir des cas d'exclusion contrairement aux autres codes, la doctrine a pu s'interroger sur l'étendue réelle de la pratique¹¹⁶⁸. Se posait alors la question suivante : la pratique peut-elle être établie en analysant uniquement les clauses à l'origine du déséquilibre contractuel ou bien, au regard de la lettre du texte, à travers l'ensemble des droits et obligations¹¹⁶⁹ ? La référence aux clauses abusives, si

¹¹⁶⁵ Conseil constit., décision n°2018-749 QPC, 30 novembre 2018, Société Interdis, §12 : « Les dispositions contestées permettent au juge de se fonder sur le prix pour caractériser l'existence d'un déséquilibre significatif dans les obligations des partenaires commerciaux ». Commentaire de la décision précitée : « L'arrêt de la Cour de cassation du 25 janvier 2017 n'a nullement pour effet de conférer au juge le pouvoir de fixer lui-même, en toute hypothèse, le "juste prix" des biens ou prestations en cause. Il lui appartient seulement de s'assurer de l'absence d'abus caractérisé de l'un des opérateurs, qui aurait profité de sa position pour imposer "son prix" sans réelle négociation ou contrepartie. ». V. égal. Y. UTZSCHNEIDER, A. LAMOTHE, « Que penser d'une règle de protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? », *RDC*, 2009, n°3, p. 1261 : « Plus le juge s'immiscera dans la fixation du prix, par une conception extensive du déséquilibre significatif, plus on s'écartera de la volonté initiale du législateur de rétablir la libre négociabilité tarifaire. ». M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le contrôle judiciaire du prix ne s'effectue pas en dehors du déséquilibre significatif ! », *LEDICO*, 2021, n°02, p. 2. V. égal. pour un ex. ant., CA Paris, 23 mai 2013, n°12/01166 : « Il n'appartient pas aux juridictions de fixer les prix qui sont libres et relèvent de la négociation contractuelle, celles-ci doivent néanmoins, compte tenu des termes de ce texte, examiner si les prix fixés entre des parties contractantes créent, ou ont créé, un déséquilibre entre elles et si ce déséquilibre est d'une importance suffisante pour être qualifié de significatif. ».

¹¹⁶⁶ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le contrôle de la lésion en droit commercial, avec l'interdiction de l'avantage disproportionné », *RDC*, déc. 2019, n°3, p. 41 : « En réalité, le fait d'avoir sorti le contrôle du prix du 2° pour le mettre dans le 1° a un seul but. Il s'agit de soustraire le contrôle du prix à la condition de soumission. ».

¹¹⁶⁷ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Une réduction de prix imposée à l'autre partie est passible de l'article L. 442-6, I, 1°, du Code de commerce », *LEDICO*, mars 2023, n° 3, p. 3 : « [Cass. com., 11 janv. 2023, n° 21-11163] rassure en semblant faire de l'absence de libre accord des sous-traitants une condition de l'application du texte. Le 1° ne s'appliquerait donc qu'aux prix imposés à un partenaire, et non aux prix effectivement librement consentis. ». V. par opp. : N. DISSAUX, R. LOIR, « Avantage sans contrepartie : en avant toute ! », *Recueil Dalloz*, 2023, p. 485.

¹¹⁶⁸ M. BEHAR-TOUCHAIS, « b) La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels », *RDC*, 2009, p. 202. Y. UTZSCHNEIDER, A. LAMOTHE, « Que penser d'une règle de protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? », *RDC*, 2009, p. 1261. R. SAINT-ESTEBEN, « L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation », *RDC*, 2009, p. 1275. E. CLAUDEL, « Réformes du droit français de la concurrence : le grand jeu ? [1^{re} partie] », *RTD com.*, 2008, p. 698.

¹¹⁶⁹ La lettre du texte renvoie, *a priori*, à une analyse globale du contrat. On constate que le Code de commerce utilise la préposition « dans » les droits et obligations, qui exprime notamment « à l'intérieur de », alors

elle existe en droit de la consommation, terreau d'inspiration du texte commercial, n'existe pas dans le Code de commerce¹¹⁷⁰. En effet, l'existence d'une clause abusive ne saurait, en principe, suffire pour sanctionner une partie sur le fondement de l'article L.442-1, I, 2° dès lors qu'elle ne crée pas un déséquilibre dans les droits et obligations des parties, qui doit d'autant plus être significatif¹¹⁷¹. Dès lors, à la seule lecture du Code de commerce, on comprend que ce n'est pas tant la clause en elle-même qui est sanctionnée mais le fait qu'elle crée un déséquilibre dans le contrat. Il s'agit d'une des particularités qui permet de différencier la sanction du déséquilibre significatif de celle de l'avantage sans contrepartie prévu au 1° du même article¹¹⁷². Il convient alors de rechercher un déséquilibre réel dans l'ensemble des droits et obligations puisque la seule démonstration d'une clause déséquilibrée ne suffit pas au sens du texte.

Si les juges¹¹⁷³ et la CEPC¹¹⁷⁴ ont rejeté une analyse limitée aux clauses litigieuses et exigé de procéder à une analyse globale du contrat pourtant, la pratique judiciaire semble moins évidente. En effet, à la lecture de la jurisprudence, on comprend que les juges suivent une analyse en deux temps. Lorsqu'ils analysent le déséquilibre, à travers une ou plusieurs clauses litigieuses, soulevées par le demandeur, ils ont tendance à se limiter à ces clauses ou bien, à analyser d'éventuelles contreparties évoquées dans le dossier¹¹⁷⁵. L'analyse est dite concrète

que le Code de la consommation utilise « entre » les droits et obligations, qui exprime notamment une comparaison, mais dans tous les cas, ces deux prépositions restent synonymes (Dictionnaire en ligne, Le Robert). I. LUC, « L'application judiciaire du déséquilibre significatif aux contrats d'affaires », *AJCA*, 2014, p. 109 : « L'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce fait référence aux "obligations" et non aux "clauses" ; elle vise le déséquilibre "dans" les droits et obligations des parties et non "entre" : est donc en cause la globalité de la relation, l'"économie générale du contrat" ». A. DADOUN, « Faut-il avoir peur du "déséquilibre significatif" dans les relations commerciales ? », *LPA*, 13 avril 2011, p. 17 : « Il ressort de la formulation générale de l'article L. 442-6, I, 2° que le déséquilibre « dans les droits et obligations des parties » devrait s'apprécier au regard de l'ensemble des clauses du contrat ». A. CONTRARIO, S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, Th., droit, Montpellier, 2018, p. 183 : « À rebours d'idées répandues en doctrine [...]. Ce déséquilibre significatif ne suppose pas davantage que sur le fondement consumériste de mettre en balance l'ensemble des droits et obligations issus d'un contrat donné. Seuls quelques droits, quelques obligations, plus ou moins nombreux, seront impliqués dans ce déséquilibre. Le terme "dans" (les droits et obligations) utilisé dans le texte précité à l'égal du terme "entre" (les droits et obligations) du texte consumériste suppose de procéder à une comparaison de certains droits ou obligations, ceux spécifiquement accordés aux partenaires par la clause litigieuse et affectés par le déséquilibre. ».

¹¹⁷⁰ Y. UTZSCHNEIDER, A. LAMOTHE, « Que penser d'une règle de protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? », *RDC*, 2009, p. 1261.

¹¹⁷¹ Cette clause peut être sanctionnée, indépendamment de la démonstration d'un déséquilibre contractuel, en se fondant sur un texte la prohibant en elle-même. C'est par exemple le cas en matière de délais de paiement.

¹¹⁷² À noter, l'approche *per se* ressort de l'analyse du Titre IV du Livre IV. Celui-ci ne connaît ni critère alternatif dans sa mise en œuvre, ni exemption.

¹¹⁷³ Cass. com., 3 mars 2015, n°14-10.907 ; Cass. com., 3 mars 2015, n°13-27.525 ; Cass. com., 29 septembre 2015, n°13-25.043.

¹¹⁷⁴ CEPC, avis n°17-11 relatif à une demande d'avis d'une organisation de producteurs portant sur un contrat de fourniture de lait, 21 septembre 2017 : « Il apparaît que dans l'hypothèse où chaque clause prise isolément ne serait pas significativement déséquilibrée, leur accumulation, dès lors que toutes ces clauses font peser des obligations à la charge d'une seule et même partie (le vendeur), pourrait être susceptible de procéder d'une soumission ou tentative de soumission et constituer un déséquilibre significatif [...]. Cette analyse d'un tel cumul devra être réalisée dans le cadre d'une appréciation globale du contrat dans son ensemble. En effet, la jurisprudence unanime considère que des clauses contractuelles déséquilibrées peuvent être rééquilibrées par d'autres clauses, ce que la CEPC n'est pas en mesure de vérifier, ne disposant pas de l'intégralité du contrat. ».

¹¹⁷⁵ CA Paris, 7 juin 2017, n°15/24846 : « Il leur appartenait d'argumenter cette demande et de dire à la cour quelles obligations créaient selon elles un déséquilibre significatif, la cour ne pouvant d'office se saisir de l'entier contrat et du pacte d'associé pour en déduire quelles étaient les clauses, qui, isolément ou prises

(« *in concreto* ») des clauses litigieuses. Il apparaît, selon nous, que l'analyse n'est pas globale à ce stade car elle se limite à une poignée de stipulations issues du dossier. En effet, les juges estiment qu'il appartient au défendeur d'apporter la preuve contraire, soit le rééquilibrage du contrat à travers d'autres clauses ou pratiques¹¹⁷⁶. C'est à cet instant qu'ils procèdent à une analyse, plus ou moins, globale du contrat.

En effet, par une analyse globale du contrat, le juge renvoie, en pratique, à l'étude de plusieurs clauses et non à l'ensemble du contenu contractuel, ce qui se justifie par la recherche d'avantages ou justifications pouvant compenser l'obligation litigieuse. Or, il apparaît nécessaire qu'il existe un lien avec l'obligation litigieuse pour permettre le rééquilibrage, ce qui n'est pas le cas de l'ensemble des clauses du contrat ayant chacune des objets très distincts. Ainsi, l'analyse consiste à rechercher une compensation ou une justification à une clause (ou un ensemble de clauses) jugée(s) déséquilibrée(s) et non à analyser l'équilibre contractuel dans son ensemble. Ainsi, la seule existence de clause(s) déséquilibrée(s), non compensée(s) ou justifiée(s) par une autre clause ou pratique, suffit à établir un déséquilibre contractuel quand bien même le contrat offre une utilité réelle pour le cocontractant. Dès lors, il apparaît exagéré d'en déduire automatiquement un déséquilibre global, « *dans les droits et obligations* », le déséquilibre n'existant qu'entre les clauses comparables étudiées. En effet, on peut s'interroger sur la capacité d'une ou plusieurs clauses à réellement déséquilibrer l'ensemble contractuel, soit l'ensemble des « *droits et obligations des parties* ».

Si on peut admettre que l'absence de toute contrepartie (y compris non proportionnée), réciprocité, justification, à une clause permet d'établir qu'elle n'est pas équilibrée, au regard des droits et obligations des parties, qu'elle stipule, il apparaît excessif de prétendre qu'elle déséquilibre, à elle seule, l'ensemble contractuel¹¹⁷⁷. On en revient donc au point initial, ce n'est pas tant le déséquilibre contractuel qui est, en réalité, sanctionné par les juges mais la nature déséquilibrée, voire abusive, de certaines clauses. Il faut donc distinguer la nature déséquilibrée

ensemble, pouvaient créer un déséquilibre significatif. » CCA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 : « Le juge peut, si cela est invoqué, tenir compte du contrat dans sa globalité pour apprécier si certaines stipulations contractuelles sont utilement contrebalancées par d'autres pour rétablir l'équilibre dans les droits et obligations des parties au contrat ; que, conformément au droit commun de la preuve, la partie qui soutient que l'économie globale du contrat rend licite une clause qui pourrait être sanctionnée, doit en rapporter la preuve » et Cass. com., 4 octobre 2016, n° 14-28.013.

¹¹⁷⁶ TC Paris, 23 novembre 2015, n°2014049786 : « Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, l'analyse du caractère déséquilibré des droits et obligations des parties doit se faire une appréciation de l'économie juridique globale du contrat, en ne se limitant pas aux seules clauses litigieuses, la partie bénéficiaire du déséquilibre reproché pouvant démontrer l'existence dans le contrat d'autres clauses venant rééquilibrer le contrat. ». V. égal. CEPC, avis n°16-9 relatif à une demande d'avis d'un groupement d'intérêt public sur la validité d'une clause de non-concurrence insérée dans des contrats entre une société et des hôteliers, 12 mai 2016 : « Une fois qu'un déséquilibre significatif est caractérisé à partir de l'analyse d'une ou plusieurs stipulations, il appartient à l'autre partie d'établir l'absence de déséquilibre significatif à l'échelle du contrat, soit que la clause soit dépourvue de justification objective, soit que le déséquilibre se trouve compensé par d'autres dispositions contractuelles ou des avantages. ». V. not. TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123 : « Le rééquilibrage pourra [...] résulter partiellement ou en totalité du seul avantage que le franchisé trouvera lui-même dans la cohérence de la stratégie et l'homogénéité du réseau, gage du succès de son propre investissement financier et humain dans ce dernier. ».

¹¹⁷⁷ Ces critères, susceptibles de conduire à un déséquilibre, seront analysés ultérieurement.

de certaines clauses, qui ne trouvent aucune compensation ou justification directe dans le contrat, et la nature déséquilibrée du contrat pris dans son ensemble.

Ainsi, si on parle de « *équilibre contractuel* » ou de « *déséquilibre contractuel* » dans le cadre de cette thèse, car il s'agit d'un terme employé par la jurisprudence¹¹⁷⁸ et la doctrine¹¹⁷⁹, il s'avère, qu'en pratique, ce terme est généralement impropre à l'utilisation réelle qu'en font les juges¹¹⁸⁰. Pourtant, la Cour de cassation énonce régulièrement que la Cour d'appel : « *fait application dans son examen, in concreto, des clauses litigieuses, en prenant en compte l'ensemble des droits et obligations des parties, tel qu'il ressort du contrat, pris dans sa globalité* »¹¹⁸¹.

229. *L'affront d'une prétendue référence des juges à « l'économie du contrat ».* Les juges vont même plus loin en déclarant se fier à l'« *économie du contrat* »¹¹⁸² ou encore, l'« *économie de la relation contractuelle* »¹¹⁸³. Suivant les principes retenus par la Cour de cassation¹¹⁸⁴, les juridictions récentes énoncent régulièrement que « *les clauses sont appréciées dans leur contexte, au regard de l'économie du contrat et in concreto* »¹¹⁸⁵. Choisir la notion d'« *économie du contrat* » ne devrait pas être anodine. Les juges auraient pu se limiter à ce qu'ils appellent une analyse globale du contrat, comme vu précédemment, et non utiliser le terme « *économie du contrat* ». La notion de « *économie du contrat* » n'est pas une notion inventée par les juges du déséquilibre significatif, elle existe depuis de nombreuses années dans la sphère juridique¹¹⁸⁶. Elle a été entendue, autrefois, comme l'économie voulue par les parties, en lien avec la notion de cause, ce qui renvoyait, d'une part, à la nécessité de connaître la volonté réelle des parties lors de la conclusion et d'autre part, à admettre que l'existence de cette volonté n'est pas toujours inscrite dans le champ contractuel¹¹⁸⁷. Au sens économique, les

¹¹⁷⁸ CA Paris, 1^{er} juillet 2015, n°13/19251 ; CA Paris, 13 février 2020, n°16/15098 ; CA Paris, 15 juin 2020, n°18/23097 ; CA Paris, 26 juin 2020, n°18/03192.

¹¹⁷⁹ M. MALAURIE-VIGNAL, « Le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle ? », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 11, novembre 2008, dossier 5. M. MALAURIE-VIGNAL, « Contrat - Faut-il avoir peur du déséquilibre significatif ? », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 7, juillet 2015, étude 9. E. DIENY, « Concurrence - Déséquilibre significatif : sept ans après, a-t-on atteint l'âge de raison ? », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n°51-52, 15 décembre 2015, p. 1626. M. CHAGNY, « D'une exigence d'absence de déséquilibre significatif à un impératif d'équilibre ? », *RTD com.*, 2018, p. 641.

¹¹⁸⁰ Par opp. : CA Paris, 28 mai 2020, n°17/13136 : « Sur la remise de fin d'année [...] L'examen d'un déséquilibre doit être évalué en fonction de l'économie du contrat et non au vu de la seule clause litigieuse. [...] Il n'est pas démontré que cette clause aurait été imposée à la SAS Dupont Restauration et constituerait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties alors que la lecture de la convention dans sa globalité établit que chaque clause participe à l'équilibre économique du contrat. »

Cass. com., 29 septembre 2015, n°13-25.043 ; Cass. com., 3 mars 2015, n°14-10.907.

¹¹⁸¹ CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336.

¹¹⁸² CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187 ; CA Paris, 6 novembre 2019, n°18/03352 ; CA Paris, 11 décembre 2019, n°18/28097 ; CA Paris, 13 février 2020, n°16/15098 ; CA Paris, 27 février 2020, n° 17/12775 ; CA Paris, 22 octobre 2020, n°18/02255 ; CA Paris, 18 novembre 2020, n°19/12813 ; CA Paris, 7 janvier 2021, n°18/17376.

¹¹⁸³ Cass. com., 3 mars 2015, n°13-27.525 ; Cass. com., 4 octobre 2016, n° 14-28.013.

¹¹⁸⁴ CA Paris, 17 juin 2020, n°18/23452 ; CA Paris, 25 novembre 2020, n°19/00558 ; CA Paris, 14 janvier 2021, n°18/20126.

¹¹⁸⁵ E. HOUSSARD, « L'économie du contrat », *Revue juridique de l'Ouest*, 2002-1, p. 7-65.

¹¹⁸⁶ Cass. civ., 3 juillet 1996, n°94-14.800, s'agissant de la location de cassettes vidéo. À ce sujet, E. HOUSSARD, « L'économie du contrat... », *ibid.*, p. 7-65, explique que : « En l'espèce, la location des

acteurs ont agi de manière rationnelle, dans le sens uniquement où ils ont agi conformément à leur intention. L'utilité recherchée par le contrat n'est pas nécessairement inscrite contractuellement pourtant c'est bien ce qui a motivé sa conclusion. Or, les juges se sont progressivement dégagés de cette définition et ont une conception bien distincte de l'« *économie du contrat* » en matière de déséquilibre significatif. Nous verrons par la suite qu'ils rejettent toute référence à l'utilité et au fonctionnement réel du contrat pour les parties ou encore, à la prise en compte des gains directs et indirects pour qualifier un déséquilibre contractuel¹¹⁸⁸. Au-delà du fait que l'analyse de l'équilibre contractuel n'est pas réellement globale en pratique, les juges excluent de leur analyse des éléments majeurs, conduisant ainsi à une analyse juridique trop restreinte et donc non réaliste.

b) *L'analyse judiciaire conduit à l'étude d'un équilibre juridique et non économique*

230. *Le défendeur ne peut démontrer le rééquilibrage du contrat qu'à travers le contenu contractuel.* Si le juge peut, au terme de la démonstration du demandeur, estimer que la ou les clauses litigieuses conduisent à un déséquilibre significatif, il appartient au défendeur d'apporter la preuve contraire. Le juge parle alors de rééquilibrage. Pourtant, si le déséquilibre est constaté au regard de certaines clauses litigieuses, et que le défendeur parvient à apporter la preuve contraire, il n'y a point rééquilibrage mais plutôt absence de déséquilibre. Toutefois, pour suivre les termes de la jurisprudence, nous maintiendrons celui de « *rééquilibrage* ». Les juges apprécient strictement les preuves pouvant être apportées par le défendeur pour rééquilibrer le contrat. En effet, en général, la jurisprudence estime que le rééquilibrage ne peut porter que sur d'autres clauses du contrat, obtenues au terme d'une négociation¹¹⁸⁹. Or, dans certains cas, elle a pu admettre que des avantages ou encore des pratiques (et non des clauses), pouvaient être utilisés pour procéder au rééquilibrage du contrat, laissant penser à une appréciation plus extensive¹¹⁹⁰. Néanmoins, en pratique, l'analyse juridique de l'équilibre se

cassettes devait permettre l'exploitation d'un commerce de vidéo-club, mais la réussite commerciale de l'entreprise était dès le départ impossible en raison de la faible dimension de l'agglomération où le commerce devait être implanté, d'où l'impossible exécution «selon l'économie voulue par les parties». À l'évidence, la conception de la cause retenue en l'espèce diffère profondément de la conception classique de la cause objective, bien que la Cour de cassation continue de parler de «contrepartie réelle». En effet, la contrepartie existait ici : elle résidait dans la mise à disposition des cassettes. [...] Il a en fait été considéré que la cause faisait défaut, non pas en raison de l'absence de contrepartie objective, mais parce que la réalisation effective de l'opération économique que le contrat servait à réaliser (la création et l'exploitation d'un commerce) apparaissait comme impossible, dès la formation du contrat. La cause objective n'existe donc à en croire cet arrêt que si cette réalisation effective est au moins possible au moment où il est formé. » En réalité, le contrat n'offrait pas l'utilité attendue par les parties et qui avait motivé sa conclusion.

¹¹⁸⁸ M. BEHAR-TOUCHAIS, « La nécessité de tenir compte de la rentabilité du contrat dans l'analyse du déséquilibre significatif ou de la disproportion », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilbert Parléani*, IRJS Éditions, septembre 2021.

¹¹⁸⁹ Cass. com., 3 mars 2015, n°13-27.525 ; Cass. com., 3 mars 2015, n°13-27.525 : « La société Eurauchan ne démontre pas qu'à l'issue de la négociation dont elle fait état, la modification des autres clauses ait néanmoins permis de rééquilibrer le contrat » ; Cass. com., 25 janvier 2017, n°15-23.547.

¹¹⁹⁰ CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187 ; M. CHAGNY, « Les pratiques visées par la règle sur le déséquilibre significatif », *RTD com.*, 2018, p. 638 : « Elle indique que "le champ d'application [de l'art. L. 442-6-I, 2°] n'est pas limité aux clauses contractuelles insérées dans les contrats signés entre les partenaires commerciaux, mais vise également les pratiques entre ces mêmes partenaires commerciaux". Ceci ne

limite majoritairement au contenu du contrat en cause, sans tenir compte de son fonctionnement ou de son utilité réelle pour les parties, ce qui n'est pas sans soulever certaines critiques¹¹⁹¹.

Ainsi, la jurisprudence actuelle, dans la majorité de ses décisions en matière de déséquilibre significatif, semble exiger la démonstration d'une « *autre clause* » pour rééquilibrer le contrat. Le défendeur sera amené à rechercher, tant bien que mal, une clause permettant de démontrer que la contrepartie, la justification, la réciprocité réelle à l'obligation litigieuse a bien été contractualisée. Pourtant, rappelons que l'existence de contreparties ligne à ligne n'est, en principe, pas exigée lors de l'analyse d'une pratique de déséquilibre significatif¹¹⁹². Les juges déclarent eux-mêmes procéder à une analyse des contreparties de manière globale¹¹⁹³. Mais, en retenant l'exigence d'une « *autre clause* », les juges semblent contraindre les acteurs économiques à procéder à de tels mécanismes et ainsi éviter une sanction pour déséquilibre significatif. On comprend parfaitement la nécessité de rassurer le partenaire et faciliter la preuve de cette contrepartie en l'intégrant dans le contrat afin qu'elle soit visible et constitue un engagement. Néanmoins, le mécanisme des contreparties ligne à ligne apparaît difficile en pratique¹¹⁹⁴. L'utilité du contrat pour chaque partie s'apprécie de manière globale et ne saurait,

saurait surprendre : tandis que les règles du code de la consommation et du code civil visent l'une et l'autre uniquement les clauses, celle du code de commerce ne comporte ni restriction, ni distinction. » Dans cette démarche plus extensive, not. égal. CA Paris, 17 juin 2020, n°18/23452 : « La preuve d'un rééquilibrage du contrat par une autre clause incombe à l'entreprise mise en cause et peut résulter de l'analyse des clauses du contrat au regard d'autres conventions des parties. ».

¹¹⁹¹ Concernant le contrôle judiciaire du prix : M. BEHAR-TOUCHAIS, « La judiciarisation des négociations commerciales », *LEDICO*, mars 2017, p. 1 : « En droit des abus de position dominante, pour apprécier si un prix est excessif, il faut prendre en considération “l'ensemble des coûts supportés à long terme [...] les besoins des consommateurs, la nécessité d'une rémunération satisfaisante du capital, la situation concurrentielle du marché, y compris les tarifs pratiqués par d'autres [...]” (CJCE, 11 avr. 1989, n° C-66/86). Le juge commercial est-il armé pour effectuer ce contrôle ? Tiendra-t-il compte de la rentabilité du contrat pour le fournisseur au titre de l'économie du contrat ? Le contrôle judiciaire du prix ne doit pas conduire un fournisseur qui s'est enrichi grâce au contrat, à récupérer en plus ses débours », pour contester la position de la Cour de cassation dans cette affaire se limitant à une analyse contractuelle pour établir le déséquilibre significatif résultant de RFA.

¹¹⁹² À nuancer, toutefois, dès lors que la loi exige des contreparties réciproques entre les parties. G. CHANTEPIE, « EGALIM 3 : le droit des relations commerciales réformé à tâtons (Première partie : l'émiettement du droit des négociations commerciales) », *Dalloz actualité*, 05 avril 2023.

¹¹⁹³ TC Paris, 13 octobre 2020, n° 2017005123.

¹¹⁹⁴ J.P. CHARITÉ, Rapport n°908 fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi de modernisation de l'économie, Assemblée nationale, 22 mai 2008 : « La notion d'obligation présente plusieurs avantages : [...] d) ne plus obliger le “ligne à ligne” afin de dissuader les lignes fictives. [...] Si nous laissons “contrepartie” un certain nombre d'acteurs et les jurisprudences glisseraient inévitablement vers “des contreparties ligne à ligne à la négociation tarifaire”. Or, une telle exigence alourdit un formalisme dont les PMI sont les premières victimes. Elle soumet l'ensemble des entreprises à une forte insécurité juridique. Beaucoup recourent à des expertises juridiques coûteuses. Les contrats deviennent de plus en plus complexes, volumineux, illisibles.... [...] La loi ne doit pas avoir pour effet de contraindre les parties à trouver des obligations qui “entrent dans les cases”, mais de trouver des définitions suffisamment larges pour que le droit puisse saisir la réalité des pratiques. Dans le cas contraire, le législateur risque, à son corps défendant, de créer les conditions d'une réapparition à l'avant de contreparties fictives alors qu'il a continuellement tenté de faire disparaître à l'arrière les services fictifs. [...] [...] C'est aux partenaires de monter l'équilibre entre leurs engagements réciproques. Ils peuvent le justifier de façon globale. (Exemple un prix net contre un ensemble de conditions d'achat ou de prestation.) Les partenaires peuvent aussi s'appuyer sur des engagements spécifiques significatifs et particuliers. (Exemples : 1) un service distinct significatif 2) Le financement, un an à l'avance, de l'investissement dans un nouveau produit. Ce n'est pas dans les CGV. C'est bien du négociable. Et cela justifie – toutes proportions gardées – un droit particulier. ».

en principe, résider dans une analyse ligne à ligne. Enfin, les contrats deviendraient illisibles en pratique si le ligne à ligne s'impose, ce qui peut nuire au bon fonctionnement de l'économie, en réduisant par ailleurs l'attractivité du modèle de contrat ; c'est pourtant ce que tend à instaurer le législateur en matière de produits de grande consommation avec la loi du 30 mars 2023 n°2023-221 dite Egalim 3¹¹⁹⁵.

Par ailleurs, on peut se demander si le rééquilibrage ne pourrait pas résulter de l'introduction d'une clause ou d'une pratique au cours de l'exécution du contrat. La jurisprudence semble néanmoins s'y opposer en exigeant d'analyser le rééquilibrage lors de la formation du contrat¹¹⁹⁶. Ainsi, seules les clauses existantes lors de la formation du contrat permettraient de connaître la volonté des parties, leurs attentes et leurs stratégies réelles. D'après les juges, le contenu du contrat au jour de sa formation suffit à démontrer son fonctionnement pour chaque partie. Pourtant, les contrats commerciaux sont bien plus complexes que ne le laissent penser les juges. Leur fonctionnement repose sur un équilibre global, entendu largement et ne saurait se limiter à l'analyse de quelques clauses introduites lors de la formation.

231. *Le rejet de l'argument de la rentabilité économique pour rééquilibrer le contrat.* Les juges ne recherchent pas la rentabilité économique de la transaction, ils se limitent à une analyse des termes du contrat, à moins que ce point soit entré dans le champ contractuel¹¹⁹⁷, expressément, voire de manière tacite comme le retient le Professeur M. BEHAR-TOUCHAIS¹¹⁹⁸. Pourtant, le contrat ne tient pas toujours compte des profits annexes en découlant. Par exemple, ce peut être le cas des ventes liées au produit principal, objet du contrat. Ainsi, pour démontrer que la contrepartie réelle obtenue par le partenaire est plus importante

¹¹⁹⁵ Code com. art. L.441-4 : « III. La convention mentionne le barème des prix unitaires, tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, ou les modalités de consultation de ce barème dans la version ayant servi de base à la négociation ainsi que chacune des obligations réciproques auxquelles se sont engagées les parties à l'issue de la négociation commerciale et leur prix unitaire. ».

¹¹⁹⁶ TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123 : « Subway ne cherche d'ailleurs pas à prétendre le contraire, faisant seulement état de la renégociation possible, en cours d'exécution du contrat, des clauses relatives aux horaires ou à la résiliation, argument sans portée puisque le déséquilibre s'apprécie au moment de la signature du contrat. ».

¹¹⁹⁷ TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123 : « Subway soutient [...] le déséquilibre du contrat étant rééquilibré par le bénéfice que le franchisé retire de son appartenance au réseau. Le tribunal relève toutefois que ce bénéfice procuré au franchisé trouve sa totale contrepartie, dans la rémunération que Subway obtient de lui. » ; TC Paris, 6 juillet 2021, n°2016064825 : « L'avantage concurrentiel qui peut permettre à un fournisseur qui adhère d'augmenter son chiffre d'affaires ne se traduit évidemment pas par une obligation contractuelle de MR X ; cet avantage n'est qu'hypothétique, [...] Ainsi, à s'interroger sur la valeur d'une contrepartie non contractuelle, hypothétique et vraisemblablement non durable, le tribunal ne peut que répondre que cette valeur est indéfinissable et ne peut donc pas être prise en considération pour examiner si le déséquilibre créé par le dispositif DZB est rééquilibré ; Attendu que MR X ne fait valoir aucune clause du contrat de référencement qui aurait été négociée avec les fournisseurs en contrepartie. ».

¹¹⁹⁸ M. BEHAR-TOUCHAIS, « La nécessité de tenir compte de la rentabilité du contrat dans l'analyse du déséquilibre significatif ou de la disproportion », in Mélanges en l'honneur du Professeur Gilbert Parléani, IRJS Éditions, septembre 2021 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « La rentabilité de panneaux photovoltaïques n'est prise en compte que si elle est entrée dans le champ contractuel », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 3, 21 Janvier 2021, p. 1024 ; S. BERNHEIM-DESVAUX, « La rentabilité économique peut être une caractéristique essentielle de l'installation photovoltaïque. », Contrats Concurrence Consommation n° 1, Janvier 2021, comm. 17 ; Commission ad hoc présidée par M. NUSSENBAUM, « Le contrôle judiciaire du prix », Rapport du club des juristes, octobre 2021, p. 81-85.

que ce que laisse croire le texte du contrat, il faudrait démontrer l'existence d'une clause qui prévoit la possibilité de procéder à des ventes liées au produit principal. Toutefois, la jurisprudence actuelle ne garantit pas que le juge commercial accepte cet élément de preuve comme indice de rééquilibrage, ce qui est d'autant plus improbable en l'absence de contractualisation. Pourtant, refuser de prendre en compte la rentabilité économique, comme élément majeur relevant de l'équilibre contractuel, conduit à une analyse peu réaliste puisque c'est généralement l'utilité économique de la transaction qui motive sa conclusion. Cet argument ne saurait suffire d'après la jurisprudence à partir du moment où l'infraction est consommée, c'est-à-dire, en pratique en présence d'une soumission ou tentative de soumission à des clauses qu'elle juge déséquilibrées. Il ressort de la jurisprudence que s'il est vrai que le partenaire a trouvé un intérêt économique au contrat, il doit néanmoins obtenir réparation du fait que l'autre partie se soit enrichie à son détriment¹¹⁹⁹.

Par conséquent, doit-on rechercher un rééquilibrage uniquement dans les éléments négociés entre les parties, comme témoignage d'une négociation loyale et comme le retient l'analyse juridique ? Ou, dans une démarche plus économique et réaliste, peut-on admettre qu'une contrepartie puisse exister en dehors du contenu contractuel tout en y étant liée ? Par exemple, en pratique, le fournisseur sait qu'il n'est pas un acteur intermédiaire, il doit se « contenter » des avantages obtenus par le contrat litigieux contrairement au distributeur qui pourra améliorer, parfois de manière conséquente, son profit car, en tant qu'acteur intermédiaire, il pourra ensuite traiter avec le consommateur final. Dans de telles circonstances, le fournisseur n'aurait-il pas intérêt à exiger des avantages supplémentaires à ceux du distributeur ? La loyauté ne serait-elle pas justement de tenir compte des situations économiques de chaque partie et de sa capacité à utiliser le contrat en cause pour accroître ses profits ? Autrement dit, la marge économique du distributeur peut-elle se faire, tant lors de l'achat auprès du fournisseur que lors de la revente au consommateur ? L'équité, autre notion pour définir des pratiques loyales, tant souhaitées par le législateur, n'implique-t-elle pas de tenir compte des gains réellement retirés par les parties du fait de la relation contractuelle ? Le « *juste équilibre* » contractuel entre les parties ne réside-t-il pas dans la prise en compte de l'ensemble des circonstances entourant la relation commerciale ? Les juges semblent, pourtant, s'y refuser.

Si on peut comprendre une limitation de l'analyse au contenu contractuel, au regard des exigences de sécurité juridique et de prévisibilité entre les parties au contrat¹²⁰⁰, mais également en raison de leurs coûts de recherche et d'analyse, il faut néanmoins admettre qu'un déséquilibre juridique, tel que retenu par le juge, ne conduit pas nécessairement à un déséquilibre économique pour les parties. Ce qui est d'autant plus vrai en raison de la non-prise en compte des effets réels du contrat et le rejet des contreparties économiques non contractualisées. Si les sanctions n'étaient pas aussi importantes, une telle limitation pourrait opportunément être privilégiée, mais les enjeux sont si élevés pour les parties au contrat, qu'on

¹¹⁹⁹ TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625 : « Que les divers avantages, que peut retirer le vendeur tiers, ne permettent donc pas de compenser les clauses lui imposant des contraintes que le tribunal a jugé excessives [...] le bénéfice de l'image, de la notoriété, de la confiance des consommateurs, comme des outils, a pour contrepartie le niveau des diverses commissions payées à ASE par les vendeurs tiers. ».

¹²⁰⁰ Pour une analyse plus critique : J. MESTRE, « L'économie du contrat », *RTD civ.*, 1996, p. 901.

peut exiger des juges une analyse plus concrète et réelle des déséquilibres, en prenant en compte leur dimension économique. Les clauses relatives au prix ne sont pas nécessairement les seules concernées, ce peut être le cas d'autres clauses dont la contrepartie peut être recherchée dans les contreparties économiques résultant de l'exécution du contrat et par la spécificité de la relation commerciale.

C. Proposition d'élargissement de l'objet d'analyse juridique de l'équilibre contractuel

232. *L'équilibre contractuel doit être étudié de manière réaliste.* Puisqu'un déséquilibre juridique n'implique pas nécessairement un déséquilibre économique, le juge pourrait être amené à protéger un acteur, voire même à prononcer des sanctions qui conduisent à son enrichissement, alors qu'il ne subissait pas de déséquilibre économique du fait de la relation commerciale visée. Il convient, dès lors, de procéder à une modification de l'analyse juridique pour qu'elle soit plus réaliste, et donc plus efficace. Dans de telles circonstances, nous préconisons d'ajouter les indices économiques du surplus contractuel à l'analyse juridique (a). Néanmoins, nous encadrons cet élément de preuve en exigeant que les indices utilisés soient bien liés au contrat et vérifiables en pratique (b).

a) *Ajouter les indices économiques du surplus contractuel à l'analyse juridique*

233. *La nécessité de prendre en compte les gains directs et indirects.* L'analyse de l'équilibre contractuel s'entend juridiquement comme l'analyse du partage effectué entre les droits et obligations des parties. Selon nous, l'analyse de l'équilibre contractuel consiste à s'interroger si le contrat confère des gains et pertes équilibrés entre les parties. Chaque partie doit y trouver un avantage et le contrat ne doit pas s'avérer bien plus avantageux pour une partie que pour l'autre. Comment connaître l'avantage réel que procure le contrat à chaque partie pour ensuite comparer ces avantages et en déterminer l'équilibre ?

Le juge prétend procéder à une « *analyse globale* » et s'intéresser à l'« *économie* » du contrat lorsqu'il limite son analyse aux droits et obligations prévus dans le contrat. *A contrario*, nous avons vu que l'analyse économique s'intéresse à l'équilibre contractuel à travers la notion de surplus. Déterminer le surplus contractuel d'une partie permet de connaître l'utilité réelle retirée du contrat et donc, les motivations de chaque partie lors de la conclusion.

Or, le surplus contractuel se compose des gains individuels. Il s'agit des gains découlant des droits contractuels dont on déduit les pertes tirées des obligations contractuelles. Néanmoins, *a contrario* des juges français, les économistes ne se limitent pas à certains droits et obligations du contrat, mais procède à l'analyse de l'ensemble contractuel ainsi qu'aux droits et obligations qui découlent de ce contrat. Les gains et pertes sont dits directs, car directement retirés du contenu contractuel, et sont indirects lorsqu'ils sont retirés de la pratique des parties permise grâce au contrat en cause. En effet, l'utilité réelle du contrat ne saurait se limiter aux avantages prévus contractuellement alors même que d'autres avantages ont été permis grâce à sa

conclusion. C'est en tenant compte de l'ensemble des gains que le juge peut connaître la rentabilité économique du contrat, donc son utilité pour la partie ou encore, sa valeur ajoutée. Ainsi, le juge ne peut pas se limiter à l'analyse des droits et obligations prévus dans le contrat car il s'expose à une analyse biaisée de l'équilibre contractuel. Si cette analyse est biaisée, elle ne saurait être réaliste. Une partie peut se voir sanctionnée pour avoir soumis son partenaire à un déséquilibre juridique, limité à la répartition des droits et obligations prévus dans le contrat, sans que son partenaire ait nécessairement subi un déséquilibre économique. Le déséquilibre dit juridique, sur lequel se fondent bien souvent les juges en droit positif, à travers le seul contenu contractuel, et la dimension plus économique du déséquilibre, fondée sur la rentabilité économique du contrat à travers les gains et pertes, directs et indirects, soit contractuels et extracontractuels. Une analyse fondée sur un déséquilibre juridique est déconnectée des réalités économiques pourtant des sanctions économiques importantes peuvent être prononcées. En effet, nous verrons dans la partie sanction que la prétendue victime pourrait même bénéficier d'un enrichissement injustifié si elle perçoit les restitutions consécutives à une annulation des clauses litigieuses alors qu'elle a pourtant pu retirer des gains directs et indirects du contrat. Afin de s'assurer de l'absence d'erreur visant à sanctionner des faux coupables, il convient de tenir compte de tous les indices disponibles pour être en mesure d'analyser correctement l'équilibre contractuel. À défaut, il convient de ne pas parler d'« *équilibre contractuel* » et de sanctionner ces pratiques, en elles-mêmes, sur d'autres fondements¹²⁰¹, bien qu'en matière économique cela reste discutable.

L'équilibre contractuel, utilisé par le droit commercial, doit retrouver son origine économique, et non servir de moyen juridique pour sanctionner *per se* des pratiques indépendamment de leur réalisme économique. Dès lors, l'étude de l'économie, nous permet d'intégrer un indice supplémentaire à l'analyse du juge français : il s'agit de s'intéresser aux gains directs et indirects des parties c'est-à-dire l'ensemble des droits et obligations des parties prévus au contrat et les gains ou pertes qui ont découlé du contrat en cause.

234. *La nécessité de tenir compte de l'option de sortie.* L'option de sortie est une des composantes du surplus contractuel¹²⁰². Il s'agit de l'option dont dispose un acteur économique s'il ne signe pas le contrat en cause : il peut s'agir d'une ou de plusieurs offres concurrentes ou de l'absence de toute offre. Connaître l'option de sortie d'un acteur économique permet de se replacer dans les circonstances de la conclusion du contrat et ainsi, mieux comprendre sa décision. Elle permet de connaître la valeur ajoutée du contrat en comparaison avec la situation dans laquelle il aurait été placé en l'absence de conclusion. Par exemple, le déséquilibre du contrat litigieux peut néanmoins rester plus avantageux que le déséquilibre contractuel proposé par des offres concurrentes¹²⁰³ ou encore face au risque de se trouver en situation de pertes en raison de l'absence d'offres alternatives. Un acteur économique pourrait même renoncer à une

¹²⁰¹ Comme c'est déjà le cas, à travers plusieurs dispositions du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, par exemple, en matière de délais de paiement (art. L441-10 à L441-16) ou encore en matière agricole (art. L443-1 à L443-8).

¹²⁰² Ref th. §202.

¹²⁰³ Par ex., un acteur économique peut être confronté, sur un marché, à des partenaires commerciaux potentiels puissants où chacun impose un contrat déséquilibré. Il pourrait alors être amené à privilégier le contrat le moins déséquilibré à son détriment.

offre de contrat plus équilibrée, en termes de droits et obligations, car il trouverait néanmoins un intérêt avec le contrat en cause, par exemple pour rester fidèle à une relation économique. Avoir conscience de cette information permet de comprendre pourquoi ce contrat a été choisi. Dès lors, les juges ne sauraient faire, utilement, abstraction d'une telle information. Pour connaître l'équilibre contractuel d'un contrat, son économie, son fonctionnement, sa valeur ajoutée, pour chaque partie : il faut tenir compte des droits et obligations contractuels et extracontractuels, au titre des gains et pertes du contrat, et s'intéresser à son option de sortie.

b) *Exiger que les indices utilisés soient bien liés au contrat et vérifiables en pratique*

235. *Les indices économiques utilisés doivent être liés au contrat et ne peuvent pas exister en son absence.* Certes, tenir compte essentiellement des droits et obligations prévus directement dans le contrat facilite la charge de la preuve devant le juge. Néanmoins, si rechercher les gains et pertes extérieurs au contrat, même ceux uniquement liés, constitue une charge supplémentaire, qui peut même s'avérer difficile en pratique, c'est le gage d'une analyse qui se veut réaliste. Nous verrons qu'une telle analyse entre en opposition avec une sanction *per se* des pratiques telle qu'appliquée par les juges. Dès lors, admettre la prise en compte des gains et pertes contractuels et extracontractuels implique de poser des limites pour en faciliter la démonstration. Par ailleurs, étendre les modes de preuve disponibles pourrait conduire à des comportements opportunistes qu'il convient d'éviter. Les acteurs économiques pourraient être tentés d'utiliser des gains ou pertes qui ne sont pas liés au contrat en cause pour augmenter ou diminuer artificiellement les avantages retirés du contrat et ainsi biaiser l'analyse de l'équilibre contractuel. Dès lors, il apparaît fondamental de s'assurer que les gains et pertes utilisés devant le juge, pour déterminer l'équilibre contractuel, sont bien liés au contrat. Nous proposons de limiter la prise en compte des gains et pertes extracontractuels uniquement à ceux qui sont liés au contrat visé et qui n'auraient, *a priori*, pas pu être produits en son absence. On pourrait uniquement retenir les gains et pertes extracontractuels, uniquement liés au contrat, sans vérifier qu'ils n'auraient pas pu exister sans ce contrat. Néanmoins, ces gains ou pertes pourraient donc exister sans le contrat en cause et ne permettent donc pas, selon nous, d'analyser réellement l'avantage qui a pu être retiré du contrat en question.

Ainsi, en pratique, une partie au contrat qui prétend que son partenaire a perçu un gain supplémentaire du fait du contrat en cause devrait le démontrer. Par exemple, le Professeur M. BEHAR-TOUCHAIS se réfère au mécanisme des têtes de gondole dans les magasins¹²⁰⁴. Un tel mécanisme permet au distributeur d'exiger, en principe, un prix élevé pour son service car la mise en avant des produits du fournisseur permettra, à ce dernier, d'accroître ses ventes. C'est bien la prise en compte de ces bénéfices ultérieurs qui permet de justifier un prix élevé du service initial. *A contrario*, les juges pourraient estimer que le prix de ce service est

¹²⁰⁴ M. BEHAR-TOUCHAIS, « La nécessité de tenir compte de la rentabilité du contrat dans l'analyse du déséquilibre significatif ou de la disproportion », in *Mélanges G. Parléani*, IRJS Éditions, 2021.

disproportionné en l'absence de rentabilité suffisante¹²⁰⁵. Un autre exemple renvoie au fait qu'un distributeur ait pu vendre un produit supplémentaire uniquement car il a acheté le produit initial auprès du fournisseur. Sans l'achat du produit initial, les consommateurs n'auraient pas acheté le produit additionnel. Par exemple, le produit additionnel pourrait ne pas fonctionner avec un produit concurrent (notamment car il est adapté au produit initial) ou bien, car le produit additionnel, s'il peut être vendu avec un produit concurrent, ne le sera pas en pratique car les consommateurs sont venus chercher le produit initial (par exemple, en raison de sa notoriété, ou encore de sa forte attraction auprès des consommateurs). Pour cette dernière possibilité, on pense notamment à la vente de forfaits téléphoniques réalisée avec la vente de téléphones de marque. Les consommateurs fidèles à un smartphone de grande marque achèteront un forfait téléphonique chez un opérateur que s'il propose ce produit à défaut ils se rendront chez un concurrent. Dans cette situation, ce n'est donc pas tant les services de l'opérateur en question qu'ils sont venus chercher, c'est la possibilité d'acheter ce smartphone en particulier, avec l'obtention d'un forfait téléphonique pour l'utiliser. Or, la distribution de ce smartphone chez les opérateurs téléphoniques peut régulièrement faire l'objet de pénurie dès lors qu'il est marqué par une forte demande, ce qui a pu conduire des consommateurs à se rendre chez un autre opérateur pour obtenir l'objet tant convoité. En l'absence de préférence déterminante pour un opérateur, la vente du forfait téléphonique au consommateur (parfois à un prix très élevé) et le gain qui en est retiré pour l'opérateur sont effectivement liés à l'achat du produit initial : le smartphone de grande marque¹²⁰⁶.

Par ailleurs, une partie au contrat peut également démontrer qu'elle a subi une perte supplémentaire du fait du contrat en cause et cette perte n'aurait pas existé en l'absence du contrat. En effet, une partie au contrat peut, du fait de certaines obligations propres au contrat en cause et n'existant pas dans des contrats concurrents, avoir subi des pertes supplémentaires. Par exemple, la pratique habituelle peut être de faire supporter un coût, comme des frais de publicité, à une certaine partie au contrat. Dans le contrat en cause, la partie qui doit habituellement s'en charger transfère ce coût à son partenaire et lui fait donc supporter un coût qu'il n'aurait, en principe, pas subi avec un autre cocontractant. Or, ce coût constitue une perte directe du contrat puisqu'il découle d'une obligation prévue contractuellement. Néanmoins, cette perte initiale peut entraîner une autre perte, cette fois extracontractuelle mais liée au contrat en cause. En effet, le fait d'être contraint de réserver une partie de ses bénéfices au respect de l'obligation contractuelle peut conduire le contractant à une moindre utilisation de ses bénéfices pour une autre finalité. Ce qui peut, *in fine*, réduire ses bénéfices futurs. Reprenant l'exemple de la publicité, si une partie dépense plus dans la publicité du produit au lieu d'utiliser

¹²⁰⁵ M. BEHAR-TOUCHAIS, « La nécessité de tenir compte ... », *ibid.* ; Commission ad hoc présidée par M. NUSSENBAUM, « Le contrôle judiciaire du prix », Rapport du club des juristes, octobre 2021, p. 81-86.

¹²⁰⁶ Par opp. : v. TC Paris, 23 novembre 2015, n° 2014049786 : « Attendu que l'équilibre des droits et obligations du contrat s'apprécie ainsi au regard de l'économie juridique du contrat et non en considération de contreparties économiques et stratégiques extérieures à celui-ci ou retirées de celui-ci ; [...] il appartient à APPLE de procéder à une analyse nécessairement juridique des droits et obligations du contrat pour démontrer l'absence de déséquilibre significatif [...]. Attendu que les données économiques et stratégiques dont la divulgation est demandée par APPLE sont des données extérieures aux droits et obligations des parties et étrangères à l'économie juridique du contrat et que les conséquences économiques sont indifférentes et notamment la rentabilité de l'iPhone ou la comparaison avec les contrats conclus par ORANGE et d'autres fabricants de terminaux mobiles. »

cette dépense pour une autre activité, comme cela lui aurait été permis grâce à un autre contrat, cette autre activité risque de lui apporter moins de bénéfices. *In fine*, elle subit une double perte, contractuelle et extracontractuelle, du fait du contrat en cause. Le défendeur pourra démontrer que cette seconde perte est compensée par le gain qu'a, en réalité, permis cette obligation. Par exemple, participer à des frais de publicité, certes coûteux, permet également de renforcer l'attractivité de son produit, par conséquent ses commandes, et donc ses gains. Néanmoins, le défendeur doit également justifier pourquoi cette obligation a reposé uniquement sur son partenaire et n'était donc pas à sa charge, à tout le moins en partie, comme ce devrait être le cas en pratique. Le partenaire lésé aurait dû bénéficier des avantages de la publicité, au même titre que le défendeur, sans avoir à supporter, à tout le moins, l'intégralité de son coût. Il s'agit ici non pas de calculer avec exactitude le montant de l'ensemble des gains et pertes¹²⁰⁷ mais bien d'inviter le juge à analyser l'équilibre contractuel de manière globale en prenant en compte l'existence de gains et pertes directs qui peuvent conduire à des gains et pertes indirects en raison du contrat litigieux.

236. *Les indices économiques doivent être vérifiables.* Le droit français est réticent à prendre en compte les indices économiques, comme peut le faire le droit anglais, certainement car leur analyse est plus difficile et plus coûteuse¹²⁰⁸. En effet, il existe en France, une vraie difficulté à appréhender les concepts économiques qu'il s'agisse de cause, de lésion ou encore de contrepartie comme ont pu le démontrer les différents débats au fil des ans¹²⁰⁹. Pourtant, dans la célèbre affaire *Point club vidéo*, le juge avait fait preuve, bien avant l'introduction de la pratique de déséquilibre significatif, d'une analyse globale et économique de l'équilibre contractuel¹²¹⁰. En effet, le juge a, semble-t-il, pris en compte l'utilité réelle du contrat pour les parties, donc l'obtention d'un surplus contractuel, comprenant les gains directs et indirects recherchés par celles-ci. Cette affaire concerne un contrat entre un fournisseur de cassettes vidéo et un loueur qui entendait créer avec son épouse un point club vidéo. Or, le seul fait d'être fourni en cassettes vidéo grâce au contrat litigieux, sans pouvoir ensuite les louer faute de clientèle suffisante dans l'agglomération concernée par le point de vente, n'avait aucun intérêt économique pour les commerçants bien que cet intérêt, fût-il évident, ne fût pas prévu textuellement dans le contrat. C'est ce qui se déduisait des motivations qui avaient poussé les acteurs économiques à conclure le contrat initial. C'était donc bien l'existence de gains indirects (la location au consommateur), permis par la location des produits fournis *via* le contrat initial, qui conféraient au contrat en cause son utilité. Dans cette affaire, la Cour déclarait procéder à une analyse de « *l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties* »¹²¹¹.

¹²⁰⁷ Bien que, dans notre exemple, le montant de la publicité constitutif d'un coût, indu s'il est supporté par une partie qui ne devrait pas en être chargée, puisse être précisé à travers des factures. Ces coûts peuvent ensuite être comparés avec l'augmentation des commandes pour les périodes concernées par la publicité, et ainsi, vérifier l'existence de gains supplémentaires.

¹²⁰⁸ A. ARSAC-RIBEYROLLE, *Essai sur la notion d'économie du contrat*. Th., Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2005, p. 264.

¹²⁰⁹ Ref. th. §1 et s.

¹²¹⁰ Cass. civ., 3 juillet 1996, n°94-14.800.

¹²¹¹ Cass. civ., 3 juillet 1996, n°94-14.800.

Ainsi, admettre l'existence d'indices économiques et reconnaître leur importance pour l'analyse constituent des étapes importantes en droit français, mais il convient également de les introduire dans la pratique. Pour ce faire, il faut rendre vérifiables les indices économiques soulevés par les parties afin qu'ils soient introduits dans la discussion sur l'équilibre contractuel¹²¹². Il ne doit pas s'agir de simples suppositions car à défaut ils ne pourraient pas être pris en compte. Dès lors, quelles solutions s'offrent aux parties et au juge ? Hormis l'existence d'études de cas qui ont déjà été effectuées, les avocats des parties ou le juge pourront utilement se tourner vers des économistes capables de procéder à de telles études. Il pourrait également être recommandé que le juge se forme à l'analyse économique, or il semblerait que cette formation existe de plus en plus¹²¹³. Malgré les craintes qu'une formation en économie puisse modifier la réflexion des juges, dans un sens plus favorable au marché ou à la liberté des entreprises, il importe de ne pas oublier que le juge se forme et se prononce avant tout en droit. Si la sanction prononcée se fonde principalement sur un texte juridique, elle ne doit pas pour autant être déconnectée du fonctionnement de l'économie où elle entend s'appliquer. Une formation en économie aurait donc pour but, non d'ignorer ou minimiser les principes juridiques à protéger, mais plutôt de s'assurer de parvenir à une sanction qui soit à la fois conforme aux valeurs juridiques et efficace économiquement. Par ailleurs, il s'avère que de telles recherches impliquent également un certain coût, pour les parties, c'est pourquoi il nous apparaît, ici encore, fondamental de choisir les acteurs capables d'utiliser utilement le texte commercial tel que nous entendons le modifier. Nous développerons ce point ultérieurement, notamment dans une sous-partie réservée aux effets¹²¹⁴. Enfin, rendre accessibles ces indices économiques pourrait également soulever des difficultés tenant au secret des affaires. Ces indices pourraient, notamment, porter sur des données concernant d'autres acteurs économiques. Certaines informations, fournies au dossier car nécessaires pour la compréhension de l'équilibre contractuel, pourront faire l'objet de mesures spéciales afin de garantir que le secret des affaires soit respecté (par exemple, une anonymisation ou encore un accès limité et réservé à certains acteurs tenus au secret).

237. *Conclusion.* L'analyse de l'équilibre contractuel conduit, selon nous, à analyser les avantages perçus par chaque partie du fait du contrat. Il s'agit de déterminer l'utilité que chaque partie a pu retirer du contrat et confronter ces utilités pour déterminer si l'une d'elles est significativement avantagée au détriment de l'autre. Par utilité, on entend la valeur ajoutée

¹²¹² J.P. CHARITÉ, Rapport n°908 fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi de modernisation de l'économie, Assemblée nationale, 22 mai 2008. Il y est fait référence à une « observation : il y a consensus des participants pour que les contreparties soient vérifiables et appréciées globalement ». Compte tenu du fait qu'il s'agissait d'un point crucial de la discussion, le terme « vérifiables » avait été inséré pour répondre à l'attente des fournisseurs et les termes « appréciées globalement » pour satisfaire celle des distributeurs. [...] il y a eu divergence au départ sur le terme « global » ou « ligne à ligne ». Les fournisseurs ont renoncé au « ligne à ligne » en échange de contreparties, certes globales, mais surtout vérifiables. Tel est le point technique qui sépare fournisseurs et distributeurs. N'est-il que technique ou est-il politique ? S'il y a une divergence politique, il reviendra au législateur de trancher ».

¹²¹³ Pour une analyse intéressante sur l'impact d'une formation en économie sur l'analyse des juges : P. CAHUC, S. CARCILLO, *Les juges et l'économie : une défiance française*, institut Montaigne, décembre 2012, p. 42 et s. ; v. égal., G. CANIVET, « La place des économistes dans les organes d'application du droit de la concurrence – Retour sur un malaise existentiel », *Concurrences*, mai 2019.

¹²¹⁴ Ref. th. §238 et s.

économique du contrat, ce qu'il apporte à une partie en termes de gains. L'objectif de retirer le plus de gains possibles est sous-jacente à celle de conclure un contrat car c'est à cette fin, en principe, que sert une transaction sur un marché. Le fait de percevoir des gains peut se faire directement, *via* l'obtention de bénéfices tirés du contrat en lui-même, ou indirectement, *via* les bénéfices qui pourront être retirés par la suite et permis par la conclusion du contrat initial. Il s'agit de stratégies mises en place par les acteurs économiques lorsqu'ils interagissent sur un marché. La notion économique de surplus se compose de la valeur du gain individuel du contrat (les gains dont on déduit les pertes, tirés des droits et obligations, directs et indirects au contrat) dont on déduit la valeur de l'option de sortie (gain ou perte individuel obtenus par une offre(s) concurrente(s) ou l'absence d'offre). Or, les juges ne recherchent pas réellement l'utilité économique du contrat mais se limitent à l'analyse des droits et obligations prévus directement dans le contrat. Il s'agit d'une analyse purement juridique de l'équilibre contractuel. Néanmoins, ils prétendent procéder à une « *analyse globale* » du contrat pris dans son ensemble. Or, nous avons vu qu'il s'agit d'une affirmation vide de sens puisque le juge analyse généralement qu'une poignée de clauses, sélectionnées par le demandeur et éventuellement, soulevées par le défendeur. En réalité, l'analyse juridique se refuse à procéder à une analyse ligne à ligne mais tend pourtant, en pratique, vers ce mécanisme. Par ailleurs, l'analyse juridique prétend également analyser « *l'économie du contrat* », mais l'analyse de l'équilibre contractuel effectué n'a rien d'économique. Les juges français se refusent à accepter les arguments économiques soulevés par le défendeur, notamment lorsqu'il s'agit de démontrer des gains extérieurs pour rééquilibrer le contrat. Ils refusent, en effet, de tenir compte de la rentabilité économique pour apprécier l'équilibre contractuel alors qu'il s'agit pourtant, au sens économique, d'une étude qui lui est consubstantielle. C'est pourquoi, nous concluons que l'analyse de l'équilibre contractuel développée par le Droit est trop restreinte et donc non réaliste. L'analyse juridique ne saurait se limiter à une analyse purement juridique, fondée sur des principes éthiques de loyauté et d'équité, il convient également d'y ajouter des outils économiques pour plus de réalisme et donc d'efficacité. Nous proposons d'intégrer les gains et pertes d'une partie lorsqu'ils sont directs, à travers les droits et obligations prévus au contrat, et d'y ajouter les gains et pertes indirects, non compris dans le contrat. Or, si nous décidons d'ajouter ces indices économiques à l'analyse juridique c'est sous la condition de s'assurer que ces indices soient bien liés au contrat, qu'ils n'auraient, *a priori*, pas pu exister sans le contrat en cause et donc participent concrètement à sa valeur ajoutée. Par ailleurs, il nous apparaît nécessaire de tenir compte de l'option de sortie des parties pour mettre en balance l'utilité du contrat en cause avec le(s) offre(s) concurrente(s) ou l'absence d'offre. Enfin, il convient de s'assurer que ces indices soient bien vérifiables en pratique afin qu'ils puissent rentrer dans le dossier.

II. La recherche d'un partage contractuel équilibré : à la fois équitable juridiquement et efficace économiquement

238. *La méthodologie d'analyse de l'équilibre d'un partage contractuel diffère en Droit et Économie.* Le déséquilibre est une absence d'équilibre, or, un équilibre est considéré

comme une « *juste proportion entre des choses* »¹²¹⁵. Cette définition implique de s'intéresser à trois principaux éléments. Tout d'abord, la « *proportion entre* » conduit, selon nous, à un partage puisqu'elle vise à la fois un rapport et une séparation entre des choses¹²¹⁶. En effet, le partage se définit comme le fait de diviser un tout en parts¹²¹⁷. Ainsi, pour juger qu'une situation n'est pas équilibrée, on regarde le partage qui a été effectué. Ensuite, il convient de s'intéresser sur les « *choses* » concernées par ce partage. En l'espèce, on s'intéresse tout particulièrement à l'équilibre contractuel soit le partage du contrat entre des parties. Or, nous avons vu précédemment que l'analyse juridique et l'analyse économique ont une approche différente de l'objet de cet équilibre contractuel¹²¹⁸. Enfin, il convient de déterminer ce que signifie une « *juste* » proportion à l'issue du partage contractuel. Au-delà de leur divergence sur l'objet d'analyse, soit les « *choses* », nous verrons que l'analyse juridique et l'analyse économique ont également des conceptions différentes d'un partage « *juste* » donc équilibré. L'analyse économique se réfère à un partage efficace (A) alors que l'analyse juridique entend l'équilibre contractuel comme un partage équitable, si ce n'est égalitaire (B). Après avoir proposé d'unir les objets d'analyse de l'équilibre contractuel, du Droit et de l'Économie, dans la précédente sous-partie, nous verrons qu'un compromis peut être effectué pour parvenir à un équilibre contractuel à la fois équitable juridiquement et efficace économiquement (C).

A. L'analyse économique étudie l'équilibre contractuel principalement à travers un partage efficace du surplus

239. *Un partage équilibré en économie est un partage efficace.* L'analyse économique analyse l'équilibre contractuel à travers le critère d'efficacité (a). Nous verrons, toutefois, qu'un partage contractuel efficace économiquement n'est pas nécessairement équitable entre les parties (b).

a) *L'analyse économique analyse l'équilibre contractuel à travers le critère d'efficacité*

240. *L'analyse de l'équilibre contractuel n'est pas une priorité économique, l'existence d'un contrat peut, en principe, suffire.* Nous avons vu que la notion d'équilibre en Économie est généralement utilisée pour désigner le point de rencontre entre l'offre et la demande sur un marché, conduisant ainsi à une allocation efficace des ressources. Rappelons que les acteurs économiques agissent dans le cadre d'un marché au sein duquel ils peuvent s'opposer à des concurrents pour satisfaire les attentes des consommateurs. Ils doivent également respecter les règles juridiques imposées par l'analyse juridique et satisfaire les attentes internes de leurs actionnaires et partenaires. L'économie rassemble l'environnement

¹²¹⁵ Dictionnaire en ligne, Le Robert.

¹²¹⁶ Dictionnaire en ligne, Le Robert.

¹²¹⁷ Dictionnaire en ligne, Le Robert.

¹²¹⁸ Il s'agit de ce que contient textuellement le contrat au sens de l'analyse juridique et de ce qu'il rapporte au sens de l'analyse économique. Le partage contractuel porte donc sur des « *choses* » différentes : les droits et obligations contractuels lorsqu'il s'agit d'une analyse juridique et le surplus collectif lorsqu'il s'agit d'une analyse économique.

général au sein duquel l'entreprise évolue, environnement qui se compose de plusieurs niveaux¹²¹⁹. Ainsi, l'entreprise ne prend pas des décisions selon sa seule volonté, elle tient compte de son environnement et du comportement des acteurs qui l'entourent¹²²⁰. Certaines théories de management reprennent ce principe : les justifications du type Porter, Swot et PESTEL. Les décisions qu'elles seront amenées à prendre, qu'elles soient justes ou non, dépendent en partie de leur environnement et non uniquement de leur volonté personnelle. C'est pourquoi, l'analyse économique retient que sur un marché, les agents économiques sont réputés être des acteurs rationnels qui maximisent leur bien-être. Face à cet environnement, ils déterminent leur stratégie, d'offre ou de demande, sur la base d'une analyse coûts-avantages de leurs actions. Les décisions sont, en principe¹²²¹, prises en connaissance de cause et c'est notamment le cas lorsqu'ils signent un contrat. Déterminer les termes du contrat permet alors d'atteindre un objectif mutuellement avantageux. Ainsi, l'analyse économique, à travers un courant dit libéral, estime que le contrat signé en toute liberté¹²²² entre deux acteurs économiques rationnels est, en principe, une transaction volontaire et mutuellement bénéfique. Or, même lorsque les acteurs économiques sont placés dans une situation de dépendance vis-à-vis de leur partenaire, l'économiste libéral peut en déduire que la signature du contrat conduit à placer ces acteurs dans une meilleure situation que celle antérieure. En effet, si les deux parties ont signé le contrat c'est, en principe, qu'elles y trouvaient un intérêt. Dès lors, il n'y a pas lieu d'analyser un contrat *a posteriori* pour s'interroger sur la volonté réelle des parties puisqu'elles sont réputées avoir accepté le contrat de manière rationnelle. Rappelons que revenir *a posteriori* sur les termes du contrat pourrait même avoir des conséquences désastreuses comme le soulève le Professeur É. BROUSSEAU¹²²³.

Ainsi, l'analyse économique, du moins dans sa dimension libérale, ne priorise pas l'analyse poussée de l'équilibre à l'intérieur d'une transaction puisque l'existence d'un contrat permet, en principe¹²²⁴, d'établir qu'il est avantageux pour les deux parties puisqu'elles sont réputées placées dans une meilleure situation qu'en son absence. Or, même lorsqu'on s'intéresse plus précisément au partage contractuel, l'analyse économique considère le contrat équilibré dès lors qu'il conduit à un partage efficace du surplus collectif.

¹²¹⁹ Par ex., le macro-environnement comprend les caractéristiques générales de l'économie et de la société qui peuvent influencer l'entreprise. Il s'agit de facteurs sur lesquels l'entreprise a peu de pouvoirs. Elle tient compte également du comportement de ses concurrents sur un marché ou encore de son partenaire ou même en interne, ce qui renvoie au micro-environnement. Site en ligne : www.economie.gouv.fr, « L'entreprise et son macro-environnement », FACILECO Dossiers.

¹²²⁰ M. ALAIN *et al.*, « Chapitre 2. Diagnostic de l'environnement », *Diagnostic de la performance de l'entreprise. Concepts et méthodes*, sous la direction de Marion Alain, *et al.*, Dunod, 2012, p. 47-84.

¹²²¹ Hors comportements frauduleux, tels qu'un cas de violence ou l'abus lié à une asymétrie d'information.

¹²²² Cette liberté peut avoir plusieurs niveaux : il peut s'agir de la liberté de conclure ou ne pas conclure, mais également de la liberté de déterminer le contenu du contrat. Dans ce dernier cas, la limite peut être trouvée en présence d'un contrat d'adhésion.

¹²²³ E. BROUSSEAU, « L'Économiste, le Juriste et le Contrat », *op. cit.*, p. 8 : « Si les parties l'ont accepté, elles l'ont fait rationnellement. Il n'y a donc pas lieu de revenir sur des engagements contractuels au motif qu'*a posteriori* on pourrait constater qu'ils ne correspondaient pas initialement à la volonté des parties. Le faire pourrait, tout au contraire avoir des conséquences désastreuses. D'une part, elle encouragerait l'irresponsabilité dans l'adhésion à des contrats. D'autre part, elle ferait perdre toute crédibilité à des engagements qui sont avant tout des moyens de sécuriser la coordination ; cela empêcherait la réalisation de nombreuses transactions. ».

¹²²⁴ Toujours sous certaines réserves, notamment des cas de violence ou d'asymétrie d'information.

241. *Un contrat est jugé équilibré en économie, puisque efficace, du fait de l'existence d'un surplus pour chaque partie.* Lorsque l'analyse économique s'intéresse à l'équilibre dans un contrat, cet équilibre porte sur le partage du surplus collectif. Pour les économistes, un contrat doit être porteur d'une valeur ajoutée, tant individuellement, que pour les deux parties combinées et *in fine*, pour la société. Ainsi, lorsqu'un contrat est rentable pour chaque partie, puisqu'elles sont dans une meilleure situation qu'en son absence, il est donc efficace car jugé « gagnant-gagnant »¹²²⁵. Sans même aller jusqu'à étudier le niveau de répartition du surplus collectif entre chaque partie, l'existence d'un surplus individuel positif, même nul, permettrait d'établir un contrat efficace pour chaque partie. Or, il nous apparaît, dans tous les cas qu'un surplus ne peut être négatif car le fait de signer un contrat, hors cas particuliers¹²²⁶, permet, à une partie de choisir, en principe, d'être placée dans une meilleure situation qu'en son absence¹²²⁷. Enfin, si le contrat est porteur d'une valeur ajoutée pour la société, dans son ensemble, son efficacité est d'autant plus démontrée. Ainsi, une telle analyse peut être suffisante pour apprécier l'équilibre contractuel car l'existence d'un surplus pour chaque partie suffit à démontrer son efficacité.

La théorie des jeux s'intéresse notamment aux jeux de partage. Les jeux de partage de coûts renvoient à l'hypothèse où plusieurs acteurs participent à une activité économique commune et doivent répartir un coût¹²²⁸. Ainsi, un conflit d'intérêts se crée nécessairement dès lors qu'un joueur peut augmenter sa part sans diminuer celle de l'autre. Chaque joueur cherche, en principe, à rendre sa part aussi grande que possible. Face à un conflit d'intérêts, des coalitions peuvent se former. Dans ces conditions, un partage x conduira à éliminer un partage y s'il existe une coalition telle que ses membres soient unanimes à préférer x à y¹²²⁹.

Par ailleurs, pour comprendre, le partage du surplus collectif entre les acteurs économiques, l'analyse économique néoclassique propose une représentation graphique des transactions

¹²²⁵ L. BENZONI, P.Y. DEBOUDE, *Du déséquilibre significatif dans les relations entre partenaires commerciaux à la puissance d'achat : une perspective économique*, 13 janvier 2015, dispo. sur le site <https://www.teraconsultants.fr>, p. 3 : « Des contrats conclus entre partenaires commerciaux sont, du point de vue économique, à l'équilibre, même s'ils ne maximisent pas l'intérêt des deux parties prenantes : un contrat résulte toujours d'un compromis obtenu à un moment donné entre des forces inégales *a priori*. »

¹²²⁶ Not. les cas de violence ou d'asymétrie d'information.

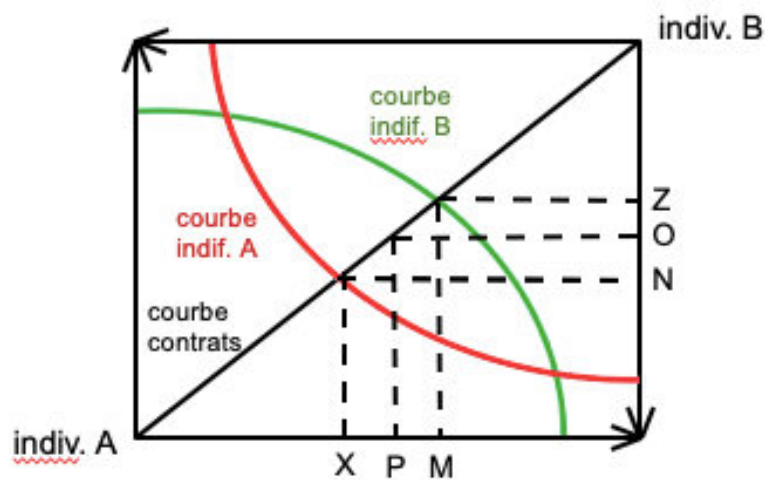
¹²²⁷ Le surplus individuel pourrait être négatif ? Par exemple, lorsqu'une partie a choisi le contrat litigieux alors même qu'elle bénéficiait d'une option de sortie dont le gain était supérieur. Ainsi, d'autres paramètres que celui du gain ont été pris en compte par l'acteur économique pour choisir le contrat litigieux. Parmi ces paramètres, nous pensons, par exemple, à ceux de loyauté envers le partenaire, mais également à la réputation de ce dernier. Ces paramètres confèrent un avantage supplémentaire pour l'acteur économique qui est alors « gagnant » à choisir le contrat concerné plutôt que son option de sortie, bien que ces paramètres ne soient, *a priori*, pas quantifiables dans le surplus individuel. Sauf à admettre que ces paramètres confèrent, en réalité, un gain permettant, *in fine*, d'accroître les gains du contrat signé et ainsi dépasser ceux de l'option de sortie pour conduire à un surplus individuel positif. C'est pourquoi, il nous apparaît dans tous les cas qu'un surplus ne peut être négatif, car le fait de signer un contrat, hors cas de violence ou asymétrie d'information, permet à une partie de choisir, en principe, d'être placée dans une meilleure situation qu'en son absence.

¹²²⁸ F. SAMUEL, « Valeur de Shapley et répartition des dommages civils en cas de multiples co-auteurs », *Économie & prévision*, n°202-203, 2013, p. 37-52.

¹²²⁹ M. BARBUT, « Sur quelques ouvrages récents de praxéologie mathématique », in *L'Homme*, 1962, T. 2, n°3, p. 121-124.

possibles entre des cocontractants, il s'agit de la boîte d'Edgeworth. L'économiste F.Y. EDGEWORTH propose cette analyse de l'équilibre contractuel qui, *a contrario* de la pensée de l'économiste L. WALRAS, n'implique pas l'existence d'un commissaire-priseur fictif qui fixe les prix par rapport auxquels chacun se détermine¹²³⁰. En effet, il estime que les agents au cours d'une négociation envisagent des transactions et émettent des choix personnels. Il retient que la négociation et la renégociation des contrats conduisent progressivement les parties prenantes vers un accord où l'utilité totale est la plus grande¹²³¹. En effet, dans la plupart des interactions, bien qu'il existe des conflits d'intérêts entre individus, il existe aussi des opportunités de gains mutuels.

Ci-dessous, exemple d'une représentation graphique simplifiée et inspirée de la boîte d'Edgeworth :



Ce graphique comprend une courbe des possibilités offertes aux individus A et B lors de la conclusion du contrat, il s'agit des points situés sur la courbe des contrats indiquée en noir. La courbe des contrats, ou ensemble de Pareto, est une notion qui découle de la boîte d'Edgeworth. Il s'agit d'une courbe représentant toutes les allocations efficaces entre deux partenaires. On trouve également les courbes d'indifférences des parties, en rouge pour la partie A et en vert pour la partie B. La courbe d'indifférence de réserve, soit la courbe rouge pour A et la courbe verte pour B, est une courbe qui indique toutes les allocations (combinaisons) dont les valeurs sont aussi élevées que l'option de sortie. En effet, le niveau de l'option de sortie est un point

¹²³⁰ B. GUERRIEN, O. GUN, « Debreu-Scarf (théorème de) », Dans *Dictionnaire d'analyse économique* (2012), p.143-168.

¹²³¹ Approche reprise par J. RAWLS dans sa réflexion éthique (*A Theory of Justice*, 1971).

par lequel passe la courbe d'indifférence¹²³². En l'espèce, une offre inférieure à l'option de sortie d'une partie se trouvera, en principe, en dessous de sa courbe d'indifférence, alors même qu'elle peut être placée sur la courbe des contrats. Une offre placée sur la courbe des contrats, au-dessus de la courbe d'indifférence, sera alors une offre plus intéressante que son option de sortie. Ces courbes d'indifférence, retranscrivant les options de sorties, et la courbe des contrats, démontrant les allocations efficaces possibles entre les parties, permettent d'étudier les choix des agents économiques. Lorsqu'on fusionne les différentes courbes, on obtient la boîte d'Edgeworth. On trouve donc différents points parmi lesquels le niveau de l'option de sortie (à travers le point de croisement de la courbe d'indifférence de chaque partie avec la courbe des contrats sur le graphique) et le niveau de surplus individuel retiré par chaque partie. Elle permet de connaître le partage du surplus collectif. Nous avons vu que, hors cas particuliers, une partie sera amenée à signer le contrat dès lors qu'elle y trouve un avantage, en principe, au moins égal à celui de son option de sortie¹²³³.

La répartition du surplus collectif se fait donc, en principe, entre le point d'allocation nul où chaque partie ne gagne rien de plus que son option de sortie : par exemple, le point X pour l'individu A (« IA ») et Z pour l'individu B (« IB ») et le point où chaque partie s'octroie l'intégralité du surplus collectif sur la courbe des contrats, par exemple le point M pour IA et N pour IB. Or, dès lors qu'une partie ne s'approprie pas l'intégralité du surplus collectif, elle offre la possibilité pour son partenaire de bénéficier d'une rente économique à travers un surplus individuel positif. Le contrat est équilibré car efficace puisque « gagnant-gagnant » pour les parties. En effet, c'est ce qu'explique la théorie de l'optimalité au sens de Pareto.

Une allocation est dite « *Pareto efficace* » ou « *Pareto optimale* » s'il n'y a pas d'allocation qui la domine au sens de Pareto : c'est-à-dire, s'il n'est pas possible d'augmenter le bien-être d'une partie sans diminuer celui de son partenaire¹²³⁴. Ainsi, chacune de ces allocations, « *Pareto-domine* » l'allocation qui aurait lieu sans accord. Les parties préféreront signer le contrat, quand bien même l'une bénéficie d'un surplus individuel nul [X pour IA ou Z pour IB] et l'autre de l'intégralité du surplus collectif [M pour IA ou N pour IB]¹²³⁵. Or, ces points d'allocation se situent sur la courbe des contrats. Au sein de cette courbe, chaque point constitue un « *optimum de Pareto* ». Un partage du surplus placé en dehors de la courbe des contrats ne constitue pas un « *optimum de Pareto* » puisqu'il est possible d'augmenter la satisfaction d'un individu sans diminuer celle d'un autre. On dit également que les parties peuvent obtenir une « *amélioration au sens de Pareto* » lorsqu'elles se trouvent dans une meilleure situation que celle qui aurait

¹²³² Site www.core-econ.org : L'Économie, Unité 5, Propriété et pouvoir : gains mutuels et conflit, Comment les institutions influencent l'équilibre des pouvoirs dans les interactions économiques et affectent l'équité et l'efficacité des allocations qui en résultent, 5.7 Allocations économiquement possibles et surplus.

¹²³³ V. nbdp. précédente sur le surplus individuel négatif. Cela implique que la partie soit en mesure de connaître, ou du moins d'anticiper, les effets directs et indirects du contrat lors de la signature. Toutefois, il s'agit d'un comportement stratégique, en principe, effectué par toute partie.

¹²³⁴ Le concept porte le nom de l'économiste italien V. Pareto, qui l'a utilisé pour décrire un état de la société dans lequel on ne peut pas améliorer le bien-être d'un individu sans détériorer celui d'un autre.

¹²³⁵ En effet, si l'une des parties possède l'intégralité du surplus collectif, alors son partenaire obtient un surplus individuel nul, le gain contractuel étant égal à son option de sortie.

lieu sans accord¹²³⁶. Ainsi, un point d'allocation placé en dessous du niveau d'option de sortie (soit en dessous de la courbe d'indifférence) de l'une des parties est un optimum de Pareto car placé sur la courbe des contrats mais n'est pas une amélioration au sens de Pareto car cette partie n'est pas placée dans une meilleure situation que celle qui aurait lieu sans accord. Or, nous avons vu que rationnellement les parties ne devraient pas, en principe, choisir un point d'allocation du surplus inférieur à leur option de sortie. Ainsi, le niveau de surplus individuel obtenu par IA peut varier entre les points X et M et donc entre les points Z et N pour IB, soit entre un surplus individuel nul ou l'intégralité du surplus collectif pour chaque partie. Par exemple, les surplus individuels des parties pourraient être égaux aux points P pour IA et O pour IB. Il existe, donc, plusieurs options possibles d'allocation au niveau et même au-delà de l'option de sortie de chaque partie. Rappelons qu'une répartition du surplus collectif, placée sur la courbe des contrats est un « *optimum de Pareto* » donc une répartition jugée efficace.

L'efficacité au sens de Pareto peut conduire à différents schémas d'allocation entre les parties qui ne sont pas nécessairement équitables, bien qu'efficaces. Néanmoins, il s'agit d'une conception économique théorique. En pratique, nous avons vu que les marchés bénéficient rarement du fonctionnement favorable d'une concurrence pure et parfaite. Certains acteurs économiques puissants parviennent à modifier les conditions d'équilibre du marché et modifient ainsi l'allocation efficace des ressources à leur avantage¹²³⁷. Ces acteurs puissants profitent notamment de la faiblesse de leur partenaire pour s'octroyer des avantages injustifiés. Du fait de ces défaillances, les marchés sont, souvent, en situation de déséquilibre. Or, l'équilibre du marché et l'équilibre du contrat peuvent être liés. Une perte d'équilibre chez l'un peut participer à une perte d'équilibre chez l'autre. L'État doit intervenir soit directement sur le marché soit indirectement *via* le contrat. C'est pourquoi, l'analyse économique a dû s'intéresser aux transactions commerciales et notamment aux modalités de répartition du partage contractuel. Par exemple, si la transaction conduit un acteur économique à accepter un faible surplus individuel c'est-à-dire un gain contractuel légèrement supérieur à la valeur de son option de sortie, cette transaction pourrait être jugée efficace mais elle n'est pas nécessairement équitable, dès lors que l'autre partie obtient la quasi-intégralité du surplus collectif. En ce sens, les options de sortie dont l'acteur bénéficie au sein d'un marché, notamment marqué par un rapport de force déséquilibré, peuvent démontrer l'existence d'un déséquilibre contractuel d'autant plus fort dans les autres contrats offerts. Ainsi, quand bien même la transaction est par nature réputée efficace, car « gagnante-gagnante », les économistes peuvent être amenés à rechercher l'équité dans la répartition du surplus collectif.

¹²³⁶ P. STEINER, « XXV. Vilfredo Pareto et l'économie politique walrasienne », Alain Béraud éd., *Nouvelle histoire de la pensée économique, Vol. 2. Des premiers mouvements socialistes aux néoclassiques*, La Découverte, 1993, p. 498-521 ; C. JESSUA, « 9. Léon Walras et la théorie de l'équilibre économique général », *Histoire de la théorie économique*, sous la direction de Jessua Claude, Presses Universitaires de France, 1991, p. 319-371.

¹²³⁷ Ce qui peut être préjudiciable puisque l'économie est marquée par la rareté, à tout le moins relative, des ressources. Elle entend donc privilégier le mécanisme de répartition le plus efficace entre les acteurs et éviter un gaspillage.

b) *Un partage contractuel efficace économiquement n'est pas nécessairement équitable*

242. *Un partage efficace du surplus collectif ne signifie pas qu'il est équitable.* Si chaque partie bénéficie d'un surplus individuel, nul ou positif, le partage est réputé profitable puisqu'elles se trouvent dans une meilleure situation qu'en l'absence de ce contrat, mais il n'est pas nécessairement équitable. Agir en équité se définit comme le fait de ne léser personne¹²³⁸. Certes, un contrat s'avère efficace pour les deux parties, mais agir en équité viserait, en réalité, un comportement « juste », en ce sens qu'une partie plus puissante n'abuse pas de la faiblesse de son partenaire pour s'avantager contractuellement et s'engage à respecter les intérêts de ce dernier¹²³⁹. Ainsi, si une partie peut être gagnante à signer un contrat dès lors que le gain contractuel obtenu est au moins égal à son option de sortie, elle peut, néanmoins, être moins avantagée que son partenaire si celui-ci obtient un surplus individuel supérieur au sien. Ce qui signifie que l'utilité qu'elle obtient du contrat est inférieure à l'utilité que son partenaire tire de ce même contrat. L'équité pourrait alors s'analyser dans la répartition du surplus collectif. Or, rien ne laisse présager que les parties choisiront, spontanément, la répartition du surplus collectif la plus équitable. Il apparaît que, parmi les économistes : « tous reconnaissent, et Bergson le plus explicitement peut-être, que la pareto-efficacité n'impliquait en aucun cas la justice distributive. Une allocation des ressources peut être efficace au sens de Pareto et conduire pourtant à une énorme opulence pour certains et une extrême pauvreté pour d'autres. » [Arrow, 1983, p. 202] »¹²⁴⁰. La consécration de l'individualisme n'est pas suffisante lorsqu'elle ne parvient pas au bien-être social, une fonction supplémentaire devra s'ajouter à l'efficacité. En effet, les partenaires ne sont pas indifférents et chacun sera tenté d'obtenir la majorité du surplus collectif et ne laisser à l'autre que le minimum possible pour, tout de même, signer le contrat.

Or, pour étudier et comprendre les comportements des acteurs économiques, notamment lors du partage du surplus collectif, l'analyse économique utilise la théorie des jeux. Cette théorie étudie les situations d'interaction stratégique où le sort de chaque individu dépend non seulement de ses propres décisions mais aussi des décisions prises par les autres¹²⁴¹. Ces situations sont fréquentes en économie et apparaissent notamment en cas de concurrence imparfaite. En l'espèce, nous nous intéressons principalement aux jeux non-coopératifs où les joueurs sont libres de leurs décisions lorsqu'ils formulent des choix¹²⁴². On peut trouver en théorie des jeux non-coopératifs, plusieurs exemples de règles de répartition du surplus : le Jeu

¹²³⁸ Dictionnaire en ligne, Le Robert, équité.

¹²³⁹ Dictionnaire en ligne, Le Robert, équitable.

¹²⁴⁰ Cité par V. DESREUMAUX, « Équilibre général et justice sociale : la théorie néoclassique comme philosophie politique ? », *Cahiers d'économie politique*, vol. 64, n°1, 2013, p. 75-110, §73.

¹²⁴¹ La théorie des jeux a précédemment été développée dans la sous-partie sur la soumission et la tentative de soumission à laquelle nous renvoyons (notamment pour l'équilibre de Nash et le jeu de l'ultimatum, ref. th. §93, §115, §132). Rappelons, par exemple, que dans un des modèles de jeu de l'ultimatum, le jeu du dictateur permet à l'offreur d'imposer la manière dont le jeu est partagé.

¹²⁴² Contrairement aux jeux coopératifs dans lesquels les joueurs peuvent passer des accords qui les lient de manière contraignante avant de prendre des décisions.

de marchandage de Nash, la procédure d'ultimatum¹²⁴³, la négociation de Hart et Mas-Colell, la négociation de Serrano¹²⁴⁴ ou encore, le marchandage selon Rubinstein¹²⁴⁵. Or, la détermination de la règle de jeu permet également d'appréhender si le partage peut ou non être « juste ». Néanmoins, s'il apparaît que ces concepts de solution de partage peuvent tous être efficaces, ils renvoient à des logiques différentes en termes d'équité, pas toujours transposables en pratique. Par exemple, si chaque joueur a un droit de veto sur le partage final, l'économiste en déduit qu'il ne peut en résulter qu'un partage égalitaire entre les parties¹²⁴⁶. Néanmoins, ces règles de jeux économiques restent théoriques mais apportent des indices pour mieux comprendre les comportements des parties¹²⁴⁷.

En pratique, le niveau de surplus individuel que chaque partie va obtenir – soit le partage du surplus collectif – dépend de leur pouvoir de négociation¹²⁴⁸. Une différence de pouvoir de négociation peut conduire à des surplus individuels différents et donc à une répartition inéquitable du surplus collectif entre les parties. La part du surplus collectif obtenue constitue donc un indice du pouvoir de négociation de chaque partie¹²⁴⁹. En effet, une partie détenant un important pouvoir de négociation, et faisant face à un partenaire avec un faible pouvoir de négociation, pourra plus facilement déterminer « la taille du gâteau » (le surplus collectif) et la part qu'elle s'octroie, c'est-à-dire la manière dont le « gâteau » sera partagé (les surplus individuels). C'est ce que l'analyse juridique entend corriger à travers la pratique de déséquilibre significatif (mais en s'appuyant uniquement sur la répartition des droits et obligations des parties). Toutefois, nous avons précédemment démontré que l'existence d'un important pouvoir de négociation ne devrait pas suffire pour présumer du comportement des parties lors des négociations et notamment de l'usage de ce pouvoir d'une partie au détriment

¹²⁴³ Rappelons, par exemple, que dans un des modèles de jeu de l'ultimatum, le jeu du dictateur permet à l'offreur d'imposer la manière dont le jeu est partagé.

¹²⁴⁴ J.C. PEREAU, « Négociation et théorie des jeux : les “dessous” d'un accord acceptable », *Négociations*, vol. 12, n° 2, 2009, p. 35-49.

¹²⁴⁵ J.C. PEREAU, « Négociation et théorie des jeux... », *ibid.*, p. 35-49, §25 et s. : « La négociation imaginée par Rubinstein est bilatérale et porte sur un surplus de taille fixe. Le marchandage renvoie à une procédure d'offres alternées et à horizon infini par opposition aux offres du type ultimatum à prendre ou à laisser » ; « en cas de désaccord perpétuel, les agents ont un paiement final nul. La négociation s'inscrivant dans le temps, on suppose que la taille du surplus décroît au cours des rounds de négociation » ; « bien que le jeu se déroule jusqu'à l'infini, il est possible de décomposer ce jeu en plusieurs sous-jeux » ; « la position d'ouvreur dans les négociations est stratégique car elle lui procure une part plus élevée du surplus du fait de sa capacité à exploiter la préférence pour le présent de son opposant. L'ouvreur est en mesure de proposer l'offre la plus défavorable dans l'ensemble de partages acceptables pour l'autre joueur, c'est-à-dire tous les partages qui lui rapportent plus que d'attendre et de proposer à son tour. Plus ce dernier est patient, plus l'ensemble des partages acceptables se réduit du fait de l'élimination des solutions les plus défavorables. La patience devient alors une vertu ».

¹²⁴⁶ J.C. PEREAU, « Négociation et théorie des jeux... », *ibid.*, p. 35-49.

¹²⁴⁷ Toutefois, notons que la volonté réelle des parties joue là encore un rôle important puisque l'économie tient compte de la question des règles et surtout de leur acceptation par les joueurs. Dès lors que ces règles de répartition ont été acceptées, le joueur ne peut prétendre *a posteriori* (hors cas de violence ou asymétrie d'information) que sa volonté n'était pas exactement celle exprimée lors de la conclusion de la transaction.

¹²⁴⁸ Nous renvoyons au premier chapitre sur la soumission ou tentative de soumission pour de plus amples précisions sur la détermination du pouvoir de négociation.

¹²⁴⁹ Néanmoins, dans certains cas, on peut admettre qu'une partie avec un pouvoir de négociation important peut se voir octroyer une part du surplus faible car sa motivation n'est pas économique, par exemple, lorsqu'elle poursuit une cause non lucrative. De même, une partie possédant un important pouvoir de négociation peut, néanmoins, permettre à son partenaire plus faible d'obtenir une part équitable du surplus.

d'une autre. Cette réflexion amène à s'interroger sur les stratégies des parties lors de la conclusion du contrat. Il importe alors d'étudier les comportements des parties lors de la répartition du surplus collectif.

243. *Comment l'analyse économique appréhende le critère d'équité dans la répartition économique du surplus collectif.* Se pose alors la question de l'appréciation concrète de l'équité dans le partage du surplus collectif et non uniquement la démonstration d'un partage efficace car « gagnant-gagnant ». Si l'on transpose cet objectif d'équité à l'analyse économique, il faudrait que le surplus collectif soit partagé de manière équitable entre les parties. Rappelons qu'un gain contractuel plus élevé que son partenaire ne signifie pas nécessairement un surplus individuel plus élevé car l'option de sortie peut également être plus élevée. Ainsi, le partenaire qui sera considéré comme le plus « gagnant » à signer le contrat sera celui qui en tirera le plus d'utilité. Il s'agit de celui qui obtiendra un surplus individuel plus élevé que son partenaire puisqu'il réussira à obtenir un gain contractuel plus élevé que son option de sortie. Et cela, quand bien même son gain contractuel peut être inférieur à celui de son partenaire. Or, au sens de l'analyse juridique, nous verrons que l'équilibre contractuel se traduit par un partage équitable, voire égalitaire lorsque c'est possible. La recherche d'une égalité dans le partage du surplus collectif semble difficilement réalisable, car comme nous l'avons vu, la détermination du surplus individuel se compose de plusieurs éléments (gains directs et indirects tirés du contrat et valeur de l'option de sortie). Ce qui s'explique (et se justifie !) par la différence d'aptitudes, de motivation, du contexte et des stratégies des parties. Or, nous avons vu que l'équité renvoie à une appréciation éthique des relations entre acteurs économiques, ce qui conduit à un jugement de valeur. Il convient, en ce sens, de vérifier que le partage contractuel ne conduise pas une partie puissante à s'approprier une plus grande part du surplus collectif au détriment de son partenaire réputé plus faible. Ainsi, si l'analyse économique priorise une analyse fondée sur la recherche de l'efficacité, elle admet également un contrôle du contrat par l'État et propose une analyse économique normative, elle-même fondée sur un jugement de valeur.

Ainsi, on pourrait, éventuellement, admettre qu'un partage du surplus collectif est inéquitable si une partie puissante obtient l'intégralité voire la quasi-intégralité de ce surplus collectif au détriment de son partenaire plus faible. Prenons un exemple, volontairement simplifié, de répartition du surplus collectif au regard de cette notion d'équité :

- La partie P1 a : une option de sortie d'une valeur de 100 et un gain contractuel final de 150 (un bénéfice de 200 (via ses droits contractuels, directs et indirects) et une perte de 50 (via ses obligations contractuelles, directes et indirectes)), ce qui fait un surplus individuel de 50 ($150 - 100$).
- La partie P2 a : une option de sortie d'une valeur de 0 et un gain contractuel final de 50 (un bénéfice de 150 et une perte de 100), ce qui fait un surplus individuel de 50 ($50 - 0$).

Le surplus collectif est bien de 100 soit un surplus individuel de 50 pour chaque partie. Pour que P1 signe le contrat, son gain doit être égal ou supérieur à son option de sortie : 100 et pour

P2, son gain doit être égal ou supérieur à 0. Ainsi, on peut estimer que les deux parties sont « gagnantes-gagnantes » car elles ont choisi un contrat plus rentable que leur option de sortie. La transaction est donc efficace économiquement. Par ailleurs, si on s'intéresse au surplus collectif, on constate qu'il est partagé de manière égalitaire (50-50) alors même que les gains contractuels respectifs des parties sont différents¹²⁵⁰. Or, au sens juridique, P2 pourrait être en situation de dépendance économique, puisque son option de sortie était de 0, elle dépendait alors de la signature du contrat avec P1, elle était donc prête à accepter toute allocation du surplus au-dessus de 0. Le Droit conclurait à un rapport de force déséquilibré au profit de P1. Cette situation ne serait pas jugée équilibrée, car non équitable au sens juridique. En droit positif, il serait retenu que P1 a des obligations inférieures à celles de P2 (50 versus 100), mais a pourtant des droits plus importants (200 versus 150). Le Droit aurait alors ignoré la répartition pourtant égalitaire du surplus collectif, qui avantage les deux parties à un niveau identique. Elles trouvent toutes deux une satisfaction équivalente à signer le contrat en termes de valeur ajoutée vis-à-vis de leur option de sortie. Il peut être justifié, économiquement, qu'une partie cherche à maximiser ses gains pour trouver un intérêt supérieur à son option de sortie, ce qui implique aussi que son cocontractant accepte cette maximisation des gains pour concurrencer l'option de sortie de son partenaire et obtenir la signature du contrat. Ainsi, P1 et P2 ont finalement obtenu la même utilité à signer le contrat, alors même que leurs pouvoirs de négociation étaient initialement différents.

En effet, ici encore, on constate que limiter l'analyse de l'équilibre à la répartition des droits et obligations des parties sans tenir compte de la répartition du surplus collectif, dont notamment la valeur de l'option de sortie des parties, peut conduire à une perte d'efficacité économique. Elle peut conduire à sanctionner un contrat en apparence déséquilibré car jugé inéquitable alors qu'il garantit une utilité identique ou quasi identique aux parties. Si les parties avaient obtenu un partage du surplus collectif significativement déséquilibré, en termes d'équité, la partie puissante possédant un surplus individuel bien supérieur à celui de son partenaire plus faible, l'analyse économique peut admettre que la situation n'est pas équitable¹²⁵¹. En effet, s'il est justifié et légitime qu'une partie demande et obtienne un gain contractuel supérieur à son option de sortie, afin que son surplus individuel soit positif, cela ne lui permet pas pour autant d'abuser de son pouvoir de négociation et s'octroyer l'intégralité, voire la quasi-intégralité, du surplus collectif. Il en est ainsi quand bien même la situation de la partie faible est meilleure grâce au contrat qu'en son absence. L'efficacité du contrat pour les parties ne devrait pas faire renoncer à toute équité dans le partage contractuel. Rappelons que la loyauté dans les relations commerciales est un principe majeur du bon fonctionnement du marché. Pour autant, si cette pratique peut être condamnée, sa réparation *a posteriori* est moins certaine en économie¹²⁵².

¹²⁵⁰ En pratique, rappelons que le fait d'obtenir une égalité dans les surplus individuels des parties au contrat reste peu probable. Néanmoins, nous retenons cet exemple pour démontrer que l'analyse juridique, en matière d'équilibre contractuel, fonctionne à l'opposé des principes retenus par l'analyse économique.

¹²⁵¹ Site www.core-econ.org : L'Économie, Unité 5, Propriété et pouvoir : gains mutuels et conflit, Comment les institutions influencent l'équilibre des pouvoirs dans les interactions économiques et affectent l'équité et l'efficacité des allocations qui en résultent, 5.13 Une politique pour redistribuer le surplus et augmenter l'efficacité.

¹²⁵² Rappelons que cette analyse se fait *a posteriori*. Or, lorsque le contrat est conclu, que l'ensemble des droits et obligations a été réparti, il n'est, en principe, plus possible de modifier la répartition existante sous peine de favoriser une partie au détriment de son partenaire. Si cette modification judiciaire ne semble pas

B. L'analyse juridique du partage contractuel, fondée sur des clauses et limitée au critère d'équité, est biaisée

244. *Une analyse juridique de l'équilibre contractuel biaisée.* Nous verrons que les juges analysent le partage contractuel en se fondant uniquement sur certaines clauses et non sur l'ensemble du contrat, ce qui conduit à établir une présomption de déséquilibre contractuel significatif (a). Par ailleurs, ils ne recherchent pas, *a priori*, un partage équilibré entendu comme efficace, mais se fondent uniquement sur le critère d'équité (b).

a) *Une analyse judiciaire du partage contractuel biaisée car uniquement fondée sur certaines clauses présument ainsi d'un déséquilibre contractuel significatif*

245. *En pratique, l'analyse judiciaire de l'équilibre contractuel n'est pas globale, ni concrète.* Le texte commercial prohibe la soumission ou la tentative de soumission à des obligations qui créent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties¹²⁵³. L'analyse devrait se faire en deux temps. Il convient d'étudier les obligations qui d'une part, n'ont pas fait l'objet d'une négociation effective soit l'existence d'une soumission et d'autre part, apparaissent contestables car elles conduisent à un déséquilibre significatif qui s'apprécie dans les droits et obligations des parties. Précédemment, nous avons vu que les juges prétendent procéder à « l'analyse globale » et « concrète » du contrat « pris dans son ensemble », voire même à travers son « économie », pour analyser le déséquilibre significatif¹²⁵⁴. Or, nous avons vu que cette analyse se traduit en pratique par l'étude de plusieurs clauses appartenant au dossier. En effet, les juges analysent les clauses soulevées par le demandeur et offrent au défendeur la possibilité de démontrer l'absence de déséquilibre significatif en soulevant d'autres clauses issues du contrat¹²⁵⁵. Il ne lui appartient pas, en principe, de se saisir de l'entier contrat puisque ce ne serait pas son rôle. Ils n'analysent nullement l'ensemble des droits et obligations contenus dans le contrat. Dès lors, on ne peut, vraisemblablement, parler d'une analyse globale de l'équilibre contractuel puisque l'analyse juridique ne porte que sur certaines clauses. Les juges ne sont pas en mesure d'apprécier, concrètement, l'équilibre contractuel à travers le partage de l'ensemble des droits et obligations des parties. En effet, ils apprécient, concrètement, les seules clauses soulevées par le demandeur et jugées abusives car elles créent, selon eux, un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, sous réserve des clauses soulevées par le défendeur.

déranger le droit, elle soulève plus de problématiques en économie. En effet, la totalité du surplus collectif ayant été partagée entre les parties, modifier cette répartition conduit à retirer le surplus d'une partie pour en donner à l'autre. Par exemple, en annulant des obligations d'une partie créatrices de droits pour son partenaire, on affecte directement les gains contractuels totaux et donc les surplus individuels. Ce qui conduit à sortir de l'« optimum de Pareto » initial, puisqu'on a amélioré le bien-être d'une partie en réduisant celui de son partenaire et ainsi, privé cette action de son efficacité.

¹²⁵³

Code com., art. L.442-1, I, 2° nouveau et L.442-6, I, 2° ancien.

¹²⁵⁴

Ref. th. §206-207.

¹²⁵⁵

V. not. TC Paris, novembre 2015, n°2014049786 ; CEPC, avis n°16-9 relatif à une demande d'avis d'un groupement d'intérêt public sur la validité d'une clause de non-concurrence insérée dans des contrats entre une société et des hôteliers, 12 mai 2016 ; TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123.

Enfin, les juges ont décidé d'analyser l'équilibre contractuel uniquement lors de sa formation¹²⁵⁶. Pourtant, on peut se demander si le rééquilibrage ne pourrait pas résulter de l'introduction d'une clause ou d'une pratique au cours de l'exécution du contrat. Ainsi, seules les clauses existantes lors de la formation du contrat permettraient de connaître la volonté des parties, leurs attentes et leurs stratégies réelles. D'après les juges, le contenu du contrat au jour de sa formation suffit à démontrer son fonctionnement pour chaque partie. Pourtant, les contrats commerciaux sont bien plus complexes que ne le laissent penser les juges. Leur fonctionnement repose sur un équilibre global, juridique et économique, entendu largement et ne saurait se limiter à l'analyse de quelques clauses introduites lors de la formation.

246. *La création judiciaire d'une présomption simple de déséquilibre contractuel.* En réalité, au regard de l'étude de la jurisprudence, il semble que le contrôle des juges conduise vraisemblablement à un contrôle des clauses qu'ils jugent abusives car elles sont fortement susceptibles de créer un déséquilibre contractuel significatif. Dès lors, il serait plus juste de dire que ces clauses sont sanctionnées car elles sont - supposées - créer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Il s'agirait d'une présomption c'est-à-dire une opinion uniquement fondée sur la vraisemblance sans qu'elle ne soit concrètement prouvée¹²⁵⁷. En effet, nous avons vu que les juges ne peuvent, du moins concrètement, conclure à un déséquilibre contractuel puisqu'ils ne vérifient pas, en pratique, l'ensemble des droits et obligations prévus dans le contrat¹²⁵⁸. Or, ce raisonnement découle bien d'une sanction *per se* puisque les juges refusent d'analyser les effets réels des pratiques¹²⁵⁹. L'objectif, réellement poursuivi, n'est pas d'analyser le partage de l'ensemble contractuel pour en apprécier l'équilibre entre les parties mais plutôt de sanctionner des comportements jugés déloyaux fortement susceptibles de porter atteinte à cet équilibre. En ce sens, la formulation énoncée par le texte commercial visant à sanctionner la soumission ou tentative de soumission, d'une part « à des obligations » et d'autre part, « créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties », si cette dernière notion renvoie au contrat pris dans sa globalité, elle n'est pas appliquée efficacement par les juges. Cette présomption, comme nous le retenons, n'est pas irréfragable puisque le défendeur peut en apporter la preuve contraire à travers le « rééquilibrage » du contrat. Il

¹²⁵⁶ TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123 : « Subway ne cherche d'ailleurs pas à prétendre le contraire, faisant seulement état de la renégociation possible, en cours d'exécution du contrat, des clauses relatives aux horaires ou à la résiliation, argument sans portée puisque le déséquilibre s'apprécie au moment de la signature du contrat. » ; v. not. par opp. : CA Paris, 7 décembre 2017, n°16/00113 : « Que toutefois lesdites négociations s'étant déroulées, et les contrats ayant pris effet, avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 août 2008, ces dispositions ne leur sont pas applicables ; Que seuls les effets légaux desdits contrats, à les supposer établis, et l'exécution des obligations découlant de ces contrats pourraient être analysés au regard du déséquilibre significatif allégué sur le fondement du nouveau texte invoqué, et non les clauses des contrats elles-mêmes signées en 1990. ».

¹²⁵⁷ Dictionnaire en ligne, Le Robert.

¹²⁵⁸ Par opp. : v. TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123 : « Le tribunal, en présence de la soumission ou tentative de soumission d'un partenaire commercial à des clauses manifestement déséquilibrées, doit vérifier que lesdites clauses ne sont pas rééquilibrées par d'autres. ».

¹²⁵⁹ J.C. RODA, F. BUY, « La franchise au crible du déséquilibre significatif (quand Bercy s'invite chez Subway) », *AJ contrat*, 2020, p. 543. G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Déséquilibre significatif », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, janvier 2022 (actualisation : juin 2023), §144. I. LUC, « L'application judiciaire du déséquilibre significatif aux contrats d'affaires », *AJCA*, 2014, p. 109.

s'agirait donc d'une présomption simple. Rappelons, toutefois, que les moyens de preuve dont il bénéficie sont très limités et excluent notamment la rentabilité économique de l'opération¹²⁶⁰. Ainsi, si la présomption d'un déséquilibre contractuel significatif peut être renversée, en pratique elle l'est très difficilement.

b) *Une analyse judiciaire du partage contractuel biaisée car uniquement fondée sur le critère d'équité*

247. *La recherche d'une loyauté dans la négociation à travers un partage contractuel équitable.* Pour procéder à la validation juridique d'un contrat, les juristes vérifient généralement le consentement effectif des deux parties au contrat et le respect d'une norme de justice dans l'échange et d'équilibre dans le contrat. En effet, ils s'assurent que le contrat est bien la manifestation libre et effective de la volonté des parties et les inégalités entre les parties n'ont pas conduit certaines d'entre elles à accepter des conditions d'échange contraires à leur intérêt¹²⁶¹. Le Rapport Charié, sur le projet LME, déclarait en 2008 que :

*« Négocier c'est discuter pour parvenir à un accord convenant à l'intérêt des deux parties. Les rapports de force, les dépendances économiques et les positions dominantes sont intrinsèques à la concurrence. Toutefois, négociateur ce n'est pas imposer à l'autre son dictat. Négocier ce n'est pas étrangler. »*¹²⁶².

L'action juridique prend donc une dimension éthique, ce qui renvoie à une conception morale¹²⁶³. La morale s'entend comme un ensemble de règles de conduite, considérées comme bonnes de façon absolue ou découlant d'une certaine conception de la vie ou encore, une science du bien et du mal, une théorie des comportements humains, en tant qu'ils sont régis par des principes éthiques¹²⁶⁴. En matière de déséquilibre significatif, l'objectif du législateur est de protéger la partie faible au contrat contre les abus de son puissant partenaire. L'analyse juridique entend donc contraindre la partie forte à permettre à la partie faible de négocier effectivement. Puisqu'en l'absence de cette contrainte, le rapport de force étant inhérent au déroulement des négociations, la partie forte orienterait les discussions à son avantage et au détriment de la partie faible, incapable de négocier effectivement du fait de sa position. Cet objectif n'est pas nouveau et a pu faire l'objet de nombreuses analyses, dans le passé, notamment concernant les relations commerciales entre distributeur et fournisseur¹²⁶⁵. Cette exigence d'éthique dans les relations commerciales passe par l'exigence de comportements

¹²⁶⁰ Ref. th. §208 et s.

¹²⁶¹ É. BROUSSEAU, « L'Économiste, le Juriste et le Contrat », *op. cit.*, p. 7-8.

¹²⁶² J.P. CHARITÉ, Rapport n°908 fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi de modernisation de l'économie, Assemblée nationale, 22 mai 2008.

¹²⁶³ Dictionnaire en ligne, Le Robert, éthique.

¹²⁶⁴ Dictionnaire en ligne, Larousse, morale.

¹²⁶⁵ Le déséquilibre est une notion ancienne, on la trouvait déjà lorsqu'on réfléchissait à la notion de distributeur, notamment à travers les enjeux économiques des relations avec les fournisseurs. L'histoire du déséquilibre significatif ne commence pas en 2008 avec l'introduction de la loi de modernisation de l'économie dans le Code de commerce. V. not. l'introduction de la thèse.

loyaux entre acteurs économiques¹²⁶⁶. C'est notamment le nouvel intitulé du Chapitre II du Titre IV du Livre IV du Code de commerce prévoyant la sanction des déséquilibres significatifs¹²⁶⁷. En ce sens également, la directive n°2019/633 relative aux secteurs agricole et alimentaire propose une définition des comportements commerciaux déloyaux comme des « *pratiques qui s'écartent nettement de la bonne conduite commerciale* » et qui « *sont contraires à la bonne foi et à la loyauté et sont imposées de manière unilatérale par un partenaire commercial à un autre* »¹²⁶⁸. Si la moralité juridique exige des négociations loyales entre partenaires commerciaux, le résultat de ces négociations doit alors refléter cette loyauté. Ainsi, le partage contractuel recherché par l'analyse juridique doit être satisfaisant d'un point de vue moral, puisqu'il doit traduire une négociation loyale entre les parties¹²⁶⁹. C'est pourquoi, l'analyse juridique étudie la répartition des droits et obligations et en déduit qu'un déséquilibre contractuel significatif, au détriment d'une partie réputée plus faible que son partenaire, est contraire à la loyauté¹²⁷⁰. La recherche d'une relation équilibrée entre les parties est un objectif poursuivi par le législateur depuis de nombreuses années¹²⁷¹. D'après le législateur, ces exigences de loyauté et moralité dans l'échange doivent se traduire par un partage équitable du contenu contractuel.

On s'interroge alors sur la détermination de l'équilibre contractuel. La notion d'équilibre peut s'entendre comme une juste proportion entre des choses opposées¹²⁷², une juste répartition des éléments d'un tout¹²⁷³. En matière d'équilibre contractuel, il faut donc une certaine justice dans la répartition des droits et obligations des parties au contrat. Or, un partage juste se définit notamment comme un partage conforme, à la justice, au droit, à l'équité¹²⁷⁴. En effet, d'après le dictionnaire Larousse, l'équité renvoie à ce qui est fait avec justice et impartialité, pour le dictionnaire Dalloz, c'est même la réalisation suprême de la justice, allant parfois au-delà de ce que prescrit la loi, ou encore pour le dictionnaire Le Robert, il s'agit d'une vertu qui consiste à régler sa conduite sur le sentiment naturel du juste et de l'injuste¹²⁷⁵. Le droit commercial recherche donc une forme d'équité dans le partage contractuel. L'équité peut être objective

¹²⁶⁶ J.P. CHARIÉ, Rapport n°908 fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi de modernisation de l'économie, Assemblée nationale, 22 mai 2008.

¹²⁶⁷ Code com. : Livre IV : De la liberté des prix et de la concurrence (art. L.410-1 à L.490-12) ; Titre IV : De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées (art. L.440-1 à L.443-4) ; Chapitre II : Des pratiques commerciales déloyales entre entreprises (art. L.442-1 à L.442-11) ; Section 1 : Des pratiques restrictives de concurrence (art. L.442-1 à L.442-8).

¹²⁶⁸ Directive (UE) n°2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire. Article premier : Objet et champ d'application, al. 1.

¹²⁶⁹ J.P. CHARIÉ, Rapport n°908 fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi de modernisation de l'économie, Assemblée nationale, 22 mai 2008, not. p. 31, 38, 113.

¹²⁷⁰ CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 ; TC Paris, 7 mai 2015, n°2015000040 ; TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625.

¹²⁷¹ V. not., S. RETTERER, « La restauration de l'équilibre des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs dans la grande distribution », *Recueil Dalloz*, 2003, p. 1210.

¹²⁷² Dictionnaire en ligne, Le Robert, équilibre.

¹²⁷³ Dictionnaire en ligne, Larousse, équilibre.

¹²⁷⁴ Dictionnaire en ligne, Larousse, juste.

Dictionnaire en ligne, Le Robert, juste.

¹²⁷⁵ Dalloz, *Lexique des termes juridiques*, 2014, 21^e édition ; Dictionnaire en ligne, Le Robert, équité ; Dictionnaire en ligne, Larousse, équité.

(instrument destiné à mieux assurer l'égalité ou plus exactement l'idée fondamentale d'équilibre) ou subjective (ce que le for intérieur considère, dans un cas particulier, comme conforme à la justice, sans égard pour le droit strict)¹²⁷⁶.

Nous verrons, qu'en pratique, les juges entendent l'équité comme une équivalence - lorsqu'elle est possible et justifiée - entre les droits et obligations des parties pour caractériser un équilibre contractuel. Rappelons, en effet, que seul un déséquilibre contractuel « significatif » est sanctionné par le Code de commerce. Un déséquilibre contractuel peut donc exister sans qu'il ne soit significatif. C'est même une évidence car il apparaît difficile de parvenir à une équivalence stricte entre les droits et obligations des parties. Ce qui est sanctionné c'est bien l'abus dans le partage contractuel au profit de la partie forte et au détriment de la partie faible. Ainsi, l'action judiciaire entend supprimer l'abus et adapter le partage contractuel de telle sorte que les parties se trouvent toutes deux, plus ou moins, avantagées de la même manière par le contrat. Le contrat rééquilibré par l'analyse juridique n'est donc plus représentatif du pouvoir de négociation déséquilibré des parties, mais représentatif de l'éthique juridique c'est-à-dire du bon comportement à suivre selon l'analyse juridique, soit des négociations loyales prétendument représentatives de la volonté réelle des parties¹²⁷⁷. Pour démontrer que les négociations n'ont pas été loyales, et donc n'ont pas conduit à un partage contractuel équitable, les juges utilisent plusieurs critères que nous verrons ci-après.

248. *Les critères d'équité utilisés pour établir un déséquilibre contractuel.* Afin de déterminer si la répartition des droits et obligations des parties est équilibrée, les juges ont dégagé plusieurs critères. A la lecture de la jurisprudence, on comprend qu'une ou plusieurs clauses peuvent créer un déséquilibre contractuel significatif en l'absence notamment de justification, contrepartie, proportion, ou réciprocité. Ces critères conduisent au déséquilibre d'une ou plusieurs clauses, entraînant elle(s)-même le déséquilibre du contrat. Ces critères sont dits « d'équité » car ils évaluent la justice dans la détermination du contenu contractuel. Ainsi, ces critères « d'équité » permettraient de mettre en lumière des comportements déloyaux entre les parties, visant à déséquilibrer le contrat, et contre lesquels l'analyse juridique entend lutter. En effet, ces critères d'équité permettent de démontrer qu'une partie forte a profité de sa puissance pour s'avantager contractuellement au détriment de la partie faible. La jurisprudence, la plus récente, reprend régulièrement le même attendu de principe : « *L'existence d'obligations créant un déséquilibre significatif peut notamment se déduire d'une absence totale de réciprocité ou de contrepartie à une obligation, ou encore d'une disproportion importante entre les obligations respectives des parties* »¹²⁷⁸. L'absence de clarté d'une clause peut également participer à l'établissement d'un déséquilibre¹²⁷⁹. Par ailleurs, les juges ont retenu que la licéité

¹²⁷⁶ D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, « Équité ».

¹²⁷⁷ Le droit pense agir conformément à une éthique juridique puisqu'il estime que le contrat ainsi rééquilibré contient ce qu'aurait réellement souhaité la partie faible au contrat, qui en raison de la faiblesse de son pouvoir de négociation, n'a pas pu exprimer ou faire appliquer sa volonté réelle lors des discussions ; v. en ce s. ref. th. Introduction §1 et s.

¹²⁷⁸ CA Paris, 27 février 2020, n°17/12775 ; CA Paris, 17 juin 2020, RG n°18/23452 ; TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123 ; CA Paris, 22 octobre 2020, n°18/02255 ; CA Paris, 18 novembre 2020, n°19/12813 ; CA Paris, 7 janvier 2021, n°18/17376 ; CA Paris, 14 janvier 2021, n°18/20126.

¹²⁷⁹ Cass. com., 3 mars 2015, n°13-27.525.

d'une clause ne permettait pas, à elle seule, d'écarter la création d'un déséquilibre¹²⁸⁰. Enfin, un déséquilibre peut, néanmoins, être exclu lorsque la clause et/ou son contenu sont habituels¹²⁸¹, lorsqu'ils bénéficient *in fine* aux deux parties ou lorsqu'ils sont nécessaires. Enfin, si à l'analyse de ces clauses, les juges ont pu retenir l'existence de plusieurs critères pour établir la création d'un déséquilibre significatif, rappelons toutefois qu'un seul critère peut suffire. Nous énumérerons, ci-après, les critères qui reviennent le plus souvent, à travers plusieurs exemples.

249. *L'absence de justification.* Tout d'abord, l'absence de justification d'une clause ou d'un ensemble de clauses peut créer un déséquilibre contractuel significatif. Cette justification pouvant dépendre du contexte contractuel entourant la relation commerciale, notamment le fonctionnement d'un réseau de franchise¹²⁸². Par exemple, les juges ont retenu qu'une clause, rédigée au détriment du fournisseur, et portant sur le retour des produits dégradés par la clientèle « opère un véritable transfert des risques inhérents à la mise en vente du produit dont le distributeur doit assumer la charge ; qu'il en résulte un déséquilibre significatif au détriment du fournisseur »¹²⁸³. Une telle clause était abusive puisqu'elle ne reposait sur aucune justification légitime : le distributeur doit assumer le risque de la mise en vente des produits dont il se charge car il est le plus à même de gérer le comportement de sa clientèle. En ce sens, la Cour d'appel a également retenu le déséquilibre créé par une clause visant à faire peser la rotation des stocks, au détriment du fournisseur et au profit du distributeur, puisque le premier n'a pas à assumer le risque découlant d'une mévente dont il n'a pas la charge¹²⁸⁴. Il en est de même dans une affaire *Darty* où la Cour de cassation a admis que certaines clauses ont été insérées dans des contrats concernant des marchés pour lesquels elles n'étaient pas justifiées¹²⁸⁵. *A contrario*, dans une affaire *Casino*, les juges ont admis l'introduction des clauses litigieuses puisque les prix fixés étaient justifiés¹²⁸⁶. Aussi, dans une affaire de 2016, après avoir analysé les circonstances de l'espèce, les juges retiennent que le demandeur « n'explique pas en quoi l'absence d'exclusivité territoriale du franchisé serait déséquilibrée au regard de la clause post

¹²⁸⁰ Par ex., lorsqu'une clause, bien que licite, n'est pas réciproque dans ses conditions d'application, elle peut participer à la création d'un déséquilibre significatif. V. not. CA Paris, 4 juillet 2013, n°12/07651.

¹²⁸¹ CA Versailles, 12 mai 2011, n°10/00800 ; CA Paris, 12 septembre 2013, n°11/22934 ; CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221.

¹²⁸² V. not. TC Paris, jugement du 13 octobre 2020, n°2017005123 pour un rejet : « Le déséquilibre d'une clause ne saurait toutefois être anéanti par le seul principe de cohérence et d'homogénéité du réseau de franchise, puisque rien n'interdit au franchiseur de donner au franchisé une compensation pour rétablir l'équilibre de la clause, ou à défaut de la rééquilibrer dans la globalité du contrat. ».

¹²⁸³ CA Paris, 18 décembre 2013, n°12/00150 et Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387 ; Cass. com., 3 mars 2015, n°14-10.907.

¹²⁸⁴ CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221.

¹²⁸⁵ Cass. com., 26 avril 2017, n°15-27.865 : « Les clauses visant à protéger la valeur des stocks ou à prévenir leur obsolescence [...] la société Darty avait, pour sa part, inséré ce type de clauses dans tous ses contrats-types, même sur des marchés comme l'électroménager où elles n'avaient pas les mêmes justifications. ».

¹²⁸⁶ Pour une affaire néanmoins particulière : CA Paris, 7 décembre 2017, n°16/00113 : « La seule différence de prix imposés, au demeurant non contestée par Casino, n'est pas suffisante à elle seule pour démontrer l'existence d'un déséquilibre significatif au sens de l'article L.442-6- I 2°, dès lors que cette différence est justifiée par Casino par des éléments objectifs liés à la différence de taille des deux supérettes, à leurs jours et horaires d'ouverture différents, et au caractère inopérant d'une telle distance. ».

contractuelle de non concurrence » puisqu'elle se justifie par le fonctionnement du contrat concerné¹²⁸⁷.

250. *L'absence de contrepartie.* Par ailleurs, en l'absence de contrepartie à une ou plusieurs clauses, les juges ont pu retenir le déséquilibre comme dans l'affaire *EMC* concernant une clause de retour des invendus¹²⁸⁸. De même dans une nouvelle affaire *Le Galec*, la Cour d'appel déclare que : « *la loi n'a pas supprimé la nécessité de contrepartie ou de justification aux obligations prises par les cocontractants* » et constate en l'espèce, que « *que pour ces 118 contrats cadres les fournisseurs concernés ont versé une RFA GALEC alors que le distributeur n'a pris aucune obligation ou aucune réelle obligation à leur égard* »¹²⁸⁹. Or, elle précise dans cet arrêt que l'existence d'une contrepartie ne peut suffire, encore faut-il qu'elle soit suffisante. Une telle position laisse, néanmoins, subsister des interrogations sur la détermination d'une contrepartie aux ristournes de fin d'année¹²⁹⁰. Les juges ont également reconnu l'existence d'un déséquilibre significatif lorsqu'il n'existe plus de contreparties à l'obligation à laquelle s'est engagée une partie¹²⁹¹. Par ailleurs, la Cour d'appel a retenu que le droit du déséquilibre significatif vise à sanctionner le fait « *pour un opérateur économique d'imposer à un partenaire des conditions commerciales telles que celui-ci ne reçoit qu'une contrepartie dont la valeur est disproportionnée de manière importante à ce qu'il donne* »¹²⁹². En outre, c'est au défendeur qu'il appartient de démontrer l'existence de contreparties pour contrebalancer le déséquilibre créé par la ou les clauses litigieuses¹²⁹³. Enfin, les juges ont également admis qu'une contrepartie peut résider dans le bénéfice partagé retiré de la pratique litigieuse. En effet, concernant une suppression d'exclusivité, ils retiennent que : « *cette clause acceptée par les parties lors de la signature du contrat de concession ne crée pas un déséquilibre significatif entre les parties dès lors que chacune d'elle en a tiré bénéfice* »¹²⁹⁴.

251. *L'absence de proportion.* L'absence de proportion dans une clause peut également participer à la création d'un déséquilibre significatif. En effet, les juges ont pu constater l'existence de droits ou obligations disproportionnés par rapport aux droits et obligations de la partie adverse. Ainsi, il a pu être retenu qu'il appartient au juge de contrôler s'il est mis à la charge de l'une des parties des engagements excessifs par rapport à ceux de

¹²⁸⁷ CA Paris, 14 décembre 2016, n°14/14207 et Cass. com., 30 mai 2018, n°17-14.303.

¹²⁸⁸ Cass. com., 29 septembre 2015, n°13-25.043.

¹²⁸⁹ CA Paris, 1^{er} juillet 2015, n°13/19251 ; Cass. com., 25 janvier 2017, n°15-23.547.

¹²⁹⁰ À ce sujet, v. M. BEHAR-TOUCHAIS, « La judiciarisation des négociations commerciales », *LEDICO*, mars 2017, p. 1 : « La loi LME du 4 août 2008 avait posé le principe de la libre négociabilité des tarifs et avait supprimé sans aucune équivoque l'exigence de contreparties aux avantages tarifaires. La Cour de cassation en réintroduisant la nécessité d'une justification de chaque avantage tarifaire fait du texte une interprétation *contra legem*, en tentant de la justifier par l'exigence que soient convenues par écrit les obligations que le distributeur s'est engagé à assumer, en contrepartie du prix négocié. Mais où la Cour de cassation voit-elle que ce prix n'est pas une contrepartie globale des obligations négociées, seule conforme à l'objectif annoncé du législateur ? Les RFA sont ainsi remises en cause, si elles ne sont pas précises et justifiées. L'arrêt Galec condamne la centrale à restituer toutes les RFA perçues des fournisseurs concernés, sans que ceux-ci qui ont pourtant bénéficié des commandes massives de produits des centres Leclerc ne restituent rien ! C'est à se demander in fine où est le vrai déséquilibre ? ».

¹²⁹¹ TC Lille, 06 janvier 2010, n°2009-05184.

¹²⁹² CA Paris, 23 mai 2013, n°12/01166. Elle a été reprise dans de nombreuses décisions ultérieures.

¹²⁹³ CA Paris, 3 septembre 2014, n°12/09785.

¹²⁹⁴ CA Paris, 7 novembre 2016, n°15/10249.

l'autre¹²⁹⁵. En outre, la Cour d'appel a précisé que les demandeurs doivent « démontrer que la société [...] était tenue à des obligations excessivement disproportionnées, qu'elles soient prises séparément ou dans leur ensemble »¹²⁹⁶. Récemment, le tribunal de commerce de Paris a également retenu la disproportion dans une affaire *Mr. Bricolage* et une absence d'équivalence entre les contreparties¹²⁹⁷. La disproportion peut donc être analysée concrètement au regard de la clause litigieuse ou globalement au regard de l'ensemble des droits et obligations. En outre, concernant le critère de proportionnalité, les juges analysent la clause litigieuse au regard des circonstances de l'espèce. Ils tiennent compte de la situation particulière des parties, de leur rapport de force et de leurs obligations réciproques¹²⁹⁸. Ainsi, la Cour d'appel a, par exemple, jugé dans une affaire *Bricorama* concernant un taux de service de 97% garanti par le fournisseur que ce taux « ne tient pas compte des particularités propres à chaque fournisseur et à chaque magasin. Les modalités d'évaluation du taux de service sont peu précises, alors que le distributeur ou le transporteur peut influencer sur son respect. [...] ne prend pas sérieusement en compte la complexité de la chaîne d'approvisionnement »¹²⁹⁹. Dans cette même affaire, la disproportion visait également les sanctions contractuelles, s'appliquant de manière discrétionnaire, et jugées disproportionnées à la gravité objective du manquement. La Cour d'appel a également étudié le fonctionnement du contrat pour analyser le caractère proportionné de certaines obligations. Ainsi, elle retient que le seul fait que « l'indemnité avoisine le double du capital emprunté, ne suffit pas à démontrer ce déséquilibre. En effet, cette indemnité a pour objet de compenser le manque à gagner de la banque qui ne percevrait plus les intérêts prévus au contrat jusqu'au terme initialement prévu. Pour prouver le déséquilibre, la commune doit donc apporter la preuve que le montant de l'indemnité est disproportionné par rapport à ce manque à gagner, ce qu'elle ne fait pas, en l'espèce »¹³⁰⁰. Aussi, les juges ont pu déduire l'existence d'un déséquilibre lorsque la clause litigieuse vidait le contrat de ce qui en fait l'essence même. En l'espèce, était concernée une clause selon laquelle « la responsabilité [...] ne saurait être engagée pour des dommages résultant du fonctionnement de l'installation ou de son non fonctionnement pour quelque cause que ce soit, par exemple, le vol en l'absence d'une faute dûment prouvée par le client dans l'exécution des prestations » et dont la Cour juge

¹²⁹⁵ CA Paris, 11 octobre 2017, n°15/03313 ; V. égal. CA Paris, 12 septembre 2013, n°11/22934 ; Cass. com., 4 octobre 2016, n°14-28.013.

¹²⁹⁶ CA Paris, 19 octobre 2017, n°15/20831.

¹²⁹⁷ TC Paris, 6 juillet 2021, n°2016064825 : « Le taux d'escompte prévu dans les contrats de référencement conclus entre le fournisseur et MR X est donc beaucoup plus coûteux que le recours à l'escompte bancaire, beaucoup plus coûteux que les découverts bancaires, et souvent plus coûteux que les taux d'escompte proposés par les fournisseurs proposant l'escompte dans leurs propres conditions générales de vente ; Il résulte de ces éléments de comparaison que le taux d'escompte prévu dans le dispositif DZB Bank est ainsi d'un coût significativement déséquilibré par rapport au gain de délai de paiement de 50 jours maximum [...] Il résulte de ces éléments de comparaison que le taux de la commission du croire de 0,7% est élevé ; [...] mais payer de l'ordre de 0,7% du montant des factures pour avoir un interlocuteur unique pour tout avantage est à l'évidence bien coûteux. » néan. il a été infirmé par CA Paris, 7 juin 2023, n°21/14951 : « L'excès est d'ailleurs pour l'essentiel déterminé par comparaison avec d'autres services bancaires (coût de l'escompte bancaire, du découvert bancaire ou des crédits à court terme) sans réel égard pour les avantages concédés (réduction des délais de paiement, garantie contre les impayés et centralisation des paiements). »

¹²⁹⁸ Par ex. : CA Paris, 29 octobre 2014, n°13/11059. Cette décision a ensuite été cassée mais sur un autre fondement.

¹²⁹⁹ CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221.

¹³⁰⁰ CA Versailles, 21 septembre 2016, n°15/07046. V. égal., pour une autre affaire, également relative à l'absence de contrepartie : CA Paris, 14 décembre 2016, n°14/14207 et Cass. com., 30 mai 2018, n°17-14303.

que « *cette disposition vide, en effet, le contrat de ce qui en fait l'essence même, à savoir le bon fonctionnement de la prestation d'alarme pour prévenir le vol* »¹³⁰¹. Enfin, une disproportion dans les droits et obligations des parties peut être justifiée¹³⁰². La loi du 30 mars 2023 n°2023-221 dite Egalim 3 est venue renforcer le dispositif de contrôle de certaines pratiques des distributeurs notamment en matière de pénalités, en particulier logistiques, et ainsi permettre la vérification de leur proportionnalité¹³⁰³.

252. *L'absence de réciprocité.* L'absence de réciprocité est également un critère incontournable pour établir un déséquilibre significatif. Dans une affaire *Eurauchan*, la Cour de cassation a retenu « *qu'il n'existe pas de réciprocité dans les conditions de mise en oeuvre de la révision des tarifs selon que l'initiative en revient à la société Eurauhan ou aux fournisseurs* » établissant ainsi un déséquilibre significatif¹³⁰⁴. Une même analyse a été retenue dans une affaire *Provera*¹³⁰⁵ concernant la clause relative aux délais de paiement et sur un même sujet, dans une affaire *Le Galec*¹³⁰⁶. Par ailleurs, les clauses visant à décharger l'intégralité de la responsabilité sur une seule partie, alors que cette charge devrait être réciproque, peuvent être déclarées abusives. Dans une affaire *Bricorama*, la cour d'appel de Paris a estimé que la clause relative à la résiliation pour sous performance des produits pesant uniquement sur le fournisseur était manifestement déséquilibrée car cette responsabilité peut également appartenir au distributeur¹³⁰⁷. La société *Bricorama* ne justifiant pas d'une contrepartie suffisante pour compenser le déséquilibre crée par cette clause. Les juges ont, par ailleurs, retenu, dans le passé, que l'existence d'une réciprocité dans le principe même de la clause pouvait suffire à écarter le déséquilibre significatif quelles que soit les conditions d'application pour chaque partie, ce fut le cas concernant la faculté de résiliation d'un contrat de location¹³⁰⁸. Ils ont retenu une même position dans un arrêt de 2013¹³⁰⁹ et, pour une analyse *a contrario*, dans un arrêt de 2016¹³¹⁰. Or, dans une affaire portant sur un contrat de concession, la Cour de cassation a déclaré que : « *la clause de résiliation anticipée confère au concédant comme au concessionnaire le même droit de mettre fin au contrat et dans les mêmes conditions, [...] qu'en cet état, la cour d'appel*

¹³⁰¹ CA Paris, 25 octobre 2016, n°14/20906.

¹³⁰² Pour une analyse où la justification était insuffisante : Cass. com., 4 octobre 2016, n°14-28.013 : « Qu'en l'état de ces constatations et appréciations, faisant ressortir une disproportion dans les droits des parties que les impératifs de sécurité et de fraîcheur des produits, comme le risque de désorganisation des entrepôts ou des magasins ne justifiaient pas. ».

¹³⁰³ L'article L.441-17 du Code com. est ainsi modifié : a) deuxième alinéa du I : « Les pénalités infligées au fournisseur par le distributeur sont proportionnées au préjudice subi au regard de l'inexécution d'engagements contractuels, dans la limite d'un plafond équivalent à 2 % de la valeur des produits commandés relevant de la catégorie de produits au sein de laquelle l'inexécution d'engagements contractuels a été constatée. ». Ainsi, l'article L.441-19 est notamment complété par : « Chaque distributeur communique au directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou à son représentant nommément désigné, au plus tard le 31 décembre de chaque année, les montants des pénalités logistiques qu'il a infligées à ses fournisseurs au cours des douze derniers mois ainsi que les montants effectivement perçus. Il détaille ces montants pour chacun des mois. ». V. préc. loi n°2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique dite ASAP.

¹³⁰⁴ CA Paris, 11 septembre 2013, n°11/17941 et Cass. com., 3 mars 2015, n°13-27.525.

¹³⁰⁵ Cass. com., 3 mars 2015, n°14-10.907.

¹³⁰⁶ Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387.

¹³⁰⁷ CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221.

¹³⁰⁸ CA Versailles, 12 mai 2011, n°10/00800.

¹³⁰⁹ CA Montpellier, 17 septembre 2013, n°12/05690.

¹³¹⁰ CA Versailles, 23 juin 2016, n°14/06181.

[...] a pu retenir que la clause ne créait pas un déséquilibre significatif entre les parties »¹³¹¹. Encore faut-il que la réciprocité soit effective en pratique. Par ailleurs, la réciprocité n'est pas toujours exigée et son absence peut être justifiée au regard des circonstances de l'espèce¹³¹². Ainsi, dans une affaire *Direct Energie*, la Cour d'appel a jugé que : « la société *OmniTrade* ne peut prétendre que l'absence de réciprocité de ces clauses créerait un déséquilibre significatif, cela signifierait que la société *Direct Energie* devrait confier l'intégralité de la commercialisation de ses offres à l'appelante, ce qui n'aurait aucun sens. Ces obligations n'empêchaient pas, la société appelante de diversifier ses activités et la clause de non concurrence était limitée à 12 mois »¹³¹³.

C. L'application combinée des critères d'équité juridique et d'efficacité économique pour analyser l'équilibre contractuel

253. *L'analyse de l'équilibre contractuel peut être fondée sur l'équité et l'efficacité.* Si les juges recherchent, prioritairement, l'équité dans le partage contractuel et les économistes, l'existence d'un partage efficace, ils tiennent également compte de l'efficacité pour les premiers et de l'équité pour les seconds. Ainsi, une conciliation peut être effectuée entre équité juridique et efficacité économique et devrait être recommandée (a). Nous proposerons de modifier l'analyse juridique de l'équilibre contractuel afin qu'elle applique de manière combinée les critères d'équité juridique et d'efficacité économique (b).

a) *Une conciliation, à la fois possible et recommandée, entre équité juridique et efficacité économique*

254. *L'intérêt d'une application combinée des critères d'équité juridique et d'efficacité économique.* Outre l'élargissement de l'objet d'analyse de l'équilibre contractuel, une analyse plus réaliste conduit à s'interroger sur l'appréciation de cet équilibre. Si l'analyse économique ne s'intéresse pas, en priorité, à l'équilibre contractuel puisqu'elle estime, du moins dans sa dimension libérale, que l'existence d'un contrat suffit à démontrer son efficacité¹³¹⁴, elle a également retenu que l'existence d'un surplus individuel pour chaque partie suffit puisque le contrat est alors réputé « gagnant-gagnant »¹³¹⁵. En effet, chaque partie est placée dans une meilleure situation que celle offerte si elles ne signaient pas le contrat (leur option de sortie). Le contrat serait donc équilibré car efficace économiquement pour les parties. Or, le critère d'équité juridique conduit à analyser le partage contractuel d'un autre point de

¹³¹¹ Cass. com., 12 avril 2016, n°13-27.712.

¹³¹² Pour une analyse par opp. : Cass. com., 4 octobre 2016, n°14-28.013 : « Qu'en l'état de ces constatations et appréciations, faisant ressortir une absence de réciprocité et une disproportion entre les obligations des parties, qu'aucun impératif ne permettait de justifier, la cour d'appel, [...] a pu retenir que de telles dispositions étaient contraires à l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce. ».

¹³¹³ CA Paris, 12 septembre 2013, n°11/22934.

¹³¹⁴ Hormis les cas de violence et d'asymétrie d'information.

¹³¹⁵ Le surplus individuel se compose de la différence entre le gain obtenu en signant le contrat et la valeur de son option de sortie (gains, voire pertes, retirés en l'absence de conclusion du contrat en question, en cas de choix ou obligation de se tourner vers un plan B). OCDE, *Table ronde sur les monopsones et le pouvoir d'achat*, Comité de la concurrence, octobre 2008, p. 80 et s.

vue. Il s'agit, ici, de vérifier la loyauté dans la négociation et la justice dans le partage contractuel, donc l'absence d'abus de la partie forte cherchant à s'avantager au détriment de la partie faible. La partie forte ne doit pas, au sens juridique, déséquilibrer les droits et obligations des parties à son profit mais au contraire permettre à la partie faible d'exprimer ses intérêts et les inclure au contrat. Ainsi, la partie forte ne devrait pas abuser de sa force en n'offrant à la partie faible que ce dont elle a besoin pour s'assurer qu'elle signe le contrat. Le contrat est équilibré, au sens juridique, lorsqu'il a été négocié loyalement et qu'il conduit à un partage contractuel juste des droits et obligations soit un partage : réciproque, justifié, proportionné et prévoyant une contrepartie.

Or, malgré la différence d'analyse entre les critères d'équité juridique et d'efficacité économique, nous verrons que l'un ne doit pas empêcher l'autre. On peut et on devrait parvenir à une analyse de l'équilibre contractuel mêlant à la fois ces deux critères. En effet, chacun des critères, qu'il s'agisse de l'équité juridique ou de l'efficacité économique, trouve une justification et démontre son intérêt pour l'analyse de l'équilibre contractuel. Le critère d'efficacité économique du partage contractuel est important car il permet de tenir compte de l'existence d'un surplus pour chaque partie. Nous avons vu que cette démonstration permet de connaître l'utilité réelle du contrat pour chaque partie, l'avantage économique qu'elles retirent concrètement de sa signature, en comparant les gains tirés du contrat (directs et indirects) avec ceux de leur option de sortie. Ces indices permettent de mieux comprendre le fonctionnement du contrat. La seule existence d'un déséquilibre dans les droits et obligations des parties, prévus directement dans le contrat, même au profit d'une partie forte et au détriment d'une partie faible, est insuffisante pour déclarer un contrat inefficace. Toutefois, l'analyse juridique retient l'importance de ne pas se limiter à une appréciation économique, puisque malgré l'existence d'un surplus pour chaque partie, une partie peut avoir abusé de sa force pour s'avantager démesurément au détriment de la partie faible au contrat. La loyauté dans la négociation, et donc dans le partage contractuel, est tout aussi importante. Ainsi, le critère d'équité juridique doit être pris en compte. Or, l'analyse économique reconnaît cette importance puisque la loyauté dans les échanges commerciaux permet de garantir le bon fonctionnement du marché, à travers une concurrence pure et parfaite, et donc une allocation efficace des ressources. L'analyse économique admet l'importance de s'assurer qu'une partie n'abuse pas de sa force en s'avantageant, outre mesure, à travers le partage contractuel et ce, au détriment de son partenaire plus faible. Certes, il est important que chaque partie détienne une part du surplus mais il est également important que la partie forte ne s'octroie pas l'intégralité ou la quasi-intégralité du surplus collectif en ne laissant à son partenaire que le minimum pour s'assurer qu'il signe le contrat.

Ainsi, ces deux critères, d'apparence opposés, poursuivent un même objectif : assurer le bon fonctionnement des relations commerciales au bénéfice de la société. Pour autant, si ces deux critères doivent être retenus simultanément dans l'analyse judiciaire, il s'avère qu'en pratique les juges peuvent être confrontés à des difficultés.

255. *Les contraintes auxquelles s'expose le juge dans l'analyse de l'équilibre du contrat.* Comme nous l'avons vu, une analyse judiciaire de l'équilibre contractuel, purement

limitée au contenu contractuel, sans tenir compte de l'utilité réelle du contrat pour chaque partie, n'a aucun fondement économique. Pourtant les sanctions prononcées, alors même sans justification économique, pourront avoir un impact direct sur les parties et plus globalement, le fonctionnement de l'économie. En effet, le juge ne tient pas compte de la notion économique de surplus et se limite à l'analyse de certains droits et obligations des parties prévus dans le contrat. Or, ignorer les stratégies des parties lors de la conclusion du contrat et les gains économiques qui découlent de son exécution, lors de la prise de décision judiciaire, pourrait, *in fine*, avoir des conséquences plus négatives que positives sur l'économie. Néanmoins, il s'avère qu'en pratique, les juges ne peuvent pas analyser l'équilibre du contrat aussi efficacement que les parties car ce sont elles qui connaissent le mieux leur stratégie et l'utilité réelle qu'elles entendent retirer du contrat.

C'est pourquoi, nous estimons qu'il n'appartient pas au juge de se saisir spontanément de l'intégralité du contrat et de son utilité économique. Il nous apparaît plus adapté que la charge de la preuve repose sur les parties. Elles doivent apporter au dossier les indices nécessaires pour permettre au juge d'analyser, aussi concrètement que possible, l'équilibre contractuel. Lorsque l'action est intentée par l'autorité publique, au nom de l'ordre public économique, il lui appartient également de démontrer l'absence d'équilibre du contrat sous un angle économique. Cette exigence est d'autant plus importante puisqu'elle prétend agir, indépendamment de la volonté des parties pour la protection de l'ordre public économique, ce qui implique de démontrer en quoi le déséquilibre du contrat affecte ou peut affecter le bon fonctionnement de l'économie et doit donc être résorbé¹³¹⁶.

Au-delà de l'analyse des droits et obligations des parties prévus dans le contrat, nous proposons d'ajouter des indices économiques tels que les gains directs et indirects du contrat et l'analyse de l'option de sortie de chaque partie. Dès lors, il appartient au juge de se former pour être en mesure d'analyser les preuves apportées par les parties notamment celles économiques. Pour faciliter cette recherche, des outils pourraient être mis en place comme des présomptions, une règle de raison¹³¹⁷ ou encore une analyse contrefactuelle¹³¹⁸.

¹³¹⁶ Ref. th. §279 et s.

¹³¹⁷ En opposition à une répression *per se* v. en ce s. : M. BEHAR-TOUCHAIS, « Quelques pistes pour l'amélioration du droit des pratiques restrictives de concurrence », *Revue Lamy de la concurrence*, n° 38, 1^{er} janvier 2014, p. 19, qui propose de modifier le droit des pratiques restrictives de concurrence à travers « une liste d'infractions *per se* avec les infractions les plus graves ; et une liste d'infractions qui ne seraient plus *per se*, et qui seraient susceptibles de se voir appliquer une règle de raison, un bilan concurrentiel, ou même un bilan économique-concurrentiel, permettant de prendre en compte les avantages pour le consommateur de cette pratique ; étant précisé que toute infraction qui ne serait dans aucune des deux listes serait soumise elle aussi à l'exigence d'un bilan ».

¹³¹⁸ L. BENZONI, P.Y. DEBOUDE, *Du déséquilibre significatif dans les relations entre partenaires commerciaux à la puissance d'achat : une perspective économique*, 13 janvier 2015, dispo. sur le site <https://www.teraconsultants.fr>, p. 18 : « Ce même paradoxe existe sur le marché français où les multiples infractions sanctionnées au titre de l'article L.442-6-I-2° n'inféreraient aucune infraction au titre des articles L.420-1 ou L. 420-2. Il serait nécessaire de résoudre ce paradoxe, de construire les scénarios contrefactuels indispensables pour vérifier si les pratiques individuelles cumulées ont eu ou non un effet cumulatif sur les marchés au point d'en altérer le fonctionnement concurrentiel. ».

256. *Modifier l'analyse juridique de l'équilibre contractuel pourrait conduire à modifier le texte de loi.* Le juge doit se prononcer en vertu du texte commercial prohibant la soumission ou la tentative de soumission à des « *obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ». Nous avons vu précédemment que cette phrase conduit à l'analyse de l'équilibre contractuel à travers l'ensemble des droits et obligations des parties¹³¹⁹. Mais permet-elle pour autant d'inclure des indices extérieurs au contrat dont les gains indirects et les options de sortie des parties qui ne sont pas prévus textuellement ? Le juge a pu s'opposer à cette prise en compte estimant que l'équilibre contractuel prévu par le texte commercial est un équilibre juridique et non économique¹³²⁰. Or, l'équilibre contractuel ne peut être uniquement juridique puisque refuser de prendre en compte les indices économiques conduit à une analyse juridique non réaliste pouvant avoir des effets préjudiciables pour les parties et l'économie. Si la Doctrine a émis des réserves en retenant que la rentabilité a parfois intégré le champ contractuel, y compris en étant implicite¹³²¹, il nous apparaît nécessaire d'apporter des précisions claires en la matière. En effet, s'il est vrai que les notions de gains indirects, d'option de sortie ou encore de rentabilité peuvent être retirées, même de manière implicite, du contrat litigieux, en pratique cette prise en compte semble être rejetée par les juges, en matière de déséquilibre significatif, sous couvert d'une limitation aux seuls droits et obligations prévus dans le contrat litigieux. Bien que le juge ait pu se libérer, dans le passé, des exigences textuelles du Code de commerce, nous avons vu que cette liberté l'a notamment conduit à une analyse biaisée et limitée de l'équilibre contractuel. Ainsi, il pourrait être utile de modifier le texte commercial pour élargir son objet d'analyse. Il pourrait être proposé de supprimer la référence faussée « *d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* » qui, comme nous l'avons vu, est, de par sa connotation juridique, insuffisante pour analyser concrètement l'équilibre contractuel et introduire, à la place, la soumission (ou tentative de soumission¹³²²) « *à des obligations créant un déséquilibre contractuel significatif entre les parties* ». Cette modification nous apparaît efficace car elle permet de mettre en lumière l'utilité et la particularité du texte commercial. Elle amène, voire contraint, le juge à modifier son analyse et à intégrer les indices économiques et ainsi éviter qu'il n'utilise, une nouvelle fois à mauvais escient, une prétendue limitation à l'équilibre juridique tel qu'il serait entendu par le Code de commerce. Le nouveau texte se distinguerait plus clairement des sanctions dont l'analyse est plus restreinte car de nature *per se*, soit jugées nécessairement abusives et prévues dans le Code de commerce à travers une liste disséminée, ou encore la sanction de l'avantage sans contrepartie, à tout le moins non proportionnée, prévue au 1° de l'article L.442-1, I. Il permettrait également de bien différencier le texte commercial de la sanction du déséquilibre significatif prévue dans le texte civil. L'objectif étant de rendre au texte commercial sa particularité et en faire un texte de régulation efficace des comportements économiques. Or, si le texte commercial maintient la référence initiale aux « *droits et obligations des parties* », il conviendra de s'assurer que le juge apprécie effectivement, en

¹³¹⁹ Ref. th. §204 et s.

¹³²⁰ Tribunal de commerce de Paris, 23 novembre 2015, n° 2014049786.

¹³²¹ M. BEHAR-TOUCHAIS, « La nécessité de tenir compte de la rentabilité du contrat dans l'analyse du déséquilibre significatif ou de la disproportion », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilbert Parléani*, IRJS Éditions, septembre 2021.

