

Faculté de droit Paris Descartes

LE CONTRAT D'ADHÉSION ENTRE PROFESSIONNELS

Thèse en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit privé
Présentée et soutenue publiquement par :

Cyril BRIEND

Le 20 novembre 2015

JURY

Directrice de recherche :
Madame Martine BEHAR-TOUCHAIS

Rapporteurs :
Monsieur Tristan AZZI
Madame Anne-Sophie CHONÉ-GRIMALDI

Suffragants :
Madame Mireille BACACHE
Monsieur Nicolas MATHEY

Je remercie vivement Madame Behar-Touchais d'avoir dirigé mon travail de recherches doctorales, pour son précieux soutien, son dévouement, sa patience et son exigence bienveillante. Puissent ces quelques lignes lui exprimer ma reconnaissance profonde pour les efforts généreux qu'elle a fournis et grâce auxquels ce travail a pu trouver son aboutissement.

Mes remerciements vont également à ceux qui m'ont aidé dans le travail de relecture, notamment ma belle-mère ; mais aussi Guillemette mon épouse, Caroline Cochez et Bertille Ghandour.

J'exprime également ma gratitude à tous mes collègues du Centre de Droit des Affaires et de Gestion qui ont toujours témoigné d'un véritable esprit d'équipe.

Je tenais également à remercier tous ceux qui m'ont soutenu durant ces années de travail, en particulier ma famille et ma belle-famille, je pense surtout à Maximilien ainsi qu'à Joseph, Thérèse, Marie, Augustin et Thomas.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

ADLC	Autorité de la concurrence
Aff.	Affaire
AJCA	<i>Actualité juridique contrat d'affaire, concurrence, distribution</i>
AJDI	<i>Actualité juridique de droit immobilier</i>
AN	Assemblée Nationale
AP	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Art.	Article
Bull	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Bull civ	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre civile
Bull. Joly	<i>Bulletin Joly Sociétés</i>
c/	Contre
Cah. Dr. entr	<i>Cahier du droit de l'entreprise</i>
CCC	<i>Contrats, concurrence, consommation</i>
CCE	<i>Communication, commerce électronique</i>
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme.
CEPC	Commission d'examen des pratiques commerciales
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 1ère	Première Chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 2ème	Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 3ème	Troisième Chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Com	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Concurrences	<i>Revue des droits de la Concurrence</i>
Cons. Conc	Conseil de la concurrence
Cons. constit.	Conseil constitutionnel
Contra	Pour une opinion contraire
D	<i>Dalloz</i>
DC	Déclaration de conformité
DGCCRF	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
Dir.	Sous la direction de
DPCI	<i>Droit et pratique du commerce international</i>
Dr. et patr.	<i>Droit et patrimoine</i>
Éd.	Éditions
Et alii	Et autres
Europe	<i>Revue Europe</i>
Fasc.	Fascicule
GAJC	<i>Grands arrêts de la jurisprudence civile</i>
GAJDIP	<i>Grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé</i>
Gaz Pal	<i>Gazette du Palais</i>
Harv.L. Rev	<i>Harvard Law Review</i>
HS	Hors série
Ibid.	<i>Ibidem</i> , au même endroit

<i>Id.</i>	<i>Idem</i> , la même chose
<i>In</i>	Dans
<i>Infra.</i>	Ci-dessous
<i>JCP E</i>	<i>La Semaine juridique, édition entreprise et affaires</i>
<i>JCP G</i>	<i>La Semaine juridique, édition générale</i>
<i>JCP N</i>	<i>La semaine juridique, édition notariale</i>
<i>JCP S</i>	<i>La Semaine juridique, édition sociale</i>
<i>JDI</i>	<i>Clunet – Journal du droit international</i>
<i>JOCE</i>	Journal officiel des Communautés européennes
<i>JOUE</i>	Journal officiel de l'Union européenne
<i>Jur. Prox.</i>	Juridiction de proximité
<i>Juriscl</i>	<i>Jurisclasseur</i>
<i>LGDJ</i>	Librairie générale de droit et jurisprudence
<i>LPA</i>	<i>Les Petites Affiches</i>
<i>Mixte</i>	Chambre mixte de la Cour de cassation
<i>Op. cit.</i>	Œuvre citée.
P.	Page
Préc.	Précité
Préf.	Préface
<i>PUAM</i>	Presses universitaires d'Aix-Marseille
<i>PUF</i>	Presses universitaires de France
<i>QPC</i>	Question prioritaire de constitutionnalité
<i>RCA</i>	<i>Responsabilité civile et assurance</i>
<i>RDAI</i>	<i>Revue de droit des affaires internationales</i>
<i>RDC</i>	<i>Revue des contrats</i>
<i>RDLF</i>	<i>Revue des droits et libertés fondamentaux</i>
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de Droit Comparé</i>
<i>RIDE</i>	<i>Revue internationale de Droit économique</i>
<i>RJDA</i>	<i>Revue de jurisprudence de droit des affaires</i>
<i>Rép. Dalloz</i>	<i>Répertoire Dalloz</i>
Rev.	Revue
<i>Rev. Crit. DIP</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>Rev. de l'arbitrage</i>	<i>Revue de l'arbitrage</i>
<i>Rev. dr. bancaire</i>	<i>Revue de droit bancaire et financier</i>
<i>Rev. dr. social</i>	<i>Revue Droit social</i>
<i>Rev. Société</i>	<i>Revue des sociétés</i>
<i>RJ Com</i>	<i>Revue de jurisprudence commerciale</i>
<i>RLC</i>	<i>Revue Lamy Concurrence</i>
<i>RLDA</i>	<i>Revue Lamy Droit des affaires</i>
<i>RLDC</i>	<i>Revue Lamy Droit civil</i>
<i>RLDI</i>	<i>Revue Lamy Droit de l'immatériel</i>
<i>RSC</i>	<i>Revue des sciences criminelles</i>
<i>RTD Com</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>RTD Civ</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
S	<i>Sirey</i>

s.	Suivants
Soc	Chambre sociale de la Cour de cassation
Spéc.	Spécialement
Suppl.	Supplément
Supra.	Ci-dessus
t.	Tome
TC	Tribunal de commerce
TI	Tribunal d'instance
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de grande instance
Trad.	Traduction
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
Trib. UE	Tribunal de l'Union européenne
V.	Voir
Vol.	Volume

Le nom d'une ville sans indicatif de juridiction indique la cour d'appel du ressort de cette ville.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
PREMIÈRE PARTIE : L'IDENTIFICATION DU CONTRAT D'ADHÉSION ENTRE PROFESSIONNELS	17
Introduction Première Partie.....	17
 Titre 1 : L'intérêt d'un droit des contrats analysé à travers le prisme de l'intensité des négociations.....	20
Chapitre 1 : L'analyse des négociations en droit positif	22
Section 1 : La conception classique de la détermination du consentement	23
Section 2 : Le critère de la prise en compte des négociations pour faire obstacle au contrat déséquilibré.....	52
Conclusion du chapitre 1 :	89
Chapitre 2 : Intérêt d'un rééquilibrage du contrat par l'analyse des négociations.....	91
Section 1 : Protection selon la négociation ou selon le contenu du contrat.....	93
Section 2 : La protection de la partie faible par un statut dérogatoire.	133
Conclusion du Chapitre 2.....	165
Conclusion Titre 1 :	167
 Titre 2 : La mise en œuvre de l'analyse des négociations des contrats entre professionnels.....	169
Chapitre 1 : Les stratégies de contournement	171
Section 1 : Les stratégies de contournement propres au droit international privé.	171
Section 2 : Les stratégies de contournement de la protection de la partie faible en droit interne.	203
Chapitre 2 : La démonstration judiciaire de l'absence de négociations.....	236
Section 1 : La possibilité de prouver une négociation équitable.....	237
Section 2 : Les techniques de facilitation de la preuve accordées à la partie faible.....	254
Conclusion Première partie :	277
Deuxième Partie : Le traitement judiciaire des contrats d'adhésion entre professionnels	278
Introduction Deuxième Partie :	278
 Titre 1 : L'intervention du juge du contrat d'adhésion entre professionnels et le fond du droit	281
Chapitre 1 : Le rééquilibrage judiciaire des obligations au sein d'un contrat d'adhésion entre professionnels.....	283
Section 1 : Les techniques respectueuses de la volonté des parties.	284
Section 2 : La possibilité d'une immixtion plus franche du juge dans le contrat.....	318
Chapitre 2 : L'éventualité d'un droit pénal ou quasi pénal pour réprimer les comportements contractuels abusifs.....	342

§ Préliminaire. Les infractions existantes en droit pénal des affaires, susceptibles de protéger la partie faible contractuelle.....	345
Section 1 : Le droit pénal stricto sensu, une solution intéressante, mais d'application restrictive.	349
Section 2 : L'efficacité d'un droit « quasi pénal ».....	367
Titre 2 : L'intervention du juge du contrat d'adhésion entre professionnels et la procédure.	396
Chapitre 1 : Les techniques procédurales de protection de la partie faible à caractère contraignant.....	397
Section 1 : L'action en référé au profit du contractant professionnel partie faible.....	398
Section 2 : Les recours collectifs comme soutien processuel à la partie faible.	418
Chapitre 2 : La procédure « douce »: la possibilité de prévenir le comportement contractuel par la technique de l'avis.....	438
Section 1 : Le phénomène de la moralisation en amont des contrats commerciaux par les avis..	442
Section 2: Les évolutions possibles de la régulation par les organes consultatifs.....	459
Conclusion de la Deuxième Partie.....	476
CONCLUSION GÉNÉRALE	479

X

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Le contrat, instrument favorable à la créativité entrepreneuriale. Le contrat est particulièrement propice au droit des affaires. En soumettant les parties aux règles qu'elles définissent elles-mêmes, le contrat est capable de laisser aux entreprises le soin de développer des modèles de production tout à fait adaptés à leurs besoins. Les prestations sont libres, leurs équivalences aussi, et la répartition des risques l'est tout autant. Qu'il y ait donc une théorie générale du contrat¹ permet de ne pas contraindre l'entreprise dans un modèle de production prédefini ; et ainsi, les entrepreneurs ne sont pas soumis au bon vouloir des politiques. Lesquels politiques ne sont pas forcément aptes à anticiper les évolutions techniques et managériales que connaît chaque secteur de notre économie. Bien évidemment, l'article 6 du Code civil, et beaucoup d'autres sources du droit restent en place pour rappeler que l'impérativité ne cède pas devant la volonté des parties. Le besoin de souplesse des entreprises ne justifie pas que le contrat permette tout. Néanmoins, l'impérativité elle-même reste quelque chose de relativement vulnérable aux créations contractuelles. En effet, tout ce qui n'est pas interdit par le droit est possible et réalisable sous forme de contrat. Là où l'impérativité ferme la porte, le contrat d'affaires cherche souvent à rentrer par la fenêtre. À l'heure où certains revendentiquent plus de liberté d'entreprendre, le contrat paraît donc, dans son ensemble un instrument privilégié².

2. Une souplesse contractuelle plébiscitée par l'économie. Cette malléabilité contractuelle a permis des avancées économiques importantes. Elle a offert aux entreprises des possibilités de créativité nouvelles. Si bien que l'école de Chicago a fini par professer, qu'en droit de la concurrence, il ne fallait pas juger de la légalité d'une pratique selon des critères théoriques (autrement dit, que la pratique ne s'appréciait pas « *per se* » comme l'affirme l'école d'Harvard³). Il faudrait au contraire faire un bilan coûts-avantages pour savoir si le bénéfice retiré par la pratique ne vaudrait pas ses inconvénients. En effet, en droit de la concurrence, il est par exemple, des situations où une entente a des effets parfaitement

¹ C. Jamin, « Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés », *D*, 2005, 2342.

² V. *Le Monde*, 8 juillet 2012, « Parisot veut inscrire la « liberté d'entreprendre » dans la Constitution ».

³ F. Souty, *La politique de concurrence des Etats-Unis*, Paris, PUF, 1995, n°2945.
V. Zencker, *Les rapports du droit et de l'économie : contribution à une analyse comparative des théories du droit sur l'économie*, préf. M. Behar-Touchais, thèse Paris Descartes, 2012.

bénéfiques⁴. Cette revendication pour une souplesse conserve sa part de légitimité dans la mesure où l'on ne peut guère reprocher à une entreprise de chercher à faire du bénéfice. Ce sont elles qui créent les emplois ainsi que les biens et les services dont nous jouissons quotidiennement. Cela est d'autant plus vrai pour ce qui concerne les plus petites entités parmi elles, subissant un risque économique beaucoup plus grand et guère prévenu par une protection sociale.