¹³²² Nous ne sommes pas favorables au maintien de cette sanction, ref. th. §107 et s.

pratique, le déséquilibre sous les angles juridique et économique. Pour ce faire, il nous apparaît nécessaire de mêler les exigences juridiques d'équité et loyauté avec les outils économiques afin d'étudier l'équilibre contractuel.

b) Une proposition de modification de l'analyse juridique de l'équilibre contractuel à travers une application combinée des critères d'équité juridique et d'efficacité économique

257. *Proposition de conciliation des critères d'équité juridique et d'efficacité économique pour analyser l'équilibre contractuel.* En limitant leur analyse à un certain nombre de droits et obligations prévus au contrat, sous l'angle des critères d'équité précités, les juges mettent en place ce que nous appelons une présomption de déséquilibre pour l'ensemble du contrat¹³²³. Il peut être judicieux de maintenir cette présomption fondée sur quelques clauses soulevées par le demandeur. Cette présomption devant rester simple afin d'offrir la possibilité au défendeur d'apporter la preuve contraire. Rappelons, toutefois, qu'une telle analyse est insuffisante pour établir concrètement un déséquilibre contractuel entre les parties. Les juges doivent étudier et prendre en compte, *via* ce qu'ils appellent le « rééquilibrage » du contrat par le défendeur, des indices économiques extérieurs au contrat, qui y sont liés et sans lequel ils n'auraient pas existé¹³²⁴. Il est important d'élargir ses moyens de preuve car c'est sur le défendeur que repose la charge la plus lourde contrairement au demandeur qui peut se limiter à la démonstration de certaines clauses jugées déséquilibrées et bénéficier d'une présomption de déséquilibre contractuel. Ainsi, élargir et rendre effectifs les moyens de preuve dont dispose le défendeur nous apparaît nécessaire pour rééquilibrer les pouvoirs de chaque partie devant le juge. Pourquoi ne pas exiger, dès le départ, du demandeur qu'il soit contraint de démontrer un déséquilibre économique et non seulement juridique ? Les demandeurs, en tant que personnes morales, réputées en position de faiblesse, disposent, en principe, de plus faibles moyens pour s'opposer au défendeur, elles devraient, ainsi, pouvoir saisir le juge plus facilement. Quant à la saisine du juge par l'autorité publique, cette dernière n'est pas partie au contrat mais dispose d'importants pouvoirs d'enquête pouvant lui donner accès à ces informations. Ainsi, si elle bénéficie de ces présomptions, facilitant la charge de la preuve, elle devra néanmoins établir une atteinte à l'ordre public économique ce qui, comme nous le verrons, l'oblige, notamment, à démontrer les effets nocifs sur les parties. En limitant, pour l'instant, les outils économiques au stade du rééquilibrage offert au défendeur, nous entendons introduire ces outils de manière progressive pour permettre aux acteurs et au juge de se familiariser avec.

258. *Exemple d'application de la proposition de modification de l'analyse juridique de l'équilibre contractuel.* Une partie, supposée faible puisqu'elle invoque une soumission ou sa tentative par son cocontractant, va saisir le juge en démontrant que certaines clauses du contrat sont déséquilibrées car elles ne remplissent pas les critères d'équité retenus par la

¹³²³ Nous avons vu que cette présomption facilite la charge de la preuve, pouvant être lourde lorsqu'il s'agit d'étudier l'ensemble contractuel, alors que le juge ne détient pas les connaissances des parties lors de la conclusion du contrat.

¹³²⁴ Ref. th. §231 et s.

jurisprudence. Une telle preuve apportée par le demandeur conduit à une présomption simple de déséquilibre contractuel. Le défendeur va pouvoir renverser cette présomption de déséquilibre contractuel en démontrant que le contrat est finalement bien équilibré entre les parties. Il va pouvoir expliquer le fonctionnement du contrat en démontrant que d'autres clauses, même non nécessairement liées à celles litigieuses, viennent rééquilibrer le prétendu déséquilibre contractuel. À l'aide de l'analyse économique et à l'instar des préconisations déjà énoncées par une partie de la doctrine¹³²⁵, nous proposons qu'il puisse également s'appuyer sur l'avantage économique que procure le contrat pour chaque partie et donc l'utilité qu'elles en retirent afin d'écarter un déséquilibre contractuel entre elles. Ce qui renvoie alors à la notion de surplus économique et dépasse le champ strictement juridique des droits et obligations prévus dans le contrat. Néanmoins, ces indices doivent être encadrés et se limitent alors, selon notre proposition, aux gains directs et indirects retirés du contrat et qui n'auraient, *a priori*, pas existé en son absence et à l'existence d'options de sortie réalistes et effectives pour chaque partie. Ces indices doivent être vérifiables pour être introduits au dossier et faciliter l'analyse du juge. Le défendeur peut, par exemple, expliquer qu'il était nécessaire stratégiquement d'augmenter ses gains lors des négociations, notamment ses droits, pour trouver un intérêt supérieur au contrat litigieux en comparaison avec le gain retiré par son option de sortie. Le juge pourrait néanmoins retenir que cet argument est insuffisant notamment en présence d'un déséquilibre contractuel trop important, caractérisant un abus réel lors des négociations de la part du défendeur. Ce dernier ayant, par exemple, obtenu des droits dans le contrat litigieux qui outrepassent largement ceux prévus par son option de sortie. Le défendeur pourrait également démontrer que la partie faible obtient des gains indirects, grâce au contrat litigieux, venant augmenter l'utilité réelle qu'elle retire du contrat et compense l'éventuel déséquilibre dans les droits et obligations prévus contractuellement. En effet, la partie faible avait tout intérêt à signer le contrat litigieux, quand bien même elle était moins avantagée en termes de droits et obligations prévus dans le contrat que son partenaire, puisque ce contrat lui permettait ensuite d'accroître ses gains. Il peut être pertinent de démontrer que la partie forte, contrairement à son partenaire, n'est pas un acteur intermédiaire ayant la capacité d'obtenir des gains indirects grâce au contrat litigieux. Par ailleurs, le défendeur pourrait également démontrer qu'il a formulé une offre, certes déséquilibrée dans les droits et obligations prévus dans le contrat, mais tout de même plus avantageuse en comparaison avec celles formulées par ses concurrents. Une telle action répond à une stratégie qui est d'obtenir la signature du contrat litigieux mais elle conduit également le défendeur à renoncer à des droits que demandent pourtant ses concurrents. Cet argument pourrait être jugé insuffisant, à lui seul, mais il participe néanmoins à démontrer les stratégies des acteurs économiques lors de la conclusion du contrat, stratégies qui dépendent et se justifient en raison de leur environnement économique. Il appartiendra ensuite au demandeur d'apporter, s'il le souhaite, la preuve contraire en démontrant à son tour que le contrat est, par ailleurs, déséquilibré économiquement. L'ensemble de ces éléments de preuve devrait permettre au juge de mieux comprendre le fonctionnement du contrat et son utilité pour chaque partie. Le juge pourra sanctionner, comme le souhaite l'analyse juridique mais de manière plus

¹³²⁵ M. BEHAR-TOUCHAIS, « La nécessité de tenir compte de la rentabilité du contrat dans l'analyse du déséquilibre significatif ou de la disproportion », *op. cit.*

réaliste, le comportement abusif d'une partie forte cherchant à s'avantager, démesurément et sans justification, au détriment de son partenaire grâce au contrat litigieux.

259. *Conclusion.* On obtient, *in fine*, une analyse juridique de l'équilibre contractuel, à la fois équitable juridiquement et efficace économiquement. Le juge peut toujours faire respecter les exigences juridiques en vérifiant l'existence d'une négociation loyale et un partage contractuel équitable, soit l'absence d'abus de la partie forte sur la partie faible. Mais il doit également tenir compte du critère d'efficacité économique en cherchant à comprendre le fonctionnement du contrat entre les parties et son utilité pour en apprécier concrètement l'équilibre. En effet, les droits et obligations prévus textuellement dans le contrat ne permettent pas à eux seuls de déterminer l'utilité réelle du contrat pour les parties¹³²⁶. Procéder à une telle sanction, sans tenir compte de l'équilibre économique du contrat entre les parties, conduit à une sanction faussée pouvant avoir des conséquences néfastes pour les parties et l'économie. Procéder à une analyse à la fois éthique et efficace de l'équilibre du contrat conduit à l'apprécier de manière juridique, à travers des droits et obligations sous l'angle des critères d'équité, et économique, à travers les indices du surplus collectif. Ainsi, nous proposons que le demandeur puisse invoquer une présomption de déséquilibre contractuel, résultant de certaines clauses jugées déséquilibrées, sous l'angle des critères judiciaires d'équité, et le défendeur puisse invoquer pour le « rééquilibrage » du contrat, outre une autre clause, les indices économiques du surplus collectif¹³²⁷. Cette proposition de modification de l'analyse juridique du déséquilibre contractuel nous a conduits à proposer une modification du texte commercial. Or, nous verrons que l'analyse juridique entend sanctionner des comportements sans qu'il soit démontré d'effets nocifs réels sur les parties, ni même sur le marché. La seule démonstration d'une absence de négociation effective et d'un déséquilibre contractuel, généralement présumé car résultant de clauses jugées déséquilibrées, permettent au juge de sanctionner un acteur économique indépendamment des effets de la pratique. Nous verrons qu'il est insuffisant de prononcer l'existence d'un déséquilibre contractuel, il faut également vérifier qu'il a produit des effets nocifs justifiant sa sanction.

Section II – La prise en compte nécessaire des effets des pratiques dans l'analyse juridique du déséquilibre significatif

260. *L'importance d'une prise en compte des effets dans l'analyse juridique du déséquilibre significatif en matière commerciale.* Précédemment, nous proposons d'ajouter à l'analyse juridique positive, l'étude des indices économiques, à travers la notion de surplus. Nous verrons que cette modification de l'analyse juridique implique la prise en compte des effets des pratiques pour apprécier correctement l'équilibre contractuel et ce, alors même que

¹³²⁶ Nous avons vu qu'une partie peut détenir une quantité de droits supérieure à celle de l'autre partie, et/ou un nombre d'obligations inférieur, mais pourtant retirer une utilité économique du contrat inférieure à cette dernière. C'est pourquoi, l'analyse juridique ne peut se limiter à une analyse textuelle du contenu du contrat sans tenir compte de la rentabilité économique de l'opération pour chaque partie.

¹³²⁷ À savoir les gains directs et indirects, vérifiables, retirés du contrat et qui n'auraient, *a priori*, pas existé en son absence et l'existence d'options de sortie des parties réalistes et effectives.

les juges y sont pourtant opposés (I). Par ailleurs, une fois le déséquilibre contractuel significatif constaté, nous verrons qu'en pratique, les juges entendent procéder à sa sanction sans vérifier préalablement ses effets (II). La pratique de déséquilibre significatif est sanctionnée *per se*. Pourtant, le déséquilibre contractuel est un fait plutôt commun dans les relations commerciales car il est difficile, en pratique, de parvenir spontanément à un partage parfaitement équitable entre les parties. C'est pourquoi, l'analyse juridique entend sanctionner le déséquilibre contractuel lorsqu'il est significatif. Nous verrons que cette démonstration est, toutefois, rarement effectuée par les juges. Par ailleurs, si le déséquilibre contractuel est plutôt commun, son existence ne conduit pas nécessairement à des effets nocifs importants pour les parties et l'économie. Certains déséquilibres contractuels peuvent même avoir des effets positifs. Il nous apparaît nécessaire de ne pas jeter l'opprobre sur l'existence d'un déséquilibre contractuel sans s'être assuré au préalable qu'il traduit un abus réel, en étant significatif, et en produisant des effets nocifs. Il convient de prendre en compte les effets des pratiques pour analyser le déséquilibre contractuel significatif et pour justifier d'une sanction. Nous proposons alors de modifier l'analyse juridique en intégrant la prise en compte des effets des pratiques (III).

I. Pour procéder à une analyse efficace, l'analyse économique recommande de prendre en compte les effets des pratiques

261. *L'importance de la prise en compte des effets des pratiques en économie.* Plusieurs courants s'opposent sur la prise en compte des effets des pratiques, en droit de la concurrence, pour les qualifier de déloyales ou non. Par exemple, l'approche structuraliste, dite École de Harvard, y est défavorable¹³²⁸ et l'École de Chicago y est favorable¹³²⁹. Pour autant, le Professeur L. BENZONI retient notamment le « *soutien de nombre d'économistes à la règle de l'effet (rule of reason)* » puisque « *un comportement sur un marché n'est pas bon ou mauvais en soi, il n'est pas loyal ou déloyal en soi, seul son effet sur le fonctionnement du marché permet de le qualifier comme souhaitable ou indésirable* »¹³³⁰. En matière juridique, la règle de raison, fondée sur l'analyse des effets, s'oppose à l'illégalité *per se*, soit l'interdiction absolue et automatique de certaines pratiques jugées en elles-mêmes condamnables. Elle invite à mettre en balance les aspects pro-concurrentiels et anticoncurrentiels d'une pratique commerciale restrictive lorsque les juridictions ou autorités compétentes ont à statuer sur sa possible interdiction. Les économistes, s'inspirant de cette règle, préconisent de rechercher les effets des pratiques pour déterminer si elles sont finalement plus profitables à l'économie et ne justifient

¹³²⁸ F. MARTY, « Politiques européennes de concurrence et économie sociale de marché OFCE », *Document de travail de l'OFCE*, n° 2010-30, novembre 2010, nbdp 51 : « Les efforts de l'Antitrust devaient porter sur la préservation de structure de marchés dépourvues de situation de dominance. Il s'ensuivait une approche très interventionniste – caractéristique de l'Antitrust américain jusqu'aux années soixante-dix – et reposant sur des interdictions *per se* de certaines pratiques dès lors qu'elles étaient le fait d'entreprises détentrices de fortes parts de marché. ».

¹³²⁹ F. MARTY, « Politiques européennes de concurrence et économie sociale de marché OFCE », *ibid.*, p. 20-21 : « L'approche de Chicago conduit à déplacer l'accent de la structure de marché vers les incitations qui s'exercent sur les firmes. Elle montre que si une entreprise acquiert un pouvoir de marché et extrait la rente produite par ses investissements – même en pratiquant des prix de monopole – cela profitera à tous et sera de toute façon réglé par le marché dans la mesure où sa position sera inexorablement contestée. ».

¹³³⁰ L. BENZONI, « Loyauté de la concurrence et économie : une perspective historique », colloque n° 66, novembre 2017, *Lamy de la concurrence*, p. 7.

pas une sanction¹³³¹. Ainsi, nous comprenons que la recherche de comportements déloyaux, devant être sanctionnés, ne se traduit pas seulement par la recherche de comportements *a priori* condamnables, en concurrence pure et parfaite, mais également dont les effets s'avèrent nocifs pour les parties (A) et le marché (B). En effet, l'appréciation de l'abus doit tendre de plus en plus vers une analyse réaliste des comportements des acteurs économiques sur le marché, ce qui implique une analyse fondée sur les effets des pratiques¹³³².

A. La nécessité de prendre en compte les effets des pratiques sur les parties

262. *La prise en compte des effets des pratiques doit se faire au niveau des parties.* Nous verrons que l'analyse de l'équilibre contractuel doit tenir compte des effets des pratiques sur les parties (a). Il en va de même de la justification d'une sanction (b).

a) *L'analyse de l'équilibre contractuel doit tenir compte des effets des pratiques sur les parties*

263. *La nécessité de prendre en compte les effets du contrat sur les parties.* L'analyse économique déclare un contrat équilibré, car efficace, lorsqu'il conduit à un surplus individuel pour chaque partie. Pour calculer le surplus individuel de chaque partie, l'analyse économique tient notamment compte des gains, à travers l'analyse des bénéfices et des pertes retirés directement et indirectement du contrat, il s'agit bien d'étudier les effets du contrat. Ainsi, lorsque le contrat est effectivement mis en œuvre par les parties, il produit des effets sur ces dernières puisqu'elles en retirent alors des bénéfices ou des pertes. L'effet étant alors entendu comme la conséquence, le résultat, de la conclusion et de l'exécution du contrat pour les parties¹³³³. Le contrat litigieux est bien la cause des gains obtenus par les parties que ce soit directement *via* la mise en œuvre des clauses et indirectement *via* son utilisation comme moyen pour obtenir d'autres contrats. L'analyse des effets du contrat, lorsqu'elle conduit à établir les bénéfices et pertes, directs et indirects, participe notamment à l'appréciation de la rentabilité finale de l'opération contractuelle¹³³⁴. Il s'agit de s'intéresser concrètement à l'impact du contrat, y compris ses clauses, sur les parties pour déterminer s'ils sont réellement à l'avantage de l'une d'elles et au détriment de l'autre.

¹³³¹ Le droit admet également, en matière de pratiques anticoncurrentielles, la mise en œuvre d'une analyse des effets, dans certaines situations, s'opposant ainsi à une sanction automatique en raison de l'objet des pratiques. En l'espèce, la référence aux effets par les économistes n'est pas totalement transposable à ces mécanismes.

¹³³² V. en ce s. L. BENZONI, « Loyauté de la concurrence et économie : une perspective historique », colloque n° 66, novembre 2017, *Lamy de la concurrence*, p. 7 : « La notion de la loyauté de la concurrence renvoie désormais en économie à un catalogue de comportements à respecter, un catalogue qui s'épaissit au fur et à mesure que la théorie économique progresse et se rapproche de la réalité des marchés, donc quelque part se rapproche du droit qui, pour sa part, est constamment confronté à cette réalité des marchés et aux comportements réels et non pas normatifs des acteurs. ».

¹³³³ Dictionnaire en ligne, Le Petit Robert ; Dictionnaire en ligne, Larousse.

¹³³⁴ M. BEHAR-TOUCHAIS, « La nécessité de tenir compte de la rentabilité du contrat dans l'analyse du déséquilibre significatif ou de la disproportion », *op. cit.* ; Commission ad hoc présidée par M. NUSSENBAUM, « Le contrôle judiciaire du prix », Rapport du club des juristes, octobre 2021, p. 81-86.

Or, si les effets du contrat, à travers ses gains directs et indirects, sont anticipés au jour des négociations du contrat par les parties pour motiver sa conclusion, ils se réalisent, en principe, au cours de son exécution. Il s'agit de suppositions au jour de la conclusion du contrat, soit des gains attendus, puisque le contrat n'a pas été mis en œuvre et ils deviennent, en principe, une réalité économique à compter de son exécution, soit des gains réels. Le Code de commerce admet pourtant, en matière de déséquilibre significatif, l'analyse de la pratique aux différents stades du contrat ce qui signifie qu'elle peut être limitée aux seuls stades de sa négociation ou de sa conclusion, bien qu'il admette également qu'elle puisse être effectuée au stade de son exécution. Le contenu contractuel, soit un ensemble de clauses comprenant des droits et obligations, n'est qu'un enchaînement de mots, sans effets, dès lors que le contrat n'est pas appliqué. Se limiter à une analyse du contenu contractuel, de manière statique donc indépendamment de sa mise en œuvre pratique, ne permet pas d'apprécier efficacement son fonctionnement¹³³⁵. Une partie signe le contrat dans la perspective des effets qu'il va produire lorsqu'il sera exécuté.

Ainsi, la recherche d'un comportement déloyal traduisant un partage inéquitable, c'est-à-dire qu'une partie forte utilise le contrat litigieux pour s'avantager démesurément au détriment de son partenaire plus faible, impliquerait de vérifier concrètement l'existence et l'ampleur de cet avantage à travers une analyse réaliste des effets du contrat sur ces parties. Refuser de prendre en compte les effets réels ne conduira qu'à une analyse biaisée de l'avantage et donc finalement de l'équilibre contractuel.

264. *La nécessité de prendre en compte les effets des clauses sur les parties.* Pour l'analyse du surplus individuel, l'économiste tient compte de l'ensemble des gains, tirés du contrat pris dans sa globalité, il ne s'intéresse pas à certaines clauses en particulier. On distingue alors les effets des clauses, objets du litige juridique et prises en elles-mêmes, et les effets du contrat, pris dans son ensemble. Lorsqu'on s'intéresse à une clause en particulier, y compris sous l'angle de l'équité, on s'intéresse, en principe, à son fonctionnement ce qui implique, selon nous, de tenir compte de ses effets.

Prenons l'exemple d'une clause de participation aux frais de publicité du produit imposée à un fournisseur, alors que la publicité du produit est réalisée uniquement par le distributeur, en y apposant seulement sa marque, en gérant seul la mise en avant du produit et sans référence expresse au fournisseur. Cette clause pourrait être sanctionnée au sens juridique puisque *a priori* le distributeur serait le seul à en tirer les bénéfices car seule sa marque est mentionnée et devrait donc en supporter seul le prix¹³³⁶. Pourtant, cette publicité, même effectuée par le distributeur, peut permettre au fournisseur de voir ses ventes augmenter, auprès du distributeur

¹³³⁵ Si le contenu prévu explicitement dans le contrat a son importance puisqu'il est à l'origine de certains effets, l'ensemble des effets économiques du contrat ne sont pas nécessairement prévus dans le corps du texte.

¹³³⁶ Tribunal de commerce de Paris, 23 novembre 2015, n° 2014049786 ; v. par opp. : Cass. com., 5 juillet 2017, n° 16-12.836 : « Qu'après avoir relevé qu'un projet de protocole prévoyait une participation de 150 000 euros à la charge de la société MEH et que cette participation financière était en lien avec un projet de campagne publicitaire extraordinaire qui ne relevait pas de la promotion visée à l'article 10 du contrat originaire, dont la société Castorama assumait la charge, l'arrêt en déduit que cette dernière était en droit de réclamer à son partenaire de participer à une publicité faite à son profit. ».

mais également auprès de concurrents du distributeur qui vendent un produit identique, en raison de l'attrait de la clientèle pour son produit et non pour le distributeur en question¹³³⁷. La publicité ne bénéficie pas uniquement au distributeur qui l'a réalisée, car elle a également permis la promotion du produit du fournisseur, y compris chez ses concurrents, et justifie donc sa participation aux frais. Il ne s'agit pas d'analyser de manière quantitative le bénéfice que le fournisseur a pu en retirer mais plutôt de prendre conscience du fonctionnement réel de cette clause. Elle ne saurait conduire à une dépense unilatérale, de la part du distributeur, puisque l'analyse des effets réels de cette clause permet de déterminer qu'elle fonctionne à l'avantage des deux parties.

Analyser de manière concrète et réaliste une clause implique de s'intéresser à son fonctionnement et donc aux effets de sa mise en œuvre, il ne s'agit pas uniquement de regarder son contenu textuel, de manière statique, pour voir si elle est habituelle, justifiée, proportionnée, réciproque ou encore si elle prévoit une contrepartie adaptée. Ces critères, appliqués uniquement au texte de la clause, sont insuffisants pour en apprécier l'équilibre réel entre les parties. En effet, pour vérifier qu'une partie forte s'est approprié un avantage contractuel, au détriment de la partie faible, il convient de s'assurer qu'elle retire bien un avantage en pratique, en pénalisant son partenaire, ce qui implique également de regarder les effets réels que produit la clause litigieuse sur chaque partie. Une appréciation qui se veut réaliste ne peut se faire en limitant son analyse au contenu textuel, sous l'angle de certains critères d'équité développés par les juges, sans tenir compte de sa mise en œuvre et de ses conséquences réelles sur les parties.

b) La justification d'une sanction implique également de tenir compte des effets des pratiques sur les parties

265. *Un contrat déséquilibré, car inéquitable, devrait avantager plus une partie que l'autre.* Lorsqu'un contrat est dit déséquilibré, au sens juridique, il est dit inéquitable. En effet, cette iniquité réside dans l'abus d'une partie forte qui cherche à s'avantager contractuellement au détriment de son partenaire réputé plus faible. Si la partie forte, le défendeur, ne parvient pas à démontrer l'existence d'une compensation contractuelle au profit de la partie faible, alors le contrat est déclaré plus avantageux pour une partie que pour l'autre. Ce déséquilibre contractuel serait dû à un déséquilibre dans les pouvoirs de négociation. En effet, le contenu contractuel ne serait pas représentatif de la volonté réelle de la partie faible puisque cette dernière a été limitée dans l'expression de ses souhaits du fait du pouvoir de négociation plus important de son partenaire. En ce sens, elle subirait un préjudice. Le cocontractant puissant aurait alors agi de manière déloyale puisqu'il n'aurait pas permis à l'autre partie d'exprimer l'ensemble de ses souhaits lors du partage contractuel. La partie faible a, certes conclu le contrat litigieux, mais il n'est pas exactement à l'image de ce qu'elle souhaitait. Les économistes admettent la sanction des comportements déloyaux des acteurs économiques dans les relations commerciales puisque ces comportements pourraient porter atteinte au bon fonctionnement du marché. La loyauté

¹³³⁷ Par exemple, si le produit en question bénéficie d'une forte réputation auprès des consommateurs, et ce, quel que soit le distributeur qui le propose.

étant considérée comme une valeur fondamentale garantissant le bien-être des acteurs économiques. Pour autant, les économistes entendent procéder à une analyse globale avant de se prononcer sur une sanction. La seule démonstration d'un comportement déloyal d'une partie envers l'autre conduisant à un partage inéquitable du contrat entre elles ne saurait suffire pour justifier d'une sanction. Ils tiennent compte des effets réels produits par ce déséquilibre contractuel pour étudier l'utilité et l'efficacité d'une sanction¹³³⁸. Or, nous verrons que l'analyse juridique, en matière de déséquilibre significatif, tient également compte de ces effets mais uniquement pour quantifier la sanction et non pour vérifier sa justification.

266. *Les économistes entendent privilégier le maintien d'une relation contractuelle, même inéquitable, dès lors qu'elle est efficace.* Lorsqu'un déséquilibre contractuel est constaté en présence d'un partage inéquitable, puisqu'une partie forte s'est avvantagée de manière démesurée au détriment de la partie faible, ce déséquilibre atteste néanmoins que chaque partie a obtenu un surplus économique¹³³⁹. Puisqu'en économie, l'existence d'un contrat permet, en principe¹³⁴⁰, de démontrer que les parties se trouvent chacune dans une meilleure situation qu'en son absence car elles obtiennent un surplus individuel. C'est-à-dire que les gains découlant du contrat sont à minima égaux et au mieux supérieurs à ceux de leur option de sortie (en cas de non conclusion du contrat litigieux). Ainsi, si le partage contractuel apparaît inéquitable, puisque la partie forte est plus avvantagée que la partie faible, il convient néanmoins de tenir compte de l'existence d'un surplus individuel, même faible, au profit de la partie faible. Ainsi, il peut être inefficace, au sens économique, de sanctionner un contrat qui s'avère, certes inéquitable, mais qui reste avantageux pour les deux parties¹³⁴¹.

Par ailleurs, dans une démarche globale, les économistes analysent également les effets des pratiques sur le marché afin de déterminer l'utilité d'une telle sanction. Les effets du contrat, et donc de ses clauses, ne se limitent pas aux seules parties, ils concernent le marché dans lequel ils sont produits et dans lequel ils sont utilisés.

B. La nécessité de prendre en compte les effets des pratiques sur le marché

267. *La nécessité de prendre en compte les effets des pratiques sur le marché.* Les effets du contrat et ses clauses ne se limitent pas aux parties cocontractantes puisque le contrat est conclu dans un contexte économique, soit au sein d'un marché. Rappelons que le contrat est généralement un moyen pour les entreprises cherchant à se maintenir ou à accroître leur place sur le marché. L'analyse des effets peut donc être faite au regard du marché à travers l'impact sur les concurrents, les partenaires commerciaux et les consommateurs. Contrairement à la pratique récurrente des juges en matière de déséquilibre significatif, les économistes ne font pas

¹³³⁸ Ref. th. §239 et s.

¹³³⁹ O. FAVEREAU, P. PICARD, « L'approche économique des contrats : unité ou diversité ? », *Sociologie du travail*, 38^e année, n°4, octobre-décembre 1996. *Contrats et pratiques contractuelles. Approches pluridisciplinaires*, p. 448-457. N. DELORD, *Puissance d'achat et concurrence dans la grande distribution*, Th., Université Nancy 2, 2007, p.99 et s.

¹³⁴⁰ Notamment, hors cas de violence et asymétrie d'information.

¹³⁴¹ É. BROUSSEAU, « L'Économiste, le Juriste et le Contrat », *op. cit.*, p. 9.

abstraction de l'environnement dans lequel se produisent les comportements contractuels étudiés. Ils estiment que le contrat et le marché où il est utilisé sont liés. L'analyse du fonctionnement du contrat litigieux et la justification d'une éventuelle sanction devraient donc en tenir compte. En effet, un déséquilibre contractuel, avantageant une partie au détriment d'une ou plusieurs autres, peut avoir des effets nocifs voire conduire à un déséquilibre sur le marché. Or, ses effets peuvent également s'avérer positifs (a). Ainsi, l'analyse de l'équilibre du contrat ne laisse pas nécessairement présager de l'impact positif ou négatif de cette pratique sur le marché (b). Si nous développerons de manière plus détaillée dans la Partie II les contours d'une sanction efficace au sens économique, les démonstrations qui vont suivre permettent de mettre en évidence la réticence des économistes à condamner des pratiques contractuelles, y compris lorsqu'elles sont déloyales, dès lors qu'elles sont tout de même profitables aux parties et qu'elles ne portent pas atteinte à l'économie.

a) *Un déséquilibre contractuel peut avoir des effets positifs et/ou négatifs sur le marché*

268. *Des économistes retiennent qu'un déséquilibre contractuel peut avoir des effets positifs et/ou négatifs sur le marché. À ce sujet, les économistes L. BENZONI et P.-Y. DEBOUDE retiennent que « si les contrats bilatéraux altèrent l'intérêt collectif par l'effet cumulatif de clauses récurrentes et systématiques en engendrant l'éviction d'acteurs efficaces, la réduction de la diversité de l'offre, des freins aux possibilités d'entrée, d'innovation, de lancement ou de pérennité de bons produits, etc., ils posent problème sur le plan économique. Ces clauses contractuelles aux effets indésirables peuvent être considérées comme économiquement abusives »*¹³⁴². L'existence d'un déséquilibre contractuel significatif, à l'avantage d'une partie et au détriment d'une autre¹³⁴³, peut donc impacter le bien-être des consommateurs¹³⁴⁴. Ces pratiques contractuelles déloyales peuvent également entraver et limiter la concurrence en limitant les possibilités d'entrée sur le marché et/ou en facilitant la sortie d'acteurs économiques parmi lesquels se trouvait la partie faible au contrat subissant le déséquilibre. Ces pratiques peuvent également avoir des effets nocifs sur des contrats signés avec d'autres partenaires commerciaux notamment à travers l'effet, déjà mentionné, du « matelas d'eau » qui vise à transférer la perte résultant du contrat litigieux en s'avantageant

¹³⁴² L. BENZONI, P.Y. DEBOUDE, *Du déséquilibre significatif dans les relations entre partenaires commerciaux à la puissance d'achat : une perspective économique*, 13 janvier 2015, dispo. sur le site <https://www.teraconsultants.fr>, p. 3.

¹³⁴³ Notons que nous préférons limiter l'analyse de l'équilibre contractuel aux effets concernant uniquement les parties, puisque l'expertise économique que nous utilisons doit s'adapter aux exigences juridiques pour être appliquée par les juges. En l'occurrence, le droit analyse l'existence d'un déséquilibre qu'à travers les droits et obligations des parties au contrat. Dès lors, l'existence d'un déséquilibre contractuel ne saurait se déduire d'effets extérieurs au contrat, notamment sur le marché, et qui ne concernent pas directement les parties. C'est pourquoi, nous souhaitons que les effets sur les concurrents, les partenaires commerciaux et les consommateurs soient des effets pris en compte uniquement au stade de la justification d'une sanction d'un déséquilibre contractuel et non lors de l'appréciation de l'équilibre contractuel entre les parties.

¹³⁴⁴ B. DEFFAINS, « Quelles analyses économiques du droit de la distribution ? Approche normative », in *Le droit de la distribution en France et en Europe*, colloque en ligne de la revue *Le Concurrentialiste*, publié le 16 février 2013.

auprès d'un autre partenaire¹³⁴⁵. Ces effets peuvent découler de l'existence de pratiques contractuelles récurrentes et systématiques, mais pas nécessairement, concernant deux ou plusieurs acteurs.

A contrario, des effets positifs pourraient également être invoqués. Par exemple, un déséquilibre contractuel suffisamment significatif, au détriment de la partie faible, peut être efficace s'il conduit à éliminer les concurrents les moins efficaces. Un déséquilibre contractuel significatif conduisant la partie faible à supporter des frais injustifiés, accepter des avantages, notamment financiers comme des remises, des taux de commission ou des délais de paiement¹³⁴⁶, disproportionnés, unilatéraux ou sans contrepartie au profit de la partie forte, pourrait, notamment lorsqu'ils s'accumulent, entraîner sa disparition du marché en raison des pertes économiques importantes qu'elle a subies et l'impact sur sa trésorerie. Ce déséquilibre contractuel permettrait d'exclure du marché un acteur qui n'a pas la capacité à y rester¹³⁴⁷. Ainsi, seuls les concurrents, qui parviendraient à négocier de manière plus effective le contrat à leur avantage, se maintiendraient sur le marché. Un autre effet positif serait de conduire à un transfert de l'avantage perçu aux consommateurs, par exemple *via* des remises, ou bien, de favoriser l'innovation et la qualité des produits, ou encore de permettre d'accroître la valeur ajoutée totale du contrat entre les parties¹³⁴⁸.

b) *L'appréciation de l'équilibre du contrat ne présage pas nécessairement des effets sur le marché*

269. *Un contrat déséquilibré, car inéquitable pour les parties, n'est pas nécessairement nocif pour le marché et inversement.* Un contrat équilibré car équitable pour les parties, n'est pas nécessairement efficace pour le marché. Par exemple, contraindre la partie forte à agir de manière loyale, en acceptant une répartition équitable du contrat soit en consentant à des droits ou obligations qu'elle n'aurait en principe pas acceptés, peut l'amener en contrepartie, à réduire ses investissements notamment en freinant l'innovation, en réduisant la qualité de ses services ou produits ou bien, la conduire à un transfert des pertes financières subies, sur les consommateurs par une augmentation des prix ou sur d'autres partenaires

¹³⁴⁵ L. BENZONI, P.Y. DEBOUDE, *Du déséquilibre significatif dans les relations entre partenaires commerciaux à la puissance d'achat : une perspective économique*, 13 janvier 2015, dispo. sur le site <https://www.teraconsultants.fr>, p. 18. À ce sujet, les auteurs retiennent que « si un producteur accepte des conditions contractuelles défavorables face à un distributeur disposant d'un fort pouvoir de négociation, il va tenter de se rattraper sur un autre contrat signé avec un autre distributeur qui disposera d'un moindre pouvoir de négociation. [...] L'effet *waterbed* est alors pointé comme facteur de renforcement de la concentration dans la distribution qui ne résulterait pas directement d'une concurrence par les mérites ».

¹³⁴⁶ Par ex. CA Paris, 20 novembre 2013, n°12/04791.

¹³⁴⁷ J.P. GAYANT, « 7. L'offre de la firme en contexte de concurrence pure et parfaite », *Microéconomie*, sous la direction de Gayant Jean-Pascal, Dunod, 2019, p. 167-184, §22. L. BENZONI, P.Y. DEBOUDE, *Du déséquilibre significatif dans les relations entre partenaires commerciaux à la puissance d'achat : une perspective économique*, 13 janvier 2015, dispo. sur le site <https://www.teraconsultants.fr>, p. 15.

¹³⁴⁸ Lorsque les allocations pour chaque partie maximisent la « taille du gâteau », c'est-à-dire la valeur ajoutée du contrat, elles sont dites optimales. Ainsi, même déséquilibré, le contrat signé entre les parties peut offrir une valeur économique plus importante pour chacune d'elles plutôt qu'en suivant l'équilibre contractuel, entendu comme équitable, voulu par le juge. La limitation dans l'expression des négociations peut conduire à un contrat dont la valeur économique n'est pas maximisée donc non optimale.

commerciaux. Par ailleurs, un contrat équilibré peut modifier le niveau de concurrence notamment en renforçant la position sur le marché d'un cocontractant, y compris la partie faible, voire même offrir une position dominante. De même, un contrat déséquilibré n'est pas nécessairement nocif pour le marché. Des effets positifs, comme ceux mentionnés *supra*, pourraient être constatés.

En l'absence de nocivité pour le marché, la sanction prononcée ne serait pas efficace et pourrait même avoir des effets regrettables. En pratique, contrat et marché, ne peuvent être déconnectés puisqu'ils fonctionnent ensemble¹³⁴⁹. Ainsi, la réglementation des comportements contractuels des acteurs économiques devrait reposer sur une analyse globale pour être réellement efficace. En ce sens, les économistes L. BENZONI et P.-Y. DEBOUDE jugent que : « *c'est ainsi plus au regard des effets de ces contrats sur les équilibres concurrentiels et les marchés, donc par leur impact au-delà de leurs seules conséquences immédiates et directes pour les parties contractantes impliquées, que l'analyse économique peut apporter une contribution utile à la notion de « déséquilibre significatif »* »¹³⁵⁰. En effet, des échanges contractuels déséquilibrés, car inéquitables, mais ayant des avantages économiques à plus grande échelle, pourraient être maintenus plutôt qu'un équilibre contractuel produisant des effets négatifs pour le marché¹³⁵¹.

270. *Conclusion.* Pour procéder à une analyse efficace des relations contractuelles, les économistes recommandent de prendre en compte les effets des pratiques. La prise en compte des effets des pratiques doit être faite au niveau des parties directement concernées : en l'espèce, les cocontractants. Pour déterminer concrètement l'équilibre contractuel entre les parties, il faut donc vérifier si une partie s'est, contractuellement, avatagée de manière démesurée au détriment de son partenaire. L'appréciation de l'avantage peut être effectuée juridiquement à travers le contenu contractuel et/ou économiquement à travers les effets du contrat (les gains directs et indirects des parties). Or, le seul contenu contractuel, s'il n'est pas mis en œuvre en pratique, n'a pas d'importance réelle pour les parties puisque le contrat n'a alors aucune utilité économique. C'est bien les effets du contrat qui sont recherchés par les parties lors des négociations car ils permettront de connaître l'intérêt qu'elles ont à le signer. Cette appréciation peut être également faite au niveau des clauses litigieuses. Rappelons que le déséquilibre d'une ou plusieurs clauses n'entraîne pas nécessairement le déséquilibre du contrat. Par ailleurs, outre son utilité pour apprécier correctement l'équilibre contractuel, l'étude des effets permet également d'apprécier la justification d'une sanction. Certes, l'analyse économique reconnaît l'importance de favoriser la loyauté dans les relations commerciales,

¹³⁴⁹ Le marché, comme lieu de rencontre entre l'offre et la demande de biens et services, est le lieu où s'effectuent des transactions.

¹³⁵⁰ L. BENZONI, P.Y. DEBOUDE, *Du déséquilibre significatif dans les relations entre partenaires commerciaux à la puissance d'achat : une perspective économique*, 13 janvier 2015, dispo. sur le site <https://www.teraconsultants.fr>, p. 3.

¹³⁵¹ En ce s., C. GAMEL, *Justice de résultat : De « l'économie du bien-être » à « l'égalitarisme libéral »*, Document de travail, 2010, p. 5. Citant le philosophe Rawls, il retient qu'« avant de partager les richesses, il faut d'abord les produire et la fonction des inégalités économiques et sociales est de stimuler l'ardeur des plus productifs, sans lesquels il n'y aurait que peu à partager : le plus défavorisé sera mieux loti dans une économie riche mais inégalitaire (parce qu'inégalitaire, pourrait-on même dire) sur le plan des revenus et des richesses, que dans une économie trop égalitaire, mais de ce fait plus pauvre, car ayant cassé ou abîmé le ressort de l'incitation à produire ».

mais son absence ne doit pas nécessairement conduire à une sanction. En effet, des économistes tiennent compte notamment des effets réels produits par un déséquilibre contractuel sur les parties pour étudier l'utilité et l'efficacité d'une telle sanction. Rappelons qu'en économie, un partage contractuel, même inéquitable reste, en principe, efficace puisqu'il confère une utilité économique pour chaque partie, plus intéressante que leur option de sortie. Par ailleurs, les effets du contrat, et donc de ses clauses, concernent également le marché dans lequel ils sont utilisés. Contrairement au droit des pratiques restrictives de concurrence, les économistes ne font pas abstraction de l'environnement dans lequel se produisent les comportements contractuels étudiés. Si un contrat déséquilibré reste avantageux pour les deux parties, tel n'est pas nécessairement le cas des autres acteurs sur le marché. *A contrario*, un déséquilibre contractuel peut, finalement, être bénéfique pour les consommateurs, et/ou les partenaires commerciaux, et/ou la concurrence. Ainsi, l'analyse de l'équilibre du contrat ne conditionne pas, nécessairement, l'impact positif ou négatif de cette pratique sur le marché. Certains économistes préfèrent maintenir un contrat déséquilibré, puisque inéquitable au détriment d'une partie, mais ayant des avantages économiques à plus grande échelle, plutôt qu'un équilibre contractuel produisant des effets négatifs pour le marché. C'est pourquoi, l'analyse économique ne se limite pas à une analyse des seuls effets des pratiques sur les parties pour apprécier l'utilité d'une sanction, elle procède à une analyse globale en incluant le marché et ses acteurs.

II. La nécessité de prendre en compte les effets des pratiques dans l'analyse juridique

271. *Les juges s'opposent à une prise en compte des effets des pratiques.* En l'absence de précision textuelle, les juges rejettent la prise en compte des effets des pratiques pour établir la Pratique conduisant ainsi à une analyse biaisée du déséquilibre significatif (A). Nous estimons, pour autant, que l'analyse juridique du déséquilibre significatif devrait conduire les juges à prendre en compte les effets des pratiques (B).

A. Les juges rejettent la prise en compte des effets des pratiques conduisant à une analyse biaisée du déséquilibre significatif

272. *Une analyse juridique excluant la prise en compte des effets de la pratique.* En raison de l'absence de précision dans le Code de commerce (a), les juges se sont refusés à rechercher et prendre en compte les effets des pratiques, ce qui conduit à une analyse biaisée du déséquilibre significatif (b).

a) *L'absence de précision dans le Code de commerce*

273. *L'absence de précision du texte commercial sur les effets.* Le texte du droit de la consommation a le mérite de préciser, en matière de déséquilibre significatif, que : « *sont abusives les clauses qui* » - est toute l'importance vient du choix des mots suivants - « *ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ». En réalité, c'est bien cette référence à « *ont*

pour objet ou pour effet » qui justifie que le juge consumériste puisse se limiter au contenu jugé abusif de la clause sans en rechercher les effets réels, à savoir la démonstration réelle d'un déséquilibre significatif dans la relation contractuelle¹³⁵². Cette précision n'est pas faite dans le Code de commerce, du moins en matière de pratiques restrictives de concurrence et plus précisément de déséquilibre significatif contrairement au droit des pratiques anticoncurrentielles¹³⁵³, car il se contente de faire référence à une sanction « *des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ». De telles divergences entre le Code de la consommation et le Code de commerce, en matière de déséquilibre significatif, démontrent le manque cruel de précisions de ce dernier et la grande liberté octroyée aux juges pour apporter plus de clarté. Néanmoins, nous verrons que cette liberté pourrait être utilisée à bon escient pour intégrer les effets des pratiques dans l'analyse juridique.

b) *Le refus des juges de rechercher et prendre en compte les effets des pratiques conduit à une analyse biaisée*

274. *La création de présomptions en pratique ne permet pas une analyse réaliste.* Les juges ont décidé, en pratique, de procéder à une analyse fondée sur l'objet des clauses litigieuses, alors réputées créer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations au détriment de celui qui y a été soumis, sans en vérifier la réalité concrète. Or, le déséquilibre de certaines clauses doit être distingué du déséquilibre de l'entier contrat, le premier n'impliquant pas nécessairement le second. Pourtant, il se dégage de la pratique de la jurisprudence en matière commerciale : deux présomptions. Bien que les juges ne qualifient pas ces méthodes d'analyse de présomptions, en pratique il s'agit bien de présumer l'existence d'un fait dont on ignore la véracité à partir d'un fait qu'ils jugent certain. C'est pourquoi, nous parlons présentement de « présomptions ». Ainsi, on constate les présomptions suivantes. D'une part, une (ou plusieurs) clauses litigieuses sont dites déséquilibrées lorsqu'en analysant uniquement leur contenu, elles ne remplissent pas les critères d'équité précités soit lorsqu'elles ne sont pas justifiées, proportionnées, réciproques ou sans contrepartie, quels que soient leurs effets réels. D'autre part, cette (ou ces) clauses déséquilibrées conduiraient inévitablement au déséquilibre significatif du contrat, pris dans son ensemble, en l'absence de preuve contraire par le défendeur.

275. *L'analyse problématique d'une tentative de soumission.* Cette analyse est d'autant plus problématique lorsqu'il s'agit de s'intéresser à la tentative de soumission à un

¹³⁵² J.B. GOUACHE, M. BEHAR-TOUCHAIS, *Point d'étape sur la notion de déséquilibre significatif*, Dossier thématique, dispo sur le site : <https://www.gouache.fr>, p. 3.

¹³⁵³ Par ex. Code com., art. L.420-1 : « 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, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à : 1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; 2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; 3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ; 4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement. ».

déséquilibre contractuel significatif¹³⁵⁴. L'analyse présomptive du juge va encore plus loin puisqu'une tentative est par nature une action qui a échoué¹³⁵⁵. Les juges présagent alors du déséquilibre contractuel significatif en envisageant que la demande litigieuse ait intégré le contrat sans que ce soit le cas. Une tentative de soumission laisse peu de place à une analyse sur les effets, même potentiels et futurs¹³⁵⁶, puisque par nature la demande litigieuse n'a jamais intégré le contrat et n'est donc pas susceptible d'être mise en œuvre et de produire des effets. Une telle appréciation a également peu de sens en économie. Rappelons que pour étudier l'équilibre contractuel, l'économiste préconise de prendre en compte les gains directs et indirects des parties, retirés du contrat, et leur option de sortie, il s'agit de leur surplus individuel. L'introduction de la demande litigieuse dans le contrat conduirait à un droit ou une obligation venant renforcer le gain d'une partie et diminuer celui d'une autre, par conséquent le surplus contractuel et donc l'équilibre contractuel pourrait être modifié en présence d'une telle clause. Néanmoins, puisqu'il s'agit d'une simple tentative, il convient de retenir que cette demande n'a, finalement, pas été introduite dans le contrat ou bien, qu'il n'y a pas eu signature du contrat. La détermination d'un déséquilibre contractuel, d'autant plus significatif, apparaît complexe en l'absence d'effets réels ou potentiels et en présence d'une clause qui n'existe pas et ce, d'autant plus en l'absence même de signature d'un contrat. En effet, tenir compte de cette demande litigieuse pour étudier l'équilibre contractuel reviendrait à fonder son analyse sur des suppositions de gains, à l'avantage d'une partie et au détriment de l'autre, sans certitude que le contrat aurait été maintenu en l'état s'il y avait eu soumission effective. Ainsi, la prise en compte des effets, nécessaire pour établir un déséquilibre contractuel significatif de manière réaliste, démontre l'inefficacité d'une sanction des tentatives de soumission.

276. *Une analyse judiciaire purement juridique.* Ainsi, bien que les juges prétendent se référer à la notion de « économie » de la relation, leur analyse est purement juridique¹³⁵⁷ et manifestement animée par une volonté d'éthique dans les relations plutôt que par la recherche d'une sanction économiquement efficace. Cette analyse juridique, limitée au contenu

¹³⁵⁴ CA Paris, 15 mars 2023, n°21/13227 ; CA Paris, 15 mars 2023, n°21/13481 ; CA Paris, 28 juin 2023, n°21/16174 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Du bon sens sur la tentative de soumission mais des œillères sur la puissance des grands fournisseurs », LEDICO 2023 n°05, p. 5.

¹³⁵⁵ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le nouveau déséquilibre significatif », *Revue des contrats*, 2019, n°04, p. 37, concernant C. com., art. L. 442-1, I, 2° issu de l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, portant réforme du Titre IV du Livre IV du Code de commerce.

¹³⁵⁶ Si on admet que cette demande pourrait faire l'objet d'une soumission effective à l'avenir.

¹³⁵⁷ Certaines exceptions, rares et discutables, pourraient ressortir de plusieurs décisions. Par ex. lorsque les juges analysent les avantages retirés par les parties du fait de la conclusion du contrat (TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625 ; TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123) ; par opp. : TC Paris, 23 novembre 2015, n°2014049786 : « Le juge n'est pas tenu de mesurer les effets précis ou concrets du déséquilibre identifié (Cass.com, 3 mars 2015) et que la sanction du déséquilibre s'applique d'ailleurs que les clauses litigieuses aient ou non été mises en œuvre (CA Paris 11 septembre 2013) ; Attendu que les données économiques et stratégiques dont la divulgation est demandée par APPLE sont des données extérieures aux droits et obligations des parties et étrangères à l'économie juridique du contrat ; Attendu qu'au regard des clauses visées dans l'assignation délivrée par le ministre de l'économie, il appartient à APPLE de procéder à une analyse nécessairement juridique des droits et obligations du contrat pour démontrer l'absence de déséquilibre significatif [...] Attendu que les données économiques et stratégiques dont la divulgation est demandée par APPLE sont des données extérieures aux droits et obligations des parties et étrangères à l'économie juridique du contrat et que les conséquences économiques sont indifférentes et notamment la rentabilité de l'iPhone ou la comparaison avec les contrats conclus par ORANGE et d'autres fabricants de terminaux mobiles. ».

contractuel, est purement biaisée et non représentative des enjeux économiques consubstantiels au contrat. Ils s'opposent à toute prise en compte des effets des pratiques, pour établir le déséquilibre significatif, rappelant régulièrement ce rejet dans leurs décisions¹³⁵⁸. En réalité, les juges sanctionnent des clauses qu'ils estiment déséquilibrées, à l'aide des critères d'équité précités, dès lors qu'elles sont (fortement) susceptibles de porter atteinte à l'équilibre contractuel et donc (fortement) susceptibles de porter préjudice à une partie ou à l'ordre public économique, sans le prouver par la démonstration des effets. Pourtant, deux exigences s'imposent aux juges en droit positif et devraient les conduire à prendre en compte les effets des pratiques. Il s'agit de la démonstration de la dimension significative du déséquilibre contractuel et l'exigence d'une atteinte à l'ordre public économique pour justifier l'action du ministre de l'Économie.

B. L'analyse juridique du déséquilibre significatif devrait pourtant conduire les juges à prendre en compte les effets des pratiques

277. *Le droit du déséquilibre significatif implique pourtant, par nature, une analyse des effets.* Tout d'abord, nous verrons que le Code de commerce impose l'existence d'un déséquilibre jugé significatif, ce qui conduit à rechercher les effets des pratiques (a). De même, l'action du ministre de l'Économie se justifie par une atteinte à l'ordre public économique ce qui implique de rechercher les effets des pratiques (b). Enfin, nous verrons, qu'en pratique, les juges pourraient admettre la prise en compte des effets (c).

a) *Le Code de commerce impose l'existence d'un déséquilibre jugé significatif ce qui conduit à rechercher les effets des pratiques*

278. *La nécessité de démontrer un déséquilibre contractuel qui est significatif implique de regarder les effets des pratiques.* Le texte du Code de commerce, dans sa nouvelle comme son ancienne version, exige que le déséquilibre dans les droits et obligations des parties soit significatif. Cette exigence constitue une limite importante pour établir une sanction¹³⁵⁹, comme ont pu le reconnaître les juges¹³⁶⁰. Quels sont donc les critères permettant d'établir la dimension significative ou non d'un déséquilibre contractuel ?

Tout d'abord, nous constatons que la démonstration d'une portée significative du déséquilibre fait l'objet de peu d'argumentations, en tant que telle, dans la jurisprudence¹³⁶¹. Les juges ne

¹³⁵⁸ CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 ; Cass. com., 3 mars 2015, n°14-10.907.

¹³⁵⁹ Y. UTZSCHNEIDER, A. LAMOTHE, « Que penser d'une règle de protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? », *RDC*, 2009, p. 1261 : « La seule limite posée au contrôle du juge réside dans le fait que seul un déséquilibre "significatif" pourra être sanctionné. [...] un déséquilibre mineur ou sans importance ne devrait pas donner lieu à sanction. Toute la difficulté résidera pour le juge à déterminer ce qui est "significatif" et ce qui ne l'est pas. ».

¹³⁶⁰ CA Paris, 1^{er} juillet 2015, n°13/19251 : « Des dispositions de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce qui sanctionne tout déséquilibre contractuel dès lors qu'il est significatif. ».

¹³⁶¹ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le contrôle de la lésion en droit commercial, avec l'interdiction de l'avantage disproportionné », *RDC*, déc. 2019, p. 41 : « On aurait peine à trouver dans la jurisprudence sur le

tiennent pas réellement compte de l'intensité du déséquilibre pour admettre la pratique¹³⁶². Ainsi, en pratique, l'existence d'une soumission ou sa tentative et d'un déséquilibre dans les droits et obligations apparaissent bien souvent suffisants. L'intensité du déséquilibre se dégage néanmoins de certains critères utilisés par les juges. En effet, le juge a pu rappeler, dans de rares cas, cette exigence. Par exemple, dans une affaire *Eurauchan*, la Cour d'appel a estimé que : « *Le déséquilibre devient significatif par la présence, dans le contrat unique, d'obligations injustifiées à la charge du fournisseur néfastes pour l'économie (et pour le consommateur) que l'action engagée par le Ministre sur les dispositions de l'article L 442-6 I 2° du Code de commerce essaie de corriger* »¹³⁶³. Cette analyse impliquerait la prise en compte des effets du déséquilibre contractuel jugés nocifs pour le marché. Toutefois, cette explication semble s'appliquer uniquement à la nature de l'action du ministre de l'Économie qui est de protéger l'ordre public économique. D'après les juges, la dimension significative du déséquilibre pourrait également découler d'un abus dans le partage contractuel, sans autre précision¹³⁶⁴.

Or, en utilisant l'adjectif « *significatif* », le législateur apportait une précision importante permettant d'exclure la sanction du seul déséquilibre contractuel. L'adjectif « *significatif* » renvoie à ce qui exprime clairement et nettement une chose¹³⁶⁵. Le partage contractuel, tel qu'étudié par les juges, doit démontrer clairement et nettement le déséquilibre entre les parties. Ce qui implique qu'une partie est donc nettement et clairement avantagée contractuellement au détriment de son partenaire. En effet, il peut exister des déséquilibres contractuels de différentes intensités, c'est-à-dire plus ou moins flagrants. Seuls ceux jugés significatifs seront sanctionnés. Rappelons qu'un déséquilibre contractuel est un fait plutôt commun dans les relations commerciales. C'est pourquoi, c'est seulement lorsqu'il devient manifeste, qu'il démontre un abus significatif dans la répartition des droits et obligations¹³⁶⁶. La partie, qui s'est considérablement avantagée au détriment de son partenaire, a agi de manière déloyale et a donc abusé de son pouvoir de négociation. La dimension significative résulte de l'intensité du déséquilibre contractuel entre les parties plutôt que de l'existence d'effets nocifs sur le marché.

déséquilibre « significatif » des décisions qui relèvent le déséquilibre, mais rejettent toute condamnation, parce qu'il ne serait pas significatif. ».

¹³⁶² Pour une exception : CA Paris, 19 décembre 2018, n°17/03922 : « Au regard du faible coût des 36 montures et du bénéfice à être membre du réseau Carte Blanche par l'augmentation de la clientèle qui en découle, et des services rendus par l'intimée aux membres du réseau, il n'est pas établi que ce déséquilibre dans les droits et obligations des parties soit significatif. ».

¹³⁶³ CA Paris, 11 septembre 2013, n°11/17941.

¹³⁶⁴ CA Lyon, 20 mars 2014, n°12/00427 : « Qu'en revanche, pour être prohibé le déséquilibre doit être significatif et force est de constater que Jean Luc T. ne caractérise pas, dans ses conclusions, ce caractère significatif, se contentant de critiquer en des termes vagues certaines clauses du contrat sans établir l'abus contractuel. ».

¹³⁶⁵ Dictionnaire en ligne Le Robert, significatif.

¹³⁶⁶ CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 : « Certaines clauses contractuelles peuvent être sanctionnées comme déséquilibrant de façon abusive la relation contractuelle. ». CA Paris, 16 mai 2018, n° 17/11187 : « Le fait d'imposer des réductions de prix [...] sans aucune contrepartie, bouleverse nécessairement de manière significative l'équilibre des droits et obligations des parties. [...] la réduction de prix sur deux des références de la société Bonduelle Conserve International sans aucune contrepartie constitue un abus manifeste de la part de la société Système U à l'égard de son fournisseur et a déséquilibré significativement les droits et obligations des parties. ».

Or, conformément aux recommandations des économistes, c'est en tenant compte des effets que les juges pourront : d'une part, déterminer si une partie s'est réellement avantagée au détriment de son partenaire, et d'autre part, vérifier si ce déséquilibre contractuel apparaît significatif. Il serait souhaitable que les juges apportent plus de précision et de démonstration dans la jurisprudence car la dimension significative du déséquilibre fait tout de même partie du texte de loi.

b) *L'action du ministre de l'Économie se justifie par une atteinte à l'ordre public économique ce qui implique de rechercher les effets des pratiques*

279. *La protection de l'ordre public économique implique de tenir compte des effets des pratiques.* Le Ministre s'est vu octroyer un droit d'action, notamment en matière de déséquilibre significatif, lui permettant d'agir au nom de l'État, afin de protéger, non pas des intérêts particuliers, mais bien l'intérêt général à travers le rétablissement ou le maintien de l'ordre public économique¹³⁶⁷. En effet, l'action du Ministre se distingue de celle des entreprises concernées par le litige, son action ne peut donc se substituer à ces dernières¹³⁶⁸. Lorsqu'il agit dans le cadre des pratiques commerciales déloyales, cette action est prévue par l'article L.442-4 nouveau (anciennement L.442-6, III) du Code de commerce. L'analyse de la jurisprudence démontre que les actions à l'origine du Ministre sont généralement plus détaillées que celles à l'origine des entreprises certainement au regard des effets des pratiques et plus particulièrement du fait de l'atteinte à l'ordre public économique.

Pourtant, le juge s'oppose, en pratique, à la recherche et à la prise en compte des effets des pratiques pour établir un déséquilibre significatif. Il rappelle notamment dans une affaire *Provera* que si le Ministre exerce une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence, il n'est pas nécessaire de démontrer un préjudice des fournisseurs, ni une atteinte au marché, pour prononcer une sanction¹³⁶⁹. Notons dans une affaire *Subway*, une position intéressante, notamment en raison de sa rareté, le juge retient que : « *L'amende civile, dont le Ministre demande qu'elle soit fixée à 2 millions €, a pour objet de réparer le trouble grave et manifeste porté en l'espèce à l'ordre public économique, les pratiques que le tribunal aura condamnées ont en effet pour objet ou pour effet l'élimination potentielle de*

¹³⁶⁷ Cass. com., 12 juillet 2011, n°11-40.029, sur une QPC rejetée ; CA Paris, 4 juillet 2013, n°12/07651 ; CA Paris, 20 novembre 2013, n°12/04791 ; Cass. com., 26 avril 2017, n°15-27.865 ; CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221 ; CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784 ; CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221 ; CA Paris, 12 juin 2019 / n°18/20323 ; Cass. com., 8 juillet 2020, n°17-31.536.

¹³⁶⁸ CA Paris, 11 septembre 2013, n°11/17941 ; CA Paris, 18 décembre 2013, n°12/00150 ; CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 ; CA Paris, 1^{er} juillet 2015, n°13/19251 : « Il résulte de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 442-6- III du code de commerce que tout partenaire commercial lésé par une pratique restrictive de concurrence peut agir devant la juridiction civile ou commerciale compétente pour faire annuler les clauses ou contrats illicites, obtenir la répétition de l'indu et le paiement de dommages intérêts, et ce même si le ministre engage une action en justice aux mêmes fins ; qu'en effet, l'action du ministre et celle des fournisseurs sont des actions autonomes, l'action du 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. ». V. égal. CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784 ; TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625.

¹³⁶⁹ CA Paris, 20 novembre 2013, n°12/04791.

partenaires commerciaux et la nuisance à leur investissement. Ce trouble crée une situation incompatible avec la liberté économique que tout acteur indépendant est en droit d'attendre dès lors qu'il évolue dans le cadre d'une économie de marché libre et concurrentielle. »¹³⁷⁰. En pratique, en principe, le juge admet que les effets des pratiques sur l'ordre public et le marché soient retenus au stade de la sanction, soit pour accentuer son montant si ces effets sont importants soit pour le réduire en l'absence d'effets ou d'effets mineurs¹³⁷¹, mais le juge se limite, bien souvent, à leur prétendue forte probabilité sans démontrer concrètement leur réalité¹³⁷². Certes, il n'apparaît pas nécessaire de démontrer l'existence d'une atteinte à la concurrence sur le marché puisqu'il s'agit d'une pratique restrictive de concurrence et non anticoncurrentielle¹³⁷³. En effet, les juges retiennent que puisque le législateur cherche à sanctionner le comportement déloyal d'une partie, à travers l'abus dans le partage contractuel¹³⁷⁴, la seule présence de clauses abusives, jugées créatrices d'un déséquilibre contractuel, suffit à justifier sa sanction¹³⁷⁵, sans avoir à démontrer concrètement des effets réels négatifs sur les parties et le marché¹³⁷⁶. Ce qui, comme nous l'avons vu, conduit à une présomption de déséquilibre contractuel entre les parties, nécessairement jugé nocif, facilitant considérablement la charge de la preuve¹³⁷⁷.

Par conséquent, pour justifier son action, le Ministre se fonde parfois sur les effets potentiels des pratiques et, à tout le moins, sur la démonstration d'une (tentative de) soumission à un déséquilibre significatif puisqu'elle impliquerait, par nature, une atteinte à l'ordre public

¹³⁷⁰ TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123.

¹³⁷¹ CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221 : « Compte tenu de l'importance des sociétés Bricorama sur le marché du bricolage, et du trouble à l'ordre public économique résultant de ces pratiques, il y a lieu de prononcer une amende civile. [...] Il convient par ailleurs de prendre en considération l'absence d'effets démontrés sur le marché. » CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323 : « La rémunération exigée par la société GEEPF au détriment de 50 % de ses cocontractants français, dans les conditions précitées pendant les années 2009 à 2012, a coûté plus de 18 millions d'euros aux fournisseurs français, chiffre non contesté utilement, qui ont été soumis à ces clauses, ce qui atteste l'effet conséquent de ces pratiques. », cet arrêt a néanmoins été cassé par Cass. com. 11 mai 2022, n°19-22.242 et v. en renvoi CA Paris, 7 juin 2023, n°22/19733. CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784, Expedia : « L'absence d'effets avérés des pratiques sur les prix aux consommateurs et sur la rentabilité des hôtels partenaires doit entraîner une réduction du montant de la sanction. » TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625 : « Le ministre [...] n'a pas été établi que ASE aurait usé intentionnellement d'une clause pour pénaliser un vendeur tiers concurrent et en retirer un profit. »

¹³⁷² Par exemple, CA Paris, 20 novembre 2013, n°12/04791 : « Les pratiques relatives aux délais de paiement et à la résiliation automatique [...] tendent nécessairement à obérer leur trésorerie. »

¹³⁷³ CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784.

¹³⁷⁴ CA Paris, 11 septembre 2013, n°11/17941 : « L'action du ministre a pour objet de faire maintenir ou de rétablir l'ordre public économique qui a été transgressé, que la loi lui donne mission de protéger les entreprises contre les pratiques défavorables que leur imposent les distributeurs. »

¹³⁷⁵ CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 : « C'est en raison du trouble causé à l'ordre public économique par l'introduction dans les contrats signés entre professionnels, de clauses créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties que le législateur est intervenu pour interdire ces clauses. » CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187 ; TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625.

¹³⁷⁶ CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784. Le juge admet une sanction en déclarant que : « Toutefois, l'absence d'effets avérés des pratiques sur les prix aux consommateurs et sur la rentabilité des hôtels partenaires doit entraîner une réduction du montant de la sanction. »

¹³⁷⁷ V. égal. L. GODARD, *Droits des pratiques anticoncurrentielles et des pratiques restrictives de concurrence*, Bruylant, 2021, §562.

économique¹³⁷⁸, ces dispositions étant jugées impératives et d'ordre public¹³⁷⁹. Or, dans une affaire *Eurelec*, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré que l'action du ministère ne relevait pas de la matière civile et commerciale au sens du droit européen en raison de ses prérogatives de puissance publique, jetant ainsi un doute quant à sa compétence extraterritoriale¹³⁸⁰. Par ailleurs, le législateur entend s'assurer que le droit français soit impératif en matière de pratiques restrictives de concurrence¹³⁸¹, ce qui soulève certaines inquiétudes du côté de la doctrine¹³⁸². Or, pour faire primer le droit français, le législateur entend s'appuyer sur le fait que de telles pratiques auraient des effets sur l'ordre public français. La prise en compte des effets, du moins ceux nocifs, produits par les entreprises sur le marché français serait alors retenue sans que les effets positifs soient pour autant mentionnés. Ainsi, si on pouvait estimer que les litiges entre personnes privées, puisqu'ils ne portent qu'une atteinte à leurs intérêts privés, sont exclusifs d'une atteinte à l'ordre public économique et d'une qualification de loi de police, les récentes évolutions législatives semblent nuancer cette analyse. Pourtant, les juges ont récemment retenu que l'article sur le déséquilibre significatif n'était pas une loi de police, sauf lorsque l'autorité publique est investie d'une mission de protection de l'ordre public économique¹³⁸³.

Rappelons qu'un déséquilibre contractuel n'entraîne pas nécessairement des effets nocifs pour les parties et le marché. Les juges ne sont pourtant pas démonstratifs, faisant parfois référence à une atteinte à l'ordre public économique, sans explication détaillée, ou bien à l'existence d'un gain obtenu par une partie¹³⁸⁴. Néanmoins, il est vrai que l'article du Code de commerce n'est pas suffisamment explicite sur la méthode d'analyse à adopter et laisse aux juges une importante marge de manœuvre. Pour autant, nous avons vu que la démonstration des effets nocifs des pratiques, même potentiels, apparaît nécessaire pour établir un déséquilibre

¹³⁷⁸ TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625.

¹³⁷⁹ TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625 ; Cass. com., 8 juillet 2020, n°17-31.536 : « L'article L. 442-6, I, 2 o et II, d) du code de commerce prévoit des dispositions impératives dont le respect est jugé crucial pour la préservation d'une certaine égalité des armes et loyauté entre partenaires économiques et qui s'avèrent donc indispensables pour l'organisation économique et sociale de la France, ce dont elle a déduit, à bon droit, qu'elles constituent des lois de police. ».

¹³⁸⁰ CJUE, aff. C-98/22, 22 décembre 2022, *Eurelec*.

¹³⁸¹ Plus récemment, la loi du 30 mars 2023 n°2023-221 a introduit un nouvel article L.444-1 A du Code de commerce qui étend l'application des chapitres I^{er} « De la transparence dans la relation commerciale », II « Des pratiques commerciales déloyales entre entreprises » et III « Dispositions spécifiques aux produits agricoles et aux denrées alimentaires » à toute convention entre un fournisseur et un acheteur portant sur des produits ou des services commercialisés sur le territoire français. Ces dispositions sont jugées d'ordre public. Tout litige portant sur leur application relève de la compétence exclusive des tribunaux français, sous réserve du respect du droit de l'Union européenne et des traités internationaux ratifiés ou approuvés par la France et sans préjudice du recours à l'arbitrage.

¹³⁸² G. CHANTEPIE, « EGALIM 3 : le droit des relations commerciales réformé à tâtons (Quatrième partie : l'application internationale du titre IV du livre IV du code de commerce) », *Dalloz actualité*, 13 avril 2023 : « La volonté d'éviter les importantes prérogatives dont dispose l'administration en matière procédurale et probatoire explique d'ailleurs en partie la création et le développement de centrales d'achat à l'étranger. Perçues comme visant à délocaliser la négociation commerciale, elles ont fait l'objet de sanctions administratives prononcées par la DGCCRF en 2020 et 2022. ». V. égal. en ce s., M. BEHAR-TOUCHAIS, C. GRIMALDI, « La loi Descrozaille dite Egalim 3 ou la victoire des fournisseurs contre les distributeurs », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n°22, 01 juin 2023, p. 1169.

¹³⁸³ CA Paris, 20 janvier 2023, n°22/13154.

¹³⁸⁴ V. en ce s. L. GODARD, *Droits des pratiques anticoncurrentielles et des pratiques restrictives de concurrence*, Bruylant, 2021, §376.

contractuel, justifier d'une sanction et en l'occurrence, pour justifier une intervention étatique dans la sphère contractuelle¹³⁸⁵. Or, avant d'exiger la démonstration d'une atteinte réelle ou potentielle à l'ordre public économique, encore faut-il la définir.

280. *La protection de l'ordre public économique ne se limite pas à la protection des intérêts des cocontractants.* En droit, l'ordre public économique peut prendre plusieurs dimensions, il peut s'agir d'un ordre public de direction, de protection ou encore collectif¹³⁸⁶. L'ordre public de direction peut être compris comme un ordre public visant à protéger l'intérêt général alors que l'ordre public de protection entend protéger des intérêts privés et l'ordre public de protection collective protège l'intérêt collectif¹³⁸⁷. La DGCCRF déclare quant à elle que l'ordre public protégé par le ministre de l'Économie est celui de direction et non de protection¹³⁸⁸. Or, d'autres auteurs retiennent pourtant une analyse différente penchant plutôt pour un ordre public de protection collective¹³⁸⁹. Selon nous, l'ordre public visé est à tout le moins collectif ou, plus vraisemblablement, de direction, soit la protection de l'intérêt général, car il ne saurait se limiter à la protection des seuls intérêts privés. Par ailleurs, la doctrine s'est également intéressée et a admis l'impact que peuvent avoir les dispositions sur les pratiques restrictives, et en particulier celles régissant les relations contractuelles, sur le bon fonctionnement de l'économie¹³⁹⁰. C'est justement car il ne vise pas la seule protection des

¹³⁸⁵ Nous développerons ces points de manière plus détaillée dans la seconde partie, où nous nous intéressons plus précisément à la justification et à l'efficacité de l'action de l'autorité publique en matière de déséquilibre significatif.

¹³⁸⁶ Voir not. S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, th. droit., Univ. Montpellier, 2018, §939.

¹³⁸⁷ Il convient de différencier intérêt général et intérêt collectif. N. CAYROL, « Action en justice – Intérêt direct et personnel », *Répertoire de procédure civile*, juin 2019, actualisation : mars 2020, 566 p. : « Comme l'intérêt collectif, l'intérêt général n'est pas propre à un individu ou à plusieurs individus. Sous ce rapport, intérêt collectif et intérêt général sont de même nature. Seulement, le collectif est plus restreint. Il n'est qu'un intérêt particulier, lié à un secteur d'activité ou à une catégorie sociale. ».

¹³⁸⁸ Conférence atelier de la DGCCRF, *Pratiques restrictives et droit de la concurrence*, intervention N. Homobono, Vidéo de l'atelier du 26 septembre 2013, à compter de la 2^e min., dispo sur le site : <https://www.teraconsultants.fr>.

¹³⁸⁹ Not. S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, th. droit., Univ. Montpellier, 2018, §939 : « À travers la défense d'intérêts supérieurs, notamment d'intérêts collectifs qui absorbent et dépassent la somme des intérêts individuels, ce sont des catégories abstraites d'acteurs économiques que l'on entend protéger : la règle consumériste protège la catégorie des consommateurs en tant que telle, de même que la règle concurrentielle protège principalement la catégorie des fournisseurs dans leurs rapports avec les enseignes de la grande distribution. Ces contractants ne sont donc pas uniquement protégés "à raison de (leur) faiblesse concrète, mais parce qu'ils (font) partie d'une catégorie protégée abstraitement" ; et §947 : « La règle concurrentielle est en effet ordonnée à la protection du marché, en tout cas d'une sorte de marché pertinent qu'est celui de la grande distribution. Précisément, sous-tendue par un ordre public économique fort, de protection, certes, mais également, dans une certaine mesure, de direction, elle vise à réguler les pratiques sur ce marché, celles commises au premier chef par les enseignes de la grande distribution. Elle revêt une dimension concurrentielle certaine. ».

¹³⁹⁰ M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'impérativité internationale en droit de la concurrence », colloque sur l'impérativité internationale, Cour de cassation 2018, dispo. sur le site <https://www.courdecassation.fr>. Commission ad hoc, *Rapport pour une réforme du droit de la concurrence*, *op.cit.*, §216 : « Les dispositions sur les pratiques restrictives sont, quant à elles, de nature à limiter la liberté contractuelle des parties, alors même qu'il n'est nullement établi qu'elles auraient pour effet de provoquer un coût externe pour les tiers au contrat et, en particulier, d'affaiblir la concurrence sur un marché » et §217 : « Les dispositions concernant ces pratiques ont manifestement pour objet d'assurer un certain équilibre entre le fort et le faible dans la relation contractuelle, à l'exclusion de toute autre considération et alors même que, comme précédemment montré, des contrats même déséquilibrés contribuent au mécanisme de l'efficacité économique. » ; A. MALAN, « Le champ d'application dans l'espace des dispositions de la LME en

intérêts privés que le Ministre s'est vu confier un pouvoir d'action pour protéger l'ordre public économique, sans se substituer aux parties pouvant agir séparément en défense de leurs intérêts propres. Dans sa thèse, Mme S. CHAUDOUET retient, à juste titre, que la possibilité pour le Ministre de demander le prononcé d'une amende, vise bien une portée plus large de dissuasion des pratiques et non une portée uniquement réparatrice des préjudices privés¹³⁹¹. En effet, la cour d'appel de Paris a pu retenir une analyse similaire dans une affaire *Bricorama* mettant ainsi en avant la portée générale de l'action du Ministre¹³⁹². De même, en prévoyant la possibilité de demander la cessation des pratiques pour l'avenir, en visant les contrats conclus par le même défendeur avec d'autres partenaires, le législateur autorise le Ministre à dépasser les seuls intérêts des parties au contrat litigieux pour étendre ses effets *erga omnes*. Ainsi, l'action du Ministre est bien une action autonome poursuivant des objectifs plus larges que la seule protection des intérêts privés des parties au contrat et se traduit par la défense de l'ordre public économique. Cette action est autorisée, quand bien même un acteur économique n'aurait pas spontanément choisi d'agir à l'encontre de l'autre partie au contrat, ce qui démontre d'autant plus sa portée générale. Cette affirmation est reprise par la jurisprudence, par les services de la DGCCRF, par le législateur et par le Conseil constitutionnel. S'il a été affirmé dès le départ que son action visait à protéger la partie faible, cette protection n'entend pas s'analyser à titre personnel mais consiste plutôt à protéger un acteur voire un groupe d'acteurs placé(s) dans une situation de faiblesse dans les relations commerciales. Il n'agit donc pas en substitution des parties victimes mais entend préserver leurs droits dans un objectif plus large : protéger l'ordre public économique.

En effet, l'objectif du droit spécial se veut spécial et poursuit un objectif plus complexe que celui prévu en droit commun. Ainsi, le droit commun, à travers l'analyse civiliste du déséquilibre significatif, poursuit un objectif plus étroit : préserver les intérêts privés des acteurs économiques en s'intéressant uniquement à la relation contractuelle¹³⁹³. Par ailleurs, en admettant implicitement l'analyse des déséquilibres financiers, contrairement au texte civil, le texte commercial poursuit un objectif plus large puisqu'il entend réguler des déséquilibres fortement susceptibles d'impacter l'économie dans sa globalité¹³⁹⁴. La DGCCRF, direction au service du ministère de l'Économie, entend bien rappeler que son action ne vise pas seulement

matière de pratiques restrictives de concurrence – quelques observations sur une position récente de la DGCCRF », *CCC*, 2010, n°3, étude 4, n°6.

¹³⁹¹ S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, th. droit., Univ. Montpellier, 2018, §947.

¹³⁹² CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221 : « Le dommage à l'ordre public économique, qui est distinct du préjudice personnel subi par la société Sofoc. ».

¹³⁹³ Voir en ce s. S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, th. droit, Univ. Montpellier, 2018, §938 : « Logique de protection individualiste et concrète dans la règle de droit commun [...] à la fois dans la limitation de son domaine d'application au contrat d'adhésion et dans la condition d'absence de négociabilité relative à la clause litigieuse. [...] le contractant est ainsi protégé, en lui-même, contre les conséquences d'une absence de négociabilité des clauses prenant la forme d'un déséquilibre du contenu obligationnel. Le droit commun, droit individualiste, s'inscrit donc dans une perspective de protection du contractant, saisi en tant qu'individu ; il s'attache à une appréciation concrète du besoin de protection en la personne du contractant. ».

¹³⁹⁴ A. LECOURT, « Le déséquilibre significatif : un instrument prétorien de régulation économique de la grande distribution », *Revue Lamy droit des affaires*, n°121, 1^{er} décembre 2016, C – Un rôle du juge exorbitant : « En se reconnaissant le pouvoir de sanctionner un prix excessif, le juge étend la lésion hors de son lit naturel et en constitue un instrument de régulation du marché. ».

à protéger la partie faible car elle vise, en réalité, à assurer le bon fonctionnement du marché¹³⁹⁵. C'est parce qu'il faut notamment protéger les parties faibles contre les comportements abusifs des acteurs puissants que le bon fonctionnement du marché pourra être assuré. Les déséquilibres contractuels peuvent impacter le bon fonctionnement du marché et nuire à l'économie¹³⁹⁶. L'objectif n'est donc pas de se substituer aux cocontractants faibles mais de les protéger dans une perspective plus large, maintenir ou rétablir le bon fonctionnement de l'économie au profit de l'ensemble de la société. En effet, c'est en portant atteinte à l'activité de ces acteurs économiques que l'ordre public économique pourrait être atteint, que ce soit en raison de la nature des acteurs concernés, leur place sur le marché ou bien par la répétition des pratiques litigieuses. S'assurer d'un équilibre dans les relations commerciales, en faisant cesser des pratiques abusives à l'encontre des parties faibles, contribuerait à la préservation de l'ordre public économique. Puisque ces pratiques pourraient modifier le bon fonctionnement du marché, elles doivent être sanctionnées en droit commercial¹³⁹⁷. Le droit des pratiques restrictives de concurrence vient alors utilement compléter le droit des pratiques anticoncurrentielles en sanctionnant, notamment, des pratiques qui ne seraient pas condamnées sur ce dernier fondement car elles ne rempliraient pas tous les critères mais seraient néanmoins nocives pour le bon fonctionnement du marché.

En protégeant les intérêts de ces entreprises, réputées en position de faiblesse, le Ministre s'assure de préserver l'intérêt de tous, qualifié en matière commerciale, d'ordre public économique. Ainsi, la protection de l'ordre public économique ne vise pas uniquement la protection des intérêts privés même si elle y contribue¹³⁹⁸. Dans la seconde partie, nous nous intéressons plus précisément à la justification et à l'efficacité de l'action de l'autorité publique en matière de déséquilibre significatif. Néanmoins, les points développés précédemment nous permettent d'en tirer une conclusion : la référence à la protection de l'ordre public économique nous conduit bien à rechercher les effets des pratiques litigieuses à travers leur impact sur l'économie. En effet, une action fondée sur la protection de l'ordre public économique doit être justifiée en raison des effets que les pratiques litigieuses ont causé ou peuvent causer à l'économie, au-delà des intérêts privés des cocontractants.

¹³⁹⁵ Conférence atelier de la DGCCRF, *Pratiques restrictives et droit de la concurrence*, interv. N. Homobono, Vidéo de l'atelier du 26 septembre 2013, à compter de la 2^e min., dispo sur le site : <https://www.teraconsultants.fr>.

¹³⁹⁶ G. CAROFF, « L'action des brigades LME de la DGCCRF en matière de pratiques restrictives de concurrence », *Revue Lamy de la concurrence*, n° 55, 1^{er} novembre 2016 : « Lorsque les déséquilibres, inhérents au monde économique, conduisent à la mise en œuvre de pratiques abusives, il existe ainsi un risque réel de défaillances d'entreprises, avec pour corollaire un impact négatif en termes d'emplois et un retentissement sur l'ensemble de l'économie. C'est pourquoi la réglementation a doté les services du ministre de l'Économie de pouvoirs étendus visant à garantir le respect de l'ordre public économique. La finalité est bien de faire respecter le bon fonctionnement du marché, et non simplement de se substituer aux entreprises les plus faibles. ».

¹³⁹⁷ En ce s. S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, th. droit, Univ. Montpellier, 2018, §940-941.

¹³⁹⁸ S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, *ibid.*, §939 : « Cette logique de protection [de la partie faible] ne constitue, pour les règles spéciales, qu'un moyen au service de fins plus larges. La protection individuelle de contractants victimes de clauses déséquilibrées est, autrement dit, moins appréhendée pour elle-même que comme un moyen d'atteindre des objectifs qui dépassent leurs seuls intérêts particuliers. ».

281. *La protection de l'ordre public économique ne se limite pas à la protection de la concurrence.* Puisque les acteurs économiques, concernés par la pratique de déséquilibre significatif, appartiennent à la représentation de l'offre et la demande, ils jouent donc un rôle fondamental au sein du marché. Ainsi, leur activité ne doit pas être entravée par des pratiques abusives de déséquilibre contractuel fortement susceptibles d'impacter le bon fonctionnement du marché. Cet impact sur le marché peut être subtil et ne pas nécessairement conduire à des effets radicaux tels qu'une atteinte sensible à la concurrence comme l'entend le droit des pratiques anticoncurrentielles. L'exigence d'une telle preuve ne saurait être utilement retenue en sachant que cette exigence a conduit à l'inefficacité de la règle en matière d'abus de dépendance économique¹³⁹⁹. L'échec de cette démonstration s'explique notamment par la nature des acteurs concernés, il s'agit généralement de PME, placées dans une situation de dépendance, or, du fait de leur taille, le jeu de la concurrence sur le marché ne serait pas affecté de manière suffisamment sensible. Par ailleurs, l'existence d'un seul transfert de profit entre cocontractants, même créateur d'un déséquilibre contractuel, n'aurait pas nécessairement d'impact sur l'intensité de la concurrence¹⁴⁰⁰. Il importe donc de bien distinguer les objectifs poursuivis par chaque droit afin de s'assurer d'une utilisation, à la fois efficace et adaptée, garante d'une sécurité juridique pour les acteurs économiques. La réglementation des pratiques restrictives de concurrence se veut complémentaire de la réglementation des pratiques anticoncurrentielles¹⁴⁰¹. Elle vise à réguler des pratiques que cette dernière ne peut efficacement contrôler puisque étant inadaptée du fait de critères trop exigeants. Or, une même pratique peut être condamnée sur les deux fondements¹⁴⁰².

282. *L'ordre public économique à protéger est un équilibre entre les différents intérêts des acteurs présents sur le marché.* Il ne s'agit pas de protéger la concurrence, comme l'entend le droit des pratiques anticoncurrentielles, ni même de répondre aux objectifs du droit commun. En effet, en matière de pratiques restrictives de concurrence, il importe de ne pas se laisser réduire à la protection des intérêts privés du demandeur, mais de vérifier l'impact sensible des pratiques sur l'ordre public économique, ce qui n'a pas toujours été le cas dans la jurisprudence. En effet, dans une affaire *Amazon*, le juge a estimé que l'avantage illicite, bien que rétrocédé aux consommateurs, par l'auteur de la pratique litigieuse, ne permettait pas de justifier la pratique de déséquilibre significatif au détriment du cocontractant et ainsi exclure sa sanction¹⁴⁰³. Rappelons, qu'un déséquilibre contractuel, même regrettable pour la partie qui le

¹³⁹⁹ S. Le GAC-PECH, « Que reste-t-il du principe de liberté contractuelle en droit de la distribution ? », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 4, 26 janvier 2017, p. 9.

¹⁴⁰⁰ P. TOURNEAU, M. ZOÏA, *Fasc. 1030 : conditions de validité. – Validité au regard du droit de la concurrence*, JurisClasseur Contrats – Distribution, 8 septembre 2015, date de la dernière mise à jour : 15 avril 2016, §76.

¹⁴⁰¹ Règlement n°1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, consid. 9 et art. 3, §3.

¹⁴⁰² Voir en ce s. S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, th. droit, Univ. Montpellier, 2018, §947, dans le secteur de la grande distribution en particulier : « Sanctionner la pratique généralisée des distributeurs qui consiste à soumettre leurs partenaires, souvent nombreux, à des clauses iniques à plus forte raison quand elles portent sur le prix c'est donc aussi chercher à préserver le bon fonctionnement de la concurrence. Ainsi a-t-il pu être affirmé à juste titre que "toute préoccupation à l'égard du marché n'est pas absente" de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. ».

¹⁴⁰³ TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625.

subit, ne porte pas nécessairement atteinte au bon fonctionnement du marché¹⁴⁰⁴. Or, les sanctions des pratiques restrictives de concurrence sont d'une intensité plus faible que celles des pratiques anticoncurrentielles mais d'une intensité plus importante que celles prévues en droit civil. Dès lors, comment définir l'ordre public économique ? Nous savons qu'il ne s'agit pas d'une atteinte sensible à la concurrence, comme l'entend le droit des pratiques anticoncurrentielles, ni qu'il se limite aux seuls intérêts privés des acteurs économiques, tels que protégés par le droit commun.

En réalité, l'ordre public économique est une notion complexe qui doit être appréciée largement, à travers les intérêts des cocontractants en jeu et les intérêts des autres acteurs du marché, à savoir les concurrents, les autres partenaires commerciaux et les consommateurs. L'objectif final étant de s'assurer du bon fonctionnement du marché quitte à contraindre les volontés et les libertés économiques de certains¹⁴⁰⁵. Par ailleurs, l'atteinte à l'ordre public économique est une notion distincte du dommage à l'économie et de la gravité des pratiques, ces dernières étant des critères permettant de quantifier le montant de la sanction¹⁴⁰⁶. Or, l'atteinte à l'ordre public économique, comme justification d'une intervention étatique dans les relations commerciales, devrait permettre de déterminer si la pratique doit être sanctionnée ou non, on se situe donc en amont de la quantification de la sanction. Notons par ailleurs que, comme pour le dommage à l'économie, l'atteinte à l'ordre public économique ne nécessite pas une évaluation quantitative précise, car difficile en pratique. Elle ne nécessite pas d'être chiffrée mais, même potentielle, elle ne devrait pas être simplement présumée mais fortement probable et sensible.

Dès lors, pour étudier l'impact des pratiques litigieuses sur l'ordre public économique, ainsi déterminer l'existence d'une atteinte, il convient de regarder les effets de ces pratiques sur les différents acteurs au sein du marché. C'est bien ce qui est recommandé en économie puisqu'un déséquilibre contractuel n'a pas nécessairement des effets nocifs sur le marché. Si des doutes

¹⁴⁰⁴ En ce s. O. BINDER, F. MIGNON, « Communiqué de la DGCCRF du 8 mars 2016 : Décryptage des clauses identifiées comme susceptibles de créer un déséquilibre significatif en faveur du franchiseur, dans les contrats de franchise de restauration rapide et à thème », 18 mai 2016, Herald Avocats, dispo. sur le site <https://www.lexology.com> : « Pour autant, la tentation de contrôles démesurés, l'amplification d'une régulation hors sol excluant la "règle de raison" et la multiplication de procès excessifs voire intempestifs de la part de franchisés ravis de trouver là le moyen de judiciariser leur mauvaise humeur, ne doivent pas faire oublier que le "déséquilibre" est sain lorsqu'il n'est pas "significatif" et qu'il contribue à l'efficacité collective grâce à un gain partagé par la trilogie : fournisseur/distributeur/consommateur. ».

¹⁴⁰⁵ T. PEZ, « L'ordre public économique », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 49 (dossier : l'entreprise), octobre 2015, p. 44-57 : « L'ordre public économique va au-delà de la concurrence. D'autres impératifs que doivent prendre en considération les régulateurs enrichissent son contenu et sa fonction. [...] l'ordre public économique fait le lien entre la notion de police appliquée à l'économie et la notion juridique de régulation. ».

¹⁴⁰⁶ V. L. GODARD, *Droits des pratiques anticoncurrentielles et des pratiques restrictives de concurrence*, Bruylant, 2021, §378 : « Dans le communiqué de procédure relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, l'Autorité de la concurrence précise que le dommage à l'économie "englobe tous les aspects de la perturbation que [la pratique anticoncurrentielle] est de nature à causer au fonctionnement concurrentiel des activités, secteurs ou marchés directement ou indirectement concernés, ainsi qu'à l'économie en général." Contrairement au critère de gravité, qui s'analyse principalement au regard [des] caractéristiques propres [des pratiques en cause] et de celles des personnes qui en sont victimes, celui du dommage à l'économie recouvre l'ensemble des effets des pratiques en cause. » [Communiqué de procédure, Aut. conc., 16 mai 2011, relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, §. 27].

ont pu exister concernant l'existence d'un lien entre déséquilibre contractuel et bon fonctionnement du marché, en pratique, le contrat et le marché sont liés et peuvent s'impacter mutuellement¹⁴⁰⁷. Néanmoins, la seule atteinte aux intérêts d'un cocontractant ne conduit pas nécessairement à une atteinte à l'ordre public économique si d'autres acteurs y trouvent un avantage. L'appréciation d'une atteinte à l'ordre public économique, et donc au bon fonctionnement du marché, devrait se faire au regard d'une analyse globale des effets nocifs des pratiques sur l'ensemble des acteurs. Si l'analyse des effets doit être globale, elle doit également conduire, selon nous, à vérifier leur dimension sensible et fortement probable. En effet, la protection, par anticipation, de l'ordre public économique est justifiée à condition de s'assurer que les effets nocifs envisagés ont de fortes chances de se produire. Nous développerons notre proposition de contraindre l'autorité publique à démontrer une atteinte à l'ordre public économique, lorsqu'elle agit en matière de déséquilibre significatif, dans la seconde partie.

c) Les juges pourraient admettre en pratique la prise en compte des effets des pratiques

283. *Les juges affirment, en principe, rejeter la prise en compte des effets des pratiques pour établir la pratique de déséquilibre significatif.* Si le législateur a prévu que le déséquilibre n'est sanctionné que s'il est significatif et si l'action du ministre de l'Économie se justifie par la protection de l'ordre public économique, autant d'exigences impliquant, selon nous, une analyse des effets des pratiques, pourtant les juges se refusent à exercer une telle analyse. En effet, ils estiment que les effets du contrat et de ses clauses ne devraient pas être pris en compte pour apprécier le déséquilibre contractuel et la justification d'une sanction¹⁴⁰⁸. Il convient, toutefois, de préciser que si les effets réels ne sont pas pris en compte, certains effets potentiels des clauses peuvent l'être.

En pratique, le seul constat qu'une clause ne remplit pas les critères d'équité développés par les juges (car elle n'est pas réciproque, n'a pas de contrepartie directe, ni de proportion ou de justification), elle a nécessairement un effet nocif pour le cocontractant et devrait être sanctionnée. Pourtant, les juges devraient expliquer en quoi cette absence de réciprocité, de contrepartie, de justification ou de proportion est néfaste pour le partenaire. Par ailleurs, il faudrait démontrer que cette clause est bien à l'avantage d'une partie et au détriment de l'autre partie. Enfin, rappelons qu'une clause, même déséquilibrée car inéquitable, n'entraîne pas nécessairement un déséquilibre contractuel comme les juges ont tendance à le croire¹⁴⁰⁹. L'immixtion du juge dans le contrat est, selon nous, abusive si ce dernier se contente d'exiger,

¹⁴⁰⁷ Club des juristes, commission *ad hoc*, *Rapport pour une réforme du droit de la concurrence*, janv. 2018, p.291 et s.

¹⁴⁰⁸ CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 ; Cass. com., 3 mars 2015, n°14-10.907. Ils tiennent toutefois compte des effets pour quantifier la sanction.

¹⁴⁰⁹ Ex. : CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187 : « Ainsi, le fait d'imposer des réductions de prix, unilatéralement ou par l'usage de menaces ou de moyens de rétorsion, non convenues dans la convention cadre annuelle, sans aucune contrepartie, bouleverse nécessairement de manière significative l'équilibre des droits et obligations des parties. ».

selon ses critères : la réciprocité, la proportion, la justification ou la contrepartie à une clause, sans expliquer ses motivations au regard des conséquences économiques, réelles ou potentielles, que de tels déséquilibres juridiques pourraient créer sur les cocontractants et sur le marché. Pourtant, les juges ont retenu qu'il importe peu que la clause déséquilibrée n'ait pas été appliquée¹⁴¹⁰, ou qu'elle n'ait pas été défavorablement mise en œuvre¹⁴¹¹ ou encore, qu'elle n'ait pas d'effets négatifs¹⁴¹². Ainsi, si une clause ne remplit pas textuellement les critères d'équité développés par la jurisprudence, elle est jugée déséquilibrée quand bien même elle n'a jamais été mise en œuvre ou bien a été mise en œuvre sans abus et/ou sans produire des effets négatifs. Les juges tentent de justifier cette appréciation car le texte du Code de commerce prohibe tant la soumission que la tentative de soumission¹⁴¹³. En l'occurrence, la clause est bien jugée déséquilibrée, indépendamment de ses effets, à tout le moins réels, puisqu'elle n'a pas pu en produire en l'absence de mise en œuvre ou bien, si elle a été mise en œuvre, l'absence d'effets négatifs n'apparaît pas utile à l'analyse des juges. Ils estiment que l'existence de la clause litigieuse est problématique en soi, indépendamment de la manière dont elle est mise en œuvre par les parties. Dès lors, l'absence d'effets négatifs réels produits par une clause litigieuse ne suffirait pas à exclure une sanction¹⁴¹⁴. Il est vrai qu'une clause litigieuse peut ne produire aucun effet négatif lorsqu'elle n'a pas été mise en œuvre ou lorsqu'elle a été appliquée de manière non abusive. Ainsi, s'il peut être justifié de sanctionner une pratique par anticipation de ses effets nocifs, comme le retiennent les juges¹⁴¹⁵, avant qu'elle soit mise en œuvre ou qu'elle soit mise en œuvre de manière nocive, pour éviter un préjudice, il conviendrait de s'assurer de la probabilité de réalisation et de la nocivité des effets potentiels. Toutefois, lorsque la clause litigieuse a déjà été mise en œuvre, le juge peut certes, légitimement, anticiper des effets nocifs futurs mais ces derniers devraient être fortement vraisemblables¹⁴¹⁶.

284. *En pratique, l'analyse de la jurisprudence démontre que les juges pourraient modifier leur position et admettre la prise en compte des effets des pratiques. Si les juges affirment rejeter la prise en compte des effets des pratiques sur les parties ou sur le marché¹⁴¹⁷,*

¹⁴¹⁰ CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221.

¹⁴¹¹ TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123 ; TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625. Par opp. : CA Paris, 29 septembre 2016, n°14/16968, où les juges tiennent compte du fonctionnement de la clause : le « règlement 60 jours fin de mois ne constitue pas non plus une cause de déséquilibre significatif, ces modalités de paiements ayant fonctionné sans difficulté ».

¹⁴¹² TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123.

¹⁴¹³ TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625 : « Il importe peu que telle ou telle clause litigieuse ait été mise en œuvre puisque la loi vise non seulement la soumission mais la tentative de soumission. ».

¹⁴¹⁴ TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625 : « Cependant le ministre ne donne aucun élément permettant de quantifier les avantages tirés par ASE des déséquilibres manifestes relevés. ».

¹⁴¹⁵ V. en ce s., TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123 : « Il n'y a pas lieu pour le tribunal de statuer sur les abus ou le risque d'abus d'une clause, mais sur le contenu lui-même en ce qu'il pourrait être abusif. En l'espèce, l'absence de plafond des dépenses engagées confère à cette clause un caractère potestatif. [...] La combinaison des deux clauses de concurrence et de non-concurrence est en faveur du franchiseur et peut avoir des conséquences dommageables pour le franchisé, d'où il résulte a priori un déséquilibre en défaveur du franchisé. ».

¹⁴¹⁶ La démonstration de l'absence d'effets négatifs, alors que la clause a déjà été mise en œuvre, devrait conduire à nuancer l'existence vraisemblable d'effets nocifs futurs. Certes, ce n'est pas parce qu'une clause n'a jamais produit d'effets nocifs dans le passé qu'elle ne peut en produire à l'avenir.

¹⁴¹⁷ Toutefois, les effets peuvent, d'après les juges, être pris en compte pour la quantification de la sanction. CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221 : « Il convient par ailleurs de prendre en considération l'absence d'effets démontrés sur le marché. ».

on constate que, parfois en pratique, ils prennent en compte les effets nocifs, du moins potentiels. Par exemple, ils ont retenu l'existence d'un solde commercial au détriment de la partie faible, sans vérifier l'impact réel sur sa trésorerie, pour établir un déséquilibre ou justifier sa sanction¹⁴¹⁸. En effet, les juges ont pu déduire l'existence d'un préjudice comme résultant nécessairement des pratiques illicites¹⁴¹⁹. En pratique, ils s'appuient parfois sur l'existence d'effets d'une clause, comme pouvant être nocifs pour une partie, pour la juger déséquilibrée même en l'absence d'effets négatifs réels démontrés alors que la clause a été mise en œuvre, ils jugent cette absence insuffisante pour exclure une sanction¹⁴²⁰. La prise en compte des effets par les juges, lorsqu'elle existe, se fait donc majoritairement à charge¹⁴²¹ plutôt qu'à décharge au profit du défendeur, dans de rares cas lorsque l'action est intentée par un acteur économique¹⁴²², voire encore plus rarement en présence du Ministre¹⁴²³, puisqu'ils soulèvent généralement les effets nocifs potentiels d'une clause sur le partenaire et non l'absence d'effets nocifs réels.

Les juges ne sont donc pas si opposés à la prise en compte des effets des pratiques mais annoncer qu'ils s'y refusent permet de leur éviter une analyse à laquelle ils seraient contraints pour chaque décision. Il est certain que l'absence de recherche obligatoire des effets réels ou l'absence de démonstration obligatoire des effets potentiels des clauses litigieuses, dont la nocivité serait suffisamment vraisemblable pour une partie, permet d'alléger la charge de la preuve pour le demandeur devant le juge (qui est pourtant celui concerné par la pratique, donc le plus à même de démontrer ses effets nocifs, s'ils existent). Cette position facilite la sanction des comportements déloyaux, visant à introduire une clause jugée déséquilibrée, sans que le défendeur ne puisse se dédouaner par l'absence d'effets nocifs. Une telle appréciation pourrait être contestable en matière de sécurité juridique puisqu'elle faciliterait les sanctions de type faux-positifs. Ainsi, si les juges déclarent s'opposer à la prise en compte des effets des pratiques, il s'avère que la pratique judiciaire devrait être différente.

¹⁴¹⁸ CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 ; CA Paris, 20 novembre 2013, n°12/04791 et Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907.

¹⁴¹⁹ Par ex. CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221 ; TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123.

¹⁴²⁰ CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187.

¹⁴²¹ Comme le démontre, par exemple, l'analyse de la CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784 : « Ces clauses ont donc pour effet de faire bénéficier les sociétés du groupe Expedia des tarifs les plus concurrentiels du marché et d'imposer des réductions significatives sur ces montants déjà compétitifs. [...] La cour d'appel [...] n'est pas tenue de rechercher les effets précis du déséquilibre significatif, en l'espèce non démontrés. » Ou encore, TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625.

¹⁴²² Voir pour de rares cas, principalement lorsque l'action est engagée par un acteur économique où le juge privilégie le maintien des relations contractuelles : CA Paris, 19 décembre 2018, n°17/03922 : « Au regard du faible coût des 36 montures et du bénéfice à être membre du réseau Carte Blanche par l'augmentation de la clientèle qui en découle, et des services rendus par l'intimée aux membres du réseau, il n'est pas établi que ce déséquilibre dans les droits et obligations des parties soit significatif. ». V. égal. CA Paris, 26 février 2019, n°034/2019 ; CA Paris, 6 novembre 2019, n°18/03352 ; CA Paris, 11 décembre 2019, n°18/28097.

¹⁴²³ TC Paris, 2 sept. 2019, n°2017050625 : « Que le ministre n'a pas démontré, notamment in concreto, quel avantage indu pourrait en retirer ASE au détriment d'un vendeur tiers, ni en quoi cela lui permettrait d'exercer une concurrence déloyale à l'encontre de ce dernier; que certes cette clause, par sa rédaction d'une très grande généralité, sans réciprocité, pourrait être susceptible de constituer un déséquilibre significatif mais que le ministre n'a pas établi concrètement en quoi cette généralité serait susceptible de permettre à ASE d'utiliser des éléments de propriété d'un vendeur tiers à son détriment. » ; v. égal. TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123.

285. *Conclusion.* En l'absence de précision dans le Code de commerce, les juges rejettent la recherche et la prise en compte des effets des pratiques dans l'analyse du déséquilibre significatif. Ce refus conduit à une analyse biaisée car purement juridique. En pratique, l'analyse de la jurisprudence met en évidence, selon nous, deux présomptions. Les juges sanctionnent des clauses qu'ils estiment d'une part, déséquilibrées sur la base d'une analyse purement textuelle et d'autre part, fortement susceptibles de porter atteinte à l'équilibre contractuel et ainsi, fortement susceptibles de porter préjudice à une partie, sans le prouver par la démonstration des effets. L'analyse d'une tentative de soumission à un déséquilibre contractuel significatif est d'autant plus démonstratrice de l'absence de réalisme de l'analyse juridique. C'est pourquoi, analyser l'équilibre des clauses ou du contrat et la justification d'une sanction, sans tenir compte des effets sur les parties n'a, en économie, aucun sens. Pourtant, deux exigences s'imposent aux juges en droit positif et devraient les conduire à prendre en compte les effets des pratiques. Il s'agit de la démonstration de la dimension significative du déséquilibre contractuel et l'exigence d'une atteinte à l'ordre public économique pour justifier l'action du Ministre. Il serait souhaitable que les juges apportent plus de précision et de démonstration de la dimension « significative » du déséquilibre car cette exigence fait tout de même partie du texte de loi. Par ailleurs, l'action du Ministre dans le contrat se justifie par une atteinte à l'ordre public économique, ce qui implique de rechercher les effets des pratiques. Nous comprenons que l'ordre public économique à protéger est un équilibre entre les différents intérêts des acteurs sur le marché : ceux des cocontractants, des concurrents, des partenaires commerciaux et des consommateurs. Au-delà d'être globale, l'analyse de l'atteinte à l'ordre public économique devrait également s'assurer qu'elle est sensible et fortement probable. Or, nous avons vu qu'en pratique, les juges ne sont pas nécessairement réticents à la prise en compte des effets des pratiques. Si les effets réels des pratiques ne sont généralement pas pris en compte par les juges, certains effets potentiels des clauses peuvent l'être. Cette analyse se faisant généralement à charge pour le défendeur plutôt qu'à décharge puisque l'existence d'effets réels, non nocifs, ne suffit pas à écarter une sanction. Les juges s'appuient sur la prétendue existence d'effets potentiels nocifs découlant nécessairement d'un déséquilibre juridique du contrat. S'il est justifié que le juge puisse anticiper l'introduction ou la mise en œuvre de ces clauses litigieuses dans le futur et juger nécessaire de les sanctionner pour prévenir un préjudice ; néanmoins, il nous semble nécessaire de tenir compte de l'absence d'effets réels nocifs dans le passé, lorsqu'elles n'ont jamais été mises en œuvre ou n'ont jamais été mises en œuvre de manière abusive. Dans de telles circonstances, les effets potentiels futurs de ces clauses, jugés nocifs par les juges, devront d'autant plus être démontrés comme fortement probables et sensibles. Au regard de ces éléments, il nous apparaît déterminant d'exiger la recherche et la prise en compte des effets pour établir la pratique et justifier d'une sanction.

III. La prise en compte des effets des pratiques conduit à modifier l'analyse juridique

286. *Comment modifier l'analyse juridique pour prendre en compte les effets des pratiques ?* L'analyse économique juge nécessaire de prendre en compte les effets des pratiques

pour l'analyse de l'équilibre contractuel et pour la justification d'une sanction¹⁴²⁴. Pour ce faire, elle tient compte des effets non seulement sur les cocontractants mais également sur le marché. Elle retient qu'un déséquilibre contractuel, même s'il apparaît inéquitable au détriment d'une partie, reste avantageux pour les cocontractants eu égard à leur option de sortie, ce qui rend la transaction efficace. Elle admet, toutefois, qu'un comportement déloyal, conduisant une partie à s'avantager au détriment de l'autre partie, puisse être sanctionné sous réserve de procéder à une analyse plus large incluant l'impact sur le marché. Rappelons qu'un déséquilibre contractuel n'est pas nécessairement nocif pour le marché et inversement, un équilibre contractuel n'est pas nécessairement positif pour le marché. De leur côté, les juges français annoncent s'opposer à la recherche et la prise en compte des effets des pratiques dans l'analyse du déséquilibre significatif et la justification d'une sanction. Pourtant, la nécessité de démontrer un déséquilibre contractuel d'intensité significative et la nécessité de justifier d'une atteinte à l'ordre public économique, en cas d'action du ministre de l'Économie, impliquent de prendre en compte les effets des pratiques. Or, les juges ne sont pas si réticents puisqu'ils ont parfois retenu les effets potentiels des pratiques, généralement, à charge contre le défendeur. Ainsi, pour s'assurer que l'analyse juridique soit réaliste et donc plus efficace, il nous apparaît nécessaire de prendre en compte les effets des pratiques. Après avoir proposé d'intégrer les outils économiques permettant de tenir compte des effets des pratiques lors de l'analyse de l'équilibre contractuel¹⁴²⁵, nous nous intéressons, à présent, aux méthodes permettant d'inclure les effets des pratiques pour déterminer l'utilité et l'efficacité d'une sanction du déséquilibre contractuel (A). Ensuite, nous proposerons une modification de l'analyse juridique à l'aide d'une démonstration pratique de ces méthodes (B).

A. Les outils économiques et juridiques permettant de prendre en compte les effets des pratiques

287. *La prise en compte des effets en matière de sanction.* Nous nous sommes intéressés à plusieurs outils permettant de prendre en compte les effets des pratiques pour justifier de l'efficacité d'une sanction. Il s'agit d'une part, d'une analyse coûts-avantages (a) et d'autre part, d'une exemption en matière de sanction (b).

a) *Une analyse coûts-avantages pour justifier d'une sanction*

288. *L'utilité d'une analyse coûts-avantages dans l'analyse économique (aussi appelée « analyse coûts-bénéfices » d'après l'appellation anglaise).* L'analyse économique préconise de prendre en compte les effets des pratiques, tant sur les parties au contrat que sur

¹⁴²⁴ Rappelons que la règle dans un système de marché est le déséquilibre, dès lors, on ne saurait lutter abusivement contre un comportement habituel. La non-prise en compte des effets conduit les juges à admettre un contrôle biaisé des pratiques, pouvant sanctionner des pratiques finalement positives pour le marché. Ainsi, une analyse *per se*, excluant la prise en compte des effets, apparaît contestable puisqu'elle implique une quasi-certitude pour sanctionner les pratiques, ce qui n'est pas le cas en réalité.

¹⁴²⁵ Concernant l'existence d'un déséquilibre contractuel, nous renvoyons à la th. §210 et s., qui prévoient de prendre en compte les effets des pratiques sur les parties, à travers les gains et pertes directs et indirects, pour analyser correctement l'équilibre contractuel.

le marché, pour apprécier l'utilité et l'efficacité d'une sanction. En effet, les effets des pratiques sur les parties ne présument pas de l'effet des pratiques sur le marché. Ne pas analyser de manière globale l'intérêt d'une sanction, à travers la prise en compte des effets sur l'ensemble des acteurs, pourrait nuire à l'efficacité de la mesure. Dès lors, sur quels critères peut-on dire qu'un déséquilibre contractuel devrait être sanctionné et le serait efficacement ?

Pour faciliter la prise de décision, l'analyse économique propose un outil intéressant : l'analyse des coûts et avantages. Il s'agit d'une méthode d'analyse économique qui consiste à comparer l'ensemble des coûts et avantages d'un projet donné. Plus précisément, elle met en pratique des principes développés en économie du bien-être en évaluant les effets d'une action donnée sur le bien-être d'une communauté¹⁴²⁶. Cette méthode permet notamment de quantifier et confronter les coûts et les avantages d'une décision, en l'occurrence, celle d'une sanction d'un déséquilibre contractuel¹⁴²⁷. Il s'agit d'un instrument d'aide à la décision puisqu'elle permet d'éclairer, d'évaluer et de mettre en débat un ensemble de choix¹⁴²⁸. Elle est donc utile lorsqu'un décideur est confronté à des informations qui s'opposent. Tel est le cas en l'espèce, puisque le juge peut être confronté aux objectifs juridiques de loyauté et d'équité dans les relations commerciales, visant à sanctionner le déséquilibre contractuel significatif entre les parties, indépendamment de ses effets, et les exigences économiques d'efficacité, selon lesquelles seul un déséquilibre contractuel nocif pour les parties et le marché devrait être sanctionné. Cette méthode permettrait d'apporter plus de légitimité à une décision de sanction car elle serait le résultat d'un compromis. Ainsi, si l'on admet qu'une sanction efficace implique de prendre en compte les effets des pratiques sur le marché, il convient d'écarter une sanction lorsque les effets de la pratique sont plus positifs pour le marché que nocifs pour l'autre partie. Rappelons, qu'en économie, cette partie peut, certes, subir un déséquilibre contractuel mais être tout de même placée dans une meilleure situation qu'en son absence. En effet, l'analyse économique admet que le partage, même inéquitable, du surplus contractuel reste, en principe, efficace puisque avantageux pour chaque partie. Il ne conduit qu'à un transfert de profit d'un cocontractant à un autre, sans que cette action ait nécessairement un impact négatif sur le marché.

Ainsi, prononcer une sanction à l'encontre du défendeur alors que cette pratique n'est pas nocive pour le marché, et dont la nocivité pour les parties au contrat peut être nuancée, pourrait au contraire s'avérer inefficace puisqu'elle est susceptible d'impacter le bon fonctionnement de l'économie. Ses coûts pourraient outrepasser ses avantages. Nous développerons ces risques de manière plus détaillée dans la seconde partie relative aux sanctions. Toutefois, si les juges estiment que les objectifs de loyauté et d'équité doivent primer et conduisent nécessairement à

¹⁴²⁶ S. ROSE-ACKERMAN, « Étude d'impact et analyse coûts-avantages : qu'impliquent-elles pour l'élaboration des politiques publiques et les réformes législatives ? », *Revue française d'administration publique*, vol. 140, n°4, 2011, p. 787-806 ; TIESS, « L'analyse coût-avantage (ACA) », Fiche de synthèse, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, ISBN 978-2-9816392-7-1 dispo. en ligne sur le site : <https://tiess.ca>.

¹⁴²⁷ Nous utiliserons cette méthode de manière plus détaillée dans la Partie II sur les sanctions en matière de déséquilibre significatif lorsque, après avoir admis la nécessité de sanctionner la pratique, nous nous intéresserons plus précisément à l'efficacité des différents types de sanction proposés.

¹⁴²⁸ D. BENAMOÛZIG, S. BOUDIA, « Analyse coûts-avantages », Emmanuel Henry éd., *Dictionnaire critique de l'expertise. Santé, travail, environnement*, Presses de Sciences Po, 2015, p. 41-48.

une sanction de la pratique de déséquilibre contractuel significatif, quels que soient ses effets sur le marché, alors nous recommandons, *a minima*, de maintenir et favoriser la prise en compte de ces effets pour apprécier efficacement le type et le montant de la sanction applicables. En effet, admettre cette dernière solution requiert, selon nous, de limiter les conséquences dommageables d'une sanction puisqu'elle s'impose alors même que l'économie n'a pas été négativement impactée par la pratique.

b) *L'utilité d'une exemption en matière de sanction*

289. *L'utilité d'une exemption en matière de déséquilibre significatif.* Tant les parlementaires¹⁴²⁹, que la DGCCRF¹⁴³⁰, déclarent nécessaire de s'assurer de l'efficacité économique des sanctions en matière de pratiques restrictives de concurrence. Or, l'analyse économique fait dépendre l'efficacité d'une sanction de la prise en compte des effets des pratiques sur les parties mais également sur le marché. *A contrario*, les juges français déclarent s'y opposer lorsqu'ils analysent la justification d'une sanction. L'existence d'un déséquilibre contractuel significatif, déterminé selon les critères d'équité développés par les juges, justifie à lui seul une sanction, indépendamment de ses effets. En effet, les clauses déséquilibrées sont jugées par nature nocives et doivent donc être sanctionnées. La sanction de la pratique de déséquilibre significatif est qualifiée de *per se* puisqu'elle s'impose quels que soit les effets produits par la pratique, y compris s'ils s'avèrent finalement positifs pour les parties et le marché. Nous constatons une tendance des réglementations française et européenne, en droit positif, à réprimer de manière automatique certains comportements économiques afin de garantir la loyauté entre les acteurs sur le marché et protéger l'économie¹⁴³¹. Toutefois, ces réglementations s'appliquent principalement aux comportements d'acteurs économiques importants, sur des marchés techniques et stratégiques, dont les effets nocifs des pratiques pourraient être anticipés. Si ce mouvement tend à favoriser des sanctions *per se*, il n'est pas certain que ces sanctions s'avèrent finalement efficaces économiquement. En matière de déséquilibre significatif, l'efficacité des sanctions, entendue juridiquement, conduit à s'assurer de la répression des comportements qu'ils jugent déloyaux à des fins régulatrices et ce, indépendamment de leurs effets, plutôt que de chercher à maintenir des relations contractuelles. Cette analyse vaut, du moins, lorsque l'action est intentée par le ministre de l'Économie¹⁴³².

¹⁴²⁹ J.P. CHARITÉ, Rapport n°908 fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi de modernisation de l'économie, Assemblée nationale, 22 mai 2008.

¹⁴³⁰ Conférence atelier de la DGCCRF, Pratiques restrictives et droit de la concurrence, intervention N. Homobono, Vidéo de l'atelier du 26 septembre 2013, à compter de la 2^e min., dispo. sur le site : <https://www.teraconsultants.fr>.

¹⁴³¹ Ref. th. Introduction §9 et s.

¹⁴³² Les actions intentées directement par une entreprise mènent rarement à l'établissement de la pratique et à l'obtention d'une sanction devant le juge. V. en ce s. Centre du droit de l'entreprise de la Faculté de droit de Montpellier, *Application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, Actions en justice à l'initiative des acteurs économiques, Bilan des décisions judiciaires civiles et pénales (période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2022)*, p. 48 : « Le constat effectué dans les rapports précédents d'une éviction quasi-systématique de l'application du texte peut être reconduit. En effet, seules 4 décisions portent condamnation, dans la continuité de ce que l'on pouvait observer, à savoir que les demandes n'ont abouti, depuis l'entrée en vigueur du dispositif, que dans 25 décisions sur 468 (v. les rapports 2010-2021). » ; A. LECOURT, « Le déséquilibre significatif : un instrument neutralisé hors de la grande distribution », *Revue Lamy droit des affaires*, n° 121, 1^{er} décembre 2016 : « De nombreuses décisions montrent que la

Or, ce qu'ils jugent efficace ne l'est pas au regard de l'analyse économique car les juges s'appuient, en pratique, sur une analyse biaisée et limitée du déséquilibre contractuel et de ses effets. Rappelons que la sécurité juridique ne découle pas seulement de la prévisibilité des décisions de justice mais également de leur justesse¹⁴³³. Il nous apparaît nécessaire de promouvoir une analyse à la fois juste en droit et en économie.

Il convient de préciser que la prise en compte des effets, telle que nous la recommandons en l'espèce, que ce soit pour apprécier correctement la pratique de déséquilibre significatif ou bien justifier de sa sanction, ne saurait être assimilée à son utilisation en matière de pratiques anticoncurrentielles, en droit français et européen. En effet, les notions d'infraction « par objet » ou en raison « des effets » en matière de pratiques anticoncurrentielles suivent une approche distincte puisqu'elles impliquent l'existence d'un impact nocif des pratiques litigieuses, par nature ou en pratique, sur la concurrence. L'impact sur la concurrence est, en matière de pratiques anticoncurrentielles, une condition de l'infraction. Or, en matière de déséquilibre significatif, l'impact sur le marché, que nous proposons comme critère pour justifier d'une sanction, n'est nullement une condition pour établir la pratique. Néanmoins, le schéma de pensée du droit des pratiques anticoncurrentielles reste intéressant et peut nous inspirer en matière de déséquilibre significatif. Ainsi, les restrictions par « objet » découlent de pratiques déclarées, en principe, anticoncurrentielles par nature, l'analyse des effets n'est donc pas nécessaire¹⁴³⁴. Les restrictions par objet sont, en théorie, tirées de l'expérience du contentieux et devraient ainsi faciliter le travail du juge lui conférant un gain de temps et de ressources, notamment probatoires. Il appartient, en effet, au défendeur de démontrer l'absence d'atteinte à la concurrence ou sa justification. Or, des études n'ont pas permis de confirmer les avantages d'une analyse par objet, du moins, en termes de gain de temps¹⁴³⁵. Par ailleurs, la dimension nocive, par nature, des restrictions par objet peut être questionnée notamment au regard de l'évolution de la science économique¹⁴³⁶. Dès lors, comme le retient M. T. SCHREPEL : « *le risque que des erreurs de type I [faux-positifs] soient prononcées est ainsi non négligeable, ce*

jurisprudence fait preuve de raison. Les demandes fondées sur le déséquilibre significatif, hors du champ de la grande distribution, sont presque toujours rejetées. Sur ce terrain, le juge privilégie le maintien du contrat à la régulation du secteur, de manière évidente. ».

¹⁴³³ T. SCHREPEL, *Pour une suppression en droit de la concurrence des restrictions par objet : l'innovation juridique peut aussi être conceptuelle*, mars 2019, Larcier, p. 330 et s., dispo. sur le site <http://leconcurrentialiste.com>.

¹⁴³⁴ CJCE, aff. C-209/07, 20 novembre 2008, Beef Industry, §15 et s. ; CJUE, aff. C-67/13, 11 septembre 2014, Groupement des cartes bancaires, §53. La qualification d'une restriction de concurrence par objet dépend du degré de nocivité, les autorités compétentes analysent la pratique, le but poursuivi et le contexte économique et juridique dans lequel elle s'insère.

¹⁴³⁵ T. SCHREPEL, *Pour une suppression en droit de la concurrence des restrictions par objet : l'innovation juridique peut aussi être conceptuelle*, *op. cit.*, p. 331. S'appuyant sur des études, il déclare que : « Le traitement des restrictions par objet n'est donc pas plus rapide que celui des restrictions par effet. Ainsi, la durée moyenne des procédures introduites en Europe au visa de l'article 102 du TFUE sur le fondement d'une restriction par effet est de 904 jours, tandis que celle concernant les restrictions par objet est de 946 jours. La différence entre les deux types de pratique est mineure, et elle est, qui plus est, à l'avantage des restrictions par effet. Sûrement est-ce dû au fait que la Commission européenne doit déterminer avec plus de précision le type de restriction allégué lorsqu'elle entend la qualifier de restriction par objet. ».

¹⁴³⁶ En ce sens : T. SCHREPEL, *Pour une suppression en droit de la concurrence des restrictions par objet : l'innovation juridique peut aussi être conceptuelle*, *op. cit.*, p. 330. <http://leconcurrentialiste.com> : « En réalité, l'évolution de la science économique laisse souvent apparaître le caractère plus ambigu des pratiques ainsi condamnées. ».

qui participe d'une faible sécurité juridique » ; « *la règle de droit qui admette a priori la légalité ou l'illégalité d'une pratique n'est pas la bienvenue. Au contraire, le droit de la concurrence doit viser une défense constante de l'efficacité économique* »¹⁴³⁷. Il apparaît alors nécessaire de s'assurer de la nocivité concrète des pratiques litigieuses avant d'en prononcer la sanction, comme le proposent également d'autres auteurs¹⁴³⁸. Ainsi, la prise en compte des effets des pratiques devrait être privilégiée plutôt qu'une analyse par l'objet. En matière de pratiques anticoncurrentielles, M. T. SCHREPEL préconise également de supprimer toute présomption des effets des pratiques. Il déclare à ce sujet que : « *Les effets anticoncurrentiels d'une pratique doivent être prouvés — et pas seulement présumés, sauf lorsque la survenance est future. Une brève analyse du degré de probabilité des effets anticoncurrentiels d'une pratique ne peut suffire. Une preuve tangible doit être apportée, sans quoi, aucune condamnation ne saurait être prononcée. En l'absence d'une telle rigueur, la suppression des restrictions par objet ne serait qu'un simple leurre.* »¹⁴³⁹.

Nous partageons cet avis en matière de déséquilibre significatif. En effet, nous estimons qu'il est nécessaire de tenir compte des effets des pratiques et non plus de se limiter à une analyse fondée *a priori* sur l'objet, qui supposerait l'existence d'effets nocifs par nature. Nous recommandons de prendre en compte les effets des pratiques sur les parties et le marché, en l'espèce, pour justifier d'une sanction et non pour établir la pratique. Les effets des pratiques, qu'ils soient positifs ou négatifs, doivent être concrètement démontrés (effets réels) sauf si leur réalisation doit avoir lieu dans le futur (effets potentiels) alors leur réalisation et ses effets doivent être fortement probables et sensibles. Comme le retient l'analyse économique, il est plus efficace car plus réaliste d'étendre l'analyse des effets à l'ensemble des acteurs du marché sans se limiter aux effets des pratiques sur les cocontractants. C'est en ce sens que le prononcé d'une sanction pourra s'avérer efficace économiquement. À partir de ces informations, il conviendra de mettre en balance les effets négatifs et positifs du déséquilibre contractuel, sur les parties et le marché, afin de justifier de l'utilité et de l'efficacité d'une sanction.

Les économistes préconisent, notamment, d'utiliser une règle de raison en matière de pratiques anticoncurrentielles pour apprécier l'efficacité d'une sanction. Une règle de raison (« *rule of reason* ») se définit comme une : « *Démarche consistant, pour les autorités ou les juridictions compétentes en matière de droit de la concurrence, à mettre en balance les aspects pro-concurrentiels et anti-concurrentiels d'une pratique commerciale restrictive lorsqu'elles ont à statuer sur sa possible interdiction. Certaines pratiques à première vue restrictives pourront, après plus ample examen, être jugées bénéfiques du point de vue de l'efficacité. [...] La règle de raison s'oppose à l'illégalité per se, c'est-à-dire l'interdiction absolue et automatique de*

¹⁴³⁷ T. SCHREPEL, *Pour une suppression...*, *ibid.*, p. 330.

¹⁴³⁸ L. GODARD, *Droits des pratiques anticoncurrentielles et des pratiques restrictives de concurrence*, Bruylant, 2021, §181 : « D'un droit des pratiques restrictives de concurrence, il devient un droit des pratiques déloyales entre entreprises » et propose notamment de modifier le texte en ce sens, §307 : « Article 1 : Est abusif le fait, par toute entreprise, de soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de créer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations [...] ». ».

¹⁴³⁹ T. SCHREPEL, *Pour une suppression... op. cit.*, p. 335.

certaines pratiques. »¹⁴⁴⁰. La règle de raison, dont l'application est juridique, conduit à une analyse similaire à celle retenue en matière économique à travers une analyse des coûts et des avantages. Il s'agit, également, de mettre en balance les coûts, soit les effets nocifs des pratiques sur les parties et le marché, avec ses avantages ou bénéfiques, soit leurs effets positifs. Ce qui conduit à un bilan économique. Cette mise en balance confère une vision globale du fonctionnement des pratiques litigieuses et laisse plus de place aux arguments de la défense. Lorsque les effets nocifs des pratiques l'emportent sur les effets positifs, la sanction se justifie économiquement. Or, les droits français et européen des pratiques anticoncurrentielles ne mettent pas en place une règle de raison à proprement parler¹⁴⁴¹. Ils prévoient dans un premier temps, d'établir la nocivité d'une pratique à travers certains critères¹⁴⁴² et ainsi y appliquer la disposition prévoyant sa sanction, puis, uniquement dans un second temps, d'exempter cette pratique d'une sanction en refusant d'y appliquer la disposition légale dès lors qu'elle remplit d'autres critères démontrant ses effets positifs sur le marché¹⁴⁴³. En ce sens, le régime d'exemption en droit français et en droit européen des pratiques anticoncurrentielles s'oppose au mécanisme d'une règle de raison puisque cette dernière procède à une mise en balance des effets anti-concurrentiels et pro-concurrentiels lors d'une même étape afin d'apprécier la pertinence d'une sanction¹⁴⁴⁴. Ainsi, en droit français et européen des pratiques anticoncurrentielles, il est admis qu'un acteur économique puisse justifier d'un abus de position dominante, pratique en principe répréhensible, et ainsi être exempté d'une sanction. Après avoir qualifié la pratique sur le fondement de l'article L.420-2, l'article L.420-4 du Code de commerce apprécie l'exemption d'une sanction à travers plusieurs conditions, précisées par la jurisprudence. En l'absence d'une justification tirée de l'application d'un texte législatif ou réglementaire, il s'agit de démontrer que les pratiques litigieuses ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Elles ne doivent imposer des restrictions à la concurrence, que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès. Ou encore, si les auteurs peuvent justifier qu'ils sont fondés sur des motifs objectifs tirés de l'efficacité économique et qui réservent aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte. Ces gains d'efficacité doivent suffisamment bénéficier au consommateur et ne seront pas admis si les profits ne bénéficient, en réalité, qu'à l'auteur de la pratique. Parmi ces gains, il peut s'agir d'une amélioration technique, d'une avancée technologique, du renforcement de la qualité du bien, une réduction des coûts de production ou distribution etc. Il importe également de s'assurer du lien de causalité entre les avantages procurés et les pratiques contestées. Les conditions pour bénéficier de ces gains d'efficacité sont donc très strictes et ont rarement conduit à leur

¹⁴⁴⁰ OCDE, *Glossaire d'Économie industrielle et de droit de la concurrence*, Centre pour la coopération avec les économies européennes en transition, 1993, §179.

¹⁴⁴¹ TPICE, aff. T-112/99, 18 sept. 2001, Métropole télévision c/ Commission.

¹⁴⁴² V. not. TFUE, art. 101 et 102 ; Code com., art. L.420-1 et L.420-2.

¹⁴⁴³ V. not. TFUE, art. 101§3 ; Code com., art. L.420-4.

¹⁴⁴⁴ P. ARHEL, « Accords de distribution : droit de la concurrence », *Répertoire de droit commercial*, octobre 2022 (actualisation : mai 2023), §53.

admission¹⁴⁴⁵. Rappelons que l'efficacité, au sens juridique, semble conduire à une forte régulation des pratiques commerciales en laissant peu de place aux arguments de la défense et en privilégiant les erreurs de type faux-positifs. Or, l'analyse des pratiques anticoncurrentielles par l'Autorité de la concurrence a, néanmoins, le mérite de privilégier des tests économiques pour ses décisions¹⁴⁴⁶. Cette approche, plus réaliste, pourrait être introduite dans le petit droit de la concurrence.

Ainsi, nous proposons d'introduire une exemption de sanction d'un déséquilibre significatif dès lors que ses avantages pour les parties et le marché outrepassent ses effets nocifs. Ce mécanisme d'exemption permettrait, en outre, de favoriser le maintien des relations contractuelles. Il fonctionne en deux étapes, contrairement à une règle de raison, il s'agit de maintenir l'article du Code de commerce prévoyant la pratique de déséquilibre significatif et prévoir ensuite une disposition légale permettant l'exemption d'une sanction. Il conviendra d'introduire une disposition supplémentaire dans le Code de commerce. Cette nouvelle disposition pourrait même être ouverte à d'autres pratiques qui font, à ce jour, l'objet d'une sanction *per se*. Si de telles exigences conduiraient à une « économisation » de l'analyse judiciaire et rendraient l'office du juge plus difficile, car moins prévisible et plus coûteuse¹⁴⁴⁷, G. CANIVET, ancien premier Président de la Cour de cassation, puis membre du Conseil Constitutionnel, retient que « *l'exploitation de ces multiples opportunités ne vise assurément pas à transformer le juge en économistes mais à lui permettre de comprendre les arguments économiques développés devant lui et de les départager par une motivation substantielle de ses décisions. Il s'agit moins de faire du juge un expert que de le rendre capable d'un dialogue avec les économistes qui interviennent dans les affaires de concurrence* »¹⁴⁴⁸.

B. La modification de l'analyse juridique à travers la prise en compte des effets des pratiques et la limitation du texte commercial à l'existence d'une atteinte à l'ordre public économique

290. *Exemple pratique de modification de l'analyse juridique pour prendre en compte les effets des pratiques, sur les parties au contrat et le marché, au stade de la justification d'une sanction.* Puisque le Code de commerce exige de démontrer un déséquilibre contractuel significatif, le contrat doit avantager significativement le défendeur au détriment de son partenaire. Pour parvenir à cette analyse, de manière réaliste, il convient, selon nous, de s'appuyer sur les effets des clauses et les effets du contrat sur les parties, soit les gains et pertes, directs et indirects, qu'ils procurent. Rappelons qu'un déséquilibre contractuel est une pratique

¹⁴⁴⁵ C. GRYNFOGEL, « Fasc. 260 : Droit français des abus de domination. – Article L. 420-2 du Code de commerce », *JurisClasseur Commercial*, date du fascicule : 13 février 2017, date de la dernière mise à jour : 13 février 2017, §187 ; TUE, T-201/04, 17 septembre 2007, Microsoft, §666 et s.

¹⁴⁴⁶ On trouve notamment le test du concurrent aussi efficace ainsi qu'une analyse obligatoire de l'objet ou des effets anticoncurrentiels, C. GRYNFOGEL, « Fasc. 260 : Droit français des abus de domination. – Article L. 420-2 du Code de commerce », *ibid.*, §147.

¹⁴⁴⁷ G. CANIVET, « La place des économistes dans les organes d'application du droit de la concurrence – Retour sur un malaise existentiel », *Concurrences.com*, mai 2019, §5.

¹⁴⁴⁸ G. CANIVET, « La place des économistes dans les organes d'application du droit de la concurrence – Retour sur un malaise existentiel », *ibid.*, §32.

plutôt commune dans les relations commerciales puisqu'il est difficile de parvenir spontanément à un équilibre entendu comme une équité parfaite entre les parties. Puisque les juges n'en recherchent pas suffisamment la preuve, nous préconisons de vérifier, de manière plus efficace, l'intensité du déséquilibre contractuel pour établir la pratique. Néanmoins, nous avons admis que ces outils économiques ne sauraient, du moins dans un premier temps, s'imposer au demandeur. Il pourra, alors, apporter la preuve de l'existence d'un déséquilibre contractuel, de nature significative, en s'aidant notamment des critères d'équité et des présomptions développées par les juges. Le défendeur pourra quant à lui utiliser ces outils économiques pour apporter la preuve contraire lors de la phase de rééquilibrage.

Par ailleurs, lorsque l'action est intentée par le ministre de l'Économie, nous préconisons que ce dernier démontre, au-delà de l'existence d'un déséquilibre contractuel significatif, une atteinte, réelle ou fortement potentielle, et sensible à l'ordre public économique. L'atteinte à l'ordre public économique conduit à s'intéresser aux effets des pratiques sur les cocontractants mais également sur les consommateurs, les concurrents et les autres partenaires commerciaux. Elle n'implique pas de démontrer que l'ensemble de ces acteurs sont impactés, de manière négative, mais que le bon fonctionnement du marché pourrait être sensiblement endommagé. Le défendeur peut apporter la preuve contraire. Nous développerons ce point de manière plus détaillée dans une Partie II relative à la justification de l'intervention étatique dans les relations commerciales et en particulier, le droit d'action de l'autorité publique.

Après avoir établi, de manière efficace, un déséquilibre contractuel significatif entre les parties, nous prévoyons d'intégrer une possibilité d'exemption, au profit du défendeur, lui permettant d'éviter une sanction. Si l'exemption est rejetée, le défendeur peut néanmoins user de ces arguments pour demander une réduction de sanction. En pratique, il lui appartient de démontrer l'existence d'effets réels ou bien potentiels (mais fortement probables), sensibles et positifs pour son cocontractant et/ou le marché, afin d'être exempté. Il peut démontrer que le déséquilibre contractuel, même significatif, n'est pas sensiblement dommageable pour l'autre partie¹⁴⁴⁹ et/ou le fonctionnement du marché. Il doit exister un lien de causalité entre le contrat litigieux et ces effets, qu'ils soient positifs ou négatifs, sur les cocontractants et sur le marché. Par exemple, lorsqu'un déséquilibre contractuel significatif a été constaté, mais la relation commerciale a duré plusieurs années, sans qu'aucun effet nocif concret ne se soit réellement produit au jour du jugement puisque le défendeur n'a jamais usé des clauses litigieuses ou bien ne l'a pas fait de manière nocive durant toutes ces années alors qu'il en avait la capacité, cet état de fait doit être pris en compte bien que cela ne présage pas d'un risque d'abus futur. Nous admettons l'utilité d'une sanction par anticipation des effets nocifs futurs, suffisamment

¹⁴⁴⁹ Rappelons que l'autre partie bénéficie, néanmoins, d'un avantage majeur à signer le contrat en comparaison avec son option de sortie. Même inéquitable, le partage contractuel proposé reste, le cas échéant, plus intéressant que celui proposé par d'autres partenaires potentiels. Par ailleurs, le défendeur peut démontrer que ce déséquilibre contractuel significatif est justifié en pratique du fait de sa position d'acteur placé en amont. Le partenaire, agissant en tant qu'acteur intermédiaire, peut compenser le « dommage » subi par le déséquilibre du contrat initial en augmentant ses gains à travers la signature d'autres contrats, notamment avec le consommateur, et ce, grâce à la signature du contrat initial. Le défendeur peut également utiliser cet argument au stade de la détermination d'un déséquilibre contractuel significatif entre les parties en s'y référant comme gain indirect de son cocontractant dès lors qu'il apporte la preuve d'un tel lien.

probables et sensibles, pour prévenir un dommage. Il convient, toutefois, de ne pas protéger un acteur qui n'en a pas besoin, au risque de conduire à un enrichissement injustifié de ce dernier¹⁴⁵⁰. Outre les effets sur le cocontractant, le défendeur peut justifier d'effets positifs, réels ou potentiels (mais fortement probables) et sensibles sur le marché. Il peut, par exemple, contester l'existence d'une atteinte à l'ordre public économique en démontrant l'absence d'effets nocifs et/ou l'existence d'effets positifs des pratiques litigieuses sur le fonctionnement de l'économie. Il pourrait démontrer que le déséquilibre contractuel significatif favorise, directement, le progrès économique ou encore qu'il réserve aux consommateurs une partie équitable du profit. On pourrait exiger la preuve que ces pratiques soient indispensables pour parvenir à un tel résultat mais ce critère est très difficile à démontrer en pratique, ce qui pourrait nuire à l'efficacité de l'exemption. Il appartiendrait, néanmoins, à leur auteur de démontrer que ces pratiques sont fondées sur des objectifs d'efficacité économique. Les profits tirés de la pratique ne doivent pas bénéficier uniquement à son auteur mais réserver aux autres acteurs du marché, en particulier les consommateurs, une partie équitable du profit. Par exemple, cet avantage a pu être utilisé au profit du consommateur notamment à travers une amélioration de la qualité des produits ou *via* des réductions à la vente, il peut également démontrer qu'il a favorisé l'innovation, le progrès technique, facilité l'entrée de nouveaux concurrents en ouvrant la concurrence ou encore, en étendant son activité économique et augmentant ainsi ses partenaires commerciaux etc. Par ailleurs, le contexte entourant la relation commerciale peut expliquer certains comportements, sans être nécessairement suffisant. Par exemple, si la guerre des prix entre distributeurs peut expliquer des pratiques abusives à l'égard des fournisseurs, y compris si ces pratiques bénéficient *in fine* au consommateur, elles peuvent néanmoins conduire à exclure un fournisseur du marché. On peut alors s'interroger si l'effet négatif de son exclusion peut être suffisamment compensé par l'avantage retiré par les consommateurs ? La réponse pourrait notamment dépendre de l'importance de ce fournisseur, car rappelons que la concurrence est un processus bénéfique permettant d'évincer du marché les acteurs les moins efficaces. Or, pour se maintenir sur le marché, ce fournisseur pourrait tenter de compenser le déséquilibre subi dans le contrat initial à travers un autre contrat avec un distributeur moins puissant (technique du « *waterbed effect* » déjà mentionnée) et ainsi potentiellement conduire à l'éviction de ce distributeur, réduisant d'autant plus le peu de demande. La pratique de déséquilibre contractuel significatif, même justifiée par le contexte économique, pourrait détériorer le bon fonctionnement de l'économie dès lors que ses effets nocifs l'emportent sur ses effets positifs. Le juge peut compléter les informations qu'il possède dans le dossier en questionnant directement les parties ou en procédant à des enquêtes supplémentaires.

Ainsi, en mettant en balance les effets positifs des pratiques sur les cocontractants et le marché avec les effets négatifs, le juge pourra apprécier l'utilité et l'efficacité d'une sanction. Or, le droit positif apprécie les effets positifs (aussi appelés gains d'efficacité ou d'efficience) de manière très stricte. En l'espèce, il convient d'avoir une appréciation aussi souple pour le demandeur que pour le défendeur. Rappelons que le demandeur bénéficie, en droit positif, de deux présomptions pour parvenir à une sanction : présomption de déséquilibre des clauses

¹⁴⁵⁰ Nous développerons ce point de manière plus détaillée dans la Partie II où nous nous intéresserons plus précisément aux sanctions à préconiser.

litigieuses, au regard des critères d'équité précités, qui entraîne une présomption de déséquilibre contractuel¹⁴⁵¹. La preuve pouvant être apportée par le défendeur ne doit pas être analysée de manière trop stricte. Il s'agit d'éviter la sanction de faux-positifs ce qui pourrait nuire au bon fonctionnement de l'économie. Pour que la justice soit effectuée de manière équitable entre les parties, il apparaît nécessaire que le défendeur dispose des mêmes droits et puisse les utiliser de manière effective¹⁴⁵². C'est donc à travers un bilan économique que le juge sera en mesure de déterminer l'intérêt de cette sanction. Décider de sanctionner un déséquilibre contractuel jugé significatif, en se fondant sur deux présomptions, sans rechercher ni tenir compte des effets des pratiques sur les parties et le marché conduit à une analyse biaisée pouvant porter atteinte à l'économie. Ainsi, maintenir la relation contractuelle, même en présence d'un déséquilibre contractuel significatif, devrait être une priorité en l'absence d'effets nocifs suffisamment sensibles pour les parties et le marché. En pratique, une telle appréciation semble déjà privilégiée lorsque le demandeur est un acteur économique, les juges ayant une approche plus favorable à une sanction lorsque l'action est intentée par le ministre de l'Économie.

291. *Proposition de limitation de l'analyse du déséquilibre significatif, en matière commerciale, à l'existence d'une atteinte à l'ordre public économique.* Bien que l'objectif principal du texte commercial, en matière de déséquilibre significatif, soit de réparer le préjudice subi par un cocontractant, la pratique est bien moins concluante. Il suffit de constater le peu de décisions où cette sanction a été prononcée¹⁴⁵³ et le peu de décisions conduisant à la réussite de l'action portée par un acteur économique, notamment en dehors du secteur de la grande distribution. Le Professeur M. BEHAR-TOUCHAIS a ainsi développé l'idée d'un « déséquilibre significatif à deux vitesses »¹⁴⁵⁴. En effet, lorsque le Ministre est à l'origine de l'action, la décision judiciaire tend bien souvent vers l'établissement d'une pratique devant être sanctionnée, lorsque l'action est à l'origine d'un acteur économique, la décision judiciaire tend plutôt vers son rejet et le maintien des relations contractuelles. Toutefois, cette tendance semble se dissiper concernant l'action du Ministre¹⁴⁵⁵. Ainsi, ce sont principalement les décisions incluant l'action du Ministre qui ont permis de fonder la jurisprudence du déséquilibre significatif. Par ailleurs, le prononcé des sanctions les plus marquantes et les plus discutées, en présence d'un déséquilibre significatif, parmi lesquelles se trouvent l'amende, la nullité et la cessation des pratiques notamment pour l'avenir, sont ou étaient limitées à l'action du Ministre. L'objectif pratique poursuivi par le texte commercial, en matière de déséquilibre significatif, n'est pas la réparation du préjudice subi par le cocontractant. Il ressort de l'analyse de la

¹⁴⁵¹ Nous prévoyons, dans un second temps, lorsque les juges se seront familiarisés avec les outils économiques, de contraindre également le demandeur, lorsqu'il s'agit d'une entreprise, de démontrer ces effets négatifs pour établir la pratique. Dans tous les cas, il lui appartient d'apporter la preuve d'un préjudice s'il invoque sa réparation.

¹⁴⁵² Comme l'exige la CEDH, art. 6, Droit à un procès équitable.

¹⁴⁵³ S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, th. droit, Université Montpellier, 2018, nbdp 519.

¹⁴⁵⁴ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », *JCP*, 21 mai 2015, p. 603. En ce sens égal., M. CHAGNY, « Vers une démonstration plus exigeante du comportement consistant à "soumettre ou tenter de soumettre" », *RTD com.*, 2018, p. 639.

¹⁴⁵⁵ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les fournisseurs non soumis à la grande distribution existent (à propos de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 20 décembre 2017) ! », *RDC*, 2018, p. 224. M. BEHAR-TOUCHAIS, « La condition de soumission à un déséquilibre significatif : "le ministre contre-attaque" », *LEDICO*, sept. 2018, p. 5.

jurisprudence que les acteurs économiques, lorsqu'ils agissent seuls, ne trouvent pas leur compte à agir sur le fondement du Code de commerce. L'existence d'une sanction du déséquilibre significatif en droit civil, à l'article 1171, offre, dès lors qu'il est applicable, une voie plus adaptée pour l'action d'un acteur économique en tant que victime¹⁴⁵⁶. L'article 1178 du Code civil pouvant également être utilisé pour demander la nullité et obtenir la réparation du préjudice subi conformément au droit commun de la responsabilité extracontractuelle. L'analyse du déséquilibre significatif, dès lors que sa sanction vise uniquement la protection des intérêts privés des cocontractants, pourrait utilement relever du droit commun. Rappelons, en effet, que l'article 1171 du Code civil se situe dans une section réservée à la validité du contrat et plus précisément à son contenu. Toutefois, en droit positif, l'acteur économique ne peut pas choisir son fondement, il doit appliquer l'article qui le concerne¹⁴⁵⁷. L'article 1171 du Code civil est relégué au rang subsidiaire puisqu'il s'applique dans les hypothèses où l'article L.442-1 du Code de commerce ne s'applique pas.

Nous proposons, toutefois, de vider l'article L.442-1, I, 2° du Code de commerce de son objectif de façade visant à réparer les préjudices résultants d'intérêts privés spécifiques, pour mettre en lumière son objectif réel, déjà présent en pratique : prévenir et sanctionner les atteintes à l'ordre public économique¹⁴⁵⁸. La portée des pratiques restrictives de concurrence auxquelles appartient la sanction commerciale du déséquilibre significatif, distinctes du droit commun, prendrait alors tout son sens. Le Ministre deviendrait l'acteur majeur en la matière (bien qu'il le soit déjà), sous le contrôle nécessaire du juge, gardien de l'impartialité des décisions, car le

¹⁴⁵⁶ A. LECOURT, « Article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce et article 1171 du code civil : exclusion ou complémentarité », *Revue Lamy droit des affaires*, n°121, 1^{er} décembre 2016.

¹⁴⁵⁷ Cass. com., 26 janv. 2022, n°20-16.782. V. égal. Code civ., art. 1105. G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Déséquilibre significatif », *Répertoire de droit commercial*, janvier 2022 (actualisation : janvier 2023), §203 : « La Cour de cassation a néanmoins retenu qu'« il ressort des travaux parlementaires de la loi du 20 avril 2018 ratifiant ladite ordonnance, que l'intention du législateur était que l'article 1171 du code civil, qui régit le droit commun des contrats, sanctionne les clauses abusives dans les contrats ne relevant pas des dispositions spéciales des articles L.442-6 du code de commerce et L. 212-1 du code de la consommation. » ; M. LATINA, « Clauses abusives : la réduction du champ d'application de l'article 1171 du Code civil », *LEDC*, mars 2022, p. 1 : « L'intention du législateur ». « Ce dernier n'avait-il pas l'intention de renforcer la protection de la partie faible, ce qu'aurait permis l'instauration d'une option entre les textes ? ». Par opp. : C. GRIMALDI, « Pas d'option entre les mécanismes sanctionnant les déséquilibres significatifs », *LEDICO*, mars 2022, p. 1 : « Il faut féliciter la Cour de cassation pour la décision rendue. De fait, il est en la matière un besoin crucial d'unification des solutions – par la cour d'appel de Paris – qui aurait été excessivement mis à mal si la solution contraire avait été retenue. » ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Contrats et obligations - La résolution du conflit des textes sur le déséquilibre significatif, À propos du non-cumul entre l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce et l'article 1171 du Code civil », *La Semaine Juridique Édition Générale*, n°15, 18 avril 2022, doctr. 494 : « Rien n'est plus déstabilisant pour les entreprises que de ne pas savoir à quelles règles elles vont être soumises. Grâce à cet arrêt, vont cesser les arguments opportunistes jouant sur l'incertitude entre le non-cumul et le cumul électif, ou encore les décisions de juges non spécialisés, préférant appliquer l'article 1171 du Code civil, afin de ne pas être privés de leur pouvoir de juger. ».

¹⁴⁵⁸ V. en ce s. A. RIÉRA, « Le déséquilibre significatif en droit des pratiques restrictives de concurrence et en droit des obligations : une notion, deux régimes ? », *Revue Lamy de la concurrence*, n°52, 1^{er} juillet 2016 : « L'extension du domaine de la lutte devrait conduire à une diminution certaine de celui de l'article L. 442-6, I, 2°, lequel retrouverait dès lors son territoire naturel : celui de la police du marché et de la concurrence. Espérons que, si "qui trop étirent mal embrasse", "qui moins étirent mieux embrasse". ». V. égal., CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 : « L'intervention du législateur est fondée sur un impératif d'ordre public économique, avec pour objectif d'assurer l'équilibre des rapports entre partenaires commerciaux en mettant fin à des pratiques néfastes à l'économie. ».

Ministre ne saurait faire preuve d'une totale neutralité¹⁴⁵⁹. En effet, rappelons que le ministre de l'Économie est déjà contraint, par nature, de justifier une atteinte à l'ordre public économique pour agir en matière commerciale. Il ne peut pas agir sur le fondement du droit commun. *A contrario*, si l'on venait à introduire une condition d'atteinte à l'ordre public économique, en matière de déséquilibre significatif commercial, les acteurs économiques pourraient avoir des difficultés à en apporter la preuve. Cette preuve peut s'avérer plus complexe et donc plus coûteuse car la charge sera plus importante, elle n'est donc pas à la portée de tous les acteurs économiques. Certes, les entreprises les plus puissantes pourraient démontrer un tel fondement, il en va différemment des petits acteurs qui ne parviennent déjà pas à obtenir gain de cause devant le juge commercial. Sous ce nouveau régime, la loi, et les juges, devraient leur permettre d'agir sur le fondement du déséquilibre significatif en droit civil¹⁴⁶⁰. Il conviendra, néanmoins, de s'assurer que l'acteur économique obtiendra une protection plus effective en droit commun. Rappelons que le texte de droit civil est plus étroit que celui du droit commercial car il se limite aux contrats d'adhésion et exclut les déséquilibres fondés sur l'objet principal du contrat ou sur l'adéquation du prix à la prestation. Par ailleurs, les acteurs économiques pourront également se tourner vers la démonstration d'un avantage sans contrepartie, qui contrairement à l'analyse de l'équilibre contractuel, est une pratique dont la portée économique est, *a priori*, moindre sur le marché puisqu'elle impliquerait, de manière moins présente, un impact sur l'ordre public économique.

Par ailleurs, contrairement à certaines propositions ou réflexions visant à limiter le champ d'application du texte commercial sur les déséquilibres significatifs à la grande distribution¹⁴⁶¹, nous estimons que la référence à l'ordre public économique permet de limiter le champ des actions aux pratiques qui portent atteinte à l'économie, sans pour autant se restreindre à la protection de certains intérêts privés, mais en incluant les intérêts des différents acteurs sur le marché. Par ailleurs, l'évolution de la société a permis de faire apparaître de nouveaux secteurs, et donc de nouvelles problématiques, à contrôler en matière de déséquilibre significatif. Si à l'origine la grande distribution alimentaire était principalement concernée par cette pratique, la régulation s'est ensuite étendue à l'ensemble de la grande distribution, mais également à

¹⁴⁵⁹ TC Paris, 27 avril 2020, n°2017020533. DGCCRF, *Le bilan de la jurisprudence civile, administrative et pénale 2020*, mis en ligne sur le site : economie.gouv.fr, §2.2.1 : « Le tribunal de commerce de Paris rappelle que la DGCCRF n'est pas astreinte à une obligation de neutralité lorsqu'elle procède à ses enquêtes. En effet, sa mission est de repérer des pratiques qui, par hypothèse, ont été dissimulées. Pour les mêmes raisons, il ne peut être demandé au ministre, à l'initiative des poursuites, de s'abstraire de se comporter en procureur. Cette décision s'inscrit dans le cadre d'une jurisprudence constante. ».