3. Un besoin de limite à la liberté contractuelle exprimé par les faits. Ce constat est-il sans limite ? Notre économie n'est-elle qu'un agglomérat de structures toujours en quête d'amélioration productive ? Il serait un peu naïf de céder à un tel extrême. L'économie ne recèle pas que des activités de création, mais également de l'affrontement, et des intérêts en opposition. L'avantage d'un contrat se fait parfois au détriment de son partenaire direct. De ce fait, la revendication de « souplesse » est souvent la cause d'un appauvrissement pour une partie. D'où l'impérativité, ci-dessus évoquée venant fixer les contours d'une « moralisation du droit des affaires », expression qui regroupe aussi bien la lutte contre le travail au noir, le travail précaire, la lutte contre le blanchiment d'argent ou autres. Notre étude ne se situe pas dans ces objectifs. Il s'agit néanmoins de montrer que le droit des affaires contient une part « d'affrontement » plus que de « création de richesses ». Si la doctrine a pu prendre largement à son compte le risque du contractant qui s'enrichit au détriment d'un autre, cette cause s'est heurtée à des revendications inverses. En effet, les politiques publiques de relance de l'économie ont surtout diagnostiqué, dans le malaise économique un essoufflement de la création de richesses, plus qu'un excès de liberté contractuelle, les deux étant parfois antinomiques. Les rapports se sont multipliés au cours des dernières années pour « *aller chercher la croissance avec les dents* »⁵. Le rapport Attali préconisait « *une population active nombreuse et dynamique, un savoir et des innovations technologiques sans cesse actualisés* ».⁶ Dans son prolongement, le rapport Gallois appelait de ses vœux un « *choc de compétitivité* »⁷. De façon similaire, la loi Macron, du 6 août 2015 n°2015-990, se fonde sur trois grands principes : « *libérer, investir et travailler* »⁸. L'idée est donc constante : l'économie française ressemble à un travailleur ficelé sur sa chaise qui ne peut pas s'enrichir faute d'être « libéré ». Pourquoi est-ce que ces objectifs d'expansion économique se trouvent

⁴ G. de Muizon, « Les tests de preuve économiques permettant de caractériser une pratique anticoncurrentielle », *Concurrences* 4-2012, p. 25.

⁵ Paroles prononcées par N. Sarkozy, Discours à l'Université d'été du MEDEF, 30 août 2007.

⁶ J. Attali (dir.), *Rapport de la commission pour la libération de la croissance française*, 2008, disponible sur le site de la documentation française.

⁷ L. Gallois, *Pacte pour la compétitivité française*, <http://www.ladocumentationfrançaise.fr/rapports-publics/124000591/index.shtml>

⁸ Peut être lu sur le site [gouvernement.fr](http://www.gouvernement.fr/action/le-projet-de-loi-pour-la-croissance-l-activite-et-l-egalite-des-chances-economiques) Note du 18 juin 2015.

E. Claudel, « Projet de loi « Macron » : un texte controversé. Brève présentation », *RTD Com*, 2015, 81.

en contradiction avec la protection du contractant ? Parce que l'aspiration à un sursaut de croissance désigne souvent comme adversaire, la contrainte que l'on fait peser sur les entreprises⁹. Au sein de cette contrainte, l'on trouve naturellement la protection de la partie faible.

4. Un conflit entre souplesse et intervention de l'État. Il y a pourtant une alternative à un tel diagnostic. L'on pourrait ne plus partir de la nécessité de se placer dans une perspective de croissance ; croissance qui tarde souvent à arriver, et qui exige parfois de lourds sacrifices¹⁰. Au contraire, la sécurisation des entreprises par un dispositif de surveillance des comportements contractuels ne doit plus tenir lieu d'exception, mais d'objectif de premier plan. Le chômage et les entreprises en difficulté ne sont-ils que la conséquence d'un simple carcan économique imposé aux forces vives ? L'économie n'est pas qu'une affaire de compétitivité ni de productivité, mais également, nous le disions à l'instant, un terrain d'affrontement entre des intérêts antagonistes. L'entreprise n'a donc pas seulement besoin de liberté, mais également de protection.

Certains affirment que ces affrontements peuvent être source de richesse. Monsieur Attali dans le rapport que nous venons de mentionner manifeste une confiance enthousiaste dans l'activité négociatrice. Les mots « négocier » et « négociations » reviennent d'ailleurs à de très nombreuses reprises dans des contextes différents. « *Afin de permettre au consommateur et à l'économie, déclare-t-il, de bénéficier pleinement des effets de cette réforme, il convient d'instaurer la liberté des négociations commerciales entre distributeurs et fournisseurs. C'est pris dans son ensemble que ce dispositif pourra livrer tout son potentiel de croissance* ¹¹ ». En quoi négocier crée-t-il de la richesse ? Cela ne crée-t-il pas au contraire des rapports d'affrontements qui se font au détriment d'au moins un protagoniste ? Ou bien faut-il approuver la Fable des abeilles de Mandeville qui veut que les vices privés soient créateurs de richesses¹². D'ailleurs, à de nombreuses reprises, le rapport Attali lui-même souligne le problème des « *pouvoirs de négociation* » de certaines entreprises de la distribution¹³. N'y a-t-il pas une certaine contradiction à prôner la négociation d'une main et à en pressentir les dangers de l'autre ? Assurément, il y a un choix tranché à faire, qui admet

⁹ P. Aghion, G. Cette, E. Cohen et M. Lemoine, *Crise et croissance, une stratégie pour le France*, Rapport remis au secrétaire d'État chargé du commerce extérieur, disponible sur le site de la Documentation française.

¹⁰ Selon le site de l'INSEE, la croissance en volume du PIB, en 2008, était de 0,2 %, pour 2009 de 2,9 %, pour 2010 2,0 %, pour 2011 de 2,1 %, pour 2012, 0,2 %, pour 2013, 0,7 % et pour 2014 0,2 %. www.insee.fr.

¹¹ J. Attali, *op. cit.* De manière assez surprenante, cette contradiction apparaît dans les débats qui ont précédé la loi LME à l'Assemblée nationale en séance publique, parlementaires et ministres reviennent souvent sur l'expression « *loi de la jungle* » pour qualifier les excès de la négociation, mais sans expliquer ce que ces termes recouvrivent . Voir le site de l'Assemblée nationale aux séances publiques des 2, 5 et 12 juin 2008.

¹² B. Mandeville, *La Fable des abeilles*, Paris, Vrin, 1998,

¹³ J. Attali, *op. cit.* p 148.

que la négociation n'est pas une richesse intrinsèque, mais un terrain d'affrontement d'intérêts parfois opposés. Autrement dit, c'est le contenu des négociations qui est significatif, pas l'existence de négociations en tant que telle.