¹⁴⁶⁰ À ce jour, les textes du déséquilibre significatif, en droit commercial et civil, ne prévoient pas directement de distinction, les juges ont donc apporté des précisions (Cass. com., 26 janv. 2022, n°20-16.782). Ainsi, la loi et la jurisprudence devront être modifiées pour permettre aux acteurs économiques, agissant pour leurs seuls intérêts privés, d'agir devant le juge civil.

¹⁴⁶¹ S. CHAUDOUET, *Le déséquilibre significatif*, th. droit, Université Montpellier, 2018, §1000. A. LECOURT, « Le déséquilibre significatif : un instrument neutralisé hors de la grande distribution », *Revue Lamy droit des affaires*, n°121, 1^{er} décembre 2016 : « III [...] La volonté de préserver le lien contractuel, de faire respecter la force obligatoire du contrat et de favoriser le maintien de la relation contractuelle amène ainsi le juge à rejeter consciencieusement les demandes fondées sur le déséquilibre significatif hors du champ de la grande distribution. À tel point que l'on peut légitimement s'interroger sur l'intérêt qu'il y a de maintenir pour les professionnels "simples" la protection du code de commerce. D'autant que l'entrée en vigueur du nouvel article 1171 du code civil, qui repose sur un critère similaire (l'existence d'un contrat d'adhésion), pourrait le supplanter. ».

d'autres acteurs comme ceux du numérique, du tourisme, etc. C'est non en raison de la nature des acteurs concernés par la pratique, mais plutôt au regard de son effet sur l'ordre public économique, que le juge devrait intervenir en la matière. Certes, la nature des parties au contrat confère un indice majeur d'une atteinte potentielle à l'ordre public économique. Par exemple dans un secteur, tel que la grande distribution alimentaire, marqué *a priori* par un rapport de force déséquilibré entre les acteurs et un risque d'atteinte à la concurrence en raison du manque d'homogénéité du marché, mais cette seule démonstration ne saurait suffire, il convient de prouver concrètement l'atteinte qui en résulte.

Les juges développeraient alors une connaissance poussée des enjeux économiques leur permettant de développer une expertise des mécanismes de marché, d'après M. T. SCHREPEL ils pourraient s'appuyer sur une grille d'analyse leur permettant de prendre des décisions conformes à la réalité économique¹⁴⁶². Ils disposeraient, par ailleurs, du temps nécessaire pour traiter de ces problématiques puisque les juridictions spécialisées seraient allégées des actions initiées directement par des acteurs économiques pour défendre leurs seuls intérêts privés. Comme cela a pu être soulevé, le Ministre ne pourrait pas, en termes de coûts financiers et de gains de temps, analyser l'équilibre de tous les contrats. Or, en exigeant la démonstration effective d'une atteinte à l'ordre public économique, il sera en mesure de ne sélectionner que les pratiques de déséquilibre significatif les plus attentatoires pour agir en défense de ces intérêts. Son action sera alors totalement justifiée et adaptée, tel n'est pas nécessairement le cas lorsqu'il agit indépendamment d'une action en justice¹⁴⁶³. Enfin, une telle proposition ne saurait conduire à un libéralisme fortement attentatoire aux plus faibles comme le retient le philosophe A. FOUILLEE¹⁴⁶⁴. Cette proposition ne ferait que prendre acte de la réalité pratique du contrôle des déséquilibres significatifs, elle offrirait aux acteurs économiques une meilleure chance d'obtenir gain de cause devant le juge civil et permettrait également de mieux encadrer l'action du Ministre afin de s'assurer du bien-fondé de ses demandes.

Ainsi, l'objectif d'une sanction des déséquilibres contractuels significatifs ne viserait pas, en matière commerciale, la seule protection de l'intérêt privé comme le fait le Code civil, mais intégrerait, à juste titre, une protection du marché à travers la notion d'ordre public économique. En limitant, textuellement, l'article du Code de commerce à cette condition de protection de l'ordre public économique, les juges n'auraient d'autre choix que de prendre en compte les effets, du moins pour refuser une sanction dès lors que les effets positifs des pratiques l'emportent sur ceux négatifs ou à défaut, pour réduire la sanction.

¹⁴⁶² Pour une approche similaire en matière de pratiques anticoncurrentielles, T. SCHREPEL, *Pour une suppression en droit de la concurrence des restrictions « par objet » : l'innovation juridique peut aussi être conceptuelle*, mars 2019, dispo. sur le site : <http://leconcurrentialiste.com>.

¹⁴⁶³ Le ministre peut agir à titre préventif *via* des injonctions ; outre que cette capacité est dangereuse en raison de son manque d'impartialité, elle conduit également à accroître son travail. V. th. Partie II.

¹⁴⁶⁴ J.-F. SPITZ, « Qui dit contractuel dit juste : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *RTD civ.*, 2007, p. 281 : « Lorsqu'il écrit que tout ce qui est contractuel est juste, Fouillée n'entend [...] pas dire que tout ce qui est formellement consenti crée un lien de droit et d'obligation, mais au contraire que seuls les accords authentiquement contractuels sont susceptibles de produire de tels effets », accords dans lesquels justement « chacun dispose de moyens de négociation qui lui permettent d'échapper à la dépendance où le jetterait au contraire l'impossibilité de refuser les conditions offertes par d'autres ».

292. *Conclusion.* Nous recommandons que le demandeur apporte la preuve de l'existence d'un déséquilibre contractuel, de nature significative, en s'aidant notamment des critères d'équité et des présomptions développées par les juges. Le ministre de l'Économie devra au-delà de l'existence d'un déséquilibre contractuel significatif, démontrer, plus globalement, une atteinte concrète à l'ordre public économique en s'appuyant sur les effets nocifs, réels ou potentiels mais fortement probables, et sensibles pour les parties et le bon fonctionnement du marché. Le défendeur pourra quant à lui renverser la preuve d'un déséquilibre contractuel significatif à l'aide des effets des clauses et du contrat et à défaut d'y parvenir, démontrer l'absence d'effets nocifs des pratiques ou établir que les effets positifs, (réels ou potentiels mais suffisamment probables et sensibles) sur les cocontractants et/ou les autres acteurs du marché permettent (par une mise en balance) de justifier une exemption de sanction ou, à tout le moins, une réduction. L'objectif étant, notamment, de maintenir des relations commerciales dès lors qu'elles sont efficaces économiquement, y compris en présence d'un déséquilibre contractuel significatif. En effet, le mécanisme d'exemption permet dans un premier temps, d'établir la pratique de déséquilibre contractuel significatif conformément au texte légal puis dans un second temps, de permettre au défendeur d'appliquer une autre disposition lui permettant de justifier la pratique et être exempté d'une sanction. L'efficacité juridique étant, selon nous, assurée puisque cette méthode entend sanctionner une pratique jugée déloyale, tout en étant efficace économiquement en vérifiant l'utilité de cette sanction à travers les effets. Si les effets négatifs des pratiques, sur les cocontractants et/ou le marché, l'emportent sur les effets positifs alors une sanction se justifie. Enfin, nous proposons d'aller plus loin dans l'application du texte commercial et la modification de l'analyse juridique. Puisque nous avons vu qu'il importait de tenir compte des effets des pratiques sur les parties et le marché pour apprécier l'utilité et l'efficacité d'une sanction d'un déséquilibre contractuel significatif, puisque le droit commercial, en tant que droit spécial, doit être distingué du droit commun qui prévoit, à présent, une protection des intérêts privés des cocontractants en matière de déséquilibre significatif et puisque le Ministre, dont l'action est la plus efficace en droit commercial, doit démontrer une atteinte à l'ordre public économique, nous proposons d'introduire ce dernier critère dans le Code de commerce. L'acteur économique, agissant seul, pourra agir sur le fondement du droit commercial mais devra démontrer une atteinte à l'ordre public économique, ce qui peut s'avérer complexe et coûteux pour les moins puissants. Ainsi, nous préconisons que la loi et les juges leur offrent la possibilité d'utiliser le droit commun. Ils bénéficieraient d'une meilleure chance d'obtenir gain de cause devant le juge civil, sous réserve de rendre cette saisine effective, ce qui permettrait également de mieux encadrer l'action du Ministre en droit commercial afin de s'assurer du bien-fondé de ses demandes. Après avoir étudié, de manière réaliste et donc efficace, l'existence d'une pratique de déséquilibre contractuel significatif et avoir retenu l'utilité et la justification d'une sanction, nous nous intéresserons dans une seconde partie aux modalités des sanctions les plus efficaces.

SECONDE PARTIE – LA MISE EN ŒUVRE JURIDIQUE DE LA SANCTION DU DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF

Introduction

293. *La compétence étatique en matière de sanction du déséquilibre significatif peut soulever des contestations.* Précédemment, nous nous sommes intéressés aux critères permettant d'établir la pratique de déséquilibre significatif prévue à l'article L.442-6, I, 2° ancien devenu L.442-1, I, 2° du Code de commerce. Après avoir admis l'existence de cette pratique, le juge est amené à prononcer une sanction. Une sanction se définit comme une mesure répressive infligée par une autorité. Il s'agit d'une mesure de réaction à une violation de la légalité¹⁴⁶⁵. Il s'agit de punir la pratique de déséquilibre significatif prévue dans le Code de commerce qui, comme nous le verrons, peut être assimilée à une infraction de nature civile en raison de l'intensité du régime de sanction prévu. En matière de déséquilibre significatif, le régime de sanction est prévu à l'article L.442-6, III ancien devenu L.442-4 nouveau du Code de commerce. Les sanctions pouvant être prononcées en matière de déséquilibre significatif sont toutes de nature civile¹⁴⁶⁶. Or, l'action fondée sur le déséquilibre significatif, en matière commerciale, a pu être qualifiée de délictuelle par les juges, du moins en droit interne¹⁴⁶⁷, y compris lorsque l'action est intentée par le ministre de l'Économie¹⁴⁶⁸, ce qui a fait l'objet de nombreuses critiques¹⁴⁶⁹. C'est l'objet d'un débat doctrinal, au niveau interne notamment, lorsque les demandes de sanction ne portent que sur le contrat et non sur une indemnisation. Or, c'est surprenant car la tendance semble différente au niveau européen, en particulier du fait de la position de la Cour de justice de l'Union européenne concernant une autre pratique restrictive de concurrence, la rupture brutale d'une relation commerciale établie qui relèverait de la matière contractuelle¹⁴⁷⁰. Or, il convient de déterminer, au préalable, la nature de l'action

¹⁴⁶⁵ Lexique des termes juridiques 2023-2024, Lefebvre Dalloz, 31^e édition, définition sanction.

¹⁴⁶⁶ Ce qui résulte d'un mouvement de dépenalisation des pratiques commerciales abusives initié depuis plusieurs années. J.-B BLAISE., R. DESGORCES, *Droit des affaires*, août 2021, Lextenso, Section 2, Les pratiques déloyales, §1023.

¹⁴⁶⁷ CA Paris, 11 mars 2021, n°18/08014 ; CA Paris, 11 octobre 2021, n°21/05833 ; CA Paris, 11 mars 2021, n°18/08014.

¹⁴⁶⁸ Cass. com., 18 octobre 2011, n°10-28.005 ; TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625 ; CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/00737.

¹⁴⁶⁹ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Et si l'action du ministre fondée sur l'article L. 442-6, III, du Code de commerce n'était ni contractuelle, ni délictuelle au sens des règlements Bruxelles I, Rome I et Rome II ? », *RDC*, 2015, p. 889. N. MATHEY, « Les dispositions de l'article L. 442-6 ancien sont des lois de police, Cass. com., 8 juill. 2020, n°17-31.536 », *Contrats Concurrence Consommation*, n°10, octobre 2020, com. 140. V. par opp. : CJUE, aff. C-98/22, 22 décembre 2022 qui retient que la notion de « matière civile et commerciale » n'inclut pas l'action d'une autorité publique d'un État membre, au sens du Règlement, contre des sociétés établies dans un autre État membre aux fins de faire reconnaître, sanctionner et cesser des pratiques restrictives de concurrence à l'égard de fournisseurs établis dans le premier État membre, lorsque cette autorité publique exerce des pouvoirs d'agir en justice ou des pouvoirs d'enquête exorbitants par rapport aux règles de droit commun applicables dans les relations entre particuliers. V. en ce s. M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'action du ministre n'est pas une action en matière civile ou commerciale », *LEDICO*, févr. 2023, n°2, p. 1 : « La CJUE, statuant sur le règlement Bruxelles I bis (mais la solution vaudra pour les règlements Rome I et Rome 2), se prononce ici en faveur d'une action administrative, [...] espérons que la Cour de cassation tirera de l'arrêt Eurelec toutes conséquences en droit interne, pour redonner de la cohérence au régime de l'action publique répressive du ministre (prescription, charge de la preuve, etc.). ».

¹⁴⁷⁰ V. not. CJUE, aff. C-196/15, 14 juillet 2016, Granarolo, selon laquelle l'action indemnitaire fondée sur une rupture brutale de relations commerciales établies de longue date ne relève pas de la matière délictuelle ou

puisque'il en découle le régime et les conditions de sa mise en œuvre. En matière délictuelle, la prescription de l'action est de cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits litigieux (article 110-4 du Code de commerce et article 2224 du Code civil en l'absence de texte spécial¹⁴⁷¹). Pour le déséquilibre significatif le point de départ de la prescription a pu varier dans la jurisprudence¹⁴⁷². En 2020, la cour d'appel de Paris a retenu que la prescription de l'action en responsabilité délictuelle au titre d'un déséquilibre significatif courait à compter de la réalisation du dommage et au plus tard à compter de la cessation des relations commerciales¹⁴⁷³. En 2021, cette même cour a retenu que si en vertu de l'article 2224 du code civil, le demandeur était tenu d'agir dans les cinq années du jour où il a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer l'action, ces faits n'étaient en l'espèce pas entièrement connus dès la conclusion du contrat, puisque le partenaire met en cause des changements incessants¹⁴⁷⁴. L'appréhension de ces éléments n'a pu se faire que dans le cours de l'exécution du contrat. En outre, en 2022, les juges ont retenu qu'il y a lieu d'appliquer les dispositions de l'article 2224 du Code civil pour déterminer le point de départ de la prescription suivant une appréciation unique quelles que soit les demandes du ministre au soutien de son action. Ainsi, la prescription de l'action du ministre a pour point de départ le jour où celui-ci est en mesure de connaître les faits lui permettant de caractériser une pratique restrictive et lui donnant le droit d'agir devant la juridiction compétente¹⁴⁷⁵. Le point de départ de la prescription a fait l'objet de divers débats concernant notamment le risque d'une imprescriptibilité de l'action publique¹⁴⁷⁶.

quasi délictuelle s'il existait entre les parties une relation contractuelle tacite. De même, concernant l'action en rupture brutale d'une relation commerciale établie, la Cour de cass., 20 sept. 2017 n°16-14812, a retenu qu'en présence d'une relation contractuelle tacite, la cour d'appel a pu retenir que l'action relevait de la matière contractuelle. V. égal. nbdp préc. CJUE, aff. C-98/22, 22 décembre 2022.

¹⁴⁷¹ V. CA Paris, 5 avril 2018, n°15/24001 ; CA Paris, 24 mai 2019, n°17/08357 ; CA Paris, 4-5 janvier 2022, n°20/00737.

¹⁴⁷² Dans le passé, la cour d'appel de Paris a pu retenir comme point de départ du délai de prescription la première présentation des demandes fondées sur l'article L.442-6, I, 2° ancien du Code de commerce (CA Paris, 5 avr. 2018, n°15/24001). Par ailleurs, il a pu être jugé ultérieurement par cette même cour que l'action tendant à faire réputer non écrite une clause contractuelle sur le fondement des dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce précitées n'est enfermée dans aucun délai de prescription, une clause réputée non écrite étant censée ne jamais avoir existé (notons, toutefois, que le Code de commerce ne renvoie pas au réputé non-écrit comme sanction, dans la jurisprudence puis dans le corps du texte, la nullité s'est imposée). S'agissant de la demande de restitution, si cette demande doit être interprétée comme une répétition de l'indu, l'action doit être engagée à compter de la date où le paiement est devenu indu et si elle doit être considérée comme une réparation du préjudice, le point de départ de la prescription est celui de la réalisation du dommage ou la date à laquelle il est révélé à la victime, si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance (CA Paris, 24 mai 2019, n°17/08357).

¹⁴⁷³ CA Paris, 31 janvier 2020, n°18/01599.

¹⁴⁷⁴ CA Paris, 1^{er} septembre 2021, n°18/15431.

¹⁴⁷⁵ CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/00737.

¹⁴⁷⁶ F.L. SIMON, *Déséquilibre significatif et prescription*, à propos TC Rennes, 22 octobre 2019, n°2017F00131, dispo. en ligne sur le site : <https://www.lettrede reseaux.com>. J.C. RODA, F. BUY, « La franchise au crible du déséquilibre significatif (quand Bercy s'invite chez Subway) », *AJ contrat*, 2020, p.543, §2. La prescription de l'action du ministre (ou quand l'action publique se prescrit selon les règles du droit civil). Par opp. : M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'action du ministre n'est pas une action en matière civile ou commerciale », *LEDICO*, févr. 2023, n°2, p. 1 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Recevabilité des preuves et CESDH, à propos de CA Paris, 15 mars 2023, n°21/1322 », *CA Paris*, 15 mars 2023, n°21/13481, *LEDICO*, juin 2023, n°6, p. 3 : « La cour d'appel relève que le règlement Bruxelles I bis n'étant pas en débat, l'arrêt Eurélec (CJUE, 22 déc. 2022, n° C-98/22 : *LEDICO*, févr. 2023, n° DDC201i0, note M. Behar-Touchais), qui a qualifié l'action du ministre d'action administrative, ne serait qu'"éclairant". Cela n'empêche pas la cour de persister dans son erreur consistant à la qualifier d'action "civile", parce que régie

Par ailleurs, le législateur a modifié à plusieurs reprises le régime de sanction en matière de déséquilibre significatif. Son objectif consistait principalement à durcir ce régime puisque les sanctions prévues n'ont cessé de se diversifier et leur montant d'augmenter. L'amende, en particulier, a été qualifiée de sanction quasi pénale en raison de l'importante gravité de ses effets¹⁴⁷⁷. Le prononcé de telles sanctions doit être encadré afin de s'assurer qu'il est utilisé à bon escient. En ce sens, il convient de noter que seuls certains juges sont autorisés à se prononcer en matière de déséquilibre significatif, leur compétence est donc exclusive en vertu des articles L.442-6, III ancien et L.442-4, III nouveau, ainsi que les articles D.442-2 et D.442-3 du Code de commerce. Cette compétence, jugée d'ordre public, leur confère une spécialité primordiale en droit de la concurrence¹⁴⁷⁸. L'objectif étant de garantir une certaine uniformisation du droit¹⁴⁷⁹ nécessaire en présence de textes dont la précision a bien souvent été contestée et pouvait, ainsi, porter atteinte à la sécurité juridique¹⁴⁸⁰. L'intervention du juge au sein des relations contractuelles entre professionnels a, toutefois, pu conduire à des contestations, notamment au nom de grands principes économiques. En effet, l'avenir de la relation contractuelle entre les parties, objet du litige, et les relations commerciales ultérieures reposent, en partie, sur la décision du juge. Rappelons que le contrat est réputé être la chose des parties, ces dernières étant les plus à même de déterminer l'utilité recherchée. L'intervention du juge dans le contrat, en tant que tiers à la relation, pourrait modifier leur intérêt à contracter. C'est pourquoi, des critiques ont été émises à l'encontre d'une intervention judiciaire dans la sphère contractuelle, notamment sur sa capacité à agir de manière efficace¹⁴⁸¹.

Outre l'intervention du juge, nous verrons que des critiques ont également été émises concernant l'action de l'autorité publique, en principe *via* le ministre de l'Économie, pour contester l'existence d'un déséquilibre significatif dans les relations commerciales. En effet, l'action en matière de déséquilibre significatif est ouverte à divers demandeurs. Il peut s'agir de toute personne justifiant d'un intérêt, d'une victime, du ministre chargé de l'Économie, du

par la procédure civile. Mais ce n'est pas parce que la procédure civile s'applique qu'une action est nécessairement civile. »

¹⁴⁷⁷ Conseil constit., décision n°2010-85 QPC, 13 janvier 2011, Établissements Darty et Fils ; A. DADOUN, « Faut-il avoir peur du "déséquilibre significatif" dans les relations commerciales ? », à propos du Cons. const., 13 janv. 2011, n°2010-85 QPC, *LPA*, 13 avril 2011, n°73, p. 17 ; J.B. PERRIER, « Déséquilibre significatif : le droit "quasi pénal" de la concurrence conforme au principe de légalité », à propos du Conseil constitutionnel n°2010-85-QPC, *AJ Pénal*, 2011, p. 191.

¹⁴⁷⁸ Conseil constit., décision n°2010-85 QPC, 13 janvier 2011, Établissements Darty et Fils, et décision n°2011-126 QPC, 13 mai 2011, Société Système U Centrale nationale et autre.

¹⁴⁷⁹ On a notamment pu constater des appréciations différentes entre la cour d'appel de Paris et les cours d'appel de province.

¹⁴⁸⁰ E. GICQUIAUD, « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », *RTD com.*, 2014, p. 267.

¹⁴⁸¹ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Première sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : l'article L. 442-6, I, 2° c. com. va-t-il devenir "une machine à hacher le droit" ? », *RLC*, 2010, n° 23, p. 43 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Déséquilibre significatif - La prise de pouvoir du juge sur les négociations commerciales. À propos de l'arrêt Galec », *La Semaine Juridique*, Édition Générale n° 10, 6 mars 2017, doct. 255 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'expansion stoppée de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce sur le déséquilibre significatif », *RDC*, 2018, p. 67 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le contrôle des prix après la décision du Conseil constitutionnel, la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre », à propos du Cons. const., 30 nov. 2018, n° 2018-749 QPC, *RDC*, 2019, p. 71.

ministère public, du Président de l'Autorité de la concurrence¹⁴⁸². Néanmoins, si l'action est ouverte à un large panel de demandeurs, ces derniers ne bénéficient pas des mêmes droits en matière de sanction. Une telle limitation se justifie au regard des objectifs poursuivis, certains objectifs ne pouvant légitimement bénéficier à tous les demandeurs. Nous pensons notamment aux sanctions impactant directement le contrat. L'intervention d'un tiers à la relation, en l'occurrence le Ministre, dans la sphère contractuelle a soulevé des contestations, notamment lorsqu'il agit en défense d'acteurs économiques jugés suffisamment puissants. Ces interventions de tiers au contrat ont pourtant été jugées conformes à la Constitution¹⁴⁸³ et non contraires à certaines libertés dont la liberté d'entreprendre des entreprises¹⁴⁸⁴ bien que des réserves aient également été apportées, notamment concernant la nécessité d'informer les parties au contrat de l'action en justice, dans certaines conditions¹⁴⁸⁵. Si le Conseil constitutionnel a retenu, dans ses décisions, que la nécessité de protéger l'ordre public économique justifiait l'intervention de l'autorité publique et ne portait pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre au regard de l'objectif poursuivi¹⁴⁸⁶, nous verrons que cette démonstration n'est pas nécessairement vérifiée, en pratique, par le juge. Par ailleurs, si une majorité de décisions rejette la pratique de déséquilibre significatif, il ressort de la jurisprudence, une différence de traitement entre les actions intentées par le Ministre et celles intentées par des professionnels. Le juge aurait tendance à admettre plus facilement l'existence d'un déséquilibre significatif en présence de l'autorité publique¹⁴⁸⁷ bien que cette tendance se soit un tant soit peu dissipée ces dernières années¹⁴⁸⁸.

Nous nous interrogerons sur les fondements d'une intervention légitime du juge et de l'autorité publique en matière de contrats commerciaux. Si la légitimité d'une intervention étatique concernant un contrat entre professionnels peut être questionnée, il en va de même des sanctions demandées et prononcées. Puisqu'il existe une pluralité de sanctions possibles et une gradation

¹⁴⁸² Ce dernier n'a en réalité aucun pouvoir. V. néan. Conseil conc., décision n°07-D-50, 20 décembre 2007. Suite à l'action introduite par le président du Conseil de la concurrence sur le fondement de l'article L.442-6, III du Code de commerce, trois jugements ont été rendus : TC Lisieux, 10 juillet 2009, n°09.283 ; TC Créteil, 13 octobre 2009, n°2008F00629, et TC Évry, 18 novembre 2009, n°2008F00689.

¹⁴⁸³ Cass. com., 8 juillet 2008, n°07-16.761 a qualifié l'action que le ministre engage sur la base de l'article L.442-6, III du Code de commerce « d'action autonome de protection du marché ». Par une décision n°2011-126 QPC du 13 mai 2011, *Système U et autres*, le Conseil constitutionnel a confirmé la constitutionnalité de cette action. La Cour européenne des droits de l'homme a également, par une décision du 17 janvier 2012 Req. 51255/08, confirmé la conformité à la convention de cette action.

¹⁴⁸⁴ Conseil constit., décision n°2010-85 QPC, 13 mai 2011, *Établissements Darty et Fils*, et décision n°2018-749 QPC, 30 novembre 2018, *Société Interdis et autres*, et décision n°2011-126 QPC, 13 mai 2011, *Société Système U Centrale nationale et autre*.

¹⁴⁸⁵ Conseil constit., décision n°2011-126 QPC, 13 mai 2011, *Société Système U Centrale nationale et autre* : « 9. [...] 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. »

¹⁴⁸⁶ Conseil constit., décision n°2011-126 QPC, 13 mai 2011, *Société Système U Centrale nationale et autre*.

¹⁴⁸⁷ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », *JCP G*, 2015, doc. p. 603 ; N. LAJNEF, « Le déséquilibre significatif dans les contrats d'affaires : cinq ans après. Bilan de l'application judiciaire de l'article L. 442-6-I-2° du Code de commerce », *RLC*, avr.-juin 2014, p. 171 et s.

¹⁴⁸⁸ Par ex. C. GRIMALDI, « Les Mousquetaires mouchent Bercy (I) : l'absence de soumission ou de tentative de soumission des fournisseurs », *LEDICO*, févr. 2018, p. 1.

de leur intensité, la vérification de l'efficacité de la décision du juge et des demandes de l'autorité publique, en matière de sanction, pourrait être effectuée. Pour vérifier la légitimité et l'efficacité d'une intervention étatique en matière contractuelle, nous verrons que l'analyse économique propose différents outils pouvant être utiles.

294. *L'apport de l'analyse économique pour améliorer le régime de sanction des déséquilibres significatifs.* L'analyse économique propose plusieurs outils pouvant être utilisés pour vérifier l'efficacité des régimes juridiques mis en place. Elle s'intéresse aux comportements commerciaux, parfois même, d'une manière distincte du Droit¹⁴⁸⁹. Il apparaît utile, voire nécessaire, de s'intéresser à l'analyse économique pour mieux comprendre le fonctionnement des relations commerciales et être, ainsi, en mesure de fournir une analyse plus efficace. En effet, si l'économie positive permet de décrire des situations, l'économie normative invite à déterminer d'une part, « *si l'efficacité est améliorée* » et d'autre part, « *si les règles de droit créent au contraire des inefficacités qui pourraient justifier de les modifier* »¹⁴⁹⁰. Rendre le droit du déséquilibre significatif plus adapté aux pratiques économiques qu'il entend régir serait donc un gage d'efficacité¹⁴⁹¹. En ce sens, l'analyse économique a notamment étudié la légitimité d'une intervention étatique dans la sphère contractuelle. Cette analyse lui a permis de mettre en évidence plusieurs recommandations qui pourraient être utiles à l'analyse juridique. La justification d'une intervention étatique sur le marché fait partie des préoccupations majeures de l'analyse économique. Elle s'est également intéressée aux différentes caractéristiques d'une sanction optimale. Les économistes retiennent qu'une sanction optimale des infractions doit dissuader les acteurs économiques, jugés, en principe, rationnels, d'adopter des comportements inefficaces pour la société¹⁴⁹². Il en est, ainsi, lorsque le coût total pour la société, entendu comme l'ensemble des inconvénients retirés, est supérieur aux gains privés, entendus comme les avantages retirés par l'auteur des pratiques (Becker, 1968 ; Posner, 1998)¹⁴⁹³. L'économiste du droit s'interroge également si des sanctions plus sévères et plus certaines décourageraient efficacement les auteurs d'infractions¹⁴⁹⁴. Par ailleurs, l'analyse économique propose une analyse coûts-avantages qui conduit à étudier le total des coûts attendus face au total des bénéfices escomptés d'une ou de plusieurs actions pour déterminer quelle action est la meilleure ou la plus rentable. Ainsi, si l'analyse économique vérifie le caractère dissuasif d'une sanction, elle retient également qu'une sanction efficace est celle dont les bénéfices retirés, notamment en termes de dissuasion, excèdent les coûts de mise

¹⁴⁸⁹ B. DEFFAINS, « Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste, analyse économique du droit : quelques points d'accroche », numéro spécial, *Petites Affiches*, 394^e année, 19 mai 2005, n° 99, p. 6.

¹⁴⁹⁰ B. DEFFAINS, « Le défi de l'analyse économique... », *ibid.*, p. 6.

¹⁴⁹¹ Nous verrons que l'analyse économique fonctionne en termes de coûts d'opportunité pour déterminer l'utilité d'une sanction. Il s'agit d'une analyse fondée sur le « bon sens » et non de manière statique par une stricte comparaison entre avantages et inconvénients.

¹⁴⁹² J.M. FOLZ, C. RAYSSEGUIER, A. SCHAUB, E. CHANTREL, C. DE NAVACELLE, *Rapport public : L'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles*, 20 septembre 2010, p. 8.

¹⁴⁹³ E. COMBE, « Quelles sanctions contre les cartels ? Une perspective économique », *Revue internationale de droit économique*, vol. t. xx, 1, n° 1, 2006, p. 11-46.

¹⁴⁹⁴ B. DEFFAINS, « Le défi de l'analyse économique... », *ibid.*, p. 6.

en œuvre et entraîne une meilleure allocation des richesses¹⁴⁹⁵. En effet, une sanction peut être dissuasive à l'égard des acteurs économiques, et donc en ce sens optimale, mais impliquer des coûts nocifs élevés, non nécessaires et non proportionnés, pour ces mêmes acteurs ou encore plus largement pour la société. Ainsi, les outils de l'analyse économique peuvent être intéressants, voire nécessaires, afin d'améliorer le régime juridique de détection et répression des déséquilibres significatifs.

295. *Parvenir à une mise en œuvre efficace des sanctions, sur le long terme, en respectant les objectifs poursuivis par le législateur.* Si l'analyse économique semble utile pour apprécier l'efficacité d'un régime de sanction et ainsi proposer des pistes d'amélioration, il convient néanmoins de garantir les différents objectifs poursuivis par le législateur. En effet, nous verrons que la pratique de déséquilibre significatif et les sanctions auxquelles elle conduit font avant tout l'objet d'une volonté juridique et politique. En introduisant cette pratique, le législateur avait pour objectif de rétablir l'équilibre dans les relations commerciales, notamment au regard de la relation entre petits fournisseurs et grands distributeurs, encadrer les rapports de force lors des négociations et ainsi favoriser la loyauté entre les acteurs¹⁴⁹⁶. Si les outils économiques peuvent être utiles en la matière, ils doivent être utilisés en tenant compte des différents objectifs du législateur. Notons que la théorie économique de la responsabilité civile diverge de celle juridique puisqu'elle ne tient pas compte, à proprement parler, des exigences en termes d'équité, mais se concentre principalement sur les aspects de coûts et de bien-être collectif¹⁴⁹⁷. Comme le retient le Professeur B. DEFFAINS : « *Il va de soi que l'efficacité économique ne peut à elle seule légitimer une règle ou une institution juridique. La question normative est beaucoup plus complexe. Des ordres de valeurs séparés, comme l'équité et l'éthique, doivent être mobilisés pour apprécier le caractère juste ou non du droit.* »¹⁴⁹⁸. L'efficacité pure n'existe pas non plus puisqu'il serait impossible de faire disparaître toute forme de délinquance car ce serait bien trop coûteux à mettre en œuvre. L'objectif de la société est de sanctionner les prises de pouvoir de certaines entreprises à l'encontre de la partie faible, ce qui implique un contrôle juridique, sans pour autant ignorer l'efficacité économique. Dès lors, il conviendra de rechercher un compromis. Or, le prononcé des sanctions a des conséquences économiques qu'on ne saurait négliger au nom d'objectifs juridiques. De tels effets pourraient s'avérer plus préjudiciables pour l'économie que l'avantage retiré par la recherche des objectifs juridiques visés. Là encore, l'analyse économique peut nous être utile car elle apprécie l'efficacité d'une mesure de manière réaliste. Elle appréhende la relation commerciale, objet du litige, de manière globale et dynamique et analyse l'impact des sanctions sur les acteurs et le marché. Promouvoir des pistes d'amélioration en matière de sanction des

¹⁴⁹⁵ E. FOKOU, A. BELANGER, « Efficacité et efficience : les obstacles épistémologiques à l'économisme en droit civil des contrats », *Revue générale de droit*, 2019, vol. 49, n° 1, 2019, p. 5-66, nbdp 107 qui fait ref. à Y.M. LAITHIER, « Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat », *LGDJ*, 2007.

¹⁴⁹⁶ Conseil constit., « Commentaire de la décision n°2010-85 QPC, 13 janvier 2011, Établissements DARTY et Fils », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, Cahier n° 32, p. 4 et s.

¹⁴⁹⁷ F. ROCHELANDET, « Chapitre 1 : La théorie économique des droits de propriété », in *Cours, Économie du droit*, 2008-2009, à destination des étudiants de licence 3^e année, Université Paris-Sud, p. 1, dispo. sur le site : http://fabrice.rochelandet.free.fr/ecodroit_chapitre2.pdf.

¹⁴⁹⁸ B. DEFFAINS, « Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste, analyse économique du droit : quelques points d'accroche », numéro spécial, *Petites Affiches*, 394^e année, 19 mai 2005, n°99, p. 6.

déséquilibres significatifs implique : d'une part, de parvenir à mêler objectifs juridiques et efficacité économique, ce qui conduit d'autre part, à tenir compte des effets des sanctions dans l'analyse. *In fine*, il convient de parvenir à un régime équilibré entre les droits fondamentaux des entreprises, notamment d'entreprendre librement, et la nécessité de sanctionner les pratiques déloyales. Ainsi, si le régime de sanction du déséquilibre significatif est approuvé par les sages de la rue Montpensier et semble s'être, plus ou moins, stabilisé en droit positif, notamment avec la réforme récente, la prise en compte de l'analyse économique pour en vérifier l'efficacité peut s'avérer utile, voire nécessaire.

296. *La mise en œuvre efficace d'une sanction des déséquilibres significatifs.* Tant l'analyse juridique que l'analyse économique se sont interrogées sur la justification d'une intervention étatique dans la relation entre acteurs économiques. Si des éléments de réponse ont été apportés, notamment par le Conseil constitutionnel, des contestations persistent. L'analyse économique pourrait apporter un regard nouveau, susceptible de répondre aux critiques soulevées quant à l'intervention du juge et celle de l'autorité publique dans les contrats commerciaux. En effet, pour que ces interventions soient comprises et acceptées par les acteurs économiques, il convient d'en vérifier la légitimité (Chapitre 1^{er}). Nous verrons que la recherche de cette légitimité implique de vérifier que l'intervention du juge et celle de l'autorité publique, sont bien justifiées et efficaces. Par ailleurs, il convient de s'interroger sur ses modalités d'action en pratique. Admettre une intervention étatique, extérieure au contrat, ne saurait suffire, encore faut-il vérifier l'efficacité de cette intervention en pratique. En effet, le juge et l'autorité publique à l'origine de l'action en justice disposent d'un panel important de sanctions disponibles permettant de condamner la pratique de déséquilibre significatif. Or, le régime des sanctions pouvant être prononcées a également soulevé diverses critiques. L'analyse économique s'est interrogée sur les caractéristiques d'une sanction efficace, les différents outils développés pourraient donc être utilisés pour améliorer le régime de sanction du déséquilibre significatif. Nous avons, toutefois, mis en évidence la nécessité de mêler objectifs juridiques, recherchés par le législateur, et efficacité économique. Nous verrons que la recherche d'un régime de sanction efficace implique également de tenir compte des effets de ces sanctions sur les parties et l'ensemble de la société. *In fine*, cette confrontation entre analyse économique et analyse juridique nous permettra de développer des pistes d'amélioration du régime de sanction mis en œuvre par le juge, parfois à la demande de l'autorité publique, en matière de déséquilibre significatif (Chapitre 2nd).

Chapitre premier – L'intervention étatique dans la sphère contractuelle doit être légitime

297. *L'intervention étatique dans la sphère contractuelle, à travers l'action de l'autorité publique et l'analyse du juge, doit être légitime.* Lorsqu'un tiers, tel que le juge ou l'autorité publique, intervient pour émettre un jugement concernant les négociations du contrat et son contenu, il entre en opposition avec la liberté des parties de contracter et, plus largement, d'entreprendre librement. Cette liberté doit être encadrée car elle peut mener à des effets pervers notamment lorsqu'une partie au contrat abuse de son pouvoir de négociation à l'égard de son partenaire, plus faible. Les analyses juridique et économique s'accordent sur l'utilité d'une

intervention étatique dans certaines situations. Ainsi, nous verrons que l'intervention étatique, à travers le contrôle du juge, trouve une justification en matière de déséquilibre significatif. L'analyse économique rappelle, toutefois, l'importance de vérifier que cette intervention soit nécessaire, ce qui implique que d'autres modes de résolution du conflit pourraient être favorisés. En effet, le juge dispose d'un pouvoir important sur la relation contractuelle d'où la nécessité de s'assurer que cette intervention soit bien efficace (Section I). L'intervention étatique dans la sphère contractuelle se traduit également par l'action de l'autorité publique. Le législateur a octroyé un important pouvoir à cette dernière en matière de déséquilibre significatif. Néanmoins, cette intervention soulève des critiques car elle peut, finalement, s'avérer plus nocive que profitable pour la société, elle doit donc être encadrée (Section II).

Section I - La nécessité de justifier et vérifier l'efficacité de l'intervention du juge dans la sphère contractuelle

298. *L'intervention du juge dans la sphère contractuelle doit être justifiée et efficace.* Puisque le contrat est réputé être la chose des parties, une intervention extérieure susceptible d'entraîner sa modification doit être justifiée. Nous verrons que l'analyse économique admet une intervention étatique lorsqu'elle est justifiée, dans certaines situations. Toutefois, cette intervention doit être nécessaire ce qui implique de vérifier qu'un autre mode de résolution du conflit ne soit pas plus adapté. Or, l'analyse juridique apporte des justifications à l'intervention étatique en matière de déséquilibre significatif mais elle n'envisage pas suffisamment les modes alternatifs de résolution des conflits. Ainsi, l'intervention du juge dans la sphère contractuelle est admise tant par l'Économie que par le Droit, dans certaines situations, à condition d'être efficace (I). À défaut, des alternatives à une intervention judiciaire pourraient être envisagées dès lors qu'elles apparaissent plus efficaces (II).

I. L'intervention judiciaire dans la sphère contractuelle doit être justifiée et efficace

299. *L'intervention du juge en matière contractuelle doit être justifiée et efficace en ce sens qu'elle ne doit pas nuire à l'utilité du contrat.* L'analyse économique rappelle que le déséquilibre des forces entre acteurs économiques est la règle dans un système de marché et les rapports de force sont habituels en matière commerciale. Dès lors, l'intervention étatique sur le marché ne doit avoir lieu que lorsqu'elle est nécessaire. Le Droit justifie l'intervention du juge dans les contrats afin de lutter contre les comportements déloyaux et rétablir l'équilibre dans les relations entre les parties (A). Si ces objectifs juridiques doivent être garantis, l'intervention judiciaire ne doit pas pour autant nuire à l'utilité des contrats qui doivent rester efficaces pour assurer le bon fonctionnement du marché. En effet, il est nécessaire de préserver l'utilité du contrat face à l'intervention judiciaire (B), ce qui nous conduit à proposer un encadrement de son intervention pour la protéger (C).

A. La justification d'une intervention judiciaire dans la sphère contractuelle

300. *Les analyses juridique et économique sont favorables à une intervention judiciaire dans la sphère contractuelle.* L'analyse économique admet que l'État, entendu au sens large, puisse intervenir sur le marché pour résoudre certaines défaillances et ainsi rendre son fonctionnement plus efficace. Cette intervention se traduit notamment par le fait de favoriser, dans certaines situations, le rôle du juge pour résoudre des conflits sur un marché (a). L'analyse juridique admet également cette intervention afin de pallier aux comportements abusifs de certaines entreprises à l'égard de leur cocontractant. Elle reconnaît, néanmoins, que cette intervention doit être encadrée pour être efficace (b).

a) *La justification d'une intervention judiciaire dans la sphère contractuelle par l'analyse économique*

301. *La justification d'une intervention étatique extérieure au marché.* En théorie et sous certaines conditions, notamment l'existence d'une concurrence pure et parfaite, le seul jeu des mécanismes de marché, au sein duquel agissent des agents réputés rationnels et égoïstes, conduirait à une situation qui satisfait au critère d'efficacité selon l'économiste V. PARETO. En effet, l'équilibre d'une économie de marché, c'est-à-dire le point de rencontre entre l'offre et la demande, conduirait, sans État, à un « optimum de Pareto ». Il s'agit d'une allocation des ressources sans alternative puisque tous les acteurs économiques sont dans une situation telle qu'il est impossible d'améliorer le bien-être de l'un d'entre eux sans réduire la satisfaction d'un autre. Ce résultat, qui découle de l'action de la célèbre « main invisible » de l'économiste A. SMITH, correspond au premier théorème de l'économie du bien-être, tel que développé par les économistes K. ARROW et G. DEBREU. La main invisible désigne un processus invisible qui, en économie de marché, fait coïncider les intérêts individuels avec l'intérêt général. Dès lors, si le marché parvient, seul, à fonctionner de manière efficace, l'intervention de l'État pourrait être contestée. L'analyse économique apporte, toutefois, des précisions à ce sujet¹⁴⁹⁹. En effet, les mécanismes de marché ne parviennent pas nécessairement à coordonner les actions des différents agents de telle sorte que l'économie atteigne un équilibre. La « main invisible » d'A. SMITH ne fonctionne pas toujours, ce qui conduit l'État à intervenir pour (r)établir l'équilibre du marché. Par ailleurs, les économistes rappellent que l'équilibre de marché n'est un optimum parétien que si certaines conditions, plutôt restrictives, sont satisfaites. Les agents, supposés rationnels cherchent à maximiser leur propre bien-être, ils déterminent leur comportement sur le marché en se fondant sur une analyse coûts-avantages de leurs actions. L'optimalité au sens de Pareto apparaît lorsque les coûts et avantages privés (ceux sur lesquels chaque agent fonde son calcul individuel) coïncident avec les coûts et avantages sociaux (ceux pris en compte au niveau de l'ensemble de la société). Néanmoins, en l'absence de ces conditions, l'équilibre général de marché ne réalise plus une allocation efficace des ressources. Il s'agit de défaillances du marché qui peuvent être de natures diverses, elles renvoient notamment aux externalités¹⁵⁰⁰,

¹⁴⁹⁹ Y. CROISSANT, P. VORNETTI, « État, marché et concurrence - Les motifs de l'intervention publique », *Les Cahiers français : documents d'actualité*, La Documentation française, 2003, p. 3-8.

¹⁵⁰⁰ A. BOZIO, J. GRENET, « I / Justifications et contraintes de l'intervention publique », Antoine Bozio éd., *Économie des politiques publiques*, La Découverte, 2017, p. 8-32, §12 : « On parle d'externalités lorsque les actions d'un agent économique modifient le bien-être d'autres agents sans donner lieu à une compensation. Les externalités peuvent être positives ou négatives. Par exemple, le fait de mettre des fleurs

aux biens publics ou collectifs¹⁵⁰¹ ou encore, à des situations de concurrence imparfaite, pouvant justifier une intervention étatique. En effet, il existe des situations où un grand nombre d'acteurs fait face à un seul vendeur/acheteur (monopole/monopsonne) ou à un petit nombre de vendeurs/acheteurs (oligopole/oligopsonne). Ces situations contreviennent à l'efficacité économique puisque les entreprises en faible nombre bénéficient d'un pouvoir de marché leur permettant d'augmenter leur prix au-dessus du niveau qui prévaudrait si les marchés étaient parfaitement concurrentiels¹⁵⁰².

Les acteurs économiques ont tendance à suivre leur intérêt individuel et non un intérêt social ce qui peut les conduire à des comportements opportunistes comme celui de refuser de payer le prix consenti ou encore de profiter de l'ignorance de son partenaire pour vendre un produit défectueux. Ainsi, les intérêts personnels vont à l'encontre du bien-être social. C'est notamment le cas en présence d'un aléa moral¹⁵⁰³. Ces défaillances conduisent les économistes à préconiser un cadre légal, comportant des règles de droit, au sein du marché. Ils admettent que la mise en œuvre d'une responsabilité de la part des acteurs économiques peut être définie par le marché lui-même, sans intervention de l'État, notamment au moyen de mécanismes de réputation et de punitions, pour faire respecter les contrats. Toutefois, cette forme d'autorégulation du marché ne touche qu'une infime partie des interactions économiques et est difficilement transposable à plus grande échelle¹⁵⁰⁴.

Par ailleurs, certaines branches de l'économie ont apporté des éléments de précisions aux justifications de l'intervention publique. En ce sens, l'économie comportementale retient que l'individu n'est pas toujours rationnel et donc capable de choix optimaux en toutes circonstances, d'où l'utilité d'une intervention étatique pour aider les agents à améliorer leurs choix. Les économistes rappellent également que l'optimum qui, dans le meilleur des cas, est atteint à l'équilibre de marché n'est pas le seul qui soit réalisable et rien ne garantit qu'il soit celui souhaité par la société comme étant le plus équitable. C'est pourquoi, l'économie du bien-être part d'un présupposé : le marché est premier et l'État n'est censé intervenir que lorsque ce dernier échoue à tirer le meilleur parti des ressources disponibles. Or, les économistes estiment

à son balcon peut être considéré comme une forme d'externalité positive, dans la mesure où cela profite gratuitement aux passants. À l'inverse, le bruit produit par l'occupant d'un immeuble est une externalité négative car les voisins ne sont pas dédommagés pour la dégradation de leur bien-être. ».

¹⁵⁰¹ A. BOZIO, J. GRENET, « I / Justifications et contraintes de l'intervention publique ... », *ibid.*, p. 8-32, §18 et 19 : « Certains marchés peuvent échouer parce qu'ils concernent des biens susceptibles d'être consommés par plusieurs individus en même temps. [...] Si les biens publics purs sont à l'origine d'une défaillance du marché, c'est parce qu'ils donnent lieu à des comportements de passager clandestin qui empêchent l'offre privée de fournir ces biens en quantité suffisante. Supposons par exemple qu'une entreprise envisage d'organiser un feu d'artifice et souhaite financer cet événement en vendant des tickets aux spectateurs. Dans la mesure où il leur sera difficile d'empêcher les individus qui n'ont pas acheté de ticket d'assister au spectacle, les organisateurs ne pourront rentrer dans leurs frais et seront contraints de renoncer à leur projet. ».

¹⁵⁰² Elles deviennent un faiseur de prix (*price maker*) et non un simple preneur de prix (*price taker*).

¹⁵⁰³ Il s'agit d'une situation où un individu (l'agent) s'engage dans le cadre d'une relation contractuelle à accomplir une action pour le compte d'un autre individu (le principal). Or, le résultat final de l'action dépend d'un paramètre connu de l'agent mais inconnu du principal. Cette asymétrie permet à l'agent d'utiliser l'information à son avantage et au détriment du principal ou d'un tiers.

¹⁵⁰⁴ A. BOZIO, J. GRENET, « I / Justifications et contraintes de l'intervention publique... », *ibid.*, p. 8-32, §30.

qu'il ne doit pas s'agir d'un paternalisme étatique¹⁵⁰⁵. L'État n'intervient pas à l'encontre de la volonté des individus mais vise plus largement à répondre à une demande sociale permettant, justement, aux agents de réaliser leurs choix économiques de manière plus efficace et plus cohérente et ainsi éviter des choix sous-optimaux.

Ainsi, la correction des défaillances de marché, la recherche d'un partage équitable et l'existence d'une rationalité limitée des agents visent un objectif d'efficacité économique : permettre au marché d'aboutir à une solution optimale en termes de bien-être social. Il semblerait qu'aujourd'hui, rares sont ceux qui nient la nécessité d'une intervention publique dans l'économie, de même ceux qui contestent l'intérêt du recours aux mécanismes de marché¹⁵⁰⁶. C'est pourquoi, les économistes préconisent un consensus entre le « *tout-État* » et le « *tout-marché* », entre le « *dirigisme étatique radical* » et le « *laissez-faire absolu* »¹⁵⁰⁷.

302. *La résolution des conflits par le juge comme représentant de l'intervention étatique.* L'analyse économique retient que les marchés nécessitent la définition d'un cadre législatif, judiciaire et institutionnel pour pouvoir fonctionner de manière durable, cadre qui nécessite lui-même l'intervention de l'État¹⁵⁰⁸. Ainsi, les économistes préconisent notamment de faire appel à une intervention extérieure pour réguler les conflits que le marché ne parvient pas ou difficilement à résoudre naturellement¹⁵⁰⁹. Pour résoudre ces conflits, il est préconisé de faire appel à un juge dans certaines situations. Notons que les juridictions sont composées de professionnels privés et non d'agents de l'État, il s'agit d'un mode indirect d'intervention étatique. Ainsi, la délégation d'autorité peut constituer une régulation effective des activités économiques¹⁵¹⁰. L'intervention du juge pour trancher un conflit entre acteurs économiques sur un marché est, notamment, recommandée en raison des coûts de transaction entre ces acteurs et du risque d'opportunisme de ces derniers¹⁵¹¹.

La théorie des coûts de transaction a été développée par l'économiste O.E. WILLIAMSON après que ce concept ait été introduit par l'économiste R. COASE¹⁵¹². O. E. WILLIAMSON part du postulat que la rationalité des acteurs économiques est limitée lors de la conclusion du contrat, ce qui conduit notamment à leur incomplétude matérielle. Il existe des zones d'ombre

¹⁵⁰⁵ A. BOZIO, J. GRENET, « I / Justifications et contraintes de l'intervention publique... », *ibid.*, p. 8-32, §8.

¹⁵⁰⁶ Y. CROISSANT, P. VORNETTI, « État, marché et concurrence - Les motifs de l'intervention publique », *Les Cahiers français : documents d'actualité*, La Documentation française, 2003, 313, p. 3.

¹⁵⁰⁷ Y. CROISSANT, P. VORNETTI, « État, marché et concurrence... », *ibid.*, p. 3.

¹⁵⁰⁸ A. BOZIO, J. GRENET, « I. Justifications et contraintes de l'intervention publique », Antoine Bozio éd., *Économie des politiques publiques*, La Découverte, 2010, p. 8-32.

¹⁵⁰⁹ J. TRAUILLÉ, « La réparation du préjudice économique pur en question », *RTD civ.*, 2018, p. 285.

¹⁵¹⁰ A. BERNARD DE RAYMOND, P.-M. CHAUVIN, « Chapitre 5. États, marchés et régulations : la construction politique de l'économie », dans *Sociologie économique*, 2014, p. 123- 154, §10.

¹⁵¹¹ En ce s., Y. CROISSANT, P. VORNETTI, « État, marché et concurrence... », *ibid.*, p 8 : « Les défaillances de marché concernent généralement un nombre considérable d'agents économiques, souvent si élevé que les coûts de transaction qu'occasionnerait un traitement privé de ces défaillances atteignent des niveaux prohibitifs. Dans ce type de cas, le marché ne parvient pas, sans assistance, à s'autocorriger. Nul ne contestera que, dans ces conditions, l'intervention publique, malgré ses imperfections, soit potentiellement bénéfique. La question du pourquoi de l'intervention publique étant alors réglée, s'ouvre celle, épineuse, du comment. ».

¹⁵¹² S. SAUSSIÉ, A. YVRANDE-BILLON, « Présentation », Stéphane Saussier éd., *Économie des coûts de transaction*, La Découverte, 2007, p. 5.

dans l'application du contrat puisque les parties ne peuvent, initialement, prévoir l'ensemble des éventualités relatives à son application. Cette rationalité limitée ouvre la voie à des comportements opportunistes de la part des acteurs¹⁵¹³. Face à ces situations, une intervention extérieure apparaît nécessaire qu'elle soit *ex-ante* à travers la mise en place de règles juridiques contraignantes et/ou *ex-post* à travers leur contrôle. L'objectif étant de minimiser les coûts résultant d'un préjudice, bien que faire appel à un juge est également coûteux puisque cela implique un procès. Notons que la théorie des coûts de transactions préconise d'une part, d'éviter les tribunaux pour résoudre les conflits, et d'autre part, de tendre plutôt vers des contrats clairs. O. E. WILLIAMSON semble privilégier le respect du principe d'autonomie de la volonté des parties et ainsi limiter une intervention étatique qui apparaîtrait inefficace. Toutefois, certains contrats peuvent requérir une intervention *ex-post* extérieure aux parties c'est le cas notamment des relations à long terme qui comprennent un important degré d'incertitude et empêchent d'anticiper à l'avance chaque situation¹⁵¹⁴. En effet, si en principe, une démarche plus libérale recommanderait de laisser les parties s'accorder pour résoudre le conflit qui les oppose, les coûts de transaction entre l'auteur du dommage et la victime sont parfois tels qu'ils empêchent ces derniers de parvenir à un accord¹⁵¹⁵.

Par ailleurs, lorsqu'un arbitrage entre la volonté réelle et la volonté exprimée d'une partie doit être effectué, l'ordre juridique joue le rôle d'une police des contrats qui échappe aux contraintes théoriques de l'homme rationnel. En effet, le juge se porte garant de la protection des volontés des parties en permettant à chacune de s'exprimer librement. Le contrat est bien un fait économique institutionnalisé dans un système juridique¹⁵¹⁶. Or, son utilisation au sein de la société en fait également un fait collectif qui peut avoir un coût social important notamment lorsqu'il existe un déséquilibre contractuel nocif pour celle-ci. L'intervention de l'État, comme juge du contrat, traduirait la volonté d'intégrer les coûts sociaux dans la détermination du contenu contractuel. Comme le retient M. P. COPPENS, pour permettre cette intégration, il faut vérifier que des raisons d'intérêt général sont considérées supérieures aux préférences privées de l'action¹⁵¹⁷. En principe, ce rôle appartient à la main invisible sans nécessiter une intervention étatique, y compris en présence de cocontractants inégaux¹⁵¹⁸. En effet, le Professeur B. DEFFAINS retient que « *dans un univers idéal, il ne devrait pas y avoir de procès*

¹⁵¹³ L'opportunisme peut prendre plusieurs formes : un risque d'aléa moral, qui a lieu avant la conclusion du contrat, ou de sélection adverse, aussi appelée anti-sélection, qui a lieu après la conclusion du contrat.

¹⁵¹⁴ D'après l'analyse de O. E. Williamson, il existe deux types de coûts de transaction : les coûts *ex ante* et les coûts *ex post*. Les coûts de transaction *ex ante* sont les coûts associés à la recherche d'un partenaire, à la rédaction, la négociation et la garantie d'un accord, tandis que les coûts de contractualisation *ex post* comprennent les coûts induits par une mauvaise adaptation des contrats aux circonstances dans lesquelles ils évoluent, les coûts de renégociation et de contrôle du respect des arrangements contractuels, voire les coûts de rupture des accords. En ce s., S. SAUSSIER, A. YVRANDE-BILLON, « I. Le concept de coûts de transaction », Stéphane Saussier éd., *Économie des coûts de transaction*, La Découverte, 2007, p. 6-24, §34.

¹⁵¹⁵ O. E. Williamson tient compte de deux hypothèses concernant les comportements des agents : la rationalité limitée et l'opportunisme. Il estime que ces deux comportements augmentent les coûts de transaction.

¹⁵¹⁶ P. COPPENS, « État, marché et institutions », *Revue internationale de droit économique*, vol. xxi, 3, n°3, 2007, p. 293-316, §36.

¹⁵¹⁷ P. COPPENS, « État, marché et institutions... », *ibid.*, p. 293-316, §36.

¹⁵¹⁸ P. COPPENS, « État, marché et institutions... », *ibid.*, p. 293-316, §37 : « La théorie économique ne ressent, a priori, aucune nécessité de limiter les volontés particulières par des raisons juridiques exogènes et hétéronomes qui viendraient au secours de sujets de droit inégaux dans leurs capacités de contracter. »

car l'arrangement (solution coopérative) permet de dégager un surplus par rapport au jugement (solution non coopérative). Les agents rationnels auraient simplement à prendre conscience de ce surplus et à se le répartir pour réaliser des gains mutuellement bénéfiques. [...] L'économie de la justice appréhende donc le procès comme un échec de la coopération. »¹⁵¹⁹. Dans ces circonstances, une intervention extérieure et impartiale, telle que celle du juge, apparaît nécessaire. En effet, plusieurs circonstances pourraient conduire à privilégier une action en justice et empêcher la signature d'arrangements mutuellement bénéfiques¹⁵²⁰. C'est notamment le cas des croyances des parties et notamment l'optimisme que chacune fonde sur l'issue du jugement en sa faveur, l'existence d'un désaccord sur la répartition du *surplus* (somme des coûts supportés en cas de procès), ne parvenant pas à le transformer en gains mutuellement bénéfiques, ou encore la détention d'informations privées par l'une d'elles conduisant à l'échec de la négociation¹⁵²¹.

L'analyse économique présente donc le contentieux civil comme un problème de coordination entre des agents rationnels qui défendent chacun leur propre intérêt. Dans ces circonstances, faire appel à un juge plutôt qu'au marché permettrait de résoudre plus efficacement ces conflits. Le juge agirait pour le bien de l'ensemble de la société. Il est donc recommandé de se tourner vers le juge notamment à travers la responsabilité civile. Comme l'énonce le Professeur J. TRAULLE : « *L'inévitable présence de coûts de transaction, tels les sentiments des parties l'une envers l'autre, les frais de négociation d'un accord, ceux afférents à la recherche d'informations nécessaires à l'établissement de cet accord, ou encore ceux relatifs à la rédaction et à l'exécution de l'accord, fait toutefois obstacle à ce que le marché remplisse son office. La responsabilité civile doit alors intervenir, pour permettre de parvenir au résultat que le seul jeu du marché ne peut atteindre.* »¹⁵²². La responsabilité civile, mise en œuvre par le juge, joue donc un rôle majeur pour mettre fin aux conflits sur un marché. D'une part, elle peut contraindre le responsable à supporter le coût social soit l'ensemble des coûts que subit la société en raison de l'infraction qu'il a commise ou tenté de commettre. D'autre part, elle participe à une démarche préventive visant à dissuader les agents économiques de commettre des infractions. Elle permet, ainsi, de minimiser les coûts sociaux des infractions.

In fine, si l'intervention du juge apparaît nécessaire, encore faut-il qu'elle soit efficace. La recherche d'une efficacité implique de vérifier que l'État ne gaspille pas les ressources qu'il

¹⁵¹⁹ B. DEFFAINS, « Introduction à l'analyse économique des systèmes juridiques », *Presses de Sciences Po Revue économique*, 2007/6, vol. 58, p. 1153.

¹⁵²⁰ B. DEFFAINS, « Introduction à l'analyse économique... », *ibid.*, p. 1154.

¹⁵²¹ B. DEFFAINS, M. DORIAT-DUBAN, « La médiation à travers le prisme de l'analyse économique », *Archives de philosophie du droit*, vol. 61, n°1, 2019, p. 3-20, §15 : « Gabuthy et Jacquemet (2013) expliquent en effet que l'individu opère une confusion entre ce qui est juste et ce qui est bénéfique pour lui. Les parties chercheraient donc à parvenir à un accord considéré comme juste plutôt qu'à maximiser leurs gains. Le problème provient du fait qu'elles auraient des conceptions divergentes sur la notion de justice. Les anticipations individuelles sont donc amenées à diverger, chacun des protagonistes estimant que le juge prendra une décision en sa faveur. ».

¹⁵²² J. TRAULLE, « La réparation du préjudice économique pur en question », *RTD civ.*, 2018, p. 285, §4.

décide de redistribuer pour le bien commun ou qu'il décide d'allouer pour remédier à certaines défaillances du marché¹⁵²³.

b) *La justification d'une intervention judiciaire dans la sphère contractuelle par l'analyse juridique*

303. *La doctrine du solidarisme est favorable à l'intervention judiciaire dans le contrat.* Les conflits entre acteurs économiques peuvent apparaître lorsque certains sont contraints de respecter des contrats qu'ils n'ont pas pu négocier. Cette prise de conscience a donné naissance, en matière juridique, au solidarisme contractuel et à la théorie de l'utile et du juste. Ces doctrines s'opposent à la prééminence de l'autonomie de la volonté des acteurs économiques. Le solidarisme contractuel part du présupposé que les parties au contrat sont bien souvent économiquement inégales. Puisque le contrat ne peut être librement formé, sa force obligatoire doit être remise en cause au profit des plus faibles¹⁵²⁴. D'après le solidarisme contractuel, il appartient à la partie forte de tenir compte de la faiblesse de son partenaire, d'agir à son égard avec loyauté et altruisme¹⁵²⁵, voire de lui consentir certains sacrifices¹⁵²⁶. Le solidarisme crée un lien étroit entre morale et droit. Il a notamment contribué à imposer l'ordre public économique. Ainsi, si la volonté des parties est maintenue, comme source de la force obligatoire des contrats, elle doit se soumettre aux exigences de la loi. Il appartient, par ailleurs, au juge de protéger la partie faible contre les abus de puissance économique notamment à travers un contrôle des clauses abusives. Le solidarisme s'appuie sur différentes notions comme la bonne foi, l'ordre public économique ou encore la cause pour justifier une intervention judiciaire au sein de l'équilibre contractuel¹⁵²⁷. Néanmoins, la doctrine du solidarisme a pu être contestée car jugée trop idyllique si elle ne s'ancre pas dans des exigences plus pratiques en matière de relations commerciales¹⁵²⁸.

304. *Le législateur est favorable à l'intervention du juge pour contrôler et sanctionner les comportements abusifs des professionnels concernant le contenu contractuel.* Comme le retient le rapport sur le projet de loi de modernisation de l'économie, introduisant la notion de déséquilibre significatif dans le Code de commerce : « *Chaque entrepreneur – de la micro entreprise à la multinationale - ne peut bénéficier de la liberté d'entreprendre que dans le cadre d'un solide corps de règles.* ». S'il admet, néanmoins, que le législateur « *doit se garder de légiférer là où l'intelligence du marché et des hommes sera plus souple et plus efficace* » car

¹⁵²³ P. COPPENS, « État, marché et institutions », *Revue internationale de droit économique*, vol. xxi, 3, n°3, 2007, p. 293-316.

¹⁵²⁴ Cour de cassation, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », interv. M. J. Cédrasin, *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2003, p.186 et s.

¹⁵²⁵ F. ROUVIÈRE, « La remise en cause du contrat par le juge », *L'efficacité du contrat*, Gwendoline Lardeux, juin 2010, Aix-en-Provence, p. 41-56, §1 : « Dans le même sens, les standards de la bonne foi, de l'économie du contrat, de la nature de l'obligation ont permis aux doctrines du solidarisme contractuel de s'épanouir et de plaider pour un contrat plus loyal, plus solidaire, plus fraternel. ».

¹⁵²⁶ Cour de cassation, « Le solidarisme contractuel... », *ibid.*, p. 186 et s.

¹⁵²⁷ Cour de cassation, « Le solidarisme contractuel... », *ibid.*, p. 186 et s.

¹⁵²⁸ C. DELFORGE, « Le contrat à long terme entre firmes, un contrat relationnel exemplaire ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 76, n° 1, 2016, p. 57-95, §1 et s.

s'il « *règlemente trop, il entrave le dynamisme des entrepreneurs et la croissance des entreprises* », il retient que « *cette nécessité d'un solide corps de règles est unanimement reconnue* ». Ainsi, « *face à la diversité des réalités de la société* », il convient de « *ne pas tout laisser faire. Ne pas tout encadrer. Le juste milieu entre un pouvoir fort et l'intelligence libérée des acteurs* »¹⁵²⁹. Le législateur ne doit pas nécessairement réglementer la position dominante ou encore le monopole car « *ce sont les exploitations abusives de ses positions qui sont condamnables* »¹⁵³⁰. Il ajoute que « *si la loi évite les plus grosses dérives, les excès majeurs, les écarts significatifs, elle sera une réussite* »¹⁵³¹. Le Rapport précité rappelle que le rôle du législateur est de garantir la loyauté dans les relations commerciales dans une perspective plus large, la protection de l'économie mais « *il y a dysfonctionnement de la concurrence quand il y a trop d'État [car] les pouvoirs publics avantagent certains concurrents* »¹⁵³². Ainsi, il appartient au législateur d'imposer « *la libre et loyale concurrence* » à travers quelques règles. Il appartient, ensuite, au juge de contrôler l'application de ces règles et d'en sanctionner le manquement. Il convient de laisser « *aux tribunaux le soin de traiter les abus. La loi ne peut tout prévoir* » ; « *la loi fixe des principes de base. Aux tribunaux le soin d'adapter chaque jugement en fonction de chaque fait soulevé* »¹⁵³³. Ainsi, le législateur offre au juge la capacité d'intervenir dans le champ contractuel pour en contrôler le contenu et sanctionner le cas échéant le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties¹⁵³⁴. Toutefois, l'analyse du juge ne devrait pas être déconnectée du champ économique dans lequel il intervient. En effet, le Rapport précité constate qu'« *il est temps de permettre aux juges du droit de l'économie de revenir aux réalités économiques* »¹⁵³⁵.

La doctrine ne s'y oppose pas estimant que les objectifs juridiques doivent être maintenus sans pour autant nuire à l'efficacité économique¹⁵³⁶. Une appréciation erronée de l'article sur le déséquilibre significatif peut impacter l'économie¹⁵³⁷. Il s'agit de sanctionner un abus, dont le

¹⁵²⁹ J.-P. CHARITÉ, Rapport n°908 fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi de modernisation de l'économie, Assemblée nationale, 22 mai 2008, p. 17.

¹⁵³⁰ J.-P. CHARITÉ, Rapport n°908..., *ibid.*, p. 91.

¹⁵³¹ J.-P. CHARITÉ, Rapport n°908..., *ibid.*, p. 91.

¹⁵³² J.-P. CHARITÉ, Rapport n°908..., *ibid.*, p. 92-93.

¹⁵³³ J.-P. CHARITÉ, Rapport n°908..., *ibid.*, p. 98.

¹⁵³⁴ CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 : « En laissant ouvert le champ d'application de l'article L. 442-6 I 2° et en donnant au juge la mission de contrôler l'existence d'un déséquilibre contractuel, le législateur n'a pas méconnu les dispositions de l'article 7 de la CSDH, dès lors [...] que la rédaction de l'article L. 442-6 I 2° [...] permet aux opérateurs économiques de savoir que toute rupture importante de l'équilibre contractuel au bénéfice d'un des contractants est susceptible d'être sanctionnée, ce qui écarte le reproche d'imprévisibilité et, d'autre part, que le contrôle de l'économie du contrat entre traditionnellement dans l'office du juge, ce qui écarte le reproche d'immixtion du juge dans le contrat. ».

¹⁵³⁵ J.-P. CHARITÉ, Rapport n°908..., *ibid.*, p. 111-112.

¹⁵³⁶ M. LATINA, « Contrat : généralités », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mai 2017 (actualisation : novembre 2021), §23 : « Un texte comme celui de l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce relève à l'évidence du droit économique. Il n'a de légitimité que si son efficacité répond à l'efficience que doit avoir la règle de droit. Le droit ne doit pas toujours s'incliner devant l'économie. » mais pt 26 « ce texte n'a de légitimité que s'il profite réellement à des entreprises en situation de faiblesse manifeste. Il ne peut avoir pour but de réguler les marchés au gré d'une intervention économique publique, tout à la fois brouillonne et politique. L'efficience est alors oubliée. ».

¹⁵³⁷ M. LATINA, « Contrat : généralités », *ibid.*, §29 : « Cet article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce, [...]. Ce texte n'a pas vocation à être l'exutoire de toutes les souffrances économiques. Il faut prendre garde à l'insécurité contractuelle qu'il recèle, synonyme de dérèglement des marchés et de la vie économique. À

contrat est le « vecteur », et non de remettre en cause la définition du contrat comme la chose des parties¹⁵³⁸. C'est notamment le cas lorsque le contrat contient des obligations injustifiées, disproportionnées, sans contreparties ou non réciproques sans qu'elles puissent être rééquilibrées. Ainsi, d'après le Professeur F. ROUVIERE « *supprimer certaines clauses c'est en apparence remettre en cause le contrat mais en réalité, c'est punir les fautes délictuelles commises à cette occasion* » ainsi, « *même lorsque c'est la force obligatoire du contrat qui est en jeu, la remise en cause vise derrière elle la sanction d'un comportement déloyal* » ; « *il s'agit de défendre l'idée que la remise en cause est légitime si elle se fait d'une part au profit de l'opération contractuelle* » ou « *d'autre part si elle sanctionne un abus* »¹⁵³⁹. En effet, rappelons que la pratique du déséquilibre significatif relève, *a priori*, du champ de la responsabilité délictuelle et non pas contractuelle. Il s'agit d'une pratique déloyale commise lors de relations contractuelles mais dont la teneur s'avère délictuelle. Le contrat permet la réalisation de l'abus, à travers l'utilisation abusive du pouvoir de négociation par l'une des parties et la détermination du contenu contractuel qui en découle, mais cet abus pourrait se produire en dehors du contrat (par exemple, à travers une pratique non-contractualisée visant une obligation d'une partie envers une autre¹⁵⁴⁰).

Or, si le rôle du juge est certes fondamental en matière commerciale, il doit être encadré afin de préserver la sécurité juridique. En effet, il existe une défiance traditionnelle de la doctrine et du monde des affaires vis-à-vis de l'intervention du juge dans le contrat et plus précisément à l'égard de son pouvoir de révision¹⁵⁴¹. C'est notamment en ce sens que le législateur a cherché à « *spécialiser des juridictions sur ces sujets de la libre et loyale concurrence, pour qu'ils soient traités avec la même diligence et rigueur que d'autres sujets plus « émotionnels »* »¹⁵⁴². Par ailleurs, le juge judiciaire est limité dans sa démarche par le texte de loi qui l'oblige à vérifier la réalité de la pratique à travers plusieurs critères. En matière de déséquilibre significatif, le juge est amené à analyser les abus de comportements des cocontractants et non à émettre un jugement spontané sur l'équilibre contractuel¹⁵⁴³. Par exemple, le juge ne peut directement contrôler les prix qui relèvent de la négociation commerciale, il doit néanmoins sanctionner les pratiques commerciales restrictives de concurrence et peut annuler les clauses contractuelles, y

nouveau, le terme « significatif » doit avoir toute sa portée. Quoi qu'il en soit, c'est la pratique française actuelle qui pose problème, et qui est inéluctablement condamnée, car elle est intenable à terme. Très simplement, le déséquilibre significatif ne peut être une infraction pérenne dans notre droit que si certains principes élémentaires sont respectés. ».

¹⁵³⁸ F. ROUVIERE, « La remise en cause du contrat par le juge », in *L'efficacité du contrat*, Aix-en-Provence, 11 juin 2010, p. 41-56.

¹⁵³⁹ F. ROUVIERE, « La remise en cause... », *ibid.*, p. 41-56, §3.

¹⁵⁴⁰ CA Paris, 18 sept. 2013, n°12/03177. La cour d'appel a retenu l'existence d'une tentative de soumission à un déséquilibre significatif par le GALEC dès lors qu'il a enjoint aux fournisseurs de renoncer à des créances de restitution de sommes d'argent conférées par une décision de justice.

¹⁵⁴¹ M. LATINA, « Contrat : généralités », *ibid.*, parag. Principe de la non-immixtion du juge ; D. FENOUILLET, « Le juge et les clauses abusives », *RDC*, 2016, n° 113h2, p. 358.

¹⁵⁴² J.P. CHARITÉ, Rapport n°908... *précit.*, p. 111-112.

¹⁵⁴³ M. LATINA, « Contrat : généralités », *ibid.*, §28 : « Le déséquilibre ne peut de son côté être condamné en tant que tel. Il est inhérent à la liberté contractuelle. [...] Le déséquilibre "significatif" est au fond la limite ultime, et peut être raisonnable. Elle suppose une recherche concrète du juge. Celui-ci doit rechercher et apprécier les avantages réciproques que se sont consentis ou refusés les parties. Il doit rechercher le manifeste, l'abus évident. ».

compris celles visant le prix, dès lors qu'elles remplissent les critères de l'article sur le déséquilibre significatif¹⁵⁴⁴.

305. *Conclusion.* Les économistes admettent qu'il puisse exister des défaillances du marché empêchant ce dernier de fonctionner de manière efficace c'est-à-dire de conduire à un équilibre qui satisfait l'ensemble de la société. Parmi ces défaillances, les économistes retiennent l'existence d'entreprises qui bénéficient d'un pouvoir de marché leur permettant de déterminer les prix et non plus de se plier à la loi du marché, mais également l'existence d'asymétries d'information entre les agents pouvant conduire à des comportements opportunistes. Par ailleurs, l'acteur économique n'est pas toujours rationnel et donc capable de choix optimaux en toutes circonstances. Enfin, l'optimum qui, dans le meilleur des cas, est atteint à l'équilibre de marché n'est pas, nécessairement, celui souhaité par la société comme étant le plus équitable. Ainsi, l'État doit intervenir, de manière secondaire, pour garantir l'efficacité économique et le bien-être social dès lors que l'action du marché ne suffit pas. Admettre l'intervention de l'État conduit à admettre l'intervention du juge pour trancher un conflit entre acteurs économiques qui échangent sur un marché notamment à travers un contrat. La rationalité des acteurs économiques est limitée lors de la conclusion du contrat, ce qui conduit à leur incomplétude matérielle. Ainsi, les acteurs, réputés de nature égoïste, ont tendance à agir de manière opportuniste afin de faire prévaloir leur intérêt. De même, il peut exister une divergence entre la volonté exprimée dans le contrat et la volonté réelle lors des négociations entre cocontractants pouvant conduire à des conflits. Face à ces situations, une intervention extérieure apparaît nécessaire. Plusieurs circonstances conduisent à privilégier une action en justice : les croyances des parties et notamment l'optimisme que chacune d'elles fonde sur l'issue du jugement en sa faveur, l'existence d'un désaccord sur la répartition du *surplus* (somme des coûts supportés en cas de procès), ne parvenant pas à le transformer en gains mutuellement bénéfiques, ou encore la détention d'informations privées par l'une d'elles conduisant à l'échec de la négociation. Il est donc recommandé de se tourner vers le juge notamment, à travers la responsabilité civile : elle contraint le responsable à supporter le coût social et participe à une démarche préventive visant à dissuader les agents de commettre des infractions. Si l'analyse économique admet l'intervention de l'État dans la sphère contractuelle c'est néanmoins sous réserve de son efficacité puisqu'elle ne doit pas conduire, *in fine*, à gaspiller les ressources. L'analyse juridique admet également l'intervention de l'État, notamment à travers le juge, dans la sphère contractuelle. Comme le retient la doctrine du solidarisme contractuel, selon laquelle il convient de s'assurer que la partie forte tienne compte de la faiblesse de son partenaire, qu'elle agit à son égard avec loyauté et altruisme, voire lui consentit certains sacrifices. Or, le législateur a entendu introduire une règle de droit permettant au juge de contrôler l'équilibre contractuel et le cas échéant appliquer des sanctions. Si le législateur admet l'importance de la liberté d'entreprendre sur le marché, cette liberté ne peut conduire à une libre concurrence sans un minimum de règles strictes. Les lois sont nécessaires pour protéger les libertés. L'État doit parvenir à un juste milieu entre un pouvoir fort et l'intelligence libérée des acteurs. En ce sens, il convient de laisser aux tribunaux le soin de

¹⁵⁴⁴ CA Paris, 1^{er} juillet 2015, n°13/19251 ; Cass. com., 25 janvier 2017, n°15-23.547 ; Conseil constit., décision n°2018-749 QPC, 30 novembre 2018, Société Interdis et autres.

traiter les abus. La doctrine estime que les objectifs juridiques doivent être maintenus sans pour autant nuire à l'efficacité économique. L'approche du juge ne doit pas être déconnectée du champ économique dans lequel il intervient. En ce sens, le législateur a cherché à spécialiser les juridictions en matière contractuelle et à limiter le juge dans sa démarche, par le texte de loi, en l'obligeant à vérifier les critères de la pratique.

B. La nécessité de préserver l'utilité du contrat face à l'intervention judiciaire

306. *Si l'intervention judiciaire est justifiée dans la sphère contractuelle, elle ne doit pas nuire à l'utilité du contrat entendu comme l'expression de la volonté des parties.* Le contrat traduit, en principe, la volonté des parties (a). Or, admettre une intervention judiciaire dans la sphère contractuelle peut entrer en contradiction avec ce principe (b).

a) *L'enjeu du contrat comme manifestation de la volonté des parties*

307. *L'enjeu : le contrat est avant tout la chose des parties.* Si l'intervention du juge pour résoudre des conflits sur le marché peut être recommandée, l'analyse économique rappelle la nécessité de vérifier l'efficacité de cette intervention pour en garantir la légitimité. L'interventionnisme étatique a pour effet de limiter la liberté contractuelle dans ses trois dimensions, liberté de contracter ou non, de choisir son contractant, et enfin de définir le contenu du contrat. Or, l'intervention du juge dans le contrat, avec l'approbation du législateur¹⁵⁴⁵, soulève certaines critiques puisque le contrat serait, du moins classiquement, la « chose des parties »¹⁵⁴⁶. En effet, ces dernières sont les seules à connaître leurs souhaits, leurs attentes au regard du secteur économique dans lequel elles évoluent, des concurrents auxquels elles font face, des demandes de leurs consommateurs et en fonction de leurs partenaires. Les parties sont donc les seules à pouvoir déterminer au mieux l'utilité qu'elles pourraient retirer du contrat et ainsi déterminer le contenu contractuel pour y parvenir, comme le retient A. FOUILLEE, dans un célèbre adage, « qui dit contractuel dit juste »¹⁵⁴⁷. En vertu du principe de l'autonomie de la volonté, les parties sont libres et ne s'obligent que si elles le souhaitent. C'est parce qu'elles l'ont voulu qu'elles y sont obligées comme le prévoit l'article 1103 du Code civil¹⁵⁴⁸.

¹⁵⁴⁵ M. LATINA, « Contrat : généralités », *ibid.*, §109. « [Ce] dirigisme contractuel a en particulier fait douter du rôle véritable de la volonté lorsque les parties ne maîtrisent pas le contenu contractuel (JOSSERAND, Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal, DH 1940. Chron. 5). ».

¹⁵⁴⁶ C. JAMIN, « Que répondre à Éric Brousseau ? (Je n'ai presque rien à dire à un économiste) », *Petites Affiches*, 19 mai 2005, n°99, p. 59 : « Un juge que les juristes français n'apprécient guère par tradition, ce juge qu'apprécient encore moins des juristes libéraux qui s'indignent à intervalles réguliers du rôle croissant qu'il joue en matière contractuelle. Comme l'écrit Christian Atias dès la première ligne de l'avant-propos de son précis de contentieux contractuel : "Le propre du contrat, c'est d'être la chose des parties, une affaire privée". ».

¹⁵⁴⁷ J. F. SPITZ, « Qui dit contractuel dit juste » : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée, *RTD civ.*, 2007, p. 281.

¹⁵⁴⁸ « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. ».

Ainsi, si le contrat doit être la chose des parties, elles seules peuvent, conjointement, en déterminer le contenu. On parle alors d'intangibilité des contrats qui, lorsqu'ils sont légalement formés, s'oppose, en principe, à leur modification unilatérale ou à une intervention extérieure. Certes, les évolutions en droit positif tendent vers un encadrement renforcé du contenu contractuel en laissant peu de place à la volonté des parties¹⁵⁴⁹. Une telle intervention pourrait remettre en cause le principe de sécurité juridique, déterminant au sein de la vie économique. Les parties s'étant entendues, conjointement, elles doivent appliquer le contrat tel qu'il a été rédigé, il y a force obligatoire. Renoncer à ce principe pourrait favoriser les comportements opportunistes et, *in fine*, dissuader des acteurs de conclure des contrats. On peut alors s'interroger sur l'intensité d'une intervention judiciaire en matière contractuelle : le rôle du juge doit-il se limiter à contrôler la bonne exécution du contrat indépendamment de l'analyse de son contenu ? Si exiger plus de loyauté et d'altruisme dans les relations commerciales poursuit un objectif louable et même nécessaire pour supprimer ou limiter les coûts d'une infraction vis-à-vis de la société, il ne faut pas oublier que cet échange poursuit avant tout un objectif économique.

D'après une conception libérale de l'économie, la réalité du monde économique n'est pas celle d'un environnement altruiste mais au contraire égoïste où chaque acteur entend favoriser son intérêt propre. La justice contractuelle, si elle poursuit un objectif important, ne saurait faire abstraction de la définition même du contrat comme rencontre des volontés entre des parties. En effet, peut-on toujours parler d'un contrat, comme accord de volontés, lorsque le juge est intervenu et en a modifié le contenu ? Le juge doit interpréter la volonté des parties le plus fidèlement possible, c'est du moins ce qu'on attend de lui en tant que gardien de l'équilibre contractuel¹⁵⁵⁰. C'est ce qui permettra aux parties de retrouver une utilité à la signature du contrat et garantir sa bonne exécution. L'impartialité est une condition *sine qua non* de sa légitimité¹⁵⁵¹. Le juge doit agir de manière juste sans prendre de parti pris, c'est-à-dire sans favoriser excessivement la victime au détriment du fautif. Il doit user de sa situation, comme tiers au conflit, pour se prononcer avec objectivité¹⁵⁵². Néanmoins, en pratique, le juge a tendance à se prononcer dans un sens qui lui apparaît plus loyal et moral. Si la prise en compte de la morale dans le droit peut s'avérer nécessaire, elle ne doit pas, pour autant, être l'unique principe directeur. Dans de telles circonstances, on peut s'interroger sur la capacité du juge à procéder à une analyse efficace de l'équilibre contractuel. Comme l'énoncent les Professeurs J. FLOUR, J.-L. AUBERT, et E. SAVAUX : « *Dans les mots, les tribunaux feignent toujours de rechercher la volonté des parties. Dans la réalité, ils se fondent sur l'équité ; et ce, au mépris*

¹⁵⁴⁹ Ref. th. intro, not. §11.

¹⁵⁵⁰ D. MAZEAUD, « La révision du contrat », *LPA*, 30 juin 2005, p. 4, §10.

¹⁵⁵¹ M. LATINA, « Contrat : généralités », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mai 2017 (actualisation : Novembre 2021), §28 : « L'intrusion du juge dans le contrat doit être limitée, empreinte de circonspection. Le contrat est la chose des parties. Le juge n'est pas partenaire. Son approche en cette matière s'apparente à celle du juge des référés, qui est le juge du manifeste, de l'évidence. Aller au-delà, c'est autoriser le juge à refaire les contrats, à substituer son appréciation subjective à l'appréciation subjective des parties. [...] Le juge, parce qu'il est juge, doit entendre les deux parties. ».

¹⁵⁵² M. ZAVARO, « Contrepoint : Le juge impartial face au contrat », in Jean-Pierre Mignard *et al.*, *Justice pour tous, Cahiers libres*, 2001, La Découverte, p. 78-84.

parfois de ce qui a été le plus probablement voulu. »¹⁵⁵³. Le Professeur D. MAZEAUD a également constaté que « *cela revient à autoriser le juge à remodeler le contrat selon son propre sens de l'équité et de la justice contractuelle, et à se substituer ainsi [...] aux volontés libres et éclairées des contractants, qui sont pourtant, comme chacun le sait, les meilleurs juges de leurs propres intérêts.* ». Il ajoute que la révision du contrat « *mal formé* » « *jure avec l'office traditionnel du juge telle qu'envisagée dans la tradition française pour laquelle le contrat est le jardin secret des parties et non pas un ménage à trois dans lequel le juge fait figure d'intrus* »¹⁵⁵⁴. Pour autant, ce dernier retient que « *le plus souvent, l'ingérence du juge dans le contrat ne se solde pas par une neutralisation de la liberté contractuelle, laquelle est simplement expurgée des excès qu'elle a pu secréter sous la forme de clauses illicites. Il s'agit seulement, pour assurer le respect de l'ordre public, de sauver le contrat illicite, par la suppression de ce qu'il pourrait avoir d'excessif [...]* »¹⁵⁵⁵.

Ainsi, s'il importe de lutter contre les comportements abusifs des professionnels à l'occasion des échanges commerciaux, et si l'intervention du juge apparaît nécessaire en ce sens, il convient, toutefois, de s'assurer que cette intervention est bien effectuée de manière efficace et ne nuit pas à l'utilité des contrats pour les parties¹⁵⁵⁶.

b) *La difficulté du juge à garantir l'utilité du contrat à travers la retranscription de la volonté des parties*

308. *La difficulté pour le juge d'établir un équilibre conforme à la volonté des parties.* Certes, le législateur a prévu une compétence exclusive pour certaines juridictions permettant leur spécialisation en matière de déséquilibre significatif mais cette fonction pourrait ne pas être suffisante. L'analyse judiciaire peut varier en fonction des différents tribunaux et cours amenés à se prononcer. Par ailleurs, pour tenir compte de la volonté des parties, le juge est limité par la qualité et la quantité de l'information transmise afin de se prononcer. Son office est restreint par les principes directeurs du procès, c'est-à-dire les éléments fournis par les parties et qui appartiennent au dossier¹⁵⁵⁷. Le manque de connaissances dont le juge dispose sur

¹⁵⁵³ J. FLOUR, J.L. AUBERT, E. SAVAUX, « Les obligations », T. 1. *L'acte juridique*, 11^e éd., Armand Collin, coll. U, 2004, repris par A. VILLAIN, *L'immixtion du juge dans les contrats*, mémoire droit, 2013, p. 41.

¹⁵⁵⁴ D. MAZEAUD, « La révision du contrat », *LPA*, 30 juin 2005, p. 4, §11.

¹⁵⁵⁵ D. MAZEAUD, « La révision du contrat... », *ibid.*, p. 4, §12.

¹⁵⁵⁶ L. D'URSEL, « L'analyse économique du droit des contrats », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 14, n°1, 1985, p. 45-88, §18 et s. : « Cette procédure fait l'hypothèse (hardie) d'un juge potentiellement omniscient. Par ailleurs, le danger de cette réécriture des contrats par le juge est que, poussée trop loin, elle risque d'aller à l'encontre du principe de convention-loi [...]. Cette possible atteinte à la sécurité juridique est bien connue des juristes puisque certains semblent, dans un esprit analogue à ce que suggère l'économiste, vouloir "violier la volonté réelle" en lui préférant la "volonté idéale" qui "n'est pas la volonté réelle mais [...] ce qu'(elle) eût peut-être été [...]". Dénoncer l'atteinte à la sécurité juridique ne revient-il pas dès lors à défendre implicitement ces "abus" ? En un sens donc (que nous défendons), il n'y a pas d'arbitrage réel à effectuer entre efficience économique et sécurité juridique. Il reste cependant qu'en substituant au principe de l'autonomie réelle celui de l'autonomie idéale, on autorise par là même une intervention pour ainsi dire illimitée des tribunaux. ».

¹⁵⁵⁷ J.L. SOULIER, *Common Law vs. Civil Law : différences culturelles dans les systèmes de preuve*, 26 juin 2015, dispo. en ligne sur le site : www.soulier-avocats.com : « Une partie peut demander au juge d'ordonner

l'utilité réelle du contrat pour les parties limite sa capacité à retranscrire leur volonté. Or, certaines parties pourraient profiter du procès pour mettre en place des comportements opportunistes en cherchant à orienter le juge dans un sens qui leur est favorable alors que leur volonté, lors de la conclusion du contrat, pouvait être différente. Ainsi, si le juge est un être raisonnable, prétendument capable de parvenir à la solution la plus juste¹⁵⁵⁸, il peut néanmoins être dans l'incapacité de déterminer un nouvel équilibre contractuel satisfaisant les deux parties. Or, sans rencontre des volontés, l'existence même d'un contrat pourrait être remise en cause¹⁵⁵⁹. Un acteur économique, lorsqu'il en a la liberté, ne se liera pas à un contrat (ou y mettra un terme) s'il ne retranscrit pas (plus) sa volonté. Ainsi, le maintien et la poursuite des relations commerciales sont des enjeux majeurs déterminants de l'efficacité de l'intervention judiciaire dans les contrats.

309. *Rendre un jugement efficace, en ce qu'il préserve l'utilité du contrat, peut s'avérer très coûteux.* Contrôler et émettre un jugement, de manière efficace, sur le contenu contractuel, assorti le cas échéant d'une sanction visant à supprimer un déséquilibre, implique de disposer de suffisamment d'informations. Cette exigence conduit à d'importants coûts de recherche. C'est pourquoi, il est recommandé au juge de s'appuyer, plutôt, sur le comportement d'un « *bon père de famille* » à présent entendu comme le fait d'agir raisonnablement, notion non dénuée de critiques¹⁵⁶⁰. Un tel comportement est reconnu comme efficace en économie car les coûts d'une analyse individuelle peuvent être trop élevés face aux bénéfices retirés comme l'explique le Professeur B. DEFFAINS. Il retient que « *comme les coûts d'une évaluation individuelle du soin efficace sont généralement très élevés, le droit exige un degré de soin moyen. C'est précisément le comportement d'une personne normalement soigneuse et prudente : le soin du bon père de famille. D'autre part, si la classification peut être facilement appliquée (à peu de frais), la jurisprudence exigera un degré de soin plus élevé pour les auteurs qui peuvent prendre soin à des coûts inférieurs.* »¹⁵⁶¹. Le Code civil invite le juge à opter pour un comportement raisonnable, de manière secondaire après avoir cherché, en vain, à appréhender la volonté des parties¹⁵⁶². Or, la jurisprudence, en matière de déséquilibre significatif, tend

à la partie adverse ou à un tiers la communication d'un document. Mais elle doit identifier précisément le document en question et le juge est libre d'accéder ou non à sa demande. Pas de "discovery process". ». CA Paris, 11 septembre 2013, n°11/17941 : « Le procès est la chose des parties qui apportent au soutien de leurs prétentions les éléments de preuve qu'elles choisissent, et que le juge statue au vu des seuls éléments de preuve qui lui sont communiqués. ».

¹⁵⁵⁸ D. MAZEAUD, « La révision du contrat », *LPA*, 30 juin 2005, p. 4 : « Dans l'exercice des pouvoirs de révision du contrat qui lui ont été accordés, le juge a généralement fait preuve d'une sagesse et d'une modération qui ont été unanimement salués. ».

¹⁵⁵⁹ D. MAZEAUD, « La révision du contrat », *ibid.*, p. 4 : « Après un premier tour d'horizon de notre droit, c'est donc une véritable impression de révolte pour la révision qui se dégage. Impression qu'exprime à merveille cette nouvelle formule choc de Niboyet qui affirmait : "le contrat révisé n'a plus de contrat que le nom, et c'est au milieu de ses décombres que vient s'établir la réglementation du juge". ».

¹⁵⁶⁰ En ce s., M. LAGELEE-HEYMANN, « Le "raisonnable" dans le nouveau droit des contrats », *RDC*, 2018, p. 473 : « 3. À l'instar de Gérard Cornu et de M. Georges Khairallah, on pourrait voir, dans ce développement du "raisonnable", une marque d'humilité du législateur, lequel, doutant de lui-même, multiplie les standards afin de donner " au juge la confiance qu'il se retire". ».

¹⁵⁶¹ B. DEFFAINS, « Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste », *LPA*, 19 mai 2005, p. 6.

¹⁵⁶² M. LAGELEE-HEYMANN, « Le "raisonnable" dans le nouveau droit des contrats », *RDC*, 2018, p. 473, §13 : « Par principe, le juge doit rechercher la commune intention des parties (C. civ., art. 1188, al. 1^{er} ; par exception, " lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui

progressivement vers une analyse individuelle. L'appréciation générale serait jugée inefficace, comme le démontre par exemple, la suppression d'une présomption de soumission fondée sur un rapport de force déséquilibré entre les parties au profit d'une analyse plus poussée de l'effectivité des négociations¹⁵⁶³. Cette individualisation de l'analyse judiciaire passe également par le fait de vérifier que le juge prononcera, au cas par cas, les sanctions les plus adaptées et les plus efficaces¹⁵⁶⁴.

310. *Conclusion.* Après avoir admis l'intervention du juge dans la sphère contractuelle, pour lutter contre les comportements abusifs d'une partie au contrat, cette intervention doit néanmoins être efficace. Le juge est confronté au principe selon lequel le contrat serait avant tout la chose des parties. Elles sont réputées être les seules à connaître leurs souhaits, leurs attentes, au regard du secteur économique dans lequel elles évoluent. Or, le juge va être amené à se prononcer sur le déroulé des négociations et le contenu du contrat. Il va émettre un jugement sur l'existence ou non de la pratique de déséquilibre significatif. Certes, il appartient, en principe, au juge d'agir de manière juste sans prendre de parti pris, c'est-à-dire sans favoriser excessivement la victime au détriment du fautif. Il doit user de sa situation, comme tiers au contrat, pour se prononcer avec objectivité. Par ailleurs, puisque sa décision, guidée par des motifs juridiques, impacte le contrat qui est un outil économique, il ne devrait pas faire abstraction de son utilité et son efficacité pour les parties. En effet, si le juge est réputé agir de manière raisonnable, comme prétendument capable de parvenir à la solution la plus juste, il peut néanmoins être dans l'incapacité de déterminer un nouvel équilibre contractuel satisfaisant les deux parties. Or, sans rencontre des volontés, l'existence même d'un contrat pourrait être remise en cause. C'est pourquoi, il doit chercher à comprendre la volonté des parties à contracter ensemble. Toutefois, le juge, en tant que tiers, ne dispose pas, en principe, des connaissances suffisantes hormis celles fournies par les parties lors du procès, ce qui comme nous l'avons vu, peut conduire à des comportements opportunistes de ces dernières. S'il apparaît nécessaire de mieux comprendre ces volontés pour préserver l'utilité du contrat comme outil économique, une recherche poussée peut être coûteuse. Il convient de comparer les coûts d'une recherche individualisée et les confronter aux avantages retirés. Si cette démarche apparaît plus coûteuse que bénéfique, il peut être préconisé de procéder à une analyse plus générale et donc plus souple. En ce sens, il peut être recommandé au juge de rechercher le comportement d'un « *bon père de famille* », c'est-à-dire de procéder à une analyse raisonnable sans chercher à fournir une étude poussée de la volonté des parties. Nous verrons que ce questionnement peut également être effectué en matière de sanction¹⁵⁶⁵. *In fine*, si l'intervention judiciaire est justifiée dans la sphère contractuelle, elle ne doit pas nuire à l'utilité du contrat entendu comme l'expression de la volonté des parties. Se pose la question de la manière dont

donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation » (C. civ., art. 1188, al. 2) 56. Au regard de ces éléments, la recherche du « raisonnable » ne s'imposerait donc qu'à défaut de toute volonté exprimée par les contractants (ou, éventuellement, en cas de désaccord). ».

¹⁵⁶³ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Soumettre ou ne pas soumettre, telle est la question », *RDC*, 2020, p.39.

¹⁵⁶⁴ D'autant plus lorsque l'exécution des sanctions peut avoir lieu alors que les parties au litige n'ont pas épuisé les voies de recours. C'est par exemple le cas lorsqu'une sanction est prononcée devant le juge des référés ou en exécution provisoire alors que litige n'a pas été définitivement tranché.

¹⁵⁶⁵ En effet, l'individualisation de l'analyse judiciaire passe également par le fait de vérifier que le juge prononcera, au cas par cas, les sanctions les plus adaptées et les plus efficaces.

le juge entend préserver cette utilité, tout en se prononçant sur le litige, à travers une analyse individuelle poussée, plus réaliste mais coûteuse, ou bien plus générale de la volonté des parties, au risque que cette dernière nuise à leur intérêt pour le contrat.

C. L'encadrement de l'intervention judiciaire pour protéger l'utilité du contrat

311. *La légitimité de l'intervention du juge dans le contrat implique qu'elle soit efficace, ce qui requiert de préserver l'utilité du contrat.* En l'espèce, le juge devient le protecteur de l'équilibre contractuel et le contrôleur des abus entre cocontractants. Néanmoins, cette intervention extérieure peut entrer en opposition avec la définition même du contrat considéré comme la chose des parties. Afin de préserver son utilité dans la sphère économique, nous proposons d'encadrer l'intervention judiciaire pour garantir son efficacité lorsqu'elle agit dans le champ contractuel et régit les échanges entre acteurs économiques. D'une part, nous verrons qu'il existe déjà certaines limites à l'intervention judiciaire, mais son encadrement doit être étendu à la prise en compte de la volonté des parties (a). Cette prise en compte devrait être privilégiée. Néanmoins, si sa recherche s'avère trop coûteuse et dépasse les bénéfices attendus par sa prise en compte, une approche raisonnable pourrait être retenue (b).

a) *L'encadrement nécessaire de l'intervention du juge dans la sphère contractuelle*

312. *L'encadrement actuel de l'intervention du juge dans le contrat est insuffisant.* Les avantages retirés par cette intervention, au sein de la sphère économique, doivent être supérieurs aux inconvénients auxquels elle peut conduire. Tout d'abord, le législateur a entendu encadrer l'intervention judiciaire en spécialisant certaines juridictions, en les déclarant seules compétentes en matière de déséquilibre significatif¹⁵⁶⁶. Par ailleurs, le texte de loi en la matière est clair. L'intervention judiciaire ne vise pas à analyser l'équilibre de tous les contrats mais uniquement à sanctionner les abus à travers la soumission ou la tentative de soumission à un déséquilibre significatif. Précédemment, nous avons proposé plusieurs axes de modification de l'analyse judiciaire qui participent à un encadrement plus poussé¹⁵⁶⁷. Sous ces conditions, nous estimons qu'une intervention judiciaire pourrait être légitime car non abusive, ni arbitraire¹⁵⁶⁸. Ainsi, si un abus est constaté, le législateur offre au juge la capacité d'intervenir dans l'équilibre contractuel. Nous verrons, plus précisément dans une sous-partie sur les sanctions, que le législateur ne s'est pas limité au prononcé d'une réparation en dommages et intérêts, mais offre au juge la capacité de mettre fin au déséquilibre contractuel. L'intervention du juge dans la relation entre co-contractants et le cas échéant, la modification du contrat, visent, *in fine*, à imposer un contrat dont l'équilibre ne résulte pas d'une volonté commune des parties mais plutôt d'une volonté judiciaire. C'est bien l'objectif d'une justice contractuelle, sous couvert de

¹⁵⁶⁶ Code com., art. L.442-6, III ancien et L.442-4 nouveau.

¹⁵⁶⁷ En effet, nous estimons que le contrôle et le prononcé d'une sanction par le juge peut se justifier lorsqu'une soumission (soit selon nous, l'utilisation abusive d'un pouvoir de soumission se traduisant par la coercition du partenaire) et un déséquilibre significatif (apprécié selon nous, au regard de l'ensemble des clauses et des effets du contrat), nocifs pour le partenaire et/ou l'économie, ont été constatés.

¹⁵⁶⁸ V. égal. D. MAZEAUD, « La révision du contrat... », *op. cit.*, §19 : « Ce principe n'autorise point le juge à partir à la traque des moindres déséquilibres contractuels. ».

laquelle le juge, tiers au contrat, s'imisce dans le contrat pour corriger ce qui a été stipulé¹⁵⁶⁹. Si l'intervention judiciaire est, plus ou moins, tolérée car justifiée en droit et économie, depuis plusieurs années au sein des contrats, l'impact de ce contrôle soulève encore certaines interrogations. Il appartient, semble-t-il, au contrat de s'adapter à la justice, plutôt qu'à la justice de s'adapter au contrat¹⁵⁷⁰. Le contrat ne serait plus la chose des parties mais la chose du juge sous couvert d'intérêt général. C'est pourquoi, il apparaît fondamental de vérifier que l'utilité du contrat reste maintenue, ce qui signifie que la volonté des parties ressort, tout de même, de son contenu. Si le juge devient le décideur de l'équilibre contractuel, il peut, certes, agir en tenant compte des objectifs poursuivis par le législateur, sans, toutefois, renoncer à l'utilité que les parties sont supposées trouver dans le contrat et ainsi maintenir son attrait. Il nous apparaît nécessaire de prendre en compte la volonté des parties dans le contrôle judiciaire et le cas échéant, à travers les sanctions des pratiques portant sur le contenu contractuel.

b) La prise en compte nécessaire de la volonté des parties dans l'analyse judiciaire

313. *Outre les objectifs juridiques, la volonté des parties doit être privilégiée pour garantir l'utilité du contrat.* Les parties sont libres contractuellement de déterminer le contenu et la forme du contrat, mais, dans les limites fixées par la loi et l'ordre public (articles 1102¹⁵⁷¹ à 1105 du Code civil¹⁵⁷²). Or, le juge intervient dans des contrats où la volonté d'une des parties n'a pas pu être exprimée de manière libre et effective¹⁵⁷³. En effet, une sanction est prononcée dès lors qu'il est constaté qu'une partie a bien soumis ou a tenté de soumettre l'autre partie à un déséquilibre contractuel significatif. La liberté contractuelle d'une partie qui, rappelons-le, a valeur constitutionnelle¹⁵⁷⁴ peut être limitée, voire abolie, par la liberté contractuelle de l'autre

¹⁵⁶⁹ L. CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 181 : « De tiers, le juge devenait partie au contrat: en quelque sorte, le juge fait bien souvent le contrat à la place des parties. ».

¹⁵⁷⁰ Inspiré des mots de R. SALEILLES : « Le droit tend de plus en plus à faire reposer le contrat sur la justice et non la justice sur le contrat » (Déclaration de volonté, 1901). V. égal. F. JACOMINO, *Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence*, th. droit, Université Côte d'Azur, 2018, §33 : « Le recul de la volonté des parties marquerait pour certains un dessaisissement du contrat au profit du juge, une "processualisation du contrat destiné à assurer la justice dans le contrat" selon l'expression du professeur Cadiet. ».

¹⁵⁷¹ « 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. ».

¹⁵⁷² M. LATINA, « Contrat : généralités », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mai 2017 (actualisation : novembre 2021), §105: « Le libre choix du contenu du contrat ne s'est cependant jamais exercé sans restriction. Les parties ne sont en effet libres que dans l'espace que la loi leur a assigné. Cette limite est répétée à plusieurs reprises dans le code civil. ».

¹⁵⁷³ FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. 1 : Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., 2016, PUF, n°72. Comme le retient également la célèbre formule de H. LACORDAIRE : « Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit » (Sermon à la chaire de Notre-Dame, 1848).

¹⁵⁷⁴ P.Y. GAHDOUN, « Le Conseil constitutionnel et le contrat », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 31 (Dossier : le droit des biens et des obligations), mars 2011, para. A. Une protection tardive : « Le revirement se produit avec la décision du 19 décembre 2000 [...] le Conseil reconnaît explicitement la valeur constitutionnelle du principe : "la liberté contractuelle découle de l'article 4 de la Déclaration". En conséquence, lorsque le législateur souhaite réglementer les conditions d'accès à un contrat, il doit le faire en respectant la liberté des conventions et en limitant les entraves rendues nécessaires par l'intérêt général ou la protection de l'ordre public. ». V. égal., M. LATINA, « Contrat : généralités », *ibid.*, §12-14.

partie. La loi intervient pour limiter cette liberté et garantir une justice contractuelle. Le législateur n'intervient pas dans des relations où les parties ont communément décidé de limiter leur liberté contractuelle, ici la volonté de l'une des parties est biaisée. Il est d'autant plus nécessaire que le contrat retranscrive la volonté des deux parties pour qu'un contrat reste la chose des parties. Le juge peut légitimement poursuivre les objectifs visés par le législateur c'est-à-dire rendre le contrat plus équitable pour qu'il soit représentatif d'un rapport loyal entre les parties. Néanmoins, il ne s'agit pas de modifier l'équilibre du contenu contractuel au profit de la partie faible et au détriment de la partie forte pouvant créer un nouveau déséquilibre. La partie faible pouvant agir de manière opportuniste au jour du procès et ainsi modifier sa volonté initiale lors de la conclusion du contrat. Il ne s'agit pas non plus de créer un nouvel équilibre contractuel qui satisfait le juge mais ne représente pas la volonté des parties. Le contrat doit être utile pour les parties et pour la société. Un contrat modifié par le juge, sans tenir compte de la volonté des parties, pourrait conduire une partie à mettre fin à cette relation voire à renoncer à la signature de contrats futurs. Un tel contrôle judiciaire pourrait impacter le bon fonctionnement du marché en empêchant la réalisation de contrats efficaces économiquement. Les conséquences d'une intervention judiciaire dans le contrat pourraient s'avérer plus nocives pour la société que les conséquences de la pratique de déséquilibre significatif, et donc s'avérer très coûteuses.

Néanmoins, la recherche de la volonté des parties, pour garantir l'utilité du contrat, est également coûteuse. Outre les informations remises par les parties, qui rappelons-le peuvent faire preuve d'opportunisme pour servir leur seul intérêt, le juge pourrait être amené à exiger des enquêtes supplémentaires également coûteuses. Toutefois, ces coûts pourraient être réduits du fait de l'expertise développée par les juges en raison de leur spécialisation en la matière. Comme le préconise l'analyse économique, il convient de comparer les coûts et avantages. Il semblerait que les avantages pourraient l'emporter sur les coûts d'une prise en compte de la volonté des parties par le juge. Néanmoins, si les coûts de recherche de leur volonté semblent trop importants, le juge pourrait, comme le recommande le Code civil, procéder à une analyse dite raisonnable. En effet, si la nécessité de procéder à une analyse judiciaire, plus respectueuse des intérêts économiques qu'elle entend régir et donc protectrice de l'utilité du contrat pour les parties, implique de prendre en compte leur volonté, cette prise en compte peut être effectuée de manière plus souple. En ce sens, le juge pourrait modifier l'équilibre contractuel en suivant une volonté raisonnablement attendue d'un acteur économique pour maintenir l'attrait du contrat, tout en garantissant les objectifs juridiques d'équité et loyauté. Néanmoins, fonder l'analyse judiciaire sur une volonté dite raisonnable implique un risque d'échec quant au maintien de l'utilité du contrat. En effet, le juge peut difficilement déterminer comment aurait agi un acteur raisonnable en matière commerciale, c'est-à-dire déterminer où aurait dû commencer et se terminer la loyauté des négociations et quelle répartition équitable des droits et obligations aurait dû être privilégiée sans que son analyse puisse encourir le risque d'arbitraire. Or, le rejet d'une analyse fondée sur un comportement dit raisonnable au profit d'une analyse individuelle comprend également des risques économiques¹⁵⁷⁵. Néanmoins, de

¹⁵⁷⁵ V. en ce s. É. BROUSSEAU, « La sanction adéquate en matière contractuelle : Une analyse économique », *LPA*, 2005, p. 9 et s. : « Est-on confronté à un nouveau dilemme entre règle générale, nécessairement

tels coûts d'individualisation de l'analyse seraient, selon nous, préférables au regard des coûts qu'impliquent des erreurs judiciaires, pouvant conduire à des effets négatifs pour les parties et la société.

314. *Conclusion.* Garantir l'efficacité de l'intervention du juge dans le contrat suppose de l'encadrer pour qu'elle ne soit pas utilisée de manière abusive. C'est bien ce qui est prévu par la spécialisation des juridictions. Par ailleurs, le texte de loi prévoit de vérifier la pratique à travers plusieurs critères. A ce sujet, nous avons proposé plusieurs axes de modification de l'analyse judiciaire qui la rendraient plus efficace. Or, l'intervention du juge dans la relation entre co-contractants et le cas échéant, la modification du contrat, visent, *in fine*, à imposer un contrat dont l'équilibre ne résulte pas d'une volonté commune des parties mais plutôt d'une volonté judiciaire. Pour être efficace, le juge ne devrait pas faire abstraction de l'utilité du contrat pour les parties. Il peut, certes, agir en tenant compte des objectifs d'équité et loyauté, sans, toutefois, renoncer à l'utilité que les parties sont supposées trouver dans le contrat. En effet, la non prise en compte de ces volontés, lors de l'analyse et du prononcé des sanctions, peut conduire à des effets nocifs pour les parties, pouvant impacter le bon fonctionnement du marché, en empêchant la réalisation de contrats efficaces économiquement. Au terme d'une comparaison des coûts et bénéfiques, il nous apparaît qu'une intervention judiciaire, ne tenant pas compte de la volonté des parties au contrat, pourrait être plus coûteuse que bénéfique. En l'espèce, il est d'autant plus nécessaire de tenir compte de ces volontés, car le juge doit sanctionner un défaut d'expression de la volonté par l'une des parties car elle a été contrainte par l'autre partie. Le contrat doit retranscrire la volonté des deux parties et non une volonté judiciaire. Certes, le juge peut légitimement poursuivre les objectifs visés par le législateur, c'est-à-dire rendre le contrat plus équitable pour qu'il soit représentatif d'un rapport loyal entre les parties, néanmoins il ne s'agit pas de modifier l'équilibre du contenu contractuel au profit de la partie faible et au détriment de la partie forte au risque d'inverser le déséquilibre initial. Il ne s'agit pas non plus de créer un nouvel équilibre contractuel qui satisfait le juge mais ne représente pas la volonté commune des parties. Ainsi, nous recommandons au juge de tenir compte de la volonté des parties au contrat, pour garantir son utilité, sans se limiter au respect des objectifs juridiques. Néanmoins, lorsqu'il est trop coûteux pour le juge de s'appuyer sur la volonté des parties présentes au litige, nous recommandons, à titre secondaire, de s'appuyer sur la volonté raisonnablement attendue d'un acteur économique sur le marché.

II. La possibilité d'envisager des alternatives plus efficaces à l'intervention judiciaire

315. *L'inefficacité de l'action judiciaire pourrait conduire à privilégier des solutions alternatives.* Si l'efficacité de l'intervention du juge s'avère insuffisante, notamment car il ne parvient pas à garantir l'utilité du contrat, des solutions alternatives pourraient être envisagées. Leur rôle serait de désencombrer les tribunaux mais également de fournir une solution plus adaptée à la volonté des parties. L'analyse économique met en évidence les avantages d'une résolution des conflits en dehors des tribunaux bien qu'elle admette également des

inadaptée à certaines situations, et interprétation au cas par cas des termes du contrat, génératrice de conflits et de dépenses afférentes. Ce qui est préférable dépend *in fine* de la comparaison des coûts. »

inconvenients à cette solution (A). Par ailleurs, le Droit admet ces modes alternatifs de résolution des conflits et prévoit notamment de les favoriser pour éviter un procès. Néanmoins, en matière de déséquilibre significatif, certaines exigences juridiques s'imposent et pourraient conduire à privilégier la saisine du juge (B). *In fine*, nous proposerons un compromis, qui se veut plus efficace, entre les différentes solutions, judiciaires et extrajudiciaires, permettant de répondre à l'abus tiré de la pratique de déséquilibre significatif (C).

A. L'intérêt de faciliter des solutions alternatives à une saisine judiciaire d'après l'analyse économique

316. *Les avantages et inconvenients d'un règlement des conflits en dehors des tribunaux.* L'analyse économique soulève l'intérêt de privilégier ce mode de résolution et d'éviter le procès (a). Il existe plusieurs alternatives offertes que ce soit au niveau *ex ante*, avant la réalisation du conflit ou encore, *ex post* après sa réalisation. Toutefois, nous verrons que ces solutions comportent des inconvenients (b).

a) *L'intérêt d'une résolution des litiges en dehors des tribunaux*

317. *Les défaillances de l'État existent aussi et limitent l'efficacité de son intervention sur le marché.* Les économistes entendent vérifier la capacité de l'État à résoudre les défaillances du marché. Il apparaît qu'un certain nombre de contraintes empêchent la réalisation de ces situations optimales car il existerait des défaillances de l'État¹⁵⁷⁶. Les économistes rappellent que l'État n'est ni omniscient, ni omnipotent. Il est notamment confronté à une information imparfaite à travers des asymétries d'information entre lui et ses agents quant à leur activité économique, ce qui rend plus difficile la mise en œuvre d'une réglementation efficace. Par ailleurs, l'État peut agir de manière arbitraire car les individus qui le représentent peuvent chercher à faire passer leurs intérêts particuliers avant ceux de la société. L'État pourrait abuser de son pouvoir coercitif en expropriant certains agents économiques et en empêchant une allocation efficace des ressources. Pourtant, il appartient à l'État d'agrèger de manière cohérente les préférences des différents individus afin d'aboutir à un choix collectif optimal. En pratique, cette mise en œuvre s'avère difficile, ce qui n'est pas dénué de critiques comme le retiennent les économistes¹⁵⁷⁷. Par ailleurs, les économistes retiennent que la conception selon laquelle l'existence de défaillances de marché justifie l'intervention publique repose sur l'hypothèse abusive que les coûts de transaction sur le marché sont systématiquement supérieurs aux coûts de l'intervention publique¹⁵⁷⁸. L'inverse visant à rejeter l'utilité d'une intervention étatique sur l'économie ne se justifierait pas d'avantage. En réalité, ils estiment

¹⁵⁷⁶ A. BOZIO, J. GRENET, « I. Justifications et contraintes de l'intervention publique », in Antoine Bozio, *Économie des politiques publiques*, La Découverte, 2010, p. 8-32.

¹⁵⁷⁷ A. BOZIO, J. GRENET, « I. Justifications... », *ibid.*, p. 8-32, §30 : « Cette justification de l'intervention publique ne doit pas être trop rapidement assimilée à une forme de paternalisme qui voudrait que l'État puisse faire le bonheur des individus malgré eux. Cette idée suscite traditionnellement la méfiance des économistes car elle part d'un postulat contestable qui peut servir à justifier toutes sortes d'atteintes aux libertés individuelles, fondées en général sur des motifs idéologiques. ».

¹⁵⁷⁸ Y. CROISSANT, P. VORNETTI. « État, marché et concurrence - Les motifs de l'intervention publique », *Les Cahiers français : documents d'actualité*, La Documentation française, 2003, 313, p. 8.

que le marché et l'État constituent des organes imparfaits de régulation de l'activité économique. Cela n'empêche pas l'analyse économique de la justice d'étudier l'efficacité de l'organisation du système judiciaire.

En ce sens, les économistes retiennent l'existence d'un marché de la justice où la demande serait rationnée par rapport à l'offre de sorte qu'apparaîtraient des files d'attente devant les tribunaux¹⁵⁷⁹. Les économistes s'interrogent alors sur l'intérêt de privilégier d'autres modes de gestion du conflit, notamment *via* une contractualisation ou des modes alternatifs de règlement des différends. Ces solutions permettraient de désencombrer les tribunaux. Les politiques publiques peuvent agir sur la demande de justice soit, lors de la décision d'intenter une action en justice ou bien ultérieurement, lors du choix de l'issue du litige (arrangement ou jugement)¹⁵⁸⁰. Le fait pour les parties de convenir d'un accord implique que le demandeur renonce à son droit de poursuite moyennant un paiement de la part du défendeur. Ce choix conduit à dégager un surplus puisque les parties renoncent aux nombreux coûts d'une procédure judiciaire¹⁵⁸¹. En effet, les économistes ont constaté que le nombre d'accords augmente avec les coûts de procès et les frais d'instance, notamment en présence de petites entreprises qui n'en ont pas les moyens. En ce sens, il a été retenu que le droit américain selon lequel chacun supporte ses frais de procès faciliterait la résolution des accords par rapport à la règle britannique qui prévoit un transfert à la charge du perdant au procès. La règle française de condamnation aux frais irrépétibles et aux dépens serait intermédiaire¹⁵⁸². Les parties ont alors intérêt à partager le surplus en gains mutuellement bénéfiques plutôt que de dépenser ces sommes devant un juge. Par ailleurs, l'intention de coopérer est accrue lorsqu'il existe une aversion au risque de la part des parties¹⁵⁸³. Néanmoins, cette solution n'est pas dépourvue d'inconvénients. Des comportements opportunistes pourraient être mis en place au cours de la négociation et rien ne garantit que l'accord soit finalement respecté. En effet, les parties pourraient privilégier la voie du juge dans plusieurs circonstances : un optimisme trop important de l'une d'elles quant à son succès devant les tribunaux, l'incapacité de ces dernières à parvenir à un accord garantissant à chacune une amélioration du bien-être individuel ou encore l'existence d'asymétries d'information.

In fine, les croyances des acteurs économiques jouent un rôle majeur quant au choix du mode de résolution des conflits. La théorie des jeux étudie notamment ces comportements stratégiques et propose des explications sur le choix d'une résolution en dehors du juge¹⁵⁸⁴.

b) Les solutions alternatives aux tribunaux pouvant être apportées

¹⁵⁷⁹ B. DEFFAINS, « Introduction à l'analyse économique des systèmes juridiques », *Revue économique*, vol. 58, n° 6, 2007, p. 1149-1162, §15.

¹⁵⁸⁰ B. DEFFAINS, « Introduction à l'analyse économique... », *ibid.*, p. 1149-1162, §26.

¹⁵⁸¹ Tels que les droits, taxes ou redevances adressés aux secrétariats des juridictions ou l'administration fiscale, la rémunération des experts et les honoraires des avocats.

¹⁵⁸² B. DEFFAINS, « Introduction à l'analyse économique... », *ibid.*, p. 1149-1162, §22.

¹⁵⁸³ B. DEFFAINS, « Introduction à l'analyse économique... », *ibid.*, p. 1149-1162, §16.

¹⁵⁸⁴ B. DEFFAINS, « Introduction à l'analyse économique... », *ibid.*, p. 1149-1162, §19-20.

318. *L'utilité limitée d'un contrôle uniquement ex ante.* La régulation *ex ante* se traduit par une anticipation, elle s'applique chronologiquement avant que le phénomène ne se produise. *A contrario*, une intervention *ex post* a lieu après la réalisation du phénomène. Ainsi, comme le retient le Professeur M.A. FRISON-ROCHE « *l'ex ante relève de la volonté normative, l'ex post relève de la réaction. L'ex ante relève du général, l'ex post relève du particulier* »¹⁵⁸⁵. Dans une intervention *ex ante*, il peut s'agir d'un régulateur qui contraint l'action des acteurs, *a contrario, ex post*, il s'agit d'une réaction ponctuelle et professionnalisée d'un organe de type juridictionnel qui tire les conséquences de l'usage de leur liberté par les acteurs. La régulation *ex ante* prend le risque de s'appliquer de manière généralisée sans être réellement utile et nécessaire. En ce sens, elle peut s'avérer coûteuse au regard des coûts de mise en œuvre pour l'État mais également au regard de ses éventuels effets nocifs pour le fonctionnement du marché qu'elle entend contrôler. Le Professeur M.A. FRISON-ROCHE retient que « *l'ex post est le signe ordinaire du libéralisme, d'une intervention publique minimale. C'est pourquoi les théories économiques libérales, dont le mouvement Law & Economics est proche, inclinent plutôt vers l'ex post et récusent plutôt l'ex ante.* »¹⁵⁸⁶. Or, l'un et l'autre pourraient être interdépendants car une intervention importante *ex ante* conduira à un important contrôle *ex post* pour en assurer l'effectivité, ce qui s'avère coûteux à mettre en place. *A contrario*, une intervention *ex post* pourrait exister seule puisqu'elle n'interviendrait que pour sanctionner un abus des libertés, notamment à travers une responsabilité pour faute, pour laquelle la jurisprudence jouerait un rôle majeur. Ainsi, le contrôle *ex ante* apparaît nécessaire lorsque les effets attendus de comportements abusifs et déviants s'avèrent trop coûteux, car préjudiciables pour les parties et/ou la société, et nécessitent qu'ils soient évités d'où un encadrement préalable. Néanmoins, si un contrôle *ex ante* s'avère trop intrusif et non nécessaire, il pourrait modifier le bon fonctionnement du marché. Une intervention *ex post* suffirait car elle viendrait simplement contrôler les abus¹⁵⁸⁷, le rôle des juridictions serait, tout de même, nécessaire pour sanctionner au cas par cas ces comportements. Toutefois, ce rôle soulève également des problématiques. Précédemment, nous avons mis en évidence la difficulté pour le juge de préserver l'utilité du contrat lorsqu'il intervient sur le contenu contractuel, intervention qui peut être rétroactive et produire des effets nocifs pour les parties et la société.

319. *L'intérêt des modes alternatifs de résolution des conflits.* Une autre solution résiderait dans le renvoi à des solutions alternatives de résolution des litiges afin d'éviter le système judiciaire. L'incitation des parties, par l'État, à recourir à une solution alternative aux juridictions peut être envisagée à la fois *ex ante*, avant l'apparition du conflit, ou *ex post*, une fois le litige né. En effet, les parties pourraient avoir intérêt à prévoir *ex ante* de renoncer au procès, ce qui peut même les conduire à respecter leur engagement et ainsi, éviter un conflit. *Ex post*, elles peuvent être amenées à coopérer pour mettre fin au litige sans passer par la voie judiciaire. Cette méthode permettrait de parvenir à un compromis directement entre les parties

¹⁵⁸⁵ M.A. FRISON-ROCHE, « Le couple *ex ante-ex post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », Marie-Anne Frison-Roche éd., *Droit et économie de la régulation. 4. Les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences Po, 2006, p. 33-48.

¹⁵⁸⁶ M.A. FRISON-ROCHE, « Le couple *ex ante-ex post*... », *ibid.*, p. 33-48, §33.

¹⁵⁸⁷ M.A. FRISON-ROCHE, « Le couple *ex ante-ex post*... », *ibid.*, p. 33-48, §43 : « L'*ex post* suffit à une économie libérale, saine et dynamique. ».

pour se rapprocher autant que possible de leur volonté réelle tout en étant encadrées. En effet, l'accord finalement conclu doit être mutuellement avantageux car sinon les parties ne le concluraient pas. Notons qu'un accord est conclu si la demande minimale du demandeur est inférieure à l'offre maximale du défendeur, il doit exister un intervalle de négociation¹⁵⁸⁸. D'après l'analyse économique des conflits¹⁵⁸⁹, les modes alternatifs de règlement des conflits (« MARC ») sont jugés moins coûteux que le procès tant pour l'État, que pour les parties¹⁵⁹⁰. La coopération permet aux parties d'éviter les frais de justice, leur offrant la possibilité de se partager ce surplus en gains mutuellement bénéfiques. Les MARC sont également réputés discrets et rapides. Ils diminuent le risque d'échec, ce qui est souhaitable pour les parties averses au risque. La partie à l'origine du préjudice peut avoir intérêt à privilégier ce mode de résolution si elle souhaite éviter une action en justice et préserver son image.

Néanmoins, cette solution n'est possible que si les parties parviennent à coopérer. Pour y parvenir, un intervenant extérieur pourrait être utilisé. Il s'agit d'une solution qui est favorisée dans de nombreux secteurs économiques et parmi les acteurs économiques français. D'après le juge B. COROZ, l'arbitrage serait plus efficace qu'une intervention devant les tribunaux¹⁵⁹¹. En effet, l'arbitre serait une solution libérale qui respecte le choix des individus et leur liberté. Les parties choisissent l'arbitre (ce qui peut, toutefois, soulever un problème d'indépendance) et fixent la procédure à laquelle il devra se soumettre. Le conflit reste ainsi interne au processus de négociation entre les parties, puisqu'il évite le recours au juge, représentant de l'autorité publique. Il s'agit d'un mode de résolution privé des litiges. Par ailleurs, il faciliterait notamment sa discrétion (du fait de l'absence d'intervention étatique) ainsi que les possibilités limitées de recours¹⁵⁹². Cette solution apparaîtrait moins coûteuse car elle permettrait de réduire les coûts de transaction. A noter, néanmoins qu'il existerait une convergence entre ce mode de résolution des conflits et celui des tribunaux conduisant à les qualifier tous deux de juge¹⁵⁹³. Une autre solution de résolution des conflits pourrait être la médiation. Elle permet notamment d'économiser du temps et de l'argent quel que soit le taux de réussite¹⁵⁹⁴. Elle permet également de faciliter l'échange d'informations auprès du médiateur car il est tenu par la confidentialité à

¹⁵⁸⁸ M. DORIAT-DUBAN, « Analyse économique de l'accès à la justice : les effets de l'aide juridictionnelle », *Revue internationale de droit économique*, vol. xv, 1, n°1, 2001, p. 77-100, §29.

¹⁵⁸⁹ Ces modèles tiennent compte de la nature, par essence, stratégique des litiges où les asymétries d'information et l'inégalité des pouvoirs de négociation (Cooter, Marks et Mnokking, 1982) facilitent l'échec des négociations. Or, depuis le milieu des années 2000, l'approche optimiste en matière de résolution des conflits connaîtrait un regain d'intérêt. Les économistes estiment que ces modèles conduisent tous à un problème d'information comme cause exclusive de l'échec des négociations (Doriat-Duban, 2006). Toutefois, les économistes retiennent que dans les modèles optimistes, les parties sont réputées agir de bonne foi mais supportent des biais de croyance, ce qui les conduit à des erreurs. *A contrario*, dans les modèles stratégiques, les parties agissent de manière opportuniste, avec tromperie, en utilisant des informations privilégiées à leur profit pour obtenir un arrangement plus avantageux que le procès. En ce s., v. B. DEFFAINS, M. DORIAT-DUBAN, « La médiation à travers le prisme de l'analyse économique », *Archives de philosophie du droit*, vol. 61, n°1, 2019, p. 9 et s.

¹⁵⁹⁰ B. DEFFAINS, M. DORIAT-DUBAN, « La médiation... », *ibid.*, p. 3-20.

¹⁵⁹¹ S. JOST, *La théorie des coûts de transaction de Williamson et la surveillance des banques dans l'UE*, master, Univ. Genève, 2004, ndbp. 56.

¹⁵⁹² S. JOST, *La théorie des coûts de transaction...*, *ibid.*, ndbp. 56.

¹⁵⁹³ D. TERRÉ, « Figures de la procéduralisation », *Les questions morales du droit*, sous la direction de Terré Dominique, Presses Universitaires de France, 2007, p. 303-343, §31.

¹⁵⁹⁴ B. DEFFAINS, M. DORIAT-DUBAN, « La médiation à travers le prisme de l'analyse économique », *Archives de philosophie du droit*, vol. 61, n° 1, 2019, p. 3-20, §66.

l'égard de l'autre partie mais peut transmettre indirectement l'information, jugée utile, pour parvenir à un accord (à noter, néanmoins, le fait de sélectionner les informations transmises peut faire douter de son impartialité). En effet, d'après les économistes L. BROWN ET C. AYRES (1994), suivant différents modèles de théorie des jeux, le médiateur crée de la valeur en contrôlant le flux d'informations privées, ce qui permet d'éviter deux problématiques classiques en économie, en présence d'asymétries d'information : l'anti-sélection et le risque moral. Le médiateur peut manipuler les discussions, par exemple en menaçant de mettre fin aux négociations, pour amener les parties à agir de telle sorte qu'elles favorisent un accord et s'y tiennent. La médiation permet également d'agir de manière rapide et concertée afin de consolider la confiance, de réduire les comportements opportunistes et de maintenir de bonnes relations tout au long de l'exécution des relations contractuelles. En effet, outre une tendance à l'optimisme dans leur chance de réussite, les économistes constatent que les acteurs économiques supportent un biais d'égoïsme pouvant empêcher une négociation effective entre les parties. Ainsi, l'intervention d'un tiers jugé impartial, comme le médiateur, faciliterait l'obtention d'un accord profitable pour l'ensemble des parties. Or, faire appel à un médiateur comporte également son lot d'inconvénients¹⁵⁹⁵. Le médiateur pourrait être tenté d'agir dans son intérêt en cherchant à être bien vu du juge plutôt que des parties, il peut également rompre l'impartialité en facilitant certains accords plutôt que d'autres. Notons, par ailleurs, que si la médiation accroît les chances d'une coopération entre les parties, l'effet total de la médiation sur le bien-être collectif est indéterminé¹⁵⁹⁶.

Les Professeurs DEFFAINS, DEMOUGIN ET DESRIEUX (2017) se sont interrogés sur le choix des parties entre un MARC et le jugement, portant non pas sur des problèmes d'information (comme le retiennent classiquement les économistes) mais sur les investissements financiers des parties dans le litige pour faire valoir leur cause. Les MARC sont-ils toujours moins onéreux pour les parties que le procès ? En effet, pour faire valoir leur cause, les parties sont amenées à produire des éléments de preuve ce qui implique un coût. Plus elles démontreront leur cause, c'est-à-dire fourniront un niveau d'effort à travers des arguments, plus elles auront une chance de réussir. Le conflit se modélise comme un jeu à la Tullock car la probabilité de réussite d'une partie dépend des éléments de preuve qu'elle fournit comparés à l'ensemble des preuves apportées par les deux parties, soit son effort privé face à l'effort total¹⁵⁹⁷. Ainsi, le procès peut être un mode de résolution plus efficace que les MARC¹⁵⁹⁸. En effet, le fait qu'il soit, *a priori*, plus coûteux pour les parties de produire des éléments de preuve au procès par rapport aux MARC, elles peuvent être incitées à dépenser moins en cas de procès qu'en cas de MARC. La médiation est bien coûteuse puisqu'elle comprend la rémunération du médiateur, le temps consacré à la négociation, la production de preuves etc. Ces coûts

¹⁵⁹⁵ B. DEFFAINS, M. DORIAT-DUBAN, « La médiation à travers... », *ibid.*, p. 3-20, §38 et s.

¹⁵⁹⁶ Toutefois, l'acceptation abusive de certaines médiations ne serait pas véritablement problématique en termes de bien-être collectif [Holler et Lindner, 2004].

¹⁵⁹⁷ B. DEFFAINS, M. DORIAT-DUBAN, « La médiation à travers... », *ibid.*, p. 3-20, §47.

¹⁵⁹⁸ Si ces auteurs concluent que les MARC ne sont pas toujours la moins coûteuse pour les parties, leur analyse ne fait aucune distinction entre les différents MARC et ne permet donc pas de déterminer si la médiation est plus efficace comparée à d'autres MARC comme la conciliation ou l'arbitrage (B. DEFFAINS, M. DORIAT-DUBAN, « La médiation à travers... », *ibid.*, p. 3-20).

irrécupérables¹⁵⁹⁹ pourraient inciter l'individu à faire davantage d'efforts pour parvenir à un compromis, accroître les chances de réussite de la médiation, et ainsi, éviter d'avoir réalisé un investissement inutile. En effet, par la médiation, les acteurs renoncent à un procès immédiat et prennent le risque d'un accroissement de leurs dépenses (en termes monétaires comme en termes de temps) s'ils doivent finalement saisir le juge. Les individus rationnels choisissent les MARC car ils espèrent en retirer un gain supérieur à celui d'un procès. Enfin, les économistes s'interrogent si contraindre un acteur économique à tenter une médiation peut limiter son intérêt à négocier en comparaison avec la situation où il l'aurait volontairement choisi¹⁶⁰⁰. Obliger les parties à passer par la médiation pourrait paradoxalement réduire le taux de règlements amiables. D'après l'étude expérimentale de LAMBERT, PETERLE ET TISSERAND (2018), rendre la négociation obligatoire ne réduirait pas les chances de conclure un accord, contrairement à ce que laisse penser la théorie de la motivation intrinsèque, et conduirait à des accords plus équitables¹⁶⁰¹. En effet, cette étude montre que les individus qui ne souhaitent pas négocier, mais y sont contraints, sont moins agressifs dans la négociation que ceux qui ont choisi de négocier. La négociation imposée serait alors moins inéquitable que la négociation volontaire. S'ils choisissent la médiation, les acteurs pourraient être plus exigeants parce qu'ils renoncent à un procès immédiat : ils souhaitent rationnellement obtenir au moins aussi bien que ce qu'ils s'attendent à obtenir du procès. Ce biais dit d'ancrage et d'ajustement disparaît si la médiation est imposée. Ainsi, seuls les individus les plus exigeants et les plus durs en termes de négociation choisiront volontairement la négociation, les autres préférant aller directement au procès pour éviter des coûts monétaires et de temps supplémentaires¹⁶⁰².

320. *Conclusion.* Les économistes admettent l'intervention de l'État sur le marché pour parvenir à une allocation plus efficace mais aussi plus juste des ressources au sein de la société. Ils ont, toutefois, constaté l'existence de défaillances de l'État. L'efficacité de son action est limitée, notamment, en raison d'asymétries d'information entre l'État et ses agents quant à leur activité économique. Par ailleurs, l'État n'agit pas toujours dans l'intérêt des acteurs économiques. Les économistes ont donc mis en évidence l'existence de coûts de l'intervention publique. Ils ont également constaté des défaillances en matière d'intervention judiciaire. Ils retiennent l'existence d'un engorgement des tribunaux ou bien, l'existence de coûts importants mis en œuvre pour un procès pouvant conduire certaines entreprises à y renoncer. En ce sens, les économistes se sont également interrogés sur l'intérêt de privilégier des solutions alternatives à une saisine judiciaire. Tout d'abord, ils ont constaté que la mise en place d'un contrôle uniquement *ex ante* visant à empêcher la réalisation de ces conflits et donc la saisine du juge, n'était pas une solution suffisamment efficace. D'une part, cette intervention risque de s'appliquer de manière généralisée sans être réellement utile et nécessaire. D'autre part, une intervention importante *ex ante* conduira à un important contrôle *ex post* pour en assurer l'effectivité. *In fine*, c'est une solution qui peut s'avérer très coûteuse. Toutefois, un

¹⁵⁹⁹ Les économistes mettent également en garde contre l'effet *sunk cost* : les coûts irrécupérables. V. L. BENZONI, P.Y. DEBOUDE, *Du déséquilibre significatif dans les relations entre partenaires commerciaux à la puissance d'achat : une perspective économique*, 13 janvier 2015, dispo. sur le site <https://www.teraconsultants.fr>, p. 16.

¹⁶⁰⁰ B. DEFFAINS, M. DORIAT-DUBAN, « La médiation à travers... », *ibid.*, p. 3-20, §58.

¹⁶⁰¹ B. DEFFAINS, M. DORIAT-DUBAN, « La médiation à travers... », *ibid.*, p. 3-20, §59 et s.

¹⁶⁰² B. DEFFAINS, M. DORIAT-DUBAN, « La médiation à travers... », *ibid.*, p. 3-20, §59 et s.

contrôle *ex ante* serait nécessaire si les effets attendus des comportements abusifs et déviants sont trop coûteux pour les parties et la société. Or, d'autres solutions permettant d'éviter la saisine des tribunaux pourraient être privilégiées. Cette décision peut être prise par les parties, *ex ante*, avant la réalisation du conflit ou *ex post*, après sa survenance. Les MARC sont, en principe, jugés moins coûteux que le procès tant pour l'État, que pour les parties. Ils sont également réputés discrets, préservant l'image des parties, simples et rapides. Ils permettent d'éviter les frais de justice, offrant ainsi aux parties la possibilité de se partager ce surplus en gains mutuellement bénéfiques. Or, les parties peuvent avoir des difficultés à coopérer car elles supportent des biais d'égoïsme et d'optimisme. Un intervenant extérieur pourrait être utilisé tel un arbitre. Son intervention est saluée car il respecte le choix des individus et leur liberté. Le conflit reste ainsi interne au processus de négociation entre les parties. Il peut s'agir également d'un médiateur. Ce dernier facilite l'échange d'informations entre les parties et permet ainsi de les orienter vers un accord. La médiation permet également d'agir de manière concertée afin de consolider la confiance, de réduire les comportements opportunistes et de maintenir de bonnes relations entre les parties au contrat. Ces solutions alternatives comportent toutefois leur lot d'inconvénients. Les économistes retiennent que les MARC peuvent souffrir de leurs avantages puisque cela peut conduire les parties à investir de manière importante pour faire valoir leur cause et éviter de devoir ensuite supporter les coûts d'un procès. Par ailleurs, les parties ne parviennent pas toujours à un compromis y compris lorsqu'elles sont encadrées, l'intervention d'un juge apparaîtrait alors nécessaire. Le procès pourrait même s'avérer être un mode de résolution plus efficace que les MARC puisqu'il minimiserait les coûts de résolution des conflits. Enfin, les économistes se sont également interrogés sur l'utilité d'une médiation obligatoire. Des études ont permis de démontrer que cette solution ne réduirait pas les chances de conclure un accord et conduirait même à des accords plus équitables. En effet, il a été constaté que les individus qui ne souhaitent pas négocier mais y sont contraints sont moins agressifs dans la négociation que ceux qui ont choisi de négocier.

B. Le Droit est également favorable à un règlement des conflits en dehors des tribunaux

321. *Le Droit entend éviter la saisine des juges y compris en matière commerciale.* En matière juridique, le législateur a entendu favoriser des solutions alternatives à la saisine du juge. Nous verrons qu'il prévoit divers dispositifs permettant, *ex ante*, d'encadrer la relation contractuelle et ainsi, éviter la réalisation de comportements abusifs conduisant à une saisine judiciaire (a). Le législateur et le juge ont également admis que les parties devraient coopérer, en cas de conflit, sans qu'il soit nécessaire de saisir directement les tribunaux. En ce sens, les modes alternatifs de résolution des conflits sont favorisés (b).

a) *Un encadrement ex ante des relations contractuelles pour empêcher les abus*

322. *La régulation des relations contractuelles en amont pour éviter un abus.* Le législateur a prévu différentes réglementations pour encadrer les clauses d'un contrat et ainsi s'assurer qu'un acteur économique n'abuse pas de sa puissance pour s'avantager au détriment de son partenaire. En ce sens, le Code de commerce prévoit une importante liste de normes à

respecter lors de la rédaction du contenu contractuel¹⁶⁰³. Tel est le cas, par exemple, en matière de rédaction des conditions générales de vente, concernant la négociation et la formalisation de la relation commerciale, la détermination du prix convenu, la facturation et les délais de paiement, la fixation des pénalités logistiques etc. Cet encadrement s'applique à de nombreux secteurs et est particulièrement important en matière agricole. Les manquements peuvent notamment conduire à la création d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Ainsi, en encadrant en amont la formation et l'exécution du contrat, à travers diverses exigences juridiques, le législateur s'assure que certains abus pourront être évités.

Se pose également la question d'un régulateur, en amont, des contrats. En pratique, de nombreuses entreprises font appel à des avocats pour contrôler le contenu contractuel et ainsi en vérifier la conformité avant qu'il ne soit appliqué. Elles peuvent également faire appel à la commission d'examen des pratiques commerciales (« CEPC »). La CEPC peut donner des avis ou formuler des recommandations sur les questions, les documents commerciaux ou publicitaires, y compris les factures et contrats couverts par un secret industriel et commercial, et les pratiques concernant les relations commerciales. Cette saisine participe à l'objectif de régulation des activités économiques et sociales, au-delà de la réglementation étatique. Le Conseil constitutionnel a notamment rappelé son utilité et la qualité de son expertise en matière de déséquilibre significatif dans une décision de 2011¹⁶⁰⁴. En effet, la CEPC a rendu plus d'une cinquantaine d'avis disponibles sur ce sujet. Il apparaît que ces avis ont, généralement, été rendus à la demande d'une fédération ou d'un syndicat professionnel, de professionnels ou de leurs conseils et plus rarement à la demande d'une juridiction¹⁶⁰⁵. Si les juges n'ont pas toujours suivi la position de la CEPC, puisqu'il s'agit de simples avis ne pouvant lier les acteurs économiques, ses avis constituent une source importante pour anticiper un risque de sanction.

b) Les modes alternatifs de résolution des conflits favorisés en matière juridique

323. *Le Droit a également entendu favoriser les modes alternatifs de résolution des conflits et ainsi éviter la saisine du juge.* Les parties, y compris l'autorité publique, peuvent décider de résoudre un éventuel conflit en coopérant. Ce mode de résolution des conflits est favorisé tant par le législateur que par le juge¹⁶⁰⁶. Les parties peuvent intégrer dans leur contrat une clause de conciliation préalable. En cas de différend, elles s'engagent mutuellement à recourir à une procédure de conciliation pour tenter de trouver, par elles-mêmes, une issue amiable à leur différend. Cette coopération est souhaitée car l'évitement du juge conduirait à une solution confidentielle et rapide, permettant de maintenir les relations commerciales

¹⁶⁰³ V. égal. S. PARK, *Les abus de puissance économique dans les relations commerciales déséquilibrées*, sous la direction de Park Sehwan, L'Harmattan, 2018, p. 133-133, Chap. II.

¹⁶⁰⁴ Conseil constit., décision n°2010-85 QPC, 13 janvier 2011. Les avis rendus par la CEPC restent, toutefois, consultatifs et ne sauraient avoir force de loi. M. CHAGNY, « Vers un droit européen des pratiques commerciales déloyales entre professionnels : la méthode des "petits pas" », *RTD com.*, 2014, p. 571.

¹⁶⁰⁵ CEPC, avis n°15-23 relatif à une demande d'avis de la cour d'appel de Paris sur les dispositions d'un article d'une convention d'affaires au regard de l'article L442-6-I, 2° du Code de commerce, 25 juin 2015.

¹⁶⁰⁶ A. LECOURT, « La clause de conciliation préalable d'un pacte d'associés les invitant à coopérer de bonne foi et avec diligence pour trouver une solution amiable à leur conflit potentiel n'est pas contraignante », *RTD com.*, 2022, p. 318.

pendant le processus de résolution amiable¹⁶⁰⁷. Il apparaît que l'invocation des textes relatifs aux pratiques restrictives de concurrence ne permet pas aux parties d'agir en justice sans, au préalable, mettre en œuvre la clause de conciliation obligatoire lorsque celle-ci a été prévue¹⁶⁰⁸. Toutefois, cette clause s'impose sous certaines conditions notamment en termes de précision manifestant la volonté claire des parties d'en faire usage¹⁶⁰⁹. Lorsque cette clause n'est pas obligatoire, les parties peuvent spontanément décider de renégocier afin d'éviter un litige ou d'éviter une sanction judiciaire, comme le prévoit la réglementation¹⁶¹⁰. Cette solution peut garantir une situation satisfaisante pour les deux parties dès lors qu'elles parviennent à un compromis. En effet, un règlement amiable doit traduire un accord entre les parties, ce qui n'est pas toujours atteignable, notamment si l'une d'elles agit de manière déloyale. C'est notamment le cas lorsque le conflit découle de l'abus d'une partie détenant un pouvoir de soumission à l'égard de l'autre partie et s'étant avatagée de manière déséquilibrée dans le contrat. Leur différend pourrait être confié à un tiers, par exemple le médiateur ou le conciliateur, qui cherchera à concilier les intérêts des parties préalablement à la saisine du juge¹⁶¹¹. Elles peuvent également y être contraintes¹⁶¹². Par exemple, en matière agricole et alimentaire, le Droit prévoit l'existence du médiateur des relations commerciales¹⁶¹³. Sa mission principale consiste, d'après Bercy, à faciliter le dialogue entre partenaires commerciaux de la chaîne alimentaire. Son objectif est de rétablir les échanges entre les parties au litige sur un contrat de vente agricole ou alimentaire afin de parvenir à un accord amiable. Il agit de manière indépendante et

¹⁶⁰⁷ L. VEYRE, « La clause de conciliation : un régime à perfectionner ! », *Recueil Dalloz*, 2020, p.1046. J. MESTRE, « Clause de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, 2^e éd., 2018, n°289.

¹⁶⁰⁸ Cass. com., 14 novembre 2018, n°17-16.577.

¹⁶⁰⁹ A. LECOURT, « La clause de conciliation... », *op cit.*, p. 318.

¹⁶¹⁰ V. not. : Code proc. civ., art. 128 : « Les parties peuvent se concilier, d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge, tout au long de l'instance » ; art. 1528 : « Les parties à un différend peuvent, à leur initiative et dans les conditions prévues par le présent livre, tenter de le résoudre de façon amiable avec l'assistance d'un médiateur, d'un conciliateur de justice ou, dans le cadre d'une procédure participative, de leurs avocats. » Concernant la procédure participative, l'art. 1542 ; art. 1543 : « Elle se déroule selon une procédure conventionnelle de recherche d'un accord, suivie, le cas échéant, par une procédure aux fins de jugement. Elle peut aussi se dérouler dans le cadre de l'instance, aux fins de mise en état devant toute juridiction de l'ordre judiciaire, quelle que soit la procédure suivie. » ; art. 1544 : « Les parties, assistées de leurs avocats, œuvrent conjointement, dans les conditions fixées par convention, à un accord mettant un terme au différend qui les oppose ou à la mise en état de leur litige. »

¹⁶¹¹ Code proc. civ., art. 1530 : « La médiation et la conciliation conventionnelles régies par le présent titre s'entendent, [...] de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence. »

¹⁶¹² Code proc. civ., modifié récemment par le décret n°2023-357 du 11 mai 2023, art. 750-1 : « En application de l'article 4 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, à peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, la demande en justice est précédée, au choix des parties, d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, d'une tentative de médiation ou d'une tentative de procédure participative, lorsqu'elle tend au paiement d'une somme n'excédant pas 5 000 euros ou lorsqu'elle est relative à l'une des actions mentionnées aux articles R. 211-3-4 et R. 211-3-8 du code de l'organisation judiciaire ou à un trouble anormal de voisinage. Les parties sont dispensées de l'obligation mentionnée au premier alinéa dans les cas suivants : [...] » ; v. en ce s. pour certaines catégories de litige, le décret n°2023-357 du 11 mai 2023 relatif à la tentative préalable obligatoire de médiation, de conciliation ou de procédure participative en matière civile ; v. égal. le décret n°2023-686 du 29 juillet 2023 portant mesures favorisant le règlement amiable des litiges devant le tribunal judiciaire qui entrera en vigueur à compter du 1er novembre 2023.

¹⁶¹³ T. BENOIT, G. BESSON-MOREAU, Rapport n°2268, fait au nom de la commission d'enquête sur la situation et les pratiques de la grande distribution et de ses groupements dans leurs relations commerciales avec leurs fournisseurs, 25 septembre 2019, p. 86.

confidentielle. Son activité le conduit notamment à recommander la suppression ou la modification des projets de contrat, accord-cadre ou contrats qui présentent, selon lui, une non-conformité à la loi, un caractère abusif ou manifestement déséquilibré. Or, les parties peuvent également demander à un arbitre de trancher le litige lorsqu'elles ne parviennent pas à un accord et préfèrent éviter une action judiciaire¹⁶¹⁴. Si ce recours n'est pas amiable, il a le mérite d'être alternatif à la voie judiciaire. Par ailleurs, cette pratique ne doit pas elle-même conduire à un déséquilibre significatif, en raison de son principe ou de ses modalités¹⁶¹⁵, tel fut le cas en présence de clauses compromissaires¹⁶¹⁶. Enfin, le juge peut servir de compositeur amiable¹⁶¹⁷. Il peut, par ailleurs, prononcer une mesure de conciliation ou de médiation et mettre fin à ces mesures¹⁶¹⁸. Toutefois, cette solution semble peu vraisemblable, bien qu'il en aurait la maîtrise, le juge pourrait préférer trancher le litige lui-même, de manière impartiale, en raison des enjeux liés à la pratique de déséquilibre significatif¹⁶¹⁹. C'est pourquoi, si des alternatives peuvent être envisageables, le juge joue néanmoins un rôle central et prioritaire en matière de sanction des déséquilibres significatifs.

Concernant un conflit entre un acteur économique et le ministre de l'Économie, ce conflit pourrait, *a priori*, être réglé à l'amiable. Les modes alternatifs à une saisine judiciaire, utilisés pour régler des conflits avec une autorité publique, semblent se développer. Par exemple, en matière de pratiques commerciales déloyales, à l'égard des consommateurs, les directions compétentes peuvent proposer de résoudre le conflit en transigeant¹⁶²⁰. Or, si la transaction est un mécanisme de nature civile, elle est également admise en matière pénale, certes exceptionnellement pour l'instant, elle semble, toutefois, se développer notamment à travers l'extinction de l'action publique¹⁶²¹. De même, le Code de justice administrative prévoit, en ses articles L.213-1 et suivants, la possibilité de procéder à une médiation. Toutefois, nous

¹⁶¹⁴ B. BAUDRY, V. CHASSAGNON, « Ordre public *versus* ordre privé. Une approche critique de la conception williamsonienne des relations de travail aux États-Unis », *Revue économique*, vol. 63, n°6, 2012, p. 1037-1054, §14.

¹⁶¹⁵ V. not. J. JOURDAN-MARQUES, « Chronique d'arbitrage : l'arbitrage à l'épreuve du déséquilibre significatif », *Dalloz actualités*, 29 juillet 2020.

¹⁶¹⁶ CA Paris, 2 juin 2020, n°17/18900 ; v. déjà, CA Paris, 11 sept. 2018, n°16/19913.

¹⁶¹⁷ Code proc. civ., art. 58 : « Lorsque cette faculté leur est ouverte par l'article 12, les parties peuvent, si elles ne l'ont déjà fait depuis la naissance du litige, conférer au juge, dans la requête conjointe, mission de statuer comme amiable compositeur ou le lier par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat. ».

¹⁶¹⁸ Code proc. civ, la conciliation et la médiation (art. 127 à 131-15), art.127 : « Hors les cas prévus à l'article 750-1, le juge peut proposer aux parties qui ne justifieraient pas de diligences entreprises pour parvenir à une résolution amiable du litige une mesure de conciliation ou de médiation » ; art. 129-5: « Le conciliateur de justice tient le juge informé des difficultés qu'il rencontre dans l'accomplissement de sa mission, ainsi que de la réussite ou de l'échec de la conciliation. Le juge peut mettre fin à tout moment à la conciliation, à la demande d'une partie ou à l'initiative du conciliateur. Il peut également y mettre fin d'office lorsque le bon déroulement de la conciliation apparaît compromis. Le greffier en avise le conciliateur et les parties » ; art.131-101 : « Le juge peut mettre fin, à tout moment, à la médiation sur demande d'une partie ou à l'initiative du médiateur. Le juge peut également y mettre fin d'office lorsque le bon déroulement de la médiation apparaît compromis ou lorsqu'elle est devenue sans objet. [...] ».

¹⁶¹⁹ V. not. J. JOURDAN-MARQUES, « Chronique d'arbitrage... », *ibid.*, 29 juillet 2020.

¹⁶²⁰ V. par ex. Préfet du Val de Marne, Communiqué de presse, Créteil, 15 avril 2022 : « Transaction entre la Direction départementale de la protection des populations (DDPP) du Val-de-Marne et le Crédit Foncier de France concernant des clauses insérées au sein de contrats de prêts immobiliers ».

¹⁶²¹ Attribué au Défenseur des droits en matière de discrimination : loi organique n°2011-333, art. 26, not. V. not. DGCCRF, Code com., art. L.310-6-1.

constatons, qu'en matière de déséquilibre significatif, le Ministre a pu s'opposer à une médiation¹⁶²². Notons également qu'il ne saurait se voir opposer la volonté des parties de résoudre le conflit à l'amiable¹⁶²³. Si les parties décident de mettre fin au litige à travers un accord amiable, cet accord n'empêcherait pas le Ministre d'agir en justice pour protéger l'ordre public économique. Ainsi, les enjeux tenant à l'ordre public économique, en matière de déséquilibre significatif, pourraient contrevenir à un règlement amiable du litige. Enfin, notons que l'autorité publique pourrait profiter de l'usage d'un mode alternatif à une saisine judiciaire pour formuler des demandes excessives au professionnel et ainsi, mettre un terme au litige.

324. *Conclusion.* Le Droit entend favoriser des solutions alternatives à la saisine du juge. Tout d'abord, le législateur a mis en place un encadrement *ex ante* des relations contractuelles pour empêcher les abus. En ce sens, le Code de commerce prévoit une importante liste de normes à respecter lors de la rédaction et l'exécution du contenu contractuel. Les parties ont également la possibilité de prévenir l'existence d'un conflit en se faisant aider lors de la rédaction du contrat. En pratique, de nombreuses entreprises font appel à des avocats pour contrôler le contenu contractuel et en vérifier la conformité avant qu'il ne soit appliqué. Elles peuvent également faire appel à la CEPC en cas de doute sur la conformité des clauses à la loi. Par ailleurs, lorsqu'un conflit apparaît entre les parties, le législateur et le juge ont tous deux entendu favoriser des modes alternatifs aux tribunaux pour les résoudre. Les parties peuvent spontanément décider de renégocier. Elles peuvent également décider, en amont, de résoudre un éventuel conflit par la coopération. En ce sens, elles peuvent intégrer dans leur contrat une clause de conciliation préalable. Si elles ont des difficultés à parvenir à un compromis, leur différend peut être confié à un tiers tel que l'arbitre, le médiateur ou le conciliateur. Elles peuvent également y être contraintes par la loi. Par ailleurs, le juge peut servir de compositeur amiable. Or, si des alternatives peuvent être envisageables, le juge garde néanmoins le rôle central et prioritaire en matière de sanction des déséquilibres significatifs. Enfin, si un conflit opposant un acteur économique au ministre de l'Économie devrait pouvoir être réglé à l'amiable, en pratique ce dernier semble y être réticent. L'enjeu tenant à une atteinte à l'ordre public économique pourrait justifier une saisine judiciaire.

C. Les circonstances pouvant justifier de favoriser des solutions alternatives à l'intervention du juge dans les contrats

325. *Les solutions alternatives à une saisine du juge.* Il existe des solutions alternatives à une saisine judiciaire en cas de conflit entre les parties. Par exemple, une régulation *ex ante* des comportements des acteurs économiques permet de prévenir la réalisation d'un comportement fautif. Or, une saisine *ex post*, après la réalisation du comportement abusif et la naissance d'un conflit, ne conduit pas nécessairement à la saisine d'un juge. Ainsi, nous fournirons des propositions d'utilisation de ces mécanismes au niveau *ex ante* (a) et *ex post* (b) d'une manière qui se veut plus efficace.

¹⁶²² CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336.

¹⁶²³ Cass. com., 3 mars 2015, n°13-27.525, motifs invoqués par le défendeur s'exposant à l'autonomie de l'action du ministre.

a) *Le maintien d'une régulation ex ante sous réserve d'une limitation*

326. *L'utilité d'un contrôle ex ante limité allié à un contrôle ex post.* L'analyse économique admet l'utilité d'un contrôle *ex ante* des comportements économiques dès lors que les effets d'un abus sont suffisamment graves et impliquent d'être évités au maximum. A défaut, la mise en œuvre d'une régulation *ex ante* des comportements économiques, du fait de sa généralité et de son inutilité dans certaines situations, pourrait produire plus d'effets nocifs que positifs pour le marché¹⁶²⁴. Le bien-fondé de cette législation, qui s'accroît d'année en année, pourrait être questionné sous l'angle de sa pertinence économique. Cet accroissement législatif a bien souvent été l'objet d'une critique de la doctrine à laquelle cherchait à répondre la réforme du 24 avril 2019, plus ou moins avec succès¹⁶²⁵. Ce peut être le cas, par exemple, des délais de paiement imposés par la loi, leur détermination et leur obligation pourraient être questionnées à l'aune de leur efficacité économique. Les acteurs économiques ont également la possibilité de vérifier la conformité du contenu contractuel avant son application, obtenir des avis et des conseils, pour éviter ou se prévenir contre des comportements abusifs notamment grâce à des avocats ou encore *via* la CEPC. Ainsi, devrait-on privilégier un mécanisme *ex ante*, à travers une réglementation plus stricte et un contrôle préalable des contrats, plutôt qu'*ex post* lors d'une action judiciaire ?

Il convient de noter que les recommandations effectuées par des avocats ou encore par la CEPC, avant l'exécution du contrat, font face à certaines problématiques. Tout d'abord, l'appréciation de l'utilité réelle du contrat pour les parties et donc de l'analyse de son équilibre économique, apparaît plus difficile et donc moins réaliste dès lors que le contrat n'est qu'au stade de projet et qu'il est donc susceptible d'évoluer. Des erreurs d'analyse pourraient être réalisées et ainsi, ne pas empêcher la survenance d'un abus conduisant à la saisine du juge¹⁶²⁶. Par ailleurs, une importante régulation peut finalement entraver voire empêcher la réalisation de contrats qui auraient été efficaces pour l'économie. Ainsi, l'effort exigé *ex ante* de la part des acteurs économiques, pour éviter une pratique illicite, pourrait être trop important en raison de la difficulté d'appréhender efficacement la pratique de soumission ou tentative de soumission à un déséquilibre contractuel significatif. Or, les économistes ont admis qu'un contrôle *ex ante* serait nécessaire si les effets attendus des comportements abusifs et déviants s'avèrent trop coûteux pour les parties et la société, ce qui peut être le cas en l'espèce, encore faut-il s'assurer que ces effets soient correctement anticipés. Enfin, un important contrôle *ex ante* conduit à un

¹⁶²⁴ S. PARK, *Les abus de puissance économique dans les relations commerciales déséquilibrées*, *op. cit.*, p. 133-133, chap. II : « Nous rappelons une nouvelle fois le problème du champ d'application étendu du formalisme en France qui n'établit pas de distinction entre les grandes entreprises, les PME et les TPE. Il serait opportun que l'intervention étatique se concentre sur les entreprises les plus puissantes. ».

¹⁶²⁵ Y. PICOD, « Le nouveau droit des pratiques abusives de l'article L. 442-1 du code de commerce », *AJ contrat*, 2019, p. 201 ; L. VOGEL, J. VOGEL, « Droit de la négociation commerciale : une réforme courageuse mais perfectible », *AJ contrat*, 2019, p. 208. F. BUY, « La (décevante) réforme du droit des relations commerciales », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 1122.

¹⁶²⁶ Il manque de nombreuses données notamment sur l'évolution du pouvoir de soumission des parties, sur le déroulé de l'exécution du contrat et notamment la mise en œuvre des clauses par les parties, sur les effets des pratiques, l'existence d'une potentielle renégociation, etc.

important contrôle *ex post* pour en vérifier la conformité. Finalement, renforcer un contrôle *ex ante* par une intervention législative, y compris sous les conseils d'avocats ou encore de la CEPC, ne permettrait pas nécessairement de réduire les coûts d'un contrôle judiciaire *ex post*. Ainsi, un important contrôle *ex ante* peut s'avérer très coûteux, tant au regard de sa mise en œuvre que de ses effets sur le fonctionnement du marché. Or, depuis l'introduction de la sanction des déséquilibres significatifs en 2008 dans le Code de commerce, les abus des acteurs économiques n'ont pas cessé et la CEPC est limitée par son rôle consultatif et le peu de saisines¹⁶²⁷, ce qui implique de maintenir un contrôle *ex post*.

Un contrôle *ex post* est adapté car il confère au juge l'opportunité d'analyser les contrats au cas par cas et de sanctionner uniquement ceux qui commettent des pratiques suffisamment nocives. En effet, la pratique de soumission ou tentative de soumission à un déséquilibre significatif est une pratique qui exige une analyse casuistique poussée car elle comprend un élément moral et un élément matériel devant être étudiés au cas par cas. Notons, par ailleurs, que l'analyse *ex post* permet déjà de produire un effet dissuasif sur les comportements économiques du fait des sanctions prononcées. Néanmoins, la mise en œuvre d'un contrôle *ex post* des contrats par le juge, tiers à la relation, comporte des inconvénients notamment sa difficulté à appréhender la volonté des parties et garantir l'utilité du contrat. Or, se limiter à un contrôle *ex post* serait également insuffisant dès lors que la probabilité d'être arrêté et sanctionné dépend, comme nous le verrons, de plusieurs facteurs permettant à certains acteurs d'éviter une sanction.

Une régulation *ex ante* permettrait aux parties de s'engager en ayant conscience des obligations légales à respecter. L'expression de leur volonté est certes encadrée dès le départ mais elles peuvent seules en fixer les contours. Ainsi, une régulation *ex ante* des comportements en matière contractuelle est avantageuse car même coûteuse, en raison de sa mise en œuvre et des effets nocifs potentiels qu'elle peut avoir, elle réduit le coût social des infractions en dissuadant les auteurs potentiels en amont. Toutefois, elle ne doit pas être, selon nous, trop importante, ni trop élargie, au risque de conduire à des effets plus négatifs que positifs. Elle devrait être limitée et utilisée dès lors qu'elle apparaît nécessaire pour éviter des abus récurrents et particulièrement nocifs pour les parties et l'économie, comme le recommandent les économistes. En ce sens, une analyse économique des différentes réglementations s'imposant aux parties au contrat devrait être favorisée pour vérifier l'efficacité concrète de ces mesures et non uniquement leur légitimité au regard des objectifs juridiques. *In fine*, il apparaît pertinent de maintenir une application simultanée de ces modes de contrôle, *ex ante* et *ex post*, puis privilégier celui dont les coûts sont les moins élevés.

¹⁶²⁷ A. LE LOCH et P. ARMAND MARTIN, Rapport n°3104 d'information déposé en application de l'article 145-7 du règlement, par la commission des affaires économiques, sur la mise en application de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, 7 octobre 2015, b. Renforcer le rôle de la CEPC, entre le juridique et l'économique : « La CEPC reste malheureusement insuffisamment saisie. Par ailleurs, si elle a acquis une réelle légitimité en tant qu'instrument de droit souple, certaines personnes auditionnées ont regretté qu'elle se cantonne à des questions extrêmement pointues techniquement au détriment d'un rôle plus fondamental de pacification des relations. Vos rapporteurs partagent cette analyse et souhaitent que la CEPC devienne le lieu de rencontre et de discussion entre fournisseurs et distributeurs, afin d'identifier et de déminer les problèmes le plus en amont possible. ».

b) *La nécessité de privilégier voire d'imposer les modes alternatifs de résolution des conflits en l'absence d'atteinte à l'ordre public économique*

327. *L'intérêt de favoriser les modes alternatifs de résolution des conflits en l'absence d'une atteinte à l'ordre public économique.* D'après l'analyse économique, les MARC sont réputés, en principe, moins coûteux qu'un procès, tant pour l'État que pour les parties. Ce qui conduirait à créer un surplus pour les parties pouvant être partagé en gains mutuellement bénéfiques. Ils possèdent de nombreux avantages : la discrétion, la confidentialité ou encore la rapidité. Par ailleurs, contrairement à une intervention judiciaire, ils permettraient de retranscrire plus efficacement la volonté des parties. Ils permettraient également de maintenir la relation contractuelle le temps qu'elles parviennent à une solution amiable. Toutefois, l'analyse économique met également en garde contre des biais d'égoïsme et d'optimisme des parties pouvant les conduire à privilégier la voie judiciaire si elles ne parviennent pas à s'entendre. En ce sens, un intervenant extérieur pourrait être utilisé pour résoudre le conflit, par exemple un médiateur ou un conciliateur. Son intervention est saluée car il respecte le choix des individus et leur liberté. Le conflit reste ainsi interne au processus de négociation entre les parties. Un arbitre pourrait également être utilisé pour trancher le litige. Les économistes retiennent que ces modes pourraient souffrir de leurs avantages puisque les parties peuvent investir de manière importante pour faire valoir leur cause et éviter de devoir ensuite supporter les coûts d'un procès. Ces modes pourraient finalement s'avérer très coûteux. Par ailleurs, l'impartialité de ces modes a également été questionnée. En droit positif, les parties peuvent décider spontanément d'utiliser ces modes ou bien de s'y obliger mutuellement, elles peuvent également y être contraintes par la loi. Il apparaît néanmoins qu'au regard des enjeux juridiques et économiques découlant de la pratique de déséquilibre significatif, le juge ait décidé de maintenir un rôle central en la matière. En effet, le contrôle et la sanction des déséquilibres significatifs portent atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, mais cette atteinte est proportionnée aux objectifs que s'est fixés le législateur en matière de protection de l'ordre public économique et de l'intérêt général, à travers le rétablissement de l'équilibre des rapports entre partenaires commerciaux¹⁶²⁸. On s'interroge sur l'efficacité des MARC, au regard des enjeux économiques et juridiques de la pratique de déséquilibre significatif.

Lorsque les parties parviennent, seules ou encadrées par un intervenant extérieur, à un compromis quant à un conflit de nature contractuelle, il n'est pas certain qu'elles tiennent compte des objectifs recherchés par le législateur. Cette mission appartient en principe au juge et non aux MARC. Si la résolution du conflit intervient entre deux parties et l'une d'elles détient un pouvoir de soumission envers la seconde, il conviendrait de s'assurer qu'elle n'en fait pas usage à travers le compromis trouvé. Notons, toutefois, que la partie initialement en position de faiblesse pourrait être avantagée lors des discussions puisqu'elle peut menacer son partenaire d'un recours en justice, ce qui pourrait conduire ce dernier à engager des discussions plus

¹⁶²⁸ Conseil constit., décision n°2018-749 QPC, 30 novembre 2018, Société Interdis et autres.

loyales et équitables¹⁶²⁹. Or, il pourrait même exister un risque que la partie faible abuse de cette situation pour exiger une réparation financière bien plus importante que ne l'aurait admis un juge dans le cadre d'un procès classique¹⁶³⁰. Cette solution peut conduire à un compromis généralement d'ordre pécuniaire alors qu'un juge aurait, par exemple, pu exiger une modification du contenu contractuel pour plus d'équité. De même, un intervenant tiers pourrait orienter les discussions entre les parties. En ce sens, le médiateur peut, en pratique, utiliser les informations, qui lui sont remises de manière confidentielle, pour adapter les discussions dans un sens choisi. Il pourrait alors éviter, ou à tout le moins limiter, le risque qu'une partie soumette ou tente de soumettre l'autre partie. Par ailleurs, en orientant les discussions, cet intervenant extérieur pourrait conduire les parties à trouver un compromis plus équitable. Toutefois, il reste possible que le compromis ne supprime pas le déséquilibre contractuel significatif. D'autres intérêts, tels que la protection de l'ordre public économique, pourraient ne pas être pris en compte dans la solution amiable. En effet, si un compromis est trouvé entre les parties privées, mettant fin au conflit, un éventuel risque d'atteinte à l'ordre public économique pourrait persister. Si le compromis obtenu *via* les MARC satisfait les parties, il peut néanmoins conduire à un préjudice pour d'autres acteurs sur le marché et donc s'avérer coûteux pour la société. Si tous les déséquilibres contractuels ne portent pas nécessairement atteinte à l'ordre public économique, certains peuvent néanmoins produire des effets nocifs. Dans de telles circonstances, les MARC pourraient être privilégiés seulement en l'absence d'atteinte supposée à l'ordre public économique, ce qui impliquerait de poser des critères permettant d'appréhender un tel risque. Or, les parties devraient-elles appréhender elles-mêmes un risque d'atteinte à l'ordre public économique pour déterminer si elles doivent ou non se tourner vers des MARC ou bien privilégier la saisine des tribunaux ?

Rappelons que le ministre de l'Économie peut saisir le juge indépendamment de l'accord des parties, dès lors qu'il a pour mission de protéger l'ordre public économique. Le Ministre pourrait mettre fin au conflit l'opposant à un acteur économique en recherchant un accord amiable tenant compte de cette atteinte à l'ordre public économique. Cet accord se voudrait plus souple puisqu'il permettrait de parvenir à un compromis avec le cocontractant jugé fautif. Toutefois, il existe un risque important que le Ministre profite de cette situation pour contraindre cet acteur à accepter certaines sommes ou conditions excessives. Rappelons que les demandes du Ministre devant le juge, pour défendre l'ordre public économique, n'ont pas toujours obtenu gain de cause et les sanctions demandées sont généralement revues à la baisse. Par ailleurs, ce dernier semble être réticent à toute résolution amiable du conflit. Il entend certainement assurer la médiatisation d'une sanction. Cette tendance pourrait s'accroître puisqu'il bénéficie à présent d'une capacité à sanctionner directement l'acteur économique.

¹⁶²⁹ L'impact de cette menace judiciaire dépendra de la probabilité de sanction et de son montant, des coûts de procédure, ou encore de l'aversion au risque de son partenaire. Plus ils seront élevés, plus la menace sera efficace.

¹⁶³⁰ A. DEBOUZY, *Après la réforme du droit des contrats, celle de la responsabilité civile est en marche*, 28 octobre 2016, dispo. en ligne sur le site : <https://www.august-debouzy.com> : « Confronté à une demande de dommages et intérêts classique et à une demande d'amende civile, le défendeur pourrait alors décider de transiger dans le but d'éteindre le risque médiatique et financier que constitue l'amende civile. Ce risque sera en effet la plupart du temps disproportionné par rapport aux enjeux réels du litige. Cet article du code civil pourrait donc aboutir à des pratiques de *blackmail settlement* déjà constatées aux États-Unis. ».

Dans de telles circonstances, ses demandes devraient être encadrées par un tiers impartial, ayant les connaissances suffisantes pour trancher efficacement le litige et vérifier l'atteinte à l'ordre public économique, il s'agit du juge. Or, le juge pourrait être saisi par le Ministre, pour la protection de l'ordre public économique, alors que les parties seraient déjà parvenues à un accord amiable entre elles. Un professionnel pourrait avoir consenti certains éléments à l'autre partie pour mettre fin au litige et être ensuite condamné par le juge suite à sa saisine par le Ministre. Une telle situation pourrait s'avérer très coûteuse pour celui-ci et remettre, ainsi, en question l'efficacité d'un mode alternatif de règlement des conflits entre acteurs économiques. Toutefois, l'atteinte à l'ordre public économique est également coûteuse pour la société et l'avantage tiré de sa protection pourrait, raisonnablement, outrepasser les coûts supportés par le professionnel condamné. Or, le ministre de l'Économie sélectionne les affaires qu'il souhaite porter devant le juge, en principe car il s'agit de pratiques portant atteinte à l'ordre public économique. Il ne s'intéresse pas à l'ensemble des contrats mais seulement à ceux ayant une certaine importance pour le bon fonctionnement de l'économie. Il s'agit bien souvent d'affaires relevant de secteurs marqués par des relations fortement déséquilibrées entre les acteurs, comme la grande distribution ou les géants du web¹⁶³¹. Ainsi, la grande majorité des saisines réalisées par des acteurs économiques, agissant seuls devant le juge sur le fondement du déséquilibre significatif, ne conduit pas nécessairement à une saisine concomitante du Ministre. Dans les cas où le juge serait saisi par le Ministre d'une affaire ayant, initialement, fait l'objet d'un accord amiable entre les parties au contrat, il conviendrait de limiter la sanction à la seule réparation de l'ordre public économique et en tenant compte de ce qui a déjà été consenti entre les parties. Le professionnel devra être sanctionné en raison de l'atteinte à l'ordre public économique constatée, puisqu'il s'agit d'un préjudice distinct¹⁶³², sans que sa sanction ne conduise à enrichir outre mesure l'autre partie au contrat.

En ce sens, il pourrait être pertinent de recommander, en priorité, l'utilisation des MARC par les cocontractants afin de s'assurer que le compromis reflète bien leur volonté, notamment avec l'aide d'un tiers pour encadrer les comportements opportunistes¹⁶³³. Il s'agit, ensuite, de garantir la saisine du Ministre devant le juge, lorsqu'une pratique est susceptible de porter atteinte à l'ordre public économique, pour en assurer un contrôle impartial¹⁶³⁴. Par ailleurs, on peut également s'interroger sur le fait de contraindre les parties à privilégier les MARC. D'après des économistes, une obligation de médiation pourrait même s'avérer profitable puisqu'elle conduirait à des accords plus équitables. Le système actuel favorisant l'usage préalable des MARC, avec un encadrant tiers si nécessaire, est judicieux et pourrait même évoluer en une obligation de coopération. *A contrario*, contraindre l'autorité publique à tenter de résoudre le conflit à l'amiable, avant tout procès, pourrait avoir certains avantages, comme le retient

¹⁶³¹ CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 et Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823 ou par ex. à l'encontre des géants du Web : TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625 ; TC Paris, 28 mars 2022, n°2018017655.

¹⁶³² Ref. th. §44 et s.

¹⁶³³ Cette solution serait également profitable puisqu'il ressort de l'analyse de la jurisprudence que les actions intentées directement par des entreprises en matière de déséquilibre significatif se soldent bien souvent par un échec devant le juge.

¹⁶³⁴ Certes, la saisine de l'autorité publique, postérieurement à l'usage de MARC entre des parties, pourrait limiter, voire annuler l'intérêt économique d'une réduction des coûts pour l'auteur des pratiques ayant fait usage des MARC.

l'analyse économique, cela nous semble peu réalisable au regard des enjeux qu'elle représente. En effet, l'atteinte à l'ordre public économique et les sommes importantes demandées au titre de sanctions ne pourraient *a priori*, en droit positif, conduire à imposer une tentative de conciliation préalable.

328. *Conclusion.* Nous avons vu qu'il pouvait être plus efficace de favoriser des solutions alternatives à la saisine des tribunaux en matière de conflits résultant d'un déséquilibre significatif. En effet, ces solutions peuvent être mises en œuvre *ex ante*, avant la réalisation d'un conflit ou *ex post*, après sa réalisation. L'avantage d'une solution *ex ante* est qu'elle permet d'éviter les coûts sociaux d'un préjudice puisqu'elle permettrait, en principe, d'éviter sa réalisation. Par ailleurs, une régulation *ex ante* permettrait aux parties de s'engager en ayant conscience des obligations légales à respecter. Or, ces limitations légales, d'application généralisée, alors inutiles et injustifiées dans certaines situations, pourraient être nocives pour le bon fonctionnement du marché. Elles devraient faire l'objet d'une analyse économique afin d'en vérifier la légitimité. De même, des conseils juridiques ou encore la CEPC pourraient jouer le rôle de régulateur des contrats. Néanmoins, leur analyse de la pratique de déséquilibre significatif est nécessairement limitée puisqu'ils ne disposent pas de toutes les informations nécessaires. Enfin, il convient de noter qu'un important contrôle *ex ante* conduirait également à un important contrôle *ex post* pour en garantir le respect. Nous recommandons de maintenir une régulation *ex ante* des échanges commerciaux à condition d'être limitée et utilisée dès lors qu'elle apparaît nécessaire. Il conviendrait de maintenir une application simultanée des modes de contrôle *ex ante* et *ex post*, puis privilégier celui dont les coûts sont les moins élevés. Un contrôle *ex post* est adapté car il confère au juge l'opportunité d'analyser les contrats au cas par cas. Outre le juge, il s'agit notamment d'utiliser, voire d'imposer, *ex post* les MARC car ils sont réputés rapides, peu coûteux, discrets et respecteraient plus fidèlement la volonté des parties au contrat. Néanmoins, il n'est pas certain que la solution amiable trouvée par les parties, seules ou encadrées par un tiers, soit celle souhaitée par le juge au regard des objectifs poursuivis par le législateur. Ainsi, en présence d'une atteinte à l'ordre public économique, nous entendons garantir une saisine judiciaire par le ministre de l'Économie. L'intervention étatique dans la sphère contractuelle doit être, certes justifiée, mais également efficace pour être jugée, selon nous, légitime. Or, si l'intervention de l'État dans la sphère contractuelle doit être encadrée, elle implique également de s'intéresser à l'action de l'autorité publique. Le législateur a octroyé un important pouvoir à cette dernière en matière de déséquilibre significatif. Néanmoins, cette intervention, extérieure au contrat, soulève des critiques car elle peut finalement s'avérer plus nocive que profitable pour la société.

Section II - La nécessité de justifier et vérifier l'efficacité de l'intervention de l'autorité publique dans la sphère contractuelle

329. *Le maintien de l'action publique en matière de déséquilibre significatif sous réserve de sa limitation.* L'analyse économique et l'analyse juridique admettent l'utilité d'une action publique dans la sphère contractuelle. Bien qu'il ne s'agisse pas, pour l'autorité publique, d'agir sur le fondement du contrat puisqu'elle n'en est pas partie, cette intervention a pourtant

vocation à impacter les relations contractuelles. En pratique, il s'agit généralement du ministre chargé de l'Économie s'appuyant sur son service d'enquête, la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF). Cette action doit être distinguée de l'action des parties au contrat car il s'agit d'une action propre poursuivant des objectifs distincts. Ainsi, nous analyserons sous quelles conditions l'action en justice par l'autorité publique est justifiée dans la sphère contractuelle (I). Nous verrons également qu'elle dispose de la capacité à demander des sanctions particulières et d'une intensité importante, ce qui nous conduira à vérifier l'efficacité d'une telle intervention (II).

I. L'intervention de l'autorité publique dans la sphère contractuelle doit être justifiée

330. *L'État peut agir dans la sphère contractuelle à condition que son intervention soit justifiée.* Des économistes admettent une intervention étatique dans la sphère contractuelle pour protéger la société dans son ensemble (A). Le Droit prévoit également que l'action publique puisse agir dans la sphère contractuelle afin de protéger ce qu'il appelle l'ordre public économique (B). Néanmoins, nous verrons qu'en pratique l'action de l'autorité publique dans la sphère contractuelle est peu encadrée, c'est pourquoi nous proposons de maintenir cette action, en raison de son utilité, à condition de vérifier sa justification au cas par cas (C).

A. L'analyse économique admet l'utilité d'une intervention étatique dans les relations commerciales pour la protection de l'intérêt général

331. *Les économistes admettent l'intervention de l'État sur le marché afin de préserver le bien-être collectif.* L'analyse économique admet une intervention étatique dans les relations commerciales pour corriger les défaillances du marché. Ces défaillances, comme l'abus de pouvoir d'une entreprise, peuvent impacter de manière privée certains acteurs, comme des parties partenaires de l'entreprise fautive, et plus largement être préjudiciables pour d'autres acteurs comme des concurrents ou des consommateurs. Certes, certains économistes, notamment ceux issus de l'École de Chicago, s'opposent à une intervention étatique au nom de la liberté contractuelle, ils acceptent l'exercice du pouvoir économique par un opérateur puissant et estiment même son action nécessaire et souhaitable en termes de bien-être du consommateur, du fait de son effet incitatif¹⁶³⁵. *A contrario*, les économistes de l'École de Nice estiment que l'État doit intervenir pour faire opposition à l'exercice abusif du pouvoir économique de certains acteurs susceptible de remettre en cause l'ordre public économique¹⁶³⁶. De même, les ordo-libéraux reconnaissent la nécessité d'assurer une concurrence parfaite sur le marché où aucun acteur économique n'est en mesure d'exercer son pouvoir économique. *In fine*, rares seraient les économistes qui nieraient l'utilité d'une intervention étatique sur le marché¹⁶³⁷. C'est pourquoi, des économistes préconisent de préserver l'ordre concurrentiel

¹⁶³⁵ F. MARTY, P. REIS, « Une approche critique du contrôle de l'exercice des pouvoirs privés économiques par l'abus de dépendance économique », *Revue internationale de droit économique*, vol. xxvii, n°4, 2013, p. 579-588, §5.

¹⁶³⁶ F. MARTY, P. REIS, « Une approche critique du contrôle de l'exercice... », *ibid.*, p. 579-588, §6.

¹⁶³⁷ Y. CROISSANT, P. VORNETTI, *État, marché et concurrence - Les motifs de l'intervention publique. Les Cahiers français : documents d'actualité*, La Documentation française, 2003, 313, p. 3-8.

contre les pouvoirs privés économiques en garantissant l'accès au marché et en corrigeant les rapports de force déséquilibrés qui peuvent conduire à des conditions de transaction déséquilibrées¹⁶³⁸. Ainsi, l'État peut agir, à travers ses différents organes, afin de rétablir le bon fonctionnement de l'économie¹⁶³⁹. Or, en l'absence d'action directe des victimes pour réprimer des pratiques nocives pour le marché, l'État peut intervenir pour jouer un rôle d'intermédiaire en agissant au nom de la société. Par exemple, le Professeur E. COMBE retient, qu'en matière d'*antitrust*, les amendes prononcées par les autorités compétentes pour violation de la concurrence ne reviennent pas à des victimes privées mais bien à la collectivité dans son ensemble au nom du dommage causé à l'ordre public économique¹⁶⁴⁰. Ainsi, l'État peut intervenir pour le bien-être de l'ensemble des acteurs, en poursuivant un intérêt général, indépendamment des intérêts privés de certains acteurs.

En économie, une intervention étatique sur le marché, notamment *via* une autorité administrative, est rejetée par de nombreux économistes au nom de deux grands principes : les gains du libre-échange et le coût social du protectionnisme¹⁶⁴¹. Si agir dans l'intérêt général, implique de poursuivre un intérêt qui transcende les individus, alors cette autorité se prétend mieux placée que les individus pour déterminer ce qui est bon pour tous. Se pose alors la question, à juste titre, des compétences et de la légitimité d'une telle intervention, mais aussi la détermination d'une telle autorité qui sera en mesure d'arbitrer pour le bien-être d'individus distincts. Cette question est d'autant plus importante lorsque l'entité chargée d'agir au nom de l'intérêt général se voit reconnaître des pouvoirs importants, voire exorbitants. Ainsi, des économistes mettent en garde contre une telle intervention, consistant à déterminer pour les acteurs économiques ce qui est bon pour eux, pouvant même mener à la tyrannie¹⁶⁴² puisque l'acteur économique est réputé, au sens libéral, être le seul juge de sa satisfaction¹⁶⁴³. Néanmoins, nous avons vu que cette conception libérale n'est pas la seule retenue par l'analyse économique¹⁶⁴⁴ et qu'il a pu être admis que l'intervention étatique se justifie également lorsque

¹⁶³⁸ F. MARTY, P. REIS, « Une approche critique du contrôle de l'exercice... », *ibid.*, p. 579-588, §9.

¹⁶³⁹ M. WISE, « Droit et politique de la concurrence en France », Éditions de l'OCDE, *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, 2005/1, vol. 7, p. 7-91.

¹⁶⁴⁰ E. COMBE, « Quelles sanctions contre les cartels ? Une perspective économique », *Revue internationale de droit économique*, vol. xx, 1, n° 1, 2006, p.11-46, nbdp 17.

¹⁶⁴¹ J. GÉNÈREUX, « Les vraies lois de l'économie (17) : laisser faire ou laisser passer, il faut choisir », *Alternatives économiques*, n°201, 01 mars 2002, dispo. en ligne sur le site : <https://www.alternatives-economiques.fr>.

¹⁶⁴² V. DESREUMAUX, « Équilibre général et justice sociale : la théorie néoclassique comme philosophie politique ? », *Cahiers d'économie politique*, vol. 64, n°1, 2013, p. 75-110, §27.

¹⁶⁴³ G. BUSINO, « La science sociale de Vilfredo Pareto », *Revue européenne des sciences sociales*, T. XLVI, 2008, n°140, p.107.

¹⁶⁴⁴ Certes, l'économie libérale octroie une réelle confiance au marché comme mécanisme garantissant la satisfaction des acteurs économiques. La main invisible joue ce rôle majeur, puisque sans s'en rendre compte, les acteurs économiques poursuivent leur intérêt, et conduisent pourtant à un résultat satisfaisant pour tous, donc efficace. Néanmoins, nous avons vu qu'en pratique, la main invisible ne parvient pas toujours à diriger l'économie vers un équilibre qui soit juste et efficace. Malgré les réticences des économistes libéraux, il apparaît utile, voire nécessaire, de faire appel à l'État en complément du marché. C'est notamment le cas lorsque les conditions d'une concurrence pure et parfaite ne sont pas remplies et que des défaillances apparaissent au sein du marché. Par ailleurs, nous avons vu que la loyauté était un principe majeur devant régir les relations commerciales y compris en économie.

l'État entend parvenir à une répartition des ressources plus équitables pour la société, au-delà de sa seule efficacité¹⁶⁴⁵.

B. L'important pouvoir accordé par le Droit à l'autorité publique pour lui permettre de protéger l'ordre public économique

332. *L'action de l'autorité publique se justifie par la protection de l'ordre public économique et il s'agit d'une action propre.* L'action de l'autorité publique a été introduite par le législateur afin de protéger l'ordre public économique. Toutefois, cette justification n'est pas concrètement vérifiée par les juges en pratique (a). Par ailleurs, puisqu'elle poursuit des intérêts distincts, nous verrons que cette action doit être distinguée de l'action des acteurs privés (b).

a) Les juges admettent l'intervention de l'autorité publique au nom de la protection de l'ordre public économique

333. *L'action de l'autorité publique se justifie en raison de la protection nécessaire de l'ordre public économique.* Le législateur a octroyé à l'autorité publique, en pratique il s'agit généralement du ministre de l'Économie, la capacité d'agir en justice pour lutter contre la pratique de déséquilibre significatif. Cette action a été fortement critiquée à l'origine de son introduction¹⁶⁴⁶ car le Ministre était réputé agir comme « *procureur économique* »¹⁶⁴⁷. Or, cette capacité est justifiée en raison des objectifs poursuivis par le législateur visant à protéger l'ordre public économique et notamment l'équilibre dans les relations commerciales, comme le reconnaît lui-même le Ministre¹⁶⁴⁸. Certes, le texte de l'article L.442-4 nouveau du Code commerce et celui ancien de l'article L.442-6, III ne prévoient pas expressément cette justification. Or, la jurisprudence rappelle régulièrement que l'autorité publique s'est vue octroyer cette action pour protéger l'ordre public économique¹⁶⁴⁹, le fonctionnement du marché et la concurrence¹⁶⁵⁰. La Cour de cassation a retenu en ce sens que : « *Le régime spécifique commun aux délits civils prévus par l'article L. 442-6 du code de commerce se caractérise par l'intervention, prévue au III de cet article, du ministre chargé de l'économie pour la défense de l'ordre public, et souligné que les instruments juridiques dont celui-ci dispose, notamment pour demander le prononcé de sanctions civiles, illustrent l'importance que les pouvoirs publics*

¹⁶⁴⁵ Y. CROISSANT, P. VORNETTI, « État, marché et concurrence - Les motifs de l'intervention publique », *Les Cahiers français : documents d'actualité*, La Documentation française, 2003, n°313, p. 4. Ils font référence à la typologie de Musgrave R. (1959), *The Theory of Public Finance*, New York, McGraw Hill.

¹⁶⁴⁶ A. DECOCQ et M. PEDAMON, *L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence*, Litec, 1987, n°81.

¹⁶⁴⁷ J. RAYNARD, « Le ministre, le juge et le contrat, Réflexions circonspectes à propos de l'article L.442-6, III, du Code de commerce », *JCPE*, 2007, p. 1864.

¹⁶⁴⁸ CA Paris, 2 février 2022, n°21/09001.

¹⁶⁴⁹ CA Paris, 4 juillet 2013, n°12/07651 ; CA Paris, 11 septembre 2013, n°11/17941 ; CA Paris, 18 décembre 2013, n°12/00150 ; CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 ; CA Paris, 1^{er} juillet 2015, n°13/19251 ; CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784 ; CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323 ; TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625 ; CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/00737 ; TC Paris, 28 mars 2022, n° 2018017655.

¹⁶⁵⁰ CEDH, n°51255/08, 17 janvier 2012, GALEC c. France ; CA Paris, 1^{er} juillet 2015, n°13/19251 ; CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784 ; CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/00737.

accordent à ces dispositions, la cour d'appel a exactement retenu que l'article L. 442-6, I, 2 o et II, d) du code de commerce prévoit des dispositions impératives dont le respect est jugé crucial pour la préservation d'une certaine égalité des armes et loyauté entre partenaires économiques et qui s'avèrent donc indispensables pour l'organisation économique et sociale de la France, ce dont elle a déduit, à bon droit, qu'elles constituent des lois de police »¹⁶⁵¹. Une telle position de la Cour de cassation a pu être perçue comme éminemment favorable à l'intervention du ministre de l'Économie en matière de déséquilibre significatif¹⁶⁵². Le Conseil constitutionnel a également admis cette intervention étatique dans la sphère contractuelle. Il a déclaré : « 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 » ; « qu'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 »¹⁶⁵³.

En effet, les pratiques prévues au Titre IV du Livre IV du Code de commerce peuvent être néfastes pour l'économie en général, tant pour les professionnels concernés que pour les consommateurs¹⁶⁵⁴. Le Conseil constitutionnel en déduit que le législateur a pu se fonder sur un impératif d'ordre public économique puisque ce dernier était en jeu en l'espèce. Or, certaines pratiques, dont celle du déséquilibre significatif, ne pouvaient être efficacement poursuivies dans le cadre de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles car les critères étaient trop restrictifs, ni sur le fondement du droit commun jugé insuffisant pour corriger les effets nocifs¹⁶⁵⁵. Elles devaient donc faire l'objet d'une réglementation spéciale dont l'efficacité a été renforcée par l'action offerte à l'autorité publique pour compenser « le facteur crainte » des acteurs économiques¹⁶⁵⁶. En effet, le Professeur P. COPPENS rappelle que par la protection de la partie lésée, le Droit entend équilibrer toutes les conventions, ainsi, il estime que l'efficacité économique peut être combinée à une équité dans les prestations réciproques des cocontractants¹⁶⁵⁷. Par ailleurs, le Professeur P. REIS rappelle que « *le droit de la concurrence, cœur du droit économique est une discipline qui, par essence même, se situe au confluent des*

¹⁶⁵¹ Cass. com., 8 juillet 2020, n°17-31.536.

¹⁶⁵² D. BUREAU, « L'action du ministre chargé de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence : l'impérativité réactivée ? » *Revue critique de droit international privé*, 2020, p. 839 : « De l'arrêt Expédia, il résulte en effet clairement que l'autorité judiciaire a parfaitement accompagné l'action du ministre, permettant ainsi aux pouvoirs publics de faire respecter la réglementation qu'ils ont largement contribué à mettre en place. Pareil accompagnement ne pourrait-il alors valoir encouragement ? ».

¹⁶⁵³ Cons. constit., décision n°2011-126 QPC, 13 mai 2011, Société Système U Centrale nationale et autre, consid. 5 et 9.

¹⁶⁵⁴ V. égal. S. PARK, « Introduction », *Les abus de puissance économique dans les relations commerciales déséquilibrées*, op. cit., p. 15-42, §5.

¹⁶⁵⁵ M. D. HAGELSTEEN, Rapport, La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente, Bercy, 12 février 2008, p. 19.

¹⁶⁵⁶ C. PECNARD, G. ROBIC, « Lutte contre les pratiques déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire : les recommandations de la Commission européenne à la lumière de l'expérience française », *AJCA*, 2014, p. 338.

¹⁶⁵⁷ P. COPPENS, « État, marché et institutions », *Revue internationale de droit économique*, vol. xxi, 3, n°3, 2007, p. 293-316, §34.

notions d'ordre public économique et de pouvoirs privés économiques »¹⁶⁵⁸. Ainsi, la sauvegarde de l'ordre public économique irait au-delà du maintien de la concurrence et engloberait, en ce sens, d'autres composants de l'ordre public général. La sauvegarde de l'ordre public économique viserait, du moins en droit de la concurrence, à garantir le fonctionnement du marché¹⁶⁵⁹. La Cour européenne des droits de l'homme a également reconnu la conformité de l'action exercée par le Ministre à l'article 6§1 de la Convention¹⁶⁶⁰. Elle retient que l'autorité publique agit avant tout en défense de l'ordre public économique, qui n'est pas limité aux intérêts immédiats des fournisseurs. Ainsi, son action ne saurait se substituer aux actions privées pouvant être exercées par les personnes lésées par les pratiques abusives.

334. *Les juges ne vérifient pas suffisamment l'atteinte à l'ordre public économique en cas d'action de l'autorité publique.* S'il est clair que l'action de l'autorité publique se justifie au nom de la protection de l'ordre public économique, on constate qu'en pratique les juges ne vérifient pas concrètement son existence dans l'ensemble des décisions. En effet, ils semblent retirer du seul fait que l'autorité publique ait décidé d'agir en la matière, l'existence d'un risque évident d'atteinte à l'ordre public économique¹⁶⁶¹. *A contrario*, l'action des acteurs économiques ne viserait que la défense de leurs intérêts particuliers¹⁶⁶² même si certaines décisions laissent sous-entendre que l'atteinte à l'ordre public économique pourrait résulter de la seule existence d'une pratique de déséquilibre significatif. En effet, comme cela a pu être jugé dans une affaire *Bricorama*, il convient de distinguer le préjudice causé au partenaire commercial de celui causé à l'ordre public économique dont les effets peuvent être plus importants et justifier une sanction plus lourde¹⁶⁶³. En ce sens, les juges font parfois référence à la notion de dommage causé à l'économie¹⁶⁶⁴, notion généralement utilisée dans le passé en cas d'atteinte à la concurrence¹⁶⁶⁵. Néanmoins, peu de décisions analysent comment les pratiques litigieuses ont porté atteinte à l'ordre public économique¹⁶⁶⁶, ce qui ne permet pas de déterminer avec exactitude les critères d'une telle atteinte. Ces critères ne sont donc pas toujours détaillés, ni repris de manière régulière. Or, dans une affaire *Google* récente, cette dernière soutenait que l'action autonome dont dispose le Ministre visant la protection de l'ordre public

¹⁶⁵⁸ P. REIS, « Ordre public économique et pouvoirs privés économiques : le droit de la concurrence cœur de l'ordre public économique », *Revue internationale de droit économique*, vol. xxxiii, n°1, 2019, p. 11-22.

¹⁶⁵⁹ V. égal. L. GODARD, *Droits des pratiques anticoncurrentielles et des pratiques restrictives de concurrence*, Bruylant, 2021, §154 ; A. FORTUNATO, *Clauses et pratiques restrictives de concurrence*, Th. Université Lille II, 2016, §23 ; T. PEZ, « L'ordre public économique », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 49, n° 4, 2015, p. 43-57 ; J.-J. LEMOULAND, G. PIETTE, J. HAUSER, « Ordre public et bonnes mœurs », *Répertoire de droit civil*, février 2019 (actualisation : décembre 2019), §40 et 73 : « Cet idéal affiché de protection qui supposerait la neutralité de l'État à l'égard du modèle économique est une neutralité de façade derrière laquelle se dessine une option sur le modèle de société que l'on veut promouvoir. ».

¹⁶⁶⁰ CEDH, n°51255/08, 17 janvier 2012, *GALEC c. France*.

¹⁶⁶¹ CA Paris, 4 juillet 2013, n°12/07651 ; CA Paris, 11 septembre 2013, n°11/17941 ; CA Paris, 18 décembre 2013, n°12/00150 ; CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 ; CA Paris, 1^{er} juillet 2015, n°13/19251.

¹⁶⁶² CA Paris, 1^{er} juillet 2015, n°13/19251.

¹⁶⁶³ CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221. V. égal. CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784.

¹⁶⁶⁴ CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323 ; CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/00737.

¹⁶⁶⁵ Code com., art. L.464-2, ensuite modifié par l'ordonnance n°2021-649 du 26 mai 2021, art. 2.

¹⁶⁶⁶ V. not. pour une analyse plus efficace : CA Paris, 20 novembre 2013, n°12/04791 ; CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221 ; CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323 ; TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123 ; CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/00737.

économique, suppose que sa recevabilité soit subordonnée à la démonstration d'une telle atteinte. Le Ministre estimait, au contraire, que le texte du Code de commerce ne l'oblige pas à déterminer un certain degré d'atteinte à l'ordre public pour agir. Le tribunal de commerce de Paris a finalement déclaré que le Ministre dispose en tant que garant de l'ordre public économique sur le territoire national d'une action autonome, non soumise au consentement ou à la présence des auteurs des pratiques visées, et en a déduit, qu'il n'a donc pas à démontrer son intérêt à agir¹⁶⁶⁷.

b) *L'action de l'autorité publique est distincte de celle initiée par les acteurs privés*

335. *L'action de l'autorité publique est une action propre, distincte de celle des parties au contrat.* S'est alors posée la question de l'objet des actions respectives du Ministre et des parties et de leur complémentarité. La jurisprudence a tranché cette problématique à travers de nombreux arrêts. En effet, si les juges ont pu s'opposer au départ¹⁶⁶⁸, à présent, ils rappellent, régulièrement, que l'action du Ministre est une action propre et donc autonome car distincte de celle des cocontractants¹⁶⁶⁹. Il est tiers au contrat et n'agit pas sur son fondement, ce qui signifie que son action est non soumise au consentement ou à la présence des victimes de ces pratiques¹⁶⁷⁰. En ce sens, son action est qualifiée de délictuelle par les juges français¹⁶⁷¹ et ne vise pas à se substituer aux parties au contrat. Notons, toutefois, l'affaire *Eurelec* où la Cour de justice de l'Union européenne a retenu qu'en raison de ses pouvoirs exorbitants, l'action du Ministre ne relève pas de la matière civile et commerciale¹⁶⁷². En droit français, il a été retenu que « *le Ministre agit avant tout pour défendre l'ordre public économique qui est plus que la somme des intérêts des fournisseurs* »¹⁶⁷³. Les juges ont admis que les prétendues victimes pouvaient engager directement une procédure pour défendre leurs intérêts particuliers ou intervenir volontairement à une instance, être assignées en intervention forcée de la part de l'une ou l'autre des parties ou encore décider de ne pas agir¹⁶⁷⁴. Ainsi, le fait que le Ministre et le fournisseur puissent présenter les mêmes demandes ne rend pas irrecevable l'action exercée par le fournisseur, même si cette action est intentée postérieurement à celle du Ministre¹⁶⁷⁵. Or, le Conseil constitutionnel a néanmoins posé une réserve puisqu'il a retenu, en son considérant 9, 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*

¹⁶⁶⁷ TC Paris, 28 mars 2022, n°2018017655.

¹⁶⁶⁸ M. BANDRAC, « L'action donnée au ministre de l'Économie et des Finances (art. L. 442-6-III c. com.) face à l'article 6 de la Convention EDH », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 2433.

¹⁶⁶⁹ CA Paris, 4 juillet 2013, n°12/07651 ; CA Paris, 18 décembre 2013, n°12/00150 ; CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 ; CA Paris, 1^{er} juillet 2015, n°13/19251 ; CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784 ; TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625 ; CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/00737 ; TC Paris, 28 mars 2022, n°2018017655.

¹⁶⁷⁰ Cass. com., 8 juillet 2008, n°07-16.761. V. en ce s. E. CHEVRIER, « La résurrection de l'article L. 442-6, III, du code de commerce », *Dalloz actualité*, 11 juillet 2008.

¹⁶⁷¹ CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 ; CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784.

¹⁶⁷² CJUE, aff. C-98/22, 22 décembre 2022, *Eurelec*. V. en ce s. M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'action du ministre n'est pas une action en matière civile ou commerciale », *LEDICO*, févr. 2023, n°2, p. 1.

¹⁶⁷³ CA Paris, 11 septembre 2013, n°11/17941.

¹⁶⁷⁴ CA Paris, 11 septembre 2013, n°11/17941 ; CA Paris, 1^{er} juillet 2015, n°13/19251.

¹⁶⁷⁵ CA Paris, 1^{er} juillet 2015, n°13/19251.

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 »¹⁶⁷⁶. La Cour européenne des droits de l'homme a retenu, quant à elle, une analyse quelque peu différente¹⁶⁷⁷. Les juges ont été interrogés sur l'application de cette réserve¹⁶⁷⁸. Ils ont précisé que cette réserve ne concerne que l'action en nullité des conventions, la restitution des sommes indûment perçues et la réparation des préjudices et non l'action en cessation des pratiques contractuelles¹⁶⁷⁹, ni l'amende civile¹⁶⁸⁰. Néanmoins, la doctrine a pu soulever plusieurs interrogations concernant l'action du Ministre et son absence de substitution aux intérêts des cocontractants. Comme le rappelle le Professeur M. BEHAR-TOUCHAIS : « *N'est-il pas d'intérêt public de protéger certains intérêts privés comme ceux des parties dites « faibles »* »¹⁶⁸¹ ? En effet, rappelons qu'en introduisant cette pratique, le législateur souhaitait rééquilibrer les relations commerciales et lutter contre les abus de certains acteurs puissants à l'encontre de leurs cocontractants plus faibles¹⁶⁸². Le législateur a entendu introduire cette action publique, notamment, pour lutter contre l'inaction de certains cocontractants, en position de faiblesse, qui craignaient d'agir face à leur partenaire et souhaitaient, ainsi, éviter des répercussions ou des représailles¹⁶⁸³. Par ailleurs, certains acteurs économiques ne possèdent pas autant de ressources économiques que la DGCCRF et ces acteurs ne bénéficient pas des pouvoirs accordés par le Droit à la DGCCRF, rattachée au ministère de l'économie, pour enquêter et démontrer la faute. Ainsi, si l'autorité publique s'est vue octroyer un pouvoir d'action, notamment en matière de déséquilibre significatif, c'est pour répondre à l'incapacité de certaines entreprises à agir en justice face à leur partenaire et ainsi, permettre plus largement de protéger l'ordre public économique¹⁶⁸⁴.

¹⁶⁷⁶ Conseil const., décision n°2011-126 QPC, 13 mai 2011, Société Système U Centrale nationale et autre.

¹⁶⁷⁷ CEDH, n°51255/08, 17 janvier 2012, GALEC c. France : « La Cour observe que cette obligation d'information des cocontractants est justifiée par un impératif de protection des fournisseurs. Or, en l'espèce, quand bien même cette condition n'aurait pas été remplie à l'égard des fournisseurs, il n'est pas démontré que cela aurait causé un préjudice quelconque dans le chef de la requérante au titre des garanties de l'article 6 § 1 dans la mesure où la requérante était libre d'attirer ses cocontractants à l'instance. ».

¹⁶⁷⁸ CA Paris, 1^{er} juillet 2015, n°13/19251.

¹⁶⁷⁹ CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336.

¹⁶⁸⁰ Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387 ; Cass. com., 3 mars 2015, n°14-10.907 ; Cass. com., 3 mars 2015, n°13-27.525.

¹⁶⁸¹ M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce qualifié de loi de police par la Cour de cassation », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 41, 8 octobre 2020, p. 1375.

¹⁶⁸² Conseil constit., Commentaire décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, Société Système U Centrale nationale et autre, p. 4-5.

¹⁶⁸³ E. CHEVRIER, « La résurrection de l'article L. 442-6, III, du code de commerce », à propos de Cass. com., 8 juillet 2008, n°07-16.761, *Dalloz actualité*, 11 juillet 2008 ; S. PARK, « CHAPITRE I. La sanction civile ou pénale devant les juridictions », *Les abus de puissance économique dans les relations commerciales déséquilibrées*, sous la direction de Park Sehwan, L'Harmattan, 2018, p. 239-264, §554-557 ; P. REIS, « Ordre public économique et pouvoirs privés économiques : le droit de la concurrence cœur de l'ordre public économique », *Revue internationale de droit économique*, vol. t. xxxiii, n° 1, 2019, p. 11-22.

¹⁶⁸⁴ M.D. HAGELSTEEN, Rapport, la négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente, remis à Christine Lagarde et Luc Chatel, 12 février 2008, p. 32 : « L'article L. 442-6 [...] présente, en outre, une double originalité. D'une part, il donne au ministre chargé de l'économie la possibilité d'introduire une action en justice lorsqu'il constate l'existence d'une des pratiques mentionnées dans cet article. Cette compétence, sur le plan des principes, s'explique par l'idée selon laquelle les pratiques en cause ne lésent pas seulement les victimes directes ; elles portent atteinte à l'ordre public économique. En pratique, elle est d'autant plus justifiée que les entreprises qui en sont l'objet répugnent, pour des raisons évidentes, à faire valoir leurs droits devant les tribunaux. ».

Face à la vulnérabilité des victimes, l'action de l'autorité publique apparaît comme un gage d'assurance que les auteurs des préjudices pourront être poursuivis et devront les réparer¹⁶⁸⁵. Autrement dit, en protégeant les intérêts privés d'acteurs économiques, l'autorité publique protégerait plus largement l'ordre public économique¹⁶⁸⁶.

c) *Le maintien de l'action de l'autorité publique dans la sphère contractuelle à condition de démontrer une atteinte à l'ordre public économique*

336. *L'utilité d'une action publique en matière de lutte contre la pratique de déséquilibre significatif.* Ainsi, l'action de l'autorité publique en matière de déséquilibre significatif se justifie, d'une part, car les parties au contrat, jugées victimes sont réputées en position de faiblesse et d'autre part, pour préserver l'intérêt général en sanctionnant une pratique contraire à l'ordre public économique. Malgré les doutes qui subsistent quant à une définition claire et régulière de l'ordre public économique, l'analyse de la jurisprudence, des travaux parlementaires et des décisions du Conseil constitutionnel renverrait, en l'espèce, à la protection de l'équilibre dans les rapports entre partenaires commerciaux en mettant fin à des pratiques néfastes pour l'économie, la concurrence et le fonctionnement du marché. En ce sens, les juges utilisent la référence au dommage causé à l'économie, notion qui implique d'apprécier les effets (réels ou potentiels) d'une pratique sur un marché déterminé, en comparant la situation antérieure et postérieure à la commission de la pratique¹⁶⁸⁷. Elle rassemble l'ensemble des dommages supportés par la société. Il s'agit du transfert de surplus soit le transfert d'un avantage d'une partie victime vers l'auteur de la pratique litigieuse qui en retire alors un gain illicite. De même, il s'agit de la perte de surplus pour l'ensemble de la société notamment lorsque des transactions socialement souhaitables, qui auraient eu lieu en l'absence de cette faute, ne se produisent pas ou encore à travers la réduction d'une incitation à innover. Ainsi, comme le retient le Professeur E. COMBE, le dommage à l'économie n'est pas réductible au gain illicite car il comprend également la perte de bien-être pour la société. Les économistes admettent notamment que le coût social des infractions, dépassant ainsi les seuls coûts privés

¹⁶⁸⁵ E. BESSON, Rapport n°2250 fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques, Assemblée nationale, le 6 avril 2000, T. I, examen des articles, art. 29 ; E. BESSON, Rapport n°2864 fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan, en nouvelle lecture, sur le projet de loi, modifié par le Sénat, relatif aux nouvelles régulations économiques (n° 2666), Assemblée nationale, 12 janvier 2001 : « Article 29 (article L. 442-6 du code de commerce) ».

¹⁶⁸⁶ En ce s. égal., P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *Droit des obligations*, LexisNexis, coll. Manuels, 14^e éd., 2017, n°288, p. 261 : « L'ordre public économique, d'apparition plus récente ; a été mis en place d'abord pour défendre l'intérêt général économique de la Nation, ensuite, plus tardivement, pour protéger les faibles contre les puissants. C'est ainsi qu'on distingue l'ordre public économique de direction, et l'ordre public économique de protection. Il ne faut toutefois pas se dissimuler qu'il y a interaction entre l'un et l'autre, toute mesure de caractère économique ayant nécessairement un impact à la fois sur l'économie en général et sur les cocontractants. » ; F. JACOMINO, *Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence*, th. droit, Université Côte d'Azur, 2018, §435 : « La distinction habituellement admise en droit économique entre ordre public de direction et de protection est particulièrement malaisée. [...] Plusieurs auteurs se sont employés à démontrer que cette distinction devait être relativisée tant les objectifs de l'un contribuent à la réussite des objectifs de l'autre. ».

¹⁶⁸⁷ E. COMBE, « Le dommage à l'économie et sanction pécuniaire, Une introduction économique », *Concurrences*, n° 4-2010 I, Droit & économie I, §2.

de certains acteurs, devrait être évité par l'État. Ils mettent néanmoins en garde contre le risque d'inefficacité d'une telle intervention. Ainsi, si l'État doit intervenir pour préserver les intérêts de l'ensemble de la société, il n'agit pas en substitution des intérêts privés mais poursuit bien un intérêt général. L'action publique apparaît socialement désirable bien au-delà des intérêts privés de la victime, que cette dernière souhaite ou non agir. Notons également qu'en l'absence d'action de l'autorité publique des pratiques attentatoires à l'ordre public économique pourraient perdurer ou se développer. Puisqu'il existe certains acteurs, trop faibles pour oser agir face à leur cocontractant, et ayant peu de chance d'obtenir gain de cause devant le juge¹⁶⁸⁸, et puisqu'il existe une atteinte à l'intérêt général, dépassant la seule atteinte aux intérêts privés des cocontractants, il apparaît nécessaire de maintenir l'action publique en matière de déséquilibre significatif. Cette action vise donc à apporter plus d'efficacité au système législatif en matière de lutte contre les pratiques restrictives de concurrence.

337. *Si son action peut être utile voire nécessaire, l'autorité publique doit en apporter la preuve en démontrant une atteinte à l'ordre public économique.* Les économistes rappellent que l'intervention étatique ne doit pas être plus coûteuse, en raison de sa mise en œuvre et de ses effets sur l'économie, que les avantages qu'elle entend poursuivre, en l'espèce la protection de l'ordre public économique. Or, lorsque l'autorité publique agit devant le juge, elle doit mettre en place un ensemble de coûts : de recherche et d'analyse des pratiques et des frais de justice. Par exemple, le contrôle de ces pratiques par la DGCCRF, le service d'enquête du ministre de l'Économie, constitue un coût pour la société, de même que la constitution du dossier, la saisine du juge et la procédure judiciaire. L'accès aux informations permettant de démontrer la pratique de déséquilibre significatif est plus compliqué puisqu'il est tiers à la relation contractuelle. Il ne connaît pas les intentions et la volonté réelle des parties ayant conduit à la signature du contrat litigieux. Il est donc plus coûteux pour l'autorité publique d'obtenir ces informations et d'agir devant le juge. Outre les coûts de mise en œuvre de l'action de l'autorité publique, des coûts supplémentaires pourraient apparaître en raison des effets nocifs d'une telle intervention dans le champ contractuel et, le cas échéant, des effets des sanctions prononcées. En effet, le contrôle des pratiques par la DGCCRF peut avoir un effet sur le marché et l'activité des entreprises appartenant au secteur visé. Cette intervention publique peut créer un climat de crainte et ainsi modifier le fonctionnement de l'économie, entraver les relations commerciales voire même empêcher la réalisation de contrats efficaces économiquement. Par ailleurs, une fois la saisine du juge réalisée, l'échec de l'action publique peut également démontrer que l'effet nocif provoqué par l'enquête et les coûts de l'action en justice ne trouvaient en réalité aucune justification juridique et économique. Toutefois, si une sanction est finalement prononcée, l'activité des parties au contrat va être impactée car elles devront modifier leur comportement, ce qui peut également nuire au bon fonctionnement de l'économie. Ce risque

¹⁶⁸⁸ J.C. GRALL, G. MALLÉN, « Déséquilibre significatif : entre une affirmation progressive en droit des pratiques restrictives de concurrence et une apparition inédite en droit commun des obligations », *Revue Lamy de la concurrence*, n°56, décembre 2016, p. 20 et s. V. égal. Centre du droit de l'entreprise de la Faculté de droit de Montpellier, *Bilan des décisions judiciaires civiles et pénales (période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2022)*, p. 48 : « Les juges ont rejeté l'application du dispositif, tous motifs confondus, dans 31 décisions sur 38, soit un taux de rejet de 80%. [...] le constat effectué dans les rapports précédents d'une éviction quasi systématique de l'application du texte peut être reconduit. [...] les demandes n'ont abouti, depuis l'entrée en vigueur du dispositif, que dans 25 décisions sur 468. (V. les rapports 2010-2021). ».

de coûts est d'autant plus important lorsqu'il n'est pas démontré, en pratique, une atteinte à l'ordre public économique. Or, il apparaît que le Ministre agit bien souvent à charge à l'encontre des acteurs économiques¹⁶⁸⁹, et fait fi de la bonne foi, alors que ce n'est pas son rôle.

Par ailleurs, les juges ne recherchent pas toujours la réalité d'une telle atteinte ou bien de manière insuffisante. Cette exigence est d'autant plus importante car l'action du Ministre est peu encadrée en pratique, puisqu'il peut lui-même sélectionner les contrats qu'il souhaite présenter au juge, ce qui peut conduire à une analyse biaisée, alors que les sanctions prononcées pourraient affecter plus largement les relations commerciales¹⁶⁹⁰. La seule action du Ministre semble justifier, en pratique, qu'il existe nécessairement une atteinte à l'ordre public, mais ce n'est pas toujours le cas. L'existence d'une pratique de déséquilibre significatif ne conduit pas nécessairement à une atteinte à l'ordre public économique. En effet, le déséquilibre est habituel en économie¹⁶⁹¹ et il peut même être profitable pour la société, prise dans son ensemble, dès lors qu'il est utilisé au profit des consommateurs et de la concurrence, y compris lorsqu'il est préjudiciable pour la partie cocontractante qui le subit. Rappelons également qu'un déséquilibre significatif n'est pas nécessairement nocif pour la partie qui le subit dès lors qu'elle trouve un avantage économique dans la réalisation du contrat. Ainsi, une intervention de l'autorité publique dans la sphère contractuelle sans atteinte à l'ordre public économique, ni réelle ni fortement probable, implique un risque d'autant plus important de modifier le bon fonctionnement de l'économie. Les coûts de cette intervention étatique (enquête, analyse, action en justice et éventuelle sanction) dépasseront nécessairement les avantages retirés puisque ces avantages ne sont donc pas démontrés. Par ailleurs, l'intervention de l'autorité publique ne se justifie plus puisque alors elle n'agit pas en défense d'un intérêt général, en persistant elle remet en cause l'autonomie de son action et laisse sous-entendre qu'elle agit pour la protection des intérêts privés. Or, l'action publique ne se justifie qu'en cas d'atteinte à l'ordre public économique, à défaut il est préférable de maintenir une action privée entre les parties au contrat et faciliter une résolution à l'amiable, jugée moins coûteuse.

Notons l'introduction récente d'un nouvel article L.444-1, A du Code de commerce qui dispose notamment que : « *Les chapitres Ier, II et III du présent titre s'appliquent à toute convention entre un fournisseur et un acheteur portant sur des produits ou des services commercialisés sur le territoire français. Ces dispositions sont d'ordre public.* »¹⁶⁹². Cette affirmation apportée par le législateur, sous l'impulsion des fournisseurs¹⁶⁹³, a soulevé d'importantes interrogations, et

¹⁶⁸⁹ CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323, cet arrêt a néanmoins été cassé par Cass. com. 11 mai 2022, n°19-22.242 et v. en renvoi CA Paris, 7 juin 2023, n°22/19733 ; TC Paris, 28 mars 2022, n°2018017655.

¹⁶⁹⁰ En ce s. égal. : M. LATINA, « Contrat : généralités », *Répertoire de droit civil*, mai 2017 (actualisation : novembre 2021), A. 1. Principe de la non-immixtion du juge : « 25 – [...] « Hélas, le droit français est en quelque sorte parasité par une action administrative à la fois intrusive et inefficace. Or, cette intervention administrative est aujourd'hui encouragée, sans que les conséquences juridiques et économiques aient été sérieusement prises en compte. »

¹⁶⁹¹ M. LATINA, « Contrat : généralités... », *ibid.*, p. 126. Principe de la non-immixtion du juge.

¹⁶⁹² Créé par la loi dite « Egalim 3 » n°2023-221 du 30 mars 2023, art. 1.

¹⁶⁹³ M. BEHAR-TOUCHAIS, C. GRIMALDI, « La loi Descrozaille dite Egalim 3 ou la victoire des fournisseurs contre les distributeurs », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n°22, 01 juin 2023, p. 1169.

contestations, à juste titre, de la part de la doctrine¹⁶⁹⁴. Or, si le législateur déclare que les pratiques restrictives de concurrence, dont fait partie le déséquilibre significatif, sont d'ordre public, nous retenons qu'il met en évidence l'impérativité, en droit français, d'une lutte contre ces pratiques, pour faire prévaloir ce droit dans les litiges internationaux. Cette indication renverrait alors à la détermination de la loi applicable et à la juridiction compétente¹⁶⁹⁵. C'est pourquoi, l'article visé dispose ensuite que « *tout litige portant sur leur application relève de la compétence exclusive des tribunaux français, sous réserve du respect du droit de l'Union européenne et des traités internationaux ratifiés ou approuvés par la France et sans préjudice du recours à l'arbitrage* ». Ainsi, cette affirmation, bien trop générale car englobant de nombreuses pratiques pouvant être contestées par toute partie, ne saurait être utilisée pour établir l'atteinte à l'ordre public – économique – telle qu'elle est visée et entendue par les juges pour justifier l'action de l'autorité publique en matière de déséquilibre significatif.

Ainsi, outre les critères de la pratique, il nous apparaît déterminant d'exiger de l'autorité publique qu'elle vérifie concrètement l'existence d'une atteinte à l'ordre public économique avant de saisir le juge, qu'elle explique à ce dernier en quoi la pratique litigieuse porte atteinte à cet ordre public ce qui nécessite une action et enfin, que le juge contrôle l'existence d'une telle atteinte pour admettre son intervention et prononcer, le cas échéant, des sanctions tenant compte du dommage causé à l'économie.

338. *Conclusion.* Les économistes admettent une intervention étatique afin de lutter contre les pratiques portant atteinte au bon fonctionnement du marché et de la concurrence. En ce sens, le Droit a prévu que l'autorité publique puisse agir en matière de déséquilibre significatif, d'une part pour compenser le facteur crainte des victimes les plus faibles, et d'autre part, pour protéger l'ordre public économique mis à mal par ces pratiques. En effet, le déséquilibre significatif peut conduire à un préjudice privé pour les victimes directes mais également pour la société prise dans son ensemble notamment pour la concurrence et les consommateurs. Or, la seule action de l'autorité publique dans la sphère contractuelle semble suffisante au juge pour en déduire qu'elle avait un intérêt à agir et donc que l'ordre public économique était menacé. L'analyse judiciaire en la matière apparaît bien trop irrégulière et insuffisante. Les économistes mettent pourtant en garde contre une intervention étatique qui serait finalement inefficace puisqu'elle serait plus coûteuse qu'avantageuse pour l'économie. Ainsi, en l'absence d'une atteinte à l'ordre public économique, l'action de l'autorité publique pourrait être plus nocive pour la société à travers ses effets. Pour éviter cette situation, il nous apparaît nécessaire que l'autorité publique démontre concrètement une atteinte à l'ordre public

¹⁶⁹⁴ M. BEHAR-TOUCHAIS, C. GRIMALDI, « La loi Descrozaille dite Egalim 3 ou la victoire des fournisseurs contre les distributeurs », *ibid.* ; N. MATHEY, « Action du ministre contre les centrales d'achat localisées à l'étranger », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 3, mars 2023, comm. 4 ; N. MATHEY, « Egalim 3 : loi n° 2023-221 du 30 mars 2023 tendant à renforcer l'équilibre dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 8-9, août-septembre 2023, étude 8.

¹⁶⁹⁵ En ce s. égal. G. CHANTEPIE, « EGALIM 3 : le droit des relations commerciales réformé à tâtons (Quatrième partie : l'application internationale du titre IV du livre IV du code de commerce) », *Dalloz actualité*, 13 avril 2023.

économique pour justifier son action et il appartient au juge de procéder à son contrôle de manière effective.

II. L'intervention de l'autorité publique dans la sphère contractuelle doit être efficace

339. *La nécessité de contrôler les demandes pouvant être formulées par l'autorité publique en justice.* Si l'action de l'autorité publique en justice apparaît justifiée car elle s'avère utile, voire nécessaire, pour la protection de l'ordre public économique, elle doit toutefois être efficace. Les économistes entendent comparer les coûts et avantages d'une telle action, les premiers ne devant pas être supérieurs aux seconds (A). Or, le législateur a octroyé d'importants pouvoirs à l'autorité publique lorsqu'elle agit en matière de déséquilibre significatif puisqu'elle dispose d'une large palette de sanctions, dont certaines sont particulièrement intrusives dans le contrat (B). Ainsi, nous proposons d'encadrer son action en s'assurant que le juge ne prononce que des sanctions justifiées et efficaces pour protéger l'ordre public économique (C).

A. L'analyse économique préconise de vérifier l'efficacité de l'intervention de l'État à travers une analyse des coûts et avantages

340. *L'État intervient pour limiter le coût social des infractions qui va au-delà des coûts privés.* Les économistes rappellent que les coûts privés des acteurs n'intègrent pas les coûts sociaux. Ne répondre qu'aux coûts privés ne permettra pas nécessairement de résoudre l'ensemble des coûts sociaux. Comme le retient l'économiste A. C. PIGOU, favorable à une intervention étatique contre les défaillances du marché¹⁶⁹⁶, l'existence d'un coût social suffit pour justifier l'intervention de l'État. Cette intervention doit être assurée jusqu'au moment où le coût social disparaît car il se confond alors avec le coût privé. *A contrario*, d'autres économistes, tels que R. COASE, entendent plutôt laisser les acteurs économiques corriger eux-mêmes ces défaillances, à travers leurs interventions sur le marché et la négociation. Ils estiment que l'État peut se tromper et qu'il convient plutôt de laisser faire le marché, ce qui a pu être critiqué¹⁶⁹⁷. Certes, en économie, cette situation est en principe acquise par la main invisible puisqu'elle guide les préférences des individus vers le bien commun sans nécessiter une intervention étatique. Il serait alors inutile de limiter l'expression des volontés privées au nom d'une volonté juridique extérieure fondée sur l'équité. Toutefois, la main invisible peut faillir notamment en l'absence de concurrence pure et parfaite et elle ne conduit pas nécessairement à la solution qui serait souhaitée par l'État, ce qui justifie son intervention. Ainsi, si le contrat est par nature économique, il est également institutionnalisé dans un système juridique comme le retient le

¹⁶⁹⁶ E. BERTRAND, C. DESTAIS, « Le "théorème de Coase", une réflexion sur les fondements microéconomiques de l'intervention publique », *Reflets et perspectives de la vie économique*, vol. xli, n°2, 2002, p. 111-124, §2.

¹⁶⁹⁷ E. BERTRAND, C. DESTAIS, « Le "théorème de Coase"... », *ibid.*, p. 111-124, §50. Les économistes E. BERTRAND et C. DESTAIS déclarent que le théorème de Coase n'est valide qu'en faisant abstraction des obstacles empêchant le bon aboutissement d'une négociation bilatérale et à l'indépendance de son résultat en raison de l'attribution initiale des droits (comportements stratégiques, effets de richesse et de dotation). Par ailleurs, ils rappellent que le raisonnement de R. Coase ne tient pas compte de la notion d'équité, notion pourtant intrinsèquement liée à l'intervention de l'État. Il se limite à l'efficacité dans l'allocation sans s'intéresser à la redistribution.

Professeur P. COPPENS. Le contrat, où se traduit l'abus de pouvoir économique, peut avoir un coût social important en raison de sa portée collective. L'action publique intervient alors pour intégrer ces coûts sociaux dans le contenu contractuel en le rééquilibrant. Le Professeur retient que « *pour rendre cette intégration possible, il faut aussi que des raisons d'intérêt général, appréciées publiquement, puissent prévaloir sur des préférences qui sont interprétées par la théorie économique comme des causes privées de l'action* »¹⁶⁹⁸. Or, cette intervention étatique représente, également, un coût pour la société.

341. *Les économistes entendent vérifier l'efficacité de l'intervention étatique à travers une analyse des coûts et avantages.* L'intervention de l'État sur le marché est acceptée dès lors qu'elle est justifiée et efficace. Les économistes mettent en garde contre les défaillances d'une intervention étatique qui manquerait d'objectivité et qui ne conduirait pas à une solution optimale pour le marché. En ce sens, ils s'intéressent particulièrement aux coûts et aux avantages des interventions étatiques. Comme le rappelle le Professeur C. BARRERE, l'intervention étatique a un coût, ce qui conduit à un arbitrage entre l'avantage de la protection et le coût de la protection¹⁶⁹⁹. Le Professeur invite à réfléchir à la question du coût à travers deux composantes. Tout d'abord, une composante sociale visant à s'interroger s'il est utile, au sens d'efficace, de mettre en œuvre la protection des droits par une institution compte tenu de son coût et de son effet et quel serait ensuite le mode de protection le plus efficace. Ensuite, une composante micro-économique qui elle s'interroge si les individus détenant le droit recourront ou non à la défense d'un droit sachant le coût que cela représente (monétaire, en termes de temps, etc.). L'analyse économique entend évaluer l'efficacité du système judiciaire à travers la minimisation du coût social des conflits, coût qui résulte à la fois des activités illicites créatrices de dommages et des procédures de résolution mises en œuvre (coût et frais du système judiciaire, erreur judiciaire...)¹⁷⁰⁰. Lorsque l'objectif est de limiter voire de supprimer le coût social découlant des infractions, les économistes vérifient si les moyens mis en œuvre pour y parvenir n'incluent pas eux-mêmes des coûts, pour la société, pouvant être supérieurs. Dès lors, les coûts de mise en œuvre d'une protection contre les effets préjudiciables des infractions ne devront pas outrepasser les coûts provoqués par l'infraction elle-même.

B. Le législateur a offert à l'autorité publique le pouvoir de demander des sanctions d'une intensité importante

342. *L'importante palette de sanctions offertes à l'autorité publique.* L'autorité publique dispose d'un important choix de sanction à soumettre au juge commercial. Cette importante palette de sanction a fait l'objet de nombreuses critiques de la part de la doctrine notamment lorsqu'elle est mise en perspective avec la protection de l'ordre public économique,

¹⁶⁹⁸ P. COPPENS, « État, marché et institutions », *Revue internationale de droit économique*, vol. xxi, 3, n° 3, 2007, p. 293-316, §36.

¹⁶⁹⁹ C. BARRÈRE, « Les approches économiques du système judiciaire », *Revue internationale de droit économique*, Association internationale de droit économique, 1999, Numéro spécial : De l'économie de la Justice, 1999/2, p. 153-183.

¹⁷⁰⁰ N. CHAPPE, « Les enseignements de l'analyse économique en matière de résolution amiable des litiges », *Négociations*, vol. 10, n° 2, 2008, p. 75-88.

censée justifier l'action du Ministre, certaines sanctions apparaissant alors inadaptées¹⁷⁰¹. Si le législateur a parfois réduit le champ des sanctions possibles, sa pratique a principalement consisté à l'accroître au fil des années. Autrefois, l'autorité publique a pu être limitée à la seule demande de cessation des pratiques abusives¹⁷⁰². A ce jour, conformément à l'article L.442-4 du Code de commerce, l'autorité publique (le ministre chargé de l'Économie ou le ministère public) peut demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques, de constater la nullité des clauses ou contrats illicites et de prononcer la restitution des avantages indûment obtenus dès lors que les victimes de ces pratiques sont informées par tous moyens de l'introduction de cette action en justice. Elle peut également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut excéder le plus élevé des trois montants suivants : cinq millions d'euros ; le triple du montant des avantages indûment perçus ou obtenus ou 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 ont été mises en œuvre. Or, l'ancien article L.442-6, III du Code de commerce prévoyait que la réparation des préjudices subis pouvait être demandée par l'autorité publique. Pour autant, rappelons que l'autorité publique, en pratique le ministre de l'Économie, n'agit pas au nom de l'intérêt des parties, mais au nom de l'ordre public économique. Il s'agit bien d'une action autonome qui n'empêche pas les victimes d'agir à leur tour. Le Conseil constitutionnel avait néanmoins précisé que le Ministre devait informer les parties lorsqu'il entendait demander la réparation du préjudice¹⁷⁰³, ce qui signifiait bien qu'elles étaient concernées par cette demande et qu'elles en recevraient les effets, sans pour autant le vouloir. Or, cette demande de sanction avait été offerte à l'autorité publique notamment pour les protéger¹⁷⁰⁴. Néanmoins, le pouvoir du Ministre de demander la réparation d'un préjudice découlant d'une relation à laquelle il n'est pas partie a vivement été critiqué¹⁷⁰⁵, de même que sa capacité à quantifier le préjudice des victimes en leur absence¹⁷⁰⁶. En effet, si le Ministre agit uniquement, au nom de l'ordre public économique, seul le préjudice causé à l'ordre public économique devrait, en principe, être invoqué. Ce qui est d'autant plus

¹⁷⁰¹ E. CHEVRIER, « La résurrection de l'article L. 442-6, III, du code de commerce. », à propos de Com., 8 juillet 2008, n°07-16.761, *Dalloz actualité*, 11 juillet 2008.

¹⁷⁰² P. MARINI, Rapport présenté au nom de la commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif aux nouvelles régulations économiques, Sénat, Session ordinaire de 2000-2001, n°5, Annexe au procès-verbal de la séance du 4 octobre 2000, p. 180.

¹⁷⁰³ Conseil const., décision n° 2011-126 QPC, 13 mai 2011, Société Système U Centrale nationale et autre, cons. 9.

¹⁷⁰⁴ Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

¹⁷⁰⁵ P. MARINI, Rapport n° 5 (2000-2001) fait au nom de la commission des finances, Sénat, 4 octobre 2000 : « ARTICLE 29 [...] autant il est légitime que les tribunaux puissent lui accorder, en tant que garant de l'ordre public économique, la cessation des pratiques abusives, l'annulation des contrats ou des clauses illicites, la répétition de l'indu ou le prononcé d'une amende civile, autant la réparation des préjudices subis, sous forme de dommages et intérêts, implique une action des parties lésées elles-mêmes et exclut que l'on puisse "plaider par procureur". ».

¹⁷⁰⁶ Assemblée nationale, Projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques, 3^e Séance du 27 avril 2000 : « Amendement, n° 93 [...] M. Jean-Paul Charié. [...] personne n'osera utiliser cette procédure parce qu'elle aura de nombreux effets pervers compte tenu de la complexité pour le droit français de fixer des dommages et intérêts en l'absence de la victime. » V. égal. Cass. com., 5 déc. 2000, n° 98-17.705 : « 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. ».

évident puisque son action est dite autonome et ne saurait se substituer à celle des parties. A présent, le nouvel article L.442-4 du Code de commerce ne prévoit plus une telle possibilité.

Si la problématique de la réparation des préjudices privés semble être réglée, des critiques subsistent pour les autres sanctions offertes à l'autorité publique devant le juge. En effet, les pouvoirs de l'autorité publique ont ensuite été étendus, intégrant même le champ contractuel, *a priori* pour protéger les parties vulnérables, ce qui n'a eu de cesse de soulever des critiques de la part de la doctrine¹⁷⁰⁷. Comme le retient le Professeur M. BEHAR-TOUCHAIS¹⁷⁰⁸, l'autorité publique peut, seule, demander la nullité d'un contrat sans que les parties au contrat soient dans la procédure, ce qui serait tout à fait exclu lors d'une action civile ou commerciale, et demander que soient interdites des clauses abusives dans les contrats futurs. Or, si le législateur ne cesse de rappeler que cette intervention se justifie car les victimes vulnérables ne sont pas en mesure d'agir d'elles-mêmes, il prétend que cette intervention reste, néanmoins, purement autonome aux fins de protéger l'ordre public économique. En effet, il a été rappelé à plusieurs reprises que l'intensité des sanctions offertes à l'autorité publique devant le juge, notamment le prononcé d'une amende civile dont le caractère répressif est avéré¹⁷⁰⁹, démontre l'importance qu'accorde le législateur à la préservation de l'ordre public économique et à l'équilibre des relations commerciales¹⁷¹⁰. Ce pouvoir étendu permet à l'action du Ministre d'être particulièrement efficace en matière de sanction des pratiques restrictives de concurrence en lieu et place des victimes¹⁷¹¹.

C. Les sanctions demandées par l'autorité publique doivent être justifiées au nom de la seule protection de l'ordre public économique

343. *Le juge ne devrait prononcer que des sanctions visant à protéger l'ordre public économique lorsque l'action est intentée par l'autorité publique.* Le législateur est allé plus loin en dotant l'autorité publique de la capacité à demander des sanctions particulièrement intenses, notamment l'amende civile, et particulièrement intrusives dans la relation contractuelle, comme la nullité des clauses ou du contrat, la cessation des pratiques ou la répétition de l'indu. Des critiques ont pourtant été soulevées quant à la justification de ces sanctions et leur intensité. En effet, si l'action de l'autorité publique est justifiée pour protéger un intérêt général, qui ne

¹⁷⁰⁷ M. BANDRAC, « L'action donnée au ministre de l'Économie et des Finances (art. L. 442-6-III c. com.) face à l'article 6 de la Convention EDH », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 2433 ; M. LATINA, « Contrat : généralités », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mai 2017 (actualisation : novembre 2021), §30-32.

¹⁷⁰⁸ M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce qualifié de loi de police par la Cour de cassation », à propos de Cass. com., 8 juill. 2020, n°17-31.536, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 41, 8 octobre 2020, p. 1375.

¹⁷⁰⁹ CEDH, n°5100/71, 8 juin 1976, Engel et a. c/ Pays-Bas ; CEDH, n° 37858/14, 1^{er} octobre 2019, Carrefour ; CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce qualifié de loi de police par la Cour de cassation », à propos de Cass. com., 8 juill. 2020, n°17-31.536, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 41, 8 octobre 2020, p. 1375.

¹⁷¹⁰ Conseil const., décision n°2010-85 QPC, 13 janvier 2011, Établissements Darty et Fils et décision n°2011-126 QPC, 13 mai 2011, Société Système U Centrale nationale et autre et décision n°2018-749 QPC, 30 novembre 2018, Société Interdis et autres.

¹⁷¹¹ F. MARTY, P. REIS, « Une approche critique du contrôle de l'exercice des pouvoirs privés économiques par l'abus de dépendance économique », *Revue internationale de droit économique*, vol. xxvii, n° 4, 2013, p. 579-588.

saurait être protégé par la seule action des acteurs privés puisque le coût social doit être distingué des coûts privés, alors les sanctions prononcées en présence de cette autorité devraient poursuivre ce seul objectif. Elle ne devrait pas viser à se substituer à l'action des acteurs privés puisque ces derniers sont réputés pouvoir agir de manière concomitante. Ainsi, si son intervention apparaît utile, et même nécessaire pour préserver l'ordre public économique, l'intensité et les effets des sanctions pouvant être demandées impliquent que son action soit strictement encadrée et limitée.

344. *Le maintien de l'amende comme sanction la plus adaptée.* Tout d'abord, l'amende civile est la sanction privilégiée en matière d'atteinte à l'ordre public économique. Il ne s'agit pas d'une sanction visant à réparer un dommage privé, elle n'est donc pas versée à la victime, mais au Trésor public ou plus largement à l'État. Elle poursuit plutôt une fonction punitive pour le passé, réprimant des pratiques consommées, et dissuasive pour l'avenir d'autant plus si elle fait l'objet d'une publicité contribuant ainsi au *name and shame* des entreprises. En prenant en compte divers critères (la durée, l'ampleur, la gravité de la pratique, la situation des entreprises etc.) et notamment le dommage causé à l'économie, l'amende semble être la sanction la plus adéquate pour sanctionner et réparer une atteinte à l'ordre public économique. En effet, conformément aux recommandations de l'analyse économique, elle entend intégrer le coût social des infractions dans le montant de la sanction et non pas se limiter au gain illicite perçu par l'auteur de la pratique, ce que ne fait aucune autre sanction prévue en la matière. Bien que le coût social des infractions, apprécié notamment à travers le dommage causé à l'économie, puisse être difficile à quantifier en pratique, il doit néanmoins être pris en compte car le déséquilibre significatif peut, au-delà des coûts privés des partenaires commerciaux (leur préjudice personnel), causer un dommage plus large à l'économie qu'il convient de réparer. Ainsi, cette sanction offerte uniquement à l'autorité publique démontre bien que sa mission de protection de l'ordre public économique doit être distinguée de l'action des acteurs privés qui agissent pour leurs seuls intérêts. Pour autant, le dommage causé à l'économie est insuffisamment pris en compte par les juges alors que l'amende devrait être la sanction idéale pour intégrer le coût social des infractions, tiré d'une atteinte à l'ordre public économique. Nous avons vu également que la mise en œuvre des sanctions par l'État constitue un coût pour la société qui ne doit pas outrepasser le coût des infractions. Or, l'amende est qualifiée de peine la plus efficace car elle permet, certes, d'absorber le coût social de l'infraction, mais elle rapporte aussi de l'argent à l'État sans que son prononcé et sa mise en œuvre soient réellement coûteux pour ce dernier¹⁷¹². Devrait-on alors se limiter au prononcé d'une amende en cas d'atteinte à l'ordre public économique ?

345. *Le maintien des autres sanctions sous réserve de leur encadrement.* Les autres sanctions offertes à l'autorité publique, à savoir la nullité des clauses ou contrats illicites, la cessation des pratiques et la restitution des avantages indûment obtenus affectent directement la relation commerciale. Certes, l'autorité publique est alors obligée d'informer les victimes de ses demandes, il n'est nullement prévu qu'elle doit obtenir leur consentement ou leur présence.

¹⁷¹² F. VESSIO, « L'influence de l'analyse économique du droit sur la lutte contre la corruption internationale : incitation de *l'homo economicus* à la négociation et "efficacité" de la politique pénale », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 2, n° 2, 2021, p. 263-274.

Dès lors, quand bien même des parties s'opposeraient à l'introduction d'une telle action, et refuseraient de défendre leurs intérêts privés devant le juge, l'autorité publique pourrait néanmoins décider d'agir. Conformément à l'analyse économique précitée, on peut s'interroger sur la nécessité et la proportionnalité de telles sanctions au regard de l'objectif poursuivi en appliquant une analyse coûts-avantages. L'objectif d'une action publique, dans la sphère contractuelle, est de protéger l'ordre public économique, il convient donc de s'assurer que les sanctions demandées et obtenues sont bien nécessaires pour remplir cet objectif. Or, si une amende a une portée répressive et dissuasive, elle ne permet pas de mettre directement fin à la pratique illicite. La cessation des pratiques ou encore la nullité des clauses ou contrats illicites entendent supprimer sur le champ et pour l'avenir ces pratiques jugées attentatoires à l'ordre public économique. Ainsi, pour réellement protéger l'ordre public économique, il convient de s'assurer que ses effets dommageables s'arrêtent. Or, certains acteurs économiques subissent un facteur crainte, ils peuvent être réticents à agir en justice. Ces sanctions impactant la relation contractuelle et mettant directement fin à la pratique pourraient ne pas être demandées. Il est donc nécessaire que l'autorité publique puisse demander des sanctions permettant non seulement de punir et dissuader l'auteur de la pratique mais également d'y mettre fin, afin de remplir au mieux sa mission de protection de l'ordre public économique.

Ainsi, la nullité avec son effet rétroactif et la restitution des avantages indûment perçus vont, en raison de leurs effets, bien au-delà d'une simple cessation des pratiques. Elles visent également à réparer un préjudice privé puisque ces avantages seront rendus à leur bénéficiaire. L'action de l'autorité publique n'est pourtant pas une action en substitution des victimes. Dès lors, restituer l'indu à des victimes doit participer à la protection de l'ordre public économique à défaut cette sanction n'est pas justifiée et apparaît disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi. En effet, en restituant l'indu, le juge autorise la réparation du préjudice privé des victimes, ce qui pourrait avoir pour effet de relancer l'économie de manière effective comme elle aurait dû l'être en l'absence de la pratique litigieuse. En effet, le Conseil constitutionnel déclare que ces mesures ne sont pas disproportionnées puisqu'elles permettent de rétablir l'équilibre commercial rompu par des pratiques illicites et elles ont un effet dissuasif¹⁷¹³. Satisfaire des intérêts privés permet également de satisfaire l'intérêt général, il ne s'agit pas de s'y substituer mais d'un moyen poursuivant une fin plus large. Néanmoins, s'il n'est pas démontré concrètement que ces sanctions favorisent plus largement l'économie, mais uniquement des intérêts privés, elles ne peuvent être maintenues car elles ne trouvent alors aucune justification au nom de la protection de l'ordre public économique. Elles apparaîtraient également disproportionnées en raison de leurs effets, particulièrement intrusifs dans la relation contractuelle, alors que les parties victimes auraient pu volontairement renoncer à les demander. L'amende calculée en tenant compte du dommage à l'économie, pour compenser le coût social de l'infraction, et la cessation des pratiques, pour stopper l'atteinte, seraient alors suffisantes. D'autant plus si les acteurs économiques décident d'agir en justice pour défendre leurs intérêts privés et peuvent alors obtenir les sanctions précitées.

¹⁷¹³ Cons. constit., commentaire de la décision n°2011-126 QPC, 13 mai 2011, Société Système U Centrale nationale et autre.

Ainsi, la demande et le prononcé de sanctions non nécessaires, non justifiées et disproportionnées peuvent être plus coûteux pour la société qu'avantageux en raison de leurs effets. Par exemple, le juge a ordonné à un professionnel fautif de restituer l'indu illicite à la victime, il pourrait décider de transférer le coût supporté par cette perte en augmentant ses prix à l'égard d'autres partenaires ou pour les consommateurs ou encore, en réduisant ou modifiant son activité, ce qui serait finalement coûteux pour l'économie. Or, l'autorité publique n'est pas une autorité habilitée à agir en représentation des intérêts privés des parties victimes mais uniquement aux fins de protéger l'ordre public économique. Il appartiendra donc au juge de vérifier concrètement, comme son rôle le prévoit déjà, l'utilité et la proportionnalité des sanctions demandées par l'autorité publique au nom de la protection de l'ordre public économique.

346. *Conclusion.* Une fois l'action de l'autorité publique admise, nous nous sommes interrogés sur les sanctions pouvant être prononcées. D'importantes critiques ont été soulevées quant au champ élargi et à l'intensité des sanctions offertes à l'autorité publique puisque certaines impactent directement le champ contractuel dont elle ne fait pas partie. Aux fins de protection de l'ordre public économique, nous avons donc recherché quelles sanctions devraient être maintenues pour s'assurer qu'elles soient bien nécessaires et proportionnées à cet objectif. *In fine*, ces sanctions ne doivent pas être plus coûteuses pour l'économie que les avantages attendus. Ainsi, nous préconisons de maintenir l'amende civile en tenant compte du dommage à l'économie, et donc inclure le coût social de l'infraction au-delà du gain illicite de l'auteur de la pratique. Nous entendons également maintenir la cessation des pratiques pour s'assurer que l'atteinte à l'ordre public économique soit bien stoppée à l'avenir. Enfin, nous admettons la nullité des clauses ou contrats illicites et la restitution des avantages indus, sanctions particulièrement intrusives puisque impactant directement le champ privé des cocontractants, uniquement lorsqu'elles apparaissent justifiées et proportionnées pour rétablir le bon fonctionnement de l'économie et dès lors qu'elles ne font pas l'objet d'une action privée.

Chapitre second - La mise en œuvre pratique d'une sanction efficace en matière de déséquilibre significatif

347. *Le choix des sanctions les plus efficaces en présence d'une pratique de déséquilibre significatif.* Nous avons vu précédemment qu'il convenait d'encadrer l'intervention étatique dans la sphère contractuelle pour s'assurer qu'elle soit justifiée et efficace, ce qui nous a conduits à formuler des propositions d'amélioration en cas de saisine du juge et en cas d'action de l'autorité publique. À présent, nous allons nous intéresser plus précisément aux caractéristiques d'une sanction efficace (section I). Nous verrons qu'elle doit être dissuasive mais également nécessaire et proportionnée. Nous appliquerons ensuite ces caractéristiques en pratique (section II). Nous verrons que les sanctions offertes au juge, en matière de déséquilibre significatif, poursuivent plusieurs objectifs juridiques qu'il conviendra d'analyser sous l'angle de l'efficacité économique.

Section I - Le prononcé d'une sanction judiciaire dans la sphère contractuelle doit être efficace

348. *Les critères permettant de mettre en œuvre une sanction efficace.* Au fil des années, les sanctions du déséquilibre significatif ont fait l'objet de précisions, tant de la part de la jurisprudence que du législateur. Si elles ont permis de répondre à certaines critiques, nous verrons que des problématiques subsistent et devraient être résolues. Pour y parvenir, nous nous sommes intéressés à l'analyse économique qui a fourni divers critères permettant de déterminer une sanction optimale, entendue comme efficace. Elle propose plusieurs conditions permettant d'établir l'efficacité d'une sanction. Nous nous intéressons plus précisément à une démarche dite beckerienne, c'est-à-dire conséquentialiste, donc plus proche de l'École de Chicago (qui relève de la vision libérale de l'économie) pour justifier l'intervention de l'État sur le marché et son efficacité. Le conséquentialisme retient que la moralité d'une action dépend uniquement de ses conséquences¹⁷¹⁴. En matière de peine, cette approche est basée sur une conception utilitariste c'est-à-dire fondée sur les effets et leur utilité¹⁷¹⁵. La peine aurait donc pour objectif la protection de la société et non de ses éléments individuels¹⁷¹⁶. Ainsi, l'imposition de sanctions doit être évaluée selon les effets bénéfiques produits sur la communauté tout entière. Par exemple, à travers la capacité préventive et dissuasive d'une sanction à l'encontre des crimes futurs¹⁷¹⁷. Ces conditions sont également prises en compte en matière juridique mais leur efficacité mériterait d'être améliorée. Nous nous intéresserons, tout d'abord, à l'optimalité d'une sanction à travers sa dimension dissuasive (I) puis à travers ses coûts de mise en œuvre et ses effets, soit à travers sa dimension nécessaire et proportionnée (II).

I. Une sanction efficace est une sanction dissuasive

349. *Une sanction efficace doit avoir une portée dissuasive.* Nous verrons que l'Économie propose une analyse fondée sur la notion de sanction optimale. Elle tient particulièrement compte de la portée dissuasive d'une sanction (A). L'analyse juridique prévoit également des sanctions qui se veulent dissuasives mais leur efficacité pourrait être améliorée (B). Ainsi, il convient de maintenir la portée dissuasive d'une sanction. Néanmoins, nous proposerons d'étudier cette dimension sous l'angle de l'analyse économique pour proposer d'éventuelles pistes d'amélioration (C).

A. L'analyse économique recommande de mettre en place une sanction dissuasive

¹⁷¹⁴ E. PETIT, « Émotions, préférences morales et rationalité économique », *Noesis*, n°20, 2012, p. 2.

¹⁷¹⁵ A. STROWEL, « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit. Autour de Bentham et de Posner », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 18, n° 1, 1987, p. 1-45.

¹⁷¹⁶ D. LAPENNA, « Chapitre I. L'approche "conséquentialiste" : la peine de mort comme prévention », *Le pouvoir de vie et de mort. Souveraineté et peine capitale*, sous la direction de Lapenna Daniela, Presses Universitaires de France, 2011, p. 167-202.

¹⁷¹⁷ D. LAPENNA, « Chapitre I. L'approche "conséquentialiste"... », *ibid.*, p. 167-202.

350. *La mise en œuvre d'une sanction dissuasive d'après l'analyse économique.* En Économie, il convient d'étudier le calcul d'intérêt effectué par l'auteur potentiel d'une pratique. La connaissance de ce calcul permettrait de déterminer quelles sont les caractéristiques à mettre en place pour qu'une sanction soit dissuasive (a). Dans cette perspective, nous verrons que la dissuasion peut prendre plusieurs formes, elle peut être pénale et non uniquement pécuniaire (b).

a) *Le choix de réaliser une infraction dépend d'un calcul d'intérêt*

351. *Le choix de réaliser une infraction dépend d'un calcul d'intérêt.* L'analyse économique considère qu'une sanction optimale est une sanction dissuasive¹⁷¹⁸. Elle vise à convaincre les auteurs potentiels d'infraction que leur réalisation aura plus de conséquences négatives que positives¹⁷¹⁹. Ainsi, il est préférable d'y renoncer. Elle permet de dissuader les acteurs économiques d'adopter des comportements inefficients pour la société, dont le coût social l'emporte sur les gains privatifs (Becker, 1968, Posner, 1998)¹⁷²⁰. La dissuasion doit être générale et non uniquement spécifique car elle ne saurait dissuader seulement l'auteur potentiel d'une infraction¹⁷²¹. En effet, l'augmentation ou le renforcement des sanctions devrait augmenter les coûts sans augmenter les bénéfices des auteurs potentiels, ce qui permettra de diminuer les risques d'infraction (*dissuasion générale*). En outre, cette augmentation ou ce renforcement des sanctions, par leur intensité, permettront de dissuader l'auteur d'une infraction de recommencer (*dissuasion spécifique*)¹⁷²². En effet, l'économiste G. BECKER (1968) retenait que le choix d'effectuer une infraction résulte d'un calcul d'intérêt¹⁷²³. Rappelons que les acteurs sont réputés être rationnels et égoïstes. Selon la théorie conséquentialiste, la rationalité implique qu'un individu évalue et choisit les actions qui satisfont au mieux ses préférences¹⁷²⁴. Les individus sont dits égoïstes car ils sont réputés ne pas se préoccuper des gains ou des comportements d'autrui tant que cela n'a aucun impact sur leur niveau de bien-être. Plusieurs économistes se sont ensuite opposés à cette vision réductrice de *l'Homo œconomicus* pour atténuer cette appréciation classique¹⁷²⁵. Néanmoins, les acteurs économiques sont réputés, en principe, comparer la valeur économique attendue de l'infraction

¹⁷¹⁸ E. COMBE, « Quelles sanctions contre les cartels ? Une perspective économique », *Revue internationale de droit économique*, vol. t. xx, 1, n° 1, 2006, p. 11-46, §3 : « Cette dernière devrait être déterminée en partant du principe selon lequel les sanctions doivent exercer une fonction dissuasive plutôt que rétributive : la sanction optimale doit créer ex ante une menace. ».

¹⁷¹⁹ B. DEFFAINS, « La sanction des pratiques anticoncurrentielles », CRED, Université Paris 2 et Institut Universitaire de France, *Séminaire Nasse*, 3 mai 2016, dispo. sur le site : <https://www.tresor.economie.gouv.fr>.

¹⁷²⁰ E. COMBE, « Quelles sanctions contre les cartels ?... », *ibid.*, p. 11-46.

¹⁷²¹ B. DEFFAINS, « La sanction des pratiques anticoncurrentielles... », *ibid.*, dispo. sur le site : <https://www.tresor.economie.gouv.fr>.

¹⁷²² R. GALBIATI, A. PHILIPPE. « 3. Enfermez-les tous ! Dissuasion et effets pervers des politiques répressives », *Regards croisés sur l'économie*, vol. 14, n° 1, 2014, p. 44-57.

¹⁷²³ En ce s., v. L. BENZONI, « To appeal or not to appeal ? Une perspective d'analyse économique du droit », *Concurrences* N° 4-2023.

¹⁷²⁴ E. PETIT, « L'économie du comportement et la théorie du *care*. Les enjeux d'une filiation », *Revue du MAUSS*, vol. 41, n° 1, 2013, p. 347-369.

¹⁷²⁵ La rationalité des acteurs économiques a fait l'objet de plusieurs critiques, notamment car d'autres paramètres non économiques, tels que sociaux, ne sont pas pris en compte. V. en ce s. E. PETIT, « L'économie du comportement... », *ibid.*, p. 347-369.

envisagée (les gains, bénéfiques retirés) avec le coût espéré¹⁷²⁶. Le coût espéré dépend des facteurs suivants : la probabilité de détection et condamnation et le montant de la sanction. Par exemple, si le montant de la sanction est élevé mais la probabilité de détection faible, l'auteur potentiel d'une infraction sera moins dissuadé de la commettre. Il en est de même si la probabilité de détection est élevée mais le montant de la sanction est faible. Par ailleurs, plus la probabilité de détection sera faible, plus il apparaît nécessaire d'accroître le montant de la sanction dans une démarche dissuasive¹⁷²⁷. En effet, conformément au principe du multiplicateur : plus la probabilité de détection est faible, plus le montant de la sanction monétaire doit être élevé pour garantir un niveau optimal de dissuasion¹⁷²⁸. Il en est de même avec la probabilité de condamnation. C'est pourquoi il est primordial de tenir compte simultanément de ces facteurs afin de mettre en place une sanction dissuasive. Par ailleurs, il convient de tenir compte de la comparaison entre profit espéré et sanction attendue par l'auteur potentiel de l'infraction. L'acteur économique, neutre au risque, ne commettra l'infraction que si la sanction optimale attendue est inférieure au profit espéré. Or, plus le profit espéré du crime augmente, plus les comportements illégaux tendent à augmenter. Par conséquent, pour dissuader un auteur de réaliser une infraction, les bénéfices retirés doivent être inférieurs aux coûts de sanction attendue¹⁷²⁹. Ainsi, tout ce qui participe à accroître le coût de l'infraction est dissuasif pour son auteur potentiel¹⁷³⁰. *In fine*, le calcul d'intérêt d'un acteur résulte de la combinaison entre les probabilités de détection et condamnation, le niveau de la sanction attendue et le profit espéré par l'activité criminelle¹⁷³¹. Pour effectuer un tel calcul, encore faut-il qu'ils aient accès à de telles informations¹⁷³².

352. *Le calcul de la sanction optimale, entre gain illicite et perte infligée à la société.* Si la détermination de la sanction optimale, entendue comme dissuasive, dépend de ces trois éléments : probabilité de détection et condamnation, montant de la sanction attendue et profit espéré, il s'agit de rechercher la meilleure formule. Ainsi, suivant l'analyse de l'économiste G. BECKER, le Professeur B. DEFFAINS retient que lorsque la détection n'est pas parfaite, la sanction optimale (S*), pour un agent rationnel et neutre au risque, sera égale au gain illicite (G) divisé par la probabilité que l'auteur de l'infraction soit arrêté et condamné (p) soit : $S^* = G / p$ ¹⁷³³. Néanmoins, un autre facteur pourrait être utilisé en remplacement du gain illicite, il

¹⁷²⁶ E. COMBE, C. MONNIER, « Le calcul de l'amende en matière de cartel : Une approche économique », *Concurrences*, n°3, 2007, Doctrines, p. 39 ; B. DEFFAINS, « La sanction des pratiques anticoncurrentielles... », *ibid.*, dispo. sur le site : <https://www.tresor.economie.gouv.fr>. V. égal., T. PENARD, S. SOUAM. « Que peut bien apporter l'analyse économique à l'application du droit de la concurrence ? », *Revue d'économie politique*, vol. 112, n° 6, 2002, p. 863-887.

¹⁷²⁷ E. COMBE, « Quelles sanctions contre les cartels ?... », *ibid.*, p. 11-46.

¹⁷²⁸ B. DEFFAINS, « La sanction des pratiques anticoncurrentielles... », *ibid.*, dispo. sur le site : <https://www.tresor.economie.gouv.fr>.

¹⁷²⁹ B. DEFFAINS, « La sanction des pratiques anticoncurrentielles... », *ibid.*, dispo. sur le site : <https://www.tresor.economie.gouv.fr>. V. égal. E. COMBE, « Quelles sanctions contre les cartels ?... », *ibid.*, p. 11-46.

¹⁷³⁰ Y. GABUTHY, N. JACQUEMET. « Analyse économique du droit et méthode expérimentale », *Économie & prévision*, vol. 202-203, n° 1-2, 2013, p. 121-145.

¹⁷³¹ Y. GABUTHY, N. JACQUEMET. « Analyse économique du droit... », *ibid.*, p. 121-145.

¹⁷³² Par exemple, certains coûts peuvent être difficilement évaluables par anticipation comme le préjudice moral ou encore l'intégralité d'une indemnisation économique.

¹⁷³³ B. DEFFAINS, « La sanction des pratiques anticoncurrentielles... », *ibid.*, dispo. sur le site : <https://www.tresor.economie.gouv.fr>.

s'agit de la perte infligée à la société. En effet, la théorie du crime privilégie la prise en compte du dommage à l'économie comme assiette et non le gain illicite. Par exemple, le Professeur E. COMBE déclare que si les agents qui commettent des infractions ne sont pas toujours appréhendés (la détection et la condamnation sont imparfaites), la sanction optimale [S*], pour un agent neutre au risque, doit être égale à la perte infligée à la société (D) divisée par la probabilité que l'auteur de l'infraction soit arrêté et condamné (p) soit : $S^* = D / p$ ¹⁷³⁴. Le Professeur ajoute que lorsque la détection et la condamnation sont parfaites (notamment en l'absence d'erreurs judiciaires et de coûts de transactions), ce qui semble vraisemblablement impossible en pratique, la sanction optimale doit être égale à la perte infligée aux autres agents (et non au profit retiré par l'auteur de l'action illicite)¹⁷³⁵. Or, en prenant pour assiette les pertes infligées à la société, il est garanti que les infractions sanctionnées sont celles efficientes économiquement lorsque le bénéfice retiré par l'auteur de l'infraction serait supérieur au coût subi par les autres agents¹⁷³⁶. D'après le Professeur E. COMBE, on peut considérer que le dommage causé au marché est égal à la perte totale de surplus des victimes directes (mesurée par la somme du surprofit, aussi appelée le transfert de revenu ou le gain illicite) et de la perte de bien-être pour la société prise dans son ensemble¹⁷³⁷. Cette méthode serait en adéquation avec l'idée de sanction optimale et devrait conduire à la disparition de certaines infractions en particulier les cartels (Posner, 1998). En effet, il retient que la perte totale de surplus est toujours plus élevée que le gain du crime, aucune firme n'a alors intérêt à s'engager dans une activité dont le profit espéré est toujours inférieur à la sanction optimale¹⁷³⁸. Notons, toutefois, que la détermination du gain illicite serait plus facilement mesurable que le dommage causé à l'économie. Il s'agit uniquement de « restituer » le gain illicitement acquis aux victimes directes. Par conséquent, prendre le gain illicite comme assiette permet de sanctionner efficacement des pratiques n'ayant pas produit de dommage ou bien un dommage de faible intensité pour l'ensemble de la société. D'après les Professeurs E. COMBE et C. MONNIER, il serait même préférable de prendre pour assiette le gain illicite puisque c'est cette donnée qui est prise en compte par l'acteur économique pour commettre une infraction et non le dommage qu'il va causer à l'économie¹⁷³⁹. Toutefois, si le dommage causé à l'économie n'est pas négligeable, le montant de la sanction serait insuffisant puisqu'elle se limiterait au gain illicite. Enfin, il a pu être retenu qu'en l'absence de perte de bien-être social, il n'y aurait pas lieu de sanctionner l'infraction. Ainsi toute violation de la loi ne serait pas sanctionnée puisqu'il s'agirait d'un simple transfert de richesse d'un individu à un autre¹⁷⁴⁰. Il convient de noter que cette réflexion ne porte que sur l'existence d'une infraction ayant eu un effet, soit à travers un gain illicite, soit à travers un dommage pour la société prise dans son ensemble.

¹⁷³⁴ E. COMBE, « Quelles sanctions contre les cartels ?... », *ibid.*, p.11-46, §5.

¹⁷³⁵ E. COMBE, « Quelles sanctions contre les cartels ?... », *ibid.*, p.11-46, §5.

¹⁷³⁶ E. COMBE, C. MONNIER, « Le calcul de l'amende en matière de cartel : Une approche économique », *Concurrences*, n°3, 2007, Doctrines, p. 39, nbdp 5.

¹⁷³⁷ E. COMBE, « Quelles sanctions contre les cartels ? Une perspective économique », *Revue internationale de droit économique*, vol. xx,1, n° 1, 2006, p. 11-46, §10.

¹⁷³⁸ E. COMBE, « Quelles sanctions contre les cartels ?... », *ibid.*, p. 11-46, §10.

¹⁷³⁹ E. COMBE, C. MONNIER, « Le calcul de l'amende... », *ibid.*, p. 39, nbdn 5.

¹⁷⁴⁰ E. COMBE, « Quelles sanctions contre les cartels ?... », *ibid.*, p. 11-46, ndbp 15.

353. *L'adaptation de la sanction à d'autres facteurs.* Notons également que l'aversion au risque des acteurs économiques concernés participe à la détermination de ce calcul d'intérêt. Si l'acteur économique est neutre au risque, il ne comparera que l'espérance du gain retiré de l'infraction avec la sanction attendue et ne réalisera l'infraction que si ce gain est supérieur au coût attendu¹⁷⁴¹ mais il faudra adapter le calcul s'il est averse au risque (peur du risque) ou risquophile (aime le risque). Le Professeur E. COMBE retient notamment que lorsque les agents sont averse au risque « *le niveau de sanction optimale peut être diminué puisqu'ils ne s'engageront pas nécessairement dans une action illicite, même si le profit espéré se révèle supérieur à la sanction optimale* »¹⁷⁴². Or, lorsque les agents ont un goût réel pour le risque, alors les sanctions prononcées devraient être plus adaptées à leur fonctionnement pour être dissuasives¹⁷⁴³. Le Professeur E. COMBE ajoute que d'autres paramètres peuvent être pris en compte dans la détermination de la sanction optimale¹⁷⁴⁴. Il s'agit des coûts supportés par l'auteur lors de la détection et la condamnation de l'infraction (perte de réputation, coûts de défense etc.). Il en déduit que plus ces coûts sont élevés, plus la sanction optimale peut être ajustée à la baisse. Il ajoute un autre paramètre, la probabilité d'erreur judiciaire lorsqu'elle conduit à sanctionner des innocents. Il en déduit qu'une forte probabilité d'erreur conduit à minorer le niveau de sanction optimale. La probabilité d'erreur pouvant, par exemple, varier en fonction du niveau de preuve requis. *In fine*, la sanction optimale peut dépendre d'une combinaison entre plusieurs paramètres : le gain espéré de l'infraction, la perte infligée à la société, le gain illicite résultant d'un transfert de la victime à l'auteur, le comportement face au risque, la probabilité de détection et condamnation, le montant de la sanction, les coûts secondaires supportés par le fautif (réputation, frais de défense etc.) et la probabilité d'erreur judiciaire.

b) *La dissuasion peut prendre plusieurs formes*

354. *La dissuasion peut prendre plusieurs formes pouvant aller d'une sanction pécuniaire pour l'entreprise à une peine pénale visant les personnes physiques.* En matière de cartels, l'analyse économique entend privilégier des montants très élevés d'amende pour rendre la sanction dissuasive, mais ces montants sont difficilement applicables en pratique. Dès lors, d'autres modes de dissuasion devraient être proposés comme des actions civiles ou bien des actions pénales¹⁷⁴⁵. Ainsi, dans cette démarche dissuasive, des sanctions pénales pourraient être prononcées au-delà des sanctions monétaires. Il a pu être retenu que : « *Pour l'ensemble des*

¹⁷⁴¹ E. COMBE, « Quelles sanctions contre les cartels ?... », *ibid.*, p. 11-46, §30.

¹⁷⁴² E. COMBE, « Quelles sanctions contre les cartels ?... », *ibid.*, p. 11-46, §6.

¹⁷⁴³ E. COMBE, C. MONNIER, « Quelle est l'ampleur de la sous-dissuasion des cartels en Europe ? Compléments sur nos résultats », *Concurrences*, n°1-2013 I, Tendances Sanctions antitrust : Quel est le juste montant ?, §24. A not. à ce s., B. BOULU-RESHEF, C. MONNIER-SCHLUMBERGER, « Lutte contre les cartels : comment dissuader les têtes brûlées ? », Presses de Sciences Po, *Revue économique*, 2019/6, vol. 70, p. 1187 : « Cet article développe une approche expérimentale permettant l'identification des individus les plus susceptibles de former un cartel : les "têtes brûlées". Les expériences testent l'efficacité dissuasive des dispositifs de lutte contre les cartels [...] La conformité et l'exclusion s'avèrent particulièrement dissuasives, la clémence ne l'est pas. L'effet dissuasif des amendes élevées est limité pour les "têtes brûlées", qui sont davantage influencées par l'ampleur du risque de détection. ».

¹⁷⁴⁴ E. COMBE, « Quelles sanctions contre les cartels ?... », *ibid.*, p. 11-46.

¹⁷⁴⁵ E. COMBE, « Quelles sanctions contre les cartels ?... », *ibid.*, p. 11-46.

experts de [l'OCDE] dans le domaine de la concurrence, les amendes visant les personnes morales n'étaient pas suffisamment élevées pour être parfaitement dissuasives, et la menace de sanctions personnelles pouvait compléter de manière importante les sanctions financières visant les entreprises. »¹⁷⁴⁶. D'une part, les sanctions financières prononcées en droit positif seraient insuffisantes pour dissuader les agents économiques de réaliser une infraction. D'autre part, une solution pourrait résider dans le prononcé subsidiaire de sanctions pénales, dont l'emprisonnement pour les personnes physiques. En effet, il semblerait que l'amende ne soit pas nécessairement la sanction la plus dissuasive¹⁷⁴⁷. Son montant ne représente, en pratique, qu'une partie plus ou moins mineure du chiffre d'affaires des entreprises sanctionnées. Une sanction non-financière pourrait s'avérer plus dissuasive notamment lorsqu'il ne s'agit pas d'une entreprise ayant un chiffre d'affaires élevé. En effet, une société en procédure collective pourrait commettre une infraction car elle sait qu'elle ne pourra pas s'acquitter de la somme à laquelle elle sera condamnée. Or, le système américain a été qualifié de dissuasif car il intègre, en droit de la concurrence, une sanction pénale conduisant à l'emprisonnement des personnes physiques appartenant aux entreprises fautives¹⁷⁴⁸. Une telle pratique n'est pas surprenante puisque les personnes physiques présentes au sein des entreprises peuvent, également, avoir intérêt à commettre l'infraction. Comme le retient le Professeur E. COMBE : « *Un manager peut avoir une incitation personnelle à s'engager dans un cartel, pour accroître ses performances, accélérer sa carrière ou percevoir un bonus plus élevé. [...] il fait aussi un choix individuel et rationnel, celui d'accroître les profits de manière illicite, en comparant le gain personnel qu'il retirera de l'infraction avec son coût espéré, s'il se fait prendre. En l'absence de toute sanction individuelle – si ce n'est le risque éventuel d'être licencié par son employeur – le coût de l'infraction est pour lui proche de zéro.* »¹⁷⁴⁹. Néanmoins, si l'emprisonnement pourrait être une sanction dissuasive, il nuance cette affirmation en estimant que « *les pratiques*

¹⁷⁴⁶ OCDE, « Chapitre 5. Renforcer la politique de la concurrence », *Études économiques de l'OCDE*, vol. 11, n° 11, 2007, p. 131-139, §7.

¹⁷⁴⁷ V. T. PENARD, S. SOUAM, « Que peut bien apporter l'analyse économique à l'application du droit de la concurrence ? », *Revue d'économie politique*, vol. 112, n°6, 2002, p. 863-887, §36 et s. : « Si du point de vue théorique il est optimal de fixer les amendes à leur niveau maximum, dans la pratique les autorités le font très rarement. » ; « La faiblesse des amendes encourues apparaît donc comme une incitation à violer le droit de la concurrence. Face à ce constat, on peut opposer que la principale sanction pour les entreprises accusées de cartel n'est pas l'amende à payer, mais l'atteinte à leur image et à leur réputation. De plus dans des pays comme les États-Unis, la possibilité d'emprisonner les dirigeants d'entreprises impliqués dans un cartel a permis d'accroître le dispositif répressif. ».

¹⁷⁴⁸ Club des juristes, *Rapport pour une réforme du droit de la concurrence*, janvier 2018, Annexe 3 – Contributions 3.3. Cheik Galokho - De la nécessité d'une politique de clémence en faveur des personnes physiques, p.182 : « Un dirigeant de la Division antitrust du DOJ remarquait ainsi que son équipe avait eu l'occasion de découvrir des cartels illégaux et profitables en Europe, en Asie et dans d'autres parties du monde, mais dont les membres prenaient toutes les précautions pour ne pas étendre leur activité répréhensible aux États-Unis uniquement en raison du risque de sanctions pénales. Le plus surprenant, et sans doute la preuve éclatante de l'effet fortement dissuasive des sanctions pénales, est qu'il s'agissait là de cartels qui avaient l'opportunité de viser les États-Unis, parce que leurs membres y vendaient leurs produits et services. ». Par opp., comme le retient E. COMBE, « “Lutte contre les cartels : case prison ?” », *L'Opinion*, 30 juillet 2018, dispo. sur le site : <https://www.emmanuelcombe.fr> : « Au cours des dix dernières années, pas moins de 266 managers ayant participé à des cartels ont été envoyés derrière les barreaux outre-Atlantique, avec des peines de l'ordre de deux ans. Au pays du libéralisme revendiqué, il ne fait pas bon de compléter contre le marché et d'enfreindre les règles de la concurrence ! A l'inverse, en Europe, l'essentiel de l'action répressive est dirigé à l'encontre des personnes morales tandis que les personnes physiques sont plutôt épargnées. ».

¹⁷⁴⁹ E. COMBE, « “Lutte contre les cartels : case prison ?” », *ibid.*

de cartel ne sont pas suffisamment stigmatisées au sein de la population pour qu'une solution si radicale puisse prospérer. ». Il ajoute que les pratiques anticoncurrentielles font déjà l'objet d'une sanction pénale en droit français, certes très peu appliquée en pratique¹⁷⁵⁰. Si la peine d'emprisonnement apparaît disproportionnée, le Professeur rappelle qu'une autre solution, déjà appliquée en matière financière, reste envisageable pour les cartels : la disqualification. Dans une perspective dissuasive, les personnes physiques ayant participé à l'infraction pourraient être sanctionnées par des interdictions d'exercer temporaires ou définitives¹⁷⁵¹. Il s'agirait d'une juste sanction au regard des enjeux économiques que provoquent les cartels. Le fait de privilégier le volet pénal peut s'appliquer à des comportements particulièrement graves aux yeux de la société ou encore car le préjudice est difficile à établir et/ou à quantifier et le volet civil échoue à l'appréhender au titre d'une réparation.

355. *L'analyse économique estime que la portée réparatrice des sanctions a une valeur dissuasive.* Les économistes mettent également en évidence l'importance de s'assurer qu'une sanction remplit bien une portée réparatrice en cas de faute et de dommage. Certes, l'analyse économique du droit considère que l'objectif principal de la responsabilité civile est de prévenir le dommage. Comme le retient le Professeur B. DEFFAINS, l'indemnisation des victimes reste, néanmoins, essentielle puisqu'il s'agit d'un moyen permettant à la responsabilité civile d'atteindre son objectif en termes de prévention¹⁷⁵². En ce sens, l'analyse économique se distingue de l'analyse juridique traditionnelle, en matière de responsabilité civile, puisqu'elle ne recherche pas une morale sociale mais elle se concentre sur les aspects de coûts et de bien-être collectif. Ainsi, la responsabilité civile conduit à promouvoir l'efficacité économique, soit la minimisation du coût social des accidents. L'analyse économique rappelle que la loi a une fonction *ex ante* puisqu'elle permet de prévenir et ainsi, réduire les dommages. Elle vise à inciter les acteurs (notamment l'auteur du dommage et la victime) à prendre les précautions nécessaires pour réduire le risque d'accident. Or, les approches *ex ante* et *ex post* ne s'opposent pas mais se complètent¹⁷⁵³. La réparation prononcée *ex post* est utile puisqu'elle produit des effets incitatifs sur les auteurs potentiels du dommage. En effet, le prononcé de dommages-intérêts conduira l'auteur du dommage à privilégier des moyens d'évitement, notamment à travers une modification de son comportement, pour réduire le coût supporté en cas d'infraction. Ainsi, en utilisant l'indemnisation des victimes comme moyen et non comme finalité principale, l'analyse économique tend à inciter l'auteur potentiel du dommage à prendre

¹⁷⁵⁰ V. Code com., art. L.420-6: « Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75000 euros le fait, pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-2-2. Le tribunal peut ordonner que sa décision soit publiée intégralement ou par extraits dans les journaux qu'il désigne, aux frais du condamné. Les actes interruptifs de la prescription devant l'Autorité de la concurrence en application du troisième alinéa de l'article L. 462-7 sont également interruptifs de la prescription de l'action publique. » ; R. SAINT-ESTEBEN, « Une repénalisation du droit de la concurrence en France ? À propos de l'utilisation de l'article 40 du code de procédure pénale par les services d'instruction de l'Autorité », *Concurrences*, n°2-2019, mai 2019, §2, §51 et s.

¹⁷⁵¹ En ce s. égal., A. REINDL, « 2. Note de référence », *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, vol. 9, n°3, 2007, p.17-37, §20.

¹⁷⁵² B. DEFFAINS, « Analyse économique de la responsabilité civile », *Archives de philosophie du droit*, vol. 63, n°1, 2021, p. 117-140, §12.

¹⁷⁵³ B. DEFFAINS, « Analyse économique de la responsabilité... », *ibid.*, p. 117-140, §12.

les précautions nécessaires pour éviter l'infraction car il apparaît préférable pour ce dernier de ne pas avoir de victimes plutôt que d'avoir des victimes à indemniser¹⁷⁵⁴.

Néanmoins, sachant qu'elle peut obtenir des dommages-intérêts, la victime peut ne pas prendre les mesures nécessaires pour prévenir ou réduire le dommage, qu'elle aurait pourtant envisagées si elle ne pouvait pas réclamer la réparation¹⁷⁵⁵. Or, comme le retient le Professeur G. CALABRESI [1970], la prévention des risques est coûteuse pour la société¹⁷⁵⁶. Il estime que le Droit doit tenir compte des coûts directement liés aux accidents en termes de préjudices (coûts primaires) et tenir compte des coûts liés à la prévention des accidents (coûts secondaires) voire les moyens mis en œuvre pour agir devant le juge (coûts tertiaires). Ainsi, l'analyse économique de la responsabilité propose d'une part, de définir le niveau de précaution « optimal » permettant de minimiser le coût social des accidents et d'autre part, de demander quelle règle de responsabilité permettra d'atteindre la solution optimale¹⁷⁵⁷. Le coût social de l'accident se calcule en tenant compte : des coûts de prévention de l'auteur du dommage et ceux de la victime (les dépenses monétaires et l'ensemble des efforts en termes de vigilance et de prudence), des coûts escomptés du dommage au regard de son montant et sa probabilité de réalisation (qui elle-même dépend du comportement des parties impliquées dans l'accident)¹⁷⁵⁸. Or, une situation efficiente sera atteinte lorsque l'auteur potentiel du dommage et ses victimes parviennent à minimiser le coût social des accidents. Cette situation idéale implique que les coûts marginaux de précaution soient inférieurs ou à tout le moins égaux aux bénéfices marginaux résultant d'une réduction des risques d'accidents¹⁷⁵⁹. Puisque la prévention a un coût, la suppression de tous les risques d'accident pourrait s'avérer trop coûteuse au regard des bénéfices attendus, elle ne serait donc pas souhaitable pour la société.

Ainsi, en cas de responsabilité pour faute, l'auteur devra réparer le préjudice de la victime car son comportement n'aura pas respecté les mesures de précaution exigées par le Droit. Dès lors, il convient de déterminer le niveau optimal de précaution de telle sorte qu'il minimise le coût social des accidents. Le Professeur B. DEFFAINS rappelle que le juge peut se tromper, notamment en présence d'une asymétrie d'information, lors de l'appréciation du niveau de précaution exigé de l'auteur¹⁷⁶⁰. Il ajoute que les auteurs de dommage peuvent commettre des erreurs quant au respect du niveau de précaution, ce qui favorise là encore un régime de responsabilité pour faute. En effet, si le modèle économique fonctionnait de façon optimale, il retient que les auteurs potentiels des dommages seraient incités à prendre les mesures de précaution optimales et ne seraient donc jamais tenus responsables, ce qui n'est pas le cas en pratique. Notons, par ailleurs, que l'action engagée devant le juge est également coûteuse. Or, l'analyse économique entend prioriser l'utilisation de la responsabilité civile à une responsabilité pénale¹⁷⁶¹ puisqu'elle apparaît dissuasive et moins coûteuse. En effet, la victime

¹⁷⁵⁴ B. DEFFAINS, « Analyse économique de la responsabilité... », *ibid.*, p. 117-140, §13.

¹⁷⁵⁵ B. DEFFAINS, « Analyse économique de la responsabilité... », *ibid.*, p. 117-140, §44.

¹⁷⁵⁶ B. DEFFAINS, « Analyse économique de la responsabilité... », *ibid.*, p. 117-140, §16 et s.

¹⁷⁵⁷ B. DEFFAINS, « Analyse économique de la responsabilité... », *ibid.*, p. 117-140, §18.

¹⁷⁵⁸ B. DEFFAINS, « Analyse économique de la responsabilité... », *ibid.*, p. 117-140, §20.

¹⁷⁵⁹ B. DEFFAINS, « Analyse économique de la responsabilité... », *ibid.*, p. 117-140, §21.

¹⁷⁶⁰ B. DEFFAINS, « Analyse économique de la responsabilité... », *ibid.*, p. 117-140, §32 et s.

¹⁷⁶¹ Entendu not. sous l'angle d'un risque d'emprisonnement.

agit d'elle-même, elle assure ainsi la détection de la pratique devant le juge sans nécessiter l'intervention d'un tiers.

B. L'analyse juridique recherche également une sanction qui se veut dissuasive

356. *Le législateur a cherché à rendre dissuasif le système de sanction prévu en matière de déséquilibre significatif.* Dans le rapport remis sur le projet de loi de modernisation de l'économie, introduisant la pratique de déséquilibre significatif, il est précisé que « *l'enjeu de la modernisation de l'économie est d'obtenir le respect de la loi. Le risque de l'amende doit être supérieur à l'appât du gain.* ». Ainsi, est mise en avant « *la volonté de faire appliquer mieux, plus vite et plus fort les sanctions contre les pratiques illégales* », « *pour la meilleure effectivité de la loi* »¹⁷⁶². Cette volonté a motivé le législateur à accroître l'intensité des sanctions prononcées. Par exemple, le montant de l'amende est passé de 2 à 5 millions d'euros¹⁷⁶³ malgré certaines propositions visant une augmentation à hauteur de 10 millions d'euros¹⁷⁶⁴. L'objectif était de proposer un montant plus adapté au chiffre d'affaires des grands groupes. De même, le législateur a également renforcé le dispositif en prévoyant que l'amende pouvait être fixée 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 ont été mises en œuvre. En effet, durant les débats parlementaires, certains ont mis en avant l'importance des sommes en jeu lors des négociations de contrats entre industriels et distributeurs (parfois de l'ordre de plusieurs dizaines de millions d'euros), ce qui nécessite d'aller plus loin en adoptant un niveau de sanction plus dissuasif. Il était notamment rappelé que l'amende ne devrait pas être inférieure au profit tiré du délit¹⁷⁶⁵. Certains ont jugé cette modification disproportionnée¹⁷⁶⁶ car elle risquerait de compromettre la survie des entreprises condamnées, elle a finalement été adoptée pour renforcer la portée dissuasive de la sanction. Il a également été rappelé l'importance de permettre au juge de prendre en compte la puissance économique réelle des entreprises concernées et le profit qu'elles peuvent retirer de l'infraction. En ce sens également, le législateur a précisé que l'amende pouvait être fixée au triple du montant des avantages indûment perçus ou obtenus. En outre, les travaux parlementaires ont

¹⁷⁶² J.P. CHARIÉ, Rapport n°908 fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi de modernisation de l'économie, Assemblée nationale, 22 mai 2008, p. 41 et 121.

¹⁷⁶³ Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 110.

¹⁷⁶⁴ D. POTIER, avis n°3756 fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (n° 3623), Assemblée nationale, 18 mai 2016 : « La commission examine, en discussion commune, les amendements CE151 et CE152 de M. Thierry Benoit. Il s'agit de renforcer les sanctions pouvant être adoptées à l'encontre des distributeurs afin de dissuader les pratiques commerciales abusives. Nous sortons non pas le marteau ou la masse, mais le pilon : par l'amendement CE151, nous proposons de porter le montant maximal de l'amende de 2 à 10 millions d'euros. L'amendement CE152 est un amendement de repli. M. le rapporteur pour avis. Avis défavorable au CE151, que je vous demande de retirer, mais avis favorable au CE152, qui prévoit de porter le montant maximal de l'amende à 5 millions d'euros. ».

¹⁷⁶⁵ Sénat, Séance du 10 avril 2015 (compte rendu intégral des débats), article 10 D (supprimé). L'amendement n° 437, présenté par M. Desessard.

¹⁷⁶⁶ C. DEROUCHE, D. ESTROSI SASSONE, F. PILLET, Rapport n°370 fait au nom de la commission spéciale, Sénat, 25 mars 2015, art. 10 D.

rappelé que la portée dissuasive découle des différentes sanctions offertes au juge pouvant être prononcées de manière simultanée. Concernant l'action intentée directement par la partie victime et sa portée dissuasive, le législateur a mis fin à un débat jurisprudentiel en introduisant clairement dans la loi la possibilité pour cette dernière de demander la nullité des clauses ou contrats illicites et la restitution des avantages indus, outre la réparation du préjudice et la cessation des pratiques¹⁷⁶⁷.

Outre, l'intensité des sanctions, les travaux parlementaires mettent également en évidence l'importance de dénoncer et condamner une pratique abusive pour que la sanction soit dissuasive. En ce sens, le Conseil constitutionnel rappelle que le législateur a introduit l'action de l'autorité publique, pour faire face au facteur crainte des acteurs économiques et ainsi faciliter la détection et condamnation des infractions. Le législateur lui a donc offert un large panel de sanction pouvant être demandées renforçant d'autant plus son effet dissuasif¹⁷⁶⁸. L'autorité publique s'est également vue octroyer un important pouvoir en la matière, indépendamment de la saisine du juge, puisqu'elle peut mettre en place une mesure d'injonction de mise en conformité. Par ailleurs, pour les manquements passibles d'une amende civile, la DGCCRF pourra, en outre, assortir ses décisions d'injonction d'une astreinte journalière et pourra, le cas échéant, la liquider¹⁷⁶⁹.

De leur côté, les juges ont retenu que certaines amendes pouvaient être insuffisamment dissuasives, dès lors qu'il existe une réitération de la part de l'entreprise condamnée, exigeant de les intensifier¹⁷⁷⁰. Les juges ont également retenu qu'il convenait de fixer l'amende à un niveau suffisamment dissuasif, ce qui exige de tenir compte de l'importance du chiffre d'affaires des sociétés et de l'effet d'entraînement que peut avoir leur comportement sur les autres

¹⁷⁶⁷ Ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées. Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées. En ce s., C. GRIMALDI, « Désormais, c'était clair : de la nullité des clauses créant un déséquilibre significatif sous l'empire de l'ancien article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce », à propos de Cass. com., 30 sept. 2020, n°18-25204, *LEDICO*, nov. 2020, p. 1.

¹⁷⁶⁸ Conseil constit., commentaire décision n°2011-126 QPC, 13 mai 2011, Société Système U Centrale nationale et autre.

¹⁷⁶⁹ Code com., art. L.470-1 et L. 470-2, not. modifié par la loi n°2020-1508 du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière. Projet de loi, adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière, Direction de la Séance n°13, 6 juillet 2020 (1^{re} lecture), amendement adopté, présenté par le gouvernement : « Ce dispositif vise à renforcer la protection des victimes de pratiques restrictives de concurrence en situation de faiblesse face à de puissants acteurs du numérique et de la grande distribution, grâce à la mise en œuvre d'outils et de sanctions crédibles, tant en termes de rapidité des mesures pouvant être prises qu'au regard du montant dissuasif de l'astreinte encourue en cas de défaut de mise en conformité. » ; en ce s. égal., F. JACOMINO, *Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence*, th. droit, Université Côte d'Azur, 2018, §840 : « La procédure d'enquête, les pouvoirs d'injonction et de sanction des agents de la DGCCRF, ainsi que l'action autonome du ministre de l'Économie "court-circuitent" le cours normal de l'instance judiciaire et font apparaître les contours d'un dirigisme économique. ».

¹⁷⁷⁰ CA Paris, 18 septembre 2013, n°12/03177.

opérateurs économiques¹⁷⁷¹. En ce sens, les sanctions prononcées en matière de déséquilibre significatif ont parfois été très élevées¹⁷⁷².

357. *Un système de sanction insuffisamment dissuasif en pratique ?* La persistance de certaines pratiques abusives, et notamment des déséquilibres significatifs, démontre que le système législatif actuel ne serait pas suffisamment dissuasif. En effet, le législateur n'a eu de cesse d'accroître l'intensité des sanctions prononcées, malgré les réticences de certains parlementaires dénonçant le manque de proportionnalité. En effet, les sanctions prononcées en pratique apparaissent parfois dérisoires au regard des profits réalisés par l'entreprise et l'importance de son chiffre d'affaires¹⁷⁷³. Par exemple, malgré sa condamnation à un montant record d'amende, l'entreprise *Amazon* a pourtant décidé de maintenir les clauses sanctionnées, car elle déclare ne pas comprendre leur sanction¹⁷⁷⁴, et s'est donc vue récemment sanctionner par une astreinte¹⁷⁷⁵. Si le juge peut prononcer des montants très élevés d'amende, en raison de seuils particulièrement importants, les montants prononcés en pratique sont généralement inférieurs au montant maximum prévu par le Code de commerce.

Par ailleurs, le droit français a également mis en place un mouvement continu de dépenalisation de certaines pratiques commerciales déloyales, intervenu au cours des dernières années¹⁷⁷⁶, bien que certaines peines restent prévues¹⁷⁷⁷. Cette dépenalisation relèverait de la volonté du législateur de rendre plus effectif le traitement des infractions commerciales, en facilitant le prononcé de sanctions et en privilégiant la voie administrative moins contraignante que la matière pénale, alors même que les sanctions prévues peuvent s'avérer très élevées¹⁷⁷⁸. En effet,

¹⁷⁷¹ CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221 ; TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625 ; TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123.

¹⁷⁷² L. VOGEL, « Haro sur les clauses abusives d'Amazon, qui lui valent une amende record de 4 millions d'euros », à propos de T. com. Paris, 2 sept. 2019, n°2017050625, *LEDICO*, oct. 2019, nbdp 3. Ou encore CA Paris, 1^{er} juillet 2015, n°13/19251 : « Condamne la société coopérative GALEC à verser au Trésor Public la somme de 61 288 677,84 € correspondant aux sommes ayant été indûment perçues au titre de la 'RFA GALEC' », en ce s., Cass. com., 25 janvier 2017, n°15-23.547.

¹⁷⁷³ S. CHAUDOUET, « Concurrence - Les foudres du déséquilibre significatif s'abattent sur Google », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 28, 14 juillet 2022, p. 1251 : « Les deux sociétés en cause se voient de plus infliger *in solidum* une amende civile de 2 millions d'euros, soit le maximum à l'époque - relevé à 5 depuis. Cela constitue cependant une goutte d'eau dans un océan de profits, Google ayant réalisé un chiffre d'affaires record de 257 milliards de dollars en 2021. ».

¹⁷⁷⁴ *Le Parisien*, *Amazon France : 90 000 euros d'amende par jour pour des clauses contractuelles « déséquilibrées » dans un contexte de crise salariale*, 13 avril 2022.

¹⁷⁷⁵ S. CHAUDOUET, « Concurrence - Les foudres du déséquilibre significatif... » *ibid.*, p. 1251 : « Amazon qui, foulant au pied sa condamnation de 2019 en laissant persister les clauses pourtant sanctionnées, vient d'être enjoint, sous astreinte, de se mettre en conformité avec la règle sur le déséquilibre significatif et le règlement P2B (DGCCRF, Injonction à la société Amazon, 13 avr. 2022). ».

¹⁷⁷⁶ Not. la loi Hamon n°2014-344, 17 mars 2014 ; la loi Pinel n° 2014-626, 18 juin 2014.

¹⁷⁷⁷ V. not. Code com., art. L.442-9, modifié par l'ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019, art. 2.

¹⁷⁷⁸ Lamy droit économique Expert, Partie 3, Droit des relations commerciales - Titre 1, Le droit des pratiques restrictives de concurrence - Division 4, La mise en œuvre du droit des pratiques restrictives de concurrence - Chapitre 2, La voie répressive - Section 2, Le volet pénal : l'action de l'Administration en matière de pratiques commerciales abusives – 3352 : Une dépenalisation du droit des pratiques commerciales abusives, consulté le 20 janvier 2023 : la DGCCRF explique, dans sa note d'information n° 2014-149 du 6 août 2014 telle que modifiée en octobre 2014, que : « La transformation de la sanction pénale en sanction administrative et la possibilité d'adresser des injonctions donneront une plus grande efficacité à l'action des services chargés de la concurrence et de la consommation. » V. pour un effet renforcé : Conseil constit., décision n°2021-984 QPC, 25 mars 2022, Société Eurelec trading : « 8. En premier lieu, aucune exigence

ce renforcement du pouvoir de l'autorité publique pourrait s'avérer très efficace à l'avenir¹⁷⁷⁹, notamment en raison du cumul des sanctions possibles¹⁷⁸⁰. Enfin, l'analyse de la jurisprudence démontre que les actions intentées par le ministre de l'Économie sont relativement nombreuses et conduisent bien souvent à une condamnation (notons néanmoins un recul en la matière ce qui démontre un durcissement du juge). *A contrario*, les acteurs économiques, agissant seuls, obtiennent rarement gain de cause devant le juge malgré le nombre d'actions intentées¹⁷⁸¹. Par exemple, en 2022, 38 décisions ont été rendues à l'initiative des opérateurs économiques concernant la pratique de déséquilibre significatif, dont seulement 4 décisions condamnant au visa du texte, soit 31 décisions ne condamnant pas au visa du texte, soit un taux de rejet de 80 % en baisse par rapport à 2021¹⁷⁸². Le Centre du Droit de l'Entreprise de la Faculté de Droit de Montpellier retient également que les demandes n'ont abouti, depuis l'entrée en vigueur du dispositif, que dans 21 décisions sur 431 (voir les rapports 2010-2020) ce qui traduit une éviction quasi-systématique de l'application du texte. Certes, se glissent parmi ces décisions, des actions purement opportunistes mais cela démontre également que le juge est plutôt réticent à admettre la pratique de déséquilibre significatif lorsque l'action est intentée par un acteur économique. Ainsi, si la réparation du préjudice est possible, le juge retient rarement la faute permettant à la prétendue victime d'être indemnisée. Nous avons vu, toutefois, qu'il admet plus facilement la pratique lorsque l'action est effectuée par le Ministre bien qu'il ait pu durcir son approche ces dernières années. En 2020, par exemple, 6 décisions concernant le déséquilibre significatif ont été rendues dans des contentieux ayant pour origine soit une action soit une intervention du Ministre¹⁷⁸³, ce qui a conduit à trois sanctions majeures à l'égard des entreprises

constitutionnelle n'impose que des sanctions administratives prononcées pour des manquements distincts soient soumises à une règle de non-cumul. ».

¹⁷⁷⁹ En ce s., M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le pouvoir de la DGCCRF de prononcer et liquider des astreintes d'1 % du chiffre d'affaires arrive ! », *LEDICO*, oct. 2020, p. 5 : « Enjoindre à une entreprise sous astreinte de cesser un déséquilibre significatif, et liquider l'astreinte à 1 % de son chiffre d'affaires consolidé, permettrait en fait à la DGCCRF de se passer du juge judiciaire, puisqu'elle pourrait obtenir avec une telle astreinte, la cessation de la pratique et sa sanction ! Être juge à la place du juge ! ».

¹⁷⁸⁰ S. CHAUDOUET, « Validation par le Conseil constitutionnel d'un cumul sans limites des sanctions administratives », *Recueil Dalloz*, 2022, p. 938.

¹⁷⁸¹ E. DIENY, « Déséquilibre significatif : sept ans après, a-t-on atteint l'âge de raison ? », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 51-52, 15 décembre 2015, p.1626 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », *La Semaine Juridique*, Édition Générale n° 21, 25 mai 2015, doct. 603.

¹⁷⁸² Centre du droit de l'entreprise de la Faculté de droit de Montpellier, Application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, Actions en justice à l'initiative des acteurs économiques, Bilan des décisions judiciaires civiles et pénales (période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2022). En 2021, 60 décisions ont été rendues à l'initiative des opérateurs économiques concernant la pratique de déséquilibre significatif, dont seulement 3 décisions condamnant au visa du texte, soit 57 décisions ne condamnant pas (16 portant sur des relations ne relevant pas du champ d'application et 41 décisions ne remplissant pas les conditions d'application), soit un taux de rejet de 95 % qui est à nouveau en hausse ; du même auteur, Bilan des décisions judiciaires civiles et pénales (période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2021), Soumission à des obligations créant un déséquilibre significatif, p. 46.

¹⁷⁸³ DGCCRF, Service de la protection des consommateurs et de la régulation des marchés, Sous-direction 3, Bureau 3C - Commerce et relations commerciales, Le bilan de la jurisprudence civile, administrative et pénale 2020 et bilan d'activité 2020.

*Intermarché*¹⁷⁸⁴, *Expédia*¹⁷⁸⁵ et *Subway*¹⁷⁸⁶. Ainsi, si la probabilité de détection apparaît relativement importante, la probabilité de condamnation n'est pas si évidente et semble dépendre de plusieurs facteurs. Enfin, rappelons qu'en droit français les dommages et intérêts punitifs sont interdits bien qu'ils aient une portée dissuasive importante.

C. Une sanction efficace est une sanction qui doit être dissuasive

358. *La portée dissuasive des sanctions en matière de déséquilibre significatif peut être améliorée.* Nous mettrons en évidence l'efficacité d'une sanction dissuasive mais nous verrons toutefois, ultérieurement, que cette sanction doit être également nécessaire et proportionnée pour respecter les droits des entreprises. Nous savons que les entreprises accordent une certaine importance au risque de sanction pour déséquilibre significatif et tendent à s'entourer de conseils sur ce sujet. En ce sens, elles ont formulé plusieurs demandes d'avis auprès de la Commission d'examen des pratiques commerciales¹⁷⁸⁷. D'après l'analyse économique, l'auteur procède à un calcul d'intérêt avant de réaliser l'infraction. Il compare alors le gain espéré de l'infraction avec le coût de la sanction attendue, elle-même calculée en fonction de la probabilité de détection et condamnation et le montant de la sanction. Or, une sanction est dissuasive lorsque l'acteur économique estime préférable de renoncer à l'infraction au regard des coûts et bénéfices qu'il peut en retirer. Pour cette analyse, nous nous appuierons principalement sur un acteur neutre au risque bien qu'il existe, en droit de la concurrence, des acteurs avertis au risque et de nombreux acteurs risquophiles¹⁷⁸⁸. Pour déterminer la sanction optimale, les économistes recommandent de privilégier un système de sanction dissuasif. Pour y parvenir, il convient d'adapter les facteurs pris en compte par l'acteur économique. Tout d'abord, notons que l'appréhension de la sanction attendue, par ce dernier, peut être difficile lorsqu'il existe une multitude de sanctions possibles et lorsque leur appréciation peut varier d'un juge à l'autre, ce qui est le cas en matière de déséquilibre significatif. Or, lorsque l'action est intentée par l'autorité publique, l'acteur économique peut anticiper un risque d'amende mais là encore son montant est susceptible de varier bien que des plafonds soient prévus par le Code de commerce. Son montant est certes déterminé en fonction de plusieurs critères, néanmoins,

¹⁷⁸⁴ Par jugement du 2 juin 2020, le tribunal de commerce de Paris a condamné Intermarché pour cette pratique à une amende civile de 300 000 € sur le fondement du déséquilibre significatif. L'enseigne a également été condamnée à cesser ces pratiques pour l'avenir.

¹⁷⁸⁵ La Cour de cassation confirme l'illicéité des clauses contractuelles d'Expedia ainsi que la qualification de loi de police de l'article L. 442-1 du Code de commerce (arrêt du 8 juillet 2020) mais elle a rejeté le déséquilibre significatif comme effet cumulé des clauses de parité et de la dernière chambre disponible figurant dans les contrats de participation d'une propriété proposés par la plateforme aux hôteliers.

¹⁷⁸⁶ TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123. Le tribunal a jugé que la combinaison de plusieurs clauses du contrat de franchise des sociétés du groupe Subway, imposées aux franchisés, caractérisait un déséquilibre significatif.

¹⁷⁸⁷ Pour un ex. récent : CEPC, avis n°23-3 relatif à une demande d'avis d'un professionnel portant sur la conformité d'une clause relative aux conditions de paiement au regard du déséquilibre significatif, 21 avril 2023.

¹⁷⁸⁸ E. COMBE, C. MONNIER, « Sanctions antitrust : Quel est le juste montant ? Quelle est l'ampleur de la sous-dissuasion des cartels en Europe ? Compléments sur nos résultats », *Tendances Concurrences*, n° 1-2013, I, Tendances, §24 ; V. égal. B. BOULU-RESHEF, C. MONNIER-SCHLUMBERGER, « Lutte contre les cartels : comment dissuader les têtes brûlées ? », *Revue économique*, vol. 70, n°6, 2019, p. 1187-1199.

ces critères ne sont pas repris de manière régulière. Les juges tiennent parfois compte du gain illicite et du dommage causé à l'économie ou bien se limitent parfois au seul gain illicite. L'écart des sanctions prononcées par les juges démontre bien que les montants sont susceptibles de varier d'une situation à une autre. Il apparaît difficile pour l'auteur d'un dommage d'anticiper le montant et les conséquences exactes d'une sanction bien qu'il puisse l'envisager. Il apparaît également délicat de déterminer avec exactitude le gain espéré, puisque cela implique une anticipation des gains directs et indirects en matière contractuelle. Pourtant, on pourrait opposer que si les acteurs introduisent consciemment un déséquilibre significatif dans le contrat, en raison d'une soumission volontaire de leur partenaire, c'est qu'ils en tirent nécessairement un avantage. Or, si ces données sont difficilement quantifiables, elles peuvent constituer des données abstraites néanmoins utilisables pour le calcul « coût/bénéfice » d'une infraction.