5. *L'éénigme du bon équilibre.* Quel serait alors un juste constat alternatif ? Il faudrait, à notre sens, davantage insister sur les méfaits de l'affrontement dans les rapports économiques. Autrement dit, discerner les inégalités qui empêchent la juste distribution des richesses¹⁴. Le contrat est, par définition, le lieu où cette inégalité se manifeste. En effet, c'est dans la convention que sont décidés les aiguillages des flux d'argent. L'enjeu serait plus de contrôler la justesse des échanges que leur intensité. Est-ce que le travail de réduction des inégalités est le propre du domaine du contrat ou bien doit-il plutôt s'inscrire dans une politique publique de redistribution des revenus étrangère au droit des affaires ? Il ne s'agit pas pour nous de nous préoccuper de la fiscalité des entreprises et de la redistribution étatique des revenus. Toutefois, les maux se traitent à la racine, sinon ils ne peuvent être durablement résorbés. Et, redisons-le, le contrat est le lieu par excellence où se décide la répartition des richesses entre personnes privées. Si les inégalités persistent aujourd'hui dans une économie développée, c'est que les échanges ne s'appliquent pas dans une convention équitable. D'où l'intérêt de traiter les inégalités dans leurs causes plus que dans leurs conséquences (I). Cet objectif, à notre sens, trouverait une issue plus heureuse si l'on prenait l'analyse des négociations comme critère de rééquilibrage du contrat entre plusieurs professionnels (II).

I : Le droit et le principe d'égalité

6. Vouloir faire du contrat d'affaires un lieu où le juge corrige les inégalités excessives demande de suivre une certaine logique. D'abord, il faut se demander en quoi le contrat peut être le lieu de l'égalité (A). Pour y parvenir, on ne peut se passer d'une analyse économique du contexte factuel, lequel prend des aspects tout à fait singuliers au début du XXI^{ème} siècle (B). Enfin, rétablir l'égalité pose aussi un problème de méthode sur lequel nous nous pencherons (C).

A : Le besoin d'égalité dans les contrats d'affaires

7. *L'égalité, une notion diversement appréhendée par le droit.* Est-ce un objectif du droit des contrats de lutter contre les inégalités ? On ne peut s'empêcher ici de penser aux revers de fortune de Cambacérès à qui l'on avait reproché de ne pas avoir fait un code

¹⁴ D. Berthiau, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. J.-L. Sourioux, Paris, LGDJ, 1999. J. Stiglitz, *Le prix de l'inégalité*, Paris, éd. Les liens qui libèrent, 2012, p. 72. Traduction de: *The price of inequalities*, New-York, W. W. Norton, 2012. Par [trad. F. et P. Chelma].

suffisamment mûtiné d'esprit révolutionnaire, aspirant à plus d'égalité¹⁵. Portalis lui rend hommage face à ceux qui ne l'avaient pas compris : « *Le consul Cambacérès publia, il y a quelques années, un Projet de code dans lequel les matières se trouvent classées avec autant de précision que de méthode. Ce magistrat, aussi sage qu'éclairé, ne nous eût rien laissé à faire, s'il eût pu donner un libre essor à ses lumières et à ses principes, et si des circonstances impérieuses et passagères n'eussent érigé en axiomes de droit, des erreurs qu'il ne partageait pas.* » Cela pose-t-il en certitude que l'égalité dans le contrat est une illusion ? Ce serait excessif, car en 1804, le contexte économique antérieur à la Révolution industrielle n'avait pas encore fait jaillir les situations scandaleuses qui ont abouti à un durcissement des règles du contrat¹⁶. Pensons par exemple à la législation sur le contrat de travail. Par ailleurs, les achoppements entre Cambacérès et la Convention ne se résument pas non plus à une question d'égalité dans le contrat¹⁷. Et il n'est pas question de calquer un modèle de droit des contrats sur un idéal révolutionnaire antique, d'autant plus que, en ce temps de réformes du droit des obligations, une tendance caractérisée promeut une plus grande vigilance à la vulnérabilité. Madame le ministre Taubira, lors de la présentation du projet de réforme du droit des contrats, a manifesté son intérêt pour une législation qui a soin de la partie faible. Le thème est d'ailleurs largement développé en doctrine¹⁸. L'on peut donc raisonnablement dire que la théorie du contrat incline de plus en plus vers une prise en compte des fragilités du contractant, y compris dans le droit économique. Le phénomène est d'ailleurs inhérent à une certaine conception solidariste du contrat qui, malgré certains revers, garde un réel écho en doctrine¹⁹.

¹⁵ www.cambaceres.fr Dans la deuxième présentation de son projet à la Convention, Cambacérès affirme : « *Trois choses sont nécessaires et suffisent à l'homme vivant en société : être maître de sa personne ; avoir des biens pour remplir ses besoins ; pouvoir disposer, pour son plus grand intérêt, de sa personne et de ses biens. Tous les droits civils se réduisent donc aux droits de liberté, de propriété et de contracter.* »

¹⁶ E. Chevreau, Y. Mausen, C. Bougié, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, LexisNexis, 2007, p. 186. J.-P. Lévy, *Histoire du droit des obligations*, Paris, Litec, 1998, p. 102.

¹⁷ J.-L. Halpérin, « Le codificateur au travail, Cambacérès et ses sources », in *Cambacérès, fondateur de la justice moderne*, Saint-Rémy-en-l'Eau, Editions Monelle Hayot, 2001, p. 154.

¹⁸ Voir sur le sujet le rapport annuel de la Cour de cassation 2003, site : www.courdecassation.fr ; V. également Colloque du Centre René Demogue, *Les droits du contractant vulnérable*, Université Lille II, 10 mars 2015 ; F. Rouvière (dir.), *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité, études de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2011 ; C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD Civ*, 1997, p. 357 ; S. Le Gac-Pech, « Bâtir un droit des contractants vulnérables », *RTD Civ*, 2014, 581.

¹⁹ Sur la question : L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004. Y. Lequette, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Etudes de droit privé, Mélanges offerts à Paul Didier*, Paris, Economica, 2008, p. 247. D. Mazeaud, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres et des braises... », in *Mélanges Jean Hauser*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 905.

8. Un problème spécifiquement posé pour le cas du professionnel. Néanmoins, il y a un dilemme à surmonter : car le professionnel vulnérable est précisément situé au carrefour de plusieurs objectifs opposés. D'une main, l'on concède volontiers que l'entreprise peut avoir besoin de protection ; de l'autre, il est fait l'éloge d'une entreprise performante qui sait rivaliser sur des marchés exigeants et très concurrentiels. Si l'on n'a pas soin de trouver une cohérence entre ces deux revendications, l'entreprise risque précisément de pâtir des inconvénients de l'un sans bénéficier des avantages de l'autre. D'où un grand écart entre une justice idéale et les besoins d'une « realpolitik » économique.