Quant à la probabilité de détection, nous savons qu'elle est plutôt élevée puisqu'il existe de nombreuses décisions rendues en matière de déséquilibre et l'action du Ministre y contribue en étant particulièrement actif dans certains secteurs jugés à risque pour l'ordre public économique. Néanmoins, cette importante saisine des tribunaux par les acteurs économiques n'est pas surprenante au regard du nombre de contrats économiques signés et du déséquilibre existant par nature dans les relations commerciales. Ainsi, la pratique de déséquilibre significatif représente toujours la pratique la plus invoquée par les plaideurs, après la rupture brutale des relations commerciales établies¹⁷⁸⁹. Quant à la probabilité de condamnation, cette dernière apparaît faible lorsque l'action est initiée par un acteur économique au regard du peu de réussites par rapport au nombre de décisions rendues. Néanmoins, elle est plus importante lorsque l'action est initiée par le Ministre ce qui rend son action plus dissuasive que celle initiée par un acteur économique. En effet, le Ministre bénéficie de pouvoirs et de moyens plus importants pour démontrer la pratique et ainsi obtenir gain de cause devant le juge.

Or, les économistes recommandent d'élever le montant de la sanction lorsque la probabilité de condamnation est faible pour garantir un niveau optimal de dissuasion. Le montant des sanctions pourrait être relevé, en pratique, afin de s'assurer que les bénéfices retirés par l'auteur de la pratique soient bien inférieurs aux coûts supportés dans le cadre d'une action judiciaire. Néanmoins, les sanctions prévues sont adaptées à la nature, privée ou publique, de l'action intentée. Ainsi, l'acteur économique, agissant seul, ne doit pas s'enrichir grâce à son action conformément à la volonté du droit français. Le législateur et le juge entendent appliquer strictement ce principe bien qu'ils renoncent à plus de dissuasion. Dès lors, il apparaît surtout nécessaire de s'assurer que les pratiques soient effectivement condamnées. En refusant bien souvent d'admettre la faute du défendeur, en présence de la seule victime, le juge retire à celle-ci un droit effectif à obtenir réparation du préjudice. Puisque les auteurs potentiels d'infraction ont connaissance du peu de risque d'être contraints d'indemniser les victimes devant le juge, ils pourraient ne pas mettre en place les mesures de précaution nécessaires. Conformément au calcul coût/bénéfice effectué, ils retiendraient qu'il est plus coûteux de mettre en place des

¹⁷⁸⁹ Centre du droit de l'entreprise de la Faculté de droit de Montpellier, Application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, Actions en justice à l'initiative des acteurs économiques, Bilan des décisions judiciaires civiles et pénales (période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2022), p. 48.

mesures de précaution optimales, pour éviter un dommage, plutôt que prendre le risque de commettre une faute et devoir éventuellement indemniser une victime. La responsabilité civile en matière de déséquilibre significatif, demandée par un acteur économique, ne remplit pas suffisamment son rôle dissuasif et ne permet pas de minimiser les coûts sociaux des accidents. Or, faciliter la condamnation des auteurs de dommage ne devrait pas pour autant accroître le risque de condamner un innocent, bien qu'une telle conséquence serait dissuasive. *In fine*, il convient de proposer une résolution plus efficace de ces litiges par le juge afin de rendre effective la saisine des acteurs économiques. Une autre solution pourrait consister à introduire une nouvelle sanction. Il peut s'agir, notamment, d'une peine d'emprisonnement, voire d'une disqualification (interdiction d'exercer), d'après les économistes. Ces sanctions sont notamment prévues en droit de la consommation en présence d'une pratique commerciale trompeuse ou agressive¹⁷⁹⁰, de même en matière de pratiques anticoncurrentielles¹⁷⁹¹. Certains pourraient estimer que cette sanction entraverait, de manière excessive, les droits des entreprises en matière commerciale, car il ne serait pas nécessaire de protéger une entreprise comme on protège un consommateur, réputé nécessairement en position de faiblesse, ou encore car la pratique de déséquilibre significatif souffre d'un manque de précision et de rigueur dans l'analyse. Dès lors, ces sanctions pourraient être envisagées uniquement lorsque les pratiques sont particulièrement graves, par exemple en cas d'atteinte à l'ordre public économique.

Or, nous avons vu que certains acteurs ne craignent pas suffisamment l'action publique, pour défendre l'ordre public économique, au point de ne pas mettre en œuvre les sanctions requises. On peut s'interroger sur un renforcement de la sanction demandée par l'autorité publique, à travers l'amende. Nous verrons que les juges n'utilisent pas les critères de quantification de manière régulière, ce qui conduit, notamment, à des écarts importants entre les montants prononcés. Certes, les économistes admettent que la détermination du gain illicite apparaît plus simple à calculer que le dommage causé à l'économie mais la prise en compte de ce dernier nous semble déterminante car elle justifie l'intervention de l'autorité publique et son pouvoir exclusif de demander une amende. C'est pourquoi, le montant de l'amende ne doit pas se limiter au seul gain illicite mais également tenir compte du dommage causé à l'économie. Or, l'amende peut être demandée en présence d'un risque d'atteinte à l'ordre public économique, ce qui implique que le dommage ne s'est pas encore produit et ne saurait donc être réparé. En ce sens,

¹⁷⁹⁰ Code conso., art. L.132-2 et s. En matière de pratiques commerciales trompeuse sont prévues des peines d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à sept ans, une amende ainsi que des peines complémentaires comme l'interdiction d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale. V. égal. Code conso. art. L.132-10 et s. pour les pratiques commerciales agressives.

¹⁷⁹¹ Code com., art. L.420-6, dans sa version modifiée par l'ordonnance n°2021-649 du 26 mai 2021, art. 2 dispose notamment que : « Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75000 euros le fait, pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-2-2. ». L'efficacité d'une telle mesure appliquée aux personnes morales semble nuancée, comme le retient le cabinet d'avocats Vogel Vogel, « La repénalisation du droit de la concurrence : innovation géniale ou fausse bonne idée ? », Le Conseil Du Mois, mars 2023, dispo. en ligne sur le site : <https://www.vogel-vogel.com>. : « L'utilisation du droit pénal pour sanctionner une infraction au droit de la concurrence s'expose à un risque d'inefficacité assez évident. Par essence, le droit pénal est très strict et impose des définitions des infractions d'une extrême rigueur dès lors qu'elles peuvent conduire à des peines d'emprisonnement et d'amendes infamantes. [...] De même, le droit de la concurrence impose des décisions rapides, qui paraissent incompatibles avec la lourdeur et la durée actuelle des procédures pénales. ».

le législateur prévoit opportunément différents plafonds, dont un portant sur les avantages indûment perçus et obtenus. Ainsi, même en l'absence d'une perte de bien-être pour la société, l'infraction doit être sanctionnée car un simple transfert de richesse d'un individu à un autre peut être condamné. Le législateur précise que le montant de l'amende ne peut excéder le plus élevé des trois plafonds. Or, dans une démarche dissuasive, ces montants pourraient, *a priori*, être augmentés comme cela a pu être proposé au cours des débats parlementaires. Néanmoins, les entreprises ayant un goût prononcé pour le risque semblent plus sensibles à une probabilité de détection et condamnation plus importante que l'existence de sanctions élevées. Rappelons, toutefois, que si une présomption établissant la pratique serait dissuasive puisqu'elle faciliterait sa condamnation, nous avons mis en garde contre ses effets nocifs en cas d'erreur. Enfin, nous verrons que le cumul des sanctions vient également renforcer leur portée dissuasive.

Ainsi, les sanctions prévues en matière de déséquilibre significatif apparaissent, généralement, dissuasives lorsqu'elles sont le fruit d'une action initiée par l'autorité publique car la probabilité de détection et de condamnation apparaît relativement importante et les sanctions prévoient des montants élevés. *A contrario*, il convient d'accroître la portée dissuasive de ces sanctions lorsqu'elles sont le fruit d'une action initiée par les acteurs économiques en renforçant la probabilité de condamnation devant le juge.

359. *Conclusion.* Une sanction efficace est une sanction qui est dissuasive. En ce sens, les économistes invitent à s'intéresser au calcul d'intérêt effectué par l'auteur potentiel d'une infraction. L'acteur économique, neutre au risque, ne commettra l'infraction que si le coût de la sanction attendue est inférieur au gain espéré. Le coût de la sanction dépend notamment de la probabilité de détection et de condamnation et du montant de la sanction. D'autres éléments participent à la détermination de ce calcul notamment sa position vis-à-vis du risque, la probabilité d'erreur judiciaire et les coûts supplémentaires supportés tels que la perte de réputation et les coûts d'une défense. Or, si ces notions sont difficilement chiffrables en matière de déséquilibre significatif, elles peuvent constituer des données, certes abstraites, mais utilisables pour le calcul « coût/bénéfice » de l'infraction. Concernant la probabilité de détection, nous savons qu'elle est plutôt élevée en l'espèce. Toutefois, la probabilité de condamnation apparaît très faible lorsque l'action est initiée par un acteur économique, et plus importante lorsqu'elle est initiée par le Ministre. Conformément aux recommandations économiques, nous nous sommes interrogés sur la possibilité d'augmenter l'intensité des sanctions pour renforcer leur portée dissuasive. Nous constatons que législateur a cherché à rendre dissuasif le système de sanction prévu en matière de déséquilibre significatif mais en pratique, la dissuasion apparaît moins évidente. Dans cette démarche, le législateur pourrait s'assurer que l'auteur de la pratique ne retire aucun avantage grâce à l'infraction. Néanmoins, lorsque l'action est intentée par l'acteur économique, le droit français s'oppose clairement à l'enrichissement de ce dernier grâce à son action. Nous recommandons plutôt de s'assurer que les pratiques soient condamnées par le juge de manière plus effective, sans pour autant faciliter la condamnation d'un innocent. Ainsi, l'action exercée par les acteurs économiques remplirait sa mission dissuasive. Les économistes rappellent également que la dissuasion peut prendre plusieurs formes notamment une peine pénale visant les personnes physiques, comme l'emprisonnement ou la disqualification. Ces sanctions pourraient être introduites en matière

de déséquilibre significatif, à tout le moins lorsque les pratiques sont suffisamment graves, par exemple en cas d'atteinte à l'ordre public économique. Par ailleurs, certains acteurs ne craignent pas suffisamment l'action publique au point de ne pas mettre en œuvre les sanctions requises. Nous nous sommes donc intéressés à la sanction particulière qu'elle détient : l'amende. Dans une démarche dissuasive, nous recommandons au juge de prendre en compte le gain illicite et le dommage causé à l'économie, lorsqu'il s'est produit, dans sa quantification. Or, lorsqu'il existe un simple risque d'atteinte à l'ordre public économique, le législateur prévoit, à juste titre, des plafonds de diverses natures et s'assure ainsi d'une sanction, même si la pratique conduit uniquement à un transfert de richesse entre cocontractants. On pourrait même envisager d'augmenter ces plafonds, si l'on s'en tient à une démarche purement dissuasive. Néanmoins, l'efficacité d'une sanction dépend également de sa dimension nécessaire et proportionnée.

II. Une sanction optimale est également moins coûteuse, nécessaire et proportionnée

360. *L'efficacité d'une sanction implique qu'elle soit également moins coûteuse, nécessaire et proportionnée.* Précédemment, nous avons mis en évidence la portée dissuasive d'une sanction pour être jugée efficace. Or, son efficacité implique également de tenir compte de ses coûts. En effet, elle doit être nécessaire et proportionnée. C'est pourquoi, l'analyse économique entend ne pas limiter l'optimalité d'une sanction à sa portée dissuasive et tient compte de ses coûts de mise en œuvre et ses effets, sa nécessité et sa proportionnalité (A). L'analyse juridique entend également tenir compte de ces critères mais dans une moindre mesure (B). *In fine*, nous proposerons des pistes d'amélioration pour s'assurer que les sanctions du déséquilibre significatif sont bien efficaces (C).

A. L'analyse économique recherche une sanction efficace en tenant compte de ses coûts, sa nécessité et sa proportionnalité

361. *L'analyse économique vérifie les coûts de mise en œuvre des sanctions et leurs effets, leur nécessité et leur proportionnalité.* Les économistes admettent que la recherche d'une sanction dissuasive peut être coûteuse à mettre en place. Il convient donc de rechercher une sanction efficace en tenant compte des coûts résultant de sa mise en œuvre et de ses effets, outre ses bénéfices en termes de dissuasion (a). En ce sens, nous verrons que les économistes entendent également vérifier que la sanction choisie est bien nécessaire et proportionnée (b).

a) *La prise en compte nécessaire des coûts des sanctions à travers leur mise en œuvre et leurs effets*

362. *L'optimalité d'une sanction dépend également de ses coûts de mise en œuvre.* L'efficacité d'un système de sanction ne se limite pas à ses effets, même dissuasifs, mais également en comparaison avec les coûts de mise en œuvre requis pour y parvenir. Leurs bénéfices, en termes de dissuasion, ne doivent pas être inférieurs à leurs coûts de mise en œuvre. En effet, s'il apparaît nécessaire de mettre en place des sanctions dissuasives, pour prévenir les

coûts qui résulteraient d'un dommage, la mise en œuvre de ces sanctions apparaît également coûteuse pour la société. C'est le principe même d'une approche économique normative. Elle ne permet pas uniquement d'étudier les effets des lois, mais peut être utilisée pour vérifier l'efficacité des décisions judiciaires. D'après l'étude de la responsabilité civile du Professeur G. CALABRESI en 1970¹⁷⁹², il importe de rechercher les moyens les plus efficaces, c'est-à-dire ceux qui minimisent trois catégories de coûts : ceux primaires, secondaires et tertiaires qui portent respectivement sur les coûts des dommages et leur réparation, puis les coûts de précaution pour éviter les accidents et enfin, les coûts de mise en œuvre du système judiciaire¹⁷⁹³. L'analyse économique peut être utilisée pour réduire ces coûts formant ensemble le coût social¹⁷⁹⁴. Ainsi, réduire ces coûts permettrait de limiter le gaspillage des ressources, pourtant limitées, de la société. La société a donc tout intérêt à limiter ces coûts et choisir les moyens de mise en œuvre du droit les plus efficaces. Il importe donc de prendre en compte les coûts de mise en œuvre du système de sanction dans la détermination de la sanction optimale.

363. *La prise en compte nécessaire des effets des sanctions.* En modifiant les comportements des parties au contrat litigieux, les sanctions auront un impact sur leur relation et plus largement sur l'économie. La relation commerciale fonctionne de manière dynamique. Il ne s'agit pas de limiter son analyse aux seules clauses du contrat mais également d'étudier son fonctionnement de manière globale et dans son environnement. En effet, le contrat a été conclu dans la perspective de maintenir ou renforcer le pouvoir de marché des parties. Il a donc nécessairement une portée économique d'où découlent des effets économiques dépassant le cadre contractuel. Ainsi, un dommage à l'économie peut résulter de comportements contractuels déloyaux¹⁷⁹⁵. Par conséquent, la sanction judiciaire d'une partie au contrat au profit de l'autre partie, peut également modifier le fonctionnement du marché. Il semble donc nécessaire de rechercher non seulement les effets des sanctions entre les parties mais également sur l'économie en général. Par exemple, lorsque la sanction conduit à un transfert de l'auteur de l'infraction vers la victime, il y a réallocation des ressources entre les parties, ce qui peut modifier le fonctionnement de l'économie. Les effets des sanctions, s'ils sont nocifs, peuvent créer des coûts supplémentaires (en plus des coûts résultant de leur mise en œuvre judiciaire) pour les parties et plus globalement, l'économie. Ainsi, prononcer des sanctions conformément aux objectifs poursuivis par le législateur, sans tenir compte de l'impact qu'elles auront sur les parties et plus largement l'économie, ne peut être efficace. On s'interroge alors sur les

¹⁷⁹² G. CALABRESI, *The Costs of Accidents, a legal and economic analysis*, Yale University Press, 1970.

¹⁷⁹³ B. DEFFAINS, « Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste, analyse économique du droit : quelques points d'accroche », numéro spécial, *Petites Affiches*, 394^e année, 19 mai 2005, n°99, p. 7.

¹⁷⁹⁴ G. OYER, « Pour une économie du droit sans rigueur. L'analyse économique du droit et Jean Carbonnier », in *Jean Carbonnier. L'homme et l'œuvre* [en ligne], Presses Universitaires de Paris Nanterre, 2012, §21.

¹⁷⁹⁵ L. BENZONI, P.Y. DEBOUDE, *Du déséquilibre significatif dans les relations entre partenaires commerciaux à la puissance d'achat : une perspective économique*, 13 janvier 2015, dispo. sur le site <https://www.teraconsultants.fr>, p. 18 ; faisant référence à l'éviction de petites marques, pourtant favorables au bon fonctionnement de l'économie, ils précisent que : « Il faut se poser cette question en évaluant le préjudice d'une pratique contractuelle non seulement par son effet direct sur un contrat particulier, ce qui est l'objet de l'article L.442-6-I-2°, mais par son effet cumulatif sur le dommage à l'économie dans le sens défini justement par l'Autorité de la concurrence. ».

externalités des sanctions prononcées devant être prises en compte lors de la détermination du meilleur système de sanction¹⁷⁹⁶.

b) *La recherche d'une sanction nécessaire et proportionnée*

364. *L'absence de sanction des pratiques qui n'ont pas causé de dommage ou des dommages mineurs.* La première question à se poser, semble-t-il, lorsqu'on entend réduire le coût social : est-il efficace de sanctionner l'ensemble des pratiques y compris celles qui n'ont causé aucun dommage voire seulement un dommage mineur ? La sanction est coûteuse et peut même s'avérer plus coûteuse que les avantages retirés par la société en sanctionnant l'infraction. Rappelons que l'analyse économique recommande de sanctionner les pratiques dont les effets néfastes pour la société sont supérieurs à leurs effets positifs. Elle préconise de corriger les externalités négatives, lorsque le bénéfice réalisé par l'une des parties au détriment de l'autre, qui peut être considéré comme un simple transfert économique, induit un coût social¹⁷⁹⁷. Ainsi, la somme de toutes les pertes privées dépasse la somme de l'ensemble des bénéfices qui peuvent découler de la conduite de l'agent en cause¹⁷⁹⁸. Pour des économistes, comme D. MOOKHERJEE et I. PNG, il serait optimal de légaliser les actes qui causent des dommages mineurs pour ne lutter que contre les actes les plus dommageables¹⁷⁹⁹. Cette sélection des infractions condamnables s'avère d'autant plus pertinente lorsque le Droit prévoit des sanctions élevées susceptibles de produire des effets nocifs, tout particulièrement pour l'auteur de l'infraction, alors qu'aucun dommage réel et conséquent n'aura été constaté.

365. *L'arbitrage, ex ante, entre niveau de sanction et probabilité de détection.* Les moyens mis en œuvre pour détecter des infractions, notamment le contrôle, exigent un coût. Plus le système de détection des infractions sera accentué, plus il sera coûteux. *A contrario*, l'augmentation du niveau de sanction semble, *à priori*, non coûteuse ou moins coûteuse¹⁸⁰⁰. L'économiste, à l'instar du modèle de Becker¹⁸⁰¹, recommande d'élever le niveau de sanction pour réduire la probabilité de détection, jugée trop coûteuse¹⁸⁰². Ce choix peut conduire à des sanctions financières démesurées et des probabilités de détection très faibles. Or, une telle

¹⁷⁹⁶ Pour une approche plus critique, v. en ce s. B. DEFFAINS, « Introduction », *Revue d'économie politique*, vol. 112, n° 6, 2002, p.785-789, §1 : « On critique le fait de ramener la décision des magistrats aux conséquences de leurs sentences puisqu'il est peu vraisemblable qu'ils connaissent *ex ante* les effets des règles appliquées. ».

¹⁷⁹⁷ V. à ce sujet E. COMBE, « Quelles sanctions contre les cartels ? Une perspective économique », *Revue internationale de droit économique*, vol. xx,1, n° 1, 2006, p. 11-46, nbdp 15.

¹⁷⁹⁸ J. TRAUILLÉ, « La réparation du préjudice économique pur en question », *RTD civ.*, 2018, p. 285.

¹⁷⁹⁹ T. PENARD, S. SOUAM, « Que peut bien apporter l'analyse économique à l'application du droit de la concurrence ? », *Revue d'économie politique*, vol. 112, n°6, 2002, p. 863-887.

¹⁸⁰⁰ Tout dépend effectivement de la sanction concernée. Par ex., l'augmentation du montant d'une amende semble non coûteuse alors que la mise en place d'une mesure d'emprisonnement peut être plus coûteuse.

¹⁸⁰¹ Y. GABUTHY, N. JACQUEMET. « Analyse économique du droit et méthode expérimentale », *Économie & prévision*, vol. 202-203, n°1-2, 2013, p. 121-145, §57 : « La politique optimale du modèle de Becker implique de faire tendre la probabilité de détection vers zéro et l'amende vers l'infini, car l'intensité de la détection est la dimension la plus coûteuse de la politique de répression. ».

¹⁸⁰² E. COMBE, « Quelles sanctions contre les cartels ? Une perspective économique », *Revue internationale de droit économique*, vol. t. xx, 1, n° 1, 2006, p. 11-46.

recommandation conduirait à des conséquences néfastes, d'après le Professeur E. COMBE¹⁸⁰³. D'une part, l'absence de proportionnalité entre la sanction prononcée et le dommage causé et d'autre part, le risque important qu'un innocent soit sanctionné, par erreur, de manière aussi démesurée. Ainsi, lorsque la probabilité d'erreur est importante, il est préférable de minorer le montant de la sanction. Notons, par ailleurs, qu'une augmentation du montant de la sanction peut également conduire les acteurs économiques à investir dans des stratégies pour dissimuler l'infraction¹⁸⁰⁴, ce qui nécessite finalement de renforcer la probabilité de détection. Enfin, il apparaît que les résultats expérimentaux tendent à nuancer l'arbitrage optimal entre probabilité de détection et montant de la sanction. En effet, il semblerait qu'une probabilité de détection élevée a un effet plus dissuasif chez les agents économiques qui ont un goût pour le risque¹⁸⁰⁵.

366. *L'arbitrage, ex post, entre les différents types de sanctions.* Une fois la pratique constatée, et sa sanction justifiée, le juge dispose d'une palette de sanctions variées. Si, comme nous l'avons vu, une sanction optimale est une sanction dissuasive, l'optimalité de la sanction passe également par une analyse coûts-avantages retirés par la société. Si la dimension dissuasive de certaines sanctions est garantie, les coûts qu'elles impliquent, en raison de leurs effets, peuvent largement dépasser les avantages qu'on peut en retirer. En effet, il apparaît pertinent de privilégier parmi les sanctions les plus dissuasives, les sanctions les moins coûteuses. Par exemple, les sanctions monétaires sont moins coûteuses à mettre en œuvre que des sanctions non-monétaires comme l'emprisonnement. Elles doivent donc être privilégiées sauf si l'acteur économique n'est pas en mesure de s'acquitter de tels montants¹⁸⁰⁶. Finalement, une analyse casuistique apparaît nécessaire pour déterminer le système de sanction optimal.

B. L'application des critères de coûts, nécessité et proportionnalité par l'analyse juridique

367. *Les critères de nécessité et proportionnalité sont pris en compte par les juges uniquement pour déterminer la sanction applicable.* L'analyse juridique, en matière de déséquilibre significatif, tient compte de l'importance de la nécessité et la proportionnalité uniquement pour déterminer les sanctions opportunes au cas d'espèce (b) mais elle estime que tous les dommages doivent être sanctionnés (a).

a) *Les juges entendent sanctionner toutes les pratiques quelle que soit l'intensité du dommage*

368. *Les juges refusent de prendre en compte les effets des pratiques pour apprécier l'opportunité d'une sanction.* Nous avons vu que les juges refusaient de tenir compte des effets pour établir la pratique de déséquilibre significatif et justifier sa sanction. Ils estiment que la

¹⁸⁰³ E. COMBE, « Quelles sanctions contre les cartels... », *ibid.*, p. 11-46.

¹⁸⁰⁴ E. COMBE, « Quelles sanctions contre les cartels... », *ibid.*, p. 11-46, ndbp 10.

¹⁸⁰⁵ Y. GABUTHY, N. JACQUEMET. « Analyse économique du droit... », *ibid.*, p. 121-145, §57.

¹⁸⁰⁶ E. COMBE, « Quelles sanctions contre les cartels... », *ibid.*, p. 11-46, §54 et s.

seule réalisation de la pratique suffit à constituer une faute devant être condamnée¹⁸⁰⁷, y compris si la clause illicite n'a pas été mise en œuvre, ni même si elle a finalement produit des effets positifs¹⁸⁰⁸. La prise en compte de ces effets peut être effectuée, uniquement, au stade de la quantification de la sanction¹⁸⁰⁹. Ainsi, même en l'absence de dommage réel ou en cas de dommage mineur, la pratique devrait être sanctionnée au sens du droit français. La sanction des tentatives de soumission à un déséquilibre significatif démontre l'absence de prise en compte des effets des pratiques. En effet, la seule tentative qui a échoué et n'a donc pas pu créer le dommage escompté par la réalisation complète de l'infraction doit être sanctionnée au sens du Code de commerce. Dès lors, conformément à la volonté du législateur, les juges entendent sanctionner les pratiques de déséquilibre significatif quelle que soit l'intensité du dommage auquel elles ont conduit.

b) Les juges entendent néanmoins prononcer des sanctions nécessaires et proportionnées

369. *Conformément à la volonté des parlementaires, les juges appliquent, en principe, les critères de nécessité et proportionnalité avant de prononcer des sanctions.* Nous aborderons de manière plus détaillée, dans une seconde partie, les différentes sanctions pouvant être prononcées par le juge. Mais, de manière simplifiée, le préjudice découlant d'un déséquilibre significatif peut être réparé par l'obtention de dommages et intérêts. Par ailleurs, en cas d'atteinte à l'ordre public économique, le juge peut prononcer une amende. Les sanctions s'appliquent également au contenu contractuel car l'abus est réputé prendre forme dans le contrat¹⁸¹⁰. Le juge dispose donc d'une palette importante et diversifiée de sanctions, se pose alors la question de leur imbrication. Octroyer autant de pouvoir au juge oblige ce dernier à agir de manière juste et raisonnée. Les parlementaires avaient mis en garde contre la nécessité de préserver la proportionnalité des sanctions prononcées notamment lorsqu'elles s'ajoutent les unes avec les autres¹⁸¹¹. La recherche de sanctions nécessaires et proportionnées a fait l'objet de nombreux débats notamment lorsque les projets de modification du Code de commerce entendaient accroître le nombre de sanctions ou bien les renforcer. Or, malgré les réticences de certains parlementaires estimant que la fixation de montants plus élevés pouvait mettre en danger la survie des entreprises, ces montants ont finalement été introduits. Ainsi, l'augmentation du montant de l'amende a pu être admis à plusieurs reprises¹⁸¹². En effet, les

¹⁸⁰⁷ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », *La Semaine Juridique*, Édition Générale n° 21, 25 mai 2015, doctr. 603 ; N. MATHEY, « La cour d'appel de Paris précise les conditions de régularité de la modification de la convention unique en cours d'année », à propos de CA Paris, 16 mai 2018, RG n° 17/11187, *Contrats Concurrence Consommation*, n°10, octobre 2018, comm. 175.

¹⁸⁰⁸ TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123.

¹⁸⁰⁹ CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221 ; CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784.

¹⁸¹⁰ F. ROUVIÈRE, « La remise en cause du contrat par le juge », in *L'efficacité du contrat*, Aix-en-Provence, vendredi 11 juin 2010, p. 15 et s.

¹⁸¹¹ C. DEROCHE, D. ESTROSI SASSONE, F. PILLET, Rapport n°370 fait au nom de la commission spéciale, déposé, Sénat, 25 mars 2015, article 10 D (art. L. 442-6 du Code de commerce).

¹⁸¹² Sénat, session ordinaire de 2014-2015 du 19 février 2015, Projet de loi considéré comme adopté par l'Assemblée nationale en application de l'article 49, alinéa 3, de la Constitution après engagement de la procédure accélérée, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, transmis par M. le Premier ministre à M. le président du Sénat.

parlementaires ont pu constater que la portée dissuasive des sanctions, qu'ils estimaient déjà élevée, était en réalité insuffisante. En effet, les sanctions n'étaient pas adaptées à la puissance des entreprises concernées ou à l'importance des gains illicites obtenus. Le législateur a finalement accru au fur et à mesure les sanctions démontrant que les craintes de disproportion exposées dans le passé par les parlementaires n'étaient pas réellement fondées. Par exemple, alors qu'il a été introduit que l'amende puisse être portée - de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement - à 5 % du chiffre d'affaires, mesure qui se voulait à la fois dissuasive et proportionnée¹⁸¹³, cette atténuation a finalement été supprimée dans le Code de commerce car elle était difficile à mettre en œuvre¹⁸¹⁴. Or, l'atteinte à l'ordre public économique justifierait une sanction plus importante contrairement à d'autres sanctions, comme la répétition de l'indu, qui n'aurait pas une portée réellement punitive mais permettrait plutôt la juste restitution aux victimes des sommes qu'elles ont été contraintes de verser¹⁸¹⁵. Le Conseil Constitutionnel, dont l'impartialité a été contestée en raison de sa promiscuité avec le gouvernement¹⁸¹⁶, a retenu que les sanctions offertes en matière de déséquilibre significatif, en particulier au profit de l'autorité publique, n'étaient pas disproportionnées à l'objectif de protection de l'ordre public économique¹⁸¹⁷. En outre, les parlementaires ont rappelé qu'il appartient au juge d'adapter ces sanctions et d'en vérifier la nécessité et la proportionnalité.

Les juges ont également précisé l'importance de prononcer une sanction proportionnée. Ils ont estimé que l'amende était une sanction proportionnée et justifiée par la protection de l'ordre public économique¹⁸¹⁸. Ils entendent notamment prononcer une amende civile en s'appuyant sur plusieurs critères dont la gravité des faits et le dommage causé à l'économie¹⁸¹⁹. Ils ont pu vérifier que la sanction n'est pas trop coûteuse pour l'entreprise sanctionnée car elle est adaptée à sa capacité contributive¹⁸²⁰. Les juges refusent également de prononcer certaines sanctions lorsqu'ils estiment qu'elles ne sont pas nécessaires. Par exemple, dans une affaire *Amazon*, le tribunal de commerce de Paris a retenu que l'enquête initiale avait fait l'objet d'une importante publicité, ce qui signifiait que la sanction finale serait également médiatisée, il a estimé que les demandes du Ministre visant à faire publier aux frais des fautifs le jugement dans plusieurs journaux et de le faire paraître sur leurs sites internet, sont jugées excessives et disproportionnées¹⁸²¹. Il en fut de même dans une affaire *Subway* où les juges ont refusé de prononcer des mesures de publicité estimant qu'elles seraient bien trop coûteuses pour les

¹⁸¹³ Sénat, Séance du 10 avril 2015 (compte rendu intégral des débats), article 10 D (supprimé), M. Emmanuel Macron.

¹⁸¹⁴ Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées.

¹⁸¹⁵ Assemblée nationale, 4 juin 2015, croissance, activité et égalité des chances économiques, n° 2765, amendement tombé n° spe. 257 présenté par M. ROUMEGAS et Mme ABEILLE, etc., article 10 D.

¹⁸¹⁶ L. FONTAINE, *La Constitution maltraitée. Anatomie du Conseil constitutionnel*, Paris, Amsterdam éditions, 2023, 280 p, présentation.

¹⁸¹⁷ Conseil constit., décision n°2011-126 QPC, 13 mai 2011, Société Système U Centrale nationale et autre et décision n°2018-749 QPC, 30 novembre 2018, Société Interdis et autres.

¹⁸¹⁸ CA Paris, 11 septembre 2013, n°11/17941.

¹⁸¹⁹ CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187 ; CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221 ; CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323 ; CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/00737 ; TC Paris, 28 mars 2022, n°2018017655.

¹⁸²⁰ CA Paris, 18 septembre 2013, n°12/03177.

¹⁸²¹ TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625.

franchisés de l'entreprise sanctionnée, car ils s'exposeraient à une perte de clientèle¹⁸²². Notons, toutefois, que les mesures de publicité devraient être prononcées systématiquement par le juge, tel qu'il est prévu dans le Code de commerce¹⁸²³.

C. Les juges devraient privilégier un système de sanction efficace car moins coûteux, nécessaire et proportionné

370. *La recherche d'un système de sanction moins coûteux en matière de déséquilibre significatif.* L'analyse économique propose plusieurs pistes permettant de déterminer quelles sont les sanctions efficaces, à la fois dissuasives et moins coûteuses. Le législateur et les juges ont également cherché à privilégier des sanctions moins coûteuses en s'assurant de leur nécessité et leur proportionnalité. Toutefois, des améliorations peuvent être apportées. Tout d'abord, nous mettrons en évidence la nécessité d'appréhender les coûts des sanctions avant de procéder à leur prononcé, notamment à travers l'anticipation de leurs effets (a). Ensuite, nous réitérerons notre proposition d'exclure la sanction des tentatives de soumission jugée trop coûteuse (b). Nous conseillons, néanmoins, de maintenir la sanction des pratiques illicites, y compris en cas d'absence de dommage réel ou en présence d'un dommage de faible intensité, sous réserve de tenir compte des effets des pratiques (c). Enfin, nous estimons que le système de sanction, existant en droit positif, apparaît proportionné sous réserve de sa mise en œuvre efficace par le juge (d).

a) *La prise en compte nécessaire des effets des sanctions pour apprécier leur efficacité*

371. *L'efficacité des sanctions dépend également de leurs effets sur les parties au contrat et l'économie.* Les effets des pratiques ne peuvent être ignorés puisqu'elles peuvent impacter l'économie, de manière positive ou négative¹⁸²⁴, comme le retient Mme F. JACOMINO dans sa thèse¹⁸²⁵. Tout comportement au sein des relations commerciales produit

¹⁸²² TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123.

¹⁸²³ Code com., art. L.442-4 nouveau et ancien article L.442-6, III tel que modifié par la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 102.

¹⁸²⁴ F. JACOMINO, *Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence*, th. droit, Université Côte d'Azur, 2018, §907 : « Il ressort pourtant des études menées que ces pratiques entraînent des pertes d'efficacités économiques. Le caractère collectif et répandu de ces pratiques produit un effet négatif sur le prix, diminue l'investissement et nuit à l'innovation des professionnels qui en sont victimes. Ces seuls éléments suffisent à démontrer les effets perturbateurs de ces pratiques sur la libre concurrence. ».

¹⁸²⁵ F. JACOMINO, « Le contrôle objectif... », *ibid.*, §850 : « Il est vrai que la science économique n'a, jusqu'à ce jour, pas démontré, au moyen d'une étude exhaustive, les effets de ces pratiques sur le marché [Rapport n°29, Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs, Patrick Rey et Jean Tirole, 21 novembre 2000]. » ; « L'on rétorquera [...] que l'objet concurrentiel pourrait ici s'entendre du but objectif poursuivi par ces pratiques, de leur effet probable ou possible. Il est vrai que la soumission ou tentative de soumission à un déséquilibre significatif poursuit objectivement un but de restriction de concurrence. Son effet probable est bien de porter atteinte à la libre concurrence » ; §856 : « Si ces pratiques s'envisagent comme des restrictions par objet, leur effet nocif sur la libre concurrence ne doit pas pour autant être sous-estimé. Au contraire, la généralisation de ces pratiques et leur particulière gravité, conduisent à y déceler les germes

un effet sur le marché. Or, en agissant directement sur le comportement illicite du professionnel, les sanctions impactent également le fonctionnement de l'économie. Le juge ne peut ignorer les effets réels des sanctions prononcées, leurs conséquences sur les parties (i) mais également sur le marché, les concurrents et les consommateurs (ii). Dans un souci d'efficacité économique, le juge ne doit pas se limiter à la poursuite d'objectifs juridiques, sans anticiper, autant que possible, les conséquences de ces sanctions. Il doit tenir compte de leurs effets, tant positifs que négatifs, lorsqu'il détermine la sanction adéquate, ce qui implique de procéder à une analyse coûts-avantages. La sanction la plus efficace est celle dont les avantages, notamment la portée dissuasive, punitive et réparatrice de la sanction, l'emportent sur ses coûts pour les parties au contrat et l'économie. *In fine*, les effets néfastes des sanctions doivent être inférieurs à leurs effets positifs pour justifier de leur efficacité. Il faut également prendre en compte les effets de la sanction dans son quantum.

i. Les effets des sanctions à l'égard des parties au contrat

372. *Les effets positifs des sanctions à l'égard du demandeur sont à nuancer.* Les sanctions cherchent notamment à produire des effets positifs pour la partie au contrat qui en bénéficie, en principe la victime. En effet, la victime, lorsqu'elle a agi en son nom, a supporté des coûts de procédure pour obtenir une sanction de la pratique, elle a donc procédé à une analyse coûts-avantages avant d'engager une action¹⁸²⁶. Il en est de même lorsqu'il s'agit de l'autorité publique qui a dû mener une enquête, parfois sur plusieurs années, pour décider d'agir à l'encontre d'un professionnel. Dans tous les cas, les objectifs recherchés visent à punir l'auteur de la pratique, y mettre fin et réparer le préjudice de la victime et/ou de l'ordre public économique lorsque l'action est introduite par l'autorité publique. *In fine*, la situation économique de la victime devrait être améliorée. Les effets positifs des sanctions se traduisent notamment par une réallocation des ressources au profit de cette dernière (par la réparation du préjudice, la nullité et la restitution des avantages indus) et également au profit de la société, lorsque l'autorité publique a agi (notamment par l'amende). Néanmoins, on peut s'interroger si, en pratique, les sanctions remplissent totalement leur mission. La victime obtient-elle réellement la réparation intégrale du préjudice subi ? Les modifications et suppressions exigées par le juge, même sous astreinte, permettent-elles réellement de supprimer le déséquilibre du contrat ? La victime ne s'expose-t-elle pas à l'annulation ou à la rupture du contrat modifié par l'auteur des pratiques ou bien à des représailles de ce dernier ? La durée de la procédure judiciaire ne contrevient-elle pas aux intérêts du demandeur en répondant à ses demandes de nombreuses années après la réalisation du dommage ? Ces questions sont d'autant plus importantes lorsque les sanctions sont prononcées au profit d'une pluralité de co-contractants. La sanction est parfois la même pour tous, mais les relations commerciales sont toutes différentes et le risque d'inadaptabilité peut être renforcé. Par ailleurs, si le fait d'avoir obtenu

d'effets délétères. Il ne s'agit pas seulement de dispositions destinées à remédier à un état de faiblesse dans une optique de moralisation de la vie des affaires, mais d'abord et surtout de stimuler la concurrence en laissant entrer de nouveaux opérateurs, et en permettant aux prix de jouer librement. Dans cette perspective, le contrôle objectif de l'équilibre contractuel opéré par le biais des pratiques restrictives relève pleinement d'une régulation de la concurrence sur le marché. ».

¹⁸²⁶ Pour appréhender ses chances de réussite, elle peut formuler un avis devant la CEPC.

gain de cause devant le juge renforce le pouvoir de négociation de la victime, son pouvoir de négociation peut rester inférieur à celui de son partenaire (notamment en cas de dépendance) et la conduire, une nouvelle fois, à se soumettre à un déséquilibre significatif. C'est pourquoi, les sanctions doivent être suffisamment dissuasives pour être respectées.

373. *Les effets négatifs des sanctions à l'encontre de l'auteur des pratiques sont à nuancer.* Les sanctions prononcées à l'encontre de l'auteur du déséquilibre ont pour objectifs de lui retirer l'avantage qu'il a indûment perçu, le punir pour son comportement et l'empêcher de récidiver. Il appartient au juge d'effectuer le choix le plus judicieux pour s'assurer de l'efficacité du système de sanction prononcé. Or, outre les sanctions pécuniaires, l'un des effets des sanctions les plus pénalisants pour l'auteur d'un dommage est de se voir imposer l'existence d'un contrat dont le contenu a été modifié par le juge. En effet, la cessation des pratiques, la répétition des avantages indus ou encore la nullité conduisent à modifier le contenu du contrat, objet du litige, qui peut être terminé ou en cours. Notons que ces sanctions pourraient également conduire à une inversion de l'équilibre du contrat au profit du demandeur. En effet, rappelons que l'analyse de l'équilibre effectuée par le juge, en droit positif, souffre d'incohérence économique puisqu'il refuse de prendre en compte les gains indirects retirés du contrat. Par ailleurs, le prononcé d'une amende, même plafonnée et tenant compte des capacités financières du professionnel, peut représenter une partie majeure de ses bénéfices. On peut s'interroger si une telle sanction pourrait porter atteinte à l'activité économique d'une partie. Cette question est d'autant plus pertinente car les sanctions ont tendance à se cumuler. Par exemple, prononcer la nullité de clauses ou d'un contrat, avec les restitutions auxquelles elle ouvre droit, ou la répétition de l'indu en plus d'une amende peut conduire à des montants importants. La somme des indemnisations et restitutions exigées pourraient lourdement affecter le budget des responsables, soit directement lorsqu'ils ne sont pas couverts par une assurance, soit indirectement, en raison d'une hausse des primes d'assurance. Les assureurs pourraient d'ailleurs décider de renoncer à couvrir certains risques si le poids des sanctions devenait trop élevé. Le prononcé de la publication de la sanction et la mise en œuvre contraignante d'une astreinte viennent alourdir de telles conséquences. Néanmoins, les effets nocifs des sanctions à l'égard de l'auteur des pratiques sont à nuancer.

Si l'auteur des pratiques est sanctionné, il peut mettre en place des comportements opportunistes pour atténuer l'impact de la sanction. Un tel comportement peut se traduire par un transfert financier vers le consommateur, les sociétés du groupe ou d'autres partenaires. Par exemple, le consommateur pourrait se voir imposer une hausse des prix par le professionnel lui permettant de compenser les frais résultants de la sanction¹⁸²⁷. L'auteur du préjudice peut appartenir à un groupe et de nombreuses sociétés de ce groupe peuvent être déclarées responsables pour sa faute et ainsi se partager les frais des sanctions. Toutes les sociétés du groupe n'ayant pas les mêmes capacités financières, certaines étant plus à même d'absorber le montant des sanctions. Notons que le législateur s'est refusé à prendre en compte le chiffre d'affaires du groupe pour fixer le montant de l'amende en se limitant uniquement à celui de

¹⁸²⁷ J. TRAUILLÉ, « La réparation du préjudice économique pur en question », *RTD civ.*, 2018, p. 285, §6.

l'auteur des pratiques¹⁸²⁸. Par ailleurs, l'auteur de la pratique peut également faire l'objet d'une fusion-absorption lui permettant de bénéficier du soutien d'une nouvelle société. En effet, le juge privilégie le critère relatif à l'existence d'une continuité juridique et économique de l'entreprise y compris en cas de rachat. Le principe de personnalité des peines en matière économique est insuffisant pour s'opposer au partage de la sanction avec la société absorbante¹⁸²⁹. Le fautif pourrait également faire supporter les coûts de la sanction sur ses autres partenaires, notamment en cas de dépendance de ces derniers. En effet, il pourrait accroître ses avantages contractuels, à leur détriment, et ainsi parvenir à se constituer une trésorerie. Un tel comportement pourrait être sanctionné pour déséquilibre significatif, mais rien n'est certain et une telle sanction pourrait intervenir plusieurs années après leur réalisation. Par ailleurs, si la modification du contenu contractuel par le juge ne satisfait pas le co-contractant sanctionné, il peut décider de mettre un terme au contrat au détriment de l'autre partie plus faible. En outre, les coûts des sanctions prononcées peuvent être, finalement, inférieurs aux avantages retirés par la pratique illicite au profit de son auteur. *In fine*, ces sanctions peuvent renforcer les comportements opportunistes des professionnels visant à contourner le risque d'être condamné. Des innovations en matière d'infraction pourraient voir le jour.

ii. *Les effets des sanctions sur l'économie*

374. *Les effets des sanctions sur l'économie et notamment l'ordre public économique.* L'autorité publique, lorsqu'elle intervient pour dénoncer un déséquilibre significatif, doit en principe justifier d'une atteinte, réelle ou potentielle, à l'ordre public économique. Ainsi, lorsque des sanctions sont prononcées, suite à une action de l'autorité publique, elles doivent avoir pour objectif de maintenir ou rétablir l'ordre public économique. Il convient de s'interroger sur l'impact réel de ces sanctions afin d'en vérifier l'efficacité. La sanction majeure en la matière est l'amende puisque seule l'autorité publique, en tant que gardienne de l'ordre public économique, peut la demander. Ainsi, l'amende devrait compenser l'atteinte réalisée à l'ordre public économique, punir cette atteinte et dissuader sa poursuite ou la création d'une nouvelle atteinte. Par ailleurs, les sanctions visant la suppression du déséquilibre dans le contrat, si elles sont prononcées à la demande de l'autorité publique, devraient également permettre de mettre fin à l'atteinte à l'ordre public économique. Le juge devrait s'assurer que ces sanctions répondent à ces objectifs avant de les prononcer. Or, de telles sanctions pourraient également produire des effets nocifs pour l'économie. Par exemple, elles pourraient dissuader des professionnels de signer des contrats efficaces économiquement ou bien limiter l'efficacité économique de certains contrats pour éviter une sanction. Une telle limitation pourrait pénaliser l'innovation. Ainsi, les sanctions prononcées à l'encontre d'un co-contractant peuvent modifier

¹⁸²⁸ V. not. Assemblée nationale, 12 juin 2015, croissance, activité et égalité des chances économiques, n° 2866, amendement n°2 tombé, présenté par M. Hammadi, article 10 d : « L'amendement propose de donner au ministre et aux juridictions concernées la possibilité de saisir non seulement l'auteur des pratiques illicites, mais également les bénéficiaires appartenant au même groupe. Ainsi rédigé, l'article permet de répondre aux cas de figure où les structures juridiques visées ont un chiffre d'affaires faible mais non représentatif de leur réel poids économique (franchisés *versus* groupes intégrés, par exemple). ».

¹⁸²⁹ Cass. com., 21 janvier 2014, n°12-29.166 ; CJUE, aff. C-343/13, 5 mars 2015, Modelo Continente Hipermercados ; CEDH, n°37858/14, 1er octobre 2019, Carrefour ; Cass. crim., 25 novembre 2020, n°18-86.955 ; H. BARBIER. F. STASIAK, « Transmission d'une amende civile à la société absorbante : la fusion n'est qu'un changement d'état », *Lexbase pénal*, nov. 2019, p. 36.

ses comportements et ainsi produire des effets, même minimes, sur le marché et notamment à l'égard de la concurrence et des consommateurs¹⁸³⁰. Le surplus du consommateur pourrait être impacté par le changement de comportement des acteurs économiques subissant la décision judiciaire, notamment lorsqu'il était, initialement, le bénéficiaire de la relation déséquilibrée entre les parties¹⁸³¹. De même, les partenaires commerciaux peuvent voir leur activité économique modifiée, de manière négative, du fait de la réaction du professionnel condamné à leur détriment. Il convient donc de s'assurer que les sanctions prononcées par le juge ont un impact positif sur le fonctionnement du marché. Faire abstraction des effets que pourraient avoir les sanctions sur les parties au contrat et l'économie pourrait mener à des conséquences plus coûteuses qu'avantageuses. Autrement dit, le calcul coûts-avantages pourrait tendre vers le rejet de certaines sanctions. Les effets nocifs de certaines sanctions, comme la perte de bien-être social, l'éviction d'un acteur important du secteur ou encore un enrichissement abusif de la victime, constituent des coûts non négligeables susceptibles de faire perdre tout intérêt aux sanctions, y compris lorsqu'elles sont dissuasives. C'est pourquoi, il apparaît nécessaire d'apprécier l'efficacité des sanctions judiciaires à travers la mise en œuvre des objectifs juridiques poursuivis, mais également à travers les effets qu'elles sont susceptibles de produire sur les parties et l'économie.

b) *L'exclusion d'une sanction des tentatives de soumission jugée trop coûteuse*

375. *L'exclusion d'une sanction des tentatives de soumission jugée trop coûteuse en comparaison avec ses bénéfices.* Si les économistes recherchent la portée dissuasive d'une sanction, ils estiment que les sanctions prononcées ne doivent pas être plus nocives pour la société que les effets des pratiques sanctionnées. Ils recommandent de tenir compte de plusieurs catégories de coûts : les coûts de précaution pour éviter le dommage, les coûts du dommage s'il se produit et les coûts de mise en œuvre du système judiciaire pour le sanctionner¹⁸³². En sanctionnant les acteurs des pratiques, les juges cherchent à leur faire supporter les coûts nocifs pour la société. Dès lors, les économistes recommandent de ne sanctionner que les dommages dont les effets négatifs l'emportent sur les effets positifs pour la société. Certains économistes estiment qu'il est plus coûteux qu'avantageux de sanctionner des pratiques qui n'ont finalement causé aucun dommage ou bien un dommage mineur¹⁸³³. Or, le législateur et les juges entendent

¹⁸³⁰ F. JACOMINO, « Le contrôle objectif... », *op. cit.*, p. 535 et s. Autorité conc., Rapport annuel d'activité, 2005, p.106 : « Des amendes trop élevées risquent de mettre en danger leur survie ou tout du moins de les fragiliser, entraînant ainsi d'autres inefficacités : par exemple, le paiement des amendes peut amoindrir leur capacité concurrentielle dans des proportions telles que le bilan économique global de la politique de concurrence et son impact sur le bien-être du consommateur en seront affectés. La sanction optimale doit donc tenir compte de la capacité à payer des entreprises, ce qui rejoint le principe constitutionnel d'individualisation (ou personnalisation) des peines. ».

¹⁸³¹ V. par ex., A. LE LOCH, P.A. MARTIN, Rapport n°3104 d'information déposé en application de l'article 145-7 du Règlement par la commission des affaires économiques sur la mise en application de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, Assemblée nationale, 7 octobre 2015, b. Les conséquences de la guerre des prix : « Le gagnant à court terme est donc de toute évidence le consommateur final. La guerre des prix lui a permis de dégager quelques marges de manœuvre et donc de se faire plaisir, malgré les difficultés économiques. Mais cette satisfaction a également un coût non négligeable pour les fournisseurs. ».

¹⁸³² Ref, th. §70 et s.

¹⁸³³ Ref, th. §72 et s.

sanctionner l'ensemble des pratiques indépendamment de la réalisation d'un dommage et quelle que soit l'intensité du dommage, puisqu'ils sanctionnent également les tentatives. Nous avons déjà contesté l'utilité d'une sanction des tentatives de soumission¹⁸³⁴. Il s'agit d'une soumission ayant échoué, en général, car l'autre partie ne pouvait pas être soumise. Leur sanction n'était pas réellement justifiée puisqu'elle visait à protéger un acteur qui n'avait pas besoin d'être protégé. Or, il apparaît d'autant plus inefficace de sanctionner des pratiques qui ont échoué et dont le dommage qui aurait résulté d'une infraction complète n'a donc pas pu se produire. Certes, un préjudice pourrait découler d'une tentative de soumission ne serait-ce qu'en raison de la perte de temps supportée par la partie qui se dit victime, mais ce dommage ne peut être d'une intensité aussi importante que celui résultant d'une soumission effective. La sanction d'une tentative de soumission, sur le fondement du déséquilibre significatif, apparaît, là encore, inefficace car les sanctions prévues en l'espèce ont des effets bien trop importants au regard de la faible gravité de cette pratique et de l'absence de dommage conséquent. Les effets d'une telle sanction pourraient être plus nocifs que les effets de l'infraction qu'ils entendent sanctionner. Une telle sanction serait donc très coûteuse pour l'ensemble de la société. Si la portée dissuasive de ce système a pu être avancée, nous rappelons que la dissuasion est tout de même maintenue puisque l'infraction complète reste sanctionnée.

c) Le maintien des sanctions en cas d'absence de dommage réel ou d'un dommage de faible intensité résultant de la soumission à un déséquilibre significatif

376. *Le maintien des sanctions des infractions complètes ne conduisant à aucun dommage réel ou bien à un dommage de faible intensité.* En présence d'une infraction complète conduisant à l'absence d'un dommage réel ou bien, d'un dommage de faible intensité, nous pouvons également nous interroger sur l'efficacité d'une telle sanction. Les juges doivent sanctionner des pratiques susceptibles de porter atteinte à l'ordre public économique, afin de prévenir la réalisation d'un dommage dont la gravité découle de la nature même de l'atteinte. Ainsi, quand bien même, les pratiques illicites n'ont pas conduit à un dommage au jour de la saisine du juge, il apparaît néanmoins nécessaire de prononcer des sanctions dissuasives, certes coûteuses, mais permettant d'éviter un préjudice qui serait alors plus coûteux pour la société s'il se réalisait. Lorsque l'action est intentée par l'autorité publique afin de protéger l'ordre public économique, la non-réalisation du dommage et son action à titre préventif devraient donc ouvrir le droit à des sanctions dissuasives. Or, lorsque l'acteur économique agit pour la protection de ses seuls intérêts et qu'aucun dommage ne s'est produit ou bien uniquement un dommage de faible intensité, devrait-on maintenir la mise en œuvre de sanctions qui s'avèrent coûteuses ? Il nous apparaît peu vraisemblable que le droit français accepte de ne pas sanctionner une pratique en l'absence d'un dommage réel ou en présence d'un dommage de faible intensité en présence d'un déséquilibre significatif, pratique importante dans le Code de commerce. Ainsi, le législateur, et le juge, ont décidé, délibérément, de ne pas économiser des coûts en refusant de se limiter à la sanction des pratiques les plus dommageables. Le législateur prend le risque de prononcer des sanctions qui s'avèrent finalement coûteuses à l'encontre de

¹⁸³⁴ Ref, th. §107 et s.

pratiques dont les effets nocifs sont absents ou limités. Précédemment, nous avons recommandé au juge de vérifier l'existence d'effets nocifs, au moins potentiels, mais fortement probables et sensibles pour justifier d'une sanction. Par ailleurs, les effets positifs des pratiques pourraient l'emporter sur les effets négatifs, le maintien d'une sanction apparaîtrait alors plus coûteux pour la société. En ce sens, nous avons préconisé l'introduction d'une exemption de sanction¹⁸³⁵. Maintenir la relation contractuelle, même en présence d'un déséquilibre contractuel significatif, devrait être une priorité en l'absence d'effets nocifs suffisamment possibles et sensibles pour les parties et le marché. Or, nous savons que les juges sanctionnent rarement, en pratique, les acteurs économiques qui agissent seuls sur le fondement du déséquilibre significatif. Là encore, dans une perspective de réduction des coûts de justice et dans l'intérêt des acteurs économiques, nous avons recommandé de privilégier des modes alternatifs de résolution des conflits, notamment encadrés par un tiers, en l'absence d'atteinte à l'ordre public économique.

d) Le prononcé d'une sanction proportionnée en droit positif sous réserve de sa mise en œuvre efficace par le juge

377. *Le régime de sanction prévu en matière de déséquilibre significatif conduit à une sanction qui apparaît proportionnée sous réserve d'une mise en œuvre efficace par le juge.* Précédemment, nous avons vu que les économistes entendent privilégier une importante probabilité de détection, bien que coûteuse, plutôt que des sanctions démesurées, d'autant plus lorsque la probabilité d'erreur est importante. Dès lors, devrait-on cesser d'accroître les sanctions prononcées en matière de déséquilibre significatif et au contraire, renforcer leur détection et condamnation ? La probabilité de détection peut être jugée relativement importante au regard des actions intentées par l'autorité publique et en raison des nombreuses saisines des acteurs économiques. Or, l'autorité publique ne peut pas enquêter sur tous les secteurs en raison des coûts que cela implique. Elle limite également ses recherches à des secteurs susceptibles de menacer l'ordre public économique. En outre, lorsque l'action est intentée par l'autorité publique, la probabilité de condamnation apparaît relativement importante. Dès lors, il ne nous semble pas nécessaire d'accroître le niveau de détection et condamnation en la matière. Néanmoins, la probabilité de condamnation, lorsque l'action est intentée par un acteur économique, doit être accrue car elle apparaît insuffisamment dissuasive en pratique. Par ailleurs, rappelons que les parlementaires ont régulièrement émis des craintes quant au manque de proportionnalité des sanctions prononcées en matière de déséquilibre significatif, néanmoins, la pratique a démontré qu'il était pourtant nécessaire de les accroître afin d'augmenter leur portée dissuasive. Certains acteurs ne sont pas suffisamment dissuadés de poursuivre les pratiques illicites y compris lorsqu'ils avaient déjà fait l'objet d'une sanction. Cette situation pourrait s'expliquer par le fait qu'ils ne comprennent pas la pertinence de ce qui leur est reproché ou encore car les sanctions ne les dissuadent pas suffisamment de renoncer aux avantages retirés par les pratiques illicites.

¹⁸³⁵ Ref. th. §106 et s. et §267 et s.

Pourtant, le dispositif de sanction, tel qu'il existe aujourd'hui dans le Code de commerce, nous semble proportionné. La grande diversité des sanctions proposées apparaît efficace, en raison de montants élevés et de leur capacité d'adaptation aux différentes caractéristiques des entreprises concernées et aux gains obtenus. Nous verrons, par la suite, que ces sanctions entendent répondre à différents objectifs juridiques. Toutefois, leur mise en œuvre judiciaire pourrait, au contraire, apparaître insuffisante car les sanctions prononcées en pratique sont bien souvent inférieures aux seuils prévus par le Code de commerce. Or, la mise en œuvre de sanctions supplémentaires, comme des astreintes, vient utilement renforcer la portée dissuasive de ces sanctions permettant au départ de mettre en garde l'entreprise, puis la sanctionner plus durement en cas de persistance. Néanmoins, la mise en œuvre de sanctions supplémentaires implique également un coût pour la société, outre celui du dommage qui perdure dans le temps. Dès lors, les juges pourraient prononcer en pratique des sanctions plus dissuasives afin d'éviter cette situation. Par ailleurs, se pose également la question du prononcé cumulé des sanctions par le juge. Par exemple, lorsqu'un préjudice a fait l'objet d'une réparation, est-il nécessaire et proportionné de prononcer des sanctions supplémentaires ? Une sanction supplémentaire pourrait, par exemple, se justifier lorsque le préjudice initial est susceptible de durer ou bien en prévention d'un nouveau préjudice. Il faut donc s'interroger, au cas par cas, sur le système de sanction le plus efficace. Nous approfondirons ces points ultérieurement. Or, nous constatons que le juge cherche à prononcer des sanctions uniquement si elles sont nécessaires. Cette démarche permet notamment de comparer les coûts des sanctions pour la société avec les bénéfices attendus. Ainsi, en refusant des demandes qui cherchent uniquement à accroître la punition du fautif, sans réel bénéfice pour la société, le juge s'assure que les sanctions prononcées sont bien nécessaires et ne conduisent pas à des coûts qui auraient pu être évités. Par exemple, il est judicieux de ne pas exiger des entreprises fautives de prendre en charge la publicité de leur sanction dès lors que cette publicité sera déjà effectuée par les médias. *In fine*, la légitimité d'une intervention judiciaire, dans la sphère économique, dépend de sa capacité à prononcer des sanctions à la fois dissuasives, nécessaires et proportionnées.

378. *La recherche d'une sanction punitive et dissuasive ne doit pas écarter la protection des droits des entreprises.* En renforçant la portée punitive et dissuasive des sanctions, à travers l'accroissement de leur nombre, de leur montant ou encore de leur portée, le législateur tend à renforcer la punition supportée par les acteurs économiques en cas de déséquilibre significatif. L'intensité et la gravité des effets d'une sanction impliquent de respecter les droits et libertés des agents économiques¹⁸³⁶, notamment les droits de la défense. Or, cette pratique relève, en droit interne, de la matière civile, ce qui exclurait, en principe, l'application du droit pénal, du moins en dehors de l'amende civile¹⁸³⁷, pouvant être prononcée à la demande du Ministre et jugée de nature « quasi-pénale »¹⁸³⁸. Pourtant, l'objectif recherché

¹⁸³⁶ Conseil constit., décision n°2017-750 DC, 23 mars 2017, loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

¹⁸³⁷ V. pour une analyse ant. : M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *LPA* 20 nov. 2002, n°232, p. 36.

¹⁸³⁸ CA Nîmes, 25 février 2010, n°07/00606. Conseil constit., décision n°2010-85 QPC du 13 janvier 2011, Établissements Darty et Fils et décision n°2018-749 QPC, du 30 novembre 2018, Société Interdis et autres. G. PARLEANI, « Le devenir du déséquilibre significatif », *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution* 2014, p.104 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Nature publique de l'action du ministre en matière

par le législateur en matière de pratiques restrictives de concurrence, est bien de faire du droit pénal, sans pour autant se voir imposer les contraintes du droit pénal, comme le démontrerait le mouvement de dépénalisation qui s'est appliqué¹⁸³⁹. Or, les sanctions prévues et, surtout la possibilité de les cumuler¹⁸⁴⁰, pourraient, pourtant, conduire à l'établissement d'une « peine » pour les acteurs économiques, y compris si elles sont « seulement » pécuniaires, nécessitant ainsi le respect des droits des entreprises, tirés notamment du droit pénal. Une peine pouvant être établie, conformément à l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme (« CEDH »), outre suivant la condamnation d'une infraction, au regard de la nature et du but de la mesure en cause, sa qualification en droit interne, les procédures délimitant son adoption et celles de son exécution et, enfin, sa gravité¹⁸⁴¹. L'intention répressive constituerait notamment un critère déterminant¹⁸⁴². Cette qualification pourrait s'appliquer, au-delà de l'amende civile¹⁸⁴³, à d'autres sanctions à tout le moins demandées par le ministre de l'Économie¹⁸⁴⁴. En effet, l'action du Ministre a pu être admise comme relevant de la matière pénale en raison, notamment, des pouvoirs exorbitants d'enquête dont il bénéficie¹⁸⁴⁵. La défense de l'ordre public économique, justifiant son action, afin de protéger un intérêt général, pourrait également justifier le respect des principes de droit pénal en matière commerciale. Il apparaît moins probable que cette qualification soit retenue lorsque l'action est initiée uniquement par un acteur économique, puisqu'il ne bénéficie pas de tels pouvoirs exorbitants. Par ailleurs, la jurisprudence ne démontre pas une probabilité de condamnation importante, ni, le prononcé, en pratique, de sanctions élevées (ce qui conduit, toutefois, à s'interroger sur son droit à un recours effectif).

Ainsi, le principe de légalité des délits et des peines, repris à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (« DDHC »)¹⁸⁴⁶, s'applique à toute sanction ayant le

de pratiques restrictives de concurrence – CJUE, 22 déce.2022, aff. Eurelec », *La semaine juridique Entreprise et Affaires* n°06, 9 février 2023, p.1041 ; v. égal. CA Paris, 7 juin 2023, n°21/14951.

¹⁸³⁹ Not. via la loi Hamon n°2014-344 du 17 mars 2014 et la loi Pinel n°2014-626 du 18 juin 2014.

¹⁸⁴⁰ En ce s. égal. M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'amende civile devant le Parlement ou le vote à l'aveugle ! », *RDC* 2015, n° 3, p.535.

¹⁸⁴¹ P. DOURNEAU-JOSETTE, « Convention européenne des droits de l'homme : jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Mars 2021 (actualisation : Juillet 2023), §608.

¹⁸⁴² En ce s. égal. v. J. PROROK, « L'amende civile dans la réforme de la responsabilité civile, Regard critique sur la consécration d'une fonction punitive générale », *RTD Civ.* 2018, p. 237.

¹⁸⁴³ Dont la portée pénale a été reconnue, y compris si elle est de nature civile v. CA Paris, 28 juin 2023, n°21/16174.

¹⁸⁴⁴ N. MATHEY, « Preuve et droit au procès équitable », *Contrats Concurrence Consommation* n°7, Juillet 2022, comm. 117 : « la nature et l'importance de certaines sanctions et l'intervention du ministre confère à la matière un caractère répressif indiscutable ». V. égal. CJUE, aff. C-98/22, 22 décembre 2022 qui exclut l'action du Ministre, bénéficiant de pouvoirs exorbitants, de la matière civile et commerciale. M. BEHAR-TOUCHAIS, « Nature publique de l'action du ministre en matière de pratiques restrictives de concurrence – CJUE, 22 déce.2022, aff. Eurelec », *La semaine juridique Entreprise et Affaires* n°06, 9 février 2023, p.1041.

¹⁸⁴⁵ CA Paris, 15 mars 2023, n°21/13481.

¹⁸⁴⁶ Le texte est le suivant : « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance. ».

caractère d'une punition¹⁸⁴⁷, le législateur doit alors déterminer ces sanctions en des termes suffisamment clairs et précis¹⁸⁴⁸. Le Conseil constitutionnel a admis la conformité, du moins de l'amende civile, au principe de légalité des délits et des peines car la notion de déséquilibre significatif apparaissait suffisamment définie¹⁸⁴⁹. Or, nous avons vu, qu'en pratique, cette notion demeure floue et son analyse judiciaire demeure irrégulière, bien que certaines améliorations aient pu être constatées. Par ailleurs, il nous apparaît fondamental de garantir le principe d'individualisation des peines et ainsi, éviter qu'une loi écarte toute individualisation au profit d'une peine fixe, ce qui serait contraire au principe de proportionnalité¹⁸⁵⁰. Il devrait en être de même du principe de nécessité, conformément à l'article 8 de la DDHC, selon lequel la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires. L'exigence de motivation ou encore, le respect du principe « *non bis in idem* », selon lequel, « *nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement à raison des mêmes faits* »¹⁸⁵¹ apparaissent déterminants dans de telles circonstances¹⁸⁵². Par exemple, la doctrine a pu s'interroger sur l'application de ce principe concernant des amendes civiles, si leur montant était multiplié en fonction du nombre de clauses jugées illicites, alors considérées comme des faits distincts, et non comme l'établissement d'une seule pratique¹⁸⁵³. Par ailleurs, le principe de personnalité des peines a pu être invoqué en présence d'un transfert de sanction en cas de changement d'organisation juridique de l'entreprise¹⁸⁵⁴. En outre, l'article 6 de la CEDH établit le droit à un procès équitable, il s'agit d'un article qui a pu être invoqué, en matière de déséquilibre significatif, sans que sa violation soit retenue¹⁸⁵⁵. Enfin, les droits de la défense devraient être garantis pour permettre aux entreprises de démontrer l'absence de pratique illicite ou l'absence de justification d'une sanction. Conformément à nos recommandations, il apparaît fondamental que le défendeur puisse se défendre de manière effective. En ce sens, il devrait pouvoir produire

¹⁸⁴⁷ A. DADOUN, « L'obligation constitutionnelle de motivation des peines », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 4, n°4, 2018, p.805-827, §20 ; CA Paris, 21 Juin 2017, n°15/18784 (notons néanmoins la cassation de cet arrêt pour avoir admis le déséquilibre significatif par Cass. com., 8 juillet 2020, n°17-31.536) ; CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187.

¹⁸⁴⁸ Conseil constit., décision n°2022-1011 QPC, 6 octobre 2022, Société Amazon EU, §8.

¹⁸⁴⁹ Conseil constit., décision n°2010-85 QPC, 13 janvier 2011, Établissements Darty et Fils et décision n°2018-749 QPC, 30 novembre 2018, Société Interdis et autres.

¹⁸⁵⁰ J.H. ROBERT, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 26 (Dossier : La Constitution et le droit pénal) août 2009, §12. Notons, par ex., l'introduction d'une sanction de publication systématique v. Code com., art. L.442-4, II.

¹⁸⁵¹ V. en ce sens, Code de proc. pénale, art. 368. Notons, qu'une telle crainte a pu être soulevée en raison du cumul des sanctions pouvant être prononcées, ou encore du cumul des actions pouvant être effectuées, publiques et privées.

¹⁸⁵² M. BEHAR-TOUCHAIS, « a) l'amende civile prévue à l'article L.442-6, III du Code de commerce est bien répressive », *RDC* 2011, n°2, p.536.

¹⁸⁵³ S. CHAUDOUET, « Validation par le Conseil constitutionnel d'un cumul sans limites des sanctions administratives », *Recueil Dalloz* 2022, p.938.

¹⁸⁵⁴ M.C. SORDINO, « Spécificités de l'application du principe de personnalité des peines en matière économique », *Recueil Dalloz* 2014, p.531.

¹⁸⁵⁵ Récemment, CA Paris, 15 mars 2023, n°21/13481 : « l'introduction de l'article L 442-6 I 2° du code de commerce qui est ici en débat avait précisément pour objet de garantir un meilleur équilibre des relations commerciales au sein de la grande distribution au bénéfice des fournisseurs, considérés comme structurellement en situation défavorable en dépit de renversements des équilibres ponctuels. Ce type de relations [...], induit une appréciation plus souple des atteintes aux droits garantis par l'article 6 de la CESDH en son volet pénal que dans le cadre d'une procédure correctionnelle ou criminelle, les enquêteurs pouvant être amenés à vaincre ou contourner la réticence des fournisseurs soucieux de ne pas déplaire à leurs partenaires commerciaux ».

et obtenir l'analyse judiciaire des outils économiques permettant au juge de comprendre le fonctionnement réel du contrat. Il devrait également pouvoir bénéficier de l'accès à l'entier dossier, en présence d'une action du Ministre, pour lui permettre de s'appuyer sur les éléments à décharge¹⁸⁵⁶. Rappelons que ce dernier agit, en principe, pour la protection de l'ordre public économique et non pour la seule défense des intérêts privés des acteurs. Il s'agit de garantir le respect du principe d'égalité des armes, comme permettant un « juste équilibre » entre les droits des parties¹⁸⁵⁷. Nous avons également nuancé l'utilité des procès-verbaux anonymisés, notamment lorsqu'ils résultent d'aveux obtenus, insidieusement, par le Ministre¹⁸⁵⁸. Si leur utilité est admise, dès lors qu'il existe de réelles craintes de représailles à l'égard des victimes¹⁸⁵⁹, cette seule démonstration ne saurait suffire à emporter l'existence de la pratique illicite, comme l'a retenu récemment la Cour de cassation¹⁸⁶⁰. Le défendeur doit pouvoir, de manière effective, contredire ces déclarations anonymes. De même, la présomption d'innocence¹⁸⁶¹ serait fortement remise en cause au regard des pouvoirs octroyés au Ministre, lui permettant de prononcer des injonctions, y compris sous astreinte, indépendamment de toute saisine du juge¹⁸⁶². En effet, si le droit au contradictoire est garanti, rappelons que le Ministre agit habituellement à charge en matière de déséquilibre significatif et n'obtient pas toujours gain de cause devant le juge. Si le Conseil constitutionnel s'est déjà prononcé, à plusieurs reprises, pour admettre la conformité de la sanction du déséquilibre significatif à certains de ces grands principes, une attention particulière au respect des droits des entreprises doit être maintenue, en pratique.

Ainsi, si nous souhaitons permettre la portée punitive et dissuasive des sanctions en matière de déséquilibre significatif¹⁸⁶³, sous réserve qu'il soit démontré de manière réaliste et efficace, il nous apparaît également primordial de s'assurer que ces sanctions restent nécessaires et proportionnées, à tout le moins sous l'angle de l'analyse économique, notamment lorsqu'elles font l'objet d'un cumul.

379. *Conclusion.* L'optimalité d'une sanction dépend, en outre, de ses coûts et non uniquement de sa dimension dissuasive. En effet, il faut vérifier si le bénéfice, la dissuasion,

¹⁸⁵⁶ J. PROROK, « La répression civile », *RSC* 2019, p.313, §41. M. BEHAR-TOUCHAIS, « Nature publique de l'action du ministre en matière de pratiques restrictives de concurrence – CJUE, 22 déc.2022, aff. Eurelec », *La semaine juridique Entreprise et Affaires* n°06, 9 février 2023, p. 1041.

¹⁸⁵⁷ CA Paris, 15 mars 2023, n°21/13481 qui estime qu'en présence d'une action du Ministre, ce principe serait préservé notamment en raison d'un contradictoire, permettant d'apporter la preuve contraire.

¹⁸⁵⁸ S. CHAUDOUET, « Le glas est sonné de la preuve anonymisée de la soumission à un déséquilibre significatif », *Recueil Dalloz* 2022, p.1795 ; v. égal. Cass. com., 11 mai 2022, n°19-22.242 ; CA Paris, 15 mars 2023, n°21/13481.

¹⁸⁵⁹ S. CHAUDOUET, « Le glas est sonné de la preuve anonymisée de la soumission à un déséquilibre significatif », *Recueil Dalloz* 2022, p.1795. : « il serait « difficile de pénétrer le secret des "box" de négociations et autres "calls" à l'occasion desquels [elles] se nouent ». Il n'est alors pas étonnant qu'il se reporte sur des modes de preuve imparfaits, car simplifiés, au premier chef desquels des témoignages de fournisseurs rassemblés dans le cadre de ses pouvoirs d'enquête et d'audition. ».

¹⁸⁶⁰ Cass. com., 11 mai 2022, n°19-22.242.

¹⁸⁶¹ DDHC, art. 9.

¹⁸⁶² M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le name and shame ou le retour de l'infamie », *RDC* 2013, n°4, p. 1427.

¹⁸⁶³ En ce s. égal. J. PROROK, « L'amende civile dans la réforme de la responsabilité civile, Regard critique sur la consécration d'une fonction punitive générale », *RTD Civ.* 2018, p. 237 : « Quand on ne peut frapper qu'au portefeuille, il faut frapper fort » afin de garantir la portée dissuasive d'une sanction. ».

n'est pas inférieur aux coûts de sanction. L'analyse économique invite à tenir compte des coûts de mise en œuvre des sanctions et des coûts résultant de leurs effets sur les parties et l'économie. Elle invite également à ne pas sanctionner les pratiques dès lors qu'elles ne causent pas de dommage ou un dommage mineur, d'arbitrer *ex ante* entre le niveau de sanction et le niveau de probabilité de détection et d'arbitrer *ex post* entre les différents types de sanctions proposées. En effet, la prise en compte de ces notions permet d'intégrer les exigences de nécessité et de proportionnalité, bien connues de l'analyse juridique. Néanmoins, le législateur et les juges refusent de ne sanctionner que les pratiques les plus dommageables. Nous proposons donc de formuler des pistes d'amélioration de l'analyse judiciaire en matière de sanction du déséquilibre significatif. L'objectif étant de s'assurer que les sanctions prononcées soient effectivement dissuasives sans être trop coûteuses pour la société. Nous proposons donc de vérifier que les effets néfastes des sanctions pour les parties et l'économie soient bien inférieurs à leurs effets positifs. Ainsi, se limiter aux objectifs juridiques des sanctions pour en apprécier la justification ne saurait suffire. En outre, nous recommandons d'exclure la sanction des tentatives de soumission jugée plus coûteuse qu'avantageuse pour la société. En effet, les tentatives de soumission visent une soumission qui a échoué, ce qui implique qu'aucun dommage conséquent n'ait pu avoir lieu. Leur sanction et les coûts de mise en œuvre qu'elle implique pourraient donc être évités. Nous conseillons, néanmoins, de maintenir la sanction des pratiques illicites y compris en l'absence de dommage réel ou en présence d'un dommage de faible intensité. Le droit français pourrait être réticent à refuser de sanctionner toute pratique illicite sous prétexte qu'elle n'a pas causé un dommage suffisant. Il convient de prévenir la réalisation d'un dommage notamment lorsqu'il s'agit d'une atteinte à l'ordre public économique. Enfin, nous estimons que le système de sanction existant en droit positif apparaît proportionné sous réserve de sa mise en œuvre efficace par le juge. En effet, le législateur a prévu un ensemble de sanctions, répondant à différents objectifs et prévoyant des montants élevés. Néanmoins, si les juges entendent ne prononcer que des sanctions proportionnées et nécessaires, en pratique, leur prononcé apparaît parfois insuffisamment dissuasif. Il convient d'en améliorer l'efficacité à travers le prononcé de sanctions plus élevées. Toutefois, il convient également de garantir le respect des droits des entreprises, notamment leurs droits de défense. Nous mettons également en garde contre la nécessité de tenir compte des effets du cumul des sanctions sur les parties et l'économie afin de s'assurer que les sanctions prononcées soient bien nécessaires et proportionnées.

Section II - La poursuite pratique des objectifs juridiques de manière efficace

380. *Si les juges poursuivent, à juste titre, divers objectifs juridiques, leur mise en œuvre doit être efficace.* Conformément à la volonté du législateur, le juge prononce une sanction sélectionnée en raison de l'objectif juridique poursuivi : la réparation du préjudice, la punition et la prévention des pratiques ou la suppression du déséquilibre du contrat. Or, il n'existe aucune ligne directrice, les juges prononcent des sanctions sans être tenus de suivre une méthode préétablie. Conformément à l'étude de l'analyse économique et sa comparaison avec l'analyse juridique, nous avons développé précédemment plusieurs pistes d'amélioration de l'analyse judiciaire. Nous procéderons à une étude des coûts de mise en œuvre des sanctions

et leurs effets, de leur nécessité et leur proportionnalité, en comparaison avec les avantages retirés, en termes de dissuasion, punition et réparation, ce qui nous permettra d'en apprécier l'efficacité (I). Nous verrons également que cette analyse doit être effectuée en tenant compte du cumul des sanctions (II). A travers cette analyse détaillée des sanctions offertes en matière de déséquilibre significatif, nous entendons orienter le juge vers le système de sanction le plus efficace.

I. Les objectifs juridiques poursuivis par le juge et leur mise en œuvre efficace grâce aux recommandations de l'analyse économique

381. *Le prononcé efficace des sanctions consiste à vérifier leurs avantages, en termes de dissuasion, punition et réparation, mais également leurs coûts de mise en œuvre et leurs effets, leur nécessité et leur proportionnalité.* Le législateur a introduit un ensemble organisé de sanctions afin de répondre à différents objectifs que nous rangerons, de manière simplifiée, dans trois catégories. Nous nous intéresserons, tout d'abord, aux sanctions visant à punir et dissuader la réalisation des pratiques illicites (A). Ensuite, nous verrons qu'il entend également s'assurer de la suppression du déséquilibre significatif dans le contrat (B). Enfin, il prévoit de réparer le préjudice subi (C). Nous verrons qu'il est nécessaire de ne pas se limiter à ces objectifs juridiques mais également de vérifier, comme recommandé précédemment par l'analyse économique, d'autres critères permettant de conduire à une sanction efficace : ses coûts de mise en œuvre et ses effets, sa nécessité et sa proportionnalité.

A. Les objectifs de punition et de dissuasion des pratiques

382. *La punition et la dissuasion des pratiques.* Le juge entend punir les pratiques de déséquilibre significatif et empêcher la réalisation de ces pratiques en prononçant des sanctions suffisamment dissuasives. En remplissant ces critères, son action se veut efficace¹⁸⁶⁴. Pour y parvenir, les juges disposent d'une palette variée comprenant : l'amende civile (a), la publicité de la sanction dont le célèbre « *name and shame* » (b) et l'exécution sous astreinte (c). Or, la mise en œuvre efficace de ces objectifs pourrait être améliorée en s'appuyant sur les recommandations de l'analyse économique.

a) *L'amende civile*

383. *L'amende civile, une sanction dont le prononcé judiciaire peut être amélioré.* Nous verrons que l'amende civile est une sanction qui se veut punitive, dissuasive et proportionnée. Le juge joue donc un rôle important pour garantir la mise en œuvre de ces objectifs (i). Or, nous verrons que la portée dissuasive de l'amende peut être questionnée en

¹⁸⁶⁴ European Competition Authorities, Groupe de travail ECA sur les sanctions, Les sanctions pécuniaires des entreprises en droit de la concurrence, Principes pour une convergence, 2008 : « Les sanctions pécuniaires infligées aux entreprises qui enfreignent des dispositions majeures du droit de la concurrence devraient, de façon efficace, punir le contrevenant, décourager la réitération et dissuader tout autre contrevenant potentiel d'enfreindre le droit de la concurrence. ».

pratique, notamment car le juge prononce des montants pouvant être insuffisants (ii). Nous proposons donc des pistes d'amélioration de l'analyse judiciaire en matière d'amende (iii).

i. Les objectifs de punition et de dissuasion des pratiques de manière proportionnée

384. *L'amende civile, une sanction qui se veut punitive, dissuasive et proportionnée.* L'amende civile est une sanction prévue par un texte, l'article L.442-4, I du Code de commerce, et prononcée par une juridiction de l'ordre judiciaire pour des faits qui ne sont pas constitutifs d'une infraction pénale¹⁸⁶⁵. Bien que qualifiée de « civile », son caractère punitif¹⁸⁶⁶ en fait une sanction « quasi-pénale »¹⁸⁶⁷. Cette sanction additionnelle permettrait de restaurer la fonction dissuasive de la responsabilité civile et ainsi éviter que la jurisprudence détourne les dommages-intérêts de leur fonction réparatrice, pour leur affecter une fonction punitive¹⁸⁶⁸. L'amende se justifie en elle-même car la réparation des pratiques n'est pas suffisante pour dissuader les acteurs économiques. Cette sanction permet de conférer à la responsabilité civile, ayant de base un rôle réparateur, un rôle plus sanctionnateur et donc plus dissuasif¹⁸⁶⁹. Il faut, notamment, sanctionner la faute lucrative qui se traduit par le fait d'obtenir un avantage contractuel au détriment de l'autre partie¹⁸⁷⁰. Les fautes lucratives sont supposées rapporter plus à leur auteur que ce qu'elles sont supposées lui coûter en cas de condamnation à de simples dommages et intérêts. Rappelons que le droit français entend réparer tout le préjudice, mais rien que le préjudice¹⁸⁷¹. Conformément aux recommandations économiques, pour être dissuasive, la sanction doit être égale, voire plus coûteuse, que l'avantage retiré par l'infraction. Ainsi, l'amende civile permettrait de prononcer une sanction adaptée au profit illicite afin de limiter tout espoir d'un opérateur économique de conserver le profit retiré de son délit. Le législateur prévoit même la possibilité pour le juge de prononcer une amende plafonnée au triple du montant des avantages indûment perçus ou obtenus. Si ce plafond apparaît dissuasif dans son principe car manifestement punitif à l'égard de l'auteur de la pratique, il peut néanmoins apparaître disproportionné et non nécessaire. Le législateur prévoit notamment deux autres plafonds : cinq millions d'euros ou 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 ont été mises en œuvre. Le montant de l'amende est en principe versé au Trésor Public afin d'éviter un transfert de l'enrichissement du fautif vers la victime. En effet, cette sanction punitive et dissuasive ne saurait réparer le préjudice, ni rendre les sommes

¹⁸⁶⁵ M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages-intérêts punitifs ? », *LPA*, 20 nov. 2002, p. 36 et s.

¹⁸⁶⁶ Conseil constit., « Commentaire décision n°2010-85 QPC, 13 janvier 2011, Établissements Darty et Fils », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, Cahier n° 32.

¹⁸⁶⁷ G. PARLEANI, « Le devenir du déséquilibre significatif », *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution*, 2014, p. 104.

¹⁸⁶⁸ P. LE TOURNEAU, « Droit de la responsabilité et des contrats », *Dalloz Action*, 2014/2015, n°45.

¹⁸⁶⁹ V. DE SENNEVILLE, *La révolution tranquille de la responsabilité civile*, 25 septembre 2018, *Les Échos*, *dispo.* sur le site : <https://www.lesechos.fr>.

¹⁸⁷⁰ N. FOURNIER DE CROUY, « Consécration de la faute lucrative en droit commun : pourquoi ne dit-elle pas son nom ? Regard porté sur la constitutionnalité et l'efficacité de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile », *LPA*, 08 nov. 2017, p. 5 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *LPA*, 20 nov. 2002, p. 36.

¹⁸⁷¹ S. CHAUDOUET, « Amende civile », *Dictionnaire de droit de la concurrence*, Concurrences, n°105800.

indûment versées aux victimes, ou encore rééquilibrer le contrat. *In fine*, l'argent obtenu par les amendes pourra être utilisé par l'autorité publique pour éventuellement lancer de nouvelles actions en justice, qui s'avèrent très coûteuses, et ainsi, protéger l'ordre public économique. Ainsi, cette sanction a, d'une part, une dimension punitive puisqu'elle va au-delà de la réparation intégrale du dommage et a, d'autre part, une dimension préventive puisqu'elle entend dissuader les potentiels auteurs de dommage¹⁸⁷². Or, la possibilité de demander une amende civile n'est ouverte qu'à l'autorité publique : le ministre chargé de l'Économie ou le ministère public¹⁸⁷³. Ce filtre légal permet de limiter les décisions prononçant une amende civile. Depuis l'entrée en vigueur du texte, l'autorité publique semble avoir agi de manière sélective en intervenant que dans des secteurs facilitant les pratiques illicites, ce qui s'apparenterait à un « déséquilibre significatif à deux vitesses »¹⁸⁷⁴. Le bien-fondé d'une telle sanction est apprécié *in concreto* par le juge, ce qui permet d'interdire les peines automatiques¹⁸⁷⁵. C'est, en principe, en présence d'une atteinte à l'ordre public économique, réelle ou potentielle, que le juge se prononce favorable¹⁸⁷⁶. Ainsi, si le juge s'y oppose, on en déduit qu'il n'y a pas toujours atteinte à l'ordre public économique en matière de déséquilibre significatif¹⁸⁷⁷. Enfin, le Conseil constitutionnel a admis l'utilité et la proportionnalité de cette sanction au regard de l'objectif poursuivi, à savoir protéger l'ordre public économique et rétablir l'équilibre dans les relations commerciales¹⁸⁷⁸.

385. *L'importance du rôle joué par le juge dans le prononcé et la détermination de l'amende.* Il appartient au juge de quantifier le montant de cette amende. Ainsi, s'inspirant de l'Autorité de la concurrence dans ses décisions¹⁸⁷⁹, le juge tient compte, en fonction de chaque espèce, d'une sélection ou de l'ensemble des critères suivants¹⁸⁸⁰ : la fonction dissuasive de

¹⁸⁷² Conseil const., décision n°2010-85 QPC, 13 janvier 2011, Établissements Darty et Fils ; CA Paris, 18 septembre 2013, n°12/03177 : « L'amende civile doit viser à prévenir et dissuader les pratiques restrictives prohibées, mais lucratives en matière commerciale » ; CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221 ; TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625 ; TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123.

¹⁸⁷³ Code com., art. L.442-4.

¹⁸⁷⁴ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », *JCP*, 2015, p. 603.

¹⁸⁷⁵ CA Paris, 19 avril 2017, n°15.24221 ; CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784 (notons néanmoins la cassation de cet arrêt pour avoir admis le déséquilibre significatif par Cass. com., 8 juillet 2020, n°17-31.536).

¹⁸⁷⁶ CA Paris, 20 novembre 2013, n°12/04791 ; Cass. com., 3 mars 2015, n°14-10.907 ; CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221 ; CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784 (notons néanmoins la cassation de cet arrêt pour avoir admis le déséquilibre significatif par Cass. com., 8 juillet 2020, n°17-31.536) ; CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187 ; TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123 : « L'amende civile, dont le ministre demande qu'elle soit fixée à 2 millions €, a pour objet de réparer le trouble grave et manifeste porté en l'espèce à l'ordre public économique, les pratiques que le tribunal aura condamnées ont en effet pour objet ou pour effet l'élimination potentielle de partenaires commerciaux et la nuisance à leur investissement. ».

¹⁸⁷⁷ Atelier DGCCRF : « L'équilibre contractuel, pour quoi faire ? », 6 novembre 2014, interv. Irène Luc, pt. 1h55, dispo. en ligne sur le site : <https://www.teraconsultants.fr>.

¹⁸⁷⁸ Conseil constit., décision n°2010-85 QPC, 13 janvier 2011 et décision n°2018-749 QPC du 30 novembre 2018.

¹⁸⁷⁹ Atelier DGCCRF : « L'équilibre contractuel, pour quoi faire ? », 6 novembre 2014, interv. Irène Luc, pt. 1h56, dispo. en ligne sur le site : <https://www.teraconsultants.fr>.

¹⁸⁸⁰ V. not. CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187 ; TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625 ; M.C. SORDINO, « Infractions au droit de la concurrence », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 4, n° 4, 2019, p. 829-840 : « Affaire Amazon, sanction lourde mais pas disproportionnée ».

l'amende¹⁸⁸¹, la gravité du comportement¹⁸⁸², le dommage à l'économie¹⁸⁸³ (certes difficile à quantifier, mais il doit être à tout le moins pris en compte¹⁸⁸⁴) et plus précisément, du trouble à l'ordre public économique¹⁸⁸⁵ (sans régulièrement l'évaluer à travers la perte de surplus ou le gain illicite¹⁸⁸⁶), la situation individuelle de l'entreprise¹⁸⁸⁷ (par exemple, son chiffre

¹⁸⁸¹ A. APEL, *Les amendes en droit français et en droit européen des pratiques anticoncurrentielles*, th. Univ. Sorbonne, 2019.

¹⁸⁸² CA Paris, 18 décembre 2013, n°12/00150 ; Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387 ; CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784 : « La gravité de ces pratiques est importante, puisqu'elles émanent d'opérateurs dont l'intervention est indispensable aux hôteliers pour vendre leurs services » (notons néanmoins la cassation de cet arrêt pour avoir admis le déséquilibre significatif par Cass. com., 8 juillet 2020, n°17-31.536). TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625 : « Les dispositions ayant valeur contractuelle [...] par leur lettre et par leurs conditions de mise en œuvre ont nécessairement fragilisé un certain nombre de vendeurs tiers, dont il est rappelé qu'ils sont dans leur très grande majorité de petite taille et dont il a été vu ci-dessus qu'ils étaient très dépendants d'amazon.fr [...] elles se traduisaient par des contraintes excessives, discrétionnaires, exorbitantes par rapport aux usages, pouvant être très sérieusement préjudiciables aux vendeurs tiers. ».

¹⁸⁸³ CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784 (notons néanmoins la cassation de cet arrêt pour avoir admis le déséquilibre significatif par Cass. com., 8 juillet 2020, n°17-31.536) : « Le dommage à l'économie est constitué, compte tenu de l'effet conjugué des deux clauses et des importants taux de commissions versés à Expedia, aboutissant à une réduction de la liberté commerciale des hôtels. ».

¹⁸⁸⁴ CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187 ; CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323, cet arrêt a néanmoins été cassé par Cass. com. 11 mai 2022, n°19-22.242 et v. en renvoi CA Paris, 7 juin 2023, n°22/19733.

¹⁸⁸⁵ V. not., CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221 ; CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784 (not. néan. la cassation de cet arrêt pour avoir admis le déséquilibre significatif par Cass. com., 8 juillet 2020, n°17-31.536) ; CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187 : « Le trouble à l'ordre public économique résultant des pratiques en cause, consistant dans la violation de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, justifie, en l'espèce, l'infliction d'une sanction pécuniaire. » ; CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323 : « La clause prévoyant une rémunération pour l'acheteur qui se contente de respecter la loi porte une atteinte grave à l'ordre public économique. Par ailleurs, l'impossibilité pour les fournisseurs de négocier sur la base de leurs CGV, les CGA de la société GEEPF leur étant imposées, constitue également une atteinte importante à l'ordre public économique. », cet arrêt a néanmoins été cassé par Cass. com. 11 mai 2022, n°19-22.242 et v. en renvoi CA Paris, 7 juin 2023, n°22/19733 ; TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123 : « Les pratiques que le tribunal aura condamnées ont en effet pour objet ou pour effet l'élimination potentielle de partenaires commerciaux et la nuisance à leur investissement. Ce trouble crée une situation incompatible avec la liberté économique que tout acteur indépendant est en droit d'attendre dès lors qu'il évolue dans le cadre d'une économie de marché libre et concurrentielle. ».

¹⁸⁸⁶ M. PONSARD, « Le déséquilibre significatif : bilan et perspectives », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 5, mai 2013, dossier 4, §27 ; v. néan. CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323 dans une affaire où ni la nullité, ni la répétition de l'indu n'ont été prononcées : « La rémunération exigée par la société GEEPF au détriment de 50 % de ses cocontractants français, dans les conditions précitées pendant les années 2009 à 2012, a coûté plus de 18 millions d'euros aux fournisseurs français, chiffre non contesté utilement, qui ont été soumis à ces clauses, ce qui atteste l'effet conséquent de ces pratiques. Dès lors, compte tenu de la gravité des faits, de leur durée et de leur ampleur mais aussi de la fonction dissuasive de l'amende, il y a lieu de condamner la société GEEPF à une amende de 2 millions d'euros. », cet arrêt a néanmoins été cassé par Cass. com. 11 mai 2022, n°19-22.242 et v. en renvoi CA Paris, 7 juin 2023, n°22/19733 ; ou encore, TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625 mais refusé par le juge : « Le ministre demande au tribunal de condamner *in solidum* ASE, AFS et APE à payer une amende civile de 9,5 millions, soit 1,78% de 534 millions d'euros ; que ce chiffre de 534 millions correspond en effet à la partie du chiffre d'affaires hors taxe en France (de 5 milliards en 2016) constitué par les seules commissions payées par les vendeurs tiers (le montant total des dites commissions payées par ces derniers sur toutes les places de marché d'Amazon dans le monde s'élevant lui à 42 milliards \$ en 2018) ; que cette demande est motivée par le trouble à l'ordre public économique [...] cependant le ministre ne donne aucun élément permettant de quantifier les avantages tirés par ASE des déséquilibres manifestes relevés ; qu'il en résulte que le montant de l'amende ne saurait être supérieur au plafond de 5 millions. ».

¹⁸⁸⁷ CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221 ; CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784 (notons néanmoins la cassation de cet arrêt pour avoir admis le déséquilibre significatif par Cass. com., 8 juillet 2020, n°17-31.536).

d'affaires¹⁸⁸⁸, sa capacité contributive¹⁸⁸⁹ ou sa part de marché¹⁸⁹⁰), la durée¹⁸⁹¹, les circonstances atténuantes (par exemple, l'absence d'effets sur le marché¹⁸⁹², sur l'activité économique des parties au contrat ou les consommateurs¹⁸⁹³ ou ses effets bénéfiques pour l'économie¹⁸⁹⁴, l'absence de mise en œuvre des clauses illicites¹⁸⁹⁵, du nombre de victimes limité¹⁸⁹⁶ ou encore, la bonne foi¹⁸⁹⁷) et des circonstances aggravantes (par exemple, la réitération¹⁸⁹⁸ ou l'effet d'entraînement du comportement d'un tel auteur¹⁸⁹⁹). La détermination du montant de l'amende se fait donc en utilisant ces critères mais elle ne doit pas excéder le plus élevé des trois plafonds fixés par le Code de commerce.

Or, le plafond de l'amende a fait l'objet de nombreux débats, afin de déterminer le meilleur système en termes de dissuasion et proportion. L'objectif était notamment d'adapter le système de sanction à la réalité du pouvoir économique des entreprises et au fonctionnement du marché. L'ancien article L.442-6, III, du Code de commerce prévoyait que le montant de l'amende ne pouvait être supérieur à cinq millions d'euros (modifié par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, art. 110, auparavant, le montant était de deux millions d'euros jugé insuffisamment dissuasif et non représentatif du chiffre d'affaires des grands groupes industriels¹⁹⁰⁰). En outre,

¹⁸⁸⁸ CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221 ; CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784 (notons néanmoins la cassation de cet arrêt pour avoir admis le déséquilibre significatif par Cass. com., 8 juillet 2020, n°17-31.536) ; TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625 : « Attendu que sont remplis les critères de nature à justifier une amende civile tels que l'importance considérable d'Amazon dans le secteur de la vente en ligne, de la partie du chiffre d'affaires d'ASE constitué par les commissions, en croissance exponentielle (doublement au niveau mondial entre 2006 et 2016 et doublement à nouveau entre 2016 et 2018), [...] ». »

¹⁸⁸⁹ CA Paris, 18 septembre 2013, n°12/03177 : « La somme de 2 millions d'euros requise par le ministre est compatible avec la capacité contributive du GALEC. ».

¹⁸⁹⁰ CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187 ; CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323 ; TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625.

¹⁸⁹¹ CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784 (notons néanmoins la cassation de cet arrêt pour avoir admis le déséquilibre significatif par Cass. com., 8 juillet 2020, n°17-31.536) ; CA Paris, 16 mai 2018, n° 17/1118.

¹⁸⁹² CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221.

¹⁸⁹³ CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784 (notons néanmoins la cassation de cet arrêt pour avoir admis le déséquilibre significatif par Cass. com., 8 juillet 2020, n°17-31.536).

¹⁸⁹⁴ TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625.

¹⁸⁹⁵ CA Paris, 4 juillet 2013, n°12/07651 ; Cass. com., 29 septembre 2015, n°13-25.043.

¹⁸⁹⁶ CA Paris, 1^{er} juillet 2015, n°13/19251 et Cass. com., 25 janvier 2017, n°15-23.547.

¹⁸⁹⁷ CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 et Cass. com., 4 octobre 2016, n°14-28.013 ; TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625. *A contrario*, TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123.

¹⁸⁹⁸ CA Paris, 18 septembre 2013, n°12/03177.

¹⁸⁹⁹ CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221 ; CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784 (notons néanmoins la cassation de cet arrêt pour avoir admis le déséquilibre significatif par Cass. com., 8 juillet 2020, n°17-31.536) ; TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625.

¹⁹⁰⁰ L'Assemblée nationale était favorable à une augmentation du montant à 5 millions d'euros. Des députés ont même proposé un montant maximal de l'amende à 10 millions d'euros (amendement n°CE151 du 12 mai 2016 retiré par l'avis n°3756, 18 mai 2016, fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique). Le Sénat était plus réticent à accepter l'alourdissement du montant maximum de l'amende, jugé trop prématuré alors que de nouvelles modalités avaient été votées moins d'un an auparavant (Sénat, avis n°707 de D. GREMILLET, fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 22 juin 2016, art. 31 quinquies (nouveau) et Sénat, Séance du 7 juillet 2016 (compte rendu intégral des débats) : art. 31 quinquies (priorité) (supprimé)). L'Assemblée nationale a persisté à maintenir le plafond de 5 millions d'euros, le Sénat s'est finalement décidé à adopter cet article sans modification dès lors qu'il devrait renforcer le caractère dissuasif des sanctions (Sénat, avis n° 68 (2016-2017) de D. GREMILLET, fait au nom de la commission des affaires économiques, 25 octobre 2016, art. 31 quinquies et Sénat, Rapport n° 79 de F. PILLET, fait au nom de la commission des lois, 26 octobre 2016, art. 31 quinquies).

elle pouvait être portée au triple du montant des sommes indûment versées (introduite par la loi n°2008-776 du 4 août 2008, art. 93¹⁹⁰¹ afin de tenir compte de l'ampleur des profits indus réalisés par l'auteur et du préjudice supporté par le consommateur, ces sommes indues constituent pour le juge une bonne base de référence pour déterminer le montant de l'amende¹⁹⁰²). Enfin, elle pouvait être portée de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement (condition introduite par la loi n°2015-990 du 6 août 2015 art. 34¹⁹⁰³ et supprimée dans le nouvel article L.442-4 car difficile à prouver dans les faits par le Ministre¹⁹⁰⁴) à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques¹⁹⁰⁵ lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre (introduite par la loi n°2015-990 du 6 août 2015, art. 34¹⁹⁰⁶).

Depuis l'ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 art. 2, qui a maintenu le principe de l'amende civile et apporté des précisions concernant la détermination des plafonds, l'article L.442-4, I, al. 3 du Code de commerce prévoit que son montant ne peut excéder le plus élevé des trois montants suivants : cinq millions d'euros ; le triple du montant des avantages indûment perçus ou obtenus ; 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 ont été mises en œuvre. Ainsi, la diversité des plafonds se justifie notamment par la nécessité de parvenir à une amende suffisamment punitive et dissuasive tenant compte de la diversité des

¹⁹⁰¹ É. CIOTTI, avis n°895 présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur les articles 3, 4, 5, 6, 7, 11, 13, 14, 18, 19, 21, 22, 23, 26, 27, 32, 33, 34 et 35 du projet de loi, après déclaration d'urgence, de modernisation de l'économie (n° 842), Assemblée nationale, 15 mai 2008. Certains amendements préconisaient même de porter l'amende au quintuple du montant des sommes indûment versées, proposition rejetée (par ex., Sénat, Séance du 7 juillet 2008 (compte rendu intégral des débats), art. 22, L'amendement n°425, présenté par M. Raoul, Mmes Bricq et Demontès, M. Godefroy, Mme Khiari, MM. Lagauche, Massion, Pastor, Repentin, Sueur, Yung, Desessard et les membres du groupe socialiste, apparentés et rattachés).

¹⁹⁰² Sénat, Séance du 7 juillet 2008 (compte rendu intégral des débats), art. 22.

¹⁹⁰³ Conformément à M.D. HAGELSTEEN, *La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente*, rapport remis à Christine Lagarde, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi, Luc Chatel secrétaire d'État chargé de la Consommation et du Tourisme, le 12 février 2008, p. 33. Cette proposition faite par le rapport Hagelsteen a été reprise mais avec une condition. Cette condition avait pour objectif d'apporter plus de proportion au plafond de 5% du chiffre d'affaires afin de tenir compte des craintes des professionnels et des sénateurs jugeant ce plafond excessif car susceptible de mettre en péril l'entreprise (Sénat, Séance du 10 avril 2015 (compte rendu intégral des débats), art. 10 D (supprimé) et Sénat, Séance du 7 juillet 2008 (compte rendu intégral des débats), art. 22).

¹⁹⁰⁴ Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, 25 avril 2019, texte n° 15.

¹⁹⁰⁵ Malgré plusieurs amendements visant à fixer le plafond à 5 % du chiffre d'affaires de l'auteur ou des bénéficiaires des pratiques incriminées appartenant au même groupe, le législateur s'est limité au chiffre d'affaires de l'auteur uniquement (v. not. Assemblée nationale, 12 juin 2015, croissance, activité et égalité des chances économiques n° 2866, amendement n°2 tombé, présenté par M. Hammadi, art. 10 D : « Ainsi rédigé, l'article permet de répondre aux cas de figure où les structures juridiques visées ont un chiffre d'affaires faible mais non représentatif de leur réel poids économique (franchisés *versus* groupes intégrés, par exemple). »).

¹⁹⁰⁶ Ce plafond a été mis en œuvre pour renforcer la dissuasion du système de sanction, qui, limité à 2 millions d'euros, s'avérait insuffisant alors que les sommes en jeu lors des négociations entre distributeurs et industriels étaient de l'ordre de plusieurs dizaines de millions d'euros. L'amende doit donc être dissuasive et ne saurait être inférieure au profit tiré du délit (Sénat, Séance du 10 avril 2015 (compte rendu intégral des débats), art. 10 D (supprimé), Assemblée nationale, 12 juin 2015, croissance, activité et égalité des chances économiques n°2866, amendement n°2 tombé, présenté par M. Hammadi, art. 10 d).

structures juridiques des entreprises concernées¹⁹⁰⁷, de leur puissance économique réelle¹⁹⁰⁸ et de l'ampleur des avantages retirés. Le plafond est entendu comme un point à ne pas dépasser et non un point de départ à minorer au regard des circonstances. Ce système de sanction vise à lutter contre les stratégies de contournement visant à minorer le calcul du plafond. Ces différentes modifications n'ont eu de cesse de chercher à mettre définitivement fin aux pratiques illicites, notamment aux abus des distributeurs à l'égard des fournisseurs¹⁹⁰⁹. Les nombreuses discussions au cours des réformes démontrent d'une part, une volonté d'accroître l'effet punitif du système, pour dissuader les acteurs et rendre le système de sanction plus efficace, mais d'autre part de limiter cette volonté en recherchant une solution proportionnée. Les diverses décisions prises seraient alors le résultat d'un équilibre entre ces deux exigences. En pratique, plusieurs critiques peuvent être soulevées à l'égard du prononcé des amendes.

ii. *La remise en cause de l'efficacité de l'amende en pratique*

386. *La portée dissuasive de l'amende peut être questionnée.* Précédemment, nous avons jugé opportun d'avoir instauré de tels seuils en raison de leur portée dissuasive et de leur capacité à s'adapter à chaque entreprise en fonction de sa situation économique. Au sens économique, pour être dissuasif, le montant de la sanction peut tenir compte de divers facteurs tels que le gain illicite obtenu par l'auteur ou le dommage causé à l'économie et la probabilité de détection et condamnation. Or, lorsque l'auteur potentiel d'une pratique illicite entend procéder à un calcul d'intérêt¹⁹¹⁰, l'amende civile est réputée très efficace car elle empêche l'agent économique d'effectuer une anticipation sur les coûts escomptés par la sanction

¹⁹⁰⁷ Pour une analyse critique : M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'amende civile devant le Parlement ou le vote à l'aveugle ! », *RDC*, 2015, n° 3, p. 535 : « Si l'on prend l'exemple du chiffre d'affaires consolidé de Carrefour (enseigne concernée par ce dernier arrêt) pris sur Internet en 20142, 5 % de cette somme équivalent à 1 983 400 000 euros, soit presque 2 milliards ! Un député qui n'a manifestement pas fait le calcul dit que cela pourrait aller jusqu'à plusieurs millions d'euros, mais on voit qu'il n'en est rien avec l'exemple ci-dessus. [...] une amende civile de près de deux milliards d'euros donne le vertige. ».

¹⁹⁰⁸ Par ex., Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, lundi 8 juin 2015, Séance de 16 heures, Compte rendu n° 27, art. 10 D : Sanction contre certaines pratiques commerciales abusives. Elle examine l'amendement SPE471 du gouvernement : « M. Razzy Hammadi [...] Le plafond de 2 millions d'euros est pertinent pour les entreprises qui déclarent 40 ou 50 millions d'euros de chiffre d'affaires, car il correspond au plafond des 5 %, mais ce n'est pas le cas s'agissant des entreprises dont le chiffre d'affaires atteint [...] 70, 120 ou 200 millions d'euros, comme les sociétés qui émergent aujourd'hui dans le domaine du e-commerce » et « M. le ministre. [...] Néanmoins, comme M. Hammadi l'indique, il existe des structures juridiques [...], organisée au travers de groupements d'achat, dont le chiffre d'affaires est très réduit. Du coup, elles pourraient contourner le plafond de 5 % ; c'est la raison pour laquelle nous avons voulu maintenir le plafond de 2 millions d'euros. [...] Le plafond de 2 millions d'euros permet de prendre en compte les quelques situations où l'on ne peut pas appréhender plus que le groupement d'achat. ».

¹⁹⁰⁹ Sénat, Séance du 30 juin 2015 (compte rendu intégral des débats), art. 10 D, « M. Michel Raison. [...] Cela fait dix ans qu'on vote tous les deux ans une loi sur le sujet, dix ans qu'on bouleverse tout, mais rien ne change ! Il n'y a qu'à voir la manière dont les contrats sont passés pour s'en convaincre. Tout d'abord, le contrat est extrêmement difficile à signer tant la négociation est déconnectée de la réalité du marché et de celle des prix de revient. Pis encore, le contrat n'est jamais respecté : il est remis en cause dans les mois qui suivent ! Les fournisseurs n'osent rien dire. ».

¹⁹¹⁰ E. BROUSSEAU, « La sanction adéquate en matière contractuelle : Une analyse économique », *Petites Affiches*, 19 mai 2005, n°99, p. 47 : « L'efficacité ne doit pas se juger en fonction du seul effet produit a posteriori sur la seule paire d'agents concernés. L'efficacité se juge avant tout du point de vue de la manière dont les agents se comportent a priori, quand ils s'engagent mutuellement, connaissant les sanctions qui seront appliquées en cas de défaillance. ».

puisque'il ne peut pas prévoir comment le juge va calculer l'amende. Il est alors privé d'une information essentielle pour déterminer son passage à l'acte. L'objectif de dissuasion se traduit notamment par l'impossibilité pour l'auteur potentiel d'un dommage d'effectuer des anticipations sur l'application de la responsabilité civile¹⁹¹¹. Néanmoins, l'existence de plafonds, comme c'est le cas en matière de déséquilibre significatif, fournit une information. Si ces plafonds ne permettent pas d'établir avec certitude le montant auquel il pourrait être soumis, l'auteur potentiel sait que le montant ne saurait excéder le plus élevé des trois montants précités, ce qui lui procure une information non négligeable pour son calcul d'intérêt. Si les plafonds peuvent réduire l'objectif de dissuasion, ils ne l'annihilent pas car les montants peuvent être très élevés. Dans le doute, l'auteur potentiel serait susceptible de renoncer à réaliser la pratique, sauf à être risquophile. L'agent économique, surtout s'il est averse au risque, pourrait même mettre en place des dépenses d'évitement, qui lui sont certes coûteuses, mais permettent d'éviter des coûts encore plus élevés en cas de prononcé d'une amende civile. *In fine*, même en présence de plafonds, l'auteur potentiel sera restreint dans ses choix car il pourra difficilement procéder à une capitalisation de protection en cas de sanction, pouvant tout de même atteindre 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France. On pourrait, néanmoins, objecter que certains acteurs économiques décideront de procéder à cette capitalisation de protection lorsque son coût s'avère bien inférieur aux gains escomptés du fait de la pratique.

Le juge doit motiver le fait de prononcer une amende civile, bien que ce ne soit pas toujours le cas en pratique. Pour ce faire, le juge a dégagé plusieurs critères mais, à la différence des amendes prononcées en matière de pratiques anticoncurrentielles, il n'existe pas de lignes directrices préétablies¹⁹¹². Le choix du montant repose sur le juge indépendamment d'un véritable encadrement légal¹⁹¹³. Il existe un risque de décisions arbitraires du juge, à tout le moins contestables, alors que les sanctions prononcées peuvent être très élevées¹⁹¹⁴. Un encadrement du prononcé des amendes pourrait être instauré afin de s'assurer que les décisions des juges soient plus régulières et explicites quant à la démarche de détermination du montant.

iii. L'amélioration de l'efficacité du prononcé des amendes en pratique

387. *La justification d'une amende en présence d'un préjudice potentiel ou de faible intensité à l'ordre public économique.* Le juge a pu prononcer des amendes en présence de pratiques dont le dommage à l'économie était constaté et la gravité avérée¹⁹¹⁵. Dès lors, l'amende se justifiait car elle participait à réparer le dommage causé à l'économie et à dissuader la poursuite ou la réalisation de nouvelles pratiques. Toutefois, le juge a pu prononcer des amendes y compris en l'absence de préjudice réel pour le cocontractant et l'économie, mais

¹⁹¹¹ E. LANGLAIS, *Économie de la responsabilité civile : principes et résultats*, octobre 2010.

¹⁹¹² Malgré la volonté d'une partie de la doctrine. En ce s. M. CHAGNY, « Condamnation de ristournes de fin d'année sur le fondement de la règle sur le déséquilibre significatif », à propos de CA Paris, 1^{er} juillet 2015, n°13/19251, *AJCA*, 2015, p. 435, et M. CHAGNY, B. DEFFAINS, *Réparation des dommages concurrentiels*, Dalloz, 2015, n°182 et s.

¹⁹¹³ M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'amende civile devant le Parlement ou le vote à l'aveugle ! », *RDC*, 2015, n°03, p. 535.

¹⁹¹⁴ M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'amende civile... », *ibid.*, p. 535.

¹⁹¹⁵ Par ex. CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784 (notons néanmoins la cassation de cet arrêt pour avoir admis le déséquilibre significatif par Cass. com., 8 juillet 2020, n°17-31.536).

seulement potentiel, ou bien en présence d'un préjudice de faible intensité, puisqu'il admet cette sanction notamment lorsque les clauses illicites n'ont pas été mises en œuvre¹⁹¹⁶. Le droit des pratiques restrictives est fondé sur une sanction *per se* (les effets n'étant ni recherchés, ni pris en compte), la seule démonstration d'une soumission ou tentative de soumission à un déséquilibre significatif suffit. Ainsi, la prise en compte de l'existence d'un gain illicite ou d'un dommage réel causé à l'économie ne sont pas requis pour établir le montant de l'amende, bien que lorsqu'ils existent, ils puissent être pris en compte. Il n'existe pas, *a priori*, de limitation des amendes aux déséquilibres significatifs les plus préjudiciables. Toutefois, la protection de l'ordre public économique, impliquerait, par nature, l'existence de pratiques d'une certaine gravité. On constate, néanmoins, que le juge minore le montant des amendes dans ces situations¹⁹¹⁷ et ne suit pas toujours la volonté du demandeur¹⁹¹⁸. Or, conformément aux recommandations économiques, il pourrait être utile, en vertu du principe d'opportunité des poursuites, d'effectuer une analyse coûts-avantages avant de formuler et prononcer une telle sanction¹⁹¹⁹. En matière de cartels, le Professeur E. COMBE estime que « *l'approche en termes d'amende optimale implique qu'un cartel qui n'a eu aucun effet (par exemple parce qu'il n'a pas été mis en œuvre) ne doit faire l'objet d'aucune sanction* »¹⁹²⁰. Il ajoute, toutefois, qu'on peut considérer que « *l'objet anticoncurrentiel du cartel prime sur son effet ; dans ce cas, le calcul d'une sanction assise sur le gain illicite (ou le dommage causé) devient accessoire, pour ne pas dire inutile* »¹⁹²¹. On peut, notamment, s'interroger si d'autres sanctions permettraient de prévenir une atteinte à l'ordre public économique, sans qu'il soit nécessaire de prononcer une amende.

Le prononcé d'une amende, en raison de sa gravité, pourrait être jugé non nécessaire et disproportionné en l'absence d'un préjudice réel ou de faible intensité à l'ordre public économique. En effet, d'autres sanctions permettraient de sanctionner une faute, y compris lucrative, c'est le cas de l'effet rétroactif de la nullité et la répétition de l'indu (du moins concernant les profits directs retirés) ou bien, permettant de prévenir un dommage futur, comme la nullité ou la cessation des pratiques. Néanmoins, l'amende reste la sanction privilégiée en matière d'atteinte à l'ordre public économique, y compris en cas d'atteinte potentielle. En effet, cette atteinte est distincte des seuls intérêts de la partie au contrat et doit donc être distinguée de la réparation des préjudices privés car elle vise plutôt à punir l'auteur pour le dommage causé

¹⁹¹⁶ TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625 : « Il importe peu que telle ou telle clause litigieuse ait été mise en œuvre puisque la loi vise non seulement la soumission mais la tentative de soumission. ».

¹⁹¹⁷ M. PONSARD, « Le déséquilibre significatif : bilan et perspectives », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 5, mai 2013, dossier 4, §27 : « Dans l'affaire Darty [...] comme le ministre de l'économie ne démontre pas l'impact de ces pratiques sur la trésorerie, l'amende civile prononcée est de 300.000 €. Dans l'affaire EMC à Meaux du 24 janvier 2012, le tribunal [...] relève que l'amende civile doit tenir compte des pratiques effectives et dans la mesure où le ministre ne rapporte pas la preuve de l'usage de ces clauses prononce une amende civile réduite de 400.000 €. Il apparaît donc que si les juridictions de première instance semblent reconnaître que le ministre de l'économie doit apporter la preuve de l'impact des pratiques sur la situation des victimes ou sur l'économie, ils prononcent cependant des condamnations réduites même quand cette preuve n'est pas rapportée, ce qui semble contradictoire. ».

¹⁹¹⁸ TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625 ; TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123.

¹⁹¹⁹ V. not., CA Paris, 19 avril 201, n°15/24221.

¹⁹²⁰ E. COMBE, « Quelles sanctions contre les cartels ? Une perspective économique », *Revue internationale de droit économique*, vol. t. xx, 1, n°1, 2006, p. 11-46, §24.

¹⁹²¹ E. COMBE, « Quelles sanctions contre les cartels ?... », *ibid.*, p. 11-46, §24.

à l'économie et à dissuader la réalisation des pratiques illicites. Elle s'applique donc à des pratiques jugées suffisamment graves car susceptibles de constituer un coût important pour la société. Elles doivent être sévèrement réprimées et dissuadées. L'autorité publique doit pouvoir bénéficier d'une sanction supplémentaire à celles offertes aux acteurs privés pour tenir compte de cette particularité et ainsi, accroître la portée dissuasive de son intervention. À cette fin, les autres sanctions pourraient ne pas suffire. L'amende permettra également de couvrir les frais de son intervention aux fins de protection de l'ordre public économique. En ce sens, l'amende civile trouve une justification, légitimant également son prononcé en cas d'atteinte potentielle ou de faible intensité à l'ordre public économique. Rappelons que l'amende est une sanction encadrée et limitée malgré l'intensité de ses effets. Seuls les dommages les plus graves, car ils portent atteinte à l'ordre public économique, peuvent être sanctionnés par une amende. Néanmoins, il serait préférable, toujours dans cette démarche de justification de la sanction, que la démonstration de l'atteinte à l'ordre public économique, qu'elle soit réelle ou potentielle, soit établie de manière concrète, sans qu'elle soit uniquement supposée du fait de l'existence d'un déséquilibre significatif et de l'action de l'autorité publique. Il en va de la transparence du mécanisme de sanction. Sa mise en œuvre de manière proportionnée dépendra donc de l'intervention du juge qui, comme nous l'avons vu, dispose de différents plafonds et adapte son montant en fonction de chaque situation.

388. *Le renforcement nécessaire du montant des amendes prononcées en pratique par le juge, sous réserve du respect des plafonds.* Les amendes prononcées, en pratique, sont bien souvent insuffisamment dissuasives car leur montant est inférieur aux plafonds fixés par le législateur. Certes, nous verrons que la dissuasion peut être atteinte en multipliant les sanctions, par exemple en prononçant une amende assortie d'une restitution après nullité. Lors des débats parlementaires, certains ont estimé que les montants étaient bien inférieurs aux avantages perçus par les auteurs des pratiques et n'étaient donc pas assez dissuasifs. Le législateur français ne cesse d'étendre l'intensité des sanctions en la matière. Le législateur européen a également introduit des règles pour régir ces comportements car les pratiques de déséquilibre significatif ne cessent pas pour autant et apparaissent dans d'autres secteurs¹⁹²². Certains acteurs ont même décidé d'outrepasser la sanction à laquelle ils ont été condamnés en refusant de mettre fin aux pratiques¹⁹²³. La sanction doit être au moins égale, et même supérieure au profit retiré, pouvant atteindre plusieurs millions d'euros¹⁹²⁴. Or, nous savons que le plafond prévoyant le triple du montant des avantages indûment perçus ou obtenus, certes dissuasif en son principe, est peu appliqué par le juge car il est difficile de déterminer avec

¹⁹²² Ref. th. intro. §9.

¹⁹²³ DGCCRF, Communiqué de presse. La DGCCRF demande à AMAZON le paiement d'une astreinte de 3,3 millions d'euros pour un retard dans la mise en conformité des conditions contractuelles sur Amazon.fr, Paris, 7 décembre 2022 : « Le 2 septembre 2019 la société Amazon avait été condamnée par le Tribunal de commerce de Paris à une amende de 4 millions d'euros, à la suite d'une assignation du Ministre chargé de l'économie. Le Tribunal avait censuré différentes clauses déséquilibrées dans le contrat qu'Amazon imposait aux entreprises utilisant sa place de marché en ligne. ».

¹⁹²⁴ Sénat, Séance du 10 avril 2015 (compte rendu intégral des débats), art. 10 D (supprimé) ; Assemblée nationale, 12 juin 2015, croissance, activité et égalité des chances économiques n°2866, amendement n°2 tombé, présenté par M. Hammadi, art. 10 D : « Les sommes en jeu lors des négociations entre distributeurs et industriels étaient de l'ordre de plusieurs dizaines de millions d'euros. L'amende doit donc être dissuasive et ne saurait être inférieure au profit tiré du délit. ».

exactitude le montant de ces avantages¹⁹²⁵. En effet, il peut être difficile pour le juge de calculer avec exactitude le montant réel du profit réalisé en raison des effets directs et indirects des pratiques, quand bien même les conseils des parties au contrat fourniraient des informations à ce sujet. Le seuil de 5% du chiffre d'affaires pourrait s'avérer encore plus dissuasif s'il concernait non uniquement l'auteur des pratiques mais également le groupe auquel il appartient. En effet, l'appartenance à un groupe constitue un critère fondamental du pouvoir économique d'une société et renforce son pouvoir de négociation. Se limiter au seul chiffre d'affaires en France d'une société ne permettrait pas de tenir compte de l'aide financière dont elle bénéficie grâce au groupe auquel elle appartient. Il s'agit d'une proposition déjà faite lors des débats parlementaires qui a été rejetée car jugée disproportionnée¹⁹²⁶.

Ainsi, prévoir plusieurs modes de calcul de l'amende permet au juge d'adapter son montant en fonction de chaque cas et ainsi rechercher la sanction la plus efficace. Or, il existe, en pratique, une divergence entre sanction optimale, telle que recommandée par les économistes, et sanction réelle prononcée par les juges¹⁹²⁷, comme l'explique le Professeur E. COMBE¹⁹²⁸. Dès lors, prononcer une sanction justifiée en raison de sa portée punitive et dissuasive, qui ne répond pas en pratique à ces attentes, pourrait être plus coûteuse qu'avantageuse pour la société. Néanmoins, en matière de cartel, le Professeur E. COMBE retient que « *l'amende optimale [...] a de fortes chances d'être supérieure aux moyens financiers dont dispose la majorité des firmes* », en effet, « *le principal argument économique repose sur l'incapacité des firmes à*

¹⁹²⁵ Assemblée nationale, 12 juin 2015, Croissance, Activité et Égalité des chances économiques n°2866, amendement n°2 tombé, présenté par M. Hammadi, art. 10 D, exposé sommaire : « La seule mesure potentiellement dissuasive dans le texte actuel consiste en la possibilité de porter l'amende au triple des sommes indûment versées, mais compte tenu des difficultés pratiques auxquelles elle se heurte, cette disposition n'est pas appliquée. » Assemblée nationale, 15 juin 2015, Croissance, Activité et Égalité des chances économiques n°2866), amendement n°715 tombé, présenté par M. Bricout et Mme Le Loch, art. 10 D, exposé sommaire : « Il serait aussi difficile de quantifier les "avantages tirés du manquement" que les "sommes indûment perçues", ne serait-ce que parce qu'il existe plus de 9600 fournisseurs référencés dans les enseignes de distribution et que les services du ministre, pas plus que le juge, n'auront les moyens d'exercer un contrôle exhaustif. Ils seront donc amenés à établir des hypothèses, des extrapolations, elles-mêmes prêtant le flanc à de multiples contestations. ».

¹⁹²⁶ Malgré plusieurs amendements visant à fixer le plafond à 5 % du chiffre d'affaires de l'auteur ou des bénéficiaires des pratiques incriminées appartenant au même groupe, le législateur s'est limité au chiffre d'affaires de l'auteur uniquement (V. not. Assemblée nationale, 12 juin 2015, Croissance, Activité et Égalité des chances économiques n°2866), amendement n°2 tombé, présenté par M. Hammadi, art. 10 D : « L'amendement propose de donner au ministre et aux juridictions concernées la possibilité de saisir non seulement l'auteur des pratiques illicites, mais également les bénéficiaires appartenant au même groupe. Ainsi rédigé, l'article permet de répondre aux cas de figure où les structures juridiques visées ont un chiffre d'affaires faible mais non représentatif de leur réel poids économique (franchisés *versus* groupes intégrés, par exemple). »).

¹⁹²⁷ M. DEBROUX, « La sanction en droit de la concurrence, Nature, objectifs et composantes de la sanction : la nécessité d'un vrai débat », 1^{er} avril 2011, dispo. sur le site : <https://www.lepetitjuriste.fr>.

¹⁹²⁸ E. COMBE, « Quelles sanctions contre les cartels ? Une perspective économique », *Revue internationale de droit économique*, vol. t. xx, 1, n°1, 2006, p. 11-46, §24. D'après E. Combe, en référence à la politique des cartels, cela s'explique car « l'application d'une sanction optimale se heurte à un principe juridique fondamental, celui de la proportionnalité des peines. L'approche économique délaisse en effet la fonction rétributive des amendes pour se centrer sur la seule fonction dissuasive. [...] Il existe donc une contrainte politique dans la détermination de la sanction, qui n'est pas prise en compte par l'analyse économique ». Par ailleurs, « une amende élevée peut acculer la firme à la faillite, ce qui aurait paradoxalement pour effet de... réduire la concurrence ».

*s'acquitter de l'amende optimale (Werden et Simon, 1987 ; Wils, 2005) »*¹⁹²⁹. L'Autorité de la concurrence, se référant aux travaux du Professeur W. WILS¹⁹³⁰, retient également les effets nocifs que peut causer le prononcé d'une amende trop élevée sur l'économie¹⁹³¹. En effet, ces montants doivent être adaptés aux capacités contributives de l'entreprise pour ne pas mettre en danger sa santé financière et plus globalement l'économie, ce qui rejoint le principe constitutionnel d'individualisation (ou personnalisation) des peines. Si la dissuasion pourrait être renforcée, par une extension du plafond de l'amende à d'autres acteurs, comme ceux du groupe, ou encore par une augmentation des seuils, l'efficacité du système de sanction exige néanmoins de respecter une certaine proportionnalité. Des seuils excessifs ne seraient pas efficaces, notamment pour l'économie, et pourraient mettre à mal l'objectif de dissuasion. En matière de pratiques restrictives de concurrence, les plafonds de l'amende apparaissent élevés, ce qui traduit une volonté d'intimidation porteuse de dissuasion, mais restent proportionnés malgré les critiques faites par certains parlementaires lors des débats¹⁹³². Par exemple, pour certains, le fait de prononcer une amende représentant le triple du montant des avantages indûment perçus s'avérerait trop important car il mettrait en danger leur activité. Pour d'autres, cette sanction serait insuffisamment dissuasive dès lors qu'elle ne représente qu'un pourcentage mineur de leur chiffre d'affaires, voire même des gains illicites réellement obtenus.

Ainsi, pour préserver l'économie et éviter un risque de jugement arbitraire ou erroné, il est recommandé de prononcer un montant proportionné. Une autre solution permettant d'éviter l'augmentation des sanctions, dans un souci de proportionnalité, implique d'augmenter la probabilité de détection. Néanmoins, rappelons que les mécanismes de détection constituent un coût pour la société. En plus de supporter le coût du dommage, la société doit également mettre en place un système coûteux pour y mettre fin. *A contrario*, l'amende n'est pas une sanction qualifiée de coûteuse car elle ne nécessite pas d'être mise en œuvre par l'État, mais nous verrons qu'elle peut être coûteuse pour les parties au contrat et pour l'économie. Il faudrait alors trouver un juste équilibre entre probabilité de détection et montant de l'amende. Or, la probabilité de détection semble plutôt effective grâce aux services d'enquête de la DGCCRF, rattachée au ministre de l'Économie, tout comme la probabilité de condamnation devant le juge, dès lors, seule l'augmentation de la sanction, et en particulier celle de l'amende civile, permettrait de renforcer sa portée dissuasive. *In fine*, au regard des éléments précités, nous retenons que si le système d'amende, tel qu'il existe en droit positif, semble être dissuasif, il convient d'obtenir une application effective et non atténuée par les juges. Il appartient à ces derniers de se donner les moyens d'appliquer effectivement les mesures que le législateur leur offre. Les plafonds entendent conduire à un compromis entre ce qui est nécessaire, dissuader les pratiques illicites et ce qui est excessif, porter atteinte à l'activité du fautif et plus largement à l'économie. La limitation prévue par les plafonds serait alors de l'ordre du raisonnable. Le juge doit trouver le juste équilibre entre prononcer des amendes d'une certaine intensité pour être suffisamment

¹⁹²⁹ E. COMBE, « Quelles sanctions contre les cartels ?... », *ibid.*, p. 11-46, §54.

¹⁹³⁰ W.P.J. WILS, « Optimal Antitrust Fine: Theory and Practice », *Journal of Competition Law and Economics*, Vol., n° 4, December 2005.

¹⁹³¹ Autorité conc., Rapport annuel, 2005, p.106 : « Par exemple, le paiement des amendes peut amoindrir leur capacité concurrentielle dans des proportions telles que le bilan économique global de la politique de concurrence et son impact sur le bien-être du consommateur en seront affectés. ».

¹⁹³² Ref. th. §89 et s.

dissuasives, y compris en présence d'un dommage potentiel ou de faible intensité à l'ordre public économique, afin d'empêcher la réalisation de dommages plus préjudiciables à l'avenir, tout en garantissant la proportionnalité de cette sanction, en fonction de chaque situation et en s'aidant des plafonds fixés par le législateur. Or, est-il nécessaire d'augmenter le montant initial de l'amende alors qu'il existe des mesures d'astreinte qui viennent s'y ajouter pour forcer le respect de la décision de justice, astreintes qui peuvent être aussi élevées que le montant de l'amende ? Les astreintes sont des sanctions souhaitables car elles renforcent la portée punitive et dissuasive de la sanction, mais nous verrons qu'elles sont également coûteuses à mettre en place. Dès lors, il nous apparaît préférable de prononcer, en pratique, des montants d'amende plus dissuasifs, dans la limite des plafonds fixés par le législateur et suivant une explication détaillée de sa détermination.

389. *Conclusion.* L'amende civile est une sanction introduite afin de renforcer la portée dissuasive et punitive des sanctions des pratiques de déséquilibre significatif, notamment en se distinguant de la réparation du préjudice. Il s'agit d'une sanction d'une intensité importante et donc qualifiée de nature « quasi-pénale ». Il convenait d'encadrer cette sanction afin de s'assurer que son prononcé reste nécessaire et proportionné. Ainsi, la possibilité de demander une amende civile n'est ouverte qu'à l'autorité publique qui agit, en principe, pour la protection de l'ordre public économique. Le juge procède à l'appréciation du prononcé de l'amende et à la quantification de son montant en s'appuyant sur plusieurs critères sans être encadré par un texte. Si le juge doit motiver le fait de prononcer une amende civile, cette motivation n'est pas toujours effectuée avec la même rigueur en pratique. Un encadrement du prononcé des amendes pourrait être instauré afin de s'assurer que les décisions des juges soient plus régulières et explicites quant à la détermination du montant. Il est tout de même tenu de ne pas dépasser le plus élevé des trois plafonds fixés par le Code de commerce. Le plafond de l'amende a fait l'objet de nombreux débats, afin de déterminer le meilleur système en termes de dissuasion et proportion. Or, le juge a pu prononcer des amendes, y compris en l'absence de préjudice réel à l'ordre public économique, mais seulement potentiel, ou bien en présence d'un préjudice de faible intensité, puisqu'il admet cette sanction lorsque les clauses illicites n'ont pas été mises en œuvre. Conformément à l'analyse économique, nous avons recommandé de se référer à une analyse coûts-avantages pour apprécier l'opportunité d'une amende. Or, l'amende est la sanction privilégiée en matière d'atteinte à l'ordre public économique, atteinte d'une importante gravité y compris lorsqu'elle est potentielle, et devrait donc être maintenue pour renforcer la dimension punitive et dissuasive, insuffisamment fournie par les autres sanctions. Néanmoins, dans cette démarche de justification de la sanction, la démonstration de l'atteinte à l'ordre public économique, qu'elle soit réelle ou potentielle, devrait être établie de manière concrète, sans être uniquement supposée du fait de l'existence d'un déséquilibre significatif et en présence de l'autorité publique. Enfin, nous avons proposé de renforcer le montant des amendes, prononcées par le juge en pratique, sous réserve du respect des plafonds. Les montants prononcés en pratique seraient bien inférieurs aux avantages perçus par les auteurs des infractions et ne seraient donc pas assez dissuasifs. Or, il faut également tenir compte des effets nocifs que peut causer le prononcé d'une amende trop élevée sur l'économie. L'augmentation de la probabilité de détection et de condamnation, pouvant être privilégiée pour éviter d'augmenter l'amende à des fins dissuasives, apparaît déjà suffisamment importante en pratique

et reste coûteuse à mettre en œuvre. Ainsi, seule l'augmentation de la sanction et en particulier, celle de l'amende civile, permettrait de renforcer la portée dissuasive. Rappelons que l'analyse économique recommande que la sanction soit au moins égale, et même supérieure au profit retiré, pour être dissuasive. *In fine*, les plafonds entendent conduire à un compromis entre ce qui est nécessaire, punir et dissuader les pratiques illicites et ce qui est excessif, porter atteinte à l'activité du fautif et plus largement à l'économie. Il appartient donc au juge de renforcer, en pratique, la portée dissuasive de ces montants tout en respectant ces plafonds.

b) La publicité de la sanction et le « name and shame »

390. *L'amélioration du prononcé des mesures de publicité des décisions judiciaires.* Le Code de commerce impose à présent la publicité systématique des décisions de justice. Il s'agit d'une mesure peu coûteuse à mettre en œuvre pour la société, car aux frais du condamné, et qui s'avère dissuasive (i). Or, nous verrons que le prononcé systématique de cette publication peut ne pas être nécessaire et proportionné, ce qui serait plus coûteux qu'avantageux (ii). Nous proposerons donc des pistes d'amélioration de l'analyse judiciaire en la matière.

i. Une mesure peu coûteuse à mettre en œuvre pour la société et dissuasive

391. *L'obligation de publicité des décisions aux frais du condamné, en principe peu coûteuse à mettre en œuvre pour la société, permet de renforcer la portée dissuasive des sanctions.* Antérieurement, la juridiction pouvait ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise. Elle pouvait également ordonner l'insertion de la décision ou de l'extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise (article L.442-6, III du Code de commerce ancien, modifié ensuite par la loi Sapin du 9 décembre 2016¹⁹³³). À présent, afin de rendre cette sanction d'autant plus dissuasive et préventive, le législateur a retenu qu'il appartenait à la juridiction d'ordonner, systématiquement, la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise. Elle peut ordonner l'insertion de la décision ou de l'extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne condamnée (article L.442-4, II du Code de commerce nouveau). L'obligation de publicité a été introduite par un amendement de l'Assemblée nationale¹⁹³⁴. Les députés déclaraient que « *la*

¹⁹³³ Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, ar. 102 ; J.B. GOUACHE, M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les apports de la loi SAPIN II du 9 décembre 2016 en matière de distribution », CCC, 6 juillet 2017, étude 7.

¹⁹³⁴ Assemblée nationale, 12 mai 2016, relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique n°3623, retiré, amendement n°CE145 (Rect), présenté par M. Benoit, M. de Courson, M. Reynier, M. Sauvadet et M. Philippe Vigier, art. additionnel après l'article 31, insérer l'art. suivant : « À la première phrase du troisième alinéa du III de l'article L. 442 6 du code de commerce, les mots : "peut ordonner" sont remplacés par les mots : "ordonne systématiquement" ». Exposé sommaire : « [...] L'argument, parfois évoqué, sur le risque potentiel de stigmatiser une enseigne au détriment d'une autre n'est pas acceptable et entretient une certaine confusion. Il convient, au contraire, de mettre en valeur les bons élèves qui respectent la loi. » V. égal. Assemblée nationale, 12 mai 2016, ... *ibid.*, n°3623, retiré amendement n°CE213, présenté par Mme Le Loch, Mme Fabre, Mme Got, Mme Battistel, M. Pellois, Mme

réglementation actuelle semble encore défailante dans la mesure où de nombreuses pratiques commerciales abusives sont encore manifestes » ainsi, « *seules des mesures plus coercitives, à commencer par une politique plus transparente sur les enseignes qui respectent la loi, permettra de rééquilibrer durablement les relations commerciales* ». En effet, ils rappellent que « *la publication des sanctions a un effet dissuasif en impactant la réputation de l'entreprise incriminée* ». Sa suppression a été proposée par un avis de la Commission des affaires économiques du Sénat qui a estimé que cette obligation présentait « *un caractère général conduisant à la publication systématique de décisions qui peuvent ne sanctionner que des pratiques qui, pour être restrictives, n'en ont pas moins un impact limité dans le cadre des pratiques commerciales* » ; « *surtout, elle contrevient au principe constitutionnel selon lequel il revient au juge d'individualiser la sanction qu'il prononce, au regard des éléments de fait et de droit qui se présentent à lui* »¹⁹³⁵. De nouveaux amendements ont été déposés pour le rétablir¹⁹³⁶, ils ont finalement été adoptés par le Sénat¹⁹³⁷. Enfin, l'article a été adopté dans le texte de loi¹⁹³⁸. L'obligation de publication a intégré le Code de commerce et vise donc à renforcer l'efficacité du système de sanction initial des pratiques restrictives.

Ainsi, parmi les arguments en faveur de l'obligation de publication, on trouve la nécessité d'informer le public, car le pouvoir d'arbitre de ce dernier permet de renforcer l'effet dissuasif et donc l'efficacité du dispositif de sanction. En portant atteinte à la réputation et à l'image des entreprises, la publication de la décision peut modifier le choix des consommateurs. Cette sanction complémentaire s'appuie sur le dispositif anglo-saxon du « *name and shame* ». Les

Dombre Coste, Mme Marcel, M. Le Borgn', M. Grellier, Mme Erhel et M. Yves Daniel, art. additionnel après l'art. 31 : « Insérer l'article suivant : à la première phrase de l'alinéa 3 du III de l'article 442-6 du code de commerce, les mots : "peut ordonner" sont remplacés par le mot : "ordonne". ».

¹⁹³⁵ D. GREMILLET, avis n°707 (2015-2016) fait au nom de la commission des affaires économiques, Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, Sénat, 22 juin 2016, examen des articles : « Article 31 bis E (nouveau) (art. L. 442-6 du code de commerce » ; V. égal. F. PILLET, Rapport n°712 (2015-2016) fait au nom de la commission des lois, 22 juin 2016 : « Article 31 bis E (supprimé) (art. L. 442-6 du code de commerce) ».

¹⁹³⁶ Projet de loi : Transparence, lutte contre la corruption et modernisation de la vie économique, (1ère lecture), (procédure accélérée), (n°713 , 712 , 707, 710), n°288, 30 juin 2016, amendement adopté, Mme Espagnac, M. Guillaume, Mme Bataille, Mm. Botrel, F. Marc, Miquel, Sueur, Vincent, Yung, M. Bourquin, Cabanel, Courteau, Daunis et Duran, Mme Guillemot, M. S. Larcher, Mme Lienemann, MM. Montaugé, Rome, Vaugrenard et les membres du Groupe socialiste et républicain, arti.31 bis e (supprimé) : Rétablir cet article dans la rédaction suivante : « À la première phrase du troisième alinéa du III de l'article L. 442-6 du code de commerce, les mots : "peut ordonner" sont remplacés par les mots : "ordonne systématiquement" ; Projet de loi Transparence, lutte contre la corruption et modernisation de la vie économique, (1^{re} lecture) (procédure accélérée) (n° 713 , 712 , 707, 710), n°543 rect., 4 juillet 2016, amendement M. Mézard, Arnell, Bertrand, Castelli, Collin, Collombat, Esnol, Fortassin et Guérini, Mmes Jouve, Laborde et Malherbe et MM. Requier, Vall et Hue, article 31 bis e (supprimé), "Rétablir cet article". ».

¹⁹³⁷ Sénat, Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, Séance du 7 juillet 2016 (compte rendu intégral des débats), Art. 31 bis E (priorité) (Supprimé) : « Ces deux amendements sont ainsi libellés : Rétablir cet article dans la rédaction suivante : à la première phrase du troisième alinéa du III de l'article L. 442-6 du code de commerce, les mots : "peut ordonner" sont remplacés par les mots : "ordonne systématiquement". [...] Mme la présidente. Je mets aux voix les amendements identiques nos 288 et 543 rectifié. (Les amendements sont adoptés.) Mme la présidente. En conséquence, l'article 31 bis E est rétabli dans cette rédaction. ».

¹⁹³⁸ Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 102.

entreprises sont réputées soucieuses de préserver leur image et leur réputation¹⁹³⁹. La publication des décisions permet également de mettre en évidence les entreprises qui n'ont finalement pas été sanctionnées. L'objectif affiché de la publication systématique des sanctions est de dissuader les entreprises de commettre des infractions par crainte de voir les consommateurs boycotter leurs produits et services. Néanmoins, il apparaît, qu'en pratique en France (et ce, contrairement aux pays anglo-saxons), les consommateurs accordent moins d'importance à de telles fautes et sont donc moins susceptibles de punir le fautif¹⁹⁴⁰. Ce constat pourrait nuancer l'objectif de dissuasion visé par la publication systématique. Néanmoins, si les consommateurs sont moins réceptifs, ce n'est pas nécessairement le cas des partenaires commerciaux qui pourront être dissuadés de contracter avec l'entreprise fautive, voire d'utiliser cette décision comme menace lors des négociations¹⁹⁴¹. Cette sanction remplirait alors sa mission de dissuasion et pourrait être considérée comme économiquement optimale.

Par ailleurs, la mise en œuvre de cette sanction complémentaire apparaît, en principe, peu coûteuse pour la société car les frais de publication sont supportés par la personne condamnée¹⁹⁴². On s'interroge alors sur la charge des frais supportés pour publier la décision lorsque la personne n'est finalement pas condamnée. Or, il apparaît qu'en pratique, l'obligation de publication des décisions n'a pas lieu de manière systématique en l'absence de condamnation. Si le fait de publier une décision constitue un coût en lui-même, les effets de cette publicité sur l'auteur des pratiques et l'économie peuvent venir accroître ces coûts. En effet, nous venons de voir qu'une réaction négative des consommateurs et/ou des partenaires commerciaux potentiels pourrait, en raison de ses effets, renforcer la punition supportée par le fautif. Les effets d'une telle publication pourraient également s'étendre au bon fonctionnement de l'économie si le fautif répercute les coûts de cette sanction sur les consommateurs, par exemple, en augmentant les prix en raison d'une perte de clientèle. Ou encore, si le boycott conduisait à son éviction du marché, la concurrence et ses bienfaits pourraient être réduits. En pratique, ces effets nous apparaissent difficilement réalisables car les entreprises ayant fait l'objet d'une sanction en matière de déséquilibre significatif restent bien souvent incontournables et le risque d'un boycott est moins probable. On pense notamment aux grands distributeurs ou aux plateformes numériques. Néanmoins, ce risque a pu être appréhendé dans une affaire *Subway* où le juge a cherché à protéger les franchisés d'une perte de clientèle en refusant la publication de la condamnation du franchiseur *Subway*¹⁹⁴³. Ainsi, les coûts résultant des effets nocifs sur l'économie, produits par la publication de la décision, doivent être étudiés en comparaison avec l'avantage retiré en matière de dissuasion.

¹⁹³⁹ Étude d'impact, Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, 30 mars 2016 : « Article 36 [...] 2.2. Publicité des sanctions ».

¹⁹⁴⁰ M. DEBROUX, « La sanction en droit de la concurrence, Nature, objectifs et composantes de la sanction : la nécessité d'un vrai débat », 1^{er} avril 2011 dispo. sur le site : <https://www.lepetitjuriste.fr>.

¹⁹⁴¹ N. AÏT-KACIMI, « Les sociétés cotées sanctionnées par l'AMF le sont aussi par les investisseurs. Plus que l'amende, c'est sa médiatisation qui affecte la réputation de l'entreprise », 16 juin 2015, dispo. sur le site : <https://www.lesechos.fr>.

¹⁹⁴² Code com., art. L.442-4, II.

¹⁹⁴³ TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123.

ii. Le prononcé systématique de cette publication peut être coûteux au regard de ses effets, non nécessaire et disproportionné

392. Une sanction dont la nécessité et la proportionnalité peuvent être questionnées. On peut s'interroger s'il est nécessaire et proportionné d'exiger la publication de l'ensemble des décisions ? Peut-on parler d'intérêt public à être informé sur ce sujet ? Cette modification du texte soulève de nombreuses questions¹⁹⁴⁴. L'objectif n'étant pas d'informer pour informer, mais bien pour créer un mécanisme de dissuasion chez les auteurs potentiels. En ce sens, elle peut être jugée nécessaire car elle permet de prévenir les consommateurs et les partenaires commerciaux qu'une société a déjà été condamnée pour des pratiques commerciales abusives. Elle permet également de dissuader, en principe, la réalisation de pratiques potentielles qui pourraient être nocives pour le bon fonctionnement de l'économie. En effet, en publiant les pratiques qui ont fait l'objet d'une sanction, le juge s'assure que les entreprises sont bien informées des pratiques à ne pas commettre sous peine d'être sanctionnées. Les arguments en défaveur portaient principalement sur le principe d'individualisation des peines, sur l'autonomie du juge ou l'opportunité du prononcé des sanctions¹⁹⁴⁵. Les réfractaires estimaient qu'il appartenait au juge de déterminer l'utilité ou non d'une publication, puisqu'il serait nécessaire de procéder à une analyse au cas par cas¹⁹⁴⁶. Par ailleurs, l'efficacité de cette sanction a pu être remise en cause lors des débats car la publication systématique ne permettrait pas de mettre en valeur les décisions les plus importantes¹⁹⁴⁷. Or, il semblerait que cette sanction soit très peu appliquée par les juges car jugée non-nécessaire et disproportionnée, y compris lorsque l'action est intentée par le Ministre. En effet, ils ont retenu que cette mesure n'était pas nécessaire dès lors que les clauses illicites figurent dans des contrats anciens, que ces clauses ont ensuite été modifiées, ou bien lorsqu'il n'est pas démontré que les pratiques aient perduré,

¹⁹⁴⁴ J.B. GOUACHE, M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les apports de la loi SAPIN II du 9 décembre 2016 en matière de distribution », CCC, 6 juillet 2017, étude 7.

¹⁹⁴⁵ Pour une analyse critique en présence du pouvoir accordé au ministre et l'atteinte à la présomption d'innocence : M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le *name and shame* ou le retour de l'infamie », RDC, 2013, n°4, p.1427 ; V. égal. Code com. art. R.470-1 et décret n°2022-1701 du 29 décembre 2022 définissant les modalités de publicité des mesures prises en application du livre IV du Code de commerce et du livre V du Code de la consommation.

¹⁹⁴⁶ Sénat, Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, Séance du 7 juillet 2016 (compte rendu intégral des débats), art. 31 bis E (priorité) (Supprimé) : « M. Daniel Gremillet, rapporteur pour avis de la commission des affaires économiques : [...] La publication, la diffusion ou l'affichage d'une décision juridictionnelle est une peine complémentaire, dont il revient au juge d'apprécier, au cas par cas, si son prononcé est justifié. [...] Au juge d'apprécier, au regard de la gravité de la pratique restrictive, s'il y a lieu de prendre une mesure de publicité particulière. [...] M. Daniel Dubois. Dans le cadre de l'examen de différents projets de loi relatifs à l'agriculture, j'ai déposé plusieurs amendements concernant le *blame and shame*. Je suis favorable à ce que les comportements anormaux des entreprises soient diffusés auprès du public, [...]. Sur ces différents sujets, je considère que le public, le consommateur, est un véritable arbitre. Cela étant, la justice est la justice. Le juge dispose d'une autonomie de décision et d'individualisation de la peine. C'est à lui de décider de la publication ou non de la sanction. ».

¹⁹⁴⁷ Sénat, Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, Séance du 7 juillet 2016 (compte rendu intégral des débats), art. 31 bis E (priorité) (Supprimé) : « M. Stéphane Le Foll, ministre de l'agriculture, de l'agroalimentaire et de la forêt, porte-parole du Gouvernement. [...] si l'on veut donner de la force à une sanction, il ne faut pas publier toutes les sanctions, sinon elles auront toutes la même valeur. Il convient donc de maintenir la logique actuelle : le juge a la possibilité de publier en opportunité des sanctions. Celles-ci doivent être dissuasives, ciblées et publiées à bon escient. ».

ou encore car les sanctions prononcées apparaissaient suffisantes¹⁹⁴⁸. De même, cette publication n'était pas jugée nécessaire lorsque l'existence d'un procès en la matière a suffisamment fait l'objet d'une diffusion, par les médias ou encore par la DGCCRF¹⁹⁴⁹. Certains députés rappelaient également qu'il était inutile de stigmatiser une entreprise¹⁹⁵⁰.

Certes, le fait d'informer des sanctions prononcées est utile et nécessaire pour créer un effet punitif et dissuasif. Néanmoins, il existe des cas pour lesquels le prononcé de cette sanction supplémentaire apparaît inutile, dès lors les coûts de mise en œuvre de cette sanction et ses effets semblent plus importants que les avantages retirés. En effet, lorsque le Ministre ou les médias effectuent une publication de l'enquête, de l'assignation ou de la décision, l'information apparaît suffisante. À noter, cette décision de publication doit être différenciée lorsque le Ministre est contraint d'informer les parties au contrat de son action¹⁹⁵¹. On ne peut néanmoins prétendre qu'il est inutile d'informer sur des pratiques illicites anciennes, y compris lorsqu'elles ont cessé ou ont été modifiées. En effet, les acteurs économiques sont susceptibles de récidiver et mettre de nouveau en place des pratiques abusives (parfois très) anciennes auprès de leurs partenaires profitant de leur ignorance du fait de l'absence de publication. De même, d'autres auteurs potentiels pourraient mettre en place ces pratiques, ignorant qu'elles ont fait l'objet d'une sanction par le juge dans des cas similaires. Par ailleurs, prétendre que les sanctions connexes, telles que l'amende ou la nullité, sont suffisantes conduit à se méprendre sur l'intérêt même d'une publication : informer pour prévenir et dissuader, par un fonctionnement distinct des autres sanctions. Prononcer une amende, la nullité ou la cessation des pratiques, sans que les consommateurs, les concurrents et les partenaires commerciaux soient informés, ne permet pas de dissuader efficacement les auteurs potentiels qui pourraient alors profiter de cette ignorance. Enfin, l'argument selon lequel seules les décisions les plus importantes sont mises en avant grâce à une publication sélective nous apparaît insuffisant. La publication ne cherche pas, uniquement, à stigmatiser certaines entreprises ou certains secteurs, mais également à informer sur l'analyse des pratiques commerciales par le juge, qu'elles conduisent ou non à une sanction ou qu'elle soit en présence ou non du Ministre. Cette connaissance ne devrait pas être réservée aux professionnels du droit qui ont accès aux bases de données nécessaires. Or, une question subsiste concernant la publication d'une décision qui est susceptible de faire l'objet d'un recours. Cette problématique est d'autant plus pertinente en matière d'injonction offerte

¹⁹⁴⁸ CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 et Cass. com., 4 octobre 2016, n°14-28.013 ; CA Paris, 1^{er} juillet 2015, n°13/19251 et Cass. com., 25 janvier 2017, n°15-23.547 ; CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187 ; CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323 ; CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784 (cassation de cet arrêt pour avoir admis le déséquilibre significatif par Cass. com., 8 juillet 2020, n°17-31.536) ; CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323.

¹⁹⁴⁹ TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625 ; TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123.

¹⁹⁵⁰ V. par ex., A. LE LOCH, P.A. MARTIN, Rapport n°3104 d'information déposé en application de l'article 145-7 du Règlement par la commission des affaires économiques sur la mise en application de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, Assemblée nationale, 7 octobre 2015, II., A., c. Les difficultés de la période post-négociation : « De nombreux représentants des fournisseurs se sont plaint de l'insuffisante publicité faite à ces assignations, qui pourraient pourtant avoir un rôle dissuasif fort. [...] Si la communication sur ces actions contentieuses peut présenter un avantage pédagogique et contribuer à l'apaisement des tensions par l'intervention des pouvoirs publics, le ministre veille à ne pas stigmatiser une enseigne par rapport à ses concurrents et en l'espèce, il préfère communiquer de manière générale sur des actions diligentées contre plusieurs enseignes. Les rapporteurs approuvent cette position équilibrée. ».

¹⁹⁵¹ Conseil const., décision n°2011-126 QPC, 13 mai 2011, consid. 9.

au Ministre¹⁹⁵². La solution retenue est donc susceptible de changer. Néanmoins, de nombreuses années peuvent s'écouler avant que la décision de justice définitive soit prononcée. Il peut être nécessaire d'informer les acteurs économiques du droit positif en précisant éventuellement que cette décision peut faire l'objet d'un recours.

Ainsi, la publication des décisions de justice nous apparaît, en principe, nécessaire, qu'elle soit effectuée par les pouvoirs publics, les médias ou le juge. Or, elle ne saurait être imposée lorsqu'elle a déjà fait l'objet d'une diffusion. *In fine*, nous estimons que le juge devrait disposer de l'opportunité d'apprécier l'utilité d'une sanction de publication dans chaque cas, il pourrait alors tenir compte de l'existence ou non d'une diffusion préexistante, voire d'effets nocifs potentiels pour l'économie.

393. *Conclusion*. L'obligation de publicité des décisions est, en principe, peu coûteuse à mettre en œuvre pour la société car aux frais du condamné, et permet de renforcer la portée dissuasive des sanctions. L'effet recherché est notamment le célèbre « *name and shame* » qui permettrait le boycott des entreprises condamnées. Or, si les consommateurs français sont moins réceptifs, ce n'est pas nécessairement le cas des partenaires commerciaux. Or, la publicité systématique des sanctions peut, également, avoir un coût pour la société en raison de ses effets nocifs sur le fonctionnement de l'économie. Ces coûts devraient être étudiés, par le juge, en comparaison avec l'avantage retiré en matière de dissuasion. Nous nous sommes également interrogés sur la nécessité et la proportionnalité de cette mesure. Nous estimons que cette mesure peut être qualifiée de nécessaire puisqu'elle permet d'informer plus facilement les entreprises des pratiques jugées illicites et de prévenir les consommateurs et les partenaires commerciaux qu'une société a déjà été condamnée. Néanmoins, nous admettons qu'il existe des cas pour lesquels le prononcé de cette sanction supplémentaire apparaît inutile. Dès lors, les coûts, résultants de sa mise en œuvre et de ses effets, semblent plus importants que les avantages retirés. En effet, lorsque le Ministre ou les médias effectuent déjà la publication de l'enquête, de l'assignation ou de la décision, l'information apparaît suffisante. Par ailleurs, le juge ne saurait prétendre qu'il est inutile d'informer sur des pratiques illicites, car elles sont anciennes, y compris lorsqu'elles ont cessé ou ont été modifiées par leur auteur. Les entreprises pourraient alors profiter de l'ignorance de leur condamnation par les consommateurs et les partenaires commerciaux, en raison de l'absence de publication, pour réitérer de telles pratiques. En outre, prétendre que les sanctions connexes, telles que l'amende ou la nullité, sont suffisantes, car déjà dissuasives, conduit à se méprendre sur l'intérêt même d'une publication qui est d'informer sur ces sanctions pour dissuader l'auteur condamné et les auteurs potentiels. Enfin, nous admettons que la publication d'une décision, non définitive, peut être coûteuse car elle peut produire des effets alors qu'elle est susceptible de changer. Toutefois, puisque la décision définitive peut avoir lieu dans de nombreuses années, il nous apparaît, néanmoins, nécessaire d'informer les acteurs économiques du droit positif en précisant éventuellement que cette décision peut faire l'objet d'un recours. *In fine*, s'il nous apparaît primordial que le juge mette en avant l'importance de la publication des décisions, il devrait néanmoins disposer de

¹⁹⁵² Pour une analyse critique en présence du pouvoir accordé au ministre et l'atteinte à la présomption d'innocence : M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le *name and shame* ou le retour de l'infamie », *RDC*, 2013, n°4, p. 1427.

l'opportunité d'apprécier l'utilité d'une telle sanction dans chaque cas. Il pourrait alors tenir compte de l'existence ou non d'une diffusion préexistante et donc suffisante ainsi que l'existence d'effets nocifs potentiels pour l'économie résultant d'une telle publication.

c) L'exécution sous astreinte

394. *L'amélioration du prononcé des astreintes par le juge et l'Administration.* Nous verrons que l'astreinte est une mesure offerte au juge judiciaire, au juge des référés et à l'Administration à des fins punitives et dissuasives (i). Or, nous verrons que l'efficacité de cette mesure dépend également de sa mise en œuvre en pratique (ii). Enfin, nous démontrerons que cette mesure peut être coûteuse, en raison de sa mise en œuvre et ses effets, elle peut également être non-nécessaire et disproportionnée. Nous proposerons donc des pistes d'amélioration (iii).

i. Une mesure punitive et dissuasive offerte au juge et à l'Administration

395. *Une mesure offerte au juge judiciaire et au juge des référés.* L'article L.131-1 du Code des procédures civiles d'exécution prévoit que « *tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision* ». L'astreinte est une mesure comminatoire, de nature judiciaire, visant à exercer une pression financière sur le débiteur afin qu'il procède à l'exécution de la décision de justice. La Cour de cassation a défini l'astreinte comme « *une mesure de contrainte entièrement distincte des dommages-intérêts et qui n'est en définitive qu'un moyen de vaincre la résistance opposée à l'exécution d'une condamnation, n'a pas pour objet de compenser le dommage né du retard, et est normalement liquidée en fonction de la gravité de la faute du débiteur récalcitrant et de ses facultés* »¹⁹⁵³. Cette pression financière prend forme à travers une somme due par infraction constatée ou par jours, semaines ou mois de retard dans l'exécution de la décision. En l'occurrence, en matière de déséquilibre significatif, la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a introduit cette possibilité, à présent reprise au nouvel article L.442-4 du Code de commerce. L'objectif était, une fois de plus, de renforcer la dimension punitive des sanctions pour compenser la libéralisation des relations commerciales¹⁹⁵⁴ et prévoir une sanction dissuasive en forçant les auteurs de délit à exécuter la décision du juge, notamment lorsque les victimes n'osent pas réclamer leur dû¹⁹⁵⁵. L'astreinte permet donc d'accroître l'effectivité du système de sanction initial. A noter, l'astreinte semble ne pas être considérée comme une peine ou une sanction par

¹⁹⁵³ Cass. civ., 20 octobre 1959, n°57-10.110.

¹⁹⁵⁴ C. LAGARDE, Projet de loi n°842 de modernisation de l'économie (renvoyé à la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire, à défaut de constitution d'une commission spéciale dans les délais prévus par les articles 30 et 31 du Règlement.), au nom de M. François FILLON, Assemblée nationale, 28 avril 2008, Exposé des motifs, art. 22.

¹⁹⁵⁵ J.P. CHARIÉ, Rapport n°908 fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi de modernisation de l'économie, Assemblée nationale, 22 mai 2008 : « Article 22 (articles L. 442-6 du code de commerce) [...] L'alinéa 14 constitue également une nouveauté importante, tant pour l'effectivité de la loi que pour les droits des victimes de ces pratiques illicites. Il permet en effet au juge d'assortir sa condamnation d'une injonction à l'exécuter sous astreinte. En effet, si les amendes sont recouvrées par le Trésor public, en revanche les dommages et intérêt ainsi que la répétition de l'indu auxquels le défendeur est condamné sont rarement demandés par les victimes, et bien souvent les pratiques condamnées ne cessent pas en dépit de leur sanction par le juge. ».

la jurisprudence¹⁹⁵⁶. Ainsi, elle ne serait pas soumise au respect des principes de nécessité, de proportionnalité et de sécurité juridique constitutionnellement garantis. Le nouvel article L.442-4 du Code de commerce prévoit que la juridiction peut ordonner l'exécution de sa décision sous astreinte et le juge des référés peut ordonner, au besoin sous astreinte, la cessation des pratiques abusives ou toute autre mesure provisoire. Il ne s'agit pas d'une obligation. Le juge peut déterminer, au cas par cas, l'utilité de cette mesure. Par ailleurs, la fixation du taux de l'astreinte ou de ses modalités de mise en œuvre relèvent du pouvoir discrétionnaire du juge qui les prononce¹⁹⁵⁷. Il en est, ainsi, malgré la tentative de prévoir dans le code des précisions en ce domaine¹⁹⁵⁸. L'astreinte doit être distinguée des dommages et intérêts, sa liquidation ne résulte pas d'un préjudice né de l'inexécution par le débiteur. En effet, cette mesure ne vient pas sanctionner un dommage mais le non-respect de la décision judiciaire. Il s'agit d'une mesure à caractère privé car le montant de l'astreinte liquidée bénéficie en intégralité au créancier, contrairement au droit anglo-saxon, où l'inexécution de la décision d'un juge est qualifiée de délit pénal (« *contempt of court* ») sanctionné par une amende¹⁹⁵⁹. Si le juge peut prononcer une astreinte, il ne peut pas, pour autant, procéder d'office à sa liquidation. La liquidation de l'astreinte nécessite une demande formée par les parties à l'instance à l'issue de laquelle une condamnation sous astreinte a été prononcée¹⁹⁶⁰. En effet, le juge doit être saisi à cette fin, soit par le débiteur qui entend être fixé sur la condamnation qu'il encourt, soit par le créancier qui désire voir concrétiser une créance d'astreinte. Cette mesure doit être distinguée du nouveau pouvoir d'astreinte offert au ministre de l'Économie¹⁹⁶¹ qui a fait l'objet de nombreuses critiques¹⁹⁶², sans qu'une solution ne soit envisagée, à ce jour, pour y répondre.

¹⁹⁵⁶ Cass. civ., 4 janvier 2012, n°11-40.081 : « L'astreinte provisoire, qui a pour finalité de contraindre la personne qui s'y refuse à exécuter les obligations qu'une décision juridictionnelle lui a imposées et d'assurer le respect du droit à cette exécution, ne saurait être regardée comme une peine ou une sanction au sens de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. ».

¹⁹⁵⁷ Cass. civ., 15 janvier 2009, n°07-19.239.

¹⁹⁵⁸ Dossier législatif, projet de loi de modernisation de l'économie, Sénat, Séance du 7 juillet 2008 (compte rendu intégral des débats) : « Article 22 : L'amendement n° 426 est présenté par M. Raoul, Mmes Bricq et Demontès, M. Godefroy, Mme Khiari, MM. Lagache, Massion, Pastor, Repentin, Sueur, Yung, Desessard et les membres du groupe Socialiste, apparentés et rattachés. [...] M. Daniel Raoul. [...] En présentant cet amendement, nous proposons que cette astreinte soit équivalente à une fraction de l'amende par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe. En l'occurrence, nous n'inventons rien. Nous ne faisons que reprendre la rédaction de l'avant-projet de loi, qui visait à attribuer au juge des moyens plus efficaces pour sanctionner les pratiques prohibées. À nos yeux, le texte adopté par l'Assemblée nationale est moins précis et efficace que la rédaction initiale sur ce point. J'espère donc que le Gouvernement en reviendra à sa première version. [...] M. Luc Chatel, secrétaire d'État. [...] nous estimons que le juge civil est familier de ce type d'astreintes. Il nous semble donc inutile d'en encadrer le mode de fixation et de liquidation. ».

¹⁹⁵⁹ Dalloz, Code des procédures civiles d'exécution, Titre troisième, la prévention des difficultés d'exécution, Chapitre unique, l'astreinte, art. L. 131-2, commentaire, Généralités, I. l'astreinte : finalité et nature, B. nature de l'astreinte.

¹⁹⁶⁰ Cass., civ., 14 novembre 2019, n°18-22.213.

¹⁹⁶¹ Code com., art. L.470-1, III modifié par la loi n°2020-1508 du 3 décembre 2020, art. 9 (V).

¹⁹⁶² M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le pouvoir de la DGCCRF de prononcer et liquider des astreintes d'1 % du chiffre d'affaires arrive ! », *LEDICO*, oct. 2020, p. 5. : « Comme souvent, l'administration a glissé dans le texte concernant l'adaptation au droit de l'UE, une réforme plus générale. Enjoindre à une entreprise sous astreinte de cesser un déséquilibre significatif, et liquider l'astreinte à 1 % de son chiffre d'affaires consolidé, permettrait en fait à la DGCCRF de se passer du juge judiciaire, puisqu'elle pourrait obtenir avec une telle astreinte, la cessation de la pratique et sa sanction ! Être juge à la place du juge ! » Y. PUGET, « Négociations commerciales : bientôt de nouveaux pouvoirs pour la DGCCRF afin d'accélérer les procédures ? », 13 novembre 2020, dispo. sur le site : <https://www.lsa-conso.fr>.

396. *Le pouvoir d'astreinte de l'Administration.* Outre le pouvoir d'astreinte dont dispose le juge en matière de pratiques restrictives de concurrence, le ministre de l'Économie s'est vu octroyer un pouvoir similaire. La loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (dite « Loi Hamon », article 121) a permis de renforcer le pouvoir de l'Administration dans une matière relevant de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire. L'Administration s'est vu octroyer d'importants pouvoirs de sanction à travers des amendes administratives et des injonctions (anciennement, les articles L.465-1 et 2, à présent les articles L.470-1 et L.470-2 du Code de commerce). Ces pouvoirs conférés à l'Administration entendent accélérer la sanction des pratiques abusives qui peuvent être sanctionnées plusieurs années après lorsqu'elles font l'objet d'un recours judiciaire. Les textes ont fait l'objet de plusieurs modifications favorisant notamment la transparence des mesures. Dans le droit antérieur, le Professeur M. CHAGNY souligne que « *schématiquement, il existait une ligne de partage entre des manquements formels, autrement dit aisément identifiables et des pratiques dont la qualification était, au contraire, plus délicate. Les premiers étaient passibles d'une amende administrative et pouvaient également donner lieu à une injonction qui, si elle n'était pas suivie d'effet, exposait encore à une autre amende administrative. À l'inverse, la seconde catégorie pouvait certes donner lieu à une injonction administrative, mais dans le cas où il n'y était pas déféré, la seule possibilité consistait pour le ministre de l'Économie à agir devant le juge judiciaire.* »¹⁹⁶³. Afin de garantir un système à la fois efficace, dissuasif et proportionné, la loi n°2020-1508 du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière (dite « DDADUE », article 9) étend la possibilité pour la DGCCRF d'enjoindre, à l'auteur d'une violation au titre IV du livre IV du Code de commerce, de se conformer à ses obligations, de cesser tout agissement illicite ou de supprimer toute clause illicite notamment aux cas de manquements passibles d'une amende civile au règlement (UE) n° 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne (dit « Règlement *Platform to Business* »). Par ailleurs, pour éviter l'ineffectivité de cette injonction, une astreinte a été prévue. À l'origine issue d'une proposition du Gouvernement visant à :

« renforcer l'efficacité du cadre actuel du droit des pratiques restrictives de concurrence en permettant une voie d'action plus rapide que le contentieux commercial, les procédures devant le tribunal de commerce menées par la DGCCRF au nom du ministre de l'Économie pouvant durer plusieurs années. Pour cela, une mesure d'injonction administrative de mise en conformité, sous astreinte, est proposée pour les pratiques listées par le règlement « P to B », et, plus généralement, pour les pratiques restrictives de concurrence [...] Cette astreinte doit ainsi s'envisager comme une mesure corrective, plus souple et plus rapide, en alternative aux mesures répressives existantes. [...] Ce dispositif vise à renforcer la protection des victimes de pratiques restrictives de concurrence en situation de faiblesse face à de puissants acteurs du numérique et de la grande distribution, grâce à la mise en œuvre d'outils et de sanctions crédibles, tant en

¹⁹⁶³ M. CHAGNY, « Droit des pratiques restrictives de concurrence et droit de la concurrence déloyale », *RTD com.*, 2021, p. 45.

terme de rapidité des mesures pouvant être prises qu'au regard du montant dissuasif de l'astreinte encourue en cas de défaut de mise en conformité. Pour renforcer encore l'effectivité de ce dispositif, parallèlement, la possibilité de publier l'injonction est prévue dans le code de commerce en cas d'inexécution de celle-ci. »¹⁹⁶⁴.

Ainsi, le nouvel article L.470-1, III prévoit que lorsque l'injonction est notifiée à raison d'un manquement passible d'une amende civile, les agents mentionnés au I du présent article peuvent assortir leur mesure d'une astreinte journalière ne pouvant excéder un montant de 0,1 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes réalisé au cours du dernier exercice clos. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante. L'injonction précise les modalités d'application de l'astreinte encourue, notamment sa date d'applicabilité, sa durée et son montant. Le montant de l'astreinte est proportionné à la gravité des manquements constatés et tient compte, notamment, de l'importance du trouble causé. L'astreinte journalière court à compter du jour suivant l'expiration du délai imparti au professionnel pour se mettre en conformité avec la mesure d'injonction notifiée. En cas d'inexécution, totale ou partielle, ou d'exécution tardive, l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation procède, dans les conditions prévues au IV de l'article L.470-2, à la liquidation de l'astreinte. Toutefois, le total des sommes demandées au titre de la liquidation de l'astreinte ne peut être supérieur à 1 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes réalisé au cours du dernier exercice clos. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante. Ce mode de calcul a été introduit pour rendre l'astreinte plus dissuasive, notamment pour les entreprises de très grande taille, afin que le chiffre d'affaires pris en compte soit celui de l'ensemble du groupe auquel elle appartient¹⁹⁶⁵. La décision prononçant la mesure d'injonction et celle prononçant la liquidation de l'astreinte journalière sont motivées. Elles sont susceptibles d'un recours de pleine juridiction et le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner leur suspension dans les conditions prévues à l'article L.521-1 du Code de justice administrative. La loi n°2022-1158 du 16 août 2022 (article 20) portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat a également modifié ces dispositions pour renforcer leur portée dissuasive en prévoyant notamment la publicité des mesures d'injonction¹⁹⁶⁶. Ainsi, l'injonction mentionnée au premier alinéa du 1 du présent III peut faire l'objet, en cas d'inexécution totale ou partielle ou d'exécution tardive, d'une mesure de publicité, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État. Dans ce cas, le professionnel est informé, lors de la procédure contradictoire préalable au prononcé de l'injonction, de la nature et des modalités de la mesure de publicité encourue. La publicité est effectuée aux frais du professionnel qui fait l'objet de l'injonction. Cette mesure concerne l'ensemble des pratiques restrictives de concurrence civilement sanctionnées, dont le

¹⁹⁶⁴ Sénat, Projet de loi n°13, Adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière, 6 juillet 2020, amendement adopté, présenté par le gouvernement, art. 7.

¹⁹⁶⁵ Sénat, Séance du 8 juillet 2020 (compte rendu intégral des débats) : « L'amendement n° 13, présenté par le Gouvernement [...] Le sous-amendement n° 34, présenté par M. Duplomb. ».

¹⁹⁶⁶ M. BEHAR-TOUCHAIS, « *Le name and shame* ou le retour de l'infamie », *RDC*, 2013, n°4, p. 1427.

déséquilibre significatif, et ce quel que soit le secteur d'activité¹⁹⁶⁷, sans se limiter à ce que prévoyait le Règlement *Platform to Business*¹⁹⁶⁸. L'astreinte constitue une nouveauté majeure, visant une dissuasion renforcée du fait de son application et son montant, permettant de garantir l'efficacité du système¹⁹⁶⁹, comme le retient également le Rapporteur de la Commission des affaires économiques, tiré du dossier législatif de la loi DDADUE¹⁹⁷⁰.

ii. Une mesure efficace sous réserve de sa mise en œuvre effective en pratique

397. *L'astreinte une mesure efficace, du fait de sa portée punitive et dissuasive, sous réserve de sa mise en œuvre effective en pratique.* Une mesure d'astreinte a nécessairement une vocation punitive et dissuasive puisqu'elle augmente la peine de l'auteur du délit chaque jour où il se refuse à respecter la décision du juge ou l'injonction de l'Administration. Ainsi, cette mesure permet de s'assurer que la pratique illicite et le préjudice qu'elle peut causer ne perdurent pas à compter de la condamnation de l'auteur. Or, une application importante de l'astreinte a été effectuée dans une affaire *Amazon*. En l'espèce, le juge a retenu l'existence d'un déséquilibre significatif et a jugé nécessaire de prononcer une injonction de modification ou suppression de plusieurs clauses. Il a retenu que « *les modifications ou suppressions des 6 clauses [...], devront avoir été opérées dans les 180 jours suivant la signification du présent jugement sous peine d'une astreinte de 10.000 euros par jour de retard et ce pour une période*

¹⁹⁶⁷ V. FAURE-MUNTIAN, Rapport n°3382 fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi, adopté par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière (n° 3196), avis faits au nom de la commission des finances au nom de la commission des affaires culturelles et de l'éducation par M. Lauzzana, A. Bergé, Assemblée nationale, 30 septembre 2020 : « c. Création d'une nouvelle procédure d'astreinte pour l'ensemble des pratiques restrictives de concurrence. ».

¹⁹⁶⁸ Règlement (UE) n°2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne.

¹⁹⁶⁹ V. FAURE-MUNTIAN, Rapport n°3382 fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi, adopté par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière (n° 3196), avis faits au nom de la commission des finances au nom de la commission des affaires culturelles et de l'éducation par M. Lauzzana, A. Bergé, Assemblée nationale, 30 septembre 2020, Chapitre III Dispositions relatives à la lutte contre les pratiques commerciales déloyales et pour l'équité et la transparence dans les relations interentreprises, Article 7, III : « Comme l'explique le Gouvernement dans l'objet de son amendement, "ce dispositif vise à renforcer la protection des victimes de pratiques restrictives de concurrence en situation de faiblesse face à de puissants acteurs du numérique et de la grande distribution, grâce à la mise en œuvre d'outils et de sanctions crédibles, tant en termes de rapidité des mesures pouvant être prises qu'au regard du montant dissuasif de l'astreinte encourue en cas de défaut de mise en conformité". ».

¹⁹⁷⁰ V. FAURE-MUNTIAN, Rapport n°3382 fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi, adopté par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière (n° 3196), avis faits au nom de la commission des finances au nom de la commission des affaires culturelles et de l'éducation par M. Lauzzana, A. Bergé, Assemblée nationale, 30 septembre 2020, TOME II Commentaires des articles, c. Création d'une nouvelle procédure d'astreinte pour l'ensemble des pratiques restrictives de concurrence : « La France fait partie des pays les plus répressifs en matière de pratiques commerciales déloyales. Il s'agit d'un sujet de préoccupation majeure pour l'Assemblée nationale, en particulier pour la commission des affaires économiques qui a à cœur de rétablir de l'équité dans les déséquilibres contractuels [...] le nouveau dispositif d'astreinte qui pourra s'appliquer pour l'ensemble des pratiques restrictives de concurrence devrait permettre de renforcer considérablement l'efficacité des mesures prises pour lutter contre les déséquilibres commerciaux. Le caractère dissuasif du montant de l'astreinte encourue devrait permettre de limiter ces pratiques répréhensibles, observées tant dans le secteur de la grande distribution que dans celui du numérique. ».

de 60 jours à l'issue de laquelle il sera fait droit à nouveau en cas de non-exécution »¹⁹⁷¹. Une telle astreinte est inédite et conforme au souhait du Ministre¹⁹⁷². Or, le Tribunal avait également constaté, en l'espèce, que « pour prendre en compte la bonne foi d'Amazon et sa volonté affirmée dans ses écritures et lors des débats de modifier rapidement et significativement certaines des clauses dénoncées par le Ministre ; le tribunal limitera le montant de l'amende à 75% du plafond de 5 millions fixé par la loi du 9 décembre 2016, arrondi à 4 millions d'euros ». Toutefois, une enquête, lancée en 2020, par la DGCCRF sur les conditions contractuelles imposées par Amazon aux vendeurs tiers établissait de nouvelles irrégularités concernant l'équilibre du contrat et le respect du Règlement *Platform to Business*. La DGCCRF avait donc enjoint le 20 décembre 2021 à la société Amazon de modifier au plus vite, et au plus tard avant le 22 mars 2022, certaines clauses dans ses conditions contractuelles applicables aux vendeurs tiers présents sur sa plateforme Amazon.fr, en raison notamment d'un déséquilibre significatif au profit d'Amazon. Cette injonction avait été assortie, pour la première fois, d'une astreinte fixée en l'espèce à 90 000 euros par jour de retard, applicable en cas d'inexécution de la part de la société Amazon à compter du 22 mars 2022. Face à une remise en conformité tardive de plusieurs points contraires au droit au 28 avril 2022, Amazon doit désormais s'acquitter du paiement d'une astreinte de 3,33 millions d'euros à l'issue des vérifications et d'une période de contradictoire imposée par la procédure. Ainsi, cette affaire démontre que la décision de condamnation prononcée par le juge, et notamment le prononcé d'une amende et d'une astreinte, n'apparaissait pas suffisamment dissuasive pour que l'auteur se plie à ces exigences¹⁹⁷³. Le respect des recommandations juridiques pouvait, toutefois, être difficile à mettre en œuvre en pratique. Or, le paiement d'une astreinte, prononcé pour la première fois par la DGCCRF, qui vient s'ajouter aux sanctions prononcées par le juge en 2019, et dont le montant est quasi similaire à celui de l'amende civile, pourrait être suffisamment dissuasif car l'autorité publique démontre qu'elle met en place de manière effective le pouvoir qui lui a été accordé. Or, la portée dissuasive de l'astreinte peut être nuancée lorsque le débiteur est insolvable ou bien, lorsque le montant réellement liquidé est finalement minoré par le juge. En effet, si les juges adaptent finalement le montant faisant l'objet d'une liquidation à la baisse car ils estiment ce montant trop élevé, au regard de l'intensité du préjudice subi, alors l'astreinte perd de sa capacité dissuasive¹⁹⁷⁴. C'est donc également au stade de sa liquidation qu'il importe

¹⁹⁷¹ TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625 ; M.C. SORDINO, « Condamnation d'Amazon pour déséquilibre significatif », *RSC*, 2019, p. 833.

¹⁹⁷² Ministère de l'Économie et des Finances, Communiqué de presse n°1394, « Pratiques commerciales des plateformes numériques : Le tribunal de commerce de Paris sanctionne Amazon dans le cadre d'une procédure initiée par Bruno Le Maire et lui impose de revoir ses conditions générales d'utilisation », Paris, 4 septembre 2019 : « C'est la première fois qu'une telle astreinte – particulièrement importante pour garantir l'effectivité de la sanction – est décidée par le tribunal de commerce à la demande du ministre. »

¹⁹⁷³ S. CHAUDOUET, « Les foudres du déséquilibre significatif s'abattent sur Google », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n°28, 14 juillet 2022, p. 1251 : « Amazon qui, foulant au pied sa condamnation de 2019 en laissant persister les clauses pourtant sanctionnées, vient d'être enjoint, sous astreinte, de se mettre en conformité avec la règle sur le déséquilibre significatif et le règlement P2B. »

¹⁹⁷⁴ À noter, l'astreinte est provisoire ou définitive. L'astreinte est considérée comme provisoire, à moins que le juge n'ait précisé son caractère définitif. (Code proc. civ. exéc., art. L.131-2). Le montant de l'astreinte provisoire est liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter (Code proc. civ. exéc., art. L.131-4). *A contrario*, si l'astreinte est définitive, son taux ne peut jamais être modifié lors de sa liquidation (Code proc. civ. exéc., art. L.131-4).

d'étudier l'efficacité de l'astreinte. Le montant de l'astreinte doit être suffisamment important pour dissuader les auteurs du délit de refuser d'exécuter la décision de justice ou l'injonction administrative.

Finalement, le fait que cette mesure soit mise en œuvre de manière effective garantit sa portée dissuasive. Or, sa mise en œuvre apparaît, *a priori* en pratique, plus effective lorsqu'elle est le fait de l'Administration plutôt que le fait du juge. Cette mesure s'avère d'autant plus dissuasive lorsqu'elle est appliquée par l'Administration, qui avant tout procès et donc tout contrôle judiciaire, peut enjoindre, sous astreinte, l'auteur d'un supposé délit à mettre fin à ses pratiques. L'idée qu'une entreprise puisse être rapidement contrainte dans son activité, avant même qu'un juge ne se soit prononcé, constitue une mise en garde très efficace à l'égard des auteurs potentiels.

iii. Une mesure qui peut être coûteuse, non-nécessaire et disproportionnée

398. *La remise en cause de la nécessité et de la proportionnalité de cette mesure, notamment en raison de ses coûts de mise en œuvre et ses effets.* Le fait de contrôler et de liquider l'astreinte implique des coûts supportés par le juge ou la DGCCRF, qui reposent donc finalement sur la société. Certes, la DGCCRF, dès lors qu'elle est créancière, pourra obtenir les gains retirés par la liquidation et pourra éventuellement compenser les coûts de mise en œuvre. Ces coûts, au détriment de la société, pourraient également être compensés par l'avantage tiré de la capacité dissuasive de l'astreinte visant à mettre rapidement fin au dommage ou à prévenir sa réalisation. Néanmoins, ces coûts pourraient être évités si les décisions de justice et les injonctions administratives étaient suffisamment dissuasives et donc respectées. Ainsi, le prononcé d'une astreinte et sa liquidation ne seraient nullement nécessaires. Rappelons que le prononcé d'une astreinte et sa liquidation ont des conséquences importantes sur l'auteur d'une pratique illicite, contraint de payer des montants pouvant être très élevés. La société peut également être impactée, en raison des coûts de mise en œuvre de l'astreinte et sa liquidation comme nous l'avons vu, mais également en raison des effets que peut avoir cette mesure sur l'économie. Par exemple, l'auteur de la pratique pourrait voir son activité impactée en raison des frais supplémentaires supportés. Il pourrait également transférer le montant de l'astreinte liquidée sur les consommateurs ou sur ses partenaires commerciaux, modifiant ainsi le bon fonctionnement de l'économie. Ainsi, la nécessité d'appliquer une telle mesure pourrait se justifier, uniquement, lorsque le délit cause ou est susceptible de causer un dommage d'une certaine gravité. Il importe, alors, d'y mettre rapidement fin ou de prévenir un préjudice potentiel. En l'absence d'un tel préjudice, cette mesure pourrait ne pas être nécessaire et apparaîtrait disproportionnée en raison de l'intensité de ses effets. Elle pourrait être plus coûteuse, pour l'auteur du délit et la société, que les avantages qu'elle procure, d'autant plus si cette mesure ou la décision font ensuite l'objet d'un recours et sont annulés. Or, les juges semblent mettre en œuvre cette mesure uniquement dans des cas les plus graves, où elle apparaît nécessaire, notamment en présence d'une atteinte à l'ordre public économique¹⁹⁷⁵. Il en est de

¹⁹⁷⁵ V. par ex. jugée nécessaire en raison de l'atteinte à l'ordre public économique qui découlait des pratiques pouvant notamment nuire de manière importante aux vendeurs tiers (TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625).

même, lorsqu'il s'agit d'exiger l'exécution provisoire de la décision¹⁹⁷⁶. Par ailleurs, la mise en œuvre d'une décision de justice ou d'une injonction peut requérir un temps d'adaptation pour l'auteur des pratiques, bien que le juge prévoit un délai, ce délai pourrait être insuffisant. Il doit être adapté en fonction de la difficulté de sa mise en œuvre en pratique. Il en est de même lorsqu'il s'agit de l'Administration, cette dernière doit d'autant plus réfléchir à l'opportunité d'une telle mesure alors qu'aucun procès n'a eu lieu, bien que cette décision d'injonction sous astreinte soit prise en respectant le contradictoire¹⁹⁷⁷, ce qui pourrait être questionné en pratique¹⁹⁷⁸. Le risque d'erreur est à prendre en compte. En effet, les conséquences sont potentiellement dommageables en cas de recours et de succès du débiteur alors qu'une liquidation peut déjà avoir eu lieu.

Certes, l'Administration doit respecter une obligation de motivation. Par ailleurs, sa décision peut faire l'objet d'un recours devant le juge administratif, pourtant non spécialisé en matière de pratiques restrictives de concurrence, voire l'objet d'une suspension par le juge des référés. Cet encadrement cherche à tempérer le fait que l'autorité publique se voit conférer le rôle de juge d'une pratique alors même qu'elle agit généralement comme partie devant le juge judiciaire pour les dénoncer. Notons, d'autant plus, qu'elle n'obtient pas toujours validation de ses demandes devant le juge. Se pose alors la question de sa compétence et de son indépendance pour prendre de telles décisions. Certes, il existe des voies de recours néanmoins « *elles semblent être d' « un intérêt limité pour les entreprises » : le premier parce que, faute de caractère suspensif, les entreprises devront acquitter le montant (pouvant être fort élevé) de l'astreinte ; le second en raison de l'usage restreint qui en est fait par le juge administratif* »¹⁹⁷⁹. C'est pourquoi, le renforcement du pouvoir de l'Administration a vivement été critiqué. Par ailleurs, comme cela a pu être soulevé, nous estimons que le juge judiciaire pourrait être compétent pour les recours et non le juge administratif, ce qui permettrait d'éviter d'éventuelles divergences de jurisprudence¹⁹⁸⁰. Or, à ce jour, la DGCCRF a utilisé cette mesure pour la première fois suite à une décision de justice qui avait préalablement condamné l'entreprise *Amazon* à se mettre en conformité sous astreinte, ce qui pourrait limiter le risque d'erreur, sans pour autant l'exonérer. Seul l'avenir nous dira si l'Administration fait un usage non abusif de cette mesure.

¹⁹⁷⁶ TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123 : « Le tribunal n'ordonnera pas l'exécution provisoire, qui est sollicitée, ne l'estimant pas nécessaire et de surcroît incompatible avec la nature de l'affaire en ce qu'elle risque d'entraîner des conséquences excessives et en tout état de cause irréversibles, notamment dans l'hypothèse où les défenderesses feraient appel de la décision qui sera rendue. ».

¹⁹⁷⁷ Code com., art. L.470-2, IV modifié par l'ordonnance n°2019-698 du 3 juillet 2019, art. 2 : « Avant toute décision, l'administration informe par écrit la personne mise en cause de la sanction envisagée à son encontre, en lui indiquant qu'elle peut prendre connaissance des pièces du dossier et se faire assister par le conseil de son choix et en l'invitant à présenter, dans le délai de soixante jours, ses observations écrites et, le cas échéant, ses observations orales. Passé ce délai, l'autorité administrative peut, par décision motivée, prononcer l'amende. ».

¹⁹⁷⁸ Rappelons que l'autorité publique agit, en principe, à charge devant le juge en matière de pratiques restrictives de concurrence.

¹⁹⁷⁹ M. CHAGNY, « Droit des pratiques restrictives de concurrence et droit de la concurrence déloyale, loi n° 2020-1508 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière du 3 déc. 2020 et loi n° 2020-1525 d'accélération et de simplification de l'action publique du 7 déc. 2020 », *RTD com.*, 2021, p. 45.

¹⁹⁸⁰ M. CHAGNY, « Droit des pratiques restrictives de concurrence... », *ibid.*, p. 45.

Par ailleurs, la proportionnalité de cette mesure peut être questionnée puisqu'elle peut mener à des montants très élevés bien qu'ils soient, et fort heureusement, encadrés lorsqu'il s'agit d'une injonction de l'Administration, mais tel n'est pas le cas lorsqu'il s'agit d'une décision du juge. Le juge dispose en l'espèce d'un pouvoir discrétionnaire, le Code de commerce ne prévoyant aucune limitation. Son pouvoir est néanmoins encadré car sa décision peut faire l'objet d'un recours et la liquidation doit finalement faire l'objet d'une demande d'une partie avant d'être prononcée. *A contrario*, en matière administrative, il existe un double plafond qui confère une garantie supplémentaire de proportionnalité du montant de l'astreinte. Il est également précisé que le montant de l'astreinte est proportionné à la gravité des manquements constatés et tient compte notamment de l'importance du trouble causé. Néanmoins, le montant prononcé, en l'absence de tout contrôle du juge, reste très élevé pouvant aller jusqu'à 1 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes réalisé au cours du dernier exercice clos. Ce montant pourrait être disproportionné puisqu'il pourrait être plus important que celui prononcé par le juge en pratique. Dès lors, il pourrait être envisagé de le réduire. Par ailleurs, rappelons que le produit de l'astreinte liquidée par le juge sera versé au créancier, or, elle ne doit aucunement procurer à celui-ci un enrichissement injustifié. L'astreinte est destinée, « *non à réparer un préjudice, mais à sanctionner l'inexécution volontaire d'une décision de justice* », elle doit donc être indépendante des dommages-intérêts¹⁹⁸¹. Le montant de l'astreinte doit être prononcé de manière proportionnée en tenant compte de l'effet dissuasif recherché et des effets d'une telle mesure. L'astreinte pourrait être encadrée en matière judiciaire afin de s'assurer que son prononcé ne fasse jamais l'objet d'un montant disproportionné, bien que le juge semble agir de manière mesurée. Enfin, si l'astreinte peut être considérée comme efficace, en ce sens qu'elle s'avère fortement dissuasive, le manque de proportionnalité et de nécessité auxquels elle s'expose, et l'intensité des coûts qui en découlent en comparaison avec ses avantages, risquent de l'éloigner d'une sanction optimale. Espérons que le juge et l'Administration sauront profiter à bon escient de la dimension dissuasive de cette mesure tout en tenant compte de ses coûts de mise en œuvre et de ses effets, et donc, en ne l'appliquant que lorsqu'elle s'avère nécessaire et de manière proportionnée aux circonstances de l'espèce.

399. *Conclusion.* L'astreinte est une mesure offerte au juge judiciaire et au juge des référés. Il s'agit d'une mesure de contrainte pécuniaire visant à forcer la personne condamnée à respecter la décision judiciaire. Ainsi, elle entend renforcer la dimension punitive des sanctions pour accroître l'effectivité du système de sanction initial. L'Administration s'est également vue octroyer un pouvoir d'injonction assorti d'une astreinte. Ce pouvoir, en dehors de toute saisine du juge, permettrait d'accélérer la répression des pratiques abusives. En pratique, nous nous sommes particulièrement intéressés à une affaire *Amazon* où l'Administration a utilisé, de manière effective, son nouveau pouvoir d'astreinte suite à une décision de justice qui avait elle-même condamné l'entreprise sous astreinte. Cette affaire conduit à douter de la portée dissuasive des sanctions prononcées par le juge, y compris sous astreinte, et met en avant l'utilité du pouvoir accordé à l'Administration. Or, la portée dissuasive

¹⁹⁸¹ Cass. soc., 20 oct. 1993, n°90-42235 ; Code proc. civ. exec., art. L.131-2 ; M. RICHEVAUX, « Liquidation d'astreinte, une diminution de l'astreinte n'est possible que si le juge la justifie par des éléments objectifs », *LPA*, 16 mai 2017, p. 12.

de l'astreinte peut être nuancée lorsque le débiteur est insolvable ou bien, lorsque le montant réellement liquidé est finalement minoré. Si l'astreinte peut être considérée comme efficace en ce sens qu'elle s'avère fortement dissuasive, le manque de proportionnalité et de nécessité, auxquels elle s'expose, risquent de l'éloigner d'une sanction optimale. Le fait de contrôler le respect des décisions et de liquider l'astreinte, en cas de défaillance, implique des coûts supportés par le juge ou la DGCCRF, qui reposent donc finalement sur la société. Par ailleurs, le prononcé d'une astreinte et sa liquidation ont des conséquences importantes sur l'auteur du délit et le fonctionnement de l'économie. Si ces coûts peuvent finalement faire l'objet d'une compensation grâce à la liquidation de l'astreinte ou encore à l'avantage retiré en termes de dissuasion, il convient de noter que ces coûts pourraient être évités si les décisions de justice et les injonctions administratives étaient suffisamment dissuasives et donc respectées. Ainsi, nous proposons d'appliquer cette mesure, uniquement, lorsque le délit cause ou est susceptible de causer un dommage d'une certaine gravité, notamment en présence d'une atteinte à l'ordre public économique, et qu'il importe de rapidement mettre fin ou prévenir un préjudice potentiel. En l'absence d'un tel préjudice, cette mesure pourrait ne pas être nécessaire et apparaîtrait disproportionnée en raison de ses coûts de mise en œuvre et l'intensité de ses effets. C'est d'autant plus dangereux si cette mesure ou la décision initiale font, après liquidation, l'objet d'un recours et sont annulées. La proportionnalité de cette mesure implique également de laisser un délai de mise en œuvre adapté en pratique. Il en est de même lorsqu'il s'agit de l'Administration, cette dernière doit d'autant plus réfléchir à une telle mesure alors qu'aucun contrôle judiciaire n'a eu lieu. Nous estimons également que le juge judiciaire pourrait être compétent pour les recours et non le juge administratif, ce qui permettrait d'éviter d'éventuelles divergences de jurisprudence. Quant aux montants prononcés, le pouvoir du juge n'est pas encadré, contrairement à celui de l'Administration. Certes, nous admettons que le niveau d'astreinte doit être suffisamment important pour dissuader les auteurs du délit. Or, en pratique, le juge semble être plus mesuré, là où l'Administration peut prononcer un montant d'astreinte pouvant aller jusqu'à 1 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes. Ce montant pourrait être réduit pour y apporter plus de proportion dès lors que le risque d'erreur est accru puisque aucun contrôle judiciaire n'est, obligatoirement, effectué avant son prononcé. Le montant de l'astreinte pourrait également être encadré en matière judiciaire pour éviter toute disproportion.

B. L'objectif d'une suppression du déséquilibre significatif dans le contrat

400. *L'objectif juridique de suppression du déséquilibre significatif dans le contrat.* L'objectif ici se veut correctif puisqu'il entend supprimer l'origine même de la pratique. Il s'agit d'imposer la suppression du déséquilibre dans le contrat, avec des effets rétroactifs et futurs. Cette suppression peut être effectuée de trois manières pouvant être cumulées : la nullité des clauses ou contrats (a), la répétition de l'indu (b) et la cessation des pratiques (c). Le juge procède ici à la suppression d'une clause, d'un contrat, d'une somme indue ou d'une pratique. La suppression du déséquilibre dans le contrat ne se fait donc pas par un ajout¹⁹⁸². Il ne s'agit

¹⁹⁸² F. ROUVIÈRE, « La remise en cause du contrat par le juge », *L'efficacité du contrat*, Gwendoline Lardeux, juin 2010, Aix-en-Provence, p. 41-56.

pas de rééquilibrer le contrat, comme cela a pu être retenu par la doctrine¹⁹⁸³, mais bien de supprimer le déséquilibre contractuel et non d'ajouter des éléments à son contenu. Or, nous verrons que ces sanctions peuvent être coûteuses, non-nécessaires et disproportionnées. Il convient donc d'analyser ces sanctions sous l'angle des recommandations de l'analyse économique afin de proposer des pistes d'amélioration.

a) *La nullité des clauses ou des contrats illicites*

401. *La nullité, une mesure qui se veut corrective, mais qui peut être trop coûteuse, non-nécessaire et disproportionnée.* La nullité est une des mesures phares en matière de sanction des pratiques de déséquilibre significatif. Elle a fait l'objet de nombreux débats notamment pour déterminer quel demandeur pouvait requérir son prononcé devant le juge. En effet, la nullité est une sanction dont les effets peuvent être très importants et fait donc l'objet d'un certain encadrement. Elle entend, particulièrement, corriger les éléments contractuels qui ont conduit à la pratique illicite de déséquilibre significatif (i). Néanmoins, nous verrons que cette sanction peut s'avérer trop coûteuse, non-nécessaire et disproportionnée dans certaines situations (ii). Ainsi, nous proposerons des pistes d'amélioration de l'analyse judiciaire afin de s'assurer qu'elle soit prononcée de manière efficace.

i. *La nullité vise à corriger des éléments contractuels, objets d'un déséquilibre significatif*

402. *La nullité, une mesure qui se veut corrective et encadrée.* L'adage « pas de nullité sans texte » permet, en principe, de garantir une proportionnalité des peines à la gravité de l'infraction¹⁹⁸⁴. En effet, en raison de ses effets, la nullité est une peine pouvant avoir des conséquences très lourdes, ce qui implique d'en prévoir les termes textuellement. Toutefois, des nullités virtuelles peuvent exister et sont également admises. Ainsi, cette disparité a pu créer un doute dans la jurisprudence, notamment entre la cour d'appel de Paris et ses différentes chambres ou encore avec les cours d'appel de province, sur l'admission de la nullité lorsqu'elle est demandée par la victime, acteur économique¹⁹⁸⁵, puisque le Code de commerce ne prévoyait

¹⁹⁸³ J. JOURDAN-MARQUES, « Chronique d'arbitrage : l'arbitrage à l'épreuve du déséquilibre significatif », *Dalloz actualité*, 29 juillet 2020, dispo. sur le site : <https://www.dalloz-actualite.fr>.

¹⁹⁸⁴ A. DADOUN, « Le spectre de l'adage "pas de nullité sans texte" en droit des contrats », *RDC*, 2018, p. 139 : « L'adage "pas de nullité sans texte" agit comme un spectre qui suscite chez le juge une méfiance à l'égard de la nullité du contrat. Et ce, alors même qu'il est acquis, du moins en droit des contrats, que le principe est celui des nullités virtuelles, selon lequel un acte qui contrevient à des dispositions impératives est nul même lorsqu'aucune disposition ne le prévoit. ».

¹⁹⁸⁵ Pour un rejet de ce pouvoir au profit de la victime, acteur économique : CA Toulouse, 7 décembre 2016, n°16/02774. *A contrario* : CA Paris, 22 février 2017, n°16/17924 : « Les dispositions de l'article L442-6 du code de commerce n'empêchent pas une partie s'estimant victime de pratiques restrictives de concurrence d'invoquer la nullité de clauses ou du contrat lui-même, et les contrats contraires aux dispositions des articles L442-6 du code de commerce sont entachés d'une nullité absolue. ». De nouveau, rejet par la CA Paris, 30 octobre 2019, n° 17/10872 : « X relève justement que la sanction ne peut être la nullité des clauses en cause, mais la mise en jeu de la responsabilité civile de l'auteur des pratiques. ». *A contrario*, Cass. com., 30 septembre 2020, n°18-11.644 et Cass. com., 30 septembre 2020, n°18-25.204 : « La partie victime d'un déséquilibre significatif, au sens de l'article L. 442-6, I, 2 o du code de commerce, est fondée à faire prononcer la nullité de la clause du contrat qui crée ce déséquilibre, s'agissant d'une clause illicite qui méconnaît les dispositions d'ordre public de ce texte. » Pour un nouveau rejet : CA Poitiers, 20 octobre

pas clairement une telle sanction à son profit (article L.442-6 ancien)¹⁹⁸⁶. Finalement, le nouvel article L.442-4 du Code de commerce offre cette possibilité à la partie victime des pratiques illicites et au ministre chargé de l'Économie ou le ministère public. Cette position a été félicitée par une partie de la doctrine¹⁹⁸⁷, alors que d'autres ont pu la regretter¹⁹⁸⁸.

Par ailleurs, en cas de demande de nullité par l'autorité publique, il y a obligation d'information des victimes (article L.442-4 nouveau du Code de commerce qui introduit la décision du Conseil n°2011-126 QPC du 13 mai 2011, considérant 9), mais pas d'obligation de mise en demeure préalable¹⁹⁸⁹, ni besoin d'obtenir leur accord¹⁹⁹⁰. Ce pouvoir a été introduit à l'article L.442-6 ancien du Code de commerce, par la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (article 56). L'objectif était de donner plus d'efficacité à l'action de l'autorité publique devant le juge. En lui donnant le droit d'agir, dans l'intérêt des victimes, ce dispositif cherchait à prendre en compte le fait que certaines d'entre elles n'osaient

2020, n°19/00185 : « La conséquence juridique tirée par l'appelant du moyen fondé sur l'application de l'article L.442-6 du code de commerce est à la fois la nullité de certaines clauses du contrat [...] et la résolution de ce contrat. Or cet article L.442-6 ne prévoit aucune de ces deux sanctions puisque ses dispositions organisent un régime de responsabilité de la société cocontractante présentée comme à l'origine de la soumission de l'autre partie au contrat à un déséquilibre significatif. ». *A contrario*, acceptation de la nullité : CA Paris, 22 octobre 2020, n°18/02255 : « S'il est vrai que l'article L.442-6 I du code de commerce mentionne uniquement l'engagement de la responsabilité civile de l'auteur de la pratique, cette disposition spéciale n'interdit pas à la victime d'une pratique visée par ce texte de demander la nullité de la clause ou du contrat contraire à l'ordre public. En outre, il sera relevé que l'article L.442-4 du code de commerce issu de l'ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 ouvre expressément l'action en nullité de la clause créant un déséquilibre significatif au profit de la partie victime d'un tel déséquilibre et que ce nouveau texte apporte un éclairage rétroactif aux anciennes dispositions. En conséquence, la société La Poste ne peut soutenir que la société IRB n'est pas fondée à revendiquer l'annulation des clauses litigieuses. » Pour un nouveau rejet, CA Toulouse, 7 juillet 2021, n°18/00045.

¹⁹⁸⁶ M. CHAGNY, « Action en nullité exercée par la victime d'un déséquilibre significatif : la messe est dite ? », *RTD com.*, 2021, p. 53.

¹⁹⁸⁷ V. SÉLINSKY, J. PEYRE, « La nullité des engagements relatifs à des pratiques restrictives visées par l'article L. 442-6 du Code de commerce », *Revue Lamy de la concurrence*, n° 2, 1^{er} février 2005 ; C. GRIMALDI, « La sanction d'une clause créant un déséquilibre significatif », *RDC*, 2017, n° 1, p. 86 ; F. BUY, M. LAMOUREUX et J.-C. RODA, « Droit de la distribution », *LGDJ*, 2017, n° 352, p. 264 ; M. CHAGNY, « Un texte pour la nullité ? Quand la réforme du droit commun des contrats appelle celle du droit spécial des pratiques restrictives de concurrence », *RDC*, 2018, p. 137 ; H. HADJ-AÏSSA, *Contribution critique à l'étude du déséquilibre significatif au sens de L. 442-1 du Code de commerce*, th. Nancy, 2019, §756 et s.

¹⁹⁸⁸ M. BEHAR-TOUCHAIS, « La mise en œuvre du nouvel article L. 442-4 du Code de commerce », *RDC*, déc. 2019, p. 48 : « Nous pensons toutefois que c'est un très mauvais choix, car cela permet des actions privées opportunistes exactement comme pour l'action en nullité qui était dans le passé fondée sur l'article 1129 du Code civil. [...] Or, en redonnant aux victimes le droit de demander la nullité des clauses ou contrats contraires à l'article L. 442-1 du Code de commerce, le texte risque de repartir dans ces travers. La responsabilité est un bien meilleur vecteur, car il faut prouver son préjudice. Cela évite les actions opportunistes. ».

¹⁹⁸⁹ Lamy droit économique, sous la direction scientifique de M. CHAGNY, §3314 et 3315 (consultés le 12 juin 2022).

¹⁹⁹⁰ CA Paris, 21 juin 2017, n° 15/18784, Expedia : « L'action qui a été attribuée à ces autorités publiques [...] est une action autonome dont l'exercice n'est d'ailleurs pas soumis à l'accord des victimes des pratiques restrictives ni à leur mise en cause devant le juge saisi, mais seulement à leur information préalable. » Cassé sur un autre fondement, Cass. com., 8 juillet 2020, n°17-31.536. La Cour de cassation a jugé que l'action du ministre en application de l'ancien article L. 442-6, III (devenu l'article L. 442-4 du code de commerce) n'était pas une action en substitution mais une « action autonome de protection du marché et de la concurrence qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs » (Cass. com., 8 juill. 2008, n°07-16.761 ; Cass. com., 8 juill. 2008, n°07-13.350 ; Cass. com., 26 sept. 2018, n°17-10.173).

pas introduire, elles-mêmes, l'action, par crainte de représailles, telles un déréfèrèncèment¹⁹⁹¹. Cette loi du silence conduirait bien souvent à l'impunité des pratiques.

Par ailleurs, l'Autorité de la concurrence a été exclue, semble-t-il, des demandeurs d'une sanction de nullité¹⁹⁹². Cette sanction étant limitée à certaines personnes, la nullité serait alors de nature relative. Pourtant, il s'agirait d'une nullité absolue d'après la vice-présidente de l'Autorité de la concurrence, IRENE LUC, car il y a atteinte à l'ordre public, la nullité pourrait donc, en principe, être soulevée par toute partie justifiant d'un intérêt¹⁹⁹³. Le nouvel article L.442-4 du Code de commerce rejette, explicitement, une telle option en déclarant que « *seule la partie victime des pratiques* » peut formuler une demande de nullité, après avoir mentionné les droits de toute personne justifiant d'un intérêt, marquant ainsi une nette distinction entre les deux. La détermination d'une victime s'entend, au sens du code de commerce, comme « *l'autre partie* ». Cette notion est plus étroite que la référence à « *toute personne justifiant d'un intérêt* » et plus large que la notion de partenaire commercial. Cette position peut se justifier au regard de l'effet rétroactif de la nullité et ses conséquences directes sur les parties au contrat. Cette limitation entend éviter qu'un tiers, y compris une victime par ricochet, s'immisce dans la relation contractuelle. Certes, l'autorité publique, tiers au contrat, bénéficie d'une telle demande mais son action vise à protéger l'ordre public économique.

Par ailleurs, la nullité peut s'appliquer à des clauses illicites ou bien à l'intégralité du contrat, notamment si la substance même du contrat est atteinte par l'annulation des clauses litigieuses¹⁹⁹⁴. C'est ce qui est prévu par le Code civil en matière contractuelle¹⁹⁹⁵, en droit de

¹⁹⁹¹ É. BESSON, Rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan (1) sur le projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques (n° 2250), Assemblée nationale, 6 avril 2000, T. I, Examen des articles : article 29 (article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986) ; Sénat, Projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques, P. HÉRISSON, avis n° 4 (2000-2001) fait au nom de la commission des affaires économiques, 4 octobre 2000, art. 29 - Abus de dépendance économique.

¹⁹⁹² M. BEHAR-TOUCHAIS, « La mise en œuvre du nouvel article L. 442-4 du Code de commerce », *RDC*, déc. 2019, p. 48 : « C'est ainsi que, dans l'affaire des jouets, le président de l'Autorité de la concurrence de l'époque s'est aperçu qu'il pouvait saisir le juge des pratiques restrictives qu'il avait constatées, mais qu'il ne pouvait rien lui demander, et notamment pas la nullité desdites pratiques ! Avec le nouveau texte, on réitère cet illogisme. ».

¹⁹⁹³ Atelier DGCCRF : « L'équilibre contractuel, pour quoi faire ? », 6 novembre 2014, interv. Irène Luc, pt. 1h50, dispo. en ligne sur le site : <https://www.teraconsultants.fr> ; v. égal. CA Paris, 22 février 2017, n°16/17924 : « Les dispositions de l'article L442-6 du code de commerce n'empêchent pas une partie s'estimant victime de pratiques restrictives de concurrence d'invoquer la nullité de clauses ou du contrat lui-même, et les contrats contraires aux dispositions des articles L442-6 du code de commerce sont entachés d'une nullité absolue. ».

¹⁹⁹⁴ V. not. CA Versailles, 9 mars 2021, n° 20/00581 : « Prononce la nullité du protocole d'accord et de partenariat conclu entre les sociétés B. & consumer technologies et C.B.A. le 15 décembre 2017. Il apparaît ainsi que ce protocole comporte un déséquilibre manifeste entre les obligations réciproques des parties, au détriment de la société débitrice, les obligations de la société BCT excédant notablement celles de la société C.B.A. en sorte que la nullité de plein droit de la convention est encourue, peu important qu'elle organise ou non la cession de la clientèle de la société BCT à la société C.B.A.. Il convient en conséquence, infirmant le jugement, d'annuler le protocole du 15 décembre 2017 et de remettre les parties dans l'état dans lequel elles se trouvaient avant sa conclusion. ».

¹⁹⁹⁵ Code civ., art. 1184 : « Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles. Le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien. ».

la consommation concernant les clauses abusives¹⁹⁹⁶, à l'instar d'autres régimes de droit¹⁹⁹⁷. Or, en matière de déséquilibre significatif, le Code de commerce n'apporte pas une telle précision lorsque la nullité d'une clause est prononcée. Le droit commun pourrait donc constituer un indice majeur permettant d'établir que la nullité de la clause illicite ne conduit pas, en principe, à l'annulation de l'acte qui la contient sauf, lorsque cette clause se révèle déterminante de l'engagement des parties ou de l'une d'elles. Le maintien du contrat doit prévaloir, hormis lorsqu'une partie parvient à démontrer que son annulation s'avère nécessaire du fait de la nullité de certaine(s) clause(s) qui étai(en)t, pour elle, déterminante(s) de sa conclusion. Il est à noter, néanmoins, qu'un tel principe ne saurait prévaloir lorsque la loi impose le maintien du contrat ou lorsque les « *fins de la règle méconnue* » exigent son maintien. Cette appréciation est jugée opportune par une partie de la doctrine¹⁹⁹⁸. Or, en matière de déséquilibre significatif, les clauses généralement sanctionnées peuvent être jugées déterminantes de la volonté des parties. En effet, il est probable que l'auteur des pratiques illicites refuse d'exécuter le contrat, tel qu'il a été modifié par le juge.

Enfin, le prononcé d'une nullité oblige les parties à revenir au *statu quo ante*, soit leur situation antérieure à l'élément annulé. Elle conduit à l'anéantissement rétroactif de la stipulation ou de l'acte irrégulier. Elle doit donc être distinguée du réputé non-écrit pourtant prévu en matière de déséquilibre significatif en droit de la consommation¹⁹⁹⁹ et en droit civil²⁰⁰⁰, bien que des doutes aient pu être émis²⁰⁰¹. Or, la modification du contrat par le juge conduit à l'établissement d'un contrat dont les clauses restantes pourraient ne pas satisfaire l'auteur des pratiques illicites. En matière de sanction des déséquilibres significatifs, ce n'est pas tant la volonté de l'ensemble des parties qui doit primer, mais le respect des objectifs poursuivis par le législateur, à savoir rétablir l'équilibre dans les relations commerciales. Lorsque le contrat a reçu un commencement d'exécution, son annulation commande de revenir sur ce que chacune des parties a exécuté au titre de ses engagements. Le Code de commerce ne prévoit pas de régime particulier concernant la nullité en matière de déséquilibre significatif, le droit spécial ne fournit aucune information.

¹⁹⁹⁶ Code conso., art. L.241-1.

¹⁹⁹⁷ Lamy droit du contrat, sous la direction scientifique de B. FAGES, §1474 - Favor contractus, consulté le 20 juin 2021 : « Il est permis de citer en ce sens le droit suisse (l'article 20, alinéa 2, du Code suisse des obligations dispose que "si le contrat n'est vicié que dans certaines de ses clauses, ces clauses sont seules frappées de nullité, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles"), ou encore le droit anglais qui connaît la règle dite du crayon bleu qui permet de limiter la nullité à la seule partie viciée d'un contrat, dès lors qu'il est possible de la rayer d'un coup de crayon sans modifier en quoi que ce soit le reste de l'accord. Par ailleurs, les Principes d'Unidroit et les Principes du droit européen du contrat conduisent également à faire du cantonnement de la nullité à la seule clause irrégulière la solution de principe (voir ainsi Principes d'Unidroit, art. 3.2.13 : [...] ; PDEC, art. 4:116 : "[...]"). ».

¹⁹⁹⁸ Lamy droit du contrat, sous la direction scientifique de B. FAGES, §1474 - Favor contractus, consulté le 20 juin 2021 : « Qu'il est vraisemblable que, dans l'immense majorité des cas, cette solution soit en phase avec la réalité de ce que les parties ont voulu. En effet, les habitudes rédactionnelles et le souci de précision qui anime les praticiens conduisent de plus en plus souvent à allonger la liste des clauses contractuelles. Or, de telles habitudes contribuent incontestablement à ne plus regarder les stipulations écrites comme constituant nécessairement le "noyau dur" du contrat, c'est-à-dire le socle de ce qui a été déterminant pour les parties. En ce sens, il est donc opportun de dispenser celui qui souhaite limiter la nullité à la seule clause viciée d'avoir à faire la démonstration du caractère non déterminant de cette clause. »

¹⁹⁹⁹ Code conso., art. L.241-1.

²⁰⁰⁰ Code civ., art. 1171.

²⁰⁰¹ J.D. PELLIER, « De la distinction entre la nullité et le réputé non-écrit », à propos de Cass. civ., 13 mars 2019, n°17-23.169, 01 avril 2019, dispo. sur le site : <https://www.dalloz-actualite.fr>.

Le droit commun prévoit, quant à lui, à l'article 1178 du Code civil, tel que modifié par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, notamment que « *le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé. Les prestations exécutées donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9. Indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle.* ». Le contrat ou la clause, lorsqu'ils sont annulés doivent être réputés n'avoir jamais existé, il faut revenir au *statu quo ante*. Pour ce faire, il apparaît nécessaire de procéder à la restitution de ce qui a pu être offert par le biais du contrat ou de la clause. Les parties pourraient éventuellement organiser le jeu de la restitution, à compter du prononcé de la nullité²⁰⁰². En outre, rappelons également que le ministre de l'Économie bénéficie d'un pouvoir d'injonction (notamment de suppression des clauses illicites) permettant de partager les compétences avec (ci ce n'est de tenter d'éviter) le juge²⁰⁰³.

Notons qu'il existe notamment une liste de clauses dites « noires » ou contrats sanctionnés automatiquement par la nullité dans l'ancien article L.442-6 du Code de commerce, introduite par loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, et dans l'ancien article L.442-10, introduite par la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, par la suite modifiés notamment par l'ordonnance du 24 avril 2019 aux articles L.442-3 et L.442-8 du Code de commerce. Cette liste permet de mentionner des pratiques jugées particulièrement abusives bien que l'existence même d'une liste de clauses « noires », frappées automatiquement d'une nullité, n'a pas toujours été admise, certains préférant faire confiance à l'analyse du juge et ainsi, protéger la liberté contractuelle²⁰⁰⁴.

403. *Le prononcé de la nullité par les juges.* L'examen des moyens de preuve relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond qui vérifient concrètement l'utilité d'une mesure de nullité. En pratique, les juges semblent, généralement, retenir la nullité lorsqu'une pratique de déséquilibre significatif a été constatée²⁰⁰⁵, quelle que soit sa gravité puisque ses effets ne sont pas pris en compte ou recherchés. La seule existence d'une pratique de déséquilibre significatif porterait atteinte à l'ordre public, ce qui justifierait le droit de demander la nullité des clauses illicites²⁰⁰⁶. La nullité peut notamment porter sur certaines stipulations

²⁰⁰² J.D. PELLIER, « De la distinction entre la nullité... », *ibid.*, dispo. sur le site : <https://www.dalloz-actualite.fr>.

²⁰⁰³ Code com., art. L.470-1 ; G. PARLEANI, « Le devenir du déséquilibre significatif », *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution*, 2014, p. 104, §3.

²⁰⁰⁴ Sénat, Projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques, Séance du 17 octobre 2000 : « Art. 29. - L'article 36 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 précitée est ainsi modifié : [...] M. Philippe Marini, rapporteur. Nous faisons confiance au juge, d'autant que nous espérons qu'il sera éclairé par la Commission des pratiques commerciales, dont nous avons précisé le rôle. Nous espérons aussi que les tribunaux, du fait de leur spécialisation, affirmeront de plus en plus leurs compétences en droit de la concurrence. C'est cette confiance en la justice qui explique notre suppression, sur laquelle nous n'avons peut-être pas suffisamment insisté jusqu'ici, des clauses nulles de plein droit. »

²⁰⁰⁵ CA Paris, 11 octobre 2017, n°15/03313 ; TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123 ; CA Paris, 22 octobre 2020, n°18/02255 ; CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/00737.

²⁰⁰⁶ CA Paris, 22 octobre 2020, n°18/02255 : « S'il est vrai que l'article L.442-6 I du code de commerce mentionne uniquement l'engagement de la responsabilité civile de l'auteur de la pratique, cette disposition spéciale n'interdit pas à la victime d'une pratique visée par ce texte de demander la nullité de la clause ou du contrat contraire à l'ordre public. » CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/00737 : « La partie victime d'un déséquilibre significatif, au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, étant fondée à faire

d'un article du contrat²⁰⁰⁷ ou encore viser le protocole d'accord et de partenariat en raison d'un déséquilibre manifeste entre les obligations des parties²⁰⁰⁸. Dans une affaire récente, dans le secteur de la restauration de pizza, le juge s'est refusé à prononcer l'annulation du contrat de franchise estimant que les franchisés ne démontraient pas en quoi les clauses annulées étaient déterminantes et essentielles pour entraîner l'annulation du contrat, d'autant plus que l'annulation desdites clauses a eu pour effet de rétablir l'équilibre du rapport contractuel notamment en ce qu'elles limitaient les modalités de commercialisation des franchisés et leur liberté d'entreprendre²⁰⁰⁹. Or, il ne ressort pas de la jurisprudence une analyse suffisamment claire, précise et détaillée des circonstances justifiant le prononcé d'une nullité.

Le Professeur A. DADOUN retient que « *les motifs par lesquels les juges du fond retiennent ou non la nullité relèvent plus de l'argument d'autorité que d'un raisonnement de nature à démontrer que la nullité du contrat est ou n'est pas une sanction adaptée* »²⁰¹⁰. Néanmoins, il préconise que « *la nullité [soit] prononcée chaque fois qu'elle constitue la sanction la plus efficace de la règle transgressée* »²⁰¹¹. Il estime que : « *Le critère de l'efficacité justifierait que la nullité soit la sanction naturelle de la méconnaissance de dispositions prohibitives (par exemple, pour les pratiques commerciales trompeuses). En revanche, la nullité ne serait une sanction de l'ordre public prescriptif qu'en raison de la gravité ou de l'intensité de la règle transgressée. [...] Le critère de l'efficacité se résume à la constatation par les juges que la nullité est une sanction nécessaire pour remédier aux conséquences de la dérogation à l'ordre public.* ». Or, il ajoute que « *les juges pourraient aussi se référer au critère de la gravité de la règle transgressée. L'intensité de la règle est telle que la nullité paraît nécessairement proportionnée aux fins de dissuader toute violation ultérieure* ». Ce qui implique, selon lui, que : « *La mise en œuvre de ce critère peut tenir compte de l'insuffisance ou au contraire de l'efficacité des autres sanctions de la règle transgressée.* »²⁰¹². Notons, qu'en pratique, les juges semblent plutôt privilégier la cessation des pratiques et la répétition de l'indu.

prononcer la nullité de la clause du contrat qui crée ce déséquilibre, s'agissant d'une clause illicite qui méconnaît les dispositions d'ordre public de ce texte, et donc a fortiori les franchisés victimes peuvent demander l'annulation consécutive du contrat de franchise si les conditions en sont remplies. ». En ce s., A. DADOUN, « Le spectre de l'adage "pas de nullité sans texte" en droit des contrats », *RDC*, 2018, p.139 : « En vertu de l'article 6 du Code civil, la seule dérogation à une règle d'ordre public suffit. La violation de l'ordre public constitue une cause autonome de nullité. Il est vrai que le plus souvent la violation de l'ordre public peut être rattachée au contenu illicite du contrat. Mais ce n'est pas le cas lorsque seule la procédure de formation du contrat est irrégulière. Lorsque le contenu du contrat n'est pas illicite, la nullité devrait être subordonnée à deux conditions. D'une part, la nullité est subordonnée à la méconnaissance d'une disposition d'ordre public. D'autre part, la nullité doit être proportionnée à l'importance ou à l'intensité de la disposition méconnue. Cette seconde condition réintroduit l'exigence de proportionnalité exprimée par l'adage "pas de nullité sans texte". ».

²⁰⁰⁷ TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123 : « Le tribunal prononcera, au regard des textes susvisés et en tout état de cause de l'article L.442-6 I 2o du code de commerce, la nullité de la stipulation de durée contenue dans l'article 7 du contrat en ce qu'elle est de vingt ans [...] la nullité de la stipulation "[vous] devenez insolvable" contenue dans l'article 8.b. ».

²⁰⁰⁸ CA Versailles, 9 mars 2021, n°20/00581.

²⁰⁰⁹ CA Paris, Pôle 5, 5 janvier 2022, n°20/00737.

²⁰¹⁰ A. DADOUN, « Le spectre de l'adage "pas de nullité sans texte" en droit des contrats », *RDC*, 2018, p. 139.

²⁰¹¹ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, 4^e éd., LGDJ, n°2174.

²⁰¹² A. DADOUN, « Le spectre de l'adage... », *ibid.*, p. 139.

ii. *L'encadrement nécessaire du prononcé de la nullité pour garantir son efficacité*

404. *La nullité, une sanction justifiée en raison de sa portée correctrice et dissuasive.*
Le législateur a entendu encadrer le prononcé de la nullité en n'octroyant ce pouvoir qu'à certains acteurs : l'autorité publique et la victime des pratiques illicites. Pour cette dernière, l'acceptation d'un tel pouvoir a pu faire l'objet d'un débat. Or, il nous apparaît justifié d'avoir élargi ce pouvoir à la victime. En tant que partie au contrat, il est légitime qu'elle puisse bénéficier de la possibilité de faire annuler des clauses ou un contrat dès lors qu'il est admis qu'elle a été soumise à un déséquilibre significatif à son détriment. Certes, ce pouvoir peut accroître les comportements opportunistes d'acteurs cherchant à annuler des clauses ou contrats qui ne les satisfont plus *a posteriori*. Néanmoins, rappelons qu'ils doivent démontrer les critères de la pratique de déséquilibre significatif et l'opportunité d'une telle sanction. Par ailleurs, les juges sont plus réticents à leur donner raison en pratique. De même, l'autorité publique, en tant que tiers au contrat, peut demander la nullité pour sanctionner des pratiques de déséquilibre significatif dès lors qu'elles portent atteinte à l'ordre public économique, atteinte jugée importante puisqu'elle dépasse les seuls intérêts des parties au contrat. On s'interroge également sur l'existence d'une demande en nullité formée par une victime par ricochet, elle n'est pas « *l'autre partie* » au contrat au sens de l'article L.442-1 du Code de commerce mais pourtant bien une « *victime des pratiques* » au sens de l'article L.442-4. Reste à savoir si la jurisprudence ultérieure l'assimile à « *toute personne justifiant d'un intérêt* » et lui refuse ce pouvoir²⁰¹³.

La nullité vise la disparition du déséquilibre significatif jugé illicite. Ainsi, alors même que des contrats auraient pris fin plusieurs années avant la décision du juge, le prononcé de la nullité produit rétroactivement des effets sur les parties au contrat et peut conduire à une restitution de l'une envers l'autre. En raison d'un tel effet, la sanction de nullité s'avère fortement dissuasive pour le fautif, et donc, *a priori*, économiquement efficace. En effet, la simple cessation des pratiques pourrait être jugée insuffisante car elle ne supprimerait pas rétroactivement l'avantage retiré par l'abus, là où la nullité de la clause apparaît plus efficace, en termes de punition, car plus radicale²⁰¹⁴. Par ailleurs, la portée dissuasive de la nullité, en raison de ses effets à l'égard des auteurs potentiels, permettrait d'éviter la réalisation de pratiques illicites pouvant créer un coût pour la société. Or, la nullité doit être distinguée des dommages et intérêts, car elle ne cherche pas à réparer un préjudice mais à replacer les parties dans la situation où elles se trouvaient avant la pratique illicite. En effet, cette mesure est plus dissuasive car son intensité,

²⁰¹³ Il convient de noter qu'une demande de nullité formulée par toute personne justifiant d'un intérêt, par exemple un concurrent, n'apparaîtrait pas totalement disproportionnée, puisqu'il existe des filtres avant de parvenir à une telle exécution : la reconnaissance d'un intérêt pour le demandeur, la reconnaissance de la pratique litigieuse et la vérification de l'opportunité d'une telle sanction. Prononcer la nullité d'une clause ou d'un contrat à la demande d'un tiers, en plus de la victime et l'autorité publique, aurait un effet fortement dissuasif. Néanmoins, un tel pouvoir pourrait avoir des effets nocifs pour le bon fonctionnement de l'économie, car le contrat et son contenu pourraient plus facilement être remis en cause, ce qui pourrait créer un climat de crainte dans les relations commerciales. Dès lors, nous estimons préférable d'éviter que tout acteur économique, extérieur à la relation commerciale, puisse disposer du droit d'annuler des clauses ou un contrat auquel il n'a pas été partie.

²⁰¹⁴ D. MAZEAUD, « La révision du contrat », *LPA*, 30 juin 2005, p. 4, §11.

en raison de son effet rétroactif, est plus punitive que le prononcé de dommages et intérêts. Craignant de voir leur contrat remis en cause, à tout moment, et modifié par le juge, les parties au contrat pourraient être amenées, dès la conclusion, à mettre en place des mesures d'évitement de la pratique. Rappelons, notamment, que l'action de l'autorité publique, dès lors que sa prescription ne court qu'à compter du premier acte d'enquête²⁰¹⁵, pourrait conduire à remettre en cause le contenu d'un contrat, suite à une décision judiciaire, de nombreuses années après son terme. Une telle possibilité est particulièrement inquiétante pour les droits des entreprises. Or, la suppression du déséquilibre dans le contenu du contrat, à travers la nullité, s'appliquerait comme une réparation, on réparerait la faute commise en replaçant la partie dans la situation dans laquelle elle aurait été en l'absence du comportement abusif de son partenaire²⁰¹⁶. Cette sanction répare donc le déséquilibre contractuel, causé par des clauses illicites, pour permettre à la partie faible de bénéficier d'un contrat équilibré. Ainsi, la sanction de nullité permet également de mettre fin au préjudice prenant racine dans le contrat. Elle pourrait être privilégiée par les demandeurs puisqu'elle ne nécessite pas de démontrer un préjudice pour en obtenir le prononcé. En effet, nous avons vu qu'elle pouvait être prononcée par autorité du juge sans vérifier sa nécessité en l'espèce.

En raison de la facilité de sa mise en œuvre et de l'intensité de ses effets, cette sanction, certes encadrée en pratique et par le législateur, bénéficie d'une portée punitive et dissuasive qui participe fortement à son efficacité. Toutefois, cette portée pourrait être minorée si le fait de procéder aux restitutions, suite à la nullité des clauses litigieuses ou du contrat, ne supprime pas totalement le profit retiré par l'auteur de la pratique, profit additionnel résultant certainement de gains indirects tirés de la mise en œuvre de ces clauses ou du contrat.

405. *La nullité peut être coûteuse, non-nécessaire et disproportionnée dans certaines situations.* Pour apprécier son efficacité économique, il faut s'assurer que les coûts auxquels la nullité conduit soient bien inférieurs aux avantages qu'elle procure. Or, la mise en œuvre de la nullité n'est pas réellement coûteuse à mettre en œuvre pour le juge. Certes, il doit déterminer ce qui fera l'objet d'une restitution pour parvenir au *statu quo ante*, néanmoins la preuve et la mise en œuvre de la demande de restitution reposeront, en pratique, sur les parties. C'est donc

²⁰¹⁵ M. BEHAR-TOUCHAIS, « De l'oubli par les juges du caractère d'action publique répressive de l'action du ministre », *LEDICO*, févr. 2022, p. 4 : « En droit pénal, la prescription court en principe du jour de l'infraction et non de sa découverte par les enquêteurs ! Avec ce raisonnement, si le ministre découvre un déséquilibre significatif 12 ans après le contrat, il ne serait pas prescrit. Les juges sont en train de faire du déséquilibre significatif un "crime" quasiment imprescriptible ! » ; à propos de CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/00737.

²⁰¹⁶ Pour une critique, N. MATHEY, « Pratiques restrictives de concurrence - Coopération commerciale et ristournes », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 5, mai 2021, comm. 81 : « L'utilisation de la responsabilité pour fonder une action en restitution traduit une double confusion. D'une part, il est juste de relever que "l'action en répétition de l'indu est consécutive à une action en nullité" et que la solution retenue par la jurisprudence opère "une confusion entre l'action en responsabilité prévue par l'article L. 442-6, III et une action en répétition de l'indu" (M. Malaurie-Vignal, note sous CA Paris, 29 juin 2016, n° 14/02306, précité, *Contrats, conc. consom.*, 2016, comm. 211). D'autre part, elle fait jouer à la responsabilité civile une fonction qu'elle n'est sans doute pas tout à fait apte à remplir. À strictement parler, pour M. Stoffel-Munck, "le préjudice réparable n'est pas le déséquilibre lui-même mais ce qu'il a engendré comme conséquences néfastes pour le demandeur, par exemple des difficultés de trésorerie. La faute et le préjudice ne se confondent pas" (Ph. Stoffel-Munck, note crit. sous CA Paris, pôle 5, ch. 4, 19 janv. 2011, n° 07/22152 : *JurisData* n° 2011-000592 ; *JCP E* 2011). ».

plutôt ces dernières qui subiront les coûts de mise en œuvre de la sanction de nullité. Notons, que lorsque la demande de nullité est réalisée par l'autorité publique, la restitution est effectuée par le biais du Trésor public chargé ensuite de la distribution aux victimes, ces coûts reposent donc sur la société. Par ailleurs, le fait de procéder aux restitutions, parfois plusieurs années après, peut être complexe pour les parties au contrat. Certes, le juge doit faire preuve de proportionnalité en adaptant les exigences de restitution, consécutives à une nullité, à ce qui est réalisable pour chaque partie. Par exemple, la restitution prononcée suite à une nullité peut ne porter que sur les sommes indûment obtenues²⁰¹⁷. Néanmoins, ces restitutions, pouvant être très élevées, elles pourraient affecter l'activité économique des parties et ainsi, éventuellement, modifier le bon fonctionnement de l'économie. En outre, l'existence d'une remise en cause du contrat, ou de son contenu, à tout moment par le juge, pourrait empêcher la réalisation de nombreux contrats et nuire à l'efficacité de ceux finalement signés. La sanction de nullité serait alors coûteuse, dans ses effets, tant pour les parties que pour la société. Or, si les clauses litigieuses annulées n'ont pas été mises en œuvre, leur annulation apparaît moins coûteuse pour les parties et l'économie, car la restitution n'est pas nécessaire.

Ainsi, outre ses coûts, on s'interroge également sur la nécessité et la proportionnalité de cette sanction en fonction de la situation. Tout d'abord, l'annulation rétroactive des clauses ou du contrat revient à dire qu'ils n'ont jamais existé. S'ils n'ont jamais existé, alors les parties doivent se trouver, en principe, dans une situation équivalente à celle avant leur conclusion. C'est le rôle joué par les restitutions. Or, pour les contrats en cours, lorsqu'un préjudice a été constaté et réparé mais que la cause du préjudice, à savoir le déséquilibre contractuel, perdure, il convient d'y mettre fin en intervenant directement sur la cause. Ainsi, la suppression de la pratique illicite apparaît nécessaire lorsqu'il est certain que le préjudice va perdurer ou qu'un préjudice risque d'apparaître si on ne supprime pas son origine. Néanmoins, une autre sanction telle que la cessation des pratiques pourrait être privilégiée, dès lors qu'il n'est nullement nécessaire de bénéficier de l'effet rétroactif de la nullité. En effet, l'objectif juridique recherché par la nullité est la privation des avantages illicites obtenus par une partie au détriment de l'autre. En droit, le fautif ne devrait pas conserver les avantages qu'il a obtenu illégalement au détriment de son partenaire et qui lui ont notamment permis de s'enrichir, quand bien même son partenaire a finalement obtenu réparation ou n'a subi aucun préjudice. Dans cette perspective, la seule cessation des pratiques, pour l'avenir, apparaît insuffisante. Il convient de remettre les parties dans l'état dans lequel elles se trouvaient avant la réalisation de la pratique puisque cette dernière doit n'avoir jamais existé et son bénéficiaire ne doit pas en avoir profité. Or, cette conception pourrait ne pas satisfaire l'exigence d'efficacité économique.

Tout d'abord, lorsque la clause ou le contrat illicites, n'ont jamais été mis en œuvre, ils ne devraient pas avoir produit d'effets au profit de l'auteur des pratiques et au détriment de l'autre

²⁰¹⁷ TC Bobigny, 29 mai 2012, n°2009F01541 et CA Paris, 25 novembre 2015, n°12/14513 et Cass. com., 26 avril 2017, n°15-27.865 ; CA Paris, 1^{er} juillet 2015, n°13/19251 et Cass. com., 25 janvier 2017, n°15-23.547 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « La judiciarisation des négociations commerciales », à propos de Cass. com., 25 janv. 2017, n°15-23547, *LEDICO*, mars 2017, p. 1 : « L'arrêt Galec condamne la centrale à restituer toutes les RFA perçues des fournisseurs concernés, sans que ceux-ci qui ont pourtant bénéficié des commandes massives de produits des centres Leclerc ne restituent rien ! C'est à se demander *in fine* où est le vrai déséquilibre ? ».

partie. Dès lors, prononcer leur nullité apparaîtrait non nécessaire et disproportionné car l'effet rétroactif ne serait concrètement d'aucune utilité. Toutefois, concernant des clauses, n'ayant pas une portée financière, le prononcé de leur nullité permettrait de s'assurer qu'elles sont réputées n'avoir jamais existé et ne pourront donc être invoquées à l'avenir par une partie au contrat au détriment de l'autre partie²⁰¹⁸. Le simple fait d'avoir été sanctionnées comme créant un déséquilibre significatif pourrait ne pas suffire pour éviter une telle situation, la nullité serait alors nécessaire. Par ailleurs, lorsqu'il s'agit d'un contrat, terminé il y a plusieurs années, et la clause ou le contrat illicites ont été mis en œuvre, est-il vraiment nécessaire de prononcer plusieurs années après la nullité et donc son anéantissement rétroactif ? Certes, nous avons mis en évidence les avantages de la nullité en termes de punition et dissuasion, toutefois, son prononcé peut être coûteux notamment en raison de ses effets nocifs sur les parties et l'économie. Lorsque l'objet illicite a pris fin il y a de nombreuses années, d'autres sanctions, plus proportionnées, pourraient être privilégiées. Par exemple, lorsque le contrat a pris fin et la victime a pu obtenir réparation de son préjudice, le préjudice ne risque pas de perdurer car le document dans lequel il prend racine n'existe plus. Pour s'assurer que cette pratique ne soit pas renouvelée, une simple cessation des pratiques pour l'avenir pourrait suffire. En effet, concernant les sanctions visant à supprimer le déséquilibre du contrat, il existe une gradation en fonction de leurs effets sur les parties. La nullité pourrait être jugée trop radicale, en raison de son effet rétroactif, au regard de la gravité de la pratique et de la date de fin des contrats. Il serait alors disproportionné et non nécessaire d'intervenir rétroactivement sur ce contrat. Sauf à vouloir absolument supprimer l'avantage illicite obtenu par l'auteur des pratiques, or une telle justification serait uniquement éthique et non économique. D'autant plus que lorsque la réparation a conduit à réparer l'intégralité du préjudice, conformément aux principes de procédure civile, la nullité pourrait *a contrario* créer un enrichissement de la victime. La nullité peut également conduire à un enrichissement de la victime dès lors qu'elle replace les parties dans la situation initiale alors qu'elles ont néanmoins pu bénéficier d'avantages ne pouvant être restitués notamment à travers des gains indirects²⁰¹⁹. Lorsqu'il existe un écart trop important entre la décision du juge et la création du déséquilibre significatif, le prononcé d'une nullité ne serait pas nécessaire et proportionné car les faits sont trop anciens. Puisque la nullité implique de lourds effets, si elle ne se justifie pas comme étant nécessaire, elle pourrait être délaissée au profit de sanctions moins radicales. Ainsi, comme le retient le Professeur D. MAZEAUD : « *D'une façon générale, en raison de l'insécurité qu'elle emporte, des difficultés pratiques qu'elle suscite, de l'inadaptation aux nécessités économiques dont elle souffre, on doit se*

²⁰¹⁸ Où la clause annulée n'est pas une clause financière. TC Paris, 13 octobre 2020, n°2017005123 : « La nullité des clauses du contrat en ce qu'elles se réfèrent au droit néerlandais (ou du Lichtenstein), ainsi que de la clause compromissoire en ce qu'elle prévoit que la procédure se déroulera dans un autre pays que la France » ; CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/00737 : « Le jugement sera infirmé en ce qu'il a prononcé la nullité des clauses relatives aux modalités de résiliation et de cessation. Le jugement sera confirmé en ce qu'il a prononcé la nullité de la clause *intuitu personae* et débouté le ministre de l'économie de sa demande de nullité des autres clauses. ».

²⁰¹⁹ En ce s., V. SÉLINSKY, J. PEYRE, « La nullité des engagements relatifs à des pratiques restrictives visées par l'article L. 442-6 du Code de commerce », *Revue Lamy de la concurrence*, n°2, 1^{er} février 2005 : « Ainsi, les prétendues rémunérations de coopération commerciales devront-elles être restituées. Mais un problème peut se poser s'il advient que le faux contrat de coopération commerciale ait contenu quelques véritables services : en ce cas, l'anéantissement de l'acte nul pourrait avoir pour conséquence la seule restitution des sommes indûment versées, les sommes versées pour les services effectivement rendus étant conservées : une autre solution aboutirait, en effet, à un enrichissement sans cause. ».

convaincre que la nullité du contrat « constitue une sanction qui est de moins en moins adaptée aux exigences de notre temps » et que, par conséquent, le rôle du juge confronté à un contrat irrégulièrement formé ou à une clause illicite doit nécessairement évoluer. »²⁰²⁰. Certes, les autres sanctions peuvent également faire l'objet de critiques. Elles peuvent être jugées insuffisamment punitives et dissuasives. Par exemple, la réparation du préjudice pourrait être bien inférieure aux restitutions consécutives à une nullité en raison de la difficulté à le prouver²⁰²¹. De même, la cessation des pratiques qui ne vaut que pour l'avenir ou la répétition de l'indu qui pourrait être mal calculé par le juge, ne permettraient pas de suffisamment supprimer les avantages retirés par l'auteur et ainsi, les dissuader de réaliser la pratique. En ce sens, la nullité pourrait être jugée nécessaire. *In fine*, nous retenons que cette sanction pourrait être efficace pour les contrats qui ont pris fin il y a quelques années et pour les contrats en cours, dès lors qu'il est démontré que la clause ou le contrat illicite ont ou pourront être mis en œuvre, au profit de l'auteur des pratiques et au détriment de l'autre partie. Il conviendrait donc, dans une démarche dissuasive et punitive, de supprimer l'avantage qu'il a pu obtenir. Néanmoins, il convient de s'assurer que la victime n'en retire pas un enrichissement sans cause, ce qui implique d'apprécier correctement les sommes indûment obtenues. Elle devra également procéder aux restitutions réciproques découlant de la nullité de la clause ou du contrat.

Par ailleurs, nous estimons que la nullité du contrat devient nécessaire lorsque les clauses annulées sont jugées essentielles par l'une ou l'ensemble des parties et font perdre toute substance à ce dernier, sa poursuite ne garantit plus la volonté commune des parties. En effet, la nullité des clauses litigieuses conduit à l'établissement d'un contrat distinct de celui ayant initialement fait l'objet d'une rencontre des volontés, y compris par la soumission de l'une d'elles. Or, rien ne dit que les parties auraient conclu le contrat dans l'état modifié par le juge. Même si le contrat avait été conclu de manière « loyale », l'auteur de la pratique illicite n'aurait pas nécessairement accepté toutes les demandes de la partie adverse. De même, la partie jugée victime peut ne pas avoir souhaité la nullité des clauses ou du contrat, notamment lorsque cette demande a été formulée par l'autorité publique. En effet, l'autorité publique agit sans avoir obtenu le consentement des parties au contrat. Certaines peuvent même s'opposer à son intervention. Dès lors, elles subissent également les sanctions prononcées par le juge quant à la modification du contrat ou son annulation, puisque seule leur information est exigée conformément à la volonté du Conseil constitutionnel²⁰²² et non leur consentement. Cette situation a pu être contestée par certains auteurs²⁰²³. Seule la démonstration d'une atteinte à

²⁰²⁰ D. MAZEAUD, « La révision du contrat », *LPA*, 30 juin 2005, p. 4, §12.

²⁰²¹ V. SÉLINSKY, J. PEYRE, « La nullité des engagements... » *ibid.* : « Elle doit être admise comme sanction des engagements portant sur des pratiques restrictives, non seulement parce qu'il serait absurde et impensable de maintenir un contrat contraire à l'ordre public économique mais aussi parce que c'est la seule façon de dissuader vraiment les contractants contrevenants : en effet, souvent, la réparation prononcée par le juge est loin d'atteindre les profits liés à l'infraction. Elle n'a donc pas d'effet dissuasif. »

²⁰²² Conseil constit., décision n°2011-126 QPC, 13 mai 2011, *pré. cit.*

²⁰²³ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le pouvoir du ministre de faire respecter l'article L. 442-6 du Code de commerce et les prestations commerciales fictives », *RDC*, 2006, p. 441 : « Nous avons écrit avec Didier Ferrier : "Au titre des difficultés théoriques, que fera-t-on si la victime représentée intervient à l'instance pour défendre la validité du contrat dont le ministre demandait la nullité ? Il ne faut pas oublier que le Conseil constitutionnel, saisi à propos de la loi du 2 août 1989, a estimé qu'il est contraire à la Constitution qu'une action individuelle puisse être introduite contre la volonté de la personne concernée" (Cons. const., 25 juill. 1989, n° 89-257, *Dr. soc.*, 1989, p. 627 ; v. aussi *Dalloz action*, *préc.*, n° 54). Le pas est pourtant

l'ordre public économique pourrait, *a priori*, justifier une telle mesure indépendamment de la volonté des parties au contrat. Néanmoins, d'autres sanctions pourraient être utilisées afin de punir, dissuader et réparer le préjudice causé à l'ordre public économique, telle que l'amende, mettre un terme aux pratiques avec leur cessation pour l'avenir voire, si cela est nécessaire pour rétablir le bon fonctionnement de l'économie, la restitution des avantages indûment obtenus aux parties victimes, la nullité serait alors non nécessaire et disproportionnée. Ainsi, nous retenons, là encore, que le prononcé de la nullité ne devrait avoir lieu, en cas d'action de l'autorité publique, que lorsqu'il s'agit d'un contrat en cours ou ayant pris fin il y a quelques années, qu'une atteinte à l'ordre public économique est bien démontrée, qu'elle apparaît nécessaire pour le réparer et le protéger et, sous réserve, que les victimes y soient favorables.

iii. L'intérêt d'une renégociation entre les parties pour maintenir l'utilité du contrat en cours

406. *L'attrait d'une renégociation entre les parties pour maintenir l'utilité du contrat en cours.* Puisque la nullité est une mesure judiciaire qui a un effet rétroactif, elle s'impose aux parties, pour le passé et l'avenir, lorsqu'il s'agit d'un contrat en cours. Si ce contrat n'est pas annulé, les parties devront le poursuivre tel qu'il a été modifié par le juge. Or, nous avons vu qu'une telle situation pourrait conduire l'auteur des pratiques à mettre un terme à cette relation, ce qui pourrait nuire à son partenaire et au bon fonctionnement de l'économie. Par ailleurs, la nullité de certaines clauses pourrait complexifier et entraver le processus de renégociation entre les parties. C'est pourquoi, cette sanction doit être mise en œuvre uniquement lorsqu'elle apparaît nécessaire. Or, pour les contrats en cours, la révision des clauses abusives, encadrée par le juge²⁰²⁴, pourrait être préférée à la nullité car elle permet de supprimer l'illicéité et prévenir un préjudice, à travers une nouvelle rédaction, sous réserve d'être plus respectueuse de la volonté des parties²⁰²⁵. Si cette mesure s'accompagne de la répétition de l'indu, elle

ici franchi avec le jugement du tribunal de commerce de Nanterre du 15 novembre 2005. » M. BEHAR-TOUCHAIS, « Droit de la concurrence - Les nouvelles protections de l'autonomie du commerçant dans la concurrence, Le droit français de la concurrence est-il devenu trop rigide ? », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 6, juin 2019, doss. 2 : « Que de faux-semblant aussi ensuite, quand le ministre demande les restitutions après nullité. Il va encaisser ces restitutions (76,7 millions dans le dossier système U, 61 millions dans l'affaire Le Galec), et les rendre aux fournisseurs. Mais parfois, ils n'en veulent pas. Le ministre va alors les leur rendre de force, parce que si le fournisseur les refusait, il commettrait un acte anormal de gestion, et serait taxé sur la somme qui devait lui être restituée et qu'il aurait refusée de recevoir. ».

²⁰²⁴ V. par ex., pour une révision : CA Paris, 29 octobre 2014, n°13/11059 : « Ordonner au GIE de supprimer à l'article 21-1 du Règlement intérieur du GIE : (ii) Pour le produit national, la radio ne peut, de plus, apparaître seule [...] ; que, par ailleurs, la phrase suivante deviendra : "Si la radio participant au produit national se dédit de l'engagement (i), elle accepte irrévocablement à titre de clause de dédit et pour se dégager de cette obligation, de payer une indemnité égale à 30 % du chiffre d'affaires de publicité nationale qu'elle a perçu dans les 12 derniers mois précédant sa décision de retrait". ». Cet arrêt a néanmoins fait l'objet d'une cassation sur un autre motif, Cass. com., 11 mai 2017, n°14-29.717.

²⁰²⁵ D. MAZEAUD, « La révision du contrat », *LPA*, 30 juin 2005, p. 4, §12. Il retient que « l'intérêt de sauver le contrat en le rééquilibrant l'emporte de beaucoup sur l'opportunité de l'anéantir. [...] Comme on l'a justement écrit, « le juge ne doit plus être uniquement, comme il l'était auparavant, l'agent de destruction du contrat irrégulier, mais aussi celui de sa réhabilitation ». Dans cette perspective, nul doute que la révision constitue la sanction la mieux appropriée pour accompagner cette mutation puisqu'elle assure « à la fois, la suppression de l'illicite et la sauvegarde de la convention ou de la clause et réalise ainsi un subtil compromis entre les exigences de l'ordre public et les principes de liberté contractuelle et de sécurité juridique. [...] Mieux, la liberté contractuelle, qu'il s'agisse de la volonté d'assurer l'équilibre du contrat [...] est finalement

conduit à retirer l'avantage illicitement obtenu par l'auteur des pratiques et permet ainsi de renforcer sa portée punitive et dissuasive. Cette solution pourrait être plus respectueuse de l'utilité du contrat²⁰²⁶. Or, une action directe sur le contrat n'est pas nécessairement utile, selon l'analyse économique. En effet, le déséquilibre contractuel pourrait découler de conséquences extérieures.

Ainsi, comme le retient le Professeur E. BROUSSEAU si « *un éventuel déséquilibre est lié à des causes extracontractuelles* » alors « *il convient de remédier principalement par d'autres moyens que l'action sur les contrats* »²⁰²⁷. Une solution pourrait donc résider dans une modification des dotations initiales au sein des marchés. Si les différences de répartition du surplus contractuel résultent, généralement, d'une différence dans le pouvoir de négociation (à nuancer néanmoins²⁰²⁸), elles résultent également d'une différence dans les dotations initiales des acteurs. En modifiant la répartition des dotations initiales, on peut renforcer ou affaiblir le pouvoir de négociation des parties, ce qui permet de renforcer la liberté d'expression des volontés et limiter les risques de coercition lors des négociations. Ainsi, il appartiendrait à l'État de conduire les individus vers une allocation à la fois efficace et équitable. Il suffira ensuite de laisser les agents procéder à des échanges selon un mécanisme concurrentiel. Le marché remplira son rôle et conduira à un équilibre général. En effet, l'application du 2nd théorème du bien-être conduit, en pratique, à modifier les dotations initiales de la partie B, considérée comme trop puissante, pour au contraire, améliorer les dotations initiales de la partie A, considérée comme trop faible. Ainsi, l'échange entre ces deux parties est plus équilibré et permet d'atteindre le « *meilleur des états meilleurs* », soit la meilleure en équité des allocations satisfaisantes en efficacité, « *l'optimum optimorum* »²⁰²⁹. Néanmoins, cette mission ne relève pas de la compétence du juge mais de celle du législateur. En effet, le législateur a cherché, depuis de nombreuses années, à renforcer le pouvoir de la partie faible, notamment le

mieux respectée par la révision, qui tempère la liberté en l'alignant sur la licéité, que par la nullité, laquelle la réduit à néant. Au fond, la révision du contrat ou de telle ou telle de ses clauses garantit, dans une mesure certaine, le respect de l'économie générale du contrat telle qu'elle avait été façonnée par les contractants, bien mieux, en tout cas, que ne pourrait le faire leur annulation. ».

²⁰²⁶ Not. prévue dans les autres codes portant sur le déséquilibre significatif. En effet, le réputé non-écrit permet d'éviter la question de l'invalidité d'une clause conduisant à l'ensemble du contrat, contrairement à la nullité : P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, LGDJ, 1969. V. Code civ., art. 1184, al. 2. Ainsi, en maintenant le contrat, sans la clause abusive, la partie réputée soumise est celle avantagée. La nullité, certes plus dissuasive et punitive, permet toutefois à l'autre partie de demander la nullité de l'entier contrat, sans se voir imposer un équilibre contractuel décidé par le juge.

²⁰²⁷ É. BROUSSEAU, « L'Économiste, le Juriste et le Contrat », *op. cit.*, p. 9-10 : « Pour les économistes, les sources d'un éventuel déséquilibre contractuel sont extérieures au contrat lui-même. Elles découlent d'une asymétrie de substituabilité entre les deux partenaires permettant à celui qui est le moins substituable d'imposer ses conditions à l'autre. Ceci se rapporte à l'analyse traditionnelle du pouvoir de marché. Les moyens de lutter contre ce pouvoir de marché sont pour l'essentiel extracontractuels et portent précisément sur la structure de l'offre et de la demande. ».

²⁰²⁸ Dans de rares cas, un acteur économique puissant peut volontairement accepter un surplus de faible ampleur lorsque son action se veut, par exemple, caritative, sans but lucratif.

²⁰²⁹ Y. CROISSANT, P. VORNETTI, « État, marché et concurrence - Les motifs de l'intervention publique. », *Les Cahiers français : documents d'actualité*, La Documentation française, 2003, n°313, p. 3-8 ; V. DESREUMAUX, « Équilibre général et justice sociale : la théorie néoclassique comme philosophie politique ? », *Cahiers d'économie politique*, vol. 64, n°1, 2013, p. 75-110 : « Comme le synthétise Varian : Les propriétés d'équité et d'efficacité sont toutes deux désirables. Est-il possible de trouver une allocation qui possède ces deux propriétés ? Une telle allocation sera appelée une allocation juste. ».

fournisseur, pour accroître son pouvoir de négociation et ainsi parvenir à des relations plus équilibrées²⁰³⁰. Ainsi, nous nous intéressons plutôt aux moyens dont dispose le juge pour sanctionner le déséquilibre contractuel entre les parties.

L'analyse économique admet également l'efficacité d'une renégociation du contrat offrant la possibilité d'un nouveau partage contractuel qui pourrait satisfaire les deux parties. Par exemple, deux économistes, N. KALDOR et J. HICKS, ont développé un critère portant leur nom « Kaldor-Hicks » ou « *amélioration parétienne potentielle* »²⁰³¹. D'après ce critère, dit utilitariste, tout changement de situation peut être considéré comme une amélioration dès lors que l'individu satisfait des modifications apportées par ce changement est en mesure de compenser celui qui est perdant (*Kaldor criterion*) ; sous réserve, toutefois, que celui perdant n'ait pas été en mesure de convaincre l'individu gagnant de renoncer au changement, notamment par un transfert d'argent (*Hick criterion*)²⁰³². Ce critère entend favoriser un bénéfice net positif, à travers une compensation. À travers des transferts forfaitaires, il permet de compenser la partie perdante qui s'est vue retirer une partie de ce qu'elle détenait. En effet, la partie gagnante qui a obtenu une part d'allocation plus importante, en passant d'un point A à un point B, peut compenser la partie adverse en lui transmettant la part qu'elle a perdue et ainsi passer à un point C. Le point C, résultat de ces transferts forfaitaires, sera *in fine* favorable aux deux parties puisque aucune d'elles ne sera perdante. Cette allocation finale domine A au sens de Pareto. Par ailleurs, le point B permettant à une partie de compenser l'autre, est jugé « supérieur » au point A, au sens de Kaldor. Enfin, il importe également de vérifier que la partie perdante ne parvient pas à convaincre la partie gagnante de renoncer au changement (passage de A à B), alors il s'agit d'une amélioration au sens de Hicks²⁰³³. Par exemple, si une partie P1 détient une allocation de 50 et la partie P2 une allocation de 80. Suite à la modification de ces allocations, la partie P1 pourra détenir 80 et la partie P2, une allocation de 70. Cette modification des allocations ne peut être jugée efficiente au sens de Pareto, puisque la partie P2 préférera la situation antérieure. Toutefois, grâce au critère de Kaldor-Hicks, cette nouvelle situation pourrait s'avérer plus efficiente puisque la partie P1 qui a bénéficié d'une augmentation de 30 peut transférer une partie de son allocation à P2 à hauteur de 10 pour compenser la perte de cette dernière et lui permettre de retrouver son niveau antérieur de 80. Pour rendre la compensation possible, les gains obtenus lors du changement doivent être supérieurs aux pertes subies. Ce transfert forfaitaire est donc efficace puisque la partie P1 peut compenser la partie P2 sans cesser d'être elle-même avantagée. Notons que ce critère peut fonctionner dès lors que la compensation est possible, quand bien même elle n'a pas lieu en réalité. Néanmoins, ce critère se veut seulement descriptif, sans aucune référence à la justice, et n'est pas dépourvu de critiques²⁰³⁴. En pratique, le critère Kaldor-Hicks pourrait s'appliquer

²⁰³⁰ M. BEHAR-TOUCHAIS, C. GRIMALDI, « La loi Descrozaille dite Egalim 3 ou la victoire des fournisseurs contre les distributeurs », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n°22, 01 juin 2023, p. 1169.

²⁰³¹ E. PICAUVET, « De l'efficacité à la normativité », *Revue économique*, vol. 50, n°4, 1999, p. 841 et s.

²⁰³² A. PORTUESE, *Le principe d'efficacité économique dans la jurisprudence européenne*, th. droit, Université Panthéon-Assas, 10 décembre 2012, p. 36 et s.

²⁰³³ H. LEVREL, « III / Des compensations économiques aux compensations écologiques », Harold Levrel éd., *Les compensations écologiques*, La Découverte, 2020, p. 37-47. V. égal. source simplifiée : Critère Kaldor-Hicks, dispo. sur le site <https://fr.wikipedia.org>.

²⁰³⁴ A. PORTUESE, « Le principe d'efficacité... », *ibid.*, p. 36 et s.

à une modification de la répartition initiale des droits et obligations au contrat, imposée par le juge. En effet, le juge peut modifier cette répartition, par exemple, en retirant des droits et/ou obligations, au profit d'une partie et au détriment de l'autre (soit le passage d'un point d'allocations A vers un point B). Or, une nouvelle négociation, si elle est acceptée, permettrait de rendre la compensation possible entre les parties pour corriger la perte subie par la partie perdante au changement (passage à un point C). Cette compensation permettrait de satisfaire les deux parties et éviter que la partie perdante mette fin au contrat tel que modifié par le juge (au point B). Sauf si la partie perdante, parvient à convaincre la partie gagnante de renoncer au passage de A vers B en échange d'un transfert d'argent (règlement à l'amiable éventuellement).

Une autre solution serait, non de modifier l'allocation des ressources entre les parties en retirant à l'une pour donner à l'autre, mais de maximiser le surplus total du contrat, en créant un surplus supplémentaire, sous forme de droits par exemple, en l'attribuant à la partie réputée juridiquement en position de faiblesse. Cette solution pourrait être mise en œuvre sous réserve que son partenaire ne se voit pas imposer une obligation supplémentaire ou bien, si tel est le cas, que son utilité retirée du contrat soit maintenue, à défaut cette nouvelle situation ne serait pas efficiente au sens de Pareto. Bien qu'en France, les juges s'intéressent plus aux modalités de répartition du « gâteau » plutôt qu'à la création d'un « gâteau » plus gros, cette solution permettrait de concilier répartition efficace, car elle maintient les utilités des parties retirées du contrat, et équitable grâce à l'accroissement du surplus collectif au profit de la partie réputée faible. Par exemple, les parties pourraient négocier un nouvel avantage au profit de la partie faible, ce qui viendrait compenser le déséquilibre subi par certaines clauses sans qu'il soit alors nécessaire de les annuler. Notons, néanmoins, que le résultat de la renégociation entre les parties n'exclut pas une nouvelle sanction pour déséquilibre significatif, ce qui est moins probable si elle a été encadrée par le juge. Par ailleurs, elle pourrait ne pas satisfaire l'autorité publique qui agit en défense de l'ordre public économique. Se pose également la question d'un échec des négociations²⁰³⁵. Si les parties ne parviennent pas à s'entendre sur un nouvel équilibre contractuel, le contrat pourrait prendre fin. Le juge n'est pas en mesure d'imposer la poursuite d'un contrat, ni même d'imposer le succès des négociations. L'auteur de la rupture devra notamment respecter les conditions posées par le Code civil pour la force obligatoire du contrat²⁰³⁶ ou encore par l'article L.442-1, II du Code de commerce sur la rupture brutale. La pratique litigieuse cesserait, soit par une renégociation encadrée par le juge, soit par la rupture du contrat par l'auteur des pratiques ou le non-renouvellement de la relation commerciale, soit par le maintien du contrat tel que modifié par le juge.

²⁰³⁵ V. en ce s., E. MOUIAL BASSILANA, « Fasc. 730 : le déséquilibre significatif – Article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », *JurisClasseur Concurrence – Consommation*, 7 juillet 2015, §87.

²⁰³⁶ Code civ., art. 1193 à 1195 ; not. article 1195 : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. ».

407. *Conclusion.* La nullité est une mesure fortement punitive et dissuasive en raison de son pouvoir rétroactif. En ce sens, elle est bénéfique pour la société car elle réduit le coût social des accidents. Or, elle peut être coûteuse pour la société lorsqu'elle est demandée par l'autorité publique, qui doit donc enquêter et agir devant le juge et lorsqu'elle est mise en œuvre par le Trésor Public, aux frais de la société. Elle est également coûteuse lorsqu'elle produit des effets nocifs sur l'activité des parties et le fonctionnement de l'économie du fait des restitutions consécutives et de la réaction de ces dernières sur le marché suite à son prononcé par le juge. Nous estimons que dans certaines situations, ces coûts pourraient l'emporter sur les avantages retirés. Ainsi, lorsque la clause ou le contrat illicite n'ont jamais été mis en œuvre, ils ne devraient pas avoir produit d'effets au profit de l'auteur des pratiques et au détriment de l'autre partie. Dès lors, prononcer leur nullité apparaîtrait non nécessaire et disproportionné car l'effet rétroactif ne serait concrètement d'aucune utilité, une autre sanction pourrait être privilégiée comme la cessation des pratiques. Néanmoins, la nullité pourrait être nécessaire pour certaines clauses susceptibles d'être invoquées à l'avenir, au détriment d'une partie. De même, la nullité serait bien trop coûteuse, en raison de ses effets rétroactifs pour les parties et le fonctionnement de l'économie, si elle s'applique à des clauses ou contrat qui ont pris fin il y a de nombreuses années. D'autres sanctions apparaîtraient plus proportionnées comme la réparation du préjudice et la cessation des pratiques. Néanmoins, cette sanction pourrait être efficace pour les contrats qui ont pris fin il y a quelques années et pour les contrats en cours. Il conviendrait donc, dans une démarche dissuasive et punitive, de supprimer l'avantage indu qu'une partie a pu obtenir. Sous réserve, toutefois, de s'assurer que la victime n'en retire pas un enrichissement sans cause, ce qui implique de ne prononcer que des restitutions justifiées et nécessaires. Par ailleurs, la nullité du contrat devient nécessaire lorsque les clauses annulées sont jugées essentielles par l'une ou l'ensemble des parties et font perdre toute substance à ce dernier, sa poursuite ne garantit plus la volonté commune des parties. Lorsque l'action est intentée par l'autorité publique, tiers au contrat, nous avons retenu que le prononcé de la nullité ne devrait avoir lieu que lorsqu'il s'agit d'un contrat en cours ou ayant pris fin il y a quelques années, qu'une atteinte à l'ordre public économique est bien démontrée, qu'elle apparaît nécessaire pour le réparer et le protéger, enfin, que les victimes y soient favorables. En effet, en cas de défaut du consentement de ces dernières, d'autres sanctions pourraient être privilégiées permettant également de protéger l'ordre public économique. Enfin, pour les contrats en cours, une révision, encadrée par le juge, permettrait plus facilement de maintenir l'attrait du contrat pour les parties. Par exemple, les parties pourraient procéder à des renégociations, consécutives à une nullité, pour permettre à la partie perdante de néanmoins trouver un intérêt à poursuivre le contrat. Par ailleurs, une autre solution pourrait être la renégociation, sans procéder à la nullité des clauses illicites, à condition de compenser ce déséquilibre par un avantage supplémentaire octroyé à la partie victime, tout en garantissant l'utilité du contrat pour l'ensemble des parties. Or, cette renégociation devrait être encadrée car elle pourrait faire l'objet d'une nouvelle sanction par le juge pour déséquilibre significatif et pourrait ne pas satisfaire les exigences de protection d'ordre public économique défendues par l'autorité publique.

b) *La restitution des avantages indus*

408. *L'analyse de l'efficacité des mesures de restitution des avantages indus.* Nous verrons que la sanction de restitution des avantages indus a été ajoutée par le législateur dans une démarche punitive et dissuasive (i). Nous nous interrogerons également sur son efficacité, à l'aide de l'analyse économique, ce qui nous conduira à vérifier sa nécessité et sa proportionnalité (ii). Cette analyse nous permettra de proposer des pistes d'amélioration de son prononcé par le juge (iii).

i. Une sanction qui se veut efficace car punitive et dissuasive

409. *La sanction de restitution des avantages indus.* Cette sanction vise le remboursement de ce qui a été payé sans cause, soit parce que la dette n'existait pas (indu objectif), soit parce que la dette a été annulée ou résolue (indu *a posteriori*), soit parce qu'il n'y avait pas de rapport de débiteur à créancier entre *solvens* et *accipiens* (indu subjectif)²⁰³⁷. Le Code de commerce prévoit expressément que la sanction de restitution de l'avantage indu est offerte à la victime d'un déséquilibre significatif et à l'autorité publique²⁰³⁸, toujours pour répondre à la crainte des victimes de saisir le juge²⁰³⁹, à condition qu'elles soient informées par tout moyen de l'introduction de cette action en justice²⁰⁴⁰ (article L.442-4 du Code de commerce). Cette sanction au profit de l'autorité publique, en pratique le ministre de l'Économie, n'a pas toujours été souhaitée notamment par la jurisprudence²⁰⁴¹. Là encore offrir cette demande de sanction à l'autorité publique permet de questionner la prétendue absence de substitution de cette dernière au profit des victimes. Auparavant, le législateur utilisait la notion de « répétition de l'indu » ensuite modifiée au profit de « restitution des avantages indus »²⁰⁴².

²⁰³⁷ Dalloz, *Lexique des termes juridiques*, 2014, 21^e édition.

²⁰³⁸ Depuis la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, art. 56. V. égal. E. BESSON, Rapport n°2327 fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan (1) sur le projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques (n° 2250), Assemblée nationale, 6 avril 2000, T. I, Examen des articles, art. 29 (article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986).

²⁰³⁹ J.Y. LE DEAUT, avis n°2319 présenté au nom de la commission de la production et des échanges (1) sur les titres I et II de la deuxième partie du projet de loi (n° 2250), relatif aux nouvelles régulations économiques, Assemblée nationale, 4 avril 2000 : « Article 29, Abus de dépendance économique et action du ministre devant les tribunaux. [...] En outre, le présent article permet au ministre chargé de l'économie de se substituer pleinement aux victimes qui sont dans l'impossibilité de se porter devant les tribunaux en raison du risque de représailles de leurs clients. le ministre pourra donc demander la répétition de l'indu, c'est-à-dire la restitution des sommes indûment versées, et le versement de dommages et intérêts. » ; Sénat, Rapport n° 5 (2000-2001) de M. Philippe MARINI, fait au nom de la commission des finances, déposé le 4 octobre 2000. « ARTICLE 28, [...] La jurisprudence (* [Cour d'appel de Paris, 9 juin 1998, ITM]) lui a cependant dénié la possibilité d'obtenir l'annulation des conventions en cause et le reversement des sommes indûment versées. Son action a été ainsi rendue, progressivement inopérante, puisqu'il ne peut plus se voir accorder que la cessation des pratiques litigieuses, qui généralement a déjà eu lieu lorsque le jugement est prononcé ! ».

²⁰⁴⁰ Réserve du Conseil constit., décision n°2011-126 QPC du 13 mai 2011, *pré. cit.* : « Considérant 9 ».

²⁰⁴¹ Cass. com., 5 décembre 2000, n°98-17.705 : « Mais attendu qu'ayant énoncé que l'action introduite par le ministre sur le fondement de l'article 36, alinéa 1.1, de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 est une action en réparation et non en annulation [...], 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 [...] 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. ».

²⁰⁴² V. not. à ce s. Cass. civ., 24 septembre 2002, n°00-21.278 : « Les restitutions consécutives à une annulation ne relèvent pas de la répétition de l'indu mais seulement des règles de la nullité. ».

La répétition de l'indu se distingue de la nullité au regard de ses effets. Le principe est que l'*accipiens* (le débiteur) doit restituer ce qu'il a indûment reçu du *solvens* (le créancier). En l'absence de précision par le Code de commerce, le droit commun prévoit un régime d'application des restitutions aux articles 1352 à 1352-9 du Code civil. En matière de déséquilibre significatif, l'objectif des restitutions de l'avantage indu est de supprimer l'origine du déséquilibre contractuel. Ainsi, l'auteur des pratiques ne doit pas conserver l'avantage indu qu'il a, illégalement, obtenu au détriment de son partenaire²⁰⁴³. En ce sens, cette mesure se veut punitive, bien qu'elle puisse être considérée comme seulement corrective²⁰⁴⁴. Elle est également dissuasive car en retirant l'avantage indûment obtenu, elle entend retirer tout attrait de la pratique pour les auteurs potentiels. Or, dans le commentaire de sa décision n°2011-126 QPC, le Conseil constitutionnel explique que ces sommes sont restituées aux entreprises lésées afin de rétablir l'équilibre du contrat car l'auteur des pratiques ne doit pas s'enrichir de manière déloyale en bénéficiant de gains illicites au détriment de son partenaire²⁰⁴⁵. Ce transfert s'effectue, en principe, *via* le Trésor public à charge pour ce dernier de procéder à la restitution aux entreprises lésées²⁰⁴⁶. Le Conseil constitutionnel retient notamment dans le commentaire de sa décision n°2011-126 QPC qu'il s'agit d'un système bien rodé²⁰⁴⁷. Ainsi, il appartient au juge de déterminer ce qui est indu, puis d'en calculer le montant²⁰⁴⁸. Cette première étape demeure délicate car l'indu doit être distingué des dommages et intérêts, notamment en ce qui concerne le point de départ de la prescription²⁰⁴⁹. Il ne doit s'agir que d'une réallocation des gains mal acquis et non de la perte sèche résultant du préjudice subi. Or, il importe peu, pour les juges, que cet avantage indu n'ait pas conduit à un mouvement de fonds au profit de l'auteur²⁰⁵⁰. Notons, néanmoins, que le juste calcul de l'indu peut être difficile en pratique,

²⁰⁴³ CA Paris, 1^{er} juillet 2015, n°13/19251 et Cass. com., 25 janvier 2017, n°15-23.547 : « Considérant que la demande de répétition de l'indu formée par le ministre en application de l'article L. 442-6 III du code de commerce, conforme au but d'intérêt général qu'il poursuit, permet d'éviter que le GALEC conserve les sommes reçues au titre de la RFA et donc le bénéfice d'une ristourne illicite » ; CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221 : « Enfin, la société Bricorama sera condamnée à rembourser à la société Sofoc les pénalités indûment perçues pour un taux de service contractuel prétendument non respecté, que la cour évaluera à la somme de 10 218,69 €. ».

²⁰⁴⁴ M. COMBOT, « Enrichissement injustifié et responsabilité civile », *RDC*, déc. 2019, p. 306.

²⁰⁴⁵ Conseil constit., Commentaire décision n°2011-126 QPC du 13 mai 2011, Société Système U Centrale nationale et autre, p. 5.

²⁰⁴⁶ CA Paris, 1^{er} juillet 2015, n°13/19251 et Cass. com., 25 janvier 2017, n°15-23.547.

²⁰⁴⁷ Conseil constit., Commentaire décision n°2011-126..., *ibid.*, p. 7 et 8 : « En pratique, on observe que les dispositions contestées n'ont pas suscité de difficultés particulières d'application. [...] À une exception près non imputable à l'administration, ces sommes ont toujours été restituées aux bénéficiaires, soit par l'intermédiaire du Trésor public, soit directement par les entreprises condamnées. ».

²⁰⁴⁸ Pour un rejet, TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625 : « En ce qui concerne les droits relatifs à la création des fiches produits par le vendeur tiers (point 16 du contrat), il est évident que la contrepartie pour ce dernier de concéder gratuitement ses droits de propriété intellectuelle, dès lors qu'il choisit de bénéficier des services considérables d'Amazon, est représentée par le fait de pouvoir les proposer à la vente sur la place de marché d'ASE et ce sans devoir payer des droits aux autres vendeurs tiers. ».

²⁰⁴⁹ CA Paris, 24 mai 2019, n°17/08357 : « S'agissant de la demande de restitution des loyers à compter du 1^{er} août 2013, si cette demande doit être interprétée comme une répétition de l'indu, l'action doit être engagée à compter de la date où le paiement est devenu indu et si elle doit être considérée comme une réparation du préjudice, le point de départ de la prescription est celui de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime, si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance. ».

²⁰⁵⁰ Cass. com., 18 octobre 2011, n°10-15.296 : « Attendu que pour rejeter l'action en répétition de l'indu formée par le ministre chargé de l'économie contre les sociétés Carcoop et Continent 2001, la cour d'appel, après avoir relevé que la pratique mise en œuvre par ces sociétés constituait l'obtention d'un avantage sans contrepartie pour la société DMC, retient que cet avantage ne s'est concrétisé par aucun mouvement de

notamment en l'absence des victimes lors de l'instance, ce qui a pu être soulevé par les parlementaires lors des débats²⁰⁵¹. Lorsque l'avantage indu découle du principe même d'une clause ou d'une pratique, considérée comme injustifiée, et non d'un montant justifié en son principe mais disproportionné, la restitution vise l'intégralité de la somme concernée. Le calcul apparaît donc plus simple car le montant est déjà établi. Par exemple, s'agissant d'une remise qui s'avère abusive, car elle résulte d'une soumission effective de la partie victime et car son principe même apparaît injustifié en l'espèce, le montant de cette remise devrait être restitué en intégralité à cette dernière. Or, lorsqu'il s'agit d'une somme dont le principe est admis, par exemple car il est justifié, mais le montant s'avère excessif, seule la partie excessive de ce montant devrait être restituée. Les juges ont pu admettre que seules devaient être remboursées les sommes excédant la valeur réelle des services dont l'arrêt constatait qu'ils avaient été effectivement rendus²⁰⁵². La détermination du « juste » prix et donc du surplus illicite à restituer est plus délicate pour le juge. Or, encore faut-il s'assurer que l'entreprise ait la capacité de restituer cette somme, notamment lorsque les gains « mal-acquis » ont été utilisés. En pratique, on constate que cette sanction est peu prononcée mais les montants restitués sur ce fondement s'avèrent particulièrement élevés, et donc punitifs et dissuasifs, allant parfois même au-delà des montants des amendes²⁰⁵³.

ii. Une sanction qui peut être inefficace

410. *Les économistes ont une conception différente d'une réallocation des ressources conforme à la justice sociale.* D'après l'analyse économique, l'État peut intervenir pour redistribuer les richesses en répondant à une justice sociale, ce qui implique de la définir au préalable. Or, les économistes ont une vision différente de la notion de justice sociale telle qu'appréhendée par l'État. Par exemple, le critère d'efficacité de Pareto, mentionné précédemment, conduit à une règle minimale de justice sociale. Les acteurs économiques qui échangent au sein d'un marché concurrentiel vont parvenir à un partage qui sera peut-être efficace économiquement mais non équitable. En effet, grâce au marché concurrentiel, les

fonds en leur faveur ; Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; PAR CES MOTIFS : CASSE et ANNULE, mais seulement en ce qu'il a débouté le ministre chargé de l'économie de l'industrie et de l'emploi de son action en répétition de l'indu. ».

²⁰⁵¹ Projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques, Assemblée nationale - 3^e Séance du 27 avril 2000 : « M. Charié et M. Chabert ont présenté un amendement, no 93, ainsi rédigé : « Dans la deuxième phrase du dernier alinéa du V de l'article 29, supprimer les mots : "la répétition de l'indu et". ».

²⁰⁵² Cass. com., 10 sept. 2013, n°12-21.804.

²⁰⁵³ Cass. com., 25 janvier 2017, n°15-23547 : Le Galec a dû payer à 46 fournisseurs plus de 61 millions d'euros au titre de la restitution des sommes indûment perçues, ainsi qu'une amende civile de 2 millions d'euros ; T. BENOIT, G. Besson-Moreau, Rapport n°2268 fait au nom de la commission d'enquête sur la situation et les pratiques de la grande distribution et de ses groupements dans leurs relations commerciales avec leurs fournisseurs, Assemblée nationale, 25 septembre 2019, p. 91 : « En effet, les montants des sommes indûment perçus à restituer sont importants (83 millions d'euros dans le cas de la « taxe Lidl » exigée par le groupe Leclerc, 76 millions d'euros dans le cas d'avantages sans contreparties pour Système U). En revanche, les montants des amendes civiles sont faibles par rapport à ce qui est prévu par la loi. [...] Dans le cas de Système U, le ministre de l'économie avait demandé lors du jugement en appel une amende civile d'un million d'euros (pour des sommes indûment perçues de 76 millions d'euros). Ce montant n'a pas été retenu par la Cour de cassation, qui a finalement prononcé une amende civile de 100 000 €, l'amende initialement demandée par le ministre de l'économie (le chiffre d'affaires de Système U en 2018 est d'environ 20 milliards d'euros). » ; V. not. CA Paris, 10 mai 2023, n°21/04967.

acteurs économiques vont échanger jusqu'à parvenir à un compromis. Ils atteignent alors un point d'allocations, dont on sait, grâce au 1er théorème de l'économie du bien-être, qu'il s'agit d'un optimum²⁰⁵⁴. Ce point se situe sur la courbe des contrats. Néanmoins, cette courbe reste une courbe de conflits entre les parties puisque le déplacement le long de la courbe traduit le gain d'un individu au détriment d'un autre²⁰⁵⁵. Ainsi, en parvenant à ce point d'allocations, la répartition peut, néanmoins, être inégalitaire au profit d'une partie et au détriment d'une autre. Cette répartition ne correspond pas à un optimum qu'on pourrait juger équitable (soit « *l'optimum optimorum* » le meilleur des optimums tel que souhaité par l'État). Puisqu'il existe plusieurs points possibles sur la courbe des contrats, et que chacun de ces points est un optimum de Pareto, il existe donc plusieurs points jugés efficaces économiquement. L'État peut alors choisir un point de répartition des allocations, sur la courbe des contrats, qu'il juge le plus équitable, au sens juridique. Néanmoins, pour ne pas faire échec à l'exécution du contrat, l'État ne doit pas retirer des éléments qui étaient essentiels pour les parties lors de sa conclusion. Ce qui implique de tenir compte des éléments déterminants pour les parties lors de la signature du contrat et qui participent à l'utilité qu'ils en retirent²⁰⁵⁶. Il convient de choisir le point d'allocation qui reste le plus efficace car il satisfait l'ensemble des parties. Les économistes A. BOZIO et J. GRENET prennent l'exemple suivant²⁰⁵⁷ : si Pierre est plus « heureux » dans la situation A que dans la situation B et Paul est aussi heureux dans les deux situations, alors que les ressources disponibles sont identiques dans les deux cas, ainsi, il en résulte que la situation B gaspille des ressources. En répartissant les ressources pour parvenir à la situation A, Pierre serait plus heureux sans pour autant mécontenter Paul : il s'agit d'une redistribution « Pareto-améliorante ». Ainsi, pour appliquer le critère de Pareto, il suffit seulement de savoir si chaque individu, pris isolément, est au moins aussi heureux dans la situation B que dans la situation A, sans avoir à apprécier l'intensité du bonheur de chacun en comparaison avec le bonheur de l'autre. Néanmoins, en pratique, le législateur et le juge pourraient ne pas se satisfaire de cette solution puisqu'ils pourraient privilégier une réallocation des ressources jugée équitable, indépendamment de la volonté des parties, car ils poursuivent uniquement l'objectif juridique de rééquilibrage des relations commerciales. Or, pour chaque stock de ressources, nous avons vu qu'il existe une multitude de situations Pareto-optimales y compris des situations inacceptables au regard des exigences étatiques, en termes de justice sociale. Les économistes A. BOZIO et J. GRENET reprennent leur exemple et déclarent que si Paul dispose, au départ,

²⁰⁵⁴ Nous avons vu qu'une allocation est dite Pareto-efficace ou Pareto-optimale s'il n'y a pas d'allocation qui la domine au sens de Pareto : c'est-à-dire, s'il n'est pas possible d'augmenter le bien-être d'une partie sans diminuer celui de son partenaire.

²⁰⁵⁵ J. LOYAT, « Politiques publiques et efficacité : en agriculture, une intervention nécessaire face à une logique de rente », *Économie rurale*, n°220-221, 1994. Les revenus agricoles. Session de printemps 1993, 13 et 14 mai, IAM de Montpellier, organisée par Jean-Pierre Butault, Bernard Delord et Patrick Rio, chercheurs au Département Économie et Sociologie Rurales de l'INRA, p. 181-185.

²⁰⁵⁶ Site www.core-econ.org : L'Économie, Unité 5, Propriété et pouvoir : gains mutuels et conflit, Comment les institutions influencent l'équilibre des pouvoirs dans les interactions économiques et affectent l'équité et l'efficacité des allocations qui en résultent, 5.8 Courbe d'efficacité de Pareto et répartition du surplus. En effet, les allocations peuvent varier soit en se rapprochant de la courbe d'indifférence de la partie P1, mais cette dernière n'obtiendra aucun avantage au regard de son option de sortie, soit d'un surplus individuel nul, alors que son partenaire obtiendra l'intégralité du surplus collectif. Et inversement si le point d'allocation se rapproche de la courbe d'indifférence de la partie P2.

²⁰⁵⁷ A. BOZIO, J. GRENET, « I / Justifications et contraintes de l'intervention publique », Antoine Bozio éd., *Économie des politiques publiques*, La Découverte, 2017, p. 8-32.

de toutes les ressources et Pierre aucune, alors il n'existe aucune action Pareto-améliorante puisque toute action re-distributive impliquerait de mécontenter Paul, en lui retirant une part de ses biens sans aucune rétribution.

C'est bien ce qui risque de se produire lorsque le juge décide de retirer l'avantage indu pour le restituer à la partie victime. L'auteur des pratiques pourrait ne plus être satisfait par le contrat modifié lorsque le juge lui aura retiré cet avantage. Or, la partie bénéficiaire de la restitution pourrait ne jamais avoir souhaité une telle réallocation ce qui signifie qu'elle était aussi heureuse sans la restitution des sommes. Tel peut être le cas, lorsque l'autorité publique agit indépendamment de la volonté des parties au contrat. Ainsi, la réallocation des ressources choisie par le juge pourrait conduire à un gaspillage des ressources. Les économistes proposent de comparer les bonheurs individuels (ou utilités) entre eux pour guider la redistribution des richesses. On peut déterminer l'ensemble des répartitions de richesses possibles et les classer en fonction du bien-être social. S'il existe une pluralité de mode de classement possible, A. BOZIO et J. GRENET retiennent que deux critères sont généralement privilégiés par les économistes²⁰⁵⁸. Tout d'abord, le critère utilitariste développé par l'économiste J. BENTHAM [1789] qui consiste à maximiser la somme des bonheurs individuels. Si cet indice est simple à appliquer, il reste indifférent à l'inégalité des bonheurs individuels. A. BOZIO et J. GRENET prennent l'exemple suivant : si un euro supplémentaire apporte autant de satisfaction à Bill Gates qu'à un sans-abri, alors il n'est pas nécessaire de redistribuer du premier vers le second. Le second critère de justice sociale utilisé par les économistes est le critère rawlsien, issu des travaux de J. RAWLS [1971]. Ainsi, lorsque les inégalités sont dues à des facteurs non contrôlés par les acteurs économiques comme leurs aptitudes ou leurs dotations initiales, ce qui peut conduire à un déséquilibre contractuel significatif, alors il appartient à l'État d'améliorer la situation des plus défavorisés. D'après les économistes, ce raisonnement renvoie au critère du « *maximin* » : il s'agit de choisir la situation dans laquelle le bonheur du plus malheureux des individus est le plus grand. Toutefois, ce critère ne recherche pas pour autant l'égalité car il s'agit plutôt de tolérer un niveau arbitraire d'inégalités dès lors que la situation des moins favorisés est améliorée. A. BOZIO et J. GRENET retiennent que si la richesse de Bill Gates doit être multipliée pour que le sans-abri voie sa richesse augmenter, alors cet accroissement des inégalités serait conforme au critère de RAWLS. Par ailleurs, si la comparaison des bonheurs individuels peut être utilisée, elle nie en pratique la diversité des conceptions du bonheur puisque ces critères ont une appréciation purement monétaire. Ainsi, deux individus pourraient recevoir la même somme d'argent mais ne pas en retirer la même utilité.

L'analyse économique a donc une conception *a priori* plus souple de la justice sociale que celle retenue par l'analyse juridique. En effet, elle accepte l'inégalité entre les allocations des parties. Or, si elle admet une réallocation des ressources au profit de la partie faible, cette mesure doit rester efficace et ainsi garantir la satisfaction de l'ensemble des parties.

411. *La restitution des avantages indus est-elle une sanction efficace ?* La mise en œuvre de la restitution des avantages indus peut être coûteuse pour le juge, donc la société, car

²⁰⁵⁸ A. BOZIO, J. GRENET, « I / Justifications et contraintes de l'intervention publique », *ibid.*, p. 8-32.

il devra procéder à l'analyse de sa justification et surtout vérifier son calcul. Notons néanmoins, que lorsque le juge ne fait que prononcer la restitution d'une somme déjà préétablie, il n'engage pas, en principe, de coût supplémentaire pour la calculer. Il peut s'appuyer sur les preuves apportées par les parties sans qu'il soit nécessaire d'engager des frais d'enquête supplémentaires. Par exemple, lorsqu'il s'agit de remises qui sont restituées lorsqu'elles ont conduit à un déséquilibre significatif, le juge s'appuiera sur les éléments de preuve fournis pour prononcer la restitution des remises indûment versées. Or, lorsqu'il s'agit d'apprécier la « juste » valeur d'un bien ou d'un service, qu'il convient de procéder à une restitution partielle et non plus intégrale de l'avantage indûment perçu, ce calcul pourrait s'avérer coûteux dès lors qu'il implique des recherches supplémentaires notamment des expertises. Cette sanction est également coûteuse pour la société lorsque la demande est effectuée par l'autorité publique chargée d'enquêter pour en apprécier l'utilité et démontrer le calcul de l'indu. Elle est également coûteuse pour la société lorsqu'elle est prononcée et que les sommes sont remises au Trésor Public à charge pour ce dernier de les restituer aux parties lésées. Il doit alors récupérer les sommes, les conserver, retrouver les victimes et les leur remettre²⁰⁵⁹. Sa mise en œuvre est moins coûteuse pour la société lorsque l'indu est directement transféré de l'auteur des pratiques aux victimes. En outre, elle est coûteuse pour les parties et l'économie en raison de ses effets.

Cette sanction oblige le fautif à restituer les sommes qu'il avait indûment obtenues, ce qui peut avoir lieu plusieurs années après les faits, alors que ces sommes ont été utilisées. Une telle sanction impacterait son activité et pourrait conduire ce dernier à compenser cette perte à travers ses relations avec la partie au contrat victime, d'autres partenaires commerciaux ou bien les consommateurs, ce qui pourrait modifier le bon fonctionnement de l'économie. Elle peut également être coûteuse pour la partie au contrat victime car si elle bénéficie des restitutions, elle s'expose également à une rupture de la relation commerciale avec l'auteur des pratiques ne souhaitant plus poursuivre sous ces conditions. En effet, en limitant le gain du fautif, le juge impose une valeur du bien ou du service pour laquelle le fautif n'aurait peut-être pas contracté. Une telle sanction pourrait mettre fin ou empêcher la réalisation de contrats efficaces économiquement. Par ailleurs, si le calcul de l'indu est mal effectué, par exemple car le juge estime qu'un avantage est indu alors qu'il est pourtant justifié par un service dont a profité la victime. En restituant cet avantage, alors que la victime avait pourtant obtenu une contrepartie, elle pourra donc bénéficier d'un enrichissement non justifié en pratique. En effet, rappelons que les juges ont une conception restreinte de l'équilibre contractuel, ils s'opposent à la prise en

²⁰⁵⁹ Conseil constit., Commentaire décision n°2011-126 QPC, 13 mai 2011, Société Système U Centrale nationale et autre, p. 7-8 : « La procédure suivie en matière de restitution des sommes indues par le biais du Trésor est désormais bien rodée : dès lors que la condamnation est définitive, les agents de direction de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes prennent contact avec les entreprises bénéficiaires de la répétition de l'indu afin de leur demander la communication de leurs coordonnées bancaires ; puis le directeur général émet un titre de perception envoyé à la direction départementale des finances publiques du département du domicile du débiteur, accompagné des coordonnées bancaires de l'entreprise bénéficiaire ; ce titre est alors assigné sur la caisse du comptable du département du domicile du débiteur pour prise en charge et le remboursement de la société bénéficiaire est effectué directement par le comptable sur le compte bancaire de la société. Si une entreprise ne souhaite pas communiquer ses coordonnées bancaires, comme cela s'est produit une fois, le Trésor public consigne la somme auprès de la Caisse des dépôts et consignations. ».

compte des effets et des gains indirects retirés par certaines clauses, dès lors un calcul erroné de l'indu est probable en droit positif. Or, la portée punitive et dissuasive de cette sanction pourrait être minorée si le juge procède au calcul erroné de l'indu dont a bénéficié l'auteur des pratiques et si ce dernier maintient une part du profit illicite. Puisque l'indu ne tient pas nécessairement compte des gains indirects obtenus par la pratique litigieuse, si la partie fautive se voit retirer le gain direct jugé illicite par le juge, elle bénéficie toujours des gains obtenus grâce à l'utilisation de ces sommes. Or, plus la restitution prononcée par le juge s'effectue tard, plus les gains indirects obtenus ont pu s'accroître. Enfin, cette mesure semble être peu prononcée lorsque l'action est intentée par le Ministre en raison de sa difficulté à quantifier l'indu en l'absence des victimes²⁰⁶⁰.

iii. L'encadrement nécessaire de cette sanction pour la rendre efficace

412. *Améliorer l'analyse judiciaire en matière de restitution des avantages indus pour la rendre plus efficace.* Au regard des éléments développés précédemment, cette sanction apparaît punitive et dissuasive, bien que ces avantages puissent être minorés s'ils ne sont pas mis en œuvre de manière efficace par le juge. Par ailleurs, cette sanction peut être coûteuse tant pour les parties que pour la société. Dès lors, on s'interroge si d'autres sanctions ne seraient pas plus adaptées. L'amende, qui appartient uniquement à l'autorité publique, ne vise pas, en principe, à retirer et restituer l'avantage indûment obtenu, mais fait néanmoins reposer une peine financière sur l'auteur des pratiques. Or, le montant de l'amende prononcé en pratique est bien souvent inférieur aux plafonds prévus par le législateur. Elle pourrait ne pas retirer suffisamment le profit obtenu illicitement par l'auteur des pratiques. De même, la réparation du préjudice, limitée uniquement au versement de dommages et intérêts sous réserve de démontrer le préjudice subi, pourrait certes intégrer en partie la restitution de l'avantage indu mais ce n'est pas son rôle et son montant pourrait être insuffisant. Ainsi, le prononcé d'une restitution des avantages indus pourrait être nécessaire en matière de déséquilibre significatif. On s'interroge, toutefois, si elle est toujours proportionnée.

Un encadrement permettrait d'éviter des recours abusifs, ayant lieu de nombreuses années après, et qui risqueraient plutôt de modifier le bon fonctionnement de l'économie. Nous recommandons de limiter la mise en œuvre de la restitution des avantages indus aux contrats et clauses en cours ou qui ont pris fin il y a quelques années seulement et ont, bien évidemment, été mis en œuvre. A défaut, d'autres sanctions pourraient être utilisées comme la réparation du préjudice au profit des victimes, l'amende au profit de la société et à titre punitif et enfin, la cessation des pratiques pour éviter leur répétition. Lorsqu'elle est demandée par l'autorité

²⁰⁶⁰ Assemblée nationale, 4 juin 2015, croissance, activité et égalité des chances économiques n° 2765, Amendement n°SPE257 tombé ; présenté par M. Roumegas, Mme Abeille, M. Alauzet, Mme Allain, Mme Attard, Mme Auroi, M. Baupin, Mme Bonneton, M. Cavard, M. Coronado, M. de Ruy, Mme Duflot, M. François-Michel Lambert, M. Mamère, Mme Massonneau, M. Molac, Mme Pompili et Mme Sas, art. 10 D : « La répétition de l'indu, qui porte sur les sommes indûment perçues par l'auteur des pratiques incriminées, ne constitue pas une sanction en soi, mais la juste restitution aux victimes des sommes qu'elles ont été contraintes de verser. De surcroît, le montant de ces sommes est souvent malaisé à déterminer précisément, de sorte que la répétition n'est qu'exceptionnellement réclamée dans le cadre des actions en justice initiées par le ministre de l'économie. ».

publique, comme pour la nullité, nous préconisons que cette demande concerne des contrats en cours ou ayant pris fin il y a quelques années, qu'elle démontre une atteinte à l'ordre public économique et justifie la nécessité de cette sanction pour punir et réparer une telle atteinte. Par exemple, elle devra démontrer en quoi le fait de restituer les avantages indus aux parties victimes permettrait de rétablir le bon fonctionnement de l'économie. L'autorité publique devra également obtenir le consentement des parties victimes et ne devra pas uniquement les informer. En effet, en cas de défaut du consentement de ces dernières, d'autres sanctions pourraient être privilégiées permettant également de protéger l'ordre public économique. Pour les contrats en cours, il peut être également recommandé de privilégier une renégociation du contrat entre les parties, encadrée par le juge qui renoncerait à la restitution des avantages indus, et prononcerait uniquement la réparation du préjudice subi, tout en permettant à la partie victime d'obtenir de son partenaire un nouvel avantage venant équilibrer la pratique illicite. Une telle solution permettrait de maintenir l'attrait de la relation économique pour les parties et éviter que la décision de justice y mette un terme car le contrat modifié par le juge ne les satisfait plus.

Ainsi, la restitution des avantages indus est une sanction efficace lorsque les autres sanctions apparaissent insuffisamment punitives et dissuasives car elles ne suppriment pas suffisamment le profit illicite. Il appartient au juge d'apprécier le bien-fondé d'une restitution des avantages indus en déterminant s'il y a bien eu un avantage - indu - au profit de l'auteur des pratiques et au détriment de l'autre partie au contrat. En effet, nous recommandons au juge de vérifier, efficacement, l'absence de contrepartie réelle établissant l'indu. Il doit apprécier l'économie globale du contrat et non se limiter à une contrepartie, juridique, établie ligne-à-ligne.

413. *L'importance d'un calcul efficace de l'indu.* Après avoir établi l'existence d'un avantage indu devant être restitué à la partie victime, le juge doit ensuite calculer correctement l'indu, il doit être suffisamment punitif et dissuasif, soit retirer l'avantage perçu par l'auteur des pratiques, sans pour autant conduire à un enrichissement injustifié de la victime. Ainsi, le juge doit-il tenir compte des gains directs et indirects pour retirer l'intégralité de l'avantage indu au profit de l'auteur des pratiques ? Certes une telle décision serait fortement punitive et dissuasive mais elle est, tout de même, difficile à mettre en œuvre en pratique car elle conduit à un coût de recherche et d'analyse important pour le juge, coût qui repose également sur la société si elle est l'objet d'une demande de l'autorité publique. La quantification des gains indirects pourrait être difficile à réaliser en pratique d'autant plus lorsque ces dernières ont eu lieu il y a plusieurs années. Le risque d'erreur du juge est donc plus important et une erreur pourrait conduire à une sanction injustifiée et disproportionnée. Or, la restitution des avantages indus conduit déjà à des sommes importantes pouvant être fortement punitives et dissuasives. Dès lors, il nous apparaît préférable de limiter le calcul de l'indu aux gains directs tirés des clauses illicites. De même, il convient de s'assurer que le juge procède à une analyse efficace du juste prix. Par exemple, s'il estime que la victime a bien reçu une contrepartie à l'avantage retiré par l'auteur des pratiques mais le montant de cet avantage apparaît disproportionné au regard de la contrepartie, il convient d'apprécier quel aurait été le juste montant. Or, cette appréciation par le juge est

délicate et a fait l'objet de nombreuses critiques quant à sa compétence²⁰⁶¹. Le juge ne doit pas procéder à l'enrichissement injustifié de la victime. Une erreur de calcul pourrait être dommageable pour l'économie car elle pourrait dissuader des acteurs économiques d'agir et ainsi empêcher la réalisation de contrats efficaces économiquement. Par ailleurs, la restitution des avantages indus ne doit pas introduire une dimension réparatrice du préjudice, ni chercher à punir au-delà de l'avantage illicite obtenu par l'auteur des pratiques²⁰⁶². Plus l'analyse du juge sera globale, en tenant compte des pratiques habituelles, du fonctionnement économique du contrat au profit des deux parties, des gains directs obtenus par ces dernières du fait de la mise en œuvre de la clause illicite, plus le calcul de l'indu sera efficace économiquement et limitera d'éventuels effets nocifs pour l'économie.

414. *Conclusion.* La restitution des avantages indus est une sanction pouvant être efficace car nécessaire lorsque les autres sanctions sont insuffisamment punitives et dissuasives car elles ne suppriment pas, de manière effective, l'attrait économique de la pratique. Néanmoins, cette sanction peut être coûteuse pour les parties et la société, en raison de sa mise en œuvre et de ses effets, et s'avérer disproportionnée dans certaines situations. Ainsi, nous recommandons de limiter la mise en œuvre de la restitution des avantages indus aux contrats et clauses en cours ou qui ont pris fin il y a quelques années et ont, bien évidemment, été mis en œuvre. À défaut, d'autres sanctions pourraient être utilisées. En outre, lorsqu'elle est demandée par l'autorité publique, comme pour la nullité, nous préconisons que cette demande concerne des contrats en cours ou ayant pris fin il y a quelques années, qu'elle démontre une atteinte à l'ordre public économique et justifie que cette sanction est nécessaire pour punir et réparer une telle atteinte. L'autorité publique devra également obtenir le consentement des parties victimes. Or, l'analyse économique a une conception plus souple d'une réallocation des ressources conformément à la justice sociale. Elle entend, notamment, trouver une solution qui satisfait l'ensemble des parties et ainsi, éviter un gaspillage des ressources. Ainsi, pour les contrats en cours, il peut être recommandé de privilégier une renégociation du contrat entre les parties, encadrée par le juge qui renoncerait alors à la restitution des avantages indus, et prononcerait uniquement la réparation du préjudice subi, tout en permettant à la partie victime d'obtenir de son partenaire un nouvel avantage venant équilibrer la pratique illicite. Une telle solution permettrait de maintenir l'attrait de la relation économique pour les parties. Par ailleurs, nous recommandons au juge de vérifier, efficacement, l'avantage indu en s'assurant que la partie victime n'a bien reçu aucune contrepartie adaptée. Il doit analyser cet avantage en appréciant l'économie globale du contrat, et non à travers une contrepartie juridique, établie ligne-à-ligne. Une fois l'avantage indu établi, le juge doit prononcer sa restitution. Il nous apparaît préférable de limiter le calcul de l'indu aux gains directs tirés des clauses illicites par l'auteur des pratiques et ne pas prendre en compte les gains indirects, dont l'étude est coûteuse et le montant apparaîtrait disproportionné. De même, il convient de s'assurer que le juge procède à une

²⁰⁶¹ V. M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le déséquilibre significatif des contraintes tarifaires imposées par Google sur la plateforme Google Play », *L'essentiel Droit de la distribution et de la concurrence*, n°06, p. 4 : « Il serait rassurant que les juges fassent preuve de moins d'empirisme quand ils contrôlent le prix. Il en va de la sécurité juridique qui est une valeur aussi importante que l'équilibre ! ». V. égal. Commission *ad hoc*, « Le contrôle judiciaire du prix », *Rapport du club des juristes*, octobre 2021, p. 9 et s.