B : L'économie du XXI^{ème} siècle, théâtre d'inégalités accentuées par les évolutions politiques

9. Le contexte économique évolutif, à l'origine du besoin de protection du professionnel. Ce dilemme ne peut être surmonté que par une étude lucide des tenants de l'économie. Pourquoi plus qu'hier, une entreprise aurait-elle besoin d'assistance contractuelle face à ses partenaires ? En quoi est-ce que le monde des affaires d'aujourd'hui est différent de celui d'hier ? Le Professeur Gérard Farjat avait fait une analyse particulièrement intéressante et qui reste pertinente aujourd'hui²⁰. L'économie de 2015 se distingue des schémas que l'on a pu connaître précédemment parce qu'elle est mondialisée, donnant lieu à un recul du politique sur la sphère économique. De ce fait, les acteurs économiques se sont adonnés à une logique de concentration de leurs actifs.

10. Un rapport différent à l'État. En premier lieu, l'État a donc pris ses distances par rapport à l'économie. C'est un fait, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne s'est fondé sur l'idée d'un grand marché unique pour construire l'avenir européen²¹. L'État n'est plus l'organisateur de l'économie et le dirigisme est perçu comme un archaïsme, à l'opposé d'un droit « moderne »²². Nécessairement, cela ne peut qu'avoir des conséquences sur les rapports microéconomiques. Les entreprises installées sur notre territoire affrontent une concurrence qui vient de l'étranger et qui n'est pas forcément soumise aux mêmes règles qu'elles, puisque les droits des États membres se retrouvent en concurrence les uns avec les

²⁰ G. Farjat, *Pour un droit économique*, Paris, PUF, 2004.

²¹ Le droit dérivé de l'Union européenne a donné lieu à de nombreuses vagues de déréglementation. Nous pouvons par exemple penser au marché de l'électricité qui, par les directives n°96/92 du 16 décembre 1992 et n°98/30 du 22 juin 1998, ont organisé le marché intérieur de l'électricité et du gaz. Sur la question des professions libérales : C. Prieto, « Les professions libérales sous le joug de la politique européenne de concurrence », *JCP G*, 2004, I, 126.

²² Citons D. Lisnard à propos de la réglementation des aéroports : « *il est plus que temps de mettre un terme aux blocages étatistes archaïques, aux approches dirigistes et malthusiennes [...]* » « L'État doit en finir avec sa gestion dirigiste du transport aérien », *Les Echos*, 27 avril 2015.

autres²³. L'État doit donc, non plus contraindre les entreprises, mais les « rassurer ». L'on parle même de « pouvoir privé économique²⁴ »

11. Un désengagement de l'État irréversible ? Le désengagement de l'État donne également lieu à des changements de paradigme en matière de mode production. L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 n° 86-1243 en est l'exemple le plus éloquent. Comme l'énonce l'article L410-2 du Code de commerce : « [sauf exception], les prix des biens, produits et services [...] sont librement déterminés par le jeu de la concurrence. » De même, la loi dite Macron lève des interdictions que l'État faisait peser sur certaines professions²⁵. L'on passe donc d'un système de réglementation à un système de régulation. L'État doit, plutôt que de déterminer le processus de production, ajuster les flux économiques pour leur donner une portée efficace et en corriger les effets secondaires²⁶. Il s'ensuit une certaine « insaisissabilité » des comportements économiques. Nous entendons par là que, si l'État n'impose pas de processus économique particulier, les entreprises peuvent se livrer à des pratiques que le droit n'appréhende pas forcément en amont. Le pouvoir politique perd donc de plus en plus sa place, car il doit la céder à des experts, chargés d'évaluer la valeur d'un comportement nouveau.

12. L'impasse des petites et moyennes entreprises. Enfin, dès lors que le marché unique et mondialisé prend son essor, une logique de concentration des entreprises s'ensuit immédiatement²⁷. Elle va de pair avec le désengagement des États dans certains domaines de l'économie (l'on pense par exemple aux télécoms ou aux transports)²⁸. Affronter la concurrence devient souvent une question de fusion-acquisition. Les petites et moyennes entreprises ont du mal avec cette logique puisqu'elles ne profitent pas forcément de cette situation. Or, l'existence d'un tissu de petites et moyennes entreprises est très importante pour

²³ M. Chagny, « La situation de faiblesse des contractants, objet de compétition entre les droits », *AJCA*, 2015, 193.

²⁴ G. Farjat, *op. cit.*, p. 69. V. également le rapport du Sénat n°395 par MM. M. Delbarre et C.-A. Frassa, *Droits des entreprises : enjeux d'attractivité internationale, enjeu de souveraineté*, disponible sur le site du Sénat.

²⁵ C. Carely, « Loi Macron : faut-il libéraliser les sociétés d'exercice de professions réglementées ? » *JCP G*, 2015, 517.

²⁶ M-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *D*, 2001, p. 610, qui fait la distinction entre régulation et réglementation. N. Mathey, « Les réseaux de distribution entre marché et organisation », *CCC*, 2015, repère 7.

²⁷ L'INSEE constate que, depuis trente ans, les salariés du secteur privé travaillent dans des entreprises de plus en plus grandes. Ainsi, en 2006, 33 % des salariés travaillaient dans une entreprise de plus de 1000 salariés. http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?ref_id=ip1289 Le rapport de l'Autorité de la concurrence pour 2014 affirme que 95 % des demandes de concentration sont admises sans condition.

²⁸ J. Sapir, « La concurrence, un mythe », *Le Monde diplomatique*, juillet 2006

favoriser l'innovation et assurer un équilibre du marché²⁹. Le cas de la grande distribution est le plus concluant. Les différentes études ne peuvent que constater les méfaits de l'oligopsonie de cinq enseignes. Les chiffres sont les suivants en termes de part de marché pour l'année 2009 : Carrefour : 23,9 % ; Leclerc : 16,9 % ; Intermarché : 13,6 % ; Auchan 11,1 % ; Casino : 10,3 % ; Système U : 9,1 % ; Provera 3,3 %³⁰. Un rapport sous la direction de Monsieur Canivet a pu pointer les effets indésirables de cette situation³¹. À l'inverse, le même rapport démontre que certaines marques sont incontournables pour les distributeurs, car un nombre très restreint d'offreurs se partagent la quasi-totalité des parts de marché³². Pour ce qui est des rasoirs par exemple, les trois premières marques rassemblent 96 % de tout le secteur. Pour ce qui est des apéritifs anisés, un seul fournisseur détient à lui seul 86 % du marché³³.