²⁰⁶² M. COMBOT, « Enrichissement injustifié et responsabilité civile », *RDC*, déc. 2019, p. 306.

analyse efficace de ce que représente le juste montant de l'avantage perçu. Le juge ne doit pas procéder à l'enrichissement injustifié de la victime, le montant de l'indu doit être correctement calculé. En ce sens, plus l'analyse du juge sera globale, en tenant compte des pratiques habituelles, du fonctionnement économique du contrat au profit des deux parties, des gains directs obtenus par ces dernières du fait de la mise en œuvre de la clause illicite, plus le calcul de l'indu sera efficace économiquement et limitera d'éventuels effets nocifs pour l'économie.

c) La cessation des pratiques

415. *L'amélioration de la sanction de cessation des pratiques.* Nous verrons que la cessation des pratiques est une sanction importante pour mettre fin au déséquilibre significatif. Cette sanction est particulièrement étendue et se veut corrective et préventive (i). Néanmoins, nous verrons qu'elle peut être coûteuse, non-nécessaire et disproportionnée dans certaines situations. Nous proposerons des pistes d'amélioration de l'analyse judiciaire en la matière (ii).

i. Une sanction corrective et préventive

416. *Une sanction étendue qui se veut corrective et préventive.* La demande de cessation des pratiques fait partie des premières sanctions prévues en matière de pratiques restrictives à l'article L.442-6, III ancien du Code de commerce, qu'on trouve, à présent, de manière étendue au nouvel article L.442-4. L'ancien article ne permettait pas explicitement de connaître les demandeurs à une telle action. Ainsi, le nouvel article prévoit clairement que toute personne justifiant d'un intérêt, le ministre chargé de l'Économie ou le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques. Lorsque l'autorité publique demande la cessation des pratiques, elle n'aurait pas à informer les victimes²⁰⁶³, ce qui renforce la portée dissuasive de cette sanction. Par ailleurs, le juge des référés peut ordonner, au besoin sous astreinte, la cessation des pratiques abusives. Nous avons vu également que l'autorité publique pouvait enjoindre de cesser tout agissement illicite ou de supprimer toute clause illicite, indépendamment de tout procès²⁰⁶⁴. La cessation des pratiques, lorsqu'elle faisait partie des seules sanctions offertes à l'autorité publique en matière de déséquilibre significatif, a pu être jugée insuffisamment dissuasive, c'est pourquoi d'autres sanctions, telle que la nullité,

²⁰⁶³ Cass. com., 3 mars 2015, n°13-27.525 ; Cass. com., 3 mars 2015, n°14-10.907 ; Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387 ; Cass. com., 29 septembre 2015, n°13-25.043 ; Interprétation littérale de la décision du Conseil constit. n°2011-126 QPC, 13 mai 2011, Société Système U Centrale nationale et autre : « 9. » reprise à l'article L.442-4 nouveau du Code de commerce. Interprétation qui n'était pourtant pas si évidente, v. en ce s. : M. BEHAR-TOUCHAIS, « Premières décisions de la Cour de cassation sur le déséquilibre significatif », *RDC*, 2015, n°03, p. 523 : « Ne devait-on pas dès lors déduire de la décision du Conseil que si le ministre ne peut demander la nullité, les restitutions et la réparation des préjudices sans informer les fournisseurs, il ne peut pas davantage demander la cessation de la pratique, dès lors que pour le Conseil, la demande de nullité, restitution ou réparation, n'est que l'exercice de ce pouvoir de demander la cessation de la pratique ? La Cour de cassation ne l'a pas pensé, puisque dans ses arrêts du 3 mars 2015, elle admet la recevabilité de l'action du ministre en cessation des pratiques et en prononcé d'une amende civile, interprétant la décision du Conseil Constitutionnel sans même prendre le soin de rappeler ce qu'il avait dit. ».

²⁰⁶⁴ Code com., art. L.470-1 à L.470-2.

lui ont été offertes²⁰⁶⁵. Par ailleurs, outre ses bénéficiaires, il s'agit d'une sanction également étendue quant à ses effets.

Elle peut s'appliquer aux contrats en cours et aux contrats à venir, ce qui lui offre une portée particulièrement punitive et dissuasive. En effet, elle contraint l'auteur des pratiques à supprimer les clauses illicites des contrats en cours et ne plus introduire ces clauses dans les contrats futurs. Cette possibilité se justifierait notamment aux fins de protection de l'ordre public économique²⁰⁶⁶. Elle doit néanmoins être distinguée de la nullité, jugée encore plus punitive en raison de son effet rétroactif. L'extension aux contrats à venir n'est pas prévue textuellement mais a été déduite du Code de commerce par la jurisprudence²⁰⁶⁷. Une question prioritaire de constitutionnalité a été posée à la Cour de cassation quant à la validité d'un tel mécanisme, mais cette dernière a refusé de transmettre cette question au Conseil constitutionnel estimant qu'elle n'était pas sérieuse car sa validité a déjà été analysée²⁰⁶⁸. La cessation des pratiques a donc une fonction corrective mais également préventive pour l'avenir²⁰⁶⁹. Elle met fin au dommage et entend éviter des dommages futurs en obligeant le fautif à supprimer les clauses illicites des contrats en cours et à ne pas les reproduire dans les contrats futurs. Ainsi, cesser l'illicite permettrait d'éviter un préjudice ultérieur ou la poursuite du préjudice initial. Le choix de cette mesure pourrait être proportionné lorsque la nullité s'avère non nécessaire ou bien trop coûteuse. La cessation des pratiques intervient également dans le champ contractuel et contraint les parties à modifier le contrat, sauf lorsque la pratique illicite est une tentative qui, par nature, n'a pas intégré le champ contractuel²⁰⁷⁰. Un tel effet concerne directement les parties

²⁰⁶⁵ C. SAUTTER, Projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques (renvoyé à la commission des finances, de l'économie générale et du plan à défaut de constitution d'une commission spéciale dans les délais prévus par les articles 30 et 31 du Règlement), présenté au nom de M. Lionel Jospin, Assemblée nationale, le 15 mars 2000 ; E. BESSON, Rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan (1) sur le projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques (n° 2250), Assemblée nationale, le 6 avril 2000, T. I, examen des articles : « Article 29 (article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986).

²⁰⁶⁶ CA Paris, 18 décembre 2013, n°12/00150 et Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387.

²⁰⁶⁷ A. LECOURT, « Le déséquilibre significatif : un instrument prétorien de régulation économique de la grande distribution », *Revue Lamy droit des affaires*, n° 121, 1^{er} décembre 2016. : « À la différence du droit de la consommation où les articles L. 621-7 et L. 621-8 du code de la consommation offrent cette possibilité sur demande du requérant ou d'une association de consommateurs, le ministre se trouve légalement privé de cette possibilité. La Cour de cassation vient à son secours. Dans ses deux arrêts du 3 mars 2015, elle a considéré que la possibilité d'obtenir la purge des clauses dans les modèles de contrats proposés à l'avenir, découlait de la possibilité de demander la cessation du déséquilibre significatif. Cette vision, pure création prétorienne puisqu'aucun texte ne l'autorise, manifeste et trahit tout à la fois sa volonté profonde de donner au 2o de l'article L. 442-6, I, du code de commerce en particulier, les atours d'un texte de régulation. L'interdiction de reproduire la clause dans les contrats futurs est donc actée. elle est toutefois étrangement justifiée. ».

²⁰⁶⁸ Cass. com., 25 juin 2015, n°14-28.013.

²⁰⁶⁹ C. BLOCH, M. POUmarede, « Chap. 2311 - Réparation en nature », Œuvre collective sous la direction de Philippe Le Tourneau, *Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats*, 2023/24.

²⁰⁷⁰ E. GICQUIAUD, « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », *RTD com.*, 2014, p. 267, §30 : « La cessation des agissements passant nécessairement par une modification des termes du contrat lorsque celui-ci existe déjà, il est plus logique de considérer que la sanction est de nature contractuelle. Le raisonnement est toutefois différent lorsque les juges sont confrontés à une tentative, comme ce fut le cas dans l'affaire GALEC (80). Dans cette hypothèse, si la partie victime obtient réparation - ce qui ne fut pas le cas puisque seule une amende a été prononcée en application de l'article L. 442-6 III du code de commerce - celle-ci ne pourra être que de nature délictuelle, dans la mesure où le déséquilibre ne résulte pas d'un contrat mais d'un comportement. ».

au contrat bien qu'elles n'aient pas à être informées lorsque l'action est réalisée par le Ministre²⁰⁷¹. C'est bien ce qui a été retenu par les juges lorsque la cessation des pratiques vaut pour l'avenir²⁰⁷². Or, il n'existe pas de précision légale quant à la mise en œuvre pratique de cette sanction. En effet, le juge peut demander la modification²⁰⁷³ ou la suppression de certaines clauses, obliger les parties à renégocier ou encore interdire certaines clauses pour l'avenir, dans des contrats futurs²⁰⁷⁴.

417. *La cessation des pratiques pour l'avenir, une mesure peu encadrée en droit commercial, contrairement au droit de la consommation.* La loi Hamon n° 2014-344 du 17 mars 2014 a modifié le Code de la consommation²⁰⁷⁵, qui prévoit désormais aux nouveaux articles L.524-1²⁰⁷⁶, L.621-2²⁰⁷⁷ et L.621-8²⁰⁷⁸ la possibilité pour les associations de consommateur et la DGCCRF de demander au juge de déclarer que cette clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques, en cours d'exécution voire pour l'avenir, conclus par le

²⁰⁷¹ M. MALAURIE-VIGNAL, « Déséquilibre significatif : faut-il opposer l'action en cessation et l'action en nullité et réparation, comme le fait l'arrêt de la cour d'appel de Paris ? », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 3, mars 2014, comm. 63 : « On ne peut envisager une modification de comportement sans modification du contrat – sauf à admettre une entorse à la force obligatoire des contrats : maintenir une clause dans un contrat et ne pas la respecter, pour satisfaire à la décision judiciaire, serait peu respectueux de la règle “Pacta sunt servanda”. La décision opposant la centrale au ministre de l'économie intéresse directement et individuellement les fournisseurs puisque ces derniers vont être obligés de renégocier leurs accords. ». Pour une analyse plus nuancée, N. MATHEY, « Nouvelles décisions sur le déséquilibre significatif », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 3, mars 2012, comm. 62 : « Sans information, le risque existe que le cocontractant se voit opposer les effets d'une décision statuant sur ses intérêts sans qu'il ait pu effectivement assurer lui-même la défense de ses droits. [...] la mise en œuvre de l'action en cessation. Une telle action présente un caractère bien plus objectif qui, à strictement parler, ne met pas en cause les droits des cocontractants des auteurs de la pratique. L'action en cessation ne menace pas le droit au recours effectif, ni le principe du contradictoire. ».

²⁰⁷² Not. CA Paris, 18 décembre 2013, n°12/00150 et Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387 : « La seule constatation que des clauses insérées dans des contrats ayant été exécutés ou en cours sont illicites justifie que le ministre agisse, conformément à la loi qui lui en donne le pouvoir, aux seules fins d'en interdire la reprise pour l'avenir ; que le ministre n'intervient pas alors dans la sphère contractuelle ; qu'ainsi, sans qu'il puisse lui être reprocher de contrevenir à la décision du Conseil constitutionnel, il n'a pas à informer les fournisseurs de l'action qu'il introduit ou poursuit après avoir abandonné certaines de ses prétentions. »

²⁰⁷³ TC Paris, 2 septembre 2019, n°2017050625.

²⁰⁷⁴ E. MOUIAL BASSILANA, « Fasc. 730 : Le déséquilibre significatif. – Article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », *JurisClasseur Concurrence – Consommation*, 7 juillet 2015, §83.

²⁰⁷⁵ V. anciens textes Code conso., art. L.141-1, L.421-2 et L.421-6, modifiés par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 ; loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, art. 81 : « II. — L'article L. 421-2 du même code est ainsi modifié : [...] 2° Il est ajouté un alinéa ainsi rédigé : “Elles peuvent également demander, selon le cas, à la juridiction civile ou à la juridiction répressive de déclarer que cette clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le défendeur ou le prévenu avec des consommateurs, y compris les contrats qui ne sont plus proposés, et de lui ordonner d'en informer à ses frais les consommateurs concernés par tous moyens appropriés.” III. — L'article L. 421-6 du même code est complété par un alinéa ainsi rédigé : “Les associations et les organismes mentionnés au premier alinéa peuvent également demander au juge de déclarer que cette clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le même professionnel avec des consommateurs, y compris les contrats qui ne sont plus proposés, et de lui ordonner d'en informer à ses frais les consommateurs concernés par tous moyens appropriés.” ».

²⁰⁷⁶ Art. L.524-1, création par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 pour l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation.

²⁰⁷⁷ Art. L.621-2, création par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 pour les associations de consommateurs.

²⁰⁷⁸ Art. L.621-8, création par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 pour les associations et les organismes mentionnés à l'article L. 621-7.

même professionnel. Notamment en application du droit de l'Union européenne²⁰⁷⁹, elle vise la reconnaissance de l'effet *erga omnes* de la décision du juge, malgré la dérogation au principe de l'autorité relative de la chose jugée²⁰⁸⁰. Cette application *erga omnes* se justifie par la nature identique des contrats concernés, notamment lorsqu'il s'agit de contrats d'adhésion²⁰⁸¹, elle viserait les modèles standardisés et d'usage courant²⁰⁸². Cette extension entend favoriser la lutte contre les clauses abusives au profit des consommateurs. Le réputé non écrit prive automatiquement d'effets les clauses illicites. Du fait de sa nature automatique, cette sanction est privilégiée pour l'application aux contrats identiques conclus par le même professionnel avec des consommateurs. La suppression s'appliquant, quant à elle, au modèle type de contrat faisant l'objet de l'action²⁰⁸³. La portée de la sanction est collective car elle est portée par des demandeurs visant des intérêts collectifs que ce soit l'association de consommateurs ou la DGCCRF. Cette sanction produira des effets, en pratique, à travers le prononcé d'une obligation d'information de tous les consommateurs concernés. Les critiques des entreprises, mentionnant notamment la perte de sécurité juridique et le non-respect de l'autorité relative de la chose jugée, sont balayées car cette sanction se limite aux contrats - identiques - conclus par un même professionnel dont les consommateurs subissent les mêmes effets et non aux contrats - similaires - comme cela a pu être proposé²⁰⁸⁴. Il existe également des voies de recours pour

²⁰⁷⁹ P. MOSCOVICI, Projet n°1015 de loi relatif à la consommation (renvoyé à la commission des affaires économiques, à défaut de constitution d'une commission spéciale dans les délais prévus par les articles 30 et 31 du Règlement), présenté au nom de M. Jean-Marc Ayrault, Assemblée nationale, 2 mai 2013, exposé des motifs : « L'article 28 [...] au sens de la jurisprudence communautaire, la directive communautaire 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs couvre également les contrats déjà conclus par les consommateurs. Cet article prévoit donc qu'une décision de justice relevant la présence de clauses abusives ou illicites dans un contrat de consommation et déclarant celles-ci réputées non écrites pourra être étendue à tous les contrats identiques conclus par le même professionnel avec des consommateurs. ».

²⁰⁸⁰ M. BOURQUIN, A FAUCONNIER, Rapport n°809 (2012-2013) fait au nom de la commission des affaires économiques, Sénat, 24 juillet 2013 : « Article 28 (articles L. 141-4, L. 421-2 et L. 421-6 du code de la consommation) ».

²⁰⁸¹ M. BOURQUIN, A FAUCONNIER, Rapport n°809 (2012-2013) fait au nom de la commission des affaires économiques, Sénat, 24 juillet 2013 : « Article 28 (articles L. 141-4, L. 421-2 et L. 421-6 du code de la consommation) [...] IV. [...] aujourd'hui, une décision constatant une clause illicite ou abusive dans un contrat et ordonnant sa suppression, ne peut produire ses effets à l'ensemble des contrats identiques conclus par le même professionnel avec d'autres consommateurs qui sont, pourtant, exactement dans la même situation en droit et en fait, puisqu'il s'agit de contrats d'adhésion. Selon le dispositif proposé par l'article 28, non seulement le juge devra relever d'office le caractère abusif d'une clause, mais encore une décision de justice constatant l'existence de clauses abusives pourra être étendue à l'ensemble des contrats identiques conclus par le même professionnel. ».

²⁰⁸² G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Déséquilibre significatif », *Répertoire de droit civil*, mai 2019 (actualisation : juillet 2021), §102.

²⁰⁸³ G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Déséquilibre significatif », *ibid.*, §104.

²⁰⁸⁴ Assemblée nationale, Commission des affaires économiques, jeudi 13 juin 2013, Séance de 9 heures 30, Compte rendu n°91, Art. 28 (articles L. 141-4, L. 421-2 et L. 421-6 du code de la consommation) : Pouvoirs du juge en matière de clauses abusives. La Commission est saisie de l'amendement CE 340 de Mme Jeanine Dubié : « Le terme "identiques" utilisé à l'alinéa 6 pourrait rendre l'application de ce dispositif impossible dès lors qu'il y aurait une différence, même négligeable, entre le contrat étudié par le tribunal et un autre contrat du professionnel intégrant la même clause déclarée abusive. Il convient donc d'ajouter l'adjectif "similaires" afin de permettre au juge de supprimer les clauses abusives présentes dans d'autres contrats. » « M. le rapporteur. Sans négliger de saluer les membres de l'Observatoire des clauses abusives, j'insiste sur le fait que les termes utilisés par le projet de loi en la matière ont fait l'objet d'un travail de précision. Le mot "identiques" permet de respecter le principe de l'autorité de la chose jugée énoncé à l'article 1351 du code civil. ».

contester la décision²⁰⁸⁵. Un amendement prévoyant de limiter cet effet futur aux clauses noires, jugées irréfragablement abusives, et exclure les clauses grises, exigeant *a contrario* une analyse au cas par cas, a été rejeté²⁰⁸⁶. Étendre la sanction à l'ensemble des contrats en cours et futurs produit un effet à la fois curatif et préventif²⁰⁸⁷. *In fine*, cette mesure renforce manifestement l'effectivité de la lutte contre les clauses abusives en droit de la consommation.

Cet encadrement n'a pas été prévu textuellement en matière commerciale comme le regrettent certains²⁰⁸⁸. C'est donc en l'absence de texte que le juge commercial s'est prononcé favorable à la cessation des pratiques dans les contrats futurs et ce, sans qu'aucune limitation ne soit imposée comme le prévoit le droit de la consommation²⁰⁸⁹. La jurisprudence a tout de même apporté des précisions : « *l'action en cessation pour l'avenir doit être l'accessoire d'une action en cessation pour le présent* »²⁰⁹⁰. Les juges ont précisé qu'elle s'appliquait à des clauses reprises chaque année²⁰⁹¹, sans modification depuis plusieurs années²⁰⁹², qu'il s'agissait de clauses précises²⁰⁹³ et qu'il importait peu qu'elles aient d'ores et déjà été supprimées par le fautif²⁰⁹⁴. Cette mesure s'applique pour la société signataire du contrat et pour les sociétés ayant participé à sa conclusion²⁰⁹⁵, ce qui accroît la portée dissuasive et préventive de la mesure. La réitération pourrait alors être sanctionnée comme circonstance aggravante. En réalité, la survenance d'un dommage futur, en raison de ces clauses, est potentielle. C'est parce qu'il existe une soumission ou tentative de soumission à un déséquilibre significatif dans ce cas particulier que le juge estime nécessaire d'en empêcher la réitération dans le futur, aux fins notamment de protection de l'ordre public économique²⁰⁹⁶, même si les clauses litigieuses ont déjà été supprimées²⁰⁹⁷ et même si le texte du Code de commerce ne prévoit pas expressément

²⁰⁸⁵ N. BONNEFOY, avis n°792 (2012-2013) fait au nom de la commission des lois, Sénat, 23 juillet 2013 : art. 28 (art. L. 141-4, L. 421-2 et L. 421-6 du Code de la consommation) - Pouvoirs du juge en matière de clauses abusives.

²⁰⁸⁶ Assemblée nationale, 5 décembre 2013, Consommation (n° 1574), amendement n°276 Nicole rejeté, présenté par M. Abad et Mme Vautrin : « ARTICLE 25. À l'alinéa 35, après la seconde occurrence du mot : "clause", insérer les mots : ", lorsqu'elle est présumée abusive de manière irréfragable au sens de l'article R. 132-1,". [...] cet amendement permet d'éviter les contradictions de jurisprudence qui pourraient naître d'interprétations divergentes par les tribunaux saisis et limite le risque d'une forte insécurité juridique pour les entreprises. ».

²⁰⁸⁷ G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Déséquilibre significatif », *Répertoire de droit civil*, mai 2019 (actualisation : juillet 2021), §106.

²⁰⁸⁸ E. MOUIAL BASSILANA, « Fasc. 730 : Le déséquilibre significatif. – Article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », *JurisClasseur Concurrence – Consommation*, 7 juillet 2015, §89 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Quand les juges du second degré viennent contenir le déséquilibre significatif », *RDC*, 2014, p. 411 et s.

²⁰⁸⁹ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Premières décisions de la Cour de cassation sur le déséquilibre significatif », *RDC*, 2015, p. 523.

²⁰⁹⁰ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Premières décisions... », *ibid.*, p. 523.

²⁰⁹¹ Cass. com., 3 mars 2015, n°14-10.907.

²⁰⁹² Cass. com., 3 mars 2015, n°13-27.525.

²⁰⁹³ CA Paris, 20 novembre 2013, n°12/04791 et Cass. com., 3 mars 2015, n°14-10.907.

²⁰⁹⁴ Cass. com., 29 septembre 2015, n°13-25.043 ; CA Paris, 21 juin 2017, n° 15/18784.

²⁰⁹⁵ CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 et Cass. com., 4 octobre 2016, n°14-28.013 : « Enjoint à la SAS CARREFOUR FRANCE, la SAS CARREFOUR HYPERMARCHÉS, la SAS CSF, la SAS CARREFOUR PROXIMITÉ FRANCE, la SNC INTERDIS de cesser pour l'avenir la pratique consistant à mentionner dans leurs contrats commerciaux les clauses ayant été déclarées contraires aux dispositions de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce. ».

²⁰⁹⁶ CA Paris, 18 décembre 2013, n°12/00150 et Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387.

²⁰⁹⁷ Cass. com., 29 septembre 2015, n°13-25.043.

la portée de la cessation. Les juges ont, toutefois, admis l'inutilité de cette sanction lorsque les clauses litigieuses n'étaient pas reprises depuis plusieurs années²⁰⁹⁸. L'analyse de la jurisprudence traduit une sanction automatique de ces clauses abusives dans les contrats futurs, comme s'il s'agissait de clauses « noires », quel que soit l'équilibre contractuel étudié et quel que soit le rapport de force entre les parties. Nous verrons qu'une telle appréciation apparaît contestable. Or, les juges ont rejeté une analyse *in concreto* des contrats futurs et ont estimé qu'ils ne se prononçaient pas, pour autant, par des arrêts de règlement, ce qui leur est interdit²⁰⁹⁹. Le Conseil constitutionnel a tranché en faveur de la protection de l'ordre public économique, lorsque l'action est intentée par l'autorité publique, pour justifier de telles atteintes²¹⁰⁰.

ii. *L'encadrement nécessaire de la cessation des pratiques pour l'avenir*

418. *Une sanction pouvant être coûteuse pour les parties et l'économie.* La cessation des pratiques a pour effet de mettre fin aux pratiques illicites pour les contrats en cours, voire de prévenir un préjudice en supprimant automatiquement ces pratiques dans les contrats futurs. En raison de cet effet, plutôt radical, les auteurs potentiels pourraient être dissuadés de commettre la pratique de déséquilibre significatif. En effet, l'économie du contrat telle que souhaitée par l'auteur des pratiques sera alors modifiée par le juge alors même que le contrat, en cours, sera amené à se poursuivre. Cette modification judiciaire pourrait même s'imposer pour les contrats futurs. Ainsi, cette sanction bénéficie de plusieurs avantages, nous avons vu qu'il s'agissait d'une mesure correctrice du déséquilibre significatif et préventive d'un dommage potentiel et futur pour les parties au contrat et/ou l'ordre public économique, elle peut être, en outre, dissuasive à l'égard de l'auteur des pratiques. Néanmoins, elle pourrait être coûteuse pour les parties et la société du fait de sa mise en œuvre et de ses effets. Si le juge prononce la cessation des pratiques pour l'avenir, il appartiendra ensuite au demandeur, et le cas échéant au juge, de vérifier que cette mesure est bien respectée. Par exemple, lorsque l'action est intentée par l'autorité publique, cette dernière pourrait être amenée à enquêter, aux frais de la société, pour vérifier la cessation des pratiques, à défaut elle pourra, seule, enjoindre cette cessation, conformément aux compétences dévolues par le Code de commerce, ou bien saisir de nouveau

²⁰⁹⁸ CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187.

²⁰⁹⁹ Cass. com., 3 mars 2015, n°14-10.907 : face aux prétentions des parties selon lesquelles « il est défendu aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ; que, saisie par la société Provera d'un moyen d'irrecevabilité de l'action engagée par le ministre de l'économie, car celle-ci visait à l'interdiction pour l'avenir de deux clauses dans des contrats futurs à conclure par la société Provera, dont les juges comme les parties au litige ignoraient le futur contenu précis et l'environnement économique à venir, contraignait le juge à statuer *in abstracto* ». La Cour de cassation a répondu « qu'ayant relevé que l'action introduite par le ministre se fondait sur des clauses précises issues de contrats conclus entre distributeur et fournisseurs, reprises chaque année, et sur le déséquilibre, identifié, qui en résultait, la cour d'appel a justement écarté le moyen tiré de l'interdiction des arrêts de règlement ».

²¹⁰⁰ Conseil constit., décision n° 2011-126 QPC, 13 mai 2011, Société Système U Centrale nationale et autre : « 5. Considérant qu'en adoptant les dispositions contestées, le législateur a attribué à l'autorité publique un pouvoir d'agir pour faire cesser des pratiques restrictives de concurrence mentionnées au même article, [...] ; qu'ainsi, il a entendu réprimer ces pratiques, rétablir un équilibre des rapports entre partenaires commerciaux et prévenir la répétition de ces pratiques ; qu'en 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. ».

le juge pour forcer son respect. Ces coûts de mise en œuvre pourraient éventuellement être compensés par une mesure d'astreinte qui, une fois liquidée, serait versée au demandeur. Cette mesure peut également être coûteuse en raison de ses effets sur les parties et l'économie. À l'instar de la nullité et la restitution de l'avantage indu, la cessation des pratiques prononcée par le juge vient modifier l'équilibre contractuel, tel que souhaité par l'auteur des pratiques. Or, à la différence de la sanction de nullité, limitée aux contrats objets du litige, la cessation peut empêcher les pratiques litigieuses d'être reproduites à l'avenir. Conscient que certaines clauses, qui pouvaient s'avérer déterminantes de son consentement, ne pourront plus produire d'effets à l'avenir, il sera moins enclin à poursuivre ou accepter de signer certains contrats. Ce qui peut s'avérer coûteux pour l'autre partie au contrat, qui pourrait ne pas avoir souhaité une telle sanction, puisqu'elle peut être demandée par l'autorité publique indépendamment de son consentement. Par ailleurs, le retrait de ces clauses, dont l'objectif souhaité est l'équilibre contractuel, pourrait au contraire conduire à un déséquilibre. En effet, nous estimons que la conception de l'équilibre par le juge, sans tenir compte des contreparties économiques, n'est pas représentative de la réalité du monde des affaires. Tout comme pour la nullité ou la restitution des avantages indus, le risque de déséquilibre au profit de la victime, post-intervention du juge, est donc possible²¹⁰¹. Par ailleurs, l'auteur des pratiques sera également limité dans la détermination du contenu des contrats futurs puisque certaines clauses ne pourront plus être réintégréées. Ainsi, cette limitation va entraver l'activité des acteurs économiques et pourrait donc porter atteinte au bon fonctionnement de l'économie si elle empêche la signature de contrats efficaces économiquement. La cessation des pratiques pour l'avenir pourrait, également, conduire l'auteur des pratiques à contourner l'interdiction en agissant de manière opportuniste à travers l'introduction de clauses similaires et non identiques ou bien à s'avantager d'une autre manière à travers la création d'un nouveau déséquilibre contractuel, ce qui peut être plus coûteux tant pour l'autre partie que pour la société. Outre ces coûts, il convient également de s'interroger si cette sanction est nécessaire et proportionnée.

419. *Une sanction pouvant être non nécessaire et disproportionnée.* Si des clauses illicites, au détriment d'une partie et à l'avantage d'une autre, ont été détectées, il apparaît justifié de mettre fin à cette pratique pour faire cesser un dommage voire prévenir sa réalisation, à condition de le démontrer, et ce, d'autant plus lorsque l'ordre public économique est impacté. Certes, la nullité et la restitution des avantages indus sont des sanctions dont les effets sont plus nocifs pour les parties et l'économie, la cessation des pratiques, mesure correctrice et préventive d'un dommage, accompagnée d'une sanction punitive et réparatrice comme le prononcé de dommages et intérêts, voire d'une amende, pourrait s'avérer suffisantes. Néanmoins, pour limiter les coûts d'une telle sanction, la renégociation du contrat litigieux, encadrée par le juge²¹⁰², pourrait être une alternative pertinente²¹⁰³. L'auteur des pratiques pourrait consentir à

²¹⁰¹ E. GICQUIAUD, « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », *RTD com.*, 2014. p. 267.

²¹⁰² Ref. th. §27 et s. sur les MARC, not. Code proc. civ., art. 128 : « Les parties peuvent se concilier, d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge, tout au long de l'instance » ; art. 1528 : « Les parties à un différend peuvent, à leur initiative et dans les conditions prévues par le présent livre, tenter de le résoudre de façon amiable avec l'assistance d'un médiateur, d'un conciliateur de justice ou, dans le cadre d'une procédure participative, de leurs avocats. ».

²¹⁰³ E. MOUIAL BASSILANA, « Fasc. 730 : Le déséquilibre significatif . – Article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », *JurisClasseur Concurrence – Consommation*, 7 juillet 2015, §86 : « Les contrats de

modifier les pratiques illicites ou bien, si ces clauses sont essentielles pour lui, il pourra prévoir un nouvel avantage au profit de la victime venant compenser le déséquilibre résultant de ces clauses. En parvenant à un compromis entre les parties, le juge pourrait protéger l'utilité du contrat et ainsi, le bon fonctionnement de l'économie. La renégociation peut également être mise en œuvre lorsque l'action a été intentée par l'autorité publique. Elle devrait donc informer les parties victimes de sa volonté de faire cesser ces pratiques. Leur consentement peut ne pas être exigé puisqu'il n'existe pas d'effets rétroactifs mais plutôt la modification pour l'avenir d'un contrat. L'auteur des pratiques pourra donc procéder à la modification des contrats litigieux, qui sont bien souvent des contrats-types, en présence de l'autorité publique et sous l'encadrement du juge.

Par ailleurs, le juge commercial peut interdire l'introduction des clauses illicites dans les contrats futurs, sans qu'elles soient nécessairement abusives par nature comme le seraient des clauses dites « noires », et sans exiger qu'il s'agisse de conventions identiques entre le professionnel sanctionné et ses partenaires. Le juge présume donc d'une pratique de déséquilibre significatif dans les contrats futurs, qu'il convient d'éviter en supprimant automatiquement ces clauses. Les seules limites posées en l'espèce, par les juges, semblent être l'existence de clauses précises, reprises chaque année, depuis plusieurs années, sans qu'elles n'aient fait l'objet d'aucune modification. Or, le juge ne tient pas compte du fait que l'équilibre des contrats futurs puisse être différent du contrat initial, objet du litige, puisque leur contenu n'est pas encore déterminé. Néanmoins, comme le retient la limite posée par le Code de la consommation, des contrats identiques, à celui qui a fait l'objet d'une sanction, peuvent être signés à l'avenir entre le professionnel et ses partenaires. Il s'agit notamment des contrats-types reproduits, chaque année, sans modification²¹⁰⁴, et qui constituent des contrats d'adhésion lorsque l'autre partie n'est pas en mesure de les négocier²¹⁰⁵. Néanmoins, il n'est pas certain que le contexte entourant la conclusion de contrats futurs soit identique et notamment la certitude d'une soumission ou d'une tentative de soumission²¹⁰⁶. En effet, une clause

distribution se prêtent effectivement davantage à une renégociation, fût-elle imposée, qu'à une "police" des contrats par le juge à coup de nullité de clauses. ».

²¹⁰⁴ Cass. com., 3 mars 2015, n°13-27.525 : « Attendu que la société Eurauchan fait grief à l'arrêt de déclarer recevable et bien fondée l'action du ministre alors, selon le moyen, que, si le ministre chargé de l'économie peut, en application de l'article L. 442-6 III du code de commerce [...] ce texte ne lui confère aucune action, aucun droit d'agir, en dehors de tout contrat litigieux, aux fins d'obtenir préventivement la suppression de clauses estimées illicites dans un contrat type proposé à la négociation entre professionnels ; qu'en déclarant cependant recevable et en faisant droit à la demande du ministre tendant à ce qu'il soit enjoint au distributeur de ne pas réintroduire à l'avenir les clauses litigieuses [...], dans les contrats types conclus avec ses fournisseurs, la cour d'appel a ajouté aux dispositions de l'article L. 442-6 III du code de commerce, en violation de ce texte ; Mais attendu que l'article L. 442-6 du code de commerce, [...], dispose que le ministre peut demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation de pratiques illicites ; qu'ayant relevé que la demande de cessation des pratiques formée par ce dernier était fondée sur l'analyse de clauses des contrats commerciaux et annexes proposées à la négociation par la société Eurauchan, et mises en œuvre sans modification depuis 2009, la cour d'appel a fait l'exacte application de ce texte en déclarant la demande recevable en ce qu'elle visait la suppression pour l'avenir de telles clauses ; que le moyen n'est pas fondé. ».

²¹⁰⁵ CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221 ; CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323.

²¹⁰⁶ V. en ce s., A. LECOURT, « Le déséquilibre significatif : un instrument prétorien de régulation économique de la grande distribution », *Revue Lamy droit des affaires*, n°121, 1^{er} décembre 2016 : « Dès lors que l'appréciation du déséquilibre repose sur une appréciation globale du contrat, ainsi que nous l'avons indiqué, la rigueur impose que seules les mêmes clauses introduites dans le même contexte contractuel (i.e. Entourées des mêmes stipulations types...) ne puissent être supprimées. La tâche s'avère, on le voit,

sanctionnée dans une affaire peut ne pas l'être dans une autre, l'équilibre s'analysant de manière globale et *in concreto*, au cas par cas²¹⁰⁷. Il en est de même du critère de soumission ou tentative de soumission. En effet, tous les partenaires ne sont pas les mêmes et ne disposent pas du même pouvoir de négociation. Pourtant, la présomption de la pratique de déséquilibre significatif permettrait au juge d'exiger sa cessation dans des contrats pour lesquels aucune analyse concrète n'aura été faite. Rappelons qu'en matière commerciale, les rapports de force entre les parties, et partant l'existence d'une soumission ou tentative de soumission, sont susceptibles de varier d'un partenaire à l'autre et d'évoluer au fil des années. Par ailleurs, un contrat d'adhésion ne conduit pas automatiquement à l'établissement d'une soumission ou de sa tentative puisque la partie qui a signé pouvait ne pas être en position d'être soumise et avoir librement accepté le contrat non négocié. *A contrario*, le droit de la consommation prévoit un régime où il existe par nature un rapport de force déséquilibré entre consommateurs et professionnel. Ainsi, si les circonstances ne sont pas strictement identiques (au regard du contexte et du contenu contractuel), il s'agit, selon nous, d'une présomption de pratique de déséquilibre significatif pour l'avenir. Or, la jurisprudence a bien montré ces dernières années que la présomption de soumission, dans certains secteurs où les rapports de force sont réputés déséquilibrés, pouvait être insuffisante lorsqu'elle n'était pas corroborée par une soumission effective lors des négociations. Pourtant, la jurisprudence tend, une nouvelle fois, à formuler une présomption de pratique de déséquilibre significatif, sans que les deux critères de preuve ne soient concrètement démontrés. Elle admet, elle-même, que les contrats futurs sont bien d'autres contrats, c'est pourquoi il n'est nullement nécessaire d'informer les parties au contrat litigieux de la cessation des pratiques pour l'avenir²¹⁰⁸. Le juge s'immisce encore plus dans l'équilibre des relations commerciales en prévenant un dommage qui pourrait ne jamais exister. Ainsi, retenons que « *l'appréciation in concreto de la relation cède devant la mise en œuvre d'une police administrative préventive des contrats, rendue possible par la décision judiciaire* »²¹⁰⁹.

Certes cette volonté permettrait de prévenir d'éventuels dommages, et donc un coût social, elle risque néanmoins d'être coûteuse car disproportionnée et non nécessaire lorsque aucune

compliquée. mais l'intention de la cour demeure quant à la portée et à la vision qu'elle dégage de l'article L. 442-6, I, 2o, du code de commerce. » M. BEHAR-TOUCHAIS, « Premières décisions de la Cour de cassation sur le déséquilibre significatif », *RDC*, 2015, p. 523 : « L'application de cette obligation de suppression va être bien délicate. Dans la mesure où on va le voir plus loin l'appréciation va être globale, seules les mêmes clauses dans le même contexte et entourées des mêmes autres clauses devraient être supprimées ! ».

²¹⁰⁷ Atelier DGCCRF : « L'équilibre contractuel, pour quoi faire ? », 6 novembre 2014, interv. Irène Luc, pt. 1h49, dispo. en ligne sur le site : <https://www.teraconsultants.fr>. Elle prend notamment l'exemple d'un arrêt du 4 juillet 2013 sur une clause de retour d'inventaire sanctionnée pour déséquilibre et non rachetée par une autre clause, mais indique qu'une clause similaire a été admise dans un arrêt du 22 mai 2013, dans le secteur de la production de disque, car il existait notamment une contrepartie. C'est bien une analyse qui doit être effectuée au cas par cas au regard de l'économie générale du contrat et au regard de son contexte.

²¹⁰⁸ CA Paris, 18 décembre 2013, n°12/00150 et Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387 : « Que la seule constatation que des clauses insérées dans des contrats ayant été exécutés ou en cours sont illicites justifie que le ministre agisse, conformément à la loi qui lui en donne le pouvoir, aux seules fins d'en interdire la reprise pour l'avenir ; que le ministre n'intervient pas alors dans la sphère contractuelle ; qu'ainsi, sans qu'il puisse lui être reprocher de contrevenir à la décision du Conseil constitutionnel, il n'a pas à informer les fournisseurs de l'action qu'il introduit ou poursuit après avoir abandonné certaines de ses prétentions. ».

²¹⁰⁹ G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Déséquilibre significatif », *Répertoire de droit civil*, mai 2019 (actualisation : juillet 2021), §168.

pratique future n'aura été établie. Par ailleurs, cette sanction pourrait entrer en contradiction avec des droits constitutionnels, tel que la liberté d'entreprendre. Cette immixtion du juge dans les contrats pourrait porter atteinte à l'efficacité économique des relations contractuelles. Il pourrait aller au-delà de ce qui est nécessaire pour préserver l'ordre public économique et ce, au détriment de l'exigence d'interprétation restrictive des textes²¹¹⁰. Une analyse coûts-avantages pourrait tendre vers l'absence d'efficacité de la sanction de cessation des pratiques pour les contrats futurs dès lors qu'elle s'avère, certes dissuasive, mais trop coûteuse pour les parties et l'économie. Il nous apparaît nécessaire de parvenir à un compromis entre les droits de(s) victime(s), la préservation de l'ordre public économique et les droits de l'auteur de la pratique. Il convient donc d'encadrer cette mesure dès lors qu'elle s'applique à des contrats futurs.

420. *Une sanction devant être plus efficace.* Tout d'abord, nous estimons non nécessaire de limiter cette mesure à des clauses « noires », jugées automatiquement abusives, car elles ne sont pas listées par le Code de commerce. Par ailleurs, il existe déjà des lois prévoyant l'interdiction de mettre en place certaines pratiques, telles que les cas de nullités prévus par la loi et la réglementation en matière de délais de paiement. Doit-on limiter ces mesures aux contrats identiques, conclus par l'auteur des pratiques avec ses partenaires, à l'instar du droit de la consommation ? Il convient de distinguer lorsque cette mesure est demandée par l'autre partie au contrat ou par l'autorité publique. Lorsque cette mesure est demandée par l'autre partie au contrat, jugée victime, le juge pourrait exiger la cessation des pratiques illicites dans les contrats futurs identiques à celui litigieux et conclus avec ce même partenaire dès lors qu'il n'a pas pu négocier de manière effective. Il nous apparaît justifié de protéger la partie victime de cette pratique à l'avenir. En effet, aussitôt que le contrat litigieux a pris fin, l'auteur des pratiques pourrait ne pas être suffisamment dissuadé de réitérer la pratique illicite. Quant à la demande de cessation des pratiques pour l'avenir formulée par l'autorité publique, afin de protéger l'ordre public économique, nous estimons que cette demande, si elle peut être justifiée sur le fond, doit également être encadrée. Tout d'abord, nous recommandons, là encore, que l'autorité publique démontre une atteinte à l'ordre public économique et l'utilité d'une telle sanction pour réparer ou prévenir cette atteinte pour l'avenir. En effet, l'autorité publique agit bien souvent à l'encontre de contrats, appliqués à de nombreux partenaires commerciaux, car ces clauses illicites, présentes dans plusieurs contrats, peuvent cumulativement porter atteinte au bon fonctionnement de l'économie²¹¹¹. Ne pas prévenir un dommage futur, alors qu'il existe un risque important que ces pratiques soient reproduites à l'avenir, serait coûteux pour la société. Ainsi, conformément aux préconisations des juges, nous recommandons de limiter ces mesures aux clauses reprises chaque année, depuis plusieurs années, sans modification, y compris lorsqu'elles ont été supprimées récemment. Nous recommandons, également, d'appliquer ces mesures aux contrats identiques à ceux ayant fait l'objet du procès, ce qui renvoie en pratique aux contrats-types et permet de s'assurer que le contenu contractuel futur sera similaire à celui analysé par le juge. Ces contrats futurs doivent

²¹¹⁰ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Premières décisions de la Cour de cassation sur le déséquilibre significatif », *RDC*, 2015, p. 523.

²¹¹¹ Pour l'admission d'un impact cumulatif, v. CA Paris, 7 juin 2017, n°15/24846, et pour un dommage à l'économie, v. CA Paris, 28 juin 2023, n°21/16174.

avoir fait l'objet d'aucune négociation possible, ce qui renvoie en pratique aux contrats d'adhésion et permet de s'assurer qu'une soumission ou sa tentative sont fortement probables. En effet, il existe toujours un risque d'erreur qu'une telle mesure s'applique à un contrat futur, pour lequel aucune pratique n'aurait été constatée, mais nous estimons que l'ensemble de ces critères permet de limiter, de manière effective, un tel risque. En ce sens, cette sanction pourrait être plus proportionnée. Or, afin de s'assurer que des comportements opportunistes de l'auteur des pratiques ne soient pas mis en œuvre à l'avenir pour contourner cette mesure, les autres sanctions prononcées par le juge doivent être suffisamment dissuasives, nous pensons notamment au prononcé de l'amende ou à une mesure d'astreinte. Par ailleurs, pour rendre cette mesure effective, il apparaît également nécessaire, à l'instar du droit de la consommation, de procéder à une publicité suffisante, aux frais du condamné, pour s'assurer que les futurs partenaires soient bien informés.

421. *Conclusion.* La sanction de cessation des pratiques bénéficie de plusieurs avantages. Il s'agit d'une mesure corrective du déséquilibre significatif et préventive d'un dommage potentiel et futur pour l'autre partie au contrat et/ou l'ordre public économique, elle peut être, en outre, dissuasive. Néanmoins, elle pourrait être coûteuse pour les parties et la société du fait de sa mise en œuvre et de ses effets. En effet, le prononcé et le contrôle de cette mesure en pratique, par les parties au litige et notamment l'autorité publique puis le cas échéant, par le juge constitue un coût. Cette mesure peut également être coûteuse en raison de ses effets sur les parties et l'économie, notamment du fait de la réaction de la partie condamnée. Or, si une pratique de déséquilibre significatif a été détectée, il apparaît justifié de mettre fin à cette pratique pour faire cesser un dommage, voire prévenir sa réalisation. Toutefois, pour préserver l'utilité pour les parties des contrats en cours, nous avons également préconisé la renégociation du contrat litigieux, encadrée par le juge, y compris lorsque l'action est intentée par l'autorité publique. Cette dernière doit donc informer les parties jugées victimes de sa volonté de faire cesser ces pratiques. L'auteur pourrait consentir à modifier les pratiques illicites ou bien, si ces clauses sont essentielles pour lui, il pourra prévoir un nouvel avantage au profit de la victime, venant compenser le déséquilibre résultant de ces clauses. Nous avons également préconisé d'encadrer la mesure de cessation des pratiques pour les contrats futurs. Ainsi, si les circonstances ne sont pas strictement identiques à l'objet du litige (au regard du contexte et du contenu contractuel), il s'agit, selon nous, uniquement d'une présomption de pratique de déséquilibre significatif pour l'avenir. Certes, cette mesure entend prévenir d'éventuels dommages, et donc un coût social, elle risque néanmoins d'être disproportionnée et non nécessaire lorsque aucune pratique future n'aura été établie. Ainsi, lorsque cette mesure est demandée par l'autre partie au contrat, jugée victime, nous préconisons que le juge puisse exiger la cessation des pratiques illicites dans les contrats futurs identiques à celui litigieux et conclus avec ce même partenaire, dès lors qu'il n'a pas pu négocier de manière effective. Quant à la demande de cessation des pratiques pour l'avenir formulée par l'autorité publique, au profit de plusieurs partenaires de l'auteur, nous recommandons, là encore, qu'elle démontre une atteinte à l'ordre public économique et l'utilité d'une telle sanction pour réparer ou prévenir cette atteinte pour l'avenir. Conformément aux préconisations des juges, nous recommandons également de limiter ces mesures aux clauses reprises chaque année, depuis plusieurs années, sans modification, y compris lorsqu'elles ont été supprimées récemment. Enfin, nous

recommandons d'appliquer ces mesures aux contrats identiques à ceux ayant fait l'objet du procès, ce qui renvoie en pratique aux contrats-types et permet de s'assurer que le contenu contractuel futur sera similaire à celui analysé par le juge. Ces contrats futurs doivent avoir fait l'objet d'aucune négociation possible, ce qui renvoie en pratique aux contrats d'adhésion et permet de s'assurer qu'une soumission ou sa tentative sont fortement probables. En ce sens, cette sanction pourrait être plus proportionnée car elle limite le risque d'erreur. Afin de s'assurer que des comportements opportunistes de l'auteur des pratiques ne soient pas mis en œuvre à l'avenir pour contourner cette mesure, les autres sanctions prononcées par le juge doivent être suffisamment dissuasives, nous pensons notamment au prononcé de l'amende ou à une mesure d'astreinte. Par ailleurs, pour rendre cette mesure effective, il apparaît également nécessaire, à l'instar du droit de la consommation, de procéder à une publicité suffisante de cette mesure, aux frais du condamné, pour s'assurer que les futurs partenaires soient bien informés.

C. L'objectif de réparation du préjudice

422. *L'objectif de réparation du préjudice.* Tout d'abord, nous aborderons l'analyse de l'efficacité de la réparation du préjudice par l'économie (a). Ensuite, nous verrons la sanction de réparation du préjudice par l'analyse juridique (b). Ces analyses nous permettront de fournir des pistes d'amélioration de l'analyse judiciaire en matière de réparation du préjudice (c).

a) *L'analyse de l'efficacité de la réparation du préjudice par l'Économie*

423. *L'analyse de l'efficacité de la réparation du préjudice par l'économie.* Les économistes préconisent de procéder à une réparation lorsqu'il existe un coût social (i). Ils estiment également que la responsabilité civile est un mécanisme de sanction efficace à condition d'être effective, ce qui peut conduire à admettre les actions collectives (ii). Enfin, le montant des dommages et intérêts peut poursuivre différents objectifs : être réparateur, dissuasif et préventif (iii).

i. *L'analyse économique préconise de procéder à une réparation lorsque la société a supporté un coût*

424. *L'analyse économique préconise de procéder à une réparation lorsque la société a supporté un coût.* Il apparaît qu'en économie, « la question de la définition du dommage juridiquement réparable n'apparaît pas centrale. D'un point de vue économique, la notion d'externalité semble bien plus pertinente » et « sous l'angle de la science économique, [...] la notion de préjudice économique « pur » n'est pas mise en avant. »²¹¹². L'externalité traduit le fait que l'activité de production ou de consommation d'un agent affecte le bien-être d'un autre agent, sans qu'aucun des deux ne reçoit ou paie une compensation pour cet effet. L'analyse économique appréhende donc la notion d'externalité sous l'angle des effets d'une activité. Elle peut être positive si elle conduit à une satisfaction gratuite pour autrui ou bien négative si elle

²¹¹² J. TRAUILLÉ, « La réparation du préjudice économique pur en question », *RTD civ.*, 2018, p. 285.

est défavorable au bien-être d'autrui, ce qui peut traduire un dommage au sens juridique. L'analyse économique retient qu'un « *dommage (quel qu'il soit, donc même un dommage « purement » économique) doit être intégralement compensé dès lors que la société n'en retire aucun bénéfice* »²¹¹³. Ainsi, l'analyse économique ne se limite pas aux effets néfastes que peut avoir un comportement délictuel à l'égard d'un partenaire mais appréhende ce comportement dans ses effets à l'égard de l'ensemble de la société. La perte est dite privée lorsqu'elle se limite à la victime directe et sociale lorsqu'elle s'étend à des victimes indirectes comme les consommateurs ou les concurrents. Lorsque le comportement d'un agent économique cause une perte égale au gain qu'il retire, la perte est uniquement privée. Il y a seulement transfert de valeur de la victime à l'auteur de la pratique illicite, sans qu'il n'y ait de coût à l'échelle de la société²¹¹⁴. Cette perte privée, simple transfert économique entre des parties, ne nécessiterait pas de réparation, en l'absence de coût social²¹¹⁵. Or, les pertes privées peuvent être nombreuses. Si la somme des pertes privées est supérieure au gain retiré par l'auteur du délit, un coût social apparaît²¹¹⁶. Lorsque la société subit un coût, il apparaît nécessaire de procéder à une réparation²¹¹⁷. Or, en cas d'absence totale de bénéfice pour la société, la réparation doit être intégrale. Les externalités positives des activités litigieuses, par exemple une baisse de prix au profit des consommateurs, doivent également être prises en compte. Ainsi, un distributeur obtient, par exemple, une remise importante de la part d'un fournisseur. Il y'a donc une perte privée du fournisseur égale au gain du distributeur. Il s'agit à ce stade d'un transfert économique. Néanmoins, cette situation peut conduire le fournisseur à augmenter, par la suite, ses prix pour compenser sa perte (son dommage), auprès d'un autre distributeur moins puissant, qui devra se soumettre à cette hausse, les pertes privées cumulées (du fournisseur et du second distributeur) seront alors plus importantes. Néanmoins, si le distributeur initial décide d'utiliser le gain obtenu auprès du fournisseur, au profit des consommateurs, en proposant les produits à un prix minoré, ces derniers bénéficient d'une externalité positive. *In fine*, le coût social est réduit, voire annulé, si les pertes privées (du fournisseur et du second distributeur) sont égales aux gains obtenus (par le distributeur et les consommateurs). En l'absence de coût social, nul besoin de procéder à une compensation. Ainsi, la responsabilité civile peut être présentée comme un mécanisme d'incitations, qui peut amener l'entreprise à internaliser les externalités négatives de ses activités.

ii. La responsabilité civile est un mécanisme de sanction efficace à condition d'être effective, ce qui peut conduire à admettre les actions collectives

425. *La responsabilité civile est un mécanisme de sanction efficace à condition d'être effective.* Les économistes se sont interrogés sur les différents modes de responsabilité et les

²¹¹³ J. TRAUILLÉ, « La réparation du préjudice... », *ibid.*, p. 285.

²¹¹⁴ J. TRAUILLÉ, « La réparation du préjudice... », *ibid.*, p. 285.

²¹¹⁵ J. TRAUILLÉ, « La réparation du préjudice... », *ibid.*, p. 285 : « La perte est privée, non pas sociale. Sous l'angle économique, elle n'a pas vocation à être compensée. »

²¹¹⁶ J. TRAUILLÉ, « La réparation du préjudice... », *ibid.*, p. 285 ; W. BISHOP, *Economic loss in tort*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1982, vol. 2, issue 1, p. 1 ; F. PARISI, « Liability for pure financial loss : revisiting the economic foundations of a legal doctrine », in *M. Bussani et V. V. Palmer (dir.), Pure economic loss in Europe*, Cambridge University Press, 2003, p. 75, spéc. p. 84-85.

²¹¹⁷ J. TRAUILLÉ, « La réparation du préjudice... », *ibid.*, p. 285, §5.

coûts qu'ils représentent. En ce sens, les Professeurs B. DEFFAINS et S. FERÉY notent que la responsabilité pour faute requiert plus d'informations que la responsabilité sans faute pour conduire à l'optimum²¹¹⁸. Le juge doit pouvoir fixer la norme de comportement *ex post* au niveau de précaution optimal permettant d'éviter le coût des accidents. En droit de la concurrence, marqué par une responsabilité pour faute, les économistes admettent, en particulier en matière de cartel, que les actions civiles et la réparation des dommages causés constituent des outils efficaces²¹¹⁹. Les actions civiles en réparation pourraient compenser efficacement la faiblesse des amendes prononcées puisqu'elles renforceraient la portée dissuasive de la sanction. En cumulant ces sanctions on pourrait se rapprocher du niveau de sanction optimal²¹²⁰, bien que le mécanisme public devrait suffire, en principe, pour atteindre l'optimum. Or, il apparaît que l'amende revêt une dimension punitive qui ne permet pas de respecter la finalité essentiellement réparatrice de la responsabilité civile²¹²¹. En effet, si l'amende ne représente qu'une partie du surprofit total réalisé par l'entreprise et ne représente donc pas l'intégralité du gain illicite, il apparaît judicieux de la compléter avec d'autres sanctions. Les économistes constatent également que les actions en responsabilité sont peu utilisées en droit de la concurrence, en raison notamment des coûts de transaction²¹²². En effet, contrairement au défendeur, la victime qui agit seule n'investit qu'à hauteur de ses bénéfices attendus. Plus le défendeur sera agressif et investira dans le procès, plus elle craindra une issue peu favorable. En économie du droit, il est généralement admis que l'aversion pour le risque influence négativement la probabilité d'aller devant le juge. Ainsi, il est regrettable d'instaurer un régime de responsabilité, au profit des acteurs économiques, sans rendre sa mise en œuvre effective devant le juge²¹²³. Or, l'existence d'actions collectives permet de rassembler des victimes, ayant subi un dommage mineur, pour entreprendre ensemble une action, s'il n'est pas rentable économiquement d'agir seul (en raison des coûts de procédure et de la faiblesse du gain espéré). Des économistes ont retenu que l'action de groupe permettrait de faire des économies de ressources judiciaires puisqu'elle permet d'éviter la duplication de l'appréciation des faits et l'analyse du droit [Deffains, Doriat-Duban et Langlais, 2008]. Ils ajoutent également qu'en répartissant les frais de justice entre les nombreux membres du groupe, l'action collective assurerait un meilleur accès à la justice, alors jugée trop coûteuse à titre individuel. Enfin, ils ajoutent que l'action de groupe serait efficace puisqu'elle permet aux auteurs de dommages de prendre conscience du préjudice qu'ils infligent ou qu'ils pourraient infliger à la société et les invite ainsi à modifier leur comportement. Ils rappellent, toutefois, que les actions collectives ont également des défauts puisqu'elles favorisent le risque de passager clandestin²¹²⁴. Les victimes, en droit de la concurrence, sont parfois très nombreuses dès lors qu'on ne se limite pas aux seules victimes directes. Les économistes se sont notamment interrogés sur la problématique du *passing on* qui signifie que la victime directe n'a pas subi de dommage

²¹¹⁸ B. DEFFAINS, S. FERÉY, « Vers une action en responsabilité civile en droit de la concurrence ? », *Revue d'économie industrielle* [En ligne], 131 | 3^e trimestre 2010, p. 61 et s.

²¹¹⁹ E. COMBE, « Quelles sanctions contre les cartels ? Une perspective économique », *Revue internationale de droit économique*, vol. xx,1, n° 1, 2006, p.11-46.

²¹²⁰ B. DEFFAINS, S. FERÉY, « Vers une action en responsabilité civile... », *ibid.*, p. 61 et s.

²¹²¹ B. DEFFAINS, « Analyse économique de la responsabilité civile », *Archives de philosophie du droit*, vol. 63, n° 1, 2021, p. 117-140.

²¹²² B. DEFFAINS, S. FERÉY, « Vers une action en responsabilité civile... », *ibid.*, p. 61 et s.

²¹²³ B. DEFFAINS, S. FERÉY, « Vers une action en responsabilité civile... », *ibid.*, p. 55 et s.

²¹²⁴ B. DEFFAINS, S. FERÉY, « Vers une action en responsabilité civile... », *ibid.*, p. 61 et s.

puisqu'elle a répercuté le désavantage sur ses propres clients en aval. Cette problématique complexifie l'analyse du juge civil car elle implique une étude poussée pouvant souffrir d'une insuffisance d'informations. Comme le rappelle le Professeur E. COMBE, reprenant LANDES et POSNER [1979], « au regard de l'efficacité économique, l'important est d'obtenir une compensation des victimes et non d'identifier précisément le partage des dommages entre les victimes directes et indirectes »²¹²⁵.

iii. Le montant des dommages et intérêts peut poursuivre différents objectifs : réparateur, dissuasif et préventif

426. *La détermination efficace des dommages et intérêts d'après l'analyse économique.* D'après le Professeur L. VISSCHER, la fixation du montant des dommages-intérêts doit tenir compte des éléments suivants²¹²⁶ : la probabilité pour l'auteur de voir sa responsabilité retenue est inférieure à 100% ; le préjudice qu'il cause à la victime est souvent sous-estimé ; son enrichissement implique des coûts inacceptables pour la société ; il peut volontairement faire supporter une partie de ces coûts par la victime. Il en déduit que les dommages-intérêts devraient conduire à réparer intégralement le préjudice de la victime et être suffisamment dissuasifs pour inciter l'auteur des pratiques illicites à prendre la précaution optimale ; et ce, malgré les coûts que cela peut représenter pour la société, coûts pouvant être annulés au regard des bénéfices finalement retirés du fait de la réduction des accidents²¹²⁷. Toutefois, il met en garde contre le risque d'un comportement irresponsable de la victime, ce qui pourrait conduire à une réparation excessive de son dommage. Or, le Professeur B. DEFFAINS retient que les victimes qui ont décidé d'aller en justice contribuent à améliorer le bien-être collectif, ainsi il pourrait être admis que le versement obtenu par ces dernières, en plus de la réparation de leur préjudice, constitue une juste compensation pour leur contribution à l'intérêt général²¹²⁸. Le Professeur L. VISSCHER s'est notamment interrogé sur l'utilité des dommages et intérêts punitifs et en particulier l'intérêt de les fixer en fonction des pertes subies par la victime ou bien des profits réalisés par l'auteur des pratiques²¹²⁹. Il en déduit que si l'objectif est d'inciter l'auteur potentiel des pratiques à mettre en œuvre le niveau optimal de précaution, alors il convient d'internaliser les pertes de la victime. Or, s'il s'agit plutôt d'un objectif de prévention des dommages causés par l'auteur des pratiques, en le dissuadant de les réaliser, il convient de s'assurer que les profits obtenus soient bien confisqués. Enfin, les dommages et intérêts punitifs sont jugés attractifs pour les victimes et pourraient ainsi accroître

²¹²⁵ E. COMBE, « Quelles sanctions contre les cartels ?... », *ibid.*, p. 11-46, §38.

²¹²⁶ F.S. GIAOUI, *Indemnisation du préjudice économique en cas d'inexécution contractuelle : Étude comparative en Common Law américaine, droit civil français et droit commercial international, Application aux avant-contrats, atteintes à la réputation commerciale et activités sans base établie*, Th. droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 7 septembre 2018, p. 82 et s.

²¹²⁷ F.S. GIAOUI, *Indemnisation du préjudice économique...* », *ibid.*, p. 82 et s. : « Louis Visscher conclut que “la précaution est optimale lorsque le coût marginal d'une précaution accrue égal le bénéfice marginal, à savoir l'économie attendue (pour la Société) d'une baisse des accidents”. ».

²¹²⁸ Dommages et intérêts punitifs : B. DEFFAINS, « Analyse économique de la responsabilité civile », *Archives de philosophie du droit*, vol. 63, n°1, 2021, p. 117-140.

²¹²⁹ F.S. GIAOUI, *Indemnisation du préjudice économique...*, *ibid.*, p. 82 et s.

les actions civiles. Cette solution pourrait néanmoins être mise de côté au profit des avantages d'une action de groupe, ayant une portée réparatrice et dissuasive²¹³⁰.

b) La sanction de réparation du préjudice causé par l'analyse juridique

427. *La sanction de réparation du préjudice causé par l'analyse juridique.* Tout d'abord, nous verrons qu'il convient d'encadrer la réparation du préjudice causé en matière de déséquilibre significatif (i). Ensuite, nous aborderons le rejet de la sanction de réparation du préjudice à la demande de l'autorité publique (ii). Enfin, nous retiendrons une détermination juridique souple, mais encadrée, du montant des dommages et intérêts (iii).

i. L'encadrement de la réparation du préjudice causé en matière de déséquilibre significatif

428. *La responsabilité civile en matière de déséquilibre significatif, une mesure encadrée.* Le préjudice est la reconnaissance juridique d'un dommage. Il s'agit de la sanction principale en matière de responsabilité civile puisqu'il indique la mesure de ce qui doit être réparé. Il s'agit de répondre d'un acte qui a causé un dommage à autrui et d'en assumer les conséquences²¹³¹. Il s'agit de la condition *sine qua non* d'une certaine liberté dans l'exercice d'une activité économique²¹³². On parle alors de préjudice réparable. L'article L.442-1, I du Code de commerce est très clair à ce sujet : « *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait : [...] De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties [...]* ». Il s'agit de démontrer : une faute, un préjudice et un lien de causalité entre les deux. L'action en matière de déséquilibre significatif est une action de nature délictuelle et extracontractuelle²¹³³. Elle exige un comportement fautif, soit la démonstration d'une soumission ou tentative de soumission à un déséquilibre significatif, il s'agit donc d'une responsabilité subjective²¹³⁴. Cette démonstration repose sur le demandeur, à charge pour le défendeur de démontrer en être libéré²¹³⁵. De telles exigences apportent une certaine limitation aux pouvoirs du juge permettant d'éviter d'étendre excessivement les préjudices réparables. Or, en l'absence de précisions apportées par la loi pour encadrer l'étendue de la responsabilité civile en la matière, il appartient au juge de déterminer ce qui relève ou non d'un préjudice réparable au regard des éléments apportés par les parties. Rappelons que le dommage doit être personnel,

²¹³⁰ G. ZAMBRANO, *L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions au droit de la concurrence : Étude du contentieux français devant le Tribunal de Commerce de Paris*, th. droit, Université de Montpellier 1, 2012, p. 349.

²¹³¹ O. DESCAMPS, « Chapitre 1. Histoire du droit de la responsabilité dans le monde occidental », Alain Supiot éd., *Prendre la responsabilité au sérieux*, Presses Universitaires de France, 2015, p. 37-54.

²¹³² V. not. : P. LE TOURNEAU, « Les fondements de la responsabilité civile et son évolution », Philippe Le Tourneau éd., *La responsabilité civile*, Presses Universitaires de France, 2003, p. 9-28.

²¹³³ Par ex. CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784 ; CA Paris, 31 janvier 2020, n°18/01599.

²¹³⁴ P. LE TOURNEAU, « Responsabilité : généralités », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mai 2009 (actualisation : janvier 2020), C - Extension de la place de la faute (134 - 143).

²¹³⁵ Code com., art. L.442-6, III, al. 2 ancien et circulaire du 8 décembre 2005 relative aux relations commerciales, point. 5.6, Code civ., art. 1353.

certain, direct, voire légitime pour être indemnisé²¹³⁶. Plusieurs points sont primordiaux pour évaluer un préjudice : la définition, le choix des méthodes et la mesure²¹³⁷. Le juge doit quantifier le préjudice et ne pas statuer « *ultra petita* », il ne doit pas accorder plus que ce qui lui est demandé. La réparation se traduit notamment par une indemnisation, soit une somme d'argent destinée à réparer un préjudice (aussi appelée dommages et intérêts).

Or, le nouvel article L.442-4 du Code de commerce autorise toute personne justifiant d'un intérêt à demander la réparation du préjudice subi et la cessation des pratiques, ce qui laisse sous-entendre que cette possibilité est également offerte à la victime par ricochet²¹³⁸. Ainsi, en matière de déséquilibre significatif, il pourrait s'agir d'un consommateur, d'un autre partenaire, d'un concurrent, d'une filiale ou société mère, qui subirait un préjudice indirect. Néanmoins, ces acteurs sont confrontés à une difficulté pratique s'ils agissent sur le fondement de l'article L.442-1, I, 2° du Code de commerce car il apparaît difficile de prouver le déséquilibre d'un contrat auquel ils ne sont pas parties²¹³⁹. Ils pourraient, toutefois, se prévaloir d'une décision déjà rendue prononçant l'existence d'un déséquilibre significatif. En effet, en l'absence de victime directe, il apparaît peu probable de retenir l'existence d'une victime par ricochet. *In fine*, l'ouverture de cette action à toute personne justifiant d'un intérêt entend renforcer l'effet dissuasif de la sanction mais leur mise en œuvre en pratique, qui reste à préciser, vient en limiter l'effet.

Enfin, il apparaît, en pratique, que les juges admettent rarement le prononcé de dommages et intérêts, d'une part car les actions intentées par l'acteur économique conduisent rarement à une

²¹³⁶ Y. QUISTREBERT, « Art. 1240 à 1245-17 - Fasc. 101 : DROIT À RÉPARATION. – Conditions de la responsabilité délictuelle. – Le dommage : caractères du dommage réparable », *JurisClasseur Civil Code*, Première publication : 2 septembre 2020, dernière mise à jour : 1^{er} juin 2023, points clés.

²¹³⁷ M. NUSSENBAUM, « Les aspects théoriques de la réparation du préjudice économique : Réparation intégrale et typologie des préjudices », cycle de conférences 2006-2007, *Risques, assurances, responsabilités, Les limites de la réparation, La réparation du préjudice économique*, jeudi 26 avril 2007, Cour de cassation.

²¹³⁸ Par ex. en matière d'entente, la victime par ricochet pourrait demander l'octroi de dommages et intérêts en réparation de son préjudice ; v. M. NUSSENBAUM, « L'impact, à travers la jurisprudence de la directive 2014/104/UE et de sa transposition (décret 2017/305), sur la réparation des préjudices privés », *Contrats Concurrence Consommation* n° 1, janvier 2021, §4.

²¹³⁹ Par ex., en matière de rupture brutale : Lamy droit économique, sous la direction de M. CHAGNY, §3265, La victime par ricochet des pratiques restrictives de concurrence, consulté en novembre 2020 : « L'ancien article L. 442-6, I, 1° et 2° n'était pas applicable entre un réparateur et un assureur intervenant comme tiers payeur (Cass. com., 31 janv. 2018, no 16-24.063, *RTD com.* 2018 p. 635, Chagny) et dans un autre domaine, [...] (Cass. com., 18 mars 2020, no 18-20.256). Conformément à cette jurisprudence, le tiers ayant subi un préjudice du fait d'une rupture brutale des relations commerciales établies qui ne le concerne pas directement peut agir contre l'auteur de cette rupture brutale mais son action est fondée sur le droit commun de la responsabilité civile délictuelle et non pas sur les dispositions spécifiques relatives à la responsabilité civile délictuelle du fait d'une pratique restrictive de concurrence telle que la rupture brutale des relations commerciales établies. La distinction, bien que logique, est délicate à appliquer car il convient de caractériser la faute en se référant aux textes spécifiques à la pratique prohibée mais de s'en éloigner pour évaluer le préjudice réparable du tiers ; les principes de réparation spécifiquement prévus en cas de rupture brutale des relations commerciales étant réservés à la partie qui a été directement victime de la pratique. ».

sanction²¹⁴⁰ et d'autre part, car l'autorité publique a rarement demandé une telle sanction au profit des victimes, cette demande ayant été contestée²¹⁴¹.

ii. Le rejet de la sanction de réparation du préjudice à la demande de l'autorité publique

429. *L'apparente suppression du pouvoir de l'autorité publique de demander la réparation des préjudices subis.* Le nouvel article L.442-4 du Code de commerce énonce clairement que toute personne justifiant d'un intérêt peut demander la réparation du préjudice subi²¹⁴². L'ancien article L.442-6, III, déclarait que lors de l'action engagée par le ministre chargé de l'Économie et le ministère public, la réparation des préjudices subis pouvait être demandée. Pour autant, rappelons que le ministre de l'Économie n'agit pas au nom de l'intérêt des parties, mais au nom de l'ordre public économique²¹⁴³. Il s'agit bien d'une action autonome qui n'empêche pas les victimes d'agir à leur tour. Le Conseil constitutionnel a, toutefois, déclaré que le Ministre devait informer les parties lorsqu'il entend demander la réparation du préjudice, ce qui signifie que les victimes sont bien concernées par cette demande²¹⁴⁴. L'intervention du Ministre se justifie également car les victimes peuvent être dissuadées d'agir en justice en raison des répercussions que pourrait avoir une telle action, de la complexité de l'action ou par peur des représailles²¹⁴⁵. Face à la vulnérabilité des victimes, l'action du Ministre apparaît comme un gage d'assurance que les auteurs des préjudices pourront être poursuivis et devront les

²¹⁴⁰ V. par opp. CA Paris, 19 janvier 2018, n°16/11167 cassé partiellement par Cass. com., 26 janvier 2022, n°20-10.897 ; CA Paris, 25 novembre 2020, n°19/00558.

²¹⁴¹ V. par opp. CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221 ; CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/00737 avec l'intervention des acteurs économiques à l'instance.

²¹⁴² Code com., art. L.442-4 modifié par l'ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019, art. 2.

²¹⁴³ M.D. HAGELSTEEN, *La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente*, rapport remis à Christine Lagarde, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi, Luc Chatel, secrétaire d'État chargé de la Consommation et du Tourisme, 12 février 2008, p. 32 ; Conseil constit., décision n°2011-126 QPC, 13 mai 2011, Société Système U Centrale nationale et autre : « 9. [...] ». Commentaire Décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, Société Système U Centrale nationale et autre (action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence) : « Le législateur a considéré que, outre les dommages individuels qui en résultent pour ces petites et moyennes entreprises, de telles pratiques, qui compromettent leur existence, sont néfastes pour l'économie en général, provoquent l'augmentation du coût des produits – les fournisseurs sont contraints non seulement de réduire leurs marges bénéficiaires mais d'imputer les sommes versées aux distributeurs dans leurs prix de vente –, ont une incidence négative sur les consommateurs et par répercussion sur le pouvoir d'achat. Le législateur s'est donc clairement fondé sur un impératif d'ordre public économique qui était en jeu en l'espèce. » CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784 (notons néanmoins la cassation de cet arrêt pour avoir admis le déséquilibre significatif par Cass. com., 8 juillet 2020, n°17-31.536) : « La circonstance que l'autorité qui poursuit la cessation des pratiques illicites puisse également faire constater la nullité des clauses ou contrats et demander la répétition de l'indu, n'est pas de nature à modifier le caractère de cette action, distincte, par son objet de défense de l'intérêt général, de celle que la victime peut elle-même engager pour la sauvegarde de ses droits propres et la réparation de son préjudice personnel. ».

²¹⁴⁴ Conseil constit., décision n°2011-126..., *ibid.* : « 9 ».

²¹⁴⁵ Ce qui justifiait notamment l'introduction de l'action en réparation des préjudices au profit de l'autorité publique à l'article L.442-6, III par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques ; P. REIS, « Ordre public économique et pouvoirs privés économiques : le droit de la concurrence cœur de l'ordre public économique », *Revue internationale de droit économique*, vol. t. xxxiii, n° 1, 2019, p. 11-22.

réparer²¹⁴⁶. Cette action a, néanmoins, fait l'objet de diverses critiques parmi lesquelles la capacité du Ministre à demander la réparation d'un préjudice découlant d'une relation à laquelle il n'est pas partie, notamment sa capacité à quantifier le préjudice des victimes en leur absence²¹⁴⁷. Or, le nouvel article L.442-4 ne prévoit pas une telle demande au profit de l'autorité publique, mais offre cette sanction à toute personne justifiant d'un intérêt. L'avenir nous permettra de déterminer comment les juges appréhendent cette possibilité.

iii. La détermination juridique souple, mais encadrée, du montant des dommages et intérêts

430. *L'assouplissement et l'encadrement du montant des dommages et intérêts prononcés.* Avant de prononcer la réparation du préjudice, encore faut-il déterminer ce qui constitue juridiquement un dommage réparable. On s'interroge, d'abord, sur la nature du préjudice subi. Il peut être purement économique dès lors qu'il est lié à une activité économique de production ou de service et atteint les intérêts économiques d'une victime, sans atteinte à la personne, ni à ses biens, ni consécutifs à une telle atteinte²¹⁴⁸. Le droit français semble favorable

²¹⁴⁶ E. BESSON, Rapport n°2327 fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan (1) sur le projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques (n° 2250), Assemblée nationale, le 6 avril 2000, T. I, examen des articles, art. 29 (article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986) : « L'actuel pouvoir d'action du ministre en matière de concurrence ne peut tendre qu'à la cessation des pratiques illicites et non à la réparation du préjudice subi par les victimes. Il ne peut donc pas se substituer à ces dernières pour demander l'évaluation du préjudice subi et en solliciter la réparation. [...] Pour répondre aux lacunes du dispositif actuel, le présent article vise à doter le ministre de l'économie et le ministère public des prérogatives juridiques nécessaires pour obtenir la réparation du préjudice subi - en l'absence de plaignant - et la nullité des clauses mentionnées au nouveau deuxième alinéa. » E. BESSON, Rapport n°2864 fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan (1), en nouvelle lecture, sur le projet de loi, modifié par le Sénat, relatif aux nouvelles régulations économiques (n° 2666), l'Assemblée nationale le 12 janvier 2001 : « Article 29 (article L. 442-6 du code de commerce) [...] le ministre ne peut plus demander au juge la réparation des préjudices subis, alors que l'Assemblée nationale a estimé que, compte tenu de la situation de faiblesse de certains fournisseurs, il s'agissait du seul moyen d'obtenir réparation dans de nombreux cas où le fournisseur est particulièrement vulnérable. ».

²¹⁴⁷ Projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques, Assemblée nationale, 3^e Séance du 27 avril 2000 : « M. Jean-Paul Charié. Je suis totalement opposé à ce que le juge soit amené à demander des dommages et intérêts en l'absence de la victime. Trois cas de figure : soit il ne le fait pas, parce qu'il ne peut pas de lui-même fixer les dommages et intérêts, soit il fait venir la victime mais celle-ci prétendra qu'il ne s'est rien passé et qu'elle ne réclame pas de dommages et intérêts soit personne n'osera utiliser cette procédure parce qu'elle aura de nombreux effets pervers compte tenu de la complexité pour le droit français de fixer des dommages et intérêts en l'absence de la victime. » ; P. MARINI, Rapport n° 5 (2000-2001) fait au nom de la commission des finances, Sénat, 4 octobre 2000 : « ARTICLE 29 [...] Cependant, autant il est légitime que les tribunaux puissent lui accorder, en tant que garant de l'ordre public économique, la cessation des pratiques abusives, l'annulation des contrats ou des clauses illicites, la répétition de l'indu ou le prononcé d'une amende civile, autant la réparation des préjudices subis, sous forme de dommages et intérêts, implique une action des parties lésées elles-mêmes et exclut que l'on puisse " plaider par procureur ". » ; Cass. com., 5 décembre 2000, n°98-17.705 : « Mais attendu [...] 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. » ; Y. UTZCHNEIDER, « L'accès au dossier d'enquête en cas d'action du ministre sur le fondement de l'article L. 442-6 du Code de commerce », *JCP E*, 2018, p. 1338.

²¹⁴⁸ J. TRAUILLÉ, « La réparation du préjudice économique pur en question », *RTD civ.*, 2018, p. 285 ; M. NUSSENBAUM, « La réparation du préjudice économique – Restitution publique à la Cour de cassation

à une protection des préjudices économiques purs, du moins en présence d'une faute²¹⁴⁹. Or, la détermination d'un dommage purement économique peut s'avérer délicate à mesurer en pratique. Il peut s'agir de la situation dans laquelle la victime se serait trouvée en l'absence du fait générateur du dommage, il s'agit d'un scénario contrefactuel en économie²¹⁵⁰. En effet, la Cour de cassation retient de manière constante que le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu²¹⁵¹. Il ne peut exister de certitude absolue pour calculer un tel préjudice, il convient donc de se rapprocher autant que possible d'un calcul fortement probable. Or, les juges semblent retenir une appréciation souple puisque, la perte de chance²¹⁵², le surcoût résultant du préjudice²¹⁵³, la perte éprouvée²¹⁵⁴ et le gain manqué²¹⁵⁵ semblent admis pour constituer un tel préjudice. Notons néanmoins, que l'étendue du préjudice économique pourrait être limitée pour ne pas accroître

-
- le 26 avril 2007 des travaux du groupe de travail animé par Maurice Nussenbaum – dans le cadre du Cycle de limite du préjudice », 2009, Dalloz.
- 2149 J. TRAUILLÉ, La réparation du préjudice... », *ibid.*, p. 285 : « L'accord, pour ne pas dire l'unanimité, paraît se faire autour du statu quo sur le terrain de la responsabilité pour faute. En présence d'une faute, la réparation des intérêts purement économiques ne saurait régresser. Les raisons avancées au soutien d'une solution aussi éloignée des droits étrangers et des projets européens qui consacrent une hiérarchisation des intérêts sont diverses : justice, morale, *ratio legis* et faculté d'adaptation de la responsabilité civile délictuelle sont ainsi invoquées. ».
- 2150 J. TRAUILLÉ, La réparation du préjudice... », *ibid.*, p. 285.
- 2151 S. PORCHY-SIMON, « Synthèse – Dommage », *JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances*, date de fraîcheur : 5 mai 2020, §21 à propos de Cass civ., 28 octobre 1954, *JCP*, 1955 II, 8765.
- 2152 La chambre criminelle de la Cour de cassation a énoncé avec force le principe de la réparation de la perte d'une chance : est un préjudice direct et certain « la disparition, par l'effet d'un délit, de la probabilité d'un événement favorable, encore que, par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine » (Cass. crim., 18 mars 1975, n°74-92.118). Pour plus de précisions, C. BLOCH, « Chapitre 2123 - Caractères du préjudice », *Œuvre collective sous la direction de Philippe Le Tourneau*, 2023/24, § 2 - Application du principe de certitude : la perte d'une chance.
- 2153 CA Paris, 19 janvier 2018, n°16/11167.
- 2154 V. par ex. : CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221 : « Sur le préjudice subi par la société Sofoc du fait du déséquilibre significatif : L'application des clauses litigieuses par la société Sofoc lui a nécessairement causé un préjudice commercial. En effet, le respect de taux de service élevés est coûteux pour une entreprise. Par ailleurs, la clause de garantie de rotation de stock a nécessairement engendré un besoin de trésorerie. Compte tenu de ces éléments, il convient de condamner les sociétés Bricorama, in solidum à lui payer la somme de 80 000 euros à titre de dommages intérêts. » CA Paris, 25 novembre 2020, n°19/00558 : « Dire et juger que les clauses figurant aux contrats cadres signés entre Isocalor Énergie et Dalkia en 2012 et en 2015, faisant bénéficier la société Dalkia, rétroactivement, de remises exigées en règlement chaque année de la part d'Isocalor Énergie à son profit ont créé un déséquilibre significatif ; Condamner en conséquence la société Dalkia à payer à la société Isocalor Énergie, en remboursement desdites remises (RCFA) la somme de 348 445,53 € HT €. ».
- 2155 CA Paris, 19 janvier 2018, n°16/11167 : « Si, comme l'a relevé le tribunal, la société PIXTEL ne rapporte pas la preuve qu'en l'absence de la pratique dénoncée, elle aurait obtenu la totalité de sa demande d'espaces souhaités, il n'en demeure pas moins qu'en l'ayant soumise à un déséquilibre significatif, la société TF1 a privé la société PIXTEL d'une chance d'obtenir un nombre plus grand d'espaces publicitaires souhaités et corrélativement du chiffre d'affaires supplémentaire correspondant qui en serait résulté, étant rappelé que l'indemnisation d'une perte de chance n'est jamais égale au produit escompté si la chance s'était réalisée et qu'en l'espèce, en fonction des éléments disponibles dans le dossier, il convient d'évaluer forfaitairement le préjudice résultant de ladite perte de chance à hauteur de la somme de 150.000 euros. » Cassé par Cass. com., 26 janvier 2022, n°20-10.897 : « En statuant ainsi, alors qu'il incombait au régisseur de prouver qu'il ne pouvait pas attribuer à l'annonceur l'ensemble des espaces publicitaires demandés, la cour d'appel a violé le texte susvisé. ».

la complexité du calcul²¹⁵⁶, une telle limitation réduirait néanmoins l'effet dissuasif. Si le préjudice semble *a priori* principalement économique, d'autres préjudices comme le préjudice moral pourraient être invoqués par le demandeur²¹⁵⁷. Enfin, la créance de réparation née, conformément à une jurisprudence constante, au jour du dommage et l'évaluation du *quantum* se fait, quant à elle, au jour du jugement définitif²¹⁵⁸. La procédure judiciaire pouvant durer plusieurs années, la durée du préjudice peut donc être importante et accroître considérablement son montant. Conformément au droit commun de la responsabilité applicable, il appartient aux juges du fond de déterminer souverainement et *in concreto* le montant de l'indemnisation du préjudice²¹⁵⁹.

Ainsi, lorsque le juge du fond constate un préjudice, il a pour obligation de le calculer. Sachant qu'un même préjudice ne peut être indemnisé deux fois²¹⁶⁰. La Cour de cassation se refuse, en principe, à calculer les méthodes d'évaluation du préjudice mais contrôlera néanmoins la motivation des juges du fond. Pour y parvenir, les juges ont accès aux informations fournies par les parties dans les conclusions. Ils peuvent également, d'office ou à la demande des parties, prononcer des mesures d'instruction pour faciliter l'accès aux preuves²¹⁶¹. Puisque la victime doit être replacée dans la situation dans laquelle elle aurait été en l'absence du dommage, elle doit en principe obtenir la réparation intégrale de son préjudice²¹⁶², sauf exceptions²¹⁶³. Cette réparation ne saurait aller au-delà du préjudice, ni y être inférieure. Elle doit être effectuée « *sans perte ni profit* »²¹⁶⁴ pour la victime conformément au principe « *tout le préjudice, mais rien que le préjudice* ». Cette mesure entend éviter tout enrichissement sans cause de la victime et éviter un comportement abusif de cette dernière consistant à gonfler son préjudice. C'est pourquoi, le droit français refuse, pour l'instant²¹⁶⁵, d'admettre les dommages et intérêts

²¹⁵⁶ À noter : J. TRAUILLÉ, « La réparation du préjudice économique pur en question », *RTD civ.*, 2018, p. 285 : « Le premier argument qui est généralement avancé en faveur d'une moindre protection de préjudice économique "pur" repose sur l'affirmation suivante : à réparer sans limite de tels chefs de préjudice, le droit français risque de se trouver confronté à une extension ininterrompue du domaine de la responsabilité. C'est ce que les Anglo-Saxons appellent le "floodgates argument" [...] le dommage économique "pur" se propage trop aisément et risque dès lors d'augmenter considérablement la charge de la réparation. À cela, il est cependant objecté, tout d'abord, qu'une telle "prophétie" relève du "scénario cauchemardesque" et n'a jamais été prouvée ni scientifiquement, ni à l'aide d'études approfondies en droit comparé. ».

²¹⁵⁷ V. par ex. pour un rejet, CA Paris, 13 février 2020, n°16/15098 : « [...] Par conséquent, la société Wordship sera déboutée de son action en dommages et intérêts au titre d'un déséquilibre significatif. Enfin la société Wordship allègue un préjudice moral. Toutefois il résulte de ce qui précède qu'aucune faute n'est caractérisée à l'encontre de la société Cathay de sorte qu'aucune indemnisation ne saurait être due au titre d'un préjudice moral. ».

²¹⁵⁸ S. PORCHY-SIMON, « Synthèse – Dommage », *JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances*, date de fraîcheur : 5 mai 2020, §20-24.

²¹⁵⁹ P. CASSON, « Dommages et intérêts – Évaluation judiciaire des dommages et intérêts », février 2017 (actualisation : mars 2021), *Répertoire de droit civil*, §16 et 19.

²¹⁶⁰ Cass. com., 11 mai 1999, n°98-11.392, *Bull. civ.* II, n° 101.

²¹⁶¹ Code proc. civ., art. 9, 10, 11, 143, 144 et 146.

²¹⁶² P. CASSON, « Dommages et intérêts – Évaluation judiciaire des dommages et intérêts », février 2017 (actualisation : mars 2021), *Répertoire de droit civil*, §15-26.

²¹⁶³ S. PORCHY-SIMON, « Synthèse – Dommage », *JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances*, date de fraîcheur : 5 mai 2020, §22 : « La réparation partielle n'est donc pas possible, sauf dans les hypothèses de clauses limitatives de responsabilité ou de plafonnements légaux (V. n° 28). ».

²¹⁶⁴ Cass. civ., 23 janvier 2003, n°01-00.200

²¹⁶⁵ V. en ce s. C. BLOCH, P. LE TOURNEAU, « Chapitre 2321 - Montant de l'évaluation de la réparation et détermination de la quotité », *Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats*, 2023/24, §2321.91 :

punitifs²¹⁶⁶. Cette nature de dommages et intérêts, existant notamment aux États-Unis, est connue comme un système de sanction très dissuasif. En France, la réparation doit se limiter à son seul objectif et non inclure une dimension punitive, tenant compte de la gravité de la faute ou du montant réel du profit illicite. Néanmoins, ce rôle revient à d'autres sanctions, telle que l'amende civile²¹⁶⁷. Il appartient alors au juge de déterminer avec le plus d'exactitude possible le montant du préjudice réparable. Si certains éléments peuvent être pris en compte pour réduire le montant de la réparation, tel ne serait pas le cas, *a priori*, de la faute de la victime²¹⁶⁸. Notons, toutefois, que les parties peuvent prévoir contractuellement l'indemnité du préjudice, sous réserve que cette disposition ne fasse pas, elle-même, l'objet d'une pratique sanctionnée pour déséquilibre significatif²¹⁶⁹. Cette situation permettrait à l'auteur de la pratique d'anticiper (du moins, d'envisager) le montant auquel il serait soumis s'il était sanctionné. Enfin, il appartient au juge de déterminer la meilleure manière de compenser le préjudice : de manière pécuniaire ou en nature²¹⁷⁰. Ces deux types de mesures pouvant se cumuler afin de parvenir à une réparation intégrale du préjudice. La réparation pécuniaire est une somme d'argent qui vient compenser par équivalence le préjudice, elle prend donc la forme de dommages et intérêts compensatoires ou encore moratoires en cas de retard de paiement. La réparation en nature se

« L'avant-projet Catala (art. 1372) et le projet de réforme de la responsabilité civile rendu public par la Chancellerie le 13 mars 2017 (art. 1266-1), qui proposent tous deux d'introduire une disposition (excessivement) générale permettant au juge de sanctionner l'auteur d'une faute manifestement délibérée (avant-projet Catala) ou d'une faute lucrative (projet Chancellerie) par des dommages et intérêts punitifs (avant-projet Catala) ou par une amende civile (avant-projet Chancellerie). » contesté car elle « paraît faire fi des garanties élémentaires de la matière pénale. Ce que l'on veut au fond, c'est le droit pénal sans les contraintes du droit pénal (principes de légalité des délits et des peines, personnalisation des peines, non-cumul). ».

²¹⁶⁶ S. PORCHY-SIMON, « Synthèse – Dommage », *JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances*, date de fraîcheur : 5 mai 2020, §23 ; Cass., civ., 1^{er} décembre 2010, n°09-13.303 : « Le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs, n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public, il en est autrement lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur. ».

²¹⁶⁷ M.C. DALLE, « Présentation de la réforme de la responsabilité civile », *JS*, 2021, n°HS, p. 33 : « L'amende civile : l'idée est d'ouvrir une voie intermédiaire entre la voie civile classique (centrée sur la réparation des dommages) et la voie pénale (axée sur la sanction des comportements), afin de sanctionner et prévenir la commission de fautes dites lucratives. Il s'agit des fautes qui, malgré les dommages et intérêts que le responsable peut être condamné à payer - et qui sont calqués sur le préjudice subi par la victime - laissent à leur auteur une marge bénéficiaire suffisante pour qu'il n'ait aucune raison de ne pas les commettre. Contrairement aux dommages et intérêts punitifs, le montant de cette condamnation ne serait pas versé à la victime de la faute mais à l'État, ce qui est plus conforme à la tradition juridique française, attachée au principe de la réparation intégrale, et permettrait d'éviter les dérives contentieuses. ».

²¹⁶⁸ Lamy droit économique, sous la direction de M. CHAGNY, n°3348 - Pratiques restrictives de concurrence et conditions de procédure et de fond dans la mise en œuvre de l'action indemnitaire, mis à jour en novembre 2022 : « le comportement fautif de la victime peut avoir un impact sur son indemnisation, notamment s'agissant de la rupture brutale de relation commerciale établie. En effet, l'article L. 442-1-II, alinéa 3 du code de commerce dispose que la prohibition de la rupture brutale de relation commerciale ne fait pas « obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure ». [...] La faute de la victime doit toutefois être suffisamment grave pour justifier une rupture sans préavis des relations (Cass. com., 27 mars 2019, no 17-16.548). », à noter néan., « le fait pour une victime de s'être placée dans une situation de dépendance économique est également de nature à constituer une faute qui ne peut par conséquent faire l'objet d'une indemnisation spécifique (CA Paris, 3 avr. 2019, no 16/24197 ; CA Aix en Provence, 12 sept. 2013, no 12/12137, CA Versailles, 13 nov. 2008, no 07/5227 [...] ».

²¹⁶⁹ Cass. com., 16 déc. 2014, n°13-21.363, *Bull. civ.* IV, n° 186 en matière de rupture brutale.

²¹⁷⁰ S. PORCHY-SIMON, « Synthèse – Dommage », *JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances*, date de fraîcheur : 5 mai 2020, §25-27.

traduit par le prononcé de diverses mesures devant être exécutées pour réparer le préjudice. Repose donc sur le juge la délicate mission de déterminer la réparation du préjudice de manière efficace.

c) L'amélioration de l'analyse judiciaire en matière de réparation du préjudice

431. *L'amélioration de l'analyse judiciaire en matière de réparation du préjudice.* Après avoir présenté l'analyse économique et l'analyse juridique en matière de réparation du préjudice, résultant d'un déséquilibre significatif, nous proposons des pistes d'amélioration de l'analyse judiciaire en la matière. Tout d'abord, nous proposons de modifier la nature des demandes de réparation des préjudices (i). Ensuite, nous procéderons à des pistes d'amélioration de la quantification du préjudice, pour la rendre plus efficace (ii).

i. La modification de la nature des demandes de réparation des préjudices

432. *La modification de la nature des demandes de réparation des préjudices.* La réparation des préjudices est une sanction qui se veut curative et dissuasive, mais elle est également coûteuse à mettre en œuvre. En effet, le juge devra calculer le préjudice causé et pourrait exiger des enquêtes supplémentaires pour faciliter sa détermination. Il en est de même pour les parties et en particulier l'autorité publique, qui n'est pas partie au contrat, et devra pourtant déterminer le préjudice supporté par les victimes, parfois sans leur concours. Cette appréciation peut être particulièrement difficile en pratique. Cette mesure peut également être coûteuse en raison de ses effets. Le prononcé de dommages et intérêts à l'encontre de l'auteur des pratiques pourrait le conduire à modifier son activité économique, il pourrait également répercuter ce coût sur les consommateurs ou d'autres partenaires et ainsi impacter le bon fonctionnement de l'économie. La partie victime obtiendrait quant à elle réparation de son préjudice mais cette sanction pourrait nuire à la bonne poursuite des relations commerciales avec l'auteur des pratiques, qui par représailles, pourrait finalement décider d'y mettre un terme ou de s'avantager d'une autre manière. Ce risque est également envisageable lorsque la demande de réparation des préjudices est formulée par l'autorité publique, y compris lorsque les entreprises intéressées ne se sont pas jointes à l'instance puisqu'elles seront tout de même impactées par la décision du juge. Certes, le prononcé de dommages et intérêts apparaît, en pratique, d'un montant peu élevé ce qui pourrait nuancer l'intensité des coûts supportés par l'auteur des pratiques et la société.

On se pose également la question de la nécessité et de la proportionnalité de cette mesure. Rappelons que l'analyse économique privilégie la démonstration d'un coût social pour justifier une réparation. En effet, lorsqu'un acteur économique obtient, même indûment, un avantage économique de la part de l'autre partie, il s'agit d'un simple transfert, notamment monétaire, entre acteurs. La compensation d'une simple perte privée apparaîtrait non-nécessaire. Toutefois, lorsque cette perte privée s'additionne à d'autres et lorsque la société est impactée, alors la réparation du préjudice se justifie. En matière de déséquilibre significatif, la transposition de cette analyse conduirait à autoriser l'autorité publique, qui agit pour la

protection de l'ordre public économique, à obtenir la réparation des préjudices des entreprises victimes. Il devra, néanmoins, démontrer une atteinte à l'ordre public économique et prouver que la réparation des préjudices privés apparaît nécessaire pour le réparer. Par exemple, en octroyant des dommages et intérêts aux entreprises lésées, ces dernières vont pouvoir améliorer leur activité économique endommagée et ainsi profiter au bon fonctionnement de l'économie²¹⁷¹. Or, puisque cette mesure ne vise pas directement le contrat, qu'il existe un risque de pression de l'auteur des pratiques et puisque l'objectif est de rétablir ou maintenir l'ordre public économique, alors le consentement des entreprises lésées ne saurait être exigé. L'autorité publique agit bien de manière autonome, aux fins de protection de l'ordre public économique, et non en substitution de leurs intérêts. L'autorité publique pourra demander au juge d'exiger une enquête supplémentaire, auprès des parties victimes, pour déterminer ce préjudice dès lors que sa réparation apparaît nécessaire pour protéger l'ordre public économique. A défaut, s'il ne démontre pas que la réparation des préjudices privés permettra de rétablir ou maintenir l'ordre public économique, une autre sanction pourrait être privilégiée, telle que l'amende, elle permettra notamment d'introduire dans son montant une réparation du préjudice causé à la société. Bien qu'au sens économique il s'agit simplement d'un transfert économique, dont la réparation n'est pas requise en l'absence de coût social, la victime, en tant qu'autre partie au contrat, devrait garder son droit à obtenir réparation de son préjudice devant le juge. Il s'agit d'un droit fondamental en droit français qui ne saurait être supprimé, bien que nous ayons recommandé précédemment aux victimes de privilégier les modes alternatifs de résolution des conflits pour notamment bénéficier d'une compensation par l'auteur des pratiques. Ces modes permettraient de garantir l'utilité du contrat, néanmoins ils peuvent échouer, la saisine du juge apparaît alors nécessaire. Comme mentionné précédemment, il pourrait être plus efficace d'orienter les victimes, acteurs économiques, à se prévaloir du droit commun en matière de déséquilibre significatif. Enfin, il pourrait être intéressant de permettre aux victimes de se ressembler dans le cadre d'une action collective, à l'encontre d'un même défendeur, et concernant des pratiques contractuelles similaires. En effet, conformément à l'analyse économique, un coût social pourrait exister car il s'agit de multiplier les coûts privés. Cette action permettrait de réduire les coûts de justice des victimes et de multiplier leur chance de réussite devant le juge. Cette action pourrait exister en parallèle de l'action de l'autorité publique, qui ne peut agir sur tous les fronts, et pourrait renforcer la portée dissuasive de l'action des acteurs économiques. Rappelons que lorsqu'ils agissent seuls, ils obtiennent rarement gain de cause devant le juge commercial. Enfin, nous estimons qu'il n'est pas adéquat de maintenir le droit à réparation des préjudices, au profit de toute personne justifiant d'un intérêt, sur le fondement du Code de commerce car, comme nous l'avons vu, il s'agit d'une action qui exige des critères stricts, difficiles à démontrer lorsqu'il s'agit d'un acteur tiers au contrat, il serait préférable de privilégier le droit commun de la responsabilité civile.

²¹⁷¹ COMMISSION AD HOC, présidée par G. CANIVET et F. JENNY, « Pour une réforme du droit de la concurrence », *Rapport du club des juristes*, janvier 2018, p. 157 : « La faculté de demander « la réparation des préjudices subis », qui ne semble pas être utilisée, soulève des difficultés au regard de la qualification d'action autonome – et non pas de substitution – retenue pour admettre la constitutionnalité et la conventionnalité des dispositions relatives à l'action du ministre. En conséquence, il convient, soit de supprimer radicalement cette prérogative, soit d'en restreindre le contenu aux préjudices liés à l'ordre public concurrentiel. ».

ii. L'amélioration de la quantification du préjudice pour la rendre plus efficace

433. *L'amélioration de la quantification du préjudice pour la rendre plus efficace.* Concernant la détermination du préjudice, nous recommandons de prononcer des montants plus dissuasifs, mais proportionnés. Certes, les juges semblent avoir une appréciation assez souple des préjudices réparables, en incluant notamment la perte de chance et le profit escompté, ils prévoient, néanmoins, de ne réparer que le préjudice, y compris si les gains de l'auteur des pratiques sont supérieurs. Par ailleurs, la sanction de réparation est une mesure rarement prononcée et ne prévoit pas des montants très élevés, elle n'est donc pas autant dissuasive en pratique comme l'aurait souhaité le législateur. Or, en matière économique, l'auteur potentiel d'une infraction effectue d'abord un calcul d'intérêt. Il s'interroge, notamment, sur la probabilité de détection et de condamnation et si le montant de la sanction risque d'être plus élevé que les gains obtenus par l'infraction. Au regard des faibles montants des dommages et intérêts, prononcés en pratique, l'auteur pourrait ne pas mettre en place les mesures de précaution nécessaires pour éviter la survenance d'une faute. Dès lors, pour renforcer l'efficacité de cette sanction, nous proposons les points suivants.

Tout d'abord, il nous apparaît justifié de procéder à un contrefactuel en cherchant à replacer la victime dans la situation dans laquelle elle se trouvait ou devrait se trouver sans la pratique illicite. Il est donc nécessaire qu'elle obtienne réparation de l'intégralité de la perte subie. Néanmoins, si le profit retiré de la pratique par son auteur est supérieur à la réparation du dommage, cette sanction n'apparaît pas suffisamment dissuasive. Ainsi, les dommages et intérêts punitifs, exclus en droit français, pourraient être utiles. Néanmoins, nous estimons nécessaire de maintenir le principe, conforme aux droits des entreprises, selon lequel il convient de réparer tout le préjudice mais rien que le préjudice. Pour renforcer son efficacité, il convient plutôt de s'assurer qu'elle soit mise en œuvre de manière plus effective. Le juge doit accorder de l'importance à la réparation des préjudices et ainsi faciliter son prononcé. Néanmoins, notons l'opportunité de cumuler les sanctions pour renforcer leur portée dissuasive. Ainsi, la nullité, son effet rétroactif, les restitutions des avantages indus, ou encore l'amende en cas d'atteinte à l'ordre public, permettent d'accroître la peine monétaire de l'auteur des pratiques et ainsi tendre vers un retrait intégral du profit illicite retiré.

En effet, il convient de noter que le préjudice prononcé en matière de déséquilibre significatif est généralement de nature économique. Le préjudice correspond à l'écart entre la situation « normale » et la situation « effective » ou « réelle »²¹⁷². Or, toute la difficulté sera de reconstituer la situation normale, soit la situation qui n'a pas eu lieu. C'est parce que cette situation avait vocation à être lucrative pour la victime, qu'on prend en compte la perte de profits, en plus des coûts subis. Concernant l'actualisation du préjudice : « *Pour l'économiste, seuls les revenus raisonnablement attendus au moment du dommage devraient être indemnisés avec prise en compte de l'érosion monétaire* » ; « *les événements aléatoires survenus entre la*

²¹⁷² M. NUSSENBAUM, « Les aspects théoriques de la réparation du préjudice économique : Réparation intégrale et typologie des préjudices », cycle de conférences 2006-2007, *Risques, assurances, responsabilités, Les limites de la réparation, La réparation du préjudice économique*, 26 avril 2007, Cour de cassation, p. 4.

date du dommage et celle du jugement sont sans lien direct avec le dommage. »²¹⁷³. Lorsque la relation litigieuse vise une relation d'affaires, le juge doit parvenir à une évaluation en termes de pertes subies et de gains manqués²¹⁷⁴. Il lui incombe de déterminer la situation qui aurait existé en l'absence du fait dommageable et la situation qui s'est produite à cause de ce fait, tout en tenant compte de divers facteurs²¹⁷⁵. Il peut exister de vraies difficultés à obtenir les preuves nécessaires pour cette démonstration. Les parties devant apporter au débat des éléments suffisants afin de faciliter le travail du juge, limité par son office²¹⁷⁶. Par ailleurs, cela implique d'avoir une connaissance poussée de la relation commerciale. C'est donc une approche par nature spéculative qui peut prendre diverses formes²¹⁷⁷. Pour déterminer les préjudices affectant les deux types d'actifs, il existe des méthodes distinctes. Concernant les actifs de jouissance, on tient compte des coûts de remplacement ou de remise en état²¹⁷⁸. Or, un enrichissement est possible, *via* la réparation intégrale, lorsque la valeur d'usage est affectée. Concernant les actifs d'exploitation, une situation normale, avec un usage normal, c'est-à-dire sans infraction, conduit à des profits normaux (les revenus normaux, moins les coûts normaux). Or, lorsque la situation est réelle ou effective, soit celle produite en raison de l'infraction, les revenus réels moins les coûts réels conduisent à des profits réels. Pour déterminer le préjudice, on se réfère à la différence de profits entre ces deux situations en calculant la différence de revenus moins la différence de coûts²¹⁷⁹. Prenons l'exemple d'une remise imposée par un distributeur à un fournisseur créant un déséquilibre significatif. La situation normale serait le prix de vente, sans la remise, soit par exemple, 70 000 euros, auquel on soustrait l'ensemble des coûts entourant la réalisation des produits, soit 65 000 euros, ce qui conduit à un profit « normal » de 5 000 euros pour le fournisseur. Or, le distributeur est parvenu à imposé à son fournisseur une remise illicite de 5 000 euros ce qui modifie la situation normale. Ainsi, du fait de la pratique illicite, la situation réelle conduit à un prix de vente réduit, soit 70 000 euros moins 5 000 euros de remise, donc 65 000 euros de revenu réel pour le fournisseur, auquel on soustrait les coûts qui eux n'ont pas changé de 65 000 euros. *In fine*, le profit réel du fournisseur est, en ce sens, nul. Le préjudice devrait être égal à la différence entre le profit normal, qu'il aurait dû retirer, et le profit réel, qu'il a finalement obtenu, soit 5 000 euros. C'est pourquoi, les restitutions après nullité ou la restitution des avantages indus, par exemple d'une remise, peuvent se confondre avec la réparation des préjudices. Par ailleurs, l'indemnisation du bénéfice escompté garantit à la

²¹⁷³ M. NUSSENBAUM, « Les aspects théoriques de la réparation... », *ibid.*, p. 28.

²¹⁷⁴ S. NEROT, « 2^e table ronde : Identifier les préjudices réparables, Une approche de la notion de préjudice économique », *LPA*, 04 Sept. 2017, p. 33.

²¹⁷⁵ S. NEROT, « 2^e table ronde... », *ibid.*, p. 33 : « Mais la nécessaire détermination du préjudice réellement subi l'amène à tenir compte d'éléments distincts du fait dommageable lui-même. Telle la capacité de production ou de vente de l'entreprise victime, la période d'observation, les coûts évités et les dépenses induites, une possible interaction de causes aux effets préjudiciables, le contexte économique général ou encore l'écoulement du temps introduisant la question de l'actualisation du préjudice... ».

²¹⁷⁶ Par ex. v. : CA Toulouse, 14 juin 2021, n°20/02565.

²¹⁷⁷ M. NUSSENBAUM, « Les aspects théoriques de la réparation... », *ibid.*, p. 33 : « Méthodes possibles : par comparaison avec d'autres situations ou sociétés comparables non affectées ; par référence à des invariants préexistants tels que : part de marché avant coûts, ... Par modélisation : Économique : simulation du prix de marché concurrentiel, Économétrie et statistique pour effectuer des projections ou chercher des éléments comparables. ».

²¹⁷⁸ C'est alors le minimum des deux, si les deux sont possibles, ou bien, le coût de remplacement si la remise en état n'est pas possible, ou encore, la remise en état, quel que soit son coût, si le remplacement n'est pas possible ; M. NUSSENBAUM, « Les aspects théoriques de la réparation... », *ibid.*, p. 8.

²¹⁷⁹ M. NUSSENBAUM, « Les aspects théoriques de la réparation ... », *ibid.*, p. 11.

victime un niveau d'utilité ou de satisfaction égal à celui qu'elle attachait à la réalisation d'un contrat qu'elle espérait équilibré.

Ainsi, en matière de déséquilibre significatif, les juges admettent le prononcé d'une réparation en cas de perte de chance ou d'un profit escompté²¹⁸⁰. Néanmoins, il ne faut pas que la réparation confère un gain supérieur à ce que lui aurait rapporté le contrat signé en l'absence de la pratique. En effet, il n'est pas certain qu'en l'absence de la pratique, la victime aurait obtenu ce qu'elle souhaitait. Le calcul de la perte de chance et du gain escompté, devant être différenciés en pratique²¹⁸¹, doit être démontré de manière détaillée pour permettre au juge d'en apprécier la justification. À défaut, les juges pourraient enrichir la victime, sans justification. Or, les juges semblent faire reposer cette preuve sur le défendeur, à qui il appartient de démontrer que la victime n'aurait pas obtenu ce qu'elle espérait, en l'absence de la pratique²¹⁸². Néanmoins, il nous apparaît plutôt justifié que la victime apporte la démonstration de la perte de chance ou du profit escompté, afin d'en bénéficier à titre de réparation. Le défendeur pourra, ensuite, démontrer que ce calcul est erroné. Par exemple, il ne s'agit pas d'un profit escompté car le contrat, dans les conditions souhaitées par la victime, n'aurait pas été signé, il pourrait néanmoins s'agir d'une perte de chance. La réparation ne doit pas aller au-delà de ce que les parties auraient accepté, si la négociation avait été effective et le contrat conclu²¹⁸³. La situation « normale » n'est pas nécessairement celle souhaitée par la victime, mais plutôt celle qui a le plus de chance de se produire en réalité. Si l'objectif est de sanctionner une faute lucrative, cette sanction ne doit pas pour autant conduire à un préjudice lucratif²¹⁸⁴. L'objectif doit être purement réparateur et non punitif, ni lucratif. L'analyse économique, contrefactuelle, transposée à la réparation juridique des déséquilibres significatifs a donc aussi ses limites.

Par ailleurs, devrait-on prendre en compte les avantages retirés par la société pour réduire le montant des dommages et intérêts payés par le fautif ? L'auteur pourrait démontrer l'absence d'un coût social, au regard des gains retirés par la société du fait de la pratique illicite. Par exemple, il a transféré le gain illicite au profit des consommateurs, d'autres partenaires, ou

²¹⁸⁰ Cass. com., 26 janvier 2022, n°20-10.897.

²¹⁸¹ H. BOUCARD, « Responsabilité contractuelle – Teneur du préjudice contractuel », *Répertoire de droit civil*, juillet 2018 (actualisation : avril 2023), §487.

²¹⁸² Cass. com., 26 janvier 2022, n°20-10.897 ; à ce s., N. MATHEY, « Prise en compte de l'asymétrie d'information pour caractériser le déséquilibre significatif », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 4, avril 2022, comm. 61 : « En exigeant que la régie prouve qu'elle ne pouvait attribuer à l'annonceur l'ensemble des espaces publicitaires demandés, la Cour de cassation met en évidence l'importance de l'aléa pour légitimer le recours à la perte de chance. S'il est certain que le client aurait obtenu ce qu'il demandait si les négociations avaient été effectives, son préjudice n'est pas une perte de chance. [...] en toute rigueur, c'est à la victime de prouver qu'il ne s'agit pas d'une perte de chance mais de la perte d'une opportunité dont la réalisation aurait été certaine si les négociations avaient été effectives. Il est vrai que cela aurait été difficile dans la mesure où elle supposerait la production d'éléments de preuves détenus par l'autre partie. Toutefois, ce n'est pas un obstacle définitif : la communication des éléments nécessaires ou une expertise permettrait de passer outre. Ce premier constat peut malgré tout expliquer qu'en opportunité la charge de la preuve ait été reportée sur la régie. ».

²¹⁸³ En effet, nous estimons qu'un contrat négocié de manière effective s'analyse dans son ensemble et n'implique pas nécessairement la validation de toutes les demandes de la victime. Pour estimer que la négociation est effective, le juge peut certes accepter certaines demandes, mais il ne peut pas donner entièrement raison à la victime puisqu'une négociation effective implique des concessions réciproques.

²¹⁸⁴ R. MESA, « Responsabilité civile - Précisions sur la notion de faute lucrative et son régime », *La Semaine Juridique Édition Générale*, n° 20-21, 21 mai 2012, doct. 62.

encore pour innover ou relancer une activité profitable pour l'économie. Le transfert de cet avantage, au profit de la société, devrait être, selon nous, pris en compte par la sanction d'amende ou bien, lorsque la réparation du préjudice est faite, indépendamment de la volonté des parties et à la demande de l'autorité publique, pour protéger l'ordre public économique. En ce sens, cette prise en compte pourrait conduire à minorer le montant de l'amende ou bien à retirer toute utilité à une demande de réparation des préjudices privés aux fins de protection de l'ordre public économique. D'après l'analyse économique, si la société a finalement perçu un avantage du fait des pratiques, qu'il n'existe qu'un coût privé et non un coût social, cette sanction ne serait pas efficace. Toutefois, en matière juridique, il nous apparaît peu probable que le Droit admette que la victime, qui agit seule en réparation de son préjudice privé, pourrait se voir opposer le fait que l'auteur des pratiques a finalement répercuté cet avantage au profit de la société. Or, lorsque la victime a elle-même répercuté sa perte privée sur des consommateurs ou d'autres partenaires (principe du « *waterbed effect* »²¹⁸⁵), devrait-elle, néanmoins, bénéficier de la réparation intégrale ? Une telle admission conduirait à un enrichissement injustifié de la victime puisqu'elle bénéficierait d'une réparation pour une perte qu'elle a, finalement, transférée. Le transfert de la perte privée, supportée par la victime, devrait être pris en compte par le juge lorsqu'il déterminera le montant de la réparation. Cette démonstration peut, toutefois, s'avérer délicate en pratique.

434. *Conclusion.* La réparation des préjudices est une sanction qui se veut curative et dissuasive. Or, elle peut être coûteuse pour les parties et la société en raison de sa mise en œuvre et de ses effets, bien que certains coûts puissent être nuancés car les montants prononcés en pratique sont peu élevés. Nous nous sommes également interrogés sur la nécessité et la proportionnalité de cette mesure. L'analyse économique privilégie la démonstration d'un coût social pour justifier une réparation. Nous avons donc préconisé de modifier la nature des demandes de réparation en matière de déséquilibre significatif. Ainsi, nous entendons autoriser l'autorité publique, qui agit en protection de l'ordre public économique, à pouvoir obtenir la réparation des préjudices privés des entreprises victimes. Nous avons estimé que le consentement de ces entreprises ne devrait pas être exigé. L'autorité publique devra, néanmoins, démontrer une atteinte à l'ordre public économique et prouver que la réparation des préjudices privés apparaît nécessaire au regard de cet objectif. A défaut, une autre sanction pourrait être privilégiée, telle que l'amende. Nous estimons, toutefois, que la victime, en tant qu'autre partie au contrat, devrait garder son droit à réparation devant le juge. Néanmoins, rappelons que nous entendons privilégier les modes alternatifs de résolution des conflits en cas d'action privée. Enfin, il pourrait être intéressant de permettre aux victimes de se ressembler dans le cadre d'une action collective, à l'encontre d'un même défendeur, et concernant des pratiques contractuelles similaires. Cette action pourrait exister en parallèle de l'action de

²¹⁸⁵ V. par ex., L. BENZONI, P.Y. DEBOUDE, *Du déséquilibre significatif dans les relations entre partenaires commerciaux à la puissance d'achat : une perspective économique*, 13 janvier 2015, dispo. sur le site <https://www.teraconsultants.fr>, p.18 : « Cet effet indique que si un producteur accepte des conditions contractuelles défavorables face à un distributeur disposant d'un fort pouvoir de négociation, il va tenter de se rattraper sur un autre contrat signé avec un autre distributeur qui disposera d'un moindre pouvoir de négociation. Ce qui est perdu d'un côté, on essaie de gagner d'un autre : c'est l'effet « matelas à eau », quand on appuie sur un côté du matelas, un autre côté se soulève: il n'y a pas de perte d'eau, le système est clos. ».

l'autorité publique. Enfin, nous proposons de supprimer le droit à réparation des préjudices au profit de toute personne justifiant d'un intérêt, du moins sur le fondement du Code de commerce, car inadapté en présence d'un tiers au contrat autre que l'autorité publique. Concernant la détermination du préjudice, nous recommandons de prononcer des montants plus dissuasifs, mais proportionnés. Nous recommandons d'améliorer l'effectivité de la réparation des préjudices en pratique et ainsi démontrer l'importance accordée à cette sanction par le juge. Cet objectif doit néanmoins tenir compte de l'effet cumulé des sanctions et notamment l'opportunité de prononcer en parallèle la nullité et la restitution des avantages indus qui pourraient efficacement compléter la réparation. Tout d'abord, il nous apparaît justifié de procéder à un contrefactuel en cherchant à replacer la partie victime dans la situation dans laquelle elle se trouvait, ou devrait se trouver, sans la pratique illicite. Il est donc nécessaire qu'elle obtienne réparation de l'intégralité de la perte subie. Il peut exister de vraies difficultés à obtenir les preuves nécessaires pour cette démonstration, c'est donc une approche par nature spéculative. Pour déterminer le préjudice, on se réfère à la différence de profits (revenus moins les coûts) entre la situation réelle qui s'est produite et la situation normale qui aurait dû se produire. Le préjudice devrait, en principe, être égal à la différence entre le profit normal et le profit réel. En outre, les juges admettent le prononcé d'une réparation en cas de perte de chance ou d'un profit escompté. Or, la réparation ne doit pas conférer un gain supérieur à ce que lui aurait rapporté le contrat signé en l'absence de la pratique illicite. Le calcul de la perte de chance et du gain escompté, qui doivent être différenciés en pratique, doit donc être démontré de manière détaillée pour permettre au juge d'en apprécier la justification. Nous recommandons que la victime apporte la démonstration de la perte de chance ou du profit escompté afin d'en bénéficier à titre de réparation. Le défendeur pourra, ensuite, démontrer que ce calcul est erroné. Enfin, nous estimons que le transfert du gain illicite, au profit de la société, par l'auteur des pratiques devrait être pris en compte plutôt par la sanction d'amende ou bien, lorsque la réparation du préjudice privé est demandée par l'autorité publique, indépendamment de la volonté des parties, pour protéger l'ordre public économique. En effet, il nous apparaît peu probable que le Droit admette que la victime qui agit uniquement en réparation de son préjudice privé pourrait se voir opposer le fait que l'auteur des pratiques a finalement répercuté cet avantage au profit de la société. Par ailleurs, le transfert par la victime de sa perte privée sur les consommateurs ou d'autres partenaires devrait être pris en compte par le juge lorsqu'il déterminera le montant de sa réparation. Elle ne doit pas bénéficier d'un enrichissement injustifié.

II. L'analyse de l'efficacité du cumul des sanctions judiciaires

435. *L'obligation du juge de tenir compte du cumul des sanctions pour en apprécier l'efficacité.* Nous verrons que le législateur a permis au juge de prononcer des sanctions cumulatives, ce qui vient renforcer la portée punitive et dissuasive du système de sanction en matière de déséquilibre significatif (A). Néanmoins, nous verrons que l'accumulation des sanctions peut conduire au prononcé de sanctions qui, ensemble, peuvent être coûteuses, non-nécessaires et disproportionnées (B). Ainsi, nous proposerons d'améliorer le prononcé cumulatif des sanctions judiciaires en matière de déséquilibre significatif (C).

A. La possibilité de prononcer des mesures cumulatives renforce la portée punitive et dissuasive du système de sanction en matière de déséquilibre significatif

436. *Le prononcé cumulatif des sanctions accroît la portée punitive et dissuasive du système de sanction.* À ce stade, nous avons vu que le juge (et le ministre de l'Économie bénéficiant de pouvoirs renforcés) peut mettre en place divers dispositifs afin de répondre aux objectifs poursuivis par le législateur : punir et dissuader l'auteur des pratiques, supprimer la pratique illicite pour le passé et l'avenir et réparer le dommage causé. Ces sanctions sont donc complémentaires. Ainsi, ne prononcer qu'une seule de ces sanctions apparaît insuffisamment punitif et dissuasif. Par exemple, le seul prononcé de dommages et intérêts peut ne pas suffire pour retirer l'intégralité du profit illicite dont a bénéficié l'auteur des pratiques. D'autres sanctions comme la restitution de l'indu, les restitutions après nullité, ou encore l'amende pourraient participer à retirer l'avantage illicite obtenu. De même, le seul prononcé d'une amende, à la demande de l'autorité publique, ne permet pas de réparer le préjudice privé supporté par les entreprises lésées car la somme de l'amende est transmise à l'État. Par ailleurs, la réparation du préjudice, qu'il soit privé ou public en cas d'atteinte à l'ordre public économique, ne permet pas de mettre fin à la pratique et ainsi s'assurer qu'aucun préjudice n'ait lieu à l'avenir, d'où l'intérêt des sanctions de nullité et de cessation des pratiques. En effet, l'amende et la réparation du préjudice n'affectent pas, du moins directement, l'objet illicite de la pratique à savoir la création d'un déséquilibre contractuel significatif. Le déséquilibre significatif, causé par certaines clauses encore présentes dans le contrat litigieux ou prévues dans de nouveaux contrats, peut donc se poursuivre à l'avenir et causer d'autres dommages, bien que des sanctions dissuasives aient été prononcées. Le juge décide alors de mettre fin à la pratique et s'assure qu'elle ne se poursuivra pas à l'avenir en agissant directement dans le champ contractuel où prend racine le déséquilibre significatif. Certaines de ces sanctions peuvent être particulièrement coûteuses pour l'auteur des pratiques notamment en raison de leur intensité et de leurs effets. C'est notamment le cas de la nullité et son effet rétroactif, la restitution des avantages indus et la cessation des pratiques pour l'avenir qui viennent modifier l'équilibre contractuel voulu par l'auteur des pratiques. Sont également coûteuses, l'amende qui peut représenter des sommes importantes, la publicité des sanctions qui vient ternir son image et enfin, l'astreinte qui le contraint financièrement à respecter rapidement les mesures prononcées. Cet ensemble de sanctions permet au juge de disposer d'un arsenal efficace afin de s'assurer que l'auteur des pratiques soit condamné de manière effective et le dissuader de commettre l'infraction. Il apparaît donc nécessaire de maintenir un arsenal diversifié de sanctions afin de garantir la portée punitive et dissuasive de ce système.

B. L'accumulation des sanctions peut néanmoins conduire à un système coûteux, non-nécessaire et disproportionné

437. *L'accumulation des sanctions, en matière de déséquilibre significatif, peut être coûteuse, non-nécessaire et disproportionnée.* Chaque sanction prononcée en matière de déséquilibre significatif peut, à elle seule, être coûteuse pour les parties et la société. Dès lors,

le prononcé cumulé de ces sanctions vient d'autant plus accroître les coûts supportés par l'auteur des pratiques, la partie victime et la société. Ces coûts résultent de la mise en œuvre des sanctions par le juge et les parties, en particulier l'autorité publique. Ainsi, outre le coût des infractions, la société va également supporter les coûts de mise en œuvre des sanctions. Par ailleurs, les effets des sanctions, prononcées à l'encontre d'acteurs agissant sur un marché, peuvent être nocifs pour la partie victime et pour la société. En effet, pour chaque sanction, elles peuvent conduire à une réaction de l'auteur des pratiques en raison de leur impact sur son activité. Ces sanctions, si elles cherchent à punir une pratique et réparer un préjudice, pourraient être, finalement, plus coûteuses pour la partie victime qui en subirait les répercussions. En effet, de telles sanctions, et en particulier celles modifiant le contenu contractuel, pourraient nuire à l'attractivité du contrat et plus largement à la relation commerciale pour l'auteur des pratiques. Puisque l'autre partie victime a été soumise, cela signifie qu'elle est en position de faiblesse à son égard et pourrait difficilement se passer d'une telle relation. De même, l'auteur des pratiques peut répercuter la peine subie sur les consommateurs ou d'autres partenaires, ce qui pourrait pénaliser le bon fonctionnement de l'économie. Ces coûts, de mise en œuvre et des effets des sanctions, sont d'autant plus importants lorsqu'elles se cumulent. En effet, le prononcé d'une sanction élevée pourrait être justifié et avantageux, car punitif et dissuasif, mais il pourrait s'ajouter à une autre sanction qui poursuit un objectif distinct mais qui conduit également à accroître la peine de l'auteur des pratiques. C'est alors en raison du cumul de ces sanctions que leurs coûts, en raison de leur mise en œuvre et de leurs effets, pourraient l'emporter sur les avantages retirés.

Par exemple, prenons le prononcé de restitutions suite à une nullité, ou la répétition de l'avantage indu, visant à retirer le profit illicite de l'auteur des pratiques, à laquelle pourrait s'ajouter une amende d'un montant important. Si le profit illicite réellement obtenu par l'auteur des pratiques n'a pas été suffisamment retiré par la nullité ou la restitution des avantages indus, l'amende vient donc utilement parfaire cet objectif punitif et dissuasif, mais la réaction de l'auteur des pratiques pourrait néanmoins impacter le bon fonctionnement de l'économie. Ce risque est d'autant plus accru si la sanction de nullité, ou de restitution des avantages indus, a, elle seule, permis de retirer l'intégralité de l'avantage illicite. L'auteur des pratiques supporte alors également le paiement d'une amende importante, sa réaction pourrait être plus nocive pour l'économie. La réparation du préjudice subi pourrait également s'ajouter, par exemple, pour réparer des coûts supportés par la partie victime et non prévus dans le contrat mais découlant de la pratique illicite. L'activité économique de l'auteur des pratiques est donc d'autant plus impactée, il apparaît probable qu'il cherche à compenser cette perte en la répercutant sur les consommateurs ou d'autres partenaires.

Par ailleurs, nous avons également mis en garde contre le risque d'un enrichissement injustifié de la victime. Les sanctions offertes peuvent répondre à plusieurs objectifs. En l'occurrence, la victime, qui obtient la nullité et ses restitutions, ou la restitution des avantages indus, ainsi que la réparation d'un préjudice, alors qu'elle a elle-même transféré sa perte sur les consommateurs ou d'autres partenaires, elle pourrait alors bénéficier d'un enrichissement injustifié. En outre, si la nullité et ses restitutions, ou encore la répétition de l'avantage indu, pourraient être insuffisants pour réparer le dommage de la victime qui aurait découlé des pratiques illicites, par

exemple une perte de chance, nous avons vu également que ces sanctions pouvaient déjà intégrer la réparation du préjudice. Une sanction également dissuasive et corrective, mais avec des effets moins nocifs, comme la cessation des pratiques, pourrait être privilégiée, en parallèle d'une réparation, pour mettre fin ou prévenir le dommage. L'accumulation de ces sanctions pourrait donc entraîner un enrichissement injustifié de la victime. Autre exemple, lorsque la nullité et les restitutions consécutives ont été prononcées, ou la répétition de l'indu, est-il bien nécessaire de prononcer une amende si l'atteinte à l'ordre public a suffisamment été réparée par la nullité ou la répétition de l'indu et l'auteur des pratiques s'est vu retirer l'intégralité du profit illicite ? Cette démarche cumulative serait donc plus punitive que réparatrice.

Ainsi, outre les coûts, nous avons également alerté sur le manque de nécessité et de proportionnalité des sanctions prononcées en matière de déséquilibre significatif, alerte d'autant plus importante en raison de leur cumul. Si certaines sanctions apparaissent nécessaires et proportionnées lorsqu'elles sont prononcées seules, leur cumul avec d'autres sanctions peut, au contraire, nuire à leur efficacité.

438. *L'existence de sanctions prononcées en parallèle par le ministre de l'Économie.* Rappelons que le Ministre possède également des pouvoirs renforcés lui permettant de mettre fin aux pratiques, éventuellement sous astreinte, indépendamment de tout procès²¹⁸⁶. Il peut également demander le prononcé de la publicité de ces injonctions. Ces mesures peuvent donc s'ajouter aux sanctions pouvant être prononcées par le juge. Un acteur économique pourrait avoir été condamné par le juge, puis supporter les mesures prononcées par le Ministre, ou inversement, pour des mêmes faits. Ce fût, par exemple, le cas dans une affaire *Amazon* où après condamnation par le juge, le Ministre a prononcé une injonction de cessation des pratiques à l'égard du fautif qui ne s'était pas conformé à la décision judiciaire²¹⁸⁷. Nous avons vu que cette mesure était particulièrement efficace car punitive et dissuasive. Néanmoins, elle peut être problématique lorsqu'elle conduit le Ministre à exiger certaines mesures, avant toute décision judiciaire, alors qu'il est, généralement, partie au procès devant le juge et n'obtient pas toujours gain de cause sur le fondement du déséquilibre significatif. Certes, nous avons vu qu'il apparaît nécessaire que le Ministre agisse, avant tout procès, pour mettre rapidement (au regard de la durée de la procédure judiciaire) fin à des pratiques portant atteinte à l'ordre public économique. Néanmoins, le manque d'impartialité de l'autorité publique (bien qu'un contradictoire soit prévu) et le risque d'erreur d'analyse pouvant être effectuée, peuvent conduire à remettre en cause la proportionnalité d'une telle action cumulée²¹⁸⁸. Le cumul des sanctions et mesures entre ces deux modes de répression pourrait être jugé proportionné uniquement lorsque le Ministre n'agit qu'à titre secondaire, pour assurer, plus rapidement, le respect des décisions judiciaires.

²¹⁸⁶ Code com., art. L.470-1.

²¹⁸⁷ DGCCRF, Communiqué de presse, « La DGCCRF demande à AMAZON le paiement d'une astreinte de 3,3 millions d'euros pour un retard dans la mise en conformité des conditions contractuelles sur Amazon.fr », Paris, le 07 décembre 2022.

²¹⁸⁸ M. BEHAR-TOUCHAIS, « *The name and shame* ou le retour de l'infamie », *RDC*, 2013, n°4, p.1427.

C. L'amélioration du prononcé cumulatif des sanctions judiciaires

439. *La nécessité de tenir compte de l'accumulation des sanctions prononcées afin de s'assurer que leur prononcé soit bien efficace.* Il convient de s'assurer que le juge utilise ce panel de sanctions, pouvant se cumuler, de manière efficace. Une sanction efficace est une sanction qui retire l'attrait de l'auteur des pratiques pour l'infraction. En ce sens, il convient de lui retirer le profit illicite obtenu par la pratique. Dès lors, il convient de privilégier des sanctions, visant cet objectif, tout en tenant compte des coûts de mise en œuvre et de leurs effets, leur nécessité et leur proportionnalité. Ainsi, il convient de privilégier celles qui limitent ces risques, puisque plusieurs permettent de répondre à l'objectif de punition et dissuasion. Par ailleurs, un autre objectif devant être pris en compte par le juge est celui du maintien de l'utilité du contrat pour les parties. En effet, s'il convient de punir et dissuader les auteurs des pratiques, ces mesures ne doivent pas faire perdre toute attractivité au contrat qui garantit le bon fonctionnement de l'économie. Il nous apparaît nécessaire d'encadrer les sanctions qui visent le contrat. Ainsi, au regard de ces éléments, nous avons donc rappelé l'importance de réaliser un calcul coûts-avantages afin de déterminer quel système de sanction apparaît le plus efficace. Il s'agit de sélectionner la moins coûteuse des sanctions qui impacte la relation commerciale et de renforcer les sanctions annexes telles que l'amende ou l'effectivité des dommages et intérêts. Précédemment, nous avons prévu, pour plusieurs sanctions, qu'il était inefficace de les prononcer dans certaines situations, nous avons donc fourni des recommandations et prévu que d'autres sanctions pourraient être privilégiées. Certes, chaque sanction peut trouver une justification mais leur cumul vient renforcer de manière disproportionnée certains objectifs.

Par exemple, la réparation du préjudice et la suppression du déséquilibre dans le contrat, *via* la nullité ou la répétition de l'indu, poursuivent des objectifs différents mais leur application simultanée pourrait conduire à une sanction excessive. De même, l'amende pourrait suffisamment remplir la fonction punitive et dissuasive, dès lors qu'elle est prononcée de manière effective par les juges au regard des plafonds fixés par le législateur, elle pourrait s'ajouter à la réparation du dommage au profit des victimes si besoin et prévoir la cessation des pratiques pour l'avenir, sans avoir à exiger la nullité et la répétition de l'indu, sanctions particulièrement attentatoires à l'utilité du contrat pour les parties. En effet, si seul le paiement d'une somme par l'auteur des pratiques, participe à sa punition et à sa dissuasion, il importe de choisir la sanction qui prélève cette somme, en étant la moins coûteuse pour l'économie et en particulier pour l'utilité du contrat²¹⁸⁹. Par ailleurs, l'analyse de l'efficacité de cette sanction

²¹⁸⁹ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le pouvoir du ministre de faire respecter l'article L. 442-6 du Code de commerce et les prestations commerciales fictives », *RDC*, 2006, p. 441 : « La question des restitutions, qui n'étaient pas demandées bien sûr par les fournisseurs, mais seulement par le ministre. Sur le fondement de l'article L. 442-6, III, le tribunal a décidé que le ministre pouvant demander la répétition de l'indu, le remboursement des fournisseurs par Galec se fera "par le canal du ministre de l'Économie". Ainsi, c'est le ministre qui fera exécuter la décision, et une fois les sommes obtenues les reversera aux fournisseurs victimes (qui ne voulaient pas les demander à Galec). Le chemin est tout de même tortueux et le droit processuel bafoué sur l'autel de l'effectivité. [...] *De lege ferenda*, on pourrait cependant arriver au même résultat, en méconnaissant moins notre procédure civile. Il suffirait que le législateur cantonne le ministre dans son rôle de protecteur de l'ordre public, mais en augmentant considérablement le montant de l'amende civile qu'il pourrait obtenir, et en fixant son plafond à un pourcentage du chiffre d'affaires de la partie condamnée (par exemple 10 %, à l'instar de ce qui se passe pour les pratiques anticoncurrentielles). En

dépendra également des sanctions connexes prononcées. Il apparaît peu probable, car non efficace, de prononcer des sanctions poursuivant des objectifs similaires. Par exemple, il n'est pas utile de prononcer la nullité des clauses litigieuses et la cessation des pratiques des contrats en cours car la première met déjà fin aux pratiques. Par contre, il peut être envisagé de prononcer la nullité des clauses litigieuses pour les contrats en cours et prononcer la cessation des pratiques pour les contrats futurs. Or, le juge pourra choisir une sanction moins coûteuse pour l'économie, car moins attentatoire à l'utilité du contrat, car une autre sanction pourra compenser son imperfection en matière punitive et dissuasive. Par exemple, le prononcé d'une amende élevée est recommandé, en remplacement d'une nullité ou d'une répétition de l'indu qui portent, par nature, atteinte à l'utilité du contrat, lorsqu'elle est notamment accompagnée d'une réparation du préjudice intégral causé à la victime, ainsi le juge poursuit bien des objectifs punitifs, dissuasifs et curatifs.

Le juge devrait donc poursuivre les objectifs fixés par le législateur en appréhendant le système de sanction comme un système d'accumulation et non en fournissant une analyse des sanctions au cas par cas. Il devrait refuser une sanction qui peut, par nature, répondre à certains objectifs mais, en raison de son résultat, ne peut être cumulée à une ou plusieurs sanctions puisqu'elle serait alors non-nécessaire et/ou disproportionnée. Enfin, nous estimons qu'il appartient aux demandeurs de démontrer, de manière plus concrète, la justification des sanctions demandées et leur utilité. Il appartiendra, ensuite, au juge d'apprécier le bien-fondé de ces sanctions, en tenant compte de l'accumulation, avant de se prononcer par une analyse motivée. *In fine*, le juge ne devra pas se limiter aux besoins des demandeurs mais également vérifier l'efficacité du cumul des sanctions sur l'économie.

440. *Conclusion.* Le juge peut prononcer diverses sanctions afin de répondre aux objectifs poursuivis par le législateur : punir et dissuader l'auteur des pratiques, supprimer la pratique illicite pour le passé, le présent et l'avenir et réparer le dommage causé. Ces sanctions sont donc, en principe, complémentaires. Ainsi, ne prononcer qu'une seule de ces sanctions pourrait être insuffisamment punitif et dissuasif car elle pourrait ne pas suffire pour retirer l'intégralité du profit illicite de l'auteur des pratiques. Par ailleurs, certaines sanctions n'affectent pas, du moins directement, l'objet illicite de la pratique et pourraient ne pas mettre fin au préjudice. Cet ensemble de sanction permet donc au juge de disposer d'un arsenal efficace afin de s'assurer que l'auteur des pratiques soit condamné de manière effective. Néanmoins, chaque sanction peut, à elle seule, être coûteuse pour les parties et la société, en raison de sa mise en œuvre et de ses effets. Dès lors, le prononcé cumulé de ces sanctions vient d'autant plus accroître ces coûts. Les coûts de ces sanctions pourraient donc l'emporter sur les avantages retirés en termes de punition, dissuasion et réparation. Par ailleurs, nous avons mis en garde contre le risque d'un enrichissement injustifié de la victime. Elle peut avoir transféré sa perte, résultant de la pratique illicite, sur les consommateurs ou d'autres partenaires avant de bénéficier des avantages d'une sanction. Or, l'accumulation des sanctions, qui poursuivent parfois des objectifs similaires, peut entraîner son enrichissement injustifié. Ainsi, outre les

l'espèce, la solution eût-elle été moins effective si Galec avait été condamné à 20 ou 25 millions € d'amende civile, plutôt qu'à une restitution de 23 millions aux fournisseurs et à 500 000 € d'amende civile ? ».

coûts, nous avons également alerté sur le manque de nécessité et de proportionnalité des sanctions prononcées en matière de déséquilibre significatif, alerte d'autant plus importante en raison de leur cumul. En effet, si certaines sanctions apparaissent nécessaires et proportionnées lorsqu'elles sont prononcées seules, leur cumul avec d'autres sanctions peut au contraire nuire à leur efficacité. Une sanction efficace est une sanction qui retire le profit illicite de l'auteur des pratiques. Dès lors, il convient de privilégier des sanctions visant cet objectif, tout en tenant compte des coûts de mise en œuvre et de leurs effets, leur nécessité et leur proportionnalité. Il convient de privilégier les sanctions qui limitent ces risques puisque plusieurs permettent de répondre à l'objectif de punition et dissuasion. Un autre objectif devant être pris en compte par le juge est celui du maintien de l'utilité du contrat pour les parties, ce qui favorise le bon fonctionnement de l'économie. Ainsi, si seul le paiement d'une somme par l'auteur des pratiques participe à sa punition et à sa dissuasion, il importe de choisir la sanction qui prélève cette somme en étant la moins coûteuse pour l'économie et en particulier pour l'utilité du contrat. Une autre sanction pourra compenser son imperfection en matière punitive et dissuasive. Le juge devrait donc poursuivre les objectifs fixés par le législateur en appréhendant le système de sanction comme un système d'accumulation et non en fournissant une analyse des sanctions, au cas par cas. Enfin, les demandeurs devraient démontrer, de manière plus concrète, la justification des sanctions soulevées et leur utilité. Il appartiendra, ensuite, au juge d'apprécier le bien-fondé de ces sanctions à travers une analyse motivée.

CONCLUSION GÉNÉRALE

441. *L'apport de l'analyse économique au droit du déséquilibre significatif dans les relations commerciales.* La confrontation entre l'analyse économique et l'analyse juridique a permis de dégager des pistes d'amélioration du droit du déséquilibre significatif. L'analyse économique propose plusieurs études, outils et théories quant aux comportements des acteurs économiques sur un marché. Elle s'intéresse particulièrement aux stratégies mises en place par ces acteurs, notamment lors des négociations, donnant lieu à la contractualisation d'un échange. Les économistes ont également étudié les effets des contrats pour chacune des parties et pour la société. En outre, ils ont fourni différentes théories quant à la justification et l'efficacité d'une intervention étatique sur le marché. Enfin, ils se sont intéressés aux critères permettant de rendre une sanction efficace. Ces éléments fournis par l'analyse économique ont pu être confrontés avec le droit du déséquilibre significatif en matière commerciale. En l'absence de précisions apportées par le législateur pour établir la pratique, et en l'absence d'adéquation exacte avec les autres textes du déséquilibre significatif en droit de la consommation et droit civil, le juge commercial s'est vu octroyer un important pouvoir d'analyse. Depuis l'introduction de la pratique, l'analyse de la jurisprudence démontre, toutefois, d'importants changements. Nous avons soulevé un manque de rigueur dans l'analyse des juges ce qui ne permet pas d'assurer une sécurité juridique pour les acteurs économiques. Cette absence de rigueur ressort, notamment, de la différence de développements entre les décisions rendues suite à une saisine du ministre de l'Économie et celles suite à la saisine d'un acteur économique. Nous avons également constaté un manque de réalisme dans les critères retenus, puisque inadaptés à la réalité du monde économique, ce qui pourrait causer des effets indésirables pour le bon fonctionnement de l'économie. Enfin, l'analyse des décisions démontre que les juges entendent parvenir, avec un succès questionnable, à une sanction conforme aux objectifs juridiques de loyauté et d'équité, sans pour autant rechercher l'efficacité économique. Or, les récentes évolutions législatives démontrant une plus grande sévérité dans le contrôle et les sanctions des comportements des parties au contrat et les importants pouvoirs octroyés par le législateur au ministre de l'Économie en la matière, mettent d'autant plus en lumière la nécessité d'un contrôle de l'efficacité de ces mesures.

Au terme d'une confrontation entre analyse économique et analyse juridique, nous sommes parvenus à dégager plusieurs propositions d'amélioration du droit du déséquilibre significatif. Nous ne reviendrons pas sur les différents éléments de l'analyse économique et de l'analyse juridique, qui ont alimenté cette réflexion et ont déjà fait l'objet d'amples développements dans les paragraphes précédents, mais nous listerons, à titre de conclusion, les différentes préconisations qui en ont découlé. L'objectif étant de maintenir les objectifs juridiques poursuivis par le législateur à travers le contrôle et la sanction de la pratique tout en s'assurant que ce contrôle et sa sanction restent efficaces économiquement pour ne pas conduire à des effets indésirables pour les parties et l'économie.

442. *Préconisations concernant le critère préalable d'une soumission ou sa tentative.* Pour établir la soumission ou sa tentative, il nous apparaît nécessaire de rechercher l'existence d'un pouvoir de soumission d'une partie sur une autre. Ce critère ayant une incidence

importante sur la suite de l'analyse, il convient de l'étudier avec précision et réalisme, à travers différents facteurs, susceptibles d'évoluer au cours de la relation. Les juges devraient compléter la démonstration d'un pouvoir de soumission entre les parties par la démonstration d'un autre critère, la soumission effective de la partie faible qui ne saurait être présumée. *A contrario*, l'absence d'un pouvoir de soumission devrait exclure automatiquement la soumission mais une tentative de soumission pourrait être établie. Nous avons proposé plusieurs critères permettant d'analyser la tentative de soumission de manière plus efficace. Nous proposons également d'exempter d'une sanction certaines tentatives de soumission voire de supprimer sa sanction dans le Code de commerce. Cette pratique pourrait être sanctionnée sur d'autres fondements plus appropriés. Enfin, la soumission effective renvoie, selon nous, à un comportement où une partie puissante utilise son pouvoir de soumission pour imposer sa volonté à la partie faible. L'analyse d'une soumission effective implique d'analyser les comportements des parties. Nous estimons, qu'en présence d'un pouvoir de soumission entre les parties, le comportement de la partie forte doit témoigner de son souhait d'offrir, de manière effective, à son partenaire la possibilité d'exprimer sa volonté quant à la répartition des droits et obligations du contrat. Or, il convient non seulement d'analyser le comportement de la partie forte mais également celui de la partie faible. Les juges ne devraient pas avantager une partie faible dès lors qu'elle a agi de manière opportuniste. Cette appréciation nous apparaît plus réaliste et régulière car elle intègre l'exigence de loyauté de la partie puissante envers la partie faible sans pour autant la contraindre de manière trop stricte, ce qui serait inefficace économiquement. Enfin, il apparaît nécessaire de procéder à une analyse évolutive du pouvoir de négociation et des comportements des parties pour vérifier si une partie a bien été soumise sur l'ensemble de la relation. Il convient soit de rejeter la sanction d'une soumission, dès lors qu'elle n'a pas eu lieu sur l'ensemble de la relation, soit du moins, d'atténuer sa sanction.

443. *Préconisations concernant le critère subséquent du déséquilibre contractuel significatif.* L'analyse de l'équilibre contractuel conduit, selon nous, à analyser l'utilité que chaque partie a pu retirer du contrat et confronter ces utilités pour déterminer si l'une d'elles en bénéficie plus au détriment de l'autre. Nous permettons aux parties d'expliquer le fonctionnement du contrat au juge pour qu'il puisse appréhender leurs stratégies. En ce sens, nous proposons une application progressive. Tout d'abord, le demandeur peut invoquer une présomption de déséquilibre contractuel, résultant de certaines clauses jugées déséquilibrées sous l'angle des critères judiciaires d'équité (absence de contrepartie, de justification, de proportionnalité, de réciprocité), mais il devra démontrer que le déséquilibre est significatif. Le défendeur pourra invoquer pour le « rééquilibrage » du contrat, outre une autre clause, les indices économiques du surplus collectif, sous réserve d'être vérifiables : les gains directs et indirects, retirés de ce contrat, et l'existence d'options de sortie des parties. Le juge pourra alors se prononcer sur l'équilibre juridique du contrat, tout en tenant compte de l'équilibre économique pour adapter son analyse aux réalités du monde économique. Par ailleurs, puisqu'un équilibre contractuel n'est pas nécessairement positif pour le marché et un déséquilibre contractuel n'est pas nécessairement nocif pour le marché, il importe de tenir compte de ses effets. Ainsi, le Ministre devra au-delà de l'existence d'un déséquilibre contractuel significatif, démontrer une atteinte concrète à l'ordre public économique en s'appuyant sur les effets nocifs sensibles pour le bon fonctionnement du marché. Le défendeur

pourra quant à lui renverser la preuve d'un déséquilibre contractuel significatif à l'aide des effets des clauses et du contrat, notamment à travers l'existence de gains. À défaut d'y parvenir, il pourra démontrer l'absence d'effets nocifs des pratiques ou établir que les effets positifs, réels ou potentiels mais suffisamment probables et sensibles, sur les cocontractants et/ou les autres acteurs du marché permettent de compenser les effets négatifs et justifient une exemption de sanction ou, à tout le moins, une limitation. L'objectif étant de maintenir des relations commerciales dès lors qu'elles sont efficaces économiquement, y compris en présence d'un déséquilibre contractuel significatif. Puisqu'il convient de tenir compte des effets des pratiques sur les parties et le marché pour apprécier l'utilité et l'efficacité d'une sanction, puisque le droit commercial, en tant que droit spécial, doit être distingué du droit commun et puisque le Ministre, dont l'action est la plus efficace en droit commercial, doit démontrer une atteinte à l'ordre public économique, nous proposons d'introduire ce dernier critère à l'ensemble des demandeurs. Le législateur et le juge devraient, toutefois, permettre aux acteurs économiques, agissant seuls, de se tourner vers le droit commun, sous réserve d'assurer son effectivité.

444. *La modification de l'article prévoyant la pratique.* Nous préconisons donc de modifier l'article L.442-1 du Code de commerce comme suit :

« I. Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de **l'ensemble de la relation contractuelle, lors de la négociation, de la conclusion et de l'exécution du contrat, ~~la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat,~~** par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services : [...] 2° De soumettre ~~ou de tenter de soumettre~~ l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre **contractuel significatif entre les parties ~~dans les droits et obligations des parties~~ portant ou pouvant suffisamment porter atteinte, de manière concrète et sensible, à l'ordre public économique.** »²¹⁹⁰.

445. *Préconisations concernant l'intervention du juge dans la sphère contractuelle.* En raison d'un risque d'atteinte à l'utilité du contrat, le juge devrait tenir compte de la volonté de l'ensemble des parties lorsqu'il entend modifier son contenu. Lorsqu'il est trop coûteux pour le juge de s'appuyer sur la volonté des parties présentes au litige dans le cadre de son intervention, nous recommandons, toujours dans cette démarche d'efficacité et à titre secondaire, de s'appuyer sur la volonté raisonnablement attendue d'un acteur économique sur le marché. Or, des alternatives à la saisine judiciaire pourraient être privilégiées pour protéger l'utilité du contrat. Il s'agit, *ex ante*, d'un encadrement légal sous réserve d'être justifié et efficace ou encore la saisine de la CEPC ou des conseils juridiques pourraient jouer le rôle de régulateur des contrats. *Ex post*, nous proposons de recommander en priorité, voire même d'imposer, l'utilisation préalable des modes alternatifs de règlement des conflits, y compris avec l'aide d'un tiers, lorsque le conflit oppose uniquement les parties au contrat. Le ministre de l'Économie devra quant à lui saisir le juge en cas d'atteinte à l'ordre public économique.

²¹⁹⁰ Article initial ayant fait l'objet de modifications en rouge.

446. *Préconisations concernant l'intervention de l'autorité publique dans la sphère contractuelle.* L'autorité publique doit concrètement démontrer une atteinte à l'ordre public économique pour justifier son action. Si elle n'apparaît pas nécessaire, en l'absence d'atteinte à l'ordre public économique, elle pourrait finalement être plus nocive pour la société. Concernant les sanctions pouvant être demandées, nous préconisons de maintenir : l'amende civile, en tenant compte du dommage à l'économie au-delà du gain illicite, et la cessation des pratiques pour s'assurer que l'atteinte à l'ordre public économique cesse pour l'avenir. Lorsque la demande de cessation, pour l'avenir, est formulée au profit de plusieurs partenaires de l'auteur, l'autorité publique doit démontrer l'utilité d'une telle sanction pour réparer ou prévenir l'atteinte à l'ordre public économique pour l'avenir. Elle devrait alors informer les parties au contrat. Nous recommandons également de limiter ces mesures aux clauses reprises chaque année, depuis plusieurs années, sans modification, y compris lorsqu'elles ont été supprimées récemment. Enfin, nous recommandons d'appliquer ces mesures aux contrats identiques à ceux ayant fait l'objet du procès, ce qui renvoie en pratique aux contrats-types et permet de s'assurer que le contenu contractuel futur sera similaire à celui analysé par le juge. Ces contrats futurs doivent avoir fait l'objet d'aucune négociation effective, ce qui renvoie en pratique aux contrats d'adhésion et permet de s'assurer qu'une soumission ou sa tentative sont fortement probables. La nullité des clauses ou contrats illicites et la restitution des avantages indus, sont maintenues uniquement lorsqu'elles apparaissent justifiées et proportionnées pour rétablir le bon fonctionnement de l'économie, dès lors qu'elles ne font pas l'objet d'une action privée, et que les victimes y sont favorables et non uniquement informées.

447. *Préconisations concernant la détermination d'une sanction efficace.* Une sanction efficace est une sanction qui est particulièrement dissuasive, toutefois, cette sanction ne doit pas conduire à un enrichissement injustifié de la victime. Des sanctions pénales, comme l'emprisonnement ou bien une interdiction d'exercer, pourraient être envisagées en présence d'une atteinte concrète et effective à l'ordre public économique. Néanmoins, nous recommandons plutôt de s'assurer que les pratiques soient condamnées par le juge de manière plus effective. Notons, toutefois, que les préconisations en matière de sanction ont été effectuées en tenant compte de l'ensemble des préconisations formulées pour modifier le droit du déséquilibre significatif. Si nous préconisons de renforcer l'efficacité des sanctions, en augmentant notamment leur pouvoir dissuasif, cela implique également que la pratique soit établie de manière efficace. Par ailleurs, l'optimalité de la sanction dépend, également, de ses coûts sur les parties et l'économie et non uniquement de sa dimension dissuasive. Ainsi, nous recommandons d'exclure la sanction des tentatives de soumission jugée plus coûteuse qu'avantageuse pour la société. En outre, nous estimons que la pratique doit être sanctionnée dès lors qu'elle conduit à un dommage réel ou potentiel mais fortement probable. Enfin, les sanctions prononcées doivent être, certes dissuasives, mais également nécessaires et proportionnées pour respecter les droits des entreprises.

Ainsi, en matière d'amende, nous recommandons le maintien des triples plafonds prévus par le texte, le juge devra, tout de même, renforcer la portée dissuasive des montants prononcés en pratique.

En matière de publication, nous retenons que lorsque le Ministre ou les médias effectuent déjà la publication de l'enquête, de l'assignation ou de la décision, l'information apparaît suffisante. Par ailleurs, le juge ne saurait prétendre qu'il est inutile d'informer sur des pratiques illicites, car elles sont anciennes, y compris lorsqu'elles ont cessé ou ont été modifiées par leur auteur. En outre, puisque la décision définitive peut avoir lieu dans de nombreuses années, il nous apparaît, néanmoins, nécessaire d'informer les acteurs économiques du droit positif en précisant que cette décision peut faire l'objet d'un recours. Enfin, le juge devrait disposer de l'opportunité d'apprécier l'utilité d'une telle sanction dans chaque cas.

En matière d'astreinte, nous préconisons plusieurs limitations concernant son utilisation par le juge et le ministre de l'Économie : elle devrait s'appliquer uniquement lorsque le délit cause ou est susceptible de causer un dommage d'une certaine gravité, sous réserve d'un délai de mise en œuvre adapté, et sous réserve d'un plafond approprié à ne pas dépasser.

En matière de nullité, nous préconisons d'utiliser cette sanction pour des contrats qui ont pris fin il y a quelques années et pour les contrats en cours dès lors qu'il est démontré que la clause ou le contrat illicite ont bien été mis en œuvre et qu'ils ont été exécutés au profit de l'auteur des pratiques et au détriment de l'autre partie au contrat. La nullité du contrat devient nécessaire lorsque les clauses annulées sont jugées essentielles par l'une ou l'ensemble des parties et lui font perdre toute substance. Enfin, pour les contrats en cours, une révision, encadrée par le juge, permettrait plus facilement de maintenir l'attrait de la relation contractuelle pour les parties.

En matière de restitution des avantages indus, nous préconisons sa mise en œuvre uniquement lorsqu'elle concerne des contrats et clauses en cours ou qui ont pris fin il y a quelques années et ont, bien évidemment, été mis en œuvre. Pour les contrats en cours, il peut être recommandé de privilégier une renégociation du contrat entre les parties. Le juge ne doit pas procéder à l'enrichissement injustifié de la victime, le montant de l'indu doit être correctement calculé.

En matière de cessation des pratiques, nous avons également préconisé la renégociation du contrat litigieux, encadrée par le juge, y compris lorsque l'action est intentée par l'autorité publique. Lorsque cette mesure est demandée par l'autre partie au contrat, jugée victime, nous préconisons que le juge puisse exiger la cessation des pratiques illicites dans les contrats futurs identiques à celui litigieux et conclus avec ce même partenaire dès lors qu'il n'a pas pu le négocier de manière effective.

Concernant la réparation du préjudice, l'autorité publique devrait pouvoir obtenir la réparation des préjudices des entreprises victimes. Nous avons estimé que le consentement de ces entreprises ne devrait pas être exigé. L'autorité publique devra, néanmoins, démontrer une atteinte à l'ordre public économique et prouver que la réparation des préjudices privés apparaît nécessaire au regard de cet objectif. La victime, en tant qu'autre partie au contrat, devrait garder son droit à réparation devant le juge. Enfin, il pourrait être intéressant de permettre aux victimes de se ressembler dans le cadre d'une action collective à l'encontre d'un même défendeur et concernant des pratiques contractuelles similaires. En outre, nous proposons de supprimer le droit à réparation des préjudices au profit de toute personne justifiant d'un intérêt, du moins sur

le fondement du Code de commerce. Concernant la détermination du préjudice, nous recommandons de prononcer des montants plus dissuasifs, mais proportionnés. Il nous apparaît justifié de procéder à un contrefactuel en cherchant à replacer la partie victime dans la situation dans laquelle elle se trouvait ou devrait se trouver sans la pratique illicite.

448. *Préconisations concernant le cumul des sanctions.* Enfin, nous préconisons que le juge poursuive les objectifs fixés par le législateur en appréhendant le système de sanction comme un système d'accumulation et non en fournissant une analyse des sanctions au cas par cas. Les demandeurs devraient démontrer, de manière plus concrète, la justification des sanctions soulevées et leur utilité. Il appartiendra, ensuite, au juge d'apprécier le bien-fondé de ces sanctions à travers une analyse motivée. La prise en compte de ces préconisations permettra au droit du déséquilibre significatif d'être conforme aux souhaits du législateur, de contrôler et sanctionner l'absence de loyauté et d'équité dans les relations commerciales, tout en étant plus efficace économiquement.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les numéros cités renvoient aux numéros des paragraphes et « – » renvoie au mot visé)

– A –

Abus

Clauses – : 7 ; 9 ; 228 ; 417.

- de Dépendance économique : 8 ; 26 ; 42 ; 281.
- de la Partie forte : 2 ; 3 ; 254.
- de la Puissance d'achat, vente : 8 ; 42.

Action

- d'un Acteur économique / privée : 21 ; 291.
- Collective : 425 ; 432.
- de nature Délictuelle : 293 ; 304 ; 428.
- du Ministre de l'Économie / Publique : 21 ; 277 ; 279 ; 280 ; 285 ; 291 ; 293 ; 335 ; 337.

Adéquation du prix : 10 ; 227.

Allocation : 15.

- Pareto optimale : 241.
- des Ressources : 205 ; 206 ; 207 ; 212 ; 241 ; 254 ; 301 ; 406 ; 410.

Altruisme : 5 ; 137 ; 140 ; 307.

Amende

Analyse de l'– civile : 383-389.

Amiable : 319 ; 323 ; 327 ; 337.

Analyse

- Concrète, in concreto : 28 ; 45 ; 56 ; 105 ; 228 ; 229 ; 384 ; 417 ; 419.
- des Coûts-avantages : 98-99 ; 109 ; 116 ; 172 ; 186 ; 240 ; 288 ; 366 ; 387 ; 419.
- Économique du droit : 3 ; 15 ; 31 ; 170 ; 355.
- Globale : 200 ; 228 ; 229 ; 233 ; 236 ; 245 ; 265 ; 269 ; 282.

Anonimisé : 56 ; 143 ; 181.

Procès-verbaux – : 378.

Approche

- Normative : 15 ; 209 ; 210 ; 211 ; 216 ; 294 ; 362.
- Positive : 15 ; 209 ; 216 ; 294.

Astreinte

- via l'Administration : 356 ; 357 ; 378 ; 396 ; 397 ; 398.
 - via le Juge : 395 ; 397 ; 398.
- Liquidation de l'– : 395-398.

Asymétrie d'information : 54 ; 71 ; 152 ; 158 ; 163 ; 172 ; 319.

- de l'État, du Juge : 317 ; 355.

Atteinte

- à l'Ordre public économique : 279 ; 282 ; 291 ; 327 ; 334 ; 337 ; 338 ; 344 ; 369 ; 376 ;

384 ; 387 ; 402 ; 405 ; 412 ;
433 ; 436 ; 438 ; 444.

Autonomie

- de la Volonté : 5 ; 302 ; 303 ;
307.

Avantage

- sans Contrepartie,
Disproportionné : 228 ; 256 ;
291.

– B –

Becker, Beckerienne

Analyse – : 294 ; 348 ; 351 ; 352 ;
365.

Bénéfice

V. Gain.

Bien-être

- Collectif, Social : 210 ; 212 ;
295 ; 301 ; 319 ; 331 ; 352 ; 355 ;
374 ; 410.
Théorème du – : 15 ; 17 ; 210-213 ;
288 ; 410 ; 426.

Boîte d'Edgeworth : 212 ; 241.

Bonne foi : 4 ; 9 ; 106 ; 107 ; 120 ; 170 ;
185 ; 215.

- dans le calcul de l'Amende : 385.

Bon père de famille : 309.

– C –

Calcul

- d'Intérêt : 351 ; 353 ; 358 ;
386 ; 433.

Cessation des pratiques : 415-421.

CEPC : 218 ; 227 ; 322 ; 326 ; 445.

Clause

- Abusive : V. Abus.

Code

- Civil (not. art. 1171) : 10 ; 25 ;
291.
- de la Consommation (not. art.
L.132-1 et L.212-1) : 7 ; 25 ;
122 ; 194 ; 226 ; 227 ; 273 ;
417 ; 419.

Commencement d'exécution :

- d'une Infraction : 113 ; 125-128.

Commutatif, commutative

V. Justice.

Comportement

- Actif : 120 ; 147 ; 176-178.
- Contraignant : 120-131 ; 176-
179 ; 184-187.
- Déloyal : 1 ; 54 ; 72 ; 86 ; 111 ;
116 ; 129 ; 130 ; 175-177 ; 183 ;
184-186 ; 195 ; 198-200 ; 216 ;
261-265 ; 268 ; 304.
- (et Demande) Légitime : 116 ;
120 ; 128.
- Opportuniste : 6 ; 16 ; 27 ; 71 ;
89 ; 109 ; 152 ; 162 ; 168-173 ;
185 ; 221 ; 227 ; 235 ; 301 ;
302 ; 308.

* devant le Juge, en cas de
MARC : 313 ; 317 ; 319 ; 327.

* en cas de Sanction : 373 ; 418 ; 420.
– Passif : 163 ; 178 ; 185.

Compromis

Le Contrat traduit un – : 16 ; 54 ; 106 ; 137 ; 148 ; 153 ; 154 ; 159 ; 162 ; 164 ; 185.
– en cas de MARC : 323 ; 327.

Concession

(au sens) Facteur de pouvoir : 80.
– Réciproque : 153 ; 159 ; 164.

Concrète (in concreto)

V. Analyse.

Concurrence

(au sens) Concurrents : 121 ; 206 ; 224 ; 258 ; 264 ; 267 ; 268 ; 285 ; 290 ; 331 ; 392 ; 424.
* (au sens) Facteur de pouvoir : 62-68 ; 74 ; 79.
Droit de la – : 2 ; 3 ; 8 ; 15 ; 92 ; 98 ; 289 ; 425.
– Pure et parfaite : 15 ; 62 ; 206-208 ; 212 ; 254 ; 261 ; 301 ; 341.

Confiance

– Interpersonnelle : 170.
– Institutionnelle : 172.
– entre les Parties : 168-173 ; 186.

Conséquentialisme : 348.

Consentement

Vice du – : 10 ; 26 ; 27 ; 163.

Consommateur : 7 ; 8 ; 9 ; 25 ; 128 ; 206 ; 223 ; 231 ; 235 ; 268-270 ; 273 ; 278 ; 282 ; 289 ; 323 ; 331 ; 337 ; 345 ; 373 ; 374 ; 385 ; 391-393 ; 398 ; 411 ; 417 ; 424 ; 432-434 ; 437.

(Au sens) Facteur de pouvoir : 64 ; 68 ; 69 ; 79 ; 191.

Contexte : 18 ; 20 ; 27 ; 45 ; 50 ; 56 ; 92 ; 107 ; 109 ; 115 ; 119 ; 120 ; 142 ; 147 ; 167 ; 207 ; 229 ; 243 ; 249 ; 290 ; 419.

(au sens) Facteur de pouvoir : 59 ; 60-64 ; 191 ; 198-199.

Contrainte : 26 ; 28 ; 33-40 ; 46 ; 50 ; 74 ; 106 ; 139 ; 148 ; 163 ; 171 ; 176 ; 181 ; 206 ; 247.

V. Comportement Contraignant.

– Effective : 96-100 ; 102 ; 186 ; 195.

Exercice d'une – : 136-137.

Pouvoir de – : V. Pouvoir.

Tentative de – : 114-117.

Contrat

(au sens) Accord de volontés : 4 ; 177 ; 204 ; 215 ; 226 ; 307.

– d'Adhésion : 10 ; 25 ; 27 ; 43 ; 46 ; 102 ; 119 ; 127 ; 143 ; 148 ; 157 ; 176 ; 181 ; 226 ; 417 ; 419 ; 420 ; 446.

– Pré-rédigé : 108 ; 144 ; 176 ; 226.

– Type : 27 ; 43-46 ; 101 ; 102 ; 108 ; 109 ; 119 ; 120 ; 127 ; 143 ; 176 ; 177 ; 182 ; 419 ; 420 ; 446.

Utilité du – : 13 ; 21 ; 230 ; 237 ; 306-3015 ; 326 ; 406 ; 419 ; 432 ; 439 ; 445.

Valeur ajoutée du – : 18 ; 164 ;
169 ; 234 ; 241 ; 243 ; 268.

Contrefactuel

Analyse – : 92 ; 255 ; 430 ; 433 ;
447.

Contrepartie

Absence de – : 250 ; 412 ; 443.

Contrôle

- Ex ante : 15 ; 318 ; 321-328 ;
355 ; 445.
- Ex post : 15 ; 215 ; 318-328 ;
445.

Coopération, coopérer

- entre les Parties : 115 ; 137-
140 ; 148 ; 151-155 ; 162 ; 164 ;
169 ; 170 ; 181 ; 185-186 ; 302 ;
319 ; 323 ; 324 ; 327.

Courbe

- des Contrats : 241.
- d'Indifférence, de Réserve, de
Sortie : 241.

Coût

- d'une Présomption : 98-100 ;
109.
- Privé : 336 ; 340 ; 343 ; 344 ;
432 ; 433.
- de Recherche d'une pratique :
57 ; 88 ; 99 ; 231 ; 309 ; 313.
- des Sanctions :
* (au sens) de leurs Effets :
337 ; 363.

* (au sens) de leur Mise
en œuvre : 344 ; 361 ; 437.

- Social, pour la Société : 116 ;
302 ; 326 ; 336-337 ; 340-346 ;
351 ; 355 ; 362 ; 364 ; 377 ;
388 ; 404 ; 407 ; 419 ; 423-424 ;
432-434.
- de Transaction : 302 ; 317 ;
319 ; 352 ; 425.

Cumul

- des Sanctions : 357-358 ; 435-
440 ; 448.

– D –

Défaillance

- du Marché : 17 ; 207 ; 208 ;
213 ; 241 ; 300-305 ; 331 ; 340.
- de l'Etat, du juge) : 317-320 ;
341.

Demande

- (II)Légitime : 116 ; 120-121 ;
128 ; 186-187.

Dépendance

- Économique : 8 ; 24 ; 26 ; 42 ;
45-46 ; 73-75 ; 78 ; 91-93 ;
103 ; 107 ; 191 ; 195 ; 240 ;
243 ; 247 ; 281 ; 372 ; 373.
- Juridique : 92.

DGCCRF : 21 ; 126 ; 280 ; 289 ; 329 ;
335 ; 337 ; 356 ; 388 ; 392 ; 396-398 ; 417.

Dés(équilibre) contractuel

- Économique : 10 ; 16 ; 103 ; 106 ; 214 ; 231-232 ; 233 ; 257 ; 326 ; 443.
- Juridique : 13 ; 230-234 ; 256 ; 276 ; 285 ; 443.
- Significatif (au sens d'intensité) : 2 ; 218 ; 247 ; 260 ; 268 ; 275 ; 278 ; 283 ; 290.

Disproportion

V. Avantage.

Disqualification

V. Peine pénale.

Dissuasion

- Générale : 351.
- Sanction – : 349-359.
- Spécifique : 351.

Domage

- Absent : 364 ; 368 ; 375-376 ; 387-389.
- et Intérêts : 426-434.
 - * demandés par le Ministre : 429.
 - * demandés par toute personne qui a un intérêt : 428.
 - * Punitifs : 430 ; 433.
- Mineur : 213 ; 279 ; 364 ; 368 ; 375-376 ; 387-389 ; 425.

Droit(s)

- de la Défense : 378.
- Pénal : 113 ; 125-127 ; 378.

– E –

Économie

- du Bien-être (et théorèmes) : 15 ; 17 ; 210-216 ; 288 ; 301 ; 410.
- du Contrat : 46 ; 229 ; 418.
- Parétienne : 211.

Edgeworth

Boîte d'– : 212 ; 241.

Effets

- des Clauses : 120 ; 223 ; 264 ; 283 ; 290 ; 443.
 - du Contrat : 241 ; 263-267 ; 283 ; 290 ; 441.
 - de Domination : 35 ; 136 ; 171.
 - des Pratiques et des Sanctions sur l'Économie, la Société : 13 ; 15 ; 116 ; 217 ; 256 ; 260 ; 294 ; 313 ; 326 ; 337 ; 345 ; 352-355 ; 358 ; 364 ; 371 ; 374-376 ; 387-388 ; 391 ; 404-405 ; 41-412 ; 418-420 ; 424-426 ; 437 ; 441 ; 446.
 - des Pratiques et des Sanctions sur le Marché : 267-270 ; 288 ; 385.
 - des Pratiques et des Sanctions sur les Parties : 13 ; 256 ; 260 ; 262-266 ; 326 ; 371 ; 374 ; 391 ; 404 ; 405 ; 412 ; 418-419 ; 437 ; 441.
- Prise en compte des – des Pratiques nécessaire : 260-285.

Égal, (in)égalitaire

- Partage – : 1 ; 238 ; 242 ; 243.
- Répartition – : 1 ; 215 ; 410.

Équilibre

- Économique : V. Déséquilibre.
- Étymologie de l'– : 1 ; 204.
- General, Walrasien : 17 ; 205-206 ; 212 ; 213 ; 301 ; 406.
- Juridique : V. Déséquilibre.
- Partiel sur le Marché : 205.

Équité, (in)équitable

Contrat, Partage, Répartition – :
 17 ; 20 ; 154-155 ; 204 ; 212-216 ;
 239-243 ; 247 ; 260 ; 263-266 ;
 269 ; 286 ; 288 ; 301 ; 406 ; 410.
 Critères d'– : 248 ; 253-259 ; 264 ;
 274 ; 276 ; 283 ; 289-290.

Erreur

- de Jugement : 27 ; 39 ; 51 ; 88 ;
 98-99 ; 107 ; 109-110 ; 198 ;
 203 ; 218 ; 233 ; 313 ; 341 ;
 353 ; 358 ; 365 ; 377 ; 398 ;
 413 ; 420 ; 438.
 * sur la Culpabilité : 13 ;
 233 ; 284 ; 289 ; 290.
 * sur l'Innocence : 13 ; 99.

Évolution

- des Comportements : 188-201.
- du Pouvoir de négociation :
 188-201.

Exemption

- d'une Sanction
 * de Soumission : 186 ; 289-
 291 ; 376 ; 443.
 * de Tentative de
 soumission : 128 ; 442.

Externalités : 301 ; 363 ; 364 ; 424.

– **F** –

Facteurs

- du Pouvoir : 59-84.

Faisceau d'indices (pour établir la
 pratique) : 27 ; 46 ; 57 ; 85 ; 88-93 ; 107 ;
 144.

Faute

- Lucrative : 384 ; 387 ; 433.

Faux

- Coupable : V. Erreur de
 Jugement.
- Innocent : V. Erreur de
 Jugement.

– **G** –

Gain

- (et Perte) (in)Direct : 221 ; 223 ;
 233-236 ; 243 ; 254-258 ; 263 ;
 275 ; 290 ; 358 ; 373 ; 387 ;
 404-405 ; 411-414.
- Illicite : 282 ; 336 ; 344-345 ;
 352-353 ; 358 ; 369 ; 384 ; 385-
 388 ; 409 ; 412 ; 425 ; 430 ;
 433 ; 436-440.
- Individuel : 223.
- (au sens de Profit) Attendu,
 Espéré : 20 ; 116 ; 263 ; 351-
 353 ; 358 ; 425.

– **I** –

Individualisation

- des Peines : 378 ; 392.

Individualiste : 5 ; 16 ; 214.

Indu

Avantage – : 152 ; 408-414.

Injonction

– Administrative : 21 ; 356 ; 378 ;
392 ; 396-399 ; 402 ; 438.

Impératif

Objectifs juridiques – : 3 ; 4 ; 11 ;
15 ; 18 ; 279 ; 333 ; 337.

Intérêt

– Général : 4 ; 11 ; 279-280 ;
302 ; 312 ; 327 ; 331-333 ; 336 ;
337 ; 340 ; 343 ; 378.

– J –

Jeux

– du Dictateur : 115 ; 137.
– du Dilemme du
prisonnier : 137 ; 169.
V. Théorie des –.
– de l'Ultimatum : 115 ; 137 ; 242.

Juge

Intervention du – :
* Efficace : 306-313.
* Justifiée : 300-305.
* Légitime : 297 ; 307 ;
311-314 ; 331 ; 377.

Juste

Partage, Répartition – : 1 ; 207 ;
231 ; 238 ; 242 ; 247 ; 254 ; 378.

Justice

– Commutative : 4 ; 7.
– Contractuelle : 4 ; 307 ; 312 ;
313.
– Réparative : 5.
– Sociale : 17 ; 213 ; 410.

– K –

Kaldor-hicks : 15 ; 210 ; 406.

– L –

Law and economics : 15.

Lésion : 1 ; 7 ; 8-10 ; 236.

Libéral, libéralisme : 4 ; 5 ; 7 ; 17 ; 54 ;
206 ; 208 ; 213 ; 240 ; 254 ; 302 ; 307 ;
318 ; 319 ; 331 ; 348.

Liberté

– Contractuelle : 4 ; 11 ; 13 ; 16 ;
129 ; 203 ; 214 ; 227 ; 307 ;
313 ; 327 ; 331 ; 335 ; 402.

Lié

Gains/pertes – au contrat : 235 ;
257.

Demande – à un Comportement
contraignant : 120 ; 127 ; 186.

Ligne à ligne

Contreparties – : 20 ; 230.

LME : 61 ; 124 ; 215 ; 304 ; 356.

– M –

MARC

- (sous forme) d'Arbitrage : 319 ; 323 ; 327.
- (sous forme) de Conciliation : 323 ; 327.
- (sous forme) de Médiation : 21 ; 319 ; 323 ; 327.

Marché

Équilibre sur le – : V. Equilibre.
Pouvoir de – : V. Pouvoir.

Matelas à eau (waterbed effect) : 268 ; 290 ; 433.

Ministre de l'Économie (Autorité publique)

Intervention du – :
Efficace : 339-346.
Justifiée : 330-338.
Légitime : 331.
Pouvoirs du – : 331-345.

Mise en œuvre

- du Contrat (et ses clauses) : 20 ; 120 ; 180 ; 227 ; 263 ; 264 ; 275 ; 283 ; 284 ; 368 ; 385 ; 404 ; 413.
- Coûts de – des sanctions : 361-363 ; 381-439.

Modification

- du Contrat par le Juge, par l'Administration : 6 ; 13 ; 308 ; 313 ; 373 ; 402 ; 406 ; 410 ; 412.

Montant

- de l'Amende : 342 ; 354-358 ; 369 ; 384-388.
- de l'Astreinte : 395-398.
- des Dommages et intérêts : 426 ; 430-433.
- de l'Indu : 409 ; 413.
- des Restitutions après nullité : 405.

Morale : 5 ; 7 ; 15 ; 18 ; 137 ; 185 ; 215 ; 247 ; 303 ; 307 ; 355.

– N –

Name and shame : 69 ; 344 ; 382 ; 391.

Nécessaire

Sanction – : 364-369.

Négociation

- Conflictuelle : 115 ; 138 ; 139.
- Coopérative, concertative : 116 ; 138 ; 139 ; 148 ; 153-154.
- Distributive : 16 ; 139 ; 148 ; 214.
- Effective : 24 ; 27 ; 28 ; 45 ; 150-186.
- Faussée : 152 ; 161 ; 163.
- Forcée : 163 ; 164 ; 180.
- Libre : 11 ; 142 ; 147.
- Possible : 148.

Non bis in idem

Principe – : 378.

Nullité

- Absolue : 402.
- de la Clause : 401-406.
- du Contrat : 401-406.
- Relative : 402.

– O –

Obligation

(au sens) Contenu du contrat : 226-228.

Opposition

– d'une Partie aux demandes de l'autre : 49 ; 69 ; 72 ; 87 ; 92 ; 106 ; 116 ; 120 ; 126 ; 130 ; 148 ; 180-186 ; 199.

Opportunisme

V. Comportement.

Optimum

– de Pareto : 207 ; 208 ; 212 ; 241 ; 301 ; 410 ; 425.
– Optimorum : 406 ; 410.

Option

– de Sortie / de Réserve : 70 ; 74 ; 139 ; 191 ; 198 ; 224 ; 234 ; 241-244 ; 254 ; 256-258 ; 266 ; 275 ; 286 ; 443.

Ordonnance

– 1er décembre 1986 : 8 ; 11 ; 42 ; 61.
– 10 février 2016 : 10 ; 25 ; 402.
– 24 avril 2019 : 8 ; 11 ; 227 ; 326 ; 385 ; 402.

Ordre public

– Collectif : 280.
– de Direction : 280.

– de Protection : 280.
– Économique : 279-282 ; 337 ; 343-345.

– P –

Pareto, parétienne

V. Économie.
Efficacité au sens de – : 211 ; 241.
Optimum de – : V. Optimum.

Partage

– du Surplus : 221 ; 241-243.

Peine : 344 ; 348 ; 378 ; 388 ; 395 ; 437.

– Pénale : 354 ; 357 ; 378 ; 388.
* Emprisonnement : 354 ; 358 ; 366 ; 447.
* Disqualification : 354 ; 358 ; 447.

Per se

Analyse, Sanction – : 20 ; 233 ; 235 ; 246 ; 256 ; 260 ; 261 ; 289 ; 387.

Perte

– de Chance : 116 ; 430 ; 433 ; 437.
– Direct : V. Gain.

Pouvoir

– d'Achat : 64 ; 91 ; 396.
– de Contrainte, Contraignant : 33 ; 34 ; 99 ; 116.
– Économique : 18 ; 28 ; 33-60.
– Évolutif : 190-192.
– Exorbitant : 331 ; 335 ; 378.

- de Marché : 36 ; 62 ; 66 ; 91 ; 206 ; 207 ; 301 ; 305 ; 363.
- de Négociation : 36-40 ; 49 ; 55-57 ; 59 ; 60-84 ; 86-95 ; 102 ; 103 ; 137 ; 142 ; 147 ; 174 ; 185 ; 189-200 ; 202 ; 242 ; 372 ; 406.
- de Soumission : 29-33 ; 48-50 ; 52 ; 56 ; 69 ; 74 ; 82 ; 85-92 ; 95 ; 101-103 ; 105-111 ; 126-127 ; 132-134 ; 146-150 ; 160-167 ; 184-190 ; 195 ; 198-201 ; 323 ; 327 ; 442.

Pratique

- par opp. à Clause : 226.

Préjudice

Calcul du – : 433.

Présomption

- de Contrainte : 98-99.
 - de Déséquilibre d'une Clause : 248 ; 274 ; 279 ; 290.
 - de Déséquilibre du Contrat : 244 ; 257-258 ; 274 ; 279 ; 290 ; 443.
- Double – : 102.
- d'Innocence : 378.
 - de Pouvoir de soumission : 39 ; 109.
 - de la Pratique pour les contrats futurs : 419.
 - de l'Équilibre du rapport de force : 87.
 - de Soumission : 43-46 ; 101-102 ; 108-109 ; 111 ; 309.

Preuve

Charge de la – : 27 ; 43 ; 45 ; 87 ; 98 ; 99 ; 102 ; 109 ; 143 ; 181 ; 235 ; 255 ; 257 ; 279 ; 284.

Principe

- d'une Clause (par opp. à son contenu) : 158 ; 185 ; 227 ; 409.
- de l'Égalité des armes : 333 ; 378.
- de la Légalité des délits et des peines : 227 ; 378.
- de Nécessité : 128 ; 369 ; 378 ; 395.
- de Personnalité des peines : 373 ; 378.
- de Proportionnalité : 8 ; 128 ; 186 ; 251 ; 378 ; 395.

Prix

Calcul du – : 10 ; 206-207 ; 227 ; 235 ; 291 ; 304 ; 409 ; 414.

Probabilité

- de Condamnation : 351-353 ; 357-359 ; 377 ; 386 ; 388 ; 433.
- de Détection : 72 ; 351-353 ; 357-359 ; 365 ; 377 ; 386 ; 388 ; 433.

Procès

Coûts du – : 302 ; 317 ; 319 ; 327 ; 425.

- Équitable : 378.

Profit

- Espéré, escompté : V. Gain.
- Illicite : V. Gain.

Proportion, proportionné

Pour apprécier une clause – : 251.
Sanction – : 369 ; 377-379.

Protection

– de la Partie faible : 11 ; 95 ;
215 ; 247 ; 280 ; 303.

Publication

Décision de – : 390-393.
Injonction de – : 392.

Punition, punitif

Effet – : 125 ; 385 ; 392.
V. Peine.

– R –

Raisonnable

Jugement fondé sur une analyse
– de la volonté des parties : 308-
309 ; 313 ; 445.

Rapport

– de force et ses effets sur la
négociation : 5 ; 8 ; 28 ; 38 ; 42-49 ;
56-58 ; 86-92 ; 101-103 ; 107-110 ;
115 ; 119 ; 139 ; 142-146 ; 187 ;
190-191 ; 193-199 ; 215 ; 241 ;
247 ; 419.

Rawls

Théorie de – : 410.

Réallocation

– des Dotations, Ressources : 212 ;
363 ; 372 ; 409-410.

Réciprocité

– des Contreparties, Concessions :
252.

Rééquilibrage

– du Contrat : 45 ; 228 ; 230-231 ;
245-246 ; 257 ; 290 ; 443.

Règle de raison : 255 ; 261 ; 289.

Réglementation

(au sens) Facteur de pouvoir : 61.

Renégociation

– du Contrat : 191 ; 241 ; 406 ;
412 ; 419 ; 447.

Rentabilité

– des pratiques contractuelles, du
Contrat : 120 ; 128 ; 199 ; 223 ;
231 ; 233 ; 235 ; 246 ; 256 ; 263.

Rente

– Individuelle : V. Surplus.
– Économique : 241.

Réparation

V. Dommages et intérêts.

Responsabilité

– Civile : 302 ; 305 ; 355 ; 358 ;
362 ; 384 ; 386 ; 423 ; 425 ; 428 ;
430.
– Pénale : 355.

Ressources

V. (Re)Allocation.

– Effective : 101 ; 107 ; 109-111 ;
126 ; 133-200.
Pouvoir de – : V. Pouvoir.

Restitution

– (ou Répétition) de l'Indu : 408-
413.
– après Nullité : 233 ; 373 ; 388 ;
402-405.

Suppression

– du Déséquilibre dans le contrat :
374 ; 380 ; 400-421 ; 439.

Rétroactivité

– comme effet d'une Sanction :
345 ; 387 ; 400 ; 402-406 ; 416 ;
419 ; 433 ; 436.

Surplus

– Collectif : 74 ; 221 ; 240-243 ;
254 ; 406 ; 443.
– du Consommateur : 205 ; 206 ;
374.
– Contractuel : 137 ; 164 ; 199 ;
233-234 ; 236 ; 275 ; 288 ; 406.
– Individuel : 74 ; 221-224 ; 241-
243 ; 254 ; 263-266 ; 275.

Risque

Aversion au – : 70 ; 72 ; 317 ; 353.
Neutre au – : 72 ; 351-353 ; 358.
Risquophile : 353 ; 358 ; 386.

Surprofit : 352 ; 425.

– S –

– T –

Sanction

– Attendue : 351-353 ; 358.
– Efficace : 295 ; 296 ; 358 ; 36-
378 ; 381.
– Optimale : 294 ; 348 ; 351-358 ;
362-366.

Tentative

– de Contrainte : 97 ; 115-116.
– Soumission : 28 ; 118-130.

Sécurité juridique : 3 ; 6 ; 7 ; 10-14 ;
134 ; 160 ; 174 ; 215 ; 231 ; 281 ; 284 ;
289 ; 304 ; 307 ; 395 ; 417 ; 441.

Théorème

– du Bien-être : V. Économie du
bien-être.

Solidarisme

– Contractuel : 5 ; 303.

Théorie

– des Jeux : 16 ; 28 ; 37 ; 71 ; 115 ;
137-139 ; 169 ; 214 ; 241 ; 242 ;
319.
– de l'Utile et du Juste : 5 ; 215.

Soumission**Transfert**

– du Gain : 268 ; 352 ; 406 ; 433.

- de la Perte : 269 ; 282 ; 288 ;
336 ; 358 ; 363-364 ; 373.
- entre les Parties : 336 ; 352 ;
358 ; 363-364 ; 406 ; 424 ; 432.

– U –

Utile et le juste : V. Théorie.

Utilitarisme, utilitariste : 15 ; 98 ; 210 ;
348 ; 406 ; 410.

– V –

Vérifiable

Contreparties, indices – : 236 ;
258 ; 443.

Violence, violent

Comportement (non) – : 10 ; 16 ;
26 ; 50 ; 116 ; 127 ; 157 ; 164 ;
177-178 ; 182 ; 185.

Volonté

Autonomie de la – : V. Autonomie.
– des Parties au contrat : 1 ; 16 ;
21 ; 109 ; 133 ; 139 ; 152 ; 164 ;
166 ; 174 ; 181 ; 188 ; 191 ; 199 ;
200 ; 214 ; 215 ; 230 ; 245 ; 247 ;
255 ; 302 ; 303 ; 306-315 ; 323 ;
326-328 ; 402 ; 405-406 ; 410 ;
445.

BIBLIOGRAPHIE ET JURISPRUDENCE

I - OUVRAGES GÉNÉRAUX

A. OUVRAGES JURIDIQUES

- J.-B. BLAISE, R. DESGORCES, Droit des affaires, LGDJ, 2021.
- F. BUY, M. LAMOUREUX, J.-C. RODA, « Droit de la distribution », LGDJ, 2017.
- M. CHAGNY, B. DEFFAINS, Réparation des dommages concurrentiels, Dalloz, 2015.
- A. DECOCQ et M. PEDAMON, L'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, Litec, 1987.
- M. FABRE-MAGNAN, Droit des obligations, t. 1 : Contrat et engagement unilatéral, 4e éd., PUF, 2016.
- J. FLOUR, J.L. AUBERT, E. SAVAUX, « Les obligations », t. 1. L'acte juridique, 11^e éd., Armand Collin, coll. U, 2004.
- A. FOUILLÉE, Le socialisme et la sociologie réformatrice, 4e éd., Félix Alcan, Paris, 1909.
- J. GHESTIN, L'utile et le juste dans les contrats, D., 1982.
- J. GHESTIN, Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes, LGDJ, 2001.
- J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.M. SERINET, La formation du contrat, Lextenso, t. 1, 4^e éd., 2013.
- L. GODARD, Droits des pratiques anticoncurrentielles et des pratiques restrictives de concurrence, Bruylant, 2021.
- H. HADJ-AÏSSA, Le déséquilibre significatif dans les relations commerciales, Analyse critique du contentieux, Bruylant, 2022.
- C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), La nouvelle crise du contrat, coll. Thèmes et Documentaires, Dalloz, 2003.
- D. LAPENNA, Le pouvoir de vie et de mort. Souveraineté et peine capitale, PUF, 2011.
- G. LARDEUX (dir.), L'efficacité du contrat, Dalloz, juin 2010.
- J. LARGUIER, Le droit pénal, PUF, 2005.
- M. L. LAROMBIÈRE, Théorie et pratique des obligations, n^o 1, 1885.
- P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, Droit des obligations, LexisNexis, coll. Manuels, 14e éd., 2017.
- D. MAZEAUD, F. CHABAS, Leçons de droit civil, t. 3, 2e vol., 7e éd., 1987.
- M. MEKKI, L. CADIET, C. GRIMALDI (dir.), La preuve : regards croisés, Dalloz, mars 2015.
- J. MESTRE, Les principales clauses des contrats d'affaires, LGDJ, 2e éd., 2018.
- R. SALEILLES, De la déclaration de volonté, Pichon, 1901.
- T. SCHREPEL, Pour une suppression en droit de la concurrence des restrictions par objet : l'innovation juridique peut aussi être conceptuelle, Larcier, 2019.
- R. SEROUSSI (dir.), Introduction aux droits anglais et américain, Dunod, 2011.
- P. SIMLER, La nullité partielle des actes juridiques, LGDJ, 1969.
- A. SUPIOT, M. DELMAS-MARTY, Prendre la responsabilité au sérieux, PUF, 2015.
- D. TERRÉ (dir.), Les questions morales du droit, PUF, 2007.
- P. LE TOURNEAU, La responsabilité civile, PUF, 2003.

- P. LE TOURNEAU (dir.), Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz Action, 2014/2015.
- P. LE TOURNEAU (dir.), Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz Action, 2023/2024.

B. OUVRAGES ÉCONOMIQUES

- M. ALAIN (dir.), Diagnostic de la performance de l'entreprise. Concepts et méthodes, Dunod, 2012.
- K. ARROW, Les limites de l'organisation, PUF, 1976.
- A. ASENSIO, Le Fonctionnement des économies de marché. Micro et macroéconomie de l'équilibre général, De Boeck Supérieur, 2008.
- L. BELLENGER, La négociation, PUF, 2017.
- E. BENICOURT, B. GUERRIEN, La théorie économique néoclassique. Microéconomie, macroéconomie et théorie des jeux, La Découverte, 2008.
- A. BERAUD, Nouvelle histoire de la pensée économique, Vol. 2., Des premiers mouvements socialistes aux néoclassiques, La Découverte, 1993.
- A. BERNARD DE RAYMOND, P.-M. CHAUVIN, Sociologie économique : Histoire et courants contemporains, Armand Colin, 2014.
- A. BOZIO, J. GRENET, Économie des politiques publiques, La Découverte, 2017.
- F. BRULHART, C. FAVOREU, S. GHERRA, Stratégie, Dunod, 2015.
- G. CALABRESI, The Costs of Accidents, a legal and economic analysis, Yale University Press, 1970.
- M. CHAGNY, B. DEFFAINS, Réparation des dommages concurrentiels, Dalloz, 2015.
- C. CHAMBOLLE, Économie de la distribution, La Découverte, 2003.
- F. COCULA, Introduction générale à la gestion, Dunod, 2014.
- J.C. DROUIN (dir.), Les grands économistes, PUF, 2012.
- F. ETNER (dir.), Microéconomie, PUF, 2012.
- M.A. FRISON-ROCHE (dir.), Droit et économie de la régulation. Les engagements dans les systèmes de régulation, Presses de Sciences Po, 2006.
- J. K. GALBRAITH, American Capitalism: The Concept of Countervailing Power, Boston, Houghton Miffl, 1952.
- J.P. GAYANT (dir.), Microéconomie, Dunod, 2019.
- C. JESSUA (dir.), Histoire de la théorie économique, PUF, 1991.
- M. LAKEHAL, Le grand livre de l'économie contemporaine, et des principaux faits de société, Références, Eyrolles, 2012.
- H. LEVREL, Les compensations écologiques, La Découverte, 2020.
- A. MENDEZ, Processus. Concepts et méthode pour l'analyse temporelle en sciences sociales, Academia Bruylant, Louvain La Neuve, 2010.
- A. MINGAT, P. SALMON, A. WOLFELSPERGER, Méthodologie économique, PUF, 1985.
- S. PARK, Les abus de puissance économique dans les relations commerciales déséquilibrées, L'Harmattan, 2018.
- J. RAWLS, A Theory of Justice, 1971.

- P. REY, J. TIROLE, La régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs, Rapport, La Documentation française, Paris, 2000.
- P. ROY, Les nouvelles stratégies concurrentielles, La Découverte, 2010.
- S. SAUSSIER, A. YVRANDE-BILLON, Économie des coûts de transaction, La Découverte, 2007.
- C. THUDEROZ (dir.), L'âge de la négociation collective, PUF, 2019.
- B. VIDAILLET, V. D'ESTAINOT, P. ABECASSIS, La décision. Une approche pluridisciplinaire des processus de choix, De Boeck Supérieur, 2005.
- M. YILDIZOGLU, Introduction à la théorie des jeux. Manuel et exercices corrigés, Dunod, 2011.

II – OUVRAGES SPÉCIAUX ET THÈSES

A. OUVRAGES ET THÈSES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

- CENTRE DU DROIT DE L'ENTREPRISE DE LA FACULTE DE DROIT DE MONTPELLIER, Bilan des décisions judiciaires civiles et pénales (période du 1er janvier au 31 décembre 2022), dispo. en ligne.
- COMMISSION AD HOC, présidée par G. CANIVET et F. JENNY, « Pour une réforme du droit de la concurrence », Rapport du club des juristes, janvier 2018.
- COMMISSION AD HOC, présidée par M. NUSSENBAUM, « Le contrôle judiciaire du prix », Rapport du club des juristes, octobre 2021.
- COUR DE CASSATION, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », interv. M. J. CEDRAS, in Rapport annuel de la Cour de cassation, 2003.
- DGCCRF, Communiqué de presse. La DGCCRF demande à AMAZON le paiement d'une astreinte de 3,3 millions d'euros pour un retard dans la mise en conformité des conditions contractuelles sur Amazon.fr, Paris, 7 décembre 2022.
- DGCCRF, Le bilan de la jurisprudence civile, administrative et pénale 2020, dispo. sur le site : www.economie.gouv.fr.
- EUROPEAN COMPETITION AUTHORITIES, Groupe de travail ECA sur les sanctions, Les sanctions pécuniaires des entreprises en droit de la concurrence, Principes pour une convergence, 2008.
- J.M. FOLZ, C. RAYSSEGUIER, A. SCHAUB, E. CHANTREL, C. DE NAVACELLE, Rapport public : L'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles, 20 septembre 2010.
- GOUACHE AVOCATS, « Point d'étape sur la notion de déséquilibre significatif », jeudi 5 mars 2020, La lettre d'information de Gouache avocats, dispo. sur le site : <https://www.gouache.fr>.
- MINISTERE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES, Communiqué de presse n°1394, « Pratiques commerciales des plateformes numériques : Le tribunal de commerce de Paris sanctionne Amazon dans le cadre d'une procédure initiée par Bruno Le Maire et lui impose de revoir ses conditions générales d'utilisation », Paris, 4 septembre 2019.
- P. NORIGEON, « Cours magistral, Introduction à l'étude de l'environnement de la firme », Introduction à l'environnement de la firme L1AES, dispo. en ligne.

- OCDE, Table ronde sur les monopsones et le pouvoir d'achat (Monopsony and Buyer power, policy round tables), Comité de la concurrence, octobre 2008.
- OCDE, « Chapitre 5. Renforcer la politique de la concurrence », Études économiques de l'OCDE, vol. 11, n° 11, 2007.
- OCDE, « Chapitre 4. Renforcer la concurrence pour accroître l'efficacité et l'emploi », Études économiques de l'OCDE, vol. 5, n° 5, 2009.
- OCDE, « Les régimes de protection et les présomptions légales en droit de la concurrence », Note de référence du Secrétariat, 5-6 décembre 2017.
- J.E.M. PORTALIS, Discours préliminaire sur le projet de Code civil (extrait de ce discours, présenté le 1er pluviôse an IX), 1801.
- PREFET DU VAL DE MARNE, Communiqué de presse : « Transaction entre la Direction départementale de la protection des populations (DDPP) du Val-de-Marne et le Crédit Foncier de France concernant des clauses insérées au sein de contrats de prêts immobiliers », Créteil, 15 avril 2022.
- G. REINESCH, Initiation au raisonnement micro-économique et à l'analyse économique du droit, Univ. du Luxembourg, janv. 2020.
- F. ROCHELANDET, « Chapitre 1 : La théorie économique des droits de propriété », in Cours, Économie du droit, 2008-2009, à destination des étudiants de licence 3e année, Université Paris-Sud, p. 1, dispo. sur le site : <http://fabrice.rochelandet.free.fr>.
- TIESS, « L'analyse coût-avantage (ACA) », Fiche de synthèse, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, dispo. sur le site : <https://tiess.ca>.

- D. ALLAND, S. RIALS, Dictionnaire de la culture juridique, PUF, 2003.
- G. CORNU, Vocabulaire juridique, 14e éd., PUF, 2022.
- Dalloz, Lexique des termes juridiques, 2014, 21e édition.
- Dalloz, Lexique des termes juridiques, 2023, 30e édition.
- OCDE, Glossaire d'Économie industrielle et de droit de la concurrence, Centre pour la coopération avec les économies européennes en transition, 1993.

- A. APEL, Les amendes en droit français et en droit européen des pratiques anticoncurrentielles, th. Univ. Sorbonne, 2019.
- A. ARSAC-RIBEYROLLE, Essai sur la notion d'économie du contrat, th. Univ. d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2005
- S. CHAUDOUET, Le déséquilibre significatif, th. Univ. Montpellier, 2018.
- N. DELORD, « Puissance d'achat et concurrence dans la grande distribution », th., Univ. Nancy 2, 2007.
- C. FREYTAG, La puissance d'achat en droit européen de la concurrence, Contextes européen, français et allemand, th. Univ. Hambourg, 26 juin 2014.
- F.S. GIAOUI, Indemnisation du préjudice économique en cas d'inexécution contractuelle : Étude comparative en Common Law américaine, droit civil français et droit commercial international, Application aux avant-contrats, atteintes à la réputation commerciale et activités sans base établie, Th. Univ. Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 7 septembre 2018.
- H. HADJ-AÏSSA, Contribution critique à l'étude du déséquilibre significatif au sens de L. 442-1 du Code de commerce, th. Univ. Nancy, 2019.

- F. JACOMINO, Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel, Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence, th. Univ. Côte d'Azur, 2018.
- S. JOST, La théorie des coûts de transaction de Williamson et la surveillance des banques dans l'UE, master, Univ. Genève, 2004.
- Y. PICOD, Le Devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, th. droit, 1987.
- A. PORTUESE, Le principe d'efficacité économique dans la jurisprudence européenne, th. Univ. Panthéon-Assas, 2012.
- J. C. TISSERAND, Essais sur l'analyse économique de la négociation, th. Univ. de Franche Comté, 2016.
- G. ZAMBRANO, L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions au droit de la concurrence : Étude du contentieux français devant le Tribunal de Commerce de Paris, th. Univ. Montpellier 1, 2012.

B. OUVRAGES EXTRA-JURIDIQUES

- M. KUNDERA, L'insoutenable légèreté de l'être, Folio, 2020.
- MARQUIS DE SADE, Justine ou les malheurs de la vertu, 1791.

III – ÉTUDES ET ARTICLES

A. ÉTUDES ET ARTICLES JURIDIQUES

- N. AÏT-KACIMI, « Les sociétés cotées sanctionnées par l'AMF le sont aussi par les investisseurs. Plus que l'amende, c'est sa médiatisation qui affecte la réputation de l'entreprise », 16 juin 2015, dispo. sur le site : <https://www.lesechos.fr>.
- P. ARHEL, « Accords de distribution : droit de la concurrence », Répertoire de droit commercial, octobre 2022.
- M. BANDRAC, « L'action donnée au ministre de l'Économie et des Finances (art. L. 442-6-III c. com.) face à l'article 6 de la Convention EDH », Recueil Dalloz, 2007.
- V. BARBE, « Chapitre 12 – Les droits du justiciable, garanties des libertés fondamentales », Droit des libertés fondamentales, Lextenso, août 2023.
- H. BARBIER :
 - « Les avancées du contrôle de l'adéquation du prix à la prestation du contrat via la sanction des clauses abusives », RTD civ., 2017.
 - « Le point sur la charge et les modes de preuve de l'absence de négociabilité des clauses d'un contrat », RTD civ., 2020.
- H. BARBIER. F. STASIAK, « Transmission d'une amende civile à la société absorbante : la fusion n'est qu'un changement d'état », Lexbase pénal, novembre 2019.
- M. BEHAR-TOUCHAIS :
 - « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », LPA, 20 novembre 2002.
 - « Le pouvoir du ministre de faire respecter l'article L. 442-6 du Code de commerce et les prestations commerciales fictives », RDC, 2006, n°2.

- « Le choc des Titans : Existe-t-il des fournisseurs assez puissants pour contrebalancer la puissance d'achat de la grande distribution ? », Mélanges Philippe Le Tourneau, LGDJ, 2008.
- « b) La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels », RDC, 2009, n°1.
- « Première sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce va-t-il devenir une machine à hacher le droit ? », RLC, 2010.
- « a) l'amende civile prévue à l'article L.442-6, III du Code de commerce est bien répressive », RDC, 2011, n°2.
- « Quand le tribunal de commerce d'Évry fait mentir les prévisions : certaines clauses résistent au déséquilibre significatif », RDC, 2013, n°3.
- « Le name and shame ou le retour de l'infamie », RDC, 2013, n°4.
- « Quand la cour d'appel de Paris tente de systématiser le déséquilibre significatif », RDC, 2014, n°02.
- « Quand les juges du second degré viennent contenir le déséquilibre significatif », RDC, 2014, n°03.
- « Quelques pistes pour l'amélioration du droit des pratiques restrictives de concurrence », Revue Lamy de la concurrence, n° 38, 1er janvier 2014.
- « L'amende civile devant le Parlement ou le vote à l'aveugle ! », RDC, 2015, n°3.
- « Le mythe de Sisyphe, revu et corrigé par le déséquilibre significatif », RDC, 2015, n°1.
- « Et si l'action du ministre fondée sur l'article L. 442-6, III, du Code de commerce n'était ni contractuelle, ni délictuelle au sens des règlements Bruxelles I, Rome I et Rome II ? », RDC, 2015, n°4.
- « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », JCP, 21 mai 2015.
- « Premières décisions de la Cour de cassation sur le déséquilibre significatif », RDC, 2015, n°03.
- « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », La Semaine Juridique, édition générale, n° 14, 4 avril 2016.
- « Du nouveau sur la condition de soumission à un déséquilibre significatif », LEDICO, 2017.
- « Le nouveau théorème d'Archimède : des partenaires qui sont réciproquement incontournables négocient librement, et échappent tous deux au déséquilibre significatif », RDC, 2017, n°1.
- « La judiciarisation des négociations commerciales », LEDICO, mars 2017.
- « Déséquilibre significatif - La prise de pouvoir du juge sur les négociations commerciales. À propos de l'arrêt Galec », La Semaine Juridique, Édition Générale n° 10, 6 mars 2017, doctr. 255.
- « Les fournisseurs non soumis à la grande distribution existent (à propos de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 20 décembre 2017) ! », RDC, 2018, n°2.
- « L'impérativité internationale en droit de la concurrence », colloque sur l'impérativité internationale, Cour de cassation 2018.

- « La condition de soumission à un déséquilibre significatif : “le ministre contre-attaque” », LEDICO, 2018.
- « L'expansion stoppée de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce sur le déséquilibre significatif », RDC, 2018, n°1.
- « Déséquilibre significatif et avantage sans contrepartie : le nouvel article L. 442-1 du Code de commerce », LEDICO, 2019.
- « La possibilité effective de ne pas conclure un contrat écarte toute soumission à un déséquilibre significatif », LEDICO, 2019.
- « Les éléments de preuve anonymisés sont-ils vraiment une preuve loyale ? », LEDICO, 2019.
- « Les différentes pratiques restrictives de concurrence dans les ordonnances du 24 avril 2019 », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 29, 18 juillet 2019.
- « Le nouveau déséquilibre significatif », RDC, 2019, n°4.
- « Le contrôle de la lésion en droit commercial, avec l'interdiction de l'avantage disproportionné », RDC, 2019, n°4.
- « Le contrôle des prix après la décision du Conseil constitutionnel, la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre », à propos du Cons. const., 30 nov. 2018, n° 2018-749 QPC, RDC, 2019, n°1.
- « La mise en œuvre du nouvel article L. 442-4 du Code de commerce », RDC, 2019, n°4.
- « Droit de la concurrence - Les nouvelles protections de l'autonomie du commerçant dans la concurrence, Le droit français de la concurrence est-il devenu trop rigide ? », Contrats Concurrence Consommation, n° 6, juin 2019.
- « Soumettre ou ne pas soumettre, telle est la question », RDC, 2020, n°1.
- « Quand un grand distributeur est victime d'un abus de position dominante de son fournisseur », LEDICO, 2020.
- « La notion de soumission dans le réseau de franchise Subway : confusion entre le caractère incontournable du partenaire et sa position dominante », LEDICO, 2020.
- « Absence de soumission d'un distributeur agréé en position de force à l'égard de la tête de réseau », LEDICO, 2020.
- « L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce qualifié de loi de police par la Cour de cassation », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 41, 8 octobre 2020.
- « Le pouvoir de la DGCCRF de prononcer et liquider des astreintes d'1 % du chiffre d'affaires arrive ! », LEDICO, 2020.
- « Le contrôle judiciaire du prix ne s'effectue pas en dehors du déséquilibre significatif ! », LEDICO, 2021.
- « La nécessité de tenir compte de la rentabilité du contrat dans l'analyse du déséquilibre significatif ou de la disproportion », in Mélanges en l'honneur du Professeur Gilbert Parléani, IRJS Éditions, septembre 2021.
- « La rentabilité de panneaux photovoltaïques n'est prise en compte que si elle est entrée dans le champ contractuel », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 3, 21 Janvier 2021.

- « De l'oubli par les juges du caractère d'action publique répressive de l'action du ministre », LEDICO, 2022.
- « Attention à la confusion quant à la notion si importante de soumission ! », LEDICO, 2022.
- « Contrats et obligations - La résolution du conflit des textes sur le déséquilibre significatif. À propos du non-cumul entre l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce et l'article 1171 du Code civil », La Semaine Juridique, édition générale n° 15, 18 avril 2022, doct. 494.
- « Le déséquilibre significatif des contraintes tarifaires imposées par Google sur la plateforme Google Play », LEDICO, 2022.
- « La soumission des 700 000 développeurs en France de la plateforme Google Play », LEDICO, 2022.
- « Une réduction de prix imposée à l'autre partie est passible de l'article L. 442-6, I, 1°, du Code de commerce », LEDICO, 2023.
- « Du bon sens sur la tentative de soumission mais des œillères sur la puissance des grands fournisseurs », LEDICO, 2023.
- « L'action du ministre n'est pas une action en matière civile ou commerciale », LEDICO, février 2023, n°2.
- « Nature publique de l'action du ministre en matière de pratiques restrictives de concurrence – CJUE, 22 déc. 2022, aff. Eurelec », La semaine juridique Entreprise et Affaires n°06, 9 février 2023.
- « Recevabilité des preuves et CESDH, à propos de CA Paris, 15 mars 2023, n°21/1322 », CA Paris, 15 mars 2023, n°21/13481, LEDICO, juin 2023, n°6.
- « Concurrence - Plaidoyer pour un double revirement de jurisprudence sur l'influence des appels d'offres sur la rupture brutale des relations commerciales », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 38, 21 septembre 2023.
- M. BEHAR-TOUCHAIS, C. GRIMALDI, « La loi Descrozaille dite "Egalim 3" ou la victoire des fournisseurs contre les distributeurs », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°22, juin 2023.
- S. BERNHEIM-DESVAUX, « La rentabilité économique peut être une caractéristique essentielle de l'installation photovoltaïque. », Contrats Concurrence Consommation n° 1, Janvier 2021, comm. 17.
- O. BINDER, F. MIGNON, « Communiqué de la DGCCRF du 8 mars 2016 : Décryptage des clauses identifiées comme susceptibles de créer un déséquilibre significatif en faveur du franchiseur, dans les contrats de franchise de restauration rapide et à thème », 18 mai 2016, Herald Avocats, dispo. sur le site <https://www.lexology.com>.
- N. BLANC, « L'équilibre du contrat d'adhésion », RDC, 2019.
- H. BOUCARD, « Responsabilité contractuelle – Teneur du préjudice contractuel », Répertoire de droit civil, juillet 2018.
- M. BOUDOU, « De l'importance du contrôle du juge judiciaire dans la police des pratiques restrictives : l'équilibre du jugement du 13 octobre 2020 dans le contentieux Subway », Revue Lamy de la concurrence, n°101, 1er janvier 2021.
- M. BRILLE-CHAMPAU, Retour sur le faisceau d'indices, Focus sur..., Dalloz Actu Étudiant, 22 avril 2021.

- D. BUREAU, « L'action du ministre chargé de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence : l'impérativité réactivée ? » Revue critique de droit international privé, 2020.
- F. BUY :
 - « La Cour de cassation autorise un contrôle judiciaire du prix en application de l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce », Recueil Dalloz, 2017.
 - « La (décevante) réforme du droit des relations commerciales », Recueil Dalloz, 2019.
 - « Oui au contrôle judiciaire du prix ! », AJ contrat, 2019.
 - « Mise au point en matière de déséquilibre significatif : la soumission ne se présume pas », AJ contrat, 2020.
 - « La modification unilatérale à l'épreuve des pratiques commerciales déloyales », AJ contrat, 2020.
- P. CAHUC, S. CARCILLO, Les juges et l'économie : une défiance française, institut Montaigne, décembre 2012.
- C. CAILLÉ, « Échange », Répertoire de droit civil, Dalloz, janvier 2015.
- G. CANIVET, « La place des économistes dans les organes d'application du droit de la concurrence – Retour sur un malaise existentiel », Concurrences, mai 2019.
- G. CAROFF, « L'action des brigades LME de la DGCCRF en matière de pratiques restrictives de concurrence », Revue Lamy de la concurrence, n° 55, 1er novembre 2016.
- P. CASSON, « Dommages et intérêts – Évaluation judiciaire des dommages et intérêts », Répertoire de droit civil, février 2017.
- G. CATTALANO-CLOAREC, « Le déséquilibre significatif, un mécanisme à deux visages », LEDC, mars 2017, n°3.
- N. CAYROL, « Action en justice – Intérêt direct et personnel », Répertoire de procédure civile, juin 2019.
- M. CHAGNY :
 - « De l'abus de la relation de dépendance au déséquilibre significatif », Approches plurielles du déséquilibre significatif, Revue Concurrences, n° 2, 2011.
 - « Vers un droit européen des pratiques commerciales déloyales entre professionnels : la méthode des "petits pas" », RTD com., 2014.
 - « Condamnation de ristournes de fin d'année sur le fondement de la règle sur le déséquilibre significatif », à propos de CA Paris, 1er juillet 2015, n°13/19251, AJCA, 2015.
 - « Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la réforme du droit commun des contrats », RTD com., 2016.
 - « La démonstration du déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties », RTD com., 2017.
 - « Vers un principe d'interprétation stricte du droit des pratiques restrictives et son exclusion des relations hors marché », RTD com., 2018.
 - « D'une exigence d'absence de déséquilibre significatif à un impératif d'équilibre ? », RTD com., 2018.
 - « Les pratiques visées par la règle sur le déséquilibre significatif », RTD com., 2018.

- « Un texte pour la nullité ? Quand la réforme du droit commun des contrats appelle celle du droit spécial des pratiques restrictives de concurrence », RDC, 2018, n°1.
- « Vers une démonstration plus exigeante du comportement consistant à “soumettre ou tenter de soumettre” », RTD com., 2020.
- « Droit des pratiques restrictives de concurrence et droit de la concurrence déloyale », RTD com., 2021.
- « Action en nullité exercée par la victime d'un déséquilibre significatif : la messe est dite ? », RTD com., 2021.
- « Pratiques anticoncurrentielles, pratiques restrictives et concentrations : quels rapports ? », Contrats Concurrence Consommation, n°3, mars 2023, dossier 3.
- G. CHANTEPIE :
 - « La lésion, entre désir et déni », AJ Contrat, 2018.
 - « La complémentarité de l'avantage sans contrepartie et du déséquilibre significatif, Cass. com., 11 janv. 2023, n°21-11.163 », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 07, 16 février 2023.
 - « EGALIM 3 : le droit des relations commerciales réformé à tâtons (Première partie : l'émiettement du droit des négociations commerciales) », Dalloz actualité, avril 2023.
- G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD :
 - « Déséquilibre significatif », Répert. droit com., Dalloz, mai 2019.
 - « Déséquilibre significatif », Répert. droit civ., Dalloz, version mai 2019 et janvier 2022.
- S. CHAUDOUET :
 - « Amende civile », Dictionnaire de droit de la concurrence, Concurrences, n°105800.
 - « Concurrence - Les foudres du déséquilibre significatif s'abattent sur Google », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 28, 14 juillet 2022.
 - « Validation par le Conseil constitutionnel d'un cumul sans limites des sanctions administratives », Recueil Dalloz, 2022.
 - « Le glas est sonné de la preuve anonymisée de la soumission à un déséquilibre significatif », Recueil Dalloz 2022.
- J.P. CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 al. 1 du code civil », RTD civ., 2001.
- R. CHEMAIN, « La relation juridique des GAFAs avec l'Union européenne », Rev. UE, 2023.
- E. CHEVRIER, « La résurrection de l'article L. 442-6, III, du code de commerce », Dalloz actualité, 11 juillet 2008.
- E. CLAUDEL, « Réformes du droit français de la concurrence : le grand jeu ? [1re partie] », RTD com., 2008.
- M. COMBOT, « Enrichissement injustifié et responsabilité civile », RDC, déc. 2019.
- A. DADOUN :
 - « Faut-il avoir peur du "déséquilibre significatif" dans les relations commerciales ? », LPA, 13 avril 2011.

- « L'obligation constitutionnelle de motivation des peines », Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, vol. 4, n°4, 2018.
- « Le spectre de l'adage "pas de nullité sans texte" en droit des contrats », RDC, 2018, p. 139.
- M.C. DALLE, « Présentation de la réforme de la responsabilité civile », JS, 2021.
- A. DEBOUZY, Après la réforme du droit des contrats, celle de la responsabilité civile est en marche, 28 octobre 2016, dispo. en ligne sur le site : www.august-debouzy.com.
- M. DEBROUX, « La sanction en droit de la concurrence, Nature, objectifs et composantes de la sanction : la nécessité d'un vrai débat », 1er avril 2011, dispo. sur le site : www.lepetitjuriste.fr.
- E. DIENY, « Concurrence - Déséquilibre significatif : sept ans après, a-t-on atteint l'âge de raison ? », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°51-52, 15 décembre 2015.
- N. DISSAUX, R. LOIR, « Avantage sans contrepartie : en avant toute ! », Recueil Dalloz, 2023.
- P. DOURNEAU-JOSETTE, « Convention européenne des droits de l'homme : jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Mars 2021.
- A. DUFFY-MEUNIER, « La constitutionnalisation de la liberté contractuelle », Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 2006, n° 6.
- É. FARNOUX, D. PORCHERON, « Les règlements européens digital markets et services acts (DMA-DSA) - Aspects de droit international privé - Propos introductifs », Dalloz, IP/IT, 2023.
- D. FENOUILLET, « Le juge et les clauses abusives », RDC, 2016.
- D. FERRIER, « Concurrence-Distribution janvier 2016 - décembre 2016 », Dalloz, 2016.
- E. FLAICHER-MANEVAL, « Déséquilibre significatif & procès-verbaux anonymisés, reconnaissance de la valeur probante de procès-verbaux anonymisés », 19 octobre 2019, dispo. sur le site : <https://cms.law>.
- A. FORTUNATO, « Le droit européen des pratiques commerciales déloyales entre entreprises s'enrichit d'une directive », AJ contrat, 2019.
- N. FOURNIER DE CROUY, « Consécration de la faute lucrative en droit commun : pourquoi ne dit-elle pas son nom ? Regard porté sur la constitutionnalité et l'efficacité de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile », LPA, 08 nov. 2017.
- S. Le GAC-PECH, « Que reste-t-il du principe de liberté contractuelle en droit de la distribution ? », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 4, 26 janvier 2017.
- P.Y. GAHDOUN, « Le Conseil constitutionnel et le contrat », Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 31 (Dossier : le droit des biens et des obligations), mars 2011.
- J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET., « La formation du contrat », Lextenso, novembre 2013.
- J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », Revue d'économie industrielle, 2000, n°92.
- E. GICQUIAUD, « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », RTD com., 2014.
- J.-B. GOUACHE, M. BEHAR-TOUCHAIS :
 - « Les apports de la loi SAPIN II du 9 décembre 2016 en matière de distribution », CCC, 6 juillet 2017, étude 7.

- « Actualité du droit de la franchise 2021 », Contrats Concurrence Consommation, n° 2, février 2022, étude 3.
- J.-C. GRALL, G. MALLÉN :
 - « Déséquilibre significatif : entre une affirmation progressive en droit des pratiques restrictives de concurrence et une apparition inédite en droit commun des obligations », Revue Lamy de la concurrence, n°56, décembre 2016.
 - « Affaire General Electric : La cour d'appel de Paris condamne General Electric à une amende de deux millions d'euros sur le fondement du déséquilibre significatif ! », juillet 2019, dispo. sur le site : <https://www.grall-legal.fr>.
- C. GRIMALDI :
 - « La sanction d'une clause créant un déséquilibre significatif », RDC, 2017, n° 1.
 - « Les Mousquetaires mouchent Bercy (I) : l'absence de soumission ou de tentative de soumission des fournisseurs », LEDICO, 2018.
 - « Vers un contrôle généralisé de la lésion en droit français ? », Recueil Dalloz, 2019.
 - « Comment interpréter la condition de "soumission" posée par l'article L. 442-6, I, 2° (devenu L. 442-1, I, 2°), du Code de commerce ? », RDC, 2019, n°04.
 - « Désormais, c'était clair : de la nullité des clauses créant un déséquilibre significatif sous l'empire de l'ancien article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce », à propos de Cass. com., 30 sept. 2020, n°18-25204, LEDICO, 2020.
 - « Précisions sur le moment d'appréciation de la soumission ou tentative de soumission », LEDICO, 2021.
 - « Pas d'option entre les mécanismes sanctionnant les déséquilibres significatifs », LEDICO, 2022.
 - « Les rôles du ministre de l'Économie dans la lutte contre les pratiques restrictives de concurrence », Revue lamy de la concurrence, n°113, février 2022.
 - « Que reste-t-il de la liberté contractuelle (à propos du Titre IV du Livre IV du Code de commerce) ? », Recueil Dalloz, 2023.
- C. GRYNFOGEL, « Fasc. 260 : Droit français des abus de domination. – Article L. 420-2 du Code de commerce », JurisClasseur Commercial, février 2017.
- E. GUEGAN, « Déséquilibre significatif : utiles précisions sur la preuve de la soumission ou tentative de soumission », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 25, 18 juin 2020.
- F. HOFFMANN, « Probabilité et droit de la concurrence », RFDA, 2011.
- E. HOUSSARD, « L'économie du contrat », Revue juridique de l'Ouest, 2002-1.
- D. HOUTCIEFF, « La cause et le déséquilibre », Gaz. Pal., 8 janv. 2019.
- C. JAMIN, « Que répondre à Éric Brousseau ? (Je n'ai presque rien à dire à un économiste) », Petites Affiches, 19 mai 2005, n°99.
- P. JOUARY, « La lésion dans le code civil de 1804. Étude sur l'influence du libéralisme économique sur le code civil », Droits, vol. 41, n° 1, 2005.
- J. JOURDAN-MARQUES, « Chronique d'arbitrage : l'arbitrage à l'épreuve du déséquilibre significatif », Dalloz actualités, 2020.
- L. JOSSERAND, « Le contrat dirigé », DH, 1933.

- F. KUTSCHER-PUIS, « Les enseignements allemands sur le déséquilibre significatif en droit des contrats commerciaux », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 6, juin 2015, étude 7.
- M. LAGELEE-HEYMANN, « Le “raisonnable” dans le nouveau droit des contrats », *RDC*, 2018.
- N. LAJNEF, « Le déséquilibre significatif dans les contrats d'affaires : cinq ans après. Bilan de l'application judiciaire de l'article L. 442-6-I-2° du Code de commerce », *RLC*, avril-juin 2014.
- M. LALONDE, « Le juste prix dans notre droit de la vente », *Les Cahiers de droit*, Volume 1, numéro 1, 1954.
- M. LATINA :
 - « Contrat : généralités », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2017.
 - « Clauses abusives : la réduction du champ d'application de l'article 1171 du Code civil », *LEDC*, mars 2022.
 - « Les mauvais coups portés par la chambre commerciale de la Cour de cassation à la lutte contre les clauses abusives », *RDC*, juin 2022.
- A. LECOURT :
 - « Le déséquilibre significatif : un instrument prétorien de régulation économique de la grande distribution », *Revue Lamy droit des affaires*, n°121, 1er décembre 2016.
 - « Le déséquilibre significatif : un instrument neutralisé hors de la grande distribution », *Revue Lamy droit des affaires*, n° 121, 1er décembre 2016.
 - « Article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce et article 1171 du code civil : exclusion ou complémentarité », *Revue Lamy droit des affaires*, n°121, 1er décembre 2016.
 - « La clause de conciliation préalable d'un pacte d'associés les invitant à coopérer de bonne foi et avec diligence pour trouver une solution amiable à leur conflit potentiel n'est pas contraignante », *RTD com.*, 2022.
- J.-J. LEMOULAND, G. PIETTE, J. HAUSER, « Ordre public et bonnes mœurs », *Répertoire de droit civil*, février 2019.
- C. L. DE LEYSSAS, M. CHAGNY, « Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique », *RDC*, 2009.
- I. LUC, « L'application judiciaire du déséquilibre significatif aux contrats d'affaires », *AJCA*, 2014.
- A. MALAN, « Le champ d'application dans l'espace des dispositions de la LME en matière de pratiques restrictives de concurrence – quelques observations sur une position récente de la DGCCRF », *Contrats Concurrence Consommation*, 2010, n°3, étude 4.
- M. MALAURIE-VIGNAL :
 - « La LME affirme la liberté de négociation et sanctionne le déséquilibre significatif », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 10, octobre 2008, comm. 238.
 - « Le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle ? », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 11, novembre 2008, doss. 5.

- « Déséquilibre significatif : faut-il opposer l'action en cessation et l'action en nullité et réparation, comme le fait l'arrêt de la cour d'appel de Paris ? », Contrats Concurrence Consommation, n° 3, mars 2014, comm. 63.
- « Contrat - Faut-il avoir peur du déséquilibre significatif ? », Contrats Concurrence Consommation, n° 7, juillet 2015, étude 9.
- A.C MARTIN, « Egalim 3 et dispositif expérimental en cas d'absence d'accord au 1er mars : un déséquilibre chasse l'autre ! », LEDICO mai 2023, n°5.
- F. MARTY, F. P. REIS, « Une approche critique du contrôle de l'exercice des pouvoirs privés économiques par l'abus de dépendance économique », Revue internationale de droit économique, vol. t. xxvii, n° 4, 2013.
- G. MÄSCH, « Un survol du régime du contrat d'adhésion en droit allemand », RDC, 2019.
- N. MATHEY :
 - « Nouvelles décisions sur le déséquilibre significatif », Contrats Concurrence Consommation, n° 3, mars 2012, comm. 62.
 - « Déséquilibre significatif - Grande distribution : appréciation du déséquilibre dans la convention de partenariat », Contrats Concurrence Consommation, n° 12, décembre 2016, comm. 253.
 - « La cour d'appel de Paris précise les conditions de régularité de la modification de la convention unique en cours d'année », à propos de CA Paris, 16 mai 2018, RG n° 17/11187, Contrats Concurrence Consommation, n°10, octobre 2018.
 - « Les dispositions de l'article L. 442-6 ancien sont des lois de police, Cass. com., 8 juill. 2020, n°17-31.536 », Contrats Concurrence Consommation, n°10, octobre 2020, com. 140.
 - « Coopération commerciale et ristournes », Contrats Concurrence Consommation, n° 5, mai 2021, comm. 81.
 - « Prise en compte de l'asymétrie d'information pour caractériser le déséquilibre significatif », Contrats Concurrence Consommation, n° 4, avril 2022, comm. 61.
 - « Preuve de la soumission et négociabilité des contrats conclus en ligne », Contrats Concurrence Consommation, n° 6, juin 2022, comm. 97.
 - « Pratiques restrictives de concurrence - Preuve et droit au procès équitable », Contrats Concurrence Consommation, n° 7, juillet 2022, comm. 117.
 - « Précisions sur la notion d'avantage et ses rapports avec le déséquilibre significatif », Contrats Concurrence Consommation, n° 3, mars 2023.
 - « Action du ministre contre les centrales d'achat localisées à l'étranger », Contrats Concurrence Consommation, n° 3, mars 2023, comm. 4.
 - « Egalim 3 : loi n° 2023-221 du 30 mars 2023 tendant à renforcer l'équilibre dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs », Contrats Concurrence Consommation, n° 8-9, août-septembre 2023, étude 8.
- D. MAZEAUD, mis à jour par M. LATINA, « Lésion », Répert. droit civ., Dalloz, avril 2018.
- D. MAZEAUD, « La révision du contrat », LPA, 30 juin 2005.
- D. MAZEAUD, T. GENICON, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », RDC, 2012.

- R. MESA, « Responsabilité civile - Précisions sur la notion de faute lucrative et son régime », La Semaine Juridique Édition Générale, n° 20-21, 21 mai 2012, doctr. 62.
- J. MESTRE, « L'économie du contrat », RTD civ., 1996.
- M.C. MITCHELL, T. DELANNOY, « Abus de puissance contractuelle et pratiques commerciales restrictives », AJCA, 2015.
- L. MOLINA, « Qui dit négociable, dit juste : le déséquilibre significatif en droit commercial », LEDC, octobre 2021.
- E. MOUIAL BASSILANA, « Fasc. 730 : Le déséquilibre significatif. Article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », JurisClasseur Concurrence – Consommation, Lexis360, 7 juillet 2015.
- C. MOULY-GUILLEMAUD, « Déséquilibre significatif et rupture brutale : variations introduites par la refonte du Titre IV du Livre IV du Code de commerce », Revue Lamy Droit civil, n° 172, 1er juillet 2019.
- S. NEROT, « 2e table ronde : Identifier les préjudices réparables, Une approche de la notion de préjudice économique », LPA, 04 Sept. 2017.
- M. NUSSENBAUM :
 - « Les aspects théoriques de la réparation du préjudice économique : Réparation intégrale et typologie des préjudices », cycle de conférences 2006-2007, Risques, assurances, responsabilités, Les limites de la réparation, La réparation du préjudice économique, jeudi 26 avril 2007, Cour de cassation.
 - « La réparation du préjudice économique – Restitution publique à la Cour de cassation le 26 avril 2007 des travaux du groupe de travail animé par Maurice Nussenbaum – dans le cadre du Cycle de limite du préjudice », 2009, Dalloz.
 - « L'impact, à travers la jurisprudence de la directive 2014/104/UE et de sa transposition (décret 2017/305), sur la réparation des préjudices privés », Contrats Concurrence Consommation n° 1, janvier 2021.
- G. PARLEANI, « Le devenir du déséquilibre significatif », AJCA - Concurrence – Distribution, 2014.
- C. PECNARD, G. ROBIC, « Lutte contre les pratiques déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire : les recommandations de la Commission européenne à la lumière de l'expérience française », AJCA, 2014.
- J.D. PELLIER, « De la distinction entre la nullité et le réputé non-écrit », à propos de Cass. civ, 13 mars 2019, n°17-23.169, 01 avril 2019, dispo. sur le site : <https://www.dalloz-actualite.fr>.
- J.B. PERRIER, « Déséquilibre significatif : le droit “quasi pénal” de la concurrence conforme au principe de légalité », à propos du Conseil constitutionnel n°2010-85-QPC, AJ Pénal, 2011.
- T. PEZ, « L'ordre public économique », Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 49 (dossier : l'entreprise), octobre 2015.
- Y. PICOD, « Le nouveau droit des pratiques abusives de l'article L. 442-1 du Code de commerce », AJ contrat, 2019.
- C.S. PINAT, « Transparence, pratiques restrictives de concurrence et autres pratiques prohibées : nouvelle ordonnance », Dalloz actualité, 11 juin 2019.

- M. PONSARD, « Le déséquilibre significatif : bilan et perspectives », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 5, mai 2013, dossier 4.
- S. PORCHY-SIMON, « Synthèse – Dommage », *JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances*, 5 mai 2020.
- J. PROROK :
 - « L’amende civile dans la réforme de la responsabilité civile, Regard critique sur la consécration d’une fonction punitive générale », *RTD Civ.*, 2018.
 - « La répression civile », *RSC* 2019.
- Y. PUGET :
 - « Déséquilibre significatif : les exigences de preuve se précisent », *Législation & Économie*, 12 décembre 2019, dispo. site : <https://www.lsa-conso.fr>.
 - « Négociations commerciales : bientôt de nouveaux pouvoirs pour la DGCCRF afin d’accélérer les procédures ? », 13 novembre 2020, dispo. sur le site : <https://www.lsa-conso.fr>.
- Y. QUISTREBERT, « Art. 1240 à 1245-17 - Fasc. 101 : Droit à réparation – Conditions de la responsabilité délictuelle – Le dommage : caractères du dommage réparable », *JurisClasseur Civil Code*, 2 septembre 2020.
- J. RAYNARD, « Le ministre, le juge et le contrat, Réflexions circonspectes à propos de l’article L.442-6, III, du Code de commerce », *JCPE*, 2007.
- S. REGNAULT, « Le contrôle judiciaire du prix sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce est-il conforme à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre ? », *AJ contrat*, 2018.
- P. REIS, « Ordre public économique et pouvoirs privés économiques : le droit de la concurrence cœur de l’ordre public économique », *Revue internationale de droit économique*, vol. xxxiii, n°1, 2019.
- S. RETTERER, « La restauration de l'équilibre des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs dans la grande distribution », *Recueil Dalloz*, 2003.
- M. RICHEVAUX, « Liquidation d’astreinte, une diminution de l’astreinte n’est possible que si le juge la justifie par des éléments objectifs », *LPA*, 16 mai 2017.
- A. RIERA :
 - « Concurrence interdite, Concurrence déloyale et parasitisme », *Centre de droit de la concurrence Yves Serra, Dalloz*, 2016.
 - « Le déséquilibre significatif en droit des pratiques restrictives de concurrence et en droit des obligations : une notion, deux régimes ? », *Revue Lamy de la concurrence*, n°52, 1er juillet 2016.
- K. RIERA-THIEBAULT, A. COVILLARD, « La notion de déséquilibre significatif visée à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce : un nouveau droit des clauses abusives entre professionnels ? », *Gaz. Pal.*, 14 février 2013.
- G. RIPERT, « La règle morale dans les obligations civiles », *LGDJ*, 4e ed., 1949, n°70.
- J.H. ROBERT, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 26 (Dossier : La Constitution et le droit pénal)* août 2009.
- J. ROCHFELD :
 - « Les clairs-obscurs de l'exigence de transparence appliquée aux clauses abusives », in *Études Jean Calais-Auloy, Dalloz*, 2004.

- « Protection du consommateur - Pratiques commerciales déloyales ou trompeuses », RTD civ., 2008.
- « Cause », Répertoire de droit civil, Dalloz, septembre 2012.
- J.-C. RODA, F. BUY, « La franchise au crible du déséquilibre significatif (quand Bercy s'invite chez Subway) », AJ contrat, 2020.
- R. ROLLAND, « La bonne foi dans le Code civil du Québec : du général au particulier », R.D.U.S., 1996.
- R. SAINT-ESTEBEN :
 - « L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation », RDC, 2009.
 - « Une repénalisation du droit de la concurrence en France ? À propos de l'utilisation de l'article 40 du code de procédure pénale par les services d'instruction de l'Autorité », Concurrences, n°2-2019, mai 2019.
- V. SÉLINSKY, J. PEYRE, « La nullité des engagements relatifs à des pratiques restrictives visées par l'article L. 442-6 du Code de commerce », Revue Lamy de la concurrence, n° 2, 1er février 2005.
- V. DE SENNEVILLE, La révolution tranquille de la responsabilité civile, 25 septembre 2018, Les Échos, dispo. sur le site : <https://www.lesechos.fr>.
- F.L. SIMON, Déséquilibre significatif et prescription, à propos TC Rennes, 22 octobre 2019, n°2017F00131, dispo. en ligne sur le site : <https://www.lettredesreseaux.com>.
- M.C. SORDINO :
 - « Spécificités de l'application du principe de personnalité des peines en matière économique », Recueil Dalloz 2014.
 - « Infractions au droit de la concurrence », Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, vol. 4, n° 4, 2019.
- J.L. SOULIER, Common Law vs. Civil Law : différences culturelles dans les systèmes de preuve, 26 juin 2015, dispo. en ligne sur le site : www.soulier-avocats.com.
- J. F. SPITZ, « « Qui dit contractuel dit juste : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », RTD civ., 2007.
- G. TOULOUSE, « Déséquilibre significatif : l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce ne s'applique que s'il y a eu soumission ou tentative de soumission du partenaire commercial », LEDICO, 2018.
- P. TOURNEAU, M. ZOÏA, Fasc. 1030 : conditions de validité. – Validité au regard du droit de la concurrence, JurisClasseur Contrats – Distribution, 8 septembre 2015.
- P. LE TOURNEAU, « Responsabilité : généralités », Répertoire de droit civil, Dalloz, mai 2009.
- Y. UTZSCHNEIDER, A. LAMOTHE, « Que penser d'une règle de protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? », RDC, 2009, n°3.
- Y. UTZSCHNEIDER, « L'accès au dossier d'enquête en cas d'action du ministre sur le fondement de l'article L. 442-6 du Code de commerce », JCP E, 2018.
- L. VEYRE, « La clause de conciliation : un régime à perfectionner ! », Recueil Dalloz, 2020.
- L. VOGEL, J. VOGEL :

- « Droit de la négociation commerciale : une réforme courageuse mais perfectible », AJ contrat, 2019.
- « Le juge fixe définitivement la notion de “partenaire commercial” », LEDICO, 2022.
- « La repénalisation du droit de la concurrence : innovation géniale ou fausse bonne idée ? », Le Conseil Du Mois, mars 2023, dispo. sur le site : <https://www.vogel-vogel.com>.
- L. VOGEL, « Haro sur les clauses abusives d'Amazon, qui lui valent une amende record de 4 millions d'euros », LEDICO, 2019.
- E. VOISSET, « Négociations des réductions de prix : une liberté sous contrôle », LPA, 19 mai 2017, n°100.
- M. ZAVARO, « Contrepoint : Le juge impartial face au contrat », in Jean-Pierre Mignard et al., Justice pour tous, Cahiers libres, 2001, La Découverte.

B. ÉTUDES ET ARTICLES ÉCONOMIQUES

- T. ALFREDSON, J. HOPKINS, A. CUNGU, « Théorie et pratique de la négociation : Approche de la littérature », Programme de formation aux politiques de la FAO, janvier 2008.
- M.L. ALLAIN, R. AVIGNON, C. CHAMBOLLE, H. MOLINA, « Les centrales d'achat : quels enjeux de concurrence ? », Notes IPP, n°79, février 2022.
- M. L. ALLAIN, C. CHAMBOLLE :
 - « Les relations entre producteurs et distributeurs : bilan et limites de trente ans de régulation », Cahier n° 2002-007, 2002.
 - « Approches théoriques des rapports de force entre producteurs et distributeurs », Économie rurale, n°277-278, 2003.
- V. C. ARNSPERGER, « Justice et économie. Latitudes d'égalisation et obstacles existentiels », Revue de métaphysique et de morale, vol. 33, n° 1, 2002.
- L. ATTUEL-MENDES, J.-F. NOTEBAERT, « Les pratiques de négociation à l'épreuve du droit », Management & Avenir, vol. 44, n° 4, 2011.
- A. BARBE, « L'économie du bien-être permet-elle de dégager des préférences collectives ? », Regards croisés sur l'économie, vol. 18, n° 1, 2016.
- M. BARBUT, « Sur quelques ouvrages récents de praxéologie mathématique », in L'Homme, 1962, T. 2, n°3, p. 121-124.
- C. BARRÈRE :
 - « Les approches économiques du système judiciaire », Revue internationale de droit économique, Association internationale de droit économique, 1999, Numéro spécial : De l'économie de la Justice, 1999/2.
 - « Durcissement de la concurrence et conventions de concurrence en France », Revue de la régulation, 2e semestre 2008.
- B. BAUDRY, V. CHASSAGNON, « Ordre public versus ordre privé. Une approche critique de la conception williamsonienne des relations de travail aux États-Unis », Revue économique, vol. 63, n°6, 2012.

- M. BEAUD, « Effet de domination, capitalisme et économie mondiale chez François Perroux », L'Économie politique, vol. 20, n° 4, 2003.
- A. DE BEAUMONT et J. WATIN-AUGOUARD, « Entretien avec Laurent Benzoni, professeur de sciences économiques à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Tera Consultants », Économie d'abord !, n° 328, Ilec, 01 octobre 2001.
- D. BENAMOUZIG, S. BOUDIA, « Analyse coûts-avantages », Emmanuel Henry éd., Dictionnaire critique de l'expertise. Santé, travail, environnement, Presses de Sciences Po, 2015.
- L. BENZONI, P.Y. DEBOUDE, Du déséquilibre significatif dans les relations entre partenaires commerciaux à la puissance d'achat : une perspective économique, 13 janvier 2015, dispo. sur le site : www.teraconsultants.fr.
- L. BENZONI :
 - « Loyauté de la concurrence et économie : une perspective historique », Colloque n° 66, Revue Lamy de la concurrence, novembre 2017.
 - « To appeal or not to appeal ? Une perspective d'analyse économique du droit », Concurrences N° 4-2023.
- A. BERAUD, « Le développement de la théorie de l'équilibre général. Les apports d'Allais et de Hicks », Revue économique, vol. 65, n° 1, 2014.
- F. BERGES-SENNOU, S. CAPRICE, « Les rapports producteurs-distributeurs : fondements et implications de la puissance d'achat », Économie rurale, n°277-278, 2003.
- E. BERTRAND, C. DESTAIS, « Le “théorème de Coase”, une réflexion sur les fondements microéconomiques de l'intervention publique », Reflets et perspectives de la vie économique, vol. xli, n° 2, 2002.
- J.E. BEURET, « De la négociation conflictuelle à la négociation concertative : un “point de passage transactionnel” », Négociations, vol. 13, n° 1, 2010.
- R. BIERSTEDT, « An Analysis of Social Power », American Sociological Review, décembre 1950.
- W. BISHOP, Economic loss in tort, Oxford Journal of Legal Studies, 1982, vol. 2, issue 1.
- P. BOISTEL, « La réputation d'entreprise : un impact majeur sur les ressources de l'entreprise », Management & Avenir, vol. 17, n° 3, 2008.
- J. BOIVIN, « À propos de l'ouvrage de Th. Schelling, Stratégie du conflit », Négociations, vol. 1, n° 1, 2004.
- B. BOULU-RESHEF, C. MONNIER-SCHLUMBERGER, « Lutte contre les cartels : comment dissuader les têtes brûlées ? », Revue économique, vol. 70, n° 6, 2019.
- É. BROUSSEAU :
 - « L'Économiste, le Juriste et le Contrat », à paraître dans Le Contrat au début du XXIe siècle ; Mélanges en l'honneur de M. Jacques Ghestin, sld. M. Fabre-Magnan et C. Jamin, juin 2000.
 - É. BROUSSEAU, « La sanction adéquate en matière contractuelle : Une analyse économique », LPA, 2005.
- G. BUSINO, « La science sociale de Vilfredo Pareto », Revue européenne des sciences sociales, T. XLVI, 2008, n°140.

- S. CAPRICE, « Fidélité à la marque, fidélité à l'enseigne : une analyse des déterminants des rapports de force entre producteurs et distributeurs », *Économie rurale*, n°283-284, 2004.
- N. CHAPPE, « Les enseignements de l'analyse économique en matière de résolution amiable des litiges », *Négociations*, vol. 10, n° 2, 2008.
- V. CHASSAGNON, « Pouvoir et économie politique. L'apport de François Perroux à l'analyse positive de la firme », *Revue économique*, vol. 65, n° 5, 2014.
- D. CLERC, « La concurrence (pure et parfaite) », *Alternatives économiques*, 2017, Dossiers Hors-série n°006.
- E. COMBE, C. MONNIER :
 - « Le calcul de l'amende en matière de cartel : Une approche économique », *Concurrences*, n°3, 2007, Doctrines.
 - « Quelle est l'ampleur de la sous-dissuasion des cartels en Europe ? Compléments sur nos résultats », *Concurrences*, n°1-2013.
 - « Sanctions antitrust : Quel est le juste montant ? Quelle est l'ampleur de la sous-dissuasion des cartels en Europe ? Compléments sur nos résultats », *Tendances Concurrences*, n° 1-2013.
- E. COMBE :
 - « Quelles sanctions contre les cartels ? Une perspective économique », *Revue internationale de droit économique*, vol. t. xx, 1, n° 1, 2006.
 - « Le dommage à l'économie et sanction pécuniaire, Une introduction économique », *Concurrences, Droit & économie*, n°4, 2010.
 - « "Lutte contre les cartels : case prison ?" », *L'Opinion*, 30 juillet 2018, dispo. sur le site : <https://www.emmanuelcombe.fr>.
- P. COPPENS, « État, marché et institutions », *Revue internationale de droit économique*, vol. t. xxi, 3, n°3, 2007.
- Y. CROISSANT, P. VORNETTI, État, marché et concurrence - Les motifs de l'intervention publique. *Les Cahiers français : documents d'actualité*, La Documentation française, 2003.
- F. CUSIN, « Relations marchandes et esprit d'entreprise : la construction sociale de la confiance », *Revue Interventions économiques*, 2006.
- E. DAVID, « Pouvoir de marché, stratégies et régulation : Les contributions de Jean Tirole, prix Nobel d'économie 2014 », *Revue d'économie politique*, vol. 125, n° 1, 2015.
- B. DEFFAINS, S. FERREY, « Vers une action en responsabilité civile en droit de la concurrence ? », *Revue d'économie industrielle*, 131, 3e trimestre 2010.
- B. DEFFAINS, C. DESRIEUX. « L'analyse économique du droit : bilan et perspectives », *Revue d'économie politique*, vol. 129, n° 2, 2019.
- B. DEFFAINS, M. DORIAT-DUBAN, « La médiation à travers le prisme de l'analyse économique », *Archives de philosophie du droit*, vol. 61, n°1, 2019.
- B. DEFFAINS :
 - « Introduction », *Revue d'économie politique*, vol. 112, n° 6, 2002.
 - « Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste, analyse économique du droit : quelques points d'accroche », numéro spécial, *Petites Affiches*, 394e année, 19 mai 2005, n° 99.

- « Introduction à l'analyse économique des systèmes juridiques », Presses de Sciences Po Revue économique, 2007/6, vol. 58.
- « Quelles analyses économiques du droit de la distribution ? Approche normative », in Le droit de la distribution en France et en Europe, colloque en ligne de la revue Le Concurrentialiste, 16 février 2013.
- « La sanction des pratiques anticoncurrentielles », CRED, Université Paris 2 et Institut Universitaire de France, Séminaire Nasse, 3 mai 2016, dispo. sur le site : <https://www.tresor.economie.gouv.fr>.
- « Analyse économique de la responsabilité civile », Archives de philosophie du droit, vol. 63, n°1, 2021.
- C. DELFORGE, « Le contrat à long terme entre firmes, un contrat relationnel exemplaire ? », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, vol. 76, n° 1, 2016.
- V. DESREUMAUX, « Équilibre général et justice sociale : la théorie néoclassique comme philosophie politique ? », Cahiers d'économie politique, vol. 64, n° 1, 2013.
- C. DIDRY, C. VINCENSINI, « Au-delà de la dichotomie marché-institutions : l'institutionnalisme de Douglass North face au défi de Karl Polanyi », Revue Française de Socio-Économie, vol. 5, n° 1, 2010.
- M. DORIAT-DUBAN, « Analyse économique de l'accès à la justice : les effets de l'aide juridictionnelle », Revue internationale de droit économique, vol. xv, 1, n°1, 2001.
- T. DÜPPE, « L'histoire du concept d'équilibre en sciences économiques », Érudit, L'Actualité économique, vol. 92, n° 3, septembre 2016.
- D. ENCAOUA, « Pouvoir de marché, stratégies et régulation : Les contributions de Jean Tirole, prix Nobel d'économie 2014 », Revue d'Économie Politique, Dalloz, 2015, vol. 125.
- K. ERIKSSON, P. STRIMLING, A. ANDERSSON, T. LINDHOLM, « Costly punishment in the ultimatum game evokes moral concern, in particular when framed as pay off reduction », Journal of Experimental Social Psychology, vol. 69, 1er mars 2017.
- O. FAVEREAU, P. PICARD, « L'approche économique des contrats : unité ou diversité ? », Sociologie du travail, 38^e année, n°4, octobre-décembre 1996.
- C. FEDERSPIEL, M. SADOURNY, « Les formes actuelles de la concurrence imparfaite », Regards croisés sur l'économie, vol. 25, n° 2, 2019.
- E. FOKOU, A. BELANGER, « Efficacité et efficacité : les obstacles épistémologiques à l'économisme en droit civil des contrats », Revue générale de droit, 2019, vol. 49, n° 1, 2019.
- Y. GABUTHY, N. JACQUEMET. « Analyse économique du droit et méthode expérimentale », Économie & prévision, vol. 202-203, n° 1-2, 2013.
- R. GALBIATI, A. PHILIPPE. « 3. Enfermez-les tous ! Dissuasion et effets pervers des politiques répressives », Regards croisés sur l'économie, vol. 14, n° 1, 2014.
- C. GAMEL :
 - Justice de résultat : De « l'économie du bien-être » à « l'égalitarisme libéral », Document de travail, 2010.
 - « Les théories de la justice sociale vues par un économiste. De "l'économie du bien-être" au "post-welfarisme" contemporain ». Jurisprudence. revue critique, 2012.

- J. GÉNÉREUX, « Les vraies lois de l'économie : laisser faire ou laisser passer, il faut choisir », Alternatives économiques, 2002, n°201.
- A. GETHIN, « Apports et limites de la théorie des jeux », Regards croisés sur l'économie, vol. 22, n° 1, 2018.
- M. GLAIS, « Chronique de la concurrence - L'exploitation abusive d'un État de dépendance économique (Analyse économique du droit et de la jurisprudence française de la concurrence) », Revue d'économie industrielle, vol. 68, 2e trimestre 1994.
- C. GOETHALS, A. VINCENT et M. WUNDERLE, « Le pouvoir économique », Dossiers du CRISP, 2013/2 (n° 82).
- P. GOGUELIN, « Le concept de négociation », Négociations, vol. 3, n° 1, 2005.
- B. GUERRIEN, O. GUN, « Debreu-Scarf (théorème de) », Dans Dictionnaire d'analyse économique (2012), p.143-168.
- T. KIRAT, « Économie et droit. De l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances ? », Revue économique, vol. 49, n°4, 1998.
- A.T. KRONMAN, « Mistake disclosure, information and the law of contract », Journal of legal studies, 1978.
- E. LANGLAIS, Économie de la responsabilité civile : principes et résultats, octobre 2010.
- D. LEPELLEY, M. PAUL et H. SMAOUI, « Introduction à la théorie des jeux (2) : les jeux coopératifs », Écoflash, 283, décembre 2013.
- J. LHOMME, « Considérations sur le pouvoir économique et sa nature », Revue économique, vol. 9, n°6, 1958.
- J. LOYAT, « Politiques publiques et efficacité : en agriculture, une intervention nécessaire face à une logique de rente », Économie rurale, n°220-221, 1994.
- E. MACKAAY, « La règle juridique observée par le prisme de l'économie - une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit », Revue internationale de droit économique, 1986, T.1.
- E. MACKAAY, V. LEBLANC, N. KOST DE SÈVRES, E. S. DARANKOUM, « L'économie de la bonne foi contractuelle », in Mélanges Jean Pineau, 2003.
- F. MANIQUET, « Qu'est-ce qu'une économie juste ? Place et rôle de l'économie du bien-être dans l'éthique sociale », Revue d'éthique et de théologie morale, vol. 268, n° 1, 2012.
- J.P. MARÉCHAL, « L'héritage négligé de François Perroux », L'Économie politique, vol. 20, n° 4, 2003.
- F. MARTY, « Politiques européennes de concurrence et économie sociale de marché OFCE », Document de travail de l'OFCE, n° 2010-30, novembre 2010.
- M. MEDJNAH, L'analyse économique du droit de la concurrence : historique, comparaison, classification, 2012, dispo. sur le site : www.legavox.fr.
- L. MERMET, « La négociation comme mode de composition dans les systèmes d'action complexes », Négociations, vol. 12, n° 2, 2009.
- M. NUSSENBAUM : « L'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté, colloque loyauté et impartialité en droit des affaires », Gaz. Pal., 24 mai 2012, n°145.
- G. OYER, « Pour une économie du droit sans rigueur. L'analyse économique du droit et Jean Carbonnier », in Jean Carbonnier. L'homme et l'œuvre [en ligne], Presses Universitaires de Paris Nanterre, 2012.

- F. PARISI, « Liability for pure financial loss : revisiting the economic foundations of a legal doctrine », in M. Bussani et V. V. Palmer (dir.), Pure economic loss in Europe, Cambridge University Press, 2003.
- A. PEKAR LEMPEREUR, « L'évolution des rapports de force en négociation. Dix cas de revirement », Revue française de gestion, vol. 153, n° 6, 2004.
- T. PENARD, S. SOUAM, « Que peut bien apporter l'analyse économique à l'application du droit de la concurrence ? », Revue d'économie politique, vol. 112, n° 6, 2002.
- J. C. PEREAU :
 - « Négociation et théorie des jeux : les “dessous” d'un accord acceptable », Négociations, 2009/2, n° 12.
 - « Ariel Rubinstein : le maître de négociation », Négociations, vol. 17, n° 1, 2012.
- A. PERROT, « L'économie digitale et ses enjeux : le point de vue de l'économiste », AJCA, 2016.
- E. PETIT :
 - « La négociation : les enseignements du jeu de l'ultimatum », Négociations, vol. 13, n° 1, 2010.
 - « Émotions, préférences morales et rationalité économique », Noesis, n°20, 2012.
 - « L'économie du comportement et la théorie du care. Les enjeux d'une filiation », Revue du MAUSS, vol. 41, n° 1, 2013.
- E. PETIT, S. ROUILLON, « La négociation : les enseignements du jeu du dictateur », Négociations, vol. 14, n° 2, 2010.
- E. PICAUVET, « De l'efficacité à la normativité », Revue économique, vol. 50, n°4, 1999.
- F. POUJOL, « Le rôle des comportements relationnels des commerciaux dans la GRC », Management & Avenir, vol. 16, n° 2, 2008.
- S. ROSE-ACKERMAN, « Étude d'impact et analyse coûts-avantages : qu'impliquent-elles pour l'élaboration des politiques publiques et les réformes législatives ? », Revue française d'administration publique, vol. 140, n° 4, 2011.
- M. SADOURNY, « La concurrence parfaite ou la cathédrale emportée », Regards croisés sur l'économie, vol. 25, n°2, 2019.
- F. SAMUEL, « Valeur de Shapley et répartition des dommages civils en cas de multiples co-auteurs », Économie & prévision, n°202-203, 2013.
- E. SIMON, « La confiance dans tous ses états », Revue française de gestion, vol. 175, n° 6, 2007.
- A. STROWEL :
 - « L'analyse économique du droit », Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, 1987.
 - « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit. Autour de Bentham et de Posner », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, vol. 18, n° 1, 1987.
- V. THIREAU, « L'analyse économique du droit ou “Law and economics” », Revue Juridique Nîmoise, 2012.

- F. TIOTSOP, P. GUILLOTREAU, J. ROUCHIER, « Le rôle de la confiance dans les relations d'échange : le cas du marché de poisson de Kribi », *Revue Française de Socio-Économie*, vol. 14, n° 2, 2014.
- J. TRAULLE, « La réparation du préjudice économique pur en question », *RTD civ.*, 2018.
- L. d'URSEL, « L'analyse économique du droit des contrats », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 14, n° 1, 1985.
- F. VESSIO, « L'influence de l'analyse économique du droit sur la lutte contre la corruption internationale : incitation de l'homo economicus à la négociation et "efficacité" de la politique pénale », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 2, n° 2, 2021.
- W.P.J. WILS, « Optimal Antitrust Fine: Theory and Practice », *Journal of Competition Law and Economics*, Vol., n° 4, December 2005.
- M. WISE, « Droit et politique de la concurrence en France », Éditions de l'OCDE, *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, 2005/1, vol. 7.
- I. W. ZARTMAN, « Construire des compromis not compromising », *Négociations*, vol. 21, n° 1, 2014.

IV – SITES INTERNET

- Définition des termes, dispo. sur le site : www.insee.fr.
- DGCCRF, Conférence atelier, Pratiques restrictives et droit de la concurrence, vidéo de l'atelier du 26 septembre 2013, dispo. sur le site : <https://www.teraconsultants.fr>.
- DGCCRF, Conférence atelier : « L'équilibre contractuel, pour quoi faire ? », vidéo du 6 novembre 2014, dispo. sur le site : <https://www.teraconsultants.fr>.
- Dicocitations, dispo. sur le site : www.lemonde.fr.
- Dictionnaire en ligne, Larousse.
- Dictionnaire en ligne, Le Petit Robert.
- Dictionnaire en ligne, Le Robert.
- Glossaire des termes de concurrence, dispo. sur le site : www.concurrences.com.
- Lamy droit du contrat, sous la direction scientifique de B. FAGES, consulté en 2021.
- Lamy droit économique : Concurrence, Relations commerciales, Distribution Consommation, sous la direction scientifique de M. CHAGNY, consulté en 2022 et 2023.
- Site www.core-econ.org : L'Économie, Unité 5, Propriété et pouvoir : gains mutuels et conflit.
- Site : www.economie.gouv.fr.
- Site www.pierrekopp.com, « Chap. 3. Les deux théorèmes de l'économie du bien-être », 2015.

V – DÉCISIONS ET AVIS

A. COUR DE CASSATION

1959

- Cass. civ., 20 octobre 1959, n°57-10.110

1993

- Cass. soc., 20 octobre 1993, n°90-42.235

1996

- Cass. civ., 3 juillet 1996, n°94-14.800

1999

- Cass. com., 11 mai 1999, n°98-11.392

2000

- Cass. civ., 30 mai 2000, n°98-15.242
- Cass. com., 5 décembre 2000, n°98-17.705

2011

- Cass. com., 12 juillet 2011, n°11-40.029
- Cass. com., 18 octobre 2011, n°10-28.005
- Cass. com., 18 octobre 2011, n°10-15.296

2012

- Cass. civ., 4 janvier 2012, n°11-40.081

2013

- Cass. com., 10 septembre 2013, n°12-21.804

2014

- Cass. com., 21 janvier 2014, n°12-29.166
- Cass. com., 16 décembre 2014, n°13-21.363

2015

- Cass. com., 3 mars 2015, n°14-10.907
- Cass. com., 3 mars 2015, n°13-27.525
- Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387

2002

- Cass. civ., 24 septembre 2002, n°00-21.278

2003

- Cass. civ., 23 janvier 2003, no01-00.200

2008

- Cass. com., 8 juillet 2008, n°07-16.761
- Cass. com., 8 juill. 2008, n°07-13.350

2009

- Cass. civ., 15 janvier 2009, n°07-19.239
- Cass. com., 9 juin 2009, n°08-11.42

- Cass. com., 29 septembre 2015, n°13-25.043

2016

- Cass. com., 12 avril 2016, n°13-27.712.
- Cass. com., 4 octobre 2016, n°14-28.013

2017

- Cass. com., 25 janvier 2017, n° 15-23.547
- Cass. com., 26 avril 2017, n°15-27.865
- Cass. com., 11 mai 2017 n°14-29.717
- Cass. com., 5 juillet 2017, n°16-12.836
- Cass. com., 20 septembre 2017 n°16-14812

2018

- Cass. civ., 15 février 2018, n°17-11.329
- Cass. com., 30 mai 2018, n°17-14.303
- Cass. com., 26 septembre 2018, n°17-10.173

- Cass. com., 27 septembre 2018, n°18-40.028
- Cass. com., 14 novembre 2018, n°17-16.577

2020

- Cass. com., 15 janvier 2020, n°18-10.512
- Cass. com., 8 juillet 2020, n°17-31.536
- Cass. com., 30 septembre 2020, n°18-11.644
- Cass. com., 30 septembre 2020, n°18-25.204
- Cass. crim., 25 novembre 2020, n°18-86.955

2022

- Cass. com., 26 janv. 2022, n°20-16.782
- Cass. com., 26 janvier 2022, n°20-10.897
- Cass. com., 11 mai 2022, n°20-23.298
- Cass. com., 11 mai 2022, n°19-22.242

B. COUR D'APPEL

2011

- CA Versailles, 12 mai 2011, n°10/00800
- CA Toulouse, 5 octobre 2011, n°09/04975

2013

- CA Paris, 23 mai 2013, n°12/01166
- CA Paris, 4 juillet 2013, n°12/07651
- CA Paris, 11 septembre 2013, n°11/17941
- CA Paris, 12 septembre 2013, n°11/22934

2019

- Cass., civ., 14 novembre 2019, n°18-22.213.
- Cass. com., 20 novembre 2019, n°18-12.823

2021

- Cass. com., 10 février 2021, n°19-14.273
- Cass. com., 3 mars 2021, n°19-13.533
- Cass. fin., 31 mars 2021, n°19-16.214
- Cass. com., 7 juillet 2021, n°19-22.807

- Cass. com., 6 avril 2022, n°20-20.887
- Cass. com., 11 mai 2022, n°19-16.749

2023

- Cass. com., 11 janvier 2023, n° 21-11.163

- CA Montpellier, 17 septembre 2013, n°12/05690
- CA Paris, 18 septembre 2013, n°12/03177
- CA Paris, 1^{er} octobre 2013, n°12/01301
- CA Paris, 20 novembre 2013, n°12/04791
- CA Paris, 18 décembre 2013, n°12/00150

2014

- CA Paris, 29 janvier 2014, n°12/08976

- CA Lyon, 20 mars 2014, n°12/00427
- CA Paris, 30 mai 2014, n°11/23178
- CA Paris, 3 septembre 2014, n°12/09785
- CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336
- CA Paris, 29 octobre 2014, n°13/11059

2015

- CA Paris, 1^{er} juillet 2015, n°13/19251
- CA Paris, 25 novembre 2015, n°12/14513

2016

- CA Versailles, 23 juin 2016, n°14/06181
- CA Paris, 24 juin 2016, n°13/20422
- CA Versailles, 21 septembre 2016, n°15/07046
- CA Paris, 29 septembre 2016, n°14/16968
- CA Paris, 25 octobre 2016, n°14/20906.
- CA Paris, 26 octobre 2016, n°14/08041
- CA Paris, 28 octobre 2016, n°14/17987
- CA Paris, 7 novembre 2016, n°15/10249
- CA Toulouse, 7 décembre 2016, n°16/02774
- CA Paris, 14 décembre 2016, n°14/14207

2017

- CA Paris, 22 février 2017, n°16/17924
- CA Paris, 22 mars 2017, n°14/11255
- CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221
- CA Paris, 17 mai 2017, n°14/18290
- CA Paris, 7 juin 2017, n°15/24846

- CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784
- CA Paris, 5 juillet 2017, n°15/05450 ;
- CA Paris, 13 septembre 2017, n°15/24117
- CA Paris, 13 septembre 2017, n°16/04443
- CA Paris, 27 septembre 2017, n°16/00671
- CA Paris, 11 octobre 2017, n°15/03313
- CA Paris, 19 octobre 2017, n°15/20831
- CA Paris, 7 décembre 2017, n°16/00113
- CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879

2018

- CA Paris, 19 janvier 2018, n°16/11167
- CA Paris, 16 février 2018, n°16/05737
- CA Paris, 28 février 2018, n°16/16802
- CA Paris, 5 avril 2018, n°15/24001
- CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187
- CA Paris, 6 juin 2018, n°16/08019
- CA Paris, 6 juin 2018, n°16/10621
- CA Paris, 13 juin 2018, n°15/14893
- CA Paris, 11 septembre 2018, n°16/19913
- CA Paris, 19 décembre 2018, n°17/03922

2019

- CA Paris, 9 janvier 2019, n°17/09617
- CA Paris, 11 janvier 2019, n°17/00234
- CA Paris, 23 janvier 2019, n°16/15888
- CA Paris, 25 janvier 2019, n°17/08241

- CA Paris, 6 février 2019, n°18/21919
- CA Paris, 26 février 2019, n°034/2019
- CA Paris, 19 avril 2019, n°16/14293
- CA Paris, 24 avril 2019, n°16/22793
- CA Paris, 15 mai 2019, n°17/23105
- CA Paris, 24 mai 2019, n°17/08357
- CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323
- CA Paris, 12 juin 2019, n°18/20323.441
- CA Paris, 19 juin 2019, n°16/16831
- CA Paris, 27 juin 2019, n°18/07576
- CA Paris, 31 juillet 2019, n°16/11545
- CA Paris, 30 octobre 2019, n°17/10872
- CA Paris, 6 novembre 2019, n°18/03352
- CA Paris, 11 décembre 2019, n°18/28097

2020

- CA Paris, 22 janvier 2020, n°18/10242
- CA Paris, 30 janvier 2020, n°15/06520
- CA Paris, 31 janvier 2020, n°18/01599
- CA Paris, 13 février 2020, n°16/15098
- CA Paris, 27 février 2020, n°17/12775
- CA Paris, 28 mai 2020, n°17/14603
- CA Paris, 28 mai 2020, n°17/13136
- CA Paris, 2 juin 2020, n°17/18900
- CA Paris, 15 juin 2020, n°18/23097

- CA Paris, 17 juin 2020, n°18/19175
- CA Paris, 17 juin 2020, n°18/23452
- CA Paris, 24 juin 2020, n°18/03322
- CA Paris, 26 juin 2020, n°18/23070
- CA Paris, 26 juin 2020, n°18/03192
- CA Paris, 1^{er} juillet 2020, n°18/22344
- CA Paris, 1^{er} juillet 2020, n°18/16622
- CA Paris, 1^{er} juillet 2020, n°18/16850
- CA Paris, 9 juillet 2020, n°17/18660
- CA Paris, 3 septembre 2020, n°17/18674
- CA Paris, 10 septembre 2020, n°18/01327
- CA Paris, 17 septembre 2020, n°17/22734
- CA Poitiers, 20 octobre 2020, n°19/00185
- CA Paris, 22 octobre 2020, n°18/02255
- CA Paris, 18 novembre 2020, n°19/12813
- CA Paris, 18 novembre 2020, n°19/04765
- CA Paris, 19 novembre 2020, n°17/09510
- CA Paris, 25 novembre 2020, n°19/00558
- CA Paris, 9 décembre 2020, n°18/19344

2021

- CA Paris, 7 janvier 2021, n°18/17376
- CA Paris, 14 janvier 2021, n°18/20126
- CA Paris, 16 février 2021, n°19/22197
- CA Paris, 17 février 2021, n°19/02634

- CA Paris, 18 février 2021, n°18/22624
- CA Versailles, 9 mars 2021, n°20/00581
- CA Paris, 11 mars 2021, n°18/08014
- CA Paris, 24 mars 2021, n°19/13527
- CA Paris, 7 avril 2021, n°19/13527
- CA Paris, 15 avril 2021, n°18/19313
- CA Paris, 6 mai 2021, n°19/06400
- CA Toulouse, 14 juin 2021, n°20/02565
- CA Paris, 16 juin 2021, n°17/05010
- CA Paris, 1er juillet 2021, n°19/04035
- CA Toulouse, 7 juillet 2021, n°18/00045.
- CA Paris, 8 juillet 2021, n°18/27045
- CA Paris, 1^{er} septembre 2021, n°18/15431
- CA Paris, 11 octobre 2021, n°21/05833
- CA Paris, 29 octobre 2021, n°21/08400
- CA Paris, 17 novembre 2021, n°20/03458
- CA Paris, 25 novembre 2021, n°18/10319

C. TRIBUNAL DE COMMERCE

2009

- TC Créteil, 13 octobre 2009, n°2008F00629
- TC Évry, 18 novembre 2009, n°2008F00689

2010

- TC Lille, 06 janvier 2010, n°2009-05184

2012

2022

- CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/00737
- CA Paris, 5 janvier 2022, n°20/06627
- CA Paris, 6 janvier 2022, n°18/04210
- CA Paris, 26 janvier 2022, n°20/04761
- CA Paris, 26 janvier 2022, n°19/18769
- CA Paris, 2 février 2022, n°21/09001.
- CA Paris, 23 février 2022, n°21/07731
- CA Paris, 28 mars 2022, n°2018017655

2023

- CA Paris, 20 janvier 2023, n°22/13154
- CA Paris, 15 mars 2023, n°21/13481
- CA Paris, 15 mars 2023, n°21/13227
- CA Paris, 12 avril 2023, n°22/09354
- CA Paris, 10 mai 2023, n°21/04967
- CA Paris, 7 juin 2023, n°22/19733
- CA Paris, 7 juin 2023, n°21/14951
- CA Paris, 28 juin 2023, n°21/16174

- TC Bobigny, 29 mai 2012, n°2009F01541

2015

- TC Paris, 7 mai 2015, n°2015000040
- TC Paris, 23 novembre 2015, n°2014049786

2019

- TC Paris, 2 septembre 2019, n° 2017050625

2020

- TC Paris, 27 avril 2020, n°2017020533
- TC Paris, 13 octobre 2020, n° 2017005123

2021

- TC Paris, 6 juillet 2021, n°2016064825

2022

- TC Paris, 28 mars 2022, n° 2018017655

D. CONSEIL D'ÉTAT

- CE, 21 décembre 2022, n°463938

E. CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- Décision n°97-388 DC, 20 mars 1997, loi créant les plans d'épargne retraite.
- Décision n°99-421 DC, 16 décembre 1999, loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes.
- Décision n°2000-437, 19 décembre 2000, relative à la loi de financement de la sécurité sociale pour 2001.
- Décision n°2010-85 QPC, 13 janvier 2011, Établissements Darty et Fils.
- Décision n°2011-126 QPC, 13 mai 2011, Société Système U Centrale nationale et autre.
- Décision n°2017-750 DC, 23 mars 2017, loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.
- Décision n°2018-749 QPC, 30 novembre 2018, Société Interdis et autres.
- Décision n°2021-984 QPC, 25 mars 2022, Société Eurelec trading.
- Décision n°2022-1011 QPC, 6 octobre 2022, Société Amazon EU.

F. AUTORITE DE LA CONCURRENCE

- Rapport annuel d'activité, 2005.
- Décision n°07-D-50 du 20 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de jouets.
- Avis n°15-A-06 du 31 mars 2015 relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution.

G. JURIDICTIONS EUROPEENNES

- CEDH, n°5100/71, 8 juin 1976, Engel et a. c/ Pays-Bas.
- TPICE, aff. T-112/99, 18 sept. 2001, Métropole télévision c/ Commission.
- CJCE, aff. C-209/07, 20 novembre 2008, Beef Industry.
- CEDH, n°51255/08, 17 janvier 2012, GALEC c. France.
- CJUE, aff. C-67/13, 11 septembre 2014, Groupement des cartes bancaires.

- CJUE, aff. C-343/13, 5 mars 2015, Modelo Continente Hipermercados.
- CJUE, aff. C-196/15, 14 juillet 2016, Granarolo.
- CJUE, aff. C-230/16, 6 décembre 2017, Coty.
- CEDH, n° 37858/14, 1er octobre 2019, Carrefour.
- CJUE, aff. C-98/22, 22 décembre 2022, Eurelec.

H. COMMISSION D'EXAMEN DES PRATIQUES COMMERCIALES

- Avis n°04-02 relatif à la conformité de certaines pratiques à l'article L 442-6 du Code de commerce, 25 février 2004.
- Avis n°15-23 relatif à une demande d'avis de la cour d'appel de Paris sur les dispositions d'un article d'une convention d'affaires au regard de l'article L442-6-I, 2° du Code de commerce, 25 juin 2015.
- Avis n°16-9 relatif à une demande d'avis d'un groupement d'intérêt public sur la validité d'une clause de non-concurrence insérée dans des contrats entre une société et des hôteliers, 12 mai 2016.
- Avis n°17-11 relatif à une demande d'avis d'une organisation de producteurs portant sur un contrat de fourniture de lait, 21 septembre 2017.
- Avis n°23-3 relatif à une demande d'avis d'un professionnel portant sur la conformité d'une clause relative aux conditions de paiement au regard du déséquilibre significatif, 21 avril 2023.

VI – RÉGLEMENTATION

A. RÉGLEMENTATION FRANÇAISE

- Loi n°1804-02-07 du 17 février 1804.
- Ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.
- Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques.
- Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.
- Décret n°2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique.
- Loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.
- Loi n°2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises.
- Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
- Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.
- Loi n°2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous.

- Ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées.
- Loi n°2020-1508 du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière.
- Loi n°2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique.
- Ordonnance n°2021-859 du 30 juin 2021 relative aux pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire.
- Décret n°2021-1137 du 31 août 2021 fixant les modalités selon lesquelles les délais pour annuler une commande peuvent être réduits dans les conditions prévues à l'article L. 443-5 du Code de commerce.
- Loi n°2021-1357 du 18 octobre 2021 visant à protéger la rémunération des agriculteurs.
- Loi n°2023-221 du 30 mars 2023 tendant à renforcer l'équilibre dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs.
- Décret n° 2023-357 du 11 mai 2023 relatif à la tentative préalable obligatoire de médiation, de conciliation ou de procédure participative en matière civile.
- Décret n°2023-686 du 29 juillet 2023 portant mesures favorisant le règlement amiable des litiges devant le tribunal judiciaire.

B. RÉGLEMENTATION EUROPEENNE

- Règlement n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.
- Directive n°2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire.
- Règlement n°2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne.
- Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions concernant l'état d'avancement de la transposition et de la mise en œuvre de la directive (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, 27 octobre 2021.
- Règlement n°2022/1925 du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique, en vue d'une adaptation en droit français.

VII – ANALYSES PARLEMENTAIRES

A. RAPPORTS ET PROJETS LÉGISLATIFS

- C. SAUTTER, Projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques (renvoyé à la commission des finances, de l'économie générale et du plan à défaut de constitution d'une commission spéciale dans les délais prévus par les articles 30 et 31 du Règlement), présenté au nom de M. Lionel Jospin, Assemblée nationale, 15 mars 2000.
- É. BESSON, Rapport n°2327 fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques (n° 2250), Assemblée nationale, 6 avril 2000.
- P. MARINI, Rapport n°319 présenté au nom de la commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif aux nouvelles régulations économiques, Sénat, Session ordinaire de 2000-2001.
- E. BESSON, Rapport n°2864 fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan, en nouvelle lecture, sur le projet de loi, modifié par le Sénat, relatif aux nouvelles régulations économiques (n° 2666), Assemblée nationale, 12 janvier 2001.
- M.D. HAGELSTEEN, Rapport, La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente, remis à Christine Lagarde, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi, Luc Chatel secrétaire d'État chargé de la Consommation et du Tourisme, 12 février 2008.
- C. LAGARDE, Projet de loi n°842 de modernisation de l'économie (renvoyé à la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire, à défaut de constitution d'une commission spéciale dans les délais prévus par les articles 30 et 31 du Règlement.), au nom de M. François FILLON, Assemblée nationale, 28 avril 2008.
- J.P. CHARIE, Rapport n°908 fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi de modernisation de l'économie (n° 842), Assemblée nationale, 22 mai 2008.
- L. BETEILLE, É. LAMURE, P. MARINI, Rapport n°413 (2007-2008) fait au nom de la commission spéciale, Sénat, 24 juin 2008.
- P. MOSCOVICI, Projet n°1015 de loi relatif à la consommation (renvoyé à la commission des affaires économiques, à défaut de constitution d'une commission spéciale dans les délais prévus par les articles 30 et 31 du Règlement), présenté au nom de M. Jean-Marc Ayrault, Assemblée nationale, 2 mai 2013.
- M. BOURQUIN, A FAUCONNIER, Rapport n°809 fait au nom de la commission des affaires économiques, Sénat, 24 juillet 2013.
- C. DEROUCHE, D. ESTROSI SASSONE, F. PILLET, Rapport n°370 fait au nom de la commission spéciale, Sénat, 25 mars 2015.
- A. LE LOCH et P. ARMAND MARTIN, Rapport n°3104 d'information déposé en application de l'article 145-7 du règlement, par la commission des affaires économiques, sur la mise en application de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, Assemblée nationale, 7 octobre 2015.
- Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

- Proposition de loi n°3571 du 15 mars 2016 visant à mieux définir l'abus de dépendance économique.
- F. PILLET, Rapport n°712 (2015-2016) fait au nom de la commission des lois, Sénat, 22 juin 2016.
- F. PILLET, Rapport n°79, fait au nom de la commission des lois, Sénat, 26 octobre 2016.
- S. HOULIÉ, Rapport n°429 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi adopté par le Sénat, ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (n° 315), Assemblée nationale, 29 novembre 2017.
- T. BENOIT, G. BESSON-MOREAU, Rapport n°2268 fait au nom de la commission d'enquête sur la situation et les pratiques de la grande distribution et de ses groupements dans leurs relations commerciales avec leurs fournisseurs, Assemblée nationale, 25 septembre 2019.
- Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées.
- V. FAURE-MUNTIAN, Rapport n°3382 fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi, adopté par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière (n°3196), avis faits au nom de la commission des finances au nom de la commission des affaires culturelles et de l'éducation par M. Lauzzana, A. Bergé, Assemblée nationale, 30 septembre 2020.

B. AVIS, ÉTUDES, COMMUNIQUÉS ET SESSIONS PARLEMENTAIRES

- J.Y. LE DEAUT, Avis n°2319 présenté au nom de la commission de la production et des échanges sur les titres I et II de la deuxième partie du projet de loi (n° 2250), relatif aux nouvelles régulations économiques, Assemblée nationale, 4 avril 2000.
- Assemblée nationale, Projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques, 3e Séance du 27 avril 2000.
- P. HÉRISSON, Avis n°4 (2000-2001) fait au nom de la commission des affaires économiques, Sénat, 4 octobre 2000.
- Sénat, Projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques, Séance du 17 octobre 2000.
- Communiqué de presse du Conseil des ministres du 28 avril 2008 relatif à la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.
- É. CIOTTI, Avis n°895 présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur les articles 3, 4, 5, 6, 7, 11, 13, 14, 18, 19, 21, 22, 23, 26, 27, 32, 33, 34 et 35 du projet de loi, après déclaration d'urgence, de modernisation de l'économie (n° 842), Assemblée nationale, 15 mai 2008.

- Assemblée nationale, Session ordinaire de 2007-2008, Compte rendu intégral, Deuxième séance du jeudi 12 juin 2008.
- Sénat, Séance du 7 juillet 2008 (compte rendu intégral des débats).
- Sénat, Séance du 7 juillet 2008 (compte rendu intégral des débats).
- Assemblée nationale, Commission des affaires économiques, séance 13 juin 2013.
- N. BONNEFOY, Avis n°792 (2012-2013) fait au nom de la commission des lois, Sénat, 23 juillet 2013.
- Sénat, Séance du 10 avril 2015 (compte rendu intégral des débats).
- Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, Assemblée nationale, lundi 8 juin 2015, Séance de 16 heures, Compte rendu n° 27.
- Sénat, Séance du 30 juin 2015 (compte rendu intégral des débats).
- Étude d'impact, Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, 30 mars 2016.
- D. POTIER, Avis n°3756 fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (n° 3623), Assemblée nationale, 18 mai 2016.
- D. GREMILLET, Avis n°707 (2015-2016) fait au nom de la commission des affaires économiques, Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, Sénat, 22 juin 2016.
- Sénat, Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, Séance du 7 juillet 2016.
- D. GREMILLET, Avis n°68 (2016-2017) fait au nom de la commission des affaires économiques, Sénat, 25 octobre 2016.
- Sénat, Séance du 8 juillet 2020 (compte rendu intégral des débats).

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	3
TABLE DES ABRÉVIATIONS	4
INTRODUCTION GÉNÉRALE	9
I. L'intégration progressive du contrôle de l'équilibre contractuel en droit français ...	13
II. Vers un dirigisme étatique dû au contrôle du déséquilibre significatif au détriment du réalisme et de l'efficacité économiques	25
III. Redéfinir le droit du déséquilibre significatif pour être à la fois conforme aux exigences juridiques de loyauté et d'équité dans les relations commerciales et efficace économiquement.....	31
PREMIÈRE PARTIE – LES CRITÈRES ÉTABLISSANT LA PRATIQUE DU DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF	43
 CHAPITRE PREMIER – LE FAIT DE SOUMETTRE OU DE TENTER DE SOUMETTRE L'AUTRE PARTIE	43
<i>Introduction</i>	43
<i>Section I – La création du critère du pouvoir de soumission entre les parties</i>	49
I. LA NÉCESSITÉ D'APPRÉCIER AU PRÉALABLE L'EXISTENCE D'UN POUVOIR DE SOUMISSION	49
A. L'importance de démontrer le pouvoir de soumission d'une partie sur une autre	50
a) L'analyse économique recommande de rechercher un pouvoir de contrainte entre les parties à travers l'étude de leur pouvoir économique	50
i. Le pouvoir économique peut se transformer en pouvoir de contrainte... 50	
ii. Le pouvoir économique à travers la notion de pouvoir de négociation lors d'échanges commerciaux.....	52
iii. L'analyse du pouvoir économique est déterminante pour constater une contrainte entre les parties au contrat.....	54
b) L'analyse judiciaire retient que le pouvoir de négociation des parties n'est qu'un indice	57
i. La création antérieure d'une présomption de soumission ou de sa tentative fondée sur un rapport de force déséquilibré entre les parties	57
ii. L'analyse du pouvoir de négociation des parties devient uniquement un indice	63
c) Le pouvoir de soumission entre les parties doit être un critère déterminant	70
i. Pour soumettre, le pouvoir économique devient un pouvoir de soumission	71

ii. L'analyse juridique doit tenir compte du pouvoir de soumission comme un critère déterminant.....	72
B. L'importance de procéder à une détermination efficace du pouvoir de soumission entre les parties.....	74
a) Les méthodes divergentes des économistes et des juges pour confronter les pouvoirs économiques des parties au contrat.....	75
i. Les économistes soulignent l'importance de confronter les pouvoirs économiques des parties.....	75
ii. Les juges n'analysent pas correctement le rapport de force entre les parties.....	77
b) Les distinctions entre analyses juridique et économique des différents facteurs permettant d'évaluer le pouvoir économique des parties.....	84
i. Le pouvoir de négociation d'un professionnel en fonction du contexte général.....	85
ii. Le pouvoir de négociation d'un professionnel en fonction de ses concurrents.....	91
iii. Le pouvoir de négociation d'un professionnel en fonction de son partenaire.....	97
iv. Le pouvoir de négociation d'un professionnel dans l'absolu.....	108
c) Le droit du déséquilibre significatif doit procéder à une analyse efficace du pouvoir de soumission d'une partie sur une autre.....	110
i. Seule une analyse réaliste et au cas par cas du pouvoir de négociation peut conduire à une analyse efficace du rapport de force entre les parties.....	110
ii. L'analyse du pouvoir de négociation des parties doit être fondée sur un faisceau d'indices.....	112
iii. Les juges doivent rechercher un pouvoir de soumission et non un simple rapport de force déséquilibré entre les parties.....	114
II. L'ABSENCE D'UN POUVOIR DE SOUMISSION ENTRE LES PARTIES DEVRAIT ÉCARTER LA SANCTION D'UNE SOUMISSION ET DE SA TENTATIVE.....	120
A. L'absence d'un pouvoir de soumission entre les parties écarte l'existence d'une soumission.....	121
a) Les économistes recommandent de procéder à une analyse efficace en vérifiant la réalisation effective de l'infraction.....	121
i. L'existence d'un pouvoir économique insuffisant pour contraindre une partie conduit à exclure l'effectivité d'une contrainte.....	122
ii. L'existence d'une présomption de contrainte entre les parties ne saurait être réellement efficace.....	123
b) Une prise en compte irrégulière de l'existence d'un rapport de force déséquilibré entre les parties par les juges, pour établir la soumission.....	126
i. La reconnaissance antérieure d'une présomption de soumission ou de sa tentative au profit du demandeur.....	127
ii. Les juges ont parfois exclu la soumission ou sa tentative en raison de l'absence d'un rapport de force déséquilibré entre les parties.....	130

c)	L'analyse juridique doit efficacement tirer les conséquences de l'analyse du pouvoir de soumission entre les parties sur l'existence d'une soumission	132
i.	Les juges doivent automatiquement écarter la soumission dès lors qu'il n'existe pas de pouvoir de soumission d'une partie sur une autre.....	133
ii.	Les juges doivent écarter l'existence d'une présomption de soumission	136
B.	Une remise en cause possible d'une sanction des tentatives de soumission sur le fondement du déséquilibre significatif.....	144
a)	L'analyse économique conduit à remettre en cause l'efficacité d'une sanction des tentatives de contrainte.....	145
i.	L'usage de la contrainte entre les acteurs peut être consubstantiel à la négociation.....	145
ii.	Une remise en cause possible de l'efficacité économique d'une sanction des tentatives de contrainte.....	148
b)	L'analyse judiciaire des tentatives de soumission n'est pas efficace puisqu'elle n'est pas suffisamment réaliste et régulière	151
i.	Les juges ont tendance à assimiler les critères d'une soumission à sa tentative	151
ii.	Les juges ont parfois précisé la détermination d'une tentative de soumission sans que leur analyse puisse être toujours saluée	153
c)	La sanction des tentatives de soumission par les juges doit être améliorée et pourrait même être supprimée pour la pratique de déséquilibre significatif.....	159
i.	L'analyse juridique des tentatives de soumission doit être plus claire et réaliste pour être efficace.....	159
1.	Les juges doivent vérifier que la soumission d'une partie a bien échoué.....	159
2.	Si la partie adverse parvient à s'opposer elle n'est pas en capacité d'être soumise	162
3.	Les juges doivent rechercher un comportement contraignant lié à une demande initiale	163
4.	La tentative de soumission peut faire l'objet d'une exemption de sanction	166
ii.	La possibilité de supprimer la sanction des tentatives de soumission sur le fondement du déséquilibre significatif en l'absence d'efficacité économique.....	167

<i>Section II – L'exercice du pouvoir de soumission à travers la démonstration d'une soumission effective</i>	<i>171</i>
I. LA DÉMONSTRATION D'UNE SOUMISSION EFFECTIVE À TRAVERS L'ANALYSE DES NÉGOCIATIONS ENTRE LES PARTIES.....	171
A. La soumission est établie lorsque les négociations ne sont ni libres, ni possibles	172
a) L'analyse économique a une approche plus réaliste du déroulé des négociations.....	172

i.	Les négociations peuvent mener à l'exercice d'une contrainte	173
ii.	Les économistes proposent de favoriser une négociation à la fois conflictuelle et coopérative.....	176
b)	L'analyse judiciaire du déroulé des négociations est irrégulière	179
i.	Les juges vérifient plus ou moins efficacement la liberté de négocier des parties	180
ii.	Les juges vérifient plus ou moins efficacement la possibilité de négocier des parties	182
c)	Les juges doivent vérifier que la négociation était bien libre et possible entre les parties.....	187
i.	La liberté de négocier découle notamment du rapport de force entre les parties	188
ii.	En présence d'un pouvoir de soumission entre les parties, la partie forte doit permettre la négociation	189
B.	La soumission est effective lorsque les négociations ne sont pas effectives.....	192
a)	Les économistes analysent l'effectivité des négociations de manière plus réaliste	192
i.	Une acceptation faussée du contrat peut nuire à l'effectivité des négociations	192
ii.	L'effectivité des négociations dépend également des effets produits par la coopération.....	193
b)	L'analyse judiciaire de l'effectivité des négociations n'est pas régulière en pratique.....	195
i.	Les juges vérifient plus ou moins efficacement l'intensité des négociations	196
ii.	Les juges vérifient plus ou moins efficacement l'existence d'un compromis entre les parties	198
c)	L'effectivité de la négociation doit être appréciée de manière plus réaliste et régulière.....	200
i.	Les juges doivent vérifier que la négociation est bien effective entre les parties	200
ii.	Les juges doivent vérifier que la négociation n'a pas été forcée par une partie	201
iii.	Les juges doivent vérifier que la négociation conduit bien à des concessions réciproques	203
II.	LA VÉRIFICATION D'UNE SOUMISSION EFFECTIVE CONDUIT À UNE ANALYSE DU COMPORTEMENT DES PARTIES	206
A.	L'analyse du comportement des parties est nécessaire pour vérifier l'existence d'une soumission effective.....	206
a)	L'analyse économique recherche la loyauté dans les relations commerciales	207
i.	La loyauté permet la confiance entre les acteurs économiques	207
ii.	Les économistes entendent lutter contre les comportements opportunistes des acteurs	209

b)	Les juges n'analysent pas les comportements des parties de manière suffisamment efficace pour établir la soumission.....	212
i.	Les juges vérifient que la partie forte a agi de manière déloyale envers l'autre partie.....	213
1.	La déloyauté d'une partie peut résulter d'un comportement actif ...	213
2.	La déloyauté d'une partie peut résulter d'un comportement passif .	216
ii.	Les juges ont parfois vérifié que la partie adverse n'avait pas empêché l'effectivité des négociations de son plein gré.....	217
1.	Les juges ont vérifié que la partie adverse avait bien manifesté son opposition.....	217
2.	Les juges apprécient en général strictement l'absence d'opposition aux clauses litigieuses pour établir la soumission.....	218
c)	L'analyse juridique doit procéder à une étude approfondie et réaliste du comportement des parties pour vérifier l'effectivité d'une soumission.....	223
i.	Les juges doivent analyser le comportement de l'ensemble des parties	223
ii.	Les juges doivent vérifier l'existence de comportements déloyaux non légitimes et devant être sanctionnés	224
B.	L'analyse juridique doit tenir compte de l'évolution des comportements des parties lors de la relation	231
a)	L'analyse économique estime que le pouvoir de négociation est une notion évolutive susceptible de modifier les comportements des parties	231
i.	Les économistes admettent l'évolution du pouvoir de négociation des parties au cours de la relation.....	232
ii.	Les économistes analysent l'impact de l'évolution du pouvoir de négociation sur l'expression de la volonté des parties	232
b)	L'analyse judiciaire ne procède pas à une analyse efficace de l'évolution du pouvoir de négociation des parties et son impact sur leur comportement	236
i.	Les juges ont tendance à limiter l'analyse de l'équilibre du rapport de force entre les parties au stade de la conclusion du contrat.....	236
ii.	Les juges semblent admettre que l'évolution du rapport de force pourrait entraîner une évolution dans le comportement des parties.....	237
c)	L'analyse juridique devrait tenir compte de l'évolution du pouvoir de négociation des parties au cours de la relation et son impact sur leur comportement	240
i.	Les juges doivent étudier l'évolution du pouvoir de négociation des parties sur l'ensemble de la relation.....	241
ii.Les juges doivent tenir compte d'un changement dans le comportement des parties notamment du fait de l'évolution de leur pouvoir de négociation	243

CHAPITRE SECOND - LA RECHERCHE SUBSEQUENTE DES OBLIGATIONS CREANT UN DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF DANS LES DROITS ET OBLIGATIONS DES PARTIES	247
---	-----

<i>Introduction</i>	247
<i>Section I – Promouvoir une analyse juridique de l’équilibre contractuel plus réaliste à travers les critères d’équité juridique et d’efficacité économique</i>	265
I. Une analyse juridique incomplète de l’équilibre contractuel pouvant être améliorée.....	265
A. La notion de surplus développée par l’analyse économique est plus réaliste ...	266
a) Le principe : l’équilibre contractuel s’apprécie à travers la notion de surplus	266
b) Les composants de la notion de surplus économique.....	266
B. L’appréciation de l’équilibre contractuel développée par l’analyse juridique est trop restreinte et donc non réaliste.....	269
a) Une approche juridique de l’équilibre contractuel d’apparence globale....	269
b) L’analyse judiciaire conduit à l’étude d’un équilibre juridique et non économique.....	279
C. Proposition d’élargissement de l’objet d’analyse juridique de l’équilibre contractuel	283
a) Ajouter les indices économiques du surplus contractuel à l’analyse juridique	283
b) Exiger que les indices utilisés soient bien liés au contrat et vérifiables en pratique.....	285
II. La recherche d’un partage contractuel équilibré : à la fois équitable juridiquement et efficace économiquement.....	289
A. L’analyse économique étudie l’équilibre contractuel principalement à travers un partage efficace du surplus.....	290
a) L’analyse économique analyse l’équilibre contractuel à travers le critère d’efficacité.....	290
b) Un partage contractuel efficace économiquement n’est pas nécessairement équitable	296
B. L’analyse juridique du partage contractuel, fondée sur des clauses et limitée au critère d’équité, est biaisée	300
a) Une analyse judiciaire du partage contractuel biaisée car uniquement fondée sur certaines clauses présumant ainsi d’un déséquilibre contractuel significatif.....	300
b) Une analyse judiciaire du partage contractuel biaisée car uniquement fondée sur le critère d’équité.....	302
C. L’application combinée des critères d’équité juridique et d’efficacité économique pour analyser l’équilibre contractuel	309
a) Une conciliation, à la fois possible et recommandée, entre équité juridique et efficacité économique	309
b) Une proposition de modification de l’analyse juridique de l’équilibre contractuel à travers une application combinée des critères d’équité juridique et d’efficacité économique	313

<i>Section II – La prise en compte nécessaire des effets des pratiques dans l’analyse juridique du déséquilibre significatif</i>	315
I. Pour procéder à une analyse efficace, l’analyse économique recommande de prendre en compte les effets des pratiques.....	316
A. La nécessité de prendre en compte les effets des pratiques sur les parties	317
a) L’analyse de l’équilibre contractuel doit tenir compte des effets des pratiques sur les parties	317
b) La justification d’une sanction implique également de tenir compte des effets des pratiques sur les parties.....	319
B. La nécessité de prendre en compte les effets des pratiques sur le marché	320
a) Un déséquilibre contractuel peut avoir des effets positifs et/ou négatifs sur le marché	321
b) L’appréciation de l’équilibre du contrat ne présage pas nécessairement des effets sur le marché	322
II. La nécessité de prendre en compte les effets des pratiques dans l’analyse juridique	324
A. Les juges rejettent la prise en compte des effets des pratiques conduisant à une analyse biaisée du déséquilibre significatif.....	324
a) L’absence de précision dans le Code de commerce.....	324
b) Le refus des juges de rechercher et prendre en compte les effets des pratiques conduit à une analyse biaisée	325
B. L’analyse juridique du déséquilibre significatif devrait pourtant conduire les juges à prendre en compte les effets des pratiques	327
a) Le Code de commerce impose l’existence d’un déséquilibre jugé significatif ce qui conduit à rechercher les effets des pratiques.....	327
b) L’action du ministre de l’Économie se justifie par une atteinte à l’ordre public économique ce qui implique de rechercher les effets des pratiques	329
c) Les juges pourraient admettre en pratique la prise en compte des effets des pratiques	337
III. La prise en compte des effets des pratiques conduit à modifier l’analyse juridique	340
A. Les outils économiques et juridiques permettant de prendre en compte les effets des pratiques	341
a) Une analyse coûts-avantages pour justifier d’une sanction.....	341
b) L’utilité d’une exemption en matière de sanction.....	343
B. La modification de l’analyse juridique à travers la prise en compte des effets des pratiques et la limitation du texte commercial à l’existence d’une atteinte à l’ordre public économique.....	347

SECONDE PARTIE – LA MISE EN ŒUVRE JURIDIQUE DE LA SANCTION DU DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF..... 355

INTRODUCTION.....	355
-------------------	-----

CHAPITRE PREMIER – L’INTERVENTION ETATIQUE DANS LA SPHERE CONTRACTUELLE DOIT ETRE LEGITIME.....	361
---	-----

Section I - La nécessité de justifier et vérifier l’efficacité de l’intervention du juge dans la sphère contractuelle 362

I. L’intervention judiciaire dans la sphère contractuelle doit être justifiée et efficace	362
A. La justification d’une intervention judiciaire dans la sphère contractuelle.....	362
a) La justification d’une intervention judiciaire dans la sphère contractuelle par l’analyse économique.....	363
b) La justification d’une intervention judiciaire dans la sphère contractuelle par l’analyse juridique.....	368
B. La nécessité de préserver l’utilité du contrat face à l’intervention judiciaire....	372
a) L’enjeu du contrat comme manifestation de la volonté des parties.....	372
b) La difficulté du juge à garantir l’utilité du contrat à travers la retranscription de la volonté des parties	374
C. L’encadrement de l’intervention judiciaire pour protéger l’utilité du contrat...	377
a) L’encadrement nécessaire de l’intervention du juge dans la sphère contractuelle.....	377
b) La prise en compte nécessaire de la volonté des parties dans l’analyse judiciaire.....	378
II. La possibilité d’envisager des alternatives plus efficaces à l’intervention judiciaire.....	380
A. L’intérêt de faciliter des solutions alternatives à une saisine judiciaire d’après l’analyse économique.....	381
a) L’intérêt d’une résolution des litiges en dehors des tribunaux	381
b) Les solutions alternatives aux tribunaux pouvant être apportées.....	382
B. Le Droit est également favorable à un règlement des conflits en dehors des tribunaux	387
a) Un encadrement ex ante des relations contractuelles pour empêcher les abus	387
b) Les modes alternatifs de résolution des conflits favorisés en matière juridique.....	388
C. Les circonstances pouvant justifier de favoriser des solutions alternatives à l’intervention du juge dans les contrats.....	391
a) Le maintien d’une régulation ex ante sous réserve d’une limitation	392
b) La nécessité de privilégier voire d’imposer les modes alternatifs de résolution des conflits en l’absence d’atteinte à l’ordre public économique	394

Section II - La nécessité de justifier et vérifier l’efficacité de l’intervention de l’autorité publique dans la sphère contractuelle..... 397

I. L’intervention de l’autorité publique dans la sphère contractuelle doit être justifiée.....	398
--	-----

A. L'analyse économique admet l'utilité d'une intervention étatique dans les relations commerciales pour la protection de l'intérêt général	398
B. L'important pouvoir accordé par le Droit à l'autorité publique pour lui permettre de protéger l'ordre public économique	400
a) Les juges admettent l'intervention de l'autorité publique au nom de la protection de l'ordre public économique	400
b) L'action de l'autorité publique est distincte de celle initiée par les acteurs privés	403
c) Le maintien de l'action de l'autorité publique dans la sphère contractuelle à condition de démontrer une atteinte à l'ordre public économique	405
II. L'intervention de l'autorité publique dans la sphère contractuelle doit être efficace	409
A. L'analyse économique préconise de vérifier l'efficacité de l'intervention de l'État à travers une analyse des coûts et avantages	409
B. Le législateur a offert à l'autorité publique le pouvoir de demander des sanctions d'une intensité importante	410
C. Les sanctions demandées par l'autorité publique doivent être justifiées au nom de la seule protection de l'ordre public économique	412

CHAPITRE SECOND - LA MISE EN ŒUVRE PRATIQUE D'UNE SANCTION EFFICACE EN MATIÈRE DE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF	415
---	-----

<i>Section I - Le prononcé d'une sanction judiciaire dans la sphère contractuelle doit être efficace</i>	416
I. Une sanction efficace est une sanction dissuasive	416
A. L'analyse économique recommande de mettre en place une sanction dissuasive	416
a) Le choix de réaliser une infraction dépend d'un calcul d'intérêt	417
b) La dissuasion peut prendre plusieurs formes	420
B. L'analyse juridique recherche également une sanction qui se veut dissuasive	424
C. Une sanction efficace est une sanction qui doit être dissuasive	428
II. Une sanction optimale est également moins coûteuse, nécessaire et proportionnée	432
A. L'analyse économique recherche une sanction efficace en tenant compte de ses coûts, sa nécessité et sa proportionnalité	432
a) La prise en compte nécessaire des coûts des sanctions à travers leur mise en œuvre et leurs effets	432
b) La recherche d'une sanction nécessaire et proportionnée	434
B. L'application des critères de coûts, nécessité et proportionnalité par l'analyse juridique	435
a) Les juges entendent sanctionner toutes les pratiques quelle que soit l'intensité du dommage	435
b) Les juges entendent néanmoins prononcer des sanctions nécessaires et proportionnées	436

C. Les juges devraient privilégier un système de sanction efficace car moins coûteux, nécessaire et proportionné.....	438
a) La prise en compte nécessaire des effets des sanctions pour apprécier leur efficacité.....	438
i. Les effets des sanctions à l'égard des parties au contrat.....	439
ii. Les effets des sanctions sur l'économie.....	441
b) L'exclusion d'une sanction des tentatives de soumission jugée trop coûteuse.....	442
c) Le maintien des sanctions en cas d'absence de dommage réel ou d'un dommage de faible intensité résultant de la soumission à un déséquilibre significatif.....	443
d) Le prononcé d'une sanction proportionnée en droit positif sous réserve de sa mise en œuvre efficace par le juge.....	444

Section II - La poursuite pratique des objectifs juridiques de manière efficace..... 449

I. Les objectifs juridiques poursuivis par le juge et leur mise en œuvre efficace grâce aux recommandations de l'analyse économique.....	450
A. Les objectifs de punition et de dissuasion des pratiques.....	450
a) L'amende civile.....	450
i. Les objectifs de punition et de dissuasion des pratiques de manière proportionnée.....	451
ii. La remise en cause de l'efficacité de l'amende en pratique.....	456
iii. L'amélioration de l'efficacité du prononcé des amendes en pratique.....	457
b) La publicité de la sanction et le « name and shame ».....	463
i. Une mesure peu coûteuse à mettre en œuvre pour la société et dissuasive.....	463
ii. Le prononcé systématique de cette publication peut être coûteux au regard de ses effets, non nécessaire et disproportionné.....	466
c) L'exécution sous astreinte.....	469
i. Une mesure punitive et dissuasive offerte au juge et à l'Administration.....	469
ii. Une mesure efficace sous réserve de sa mise en œuvre effective en pratique.....	473
iii. Une mesure qui peut être coûteuse, non-nécessaire et disproportionnée.....	475
B. L'objectif d'une suppression du déséquilibre significatif dans le contrat.....	478
a) La nullité des clauses ou des contrats illicites.....	479
i. La nullité vise à corriger des éléments contractuels, objets d'un déséquilibre significatif.....	479
ii. L'encadrement nécessaire du prononcé de la nullité pour garantir son efficacité.....	485
iii. L'intérêt d'une renégociation entre les parties pour maintenir l'utilité du contrat en cours.....	490
b) La restitution des avantages indus.....	494
i. Une sanction qui se veut efficace car punitive et dissuasive.....	495

ii. Une sanction qui peut être inefficace	497
iii. L'encadrement nécessaire de cette sanction pour la rendre efficace...	501
c) La cessation des pratiques	504
i. Une sanction corrective et préventive.....	504
ii. L'encadrement nécessaire de la cessation des pratiques pour l'avenir	509
C. L'objectif de réparation du préjudice	515
a) L'analyse de l'efficacité de la réparation du préjudice par l'Économie.....	515
i. L'analyse économique préconise de procéder à une réparation lorsque la société a supporté un coût.....	515
ii. La responsabilité civile est un mécanisme de sanction efficace à condition d'être effective, ce qui peut conduire à admettre les actions collectives	516
iii. Le montant des dommages et intérêts peut poursuivre différents objectifs : réparateur, dissuasif et préventif.....	518
b) La sanction de réparation du préjudice causé par l'analyse juridique.....	519
i. L'encadrement de la réparation du préjudice causé en matière de déséquilibre significatif	519
ii. Le rejet de la sanction de réparation du préjudice à la demande de l'autorité publique	521
iii. La détermination juridique souple, mais encadrée, du montant des dommages et intérêts	522
c) L'amélioration de l'analyse judiciaire en matière de réparation du préjudice	526
i. La modification de la nature des demandes de réparation des préjudices	526
ii. L'amélioration de la quantification du préjudice pour la rendre plus efficace.....	528
II. L'analyse de l'efficacité du cumul des sanctions judiciaires	532
A. La possibilité de prononcer des mesures cumulatives renforce la portée punitive et dissuasive du système de sanction en matière de déséquilibre significatif	533
B. L'accumulation des sanctions peut néanmoins conduire à un système coûteux, non-nécessaire et disproportionné	533
C. L'amélioration du prononcé cumulatif des sanctions judiciaires.....	536

CONCLUSION GÉNÉRALE	539
----------------------------------	------------

INDEX ALPHABÉTIQUE	545
---------------------------------	------------

BIBLIOGRAPHIE ET JURISPRUDENCE	558
---	------------

TABLE DES MATIÈRES.....	593
--------------------------------	------------