C : La méthode politique pour restaurer l'égalité des contrats d'affaires

13. L'impuissance de l'État à intervenir en amont du processus de production. Depuis 1986, une prise de conscience s'est opérée. On a pu remarquer que des lois se sont succédé pour tenter de restaurer l'équilibre perdu³⁴. Ce qui est certain, c'est que jamais l'État, ou plutôt l'administration, n'a cherché à récupérer son pouvoir de dessiner l'architecture des marchés. Même les secteurs, ordinairement réservés à l'État ont pu être ouverts à la concurrence et être exercés par des personnes privées. On pourrait très bien imaginer que sur certains secteurs stratégiques, l'État assure lui-même la production. Il n'en a rien été. Dans certaines villes, le marché de l'eau peut être largement encadré par les pouvoirs publics. Cependant, il demeure que l'intégration européenne et les principes du TFUE n'envisagent pas une telle solution. Il faut donc restaurer l'équilibre contractuel sans que l'État n'intervienne comme prestataire de la production ou fixateur du prix en amont.

²⁹ O. Meier, A. Missonier, « Les alliances entre la grande entreprise et les petites sociétés innovantes », in O. Meier (dir.), *Stratégie de croissance*, Paris, Dunod, 2009, p. 102

³⁰ Selon une étude TND Sofrès de 2009 rapportée dans l'avis 10-A-26 de l'Autorité de la concurrence en date du 7 décembre 2010.

³¹ G. Canivet, *Restaurer la concurrence par les prix : les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce*, Paris, La Documentation française, 2005 [rapport remis au ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie par un groupe de travail présidé par l'auteur].

³² 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 *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 53.

³³ *Ibid.*, p. 48.

³⁴ Citons parmi d'autres, la loi Galland sur la loyauté et l'équilibre commercial, n°96-588 du 1^{er} juillet, la loi NRE n°2001-420 du 15 mai 2001, la loi PME, n°2005-882, du 2 août 2005, la loi LME n°2008-776 du 4 août 2008, et la loi sur la consommation dite loi Hamon n°2014-344, du 17 mars 2014.

14. Le juge, acteur le plus apte à permettre l'équilibre contractuel au XXI^{ème} siècle.

Revenir en arrière sur des décennies de réformes économiques a quelque chose d'incertain. Les structures qui existaient avant ne peuvent pas être rétablies d'un article de loi. Il faut au contraire partir de la situation actuelle pour redessiner les contours d'une politique économique plus centrée sur la satisfaction des besoins que sur une croissance sans horizon humain. Pour cela, il est nécessaire de poser des jalons dans le processus de production économique. Précisément, le contrat, comme nous le disions tout au début de notre étude, est le lieu par excellence où se fixent ces règles du processus économique. C'est donc dans le contrat que l'économie peut trouver à s'humaniser. Non seulement au niveau du contrat, mais également au niveau judiciaire : en effet, si le législateur reste relativement contraint par une pression internationale de l'économie, le juge, qui traite des affaires au cas par cas demeure indépendant de la contrainte internationale, lorsqu'on lui donne des pouvoirs suffisants pour endiguer l'abus dans le contrat. Le juge est-il le seul acteur en mesure de lutter contre le déséquilibre contractuel en droit des affaires ? N'est-il pas préférable d'agir en amont grâce au pouvoir politique proprement dit ? Certainement l'administration peut réglementer certains domaines de l'économie, mais on imagine mal un système qui fonctionnerait uniquement sur une planification de la production. On remarque également que dans le droit actuel, l'ingénierie juridique des entreprises les rend souvent aptes à contourner la règle législative par des mesures équivalentes. La loi ne peut, en effet, pas tout prévoir comme le professait Portalis dans son discours préliminaire au Code civil³⁵. Doit donc être reconnue au juge reconnaître au juge l'aptitude à résoudre une inégalité contractuelle de manière sûre, grâce à son intervention *ex post* ; au contraire du pouvoir législatif et réglementaire qui se force à appréhender toutes les situations *ex ante* sans jamais y parvenir.

II : Le choix de l'analyse des négociations

15. Division du paragraphe. Pour rétablir judiciairement l'égalité dans un rapport contractuel, il existe trois techniques possibles : ou bien on décide que le juge évalue la justesse des prestations, ou bien on accorde une protection en vertu d'un statut attribué à une partie dite faible à l'avance, ou enfin on analyse les négociations précontractuelles³⁶.

Nous donnerons la primauté à cette dernière. En effet, l'œuvre de rééquilibrage des contrats par le législateur n'a pas donné lieu aux résultats escomptés (A). Cet échec doit appeler à revenir vers les premières intuitions de Raymond Saleilles (B) et à essayer de voir en quoi ces intuitions peuvent donner lieu à une transposition aujourd'hui (C).

³⁵ J.-E.-M. Portalis, « Sur le projet de Code civil », in *Discours et rapport sur le Code civil*, Bibliothèque de philosophie politique et juridique, Caen, Presses universitaires de Caen, 2010 p. 7.

³⁶ J.-L. Aubert, « Les relations entre bailleurs et locataires en droit français », in Collectif, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaison franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, p. 168, cité par M.-S. Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Paris, Dalloz, (Nouvelle Bibliothèque de thèse), 2001, p. 161.

A : La multiplicité des tentatives de réajustement des contrats d'affaires

16. La recherche de la protection de la partie faible en droit des contrats et de la concurrence. L'on ne saurait dire que rien n'a été fait pour protéger le contractant partie faible. Bien au contraire, il existe aujourd'hui un courant, en droit des contrats, relativement favorable à l'intervention du juge et à la modulation en justice des obligations du contrat. Comme nous le disions, le projet de réforme du droit des contrats est favorable à une protection de la partie faible, allant de pair avec un courant solidariste dont nous avons déjà parlé³⁷. En effet, l'intuition relativement altruiste, selon laquelle il faut protéger le faible du fort, est largement partagée. Elle trouve cependant quelques réticences qui affirment que les cas extrêmes d'exploitation abusive des petites entreprises ne doivent pas masquer les nombreux cas où cette protection est revendiquée, elle-même abusivement. Un droit des pratiques restrictives s'est développé en droit de la concurrence depuis plusieurs décennies, dans le Code de commerce. De même, le droit civil des contrats le plus classique a été abondamment utilisé pour servir la tendance solidariste. Nous étudierons la liste de ces solutions, dont nous pouvons d'ores et déjà signaler le caractère hétérogène ; ces solutions consistent à prendre les comportements un par un et à les rassembler pour en faire un droit protecteur. Ainsi, le Code de commerce, depuis le début des années 2000, contient dans son Livre IV, l'interdiction de dépasser des délais de paiement (aux articles L441-6 et L442-6 I 7° du Code de commerce), l'interdiction de rompre brutalement une relation commerciale (cela figure à l'article L442-6 I 5° du Code de commerce)³⁸...

17. Le cas particulier du déséquilibre significatif, point culminant des efforts du législateur pour protéger les petites entreprises. Le déséquilibre significatif marque, à cet égard, une étape. En effet, le législateur relève, à partir de 2008, que les comportements multiples doivent se comprendre de manière globale, et il réinvente ce concept pour sanctionner les entreprises contrevenantes. Le problème demeure cependant, car la définition du déséquilibre significatif, comme nous allons le voir, demeure une énigme. Dès la promulgation de la loi LME³⁹, le Conseil constitutionnel⁴⁰ en a fait le synonyme du déséquilibre significatif du Code de la consommation, argument qui s'écroule de lui-même puisque le déséquilibre significatif en droit de la consommation ne prend pas en compte le

³⁷ A. Outin-Adam, « Réforme du droit des contrats : entre nouvelle vague et dérive... des courants contraires », *AJCA*, 2015, 241. D. Mazeaud et T. Génicon, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC*, 2012, 276. G. Parléani, « Le devenir du déséquilibre significatif », *AJCA*, 2014, 104.

³⁸ Avec les incertitudes qui gravitent autour de cette notion, comme nous le verrons plus loin. Sur la question, P. Le Tourneau, M. Zoïa, *Juriscl. Contrats – distribution*, fasc. 1020, « Concessions, concession libre : la distribution sélective », novembre 2014, point n°126.

³⁹ Loi du 4 août 2008, n°2008-776, préc.

⁴⁰ Cons.constit., QPC, 13 janvier 2011, n°2010-85, V. *infra*. n°236.

montant du prix⁴¹. Une jurisprudence abondante aujourd’hui ne laisse pas entrevoir la possibilité d’une définition précise⁴². Finalement, le déséquilibre significatif apparaît comme un sommet de la protection du contractant, mais : il ne veut pas dire la même chose selon la personne qui l’invoque ; parfois il inclut l’évaluation des prestations et leur caractère disproportionné ; parfois il prend en compte les négociations, mais non pas exclusivement. Tous les critères de protection de la partie faible sont donc réunis dans cette notion sans jamais être rédhibitoires. Il y a donc manifestement une contradiction qui ne dit pas son nom dans l’intention du législateur. C’est pourquoi nous nous proposons, dans les rapports entre professionnels, de donner la primauté à l’analyse des négociations. Par une telle méthodologie, nous rendrions à la protection de la partie faible, la cohérence qu’elle cherche en droit des affaires.

B : L’analyse des négociations : une origine dans l’œuvre de Raymond Saleilles

18. *Raymond Saleilles, le précurseur de la protection contractuelle.* Choisir qu’il incombe au juge d’assurer l’équilibre du contrat d’affaires ne résout pas pour autant le problème. Encore faut-il savoir sur la base de quels critères le juge peut se permettre de revenir sur la volonté des parties librement exprimée. Raymond Saleilles avait déjà songé à cette question et par la suite, le droit n’a pas manqué de trouver des solutions, toutefois imparfaites. Dans son œuvre *De la déclaration de volonté*, il avait pressenti que le contrat n’était pas le fruit d’une union mystique de deux volontés individuelles, mais il le comprenait dans sa dimension sociale et pragmatique, et avait formulé pour la première fois la notion de « *contrat d’adhésion* »⁴³. Victor Pichon, après lui, fait remarquer que le contrat passé dans une boutique de la Rome antique n’est pas celui qui se passe dans les rayons des grands magasins à succursales multiples⁴⁴. La définition que Saleilles donne du contrat d’adhésion est la suivante : ce sont des contrats « *dans lesquels il y a prédominance exclusive d’une volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée, et qui s’engage déjà, par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat, et s’emparer de cet engagement déjà créé sur soi-même.* »⁴⁵. Cette définition ne recoupe pas exactement avec celle que l’on pourrait donner aujourd’hui. Tout simplement parce qu’un contrat peut parfaitement être individualisé sans avoir été négocié. Les autres éléments peuvent être conservés : ces contrats donnent lieu à une prédominance de la volonté d’une partie qui dicte sa loi. Énoncé d’une manière simple, c’est un contrat qui n’a pas été négocié, ou mal négocié.

⁴¹ V. *infra*. n°235.

⁴² V. *infra*. n°238.

⁴³ R. Saleilles, *De la déclaration de volonté, Contribution à l’étude de l’acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris, Pichon, 1901.

⁴⁴ V. Pichon, *Des contrats d’adhésion, leur efficacité et leur nature*, Thèse Lyon, 1909, p. 9.
F. Chénédé, « Raymond Saleilles, le contrat d’adhésion (2^{ème} partie) », *RDC*, 2012, 241.

⁴⁵ R. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, *op. cit.*, p. 229.

19. L'écueil de la définition des négociations. Qu'est-ce qu'un contrat négocié ? Est-ce un contrat où les parties ont parlé avant de signer ? Ce serait trop simple. C'est un contrat où une partie a été en mesure de faire valoir ses intérêts en effectuant des concessions à la hauteur du profit qu'elle a réalisé, ou du moins qu'elle en espérait. Un contrat implique nécessairement des renoncements de la part d'une partie. Il ne s'agit pas de dire que les parties doivent avoir le contrat qu'elles auraient rêvé, mais simplement que le recours au contrat soit pour elles un véritable échange et non une forme de servitude qui se cache derrière le prétexte de la liberté contractuelle. Certes, cela doit donner lieu à une appréciation subjective. Le caractère équitable d'une négociation ne se désigne pas par un algorithme. Cela vient du fait que la juste négociation reflète, en réalité, la dignité du traitement imposé par un contractant à un autre. Une entreprise mérite protection parce qu'elle recèle des travailleurs qui la font fonctionner.

20. La complexité du droit des affaires, obstacle à une protection. La théorie du contrat d'adhésion de Saleilles est aujourd'hui plus un monument de l'œuvre doctrinale qu'une véritable catégorie de droit positif. Si l'échec de cette théorie peut être constaté, cet échec n'est cependant que relatif. La protection de la partie faible, nous l'avons vu, est une constante dans le droit des contrats de ces dernières années. Nous aurons l'occasion de le démontrer plus en détail. Cependant, il n'y a pas de véritable analyse des négociations. La protection de la partie, dite faible, se fait à partir d'autres concepts. Ou bien on considère que la partie faible peut invoquer un « statut » pour que le contrat lui soit plus favorable en vertu d'un régime dérogatoire, ou bien l'on regarde simplement le contenu du contrat pour voir qu'il ne peut raisonnablement avoir été voulu. Ces façons de protéger la partie faible ont le mérite de la simplicité, au moins dans certaines circonstances. Pour ce qui est de la protection par un statut, l'on peut voir par exemple que le salarié dans un contrat de travail est celui qui se soumet aux instructions d'un employeur qui lui verse un salaire. Rien de tel pour un rapport entre professionnels. La multiplicité des professions, la complexité de situations, la variété des prestations fournies ne permettent pas de désigner une partie systématiquement plus faible que l'autre. De la même manière, le contenu du contrat ne renseigne pas forcément sur le caractère léonin du contrat. Par exemple, une entreprise qui désire percer sur un marché peut, dans un premier temps, pratiquer des prix peu avantageux jusqu'à ce qu'elle ait acquis assez de visibilité. En même temps l'on peut très bien y voir l'imposition d'un prix dérisoire d'un partenaire en situation de dépendance. Pourquoi une telle confusion ? Parce qu'en droit des affaires, les acteurs sont des entreprises impersonnelles dont le destin ne peut se comprendre si l'on ne « soulève pas le voile sociétaire ».

C : Une solution appropriée et opportune dans le droit actuel

21. La difficulté d'ajuster la loi aux nécessités économiques. En effet, la lutte contre l'arrêt des pratiques abusives par les entreprises les plus puissantes ne se décrète pas. Au

contraire, il s'agit d'une course permanente entre les parties au contrat d'affaires dites « fortes » et les organes de l'État en charge de les protéger. L'expérience montre à quel point, même dans les situations d'abus flagrants et de contrat objectivement déséquilibré, l'auteur de la lésion utilise tous les stratagèmes pour rendre vaine toute intervention législative. Les catégories juridiques ne peuvent pas être complètement figées. Et de même, les pouvoirs du juge ne doivent pas être par trop circonscrits. Il faut donc, à la fois, des réformes structurelles et conjoncturelles. Structurelles, parce que le juge doit posséder des moyens efficaces pour mener à bien sa mission ; conjoncturelles parce qu'il faut toujours s'adapter aux stratégies d'évictions. Or, qui doit s'adapter ? N'est-ce pas le juge lui-même ? Une juste politique de la protection du professionnel est donc un va-et-vient constant entre les rédacteurs de la règle et les services juridiques des entreprises privées. À cela, s'ajoute le fait que le législateur ne prévoit pas toujours les déconvenues constitutionnelles de la loi qu'il promulgue. En effet, le législateur n'a pas les mains libres pour intervenir comme il veut. Le plus notable est que, depuis 2008, les justiciables sont en mesure de saisir le Conseil constitutionnel pour réduire à néant le contenu d'un dispositif légal⁴⁶.

22. L'analyse des négociations, une inconnue du droit français des contrats. Il faut avoir conscience des limites de ce projet. L'entreprise d'analyse des négociations ne va pas de soi. Ce n'est pas un hasard si elle a pu justifier l'échec de la théorie du contrat d'adhésion de Saleilles. D'abord, elle est presque parfaitement inédite dans notre droit, le Code civil ne s'intéressant pas aux négociations. Ensuite, elle implique un fardeau de la preuve quasiment impossible à mettre en place, sauf à contraindre les professionnels à un formalisme aberrant. Nous ne pouvons pas non plus penser qu'une fois que le principe de révision des contrats non négociés sera promulgué, le phénomène du contrat d'adhésion cessera. La moralisation du droit des affaires est bien plus qu'une simple distinction conceptuelle à opérer. C'est une politique de long terme qui touche à différents pans du droit et qui se comprend de manière relativement globale. C'est pourquoi l'étude des contrats d'adhésion doit se comprendre en fonction des catégories qu'il fait apparaître, mais aussi de sa mise en œuvre. Les pratiques astucieuses des parties fortes dépassent souvent les prévisions du législateur, parfois en renversant les rapports de droit que le législateur lui-même avait réalisés. Il suffit pour la partie forte de prendre la place de la partie faible et l'on ne sait plus qui est le fort et qui est le faible. L'on parle à ce titre de « l'ubérisation de l'économie ». Qu'est-ce qu'un particulier qui télécharge l'application Uber ? Un consommateur ? Un professionnel ? Un travailleur ? Peut-être les trois à la fois. Et comment ne pas constater que certaines franchises sont devenues des

⁴⁶ M Behar-Touchais, « Le Conseil constitutionnel peut-il statuer sans se soucier de l'opportunité ? », *RLC*, 1^{er} avril 2011, n°27, p. 41. En effet, le Conseil constitutionnel ne peut qu'annuler ou confirmer une disposition législative mais il ne peut pas l'atténuer, sauf par des réserves d'interprétation. C'est pourquoi l'on peut dire que dans certaines matières, les juges constitutionnels ont sans doute préféré passer outre la contrariété à la Constitution d'une loi, pour ne pas provoquer une forme de séisme législatif qui empêcherait la tenue des procès pour les faits antérieurs à sa décision.

manières efficaces de parer au droit du travail⁴⁷ ? La souplesse du droit des affaires doit donc coïncider avec la souplesse d'action du juge. Il ne s'agit pas uniquement de détails liminaires à la question, il s'agit de la crédibilité de l'institution qui ne peut survivre si la première parade juridique lui fait perdre toute son efficacité.

23. *La transcription de l'analyse des négociations en droit positif.* Prenant donc le parti que le juge doit être le surveillant de la négociation des contrats d'affaires, il convient à présent de traduire cette proposition en une norme juridique. Le juge est-il en mesure de s'attribuer un tel pouvoir ou bien doit-il l'attendre du législateur ? Nous prendrons le parti comme Saleilles plutôt que comme Gény que la norme doit garder un lien avec la loi⁴⁸. Il y a donc un ajout à faire au Code de commerce pour permettre au juge de procéder à un changement du contenu du contrat lorsque la négociation n'a pas été réelle. On pourrait l'envisager de la façon suivante : « *Si dans un contrat conclu entre deux professionnels, une disposition n'a pas fait l'objet d'une négociation selon des termes équitables, mais a été manifestement imposée par un pouvoir de fait ; la partie subissant ce pouvoir de fait est en mesure de demander en justice une modification du contrat selon les termes qui auraient été convenus si la négociation eût été équitable.* » Une telle mesure ne serait pas suffisante, mais relèverait du nécessaire pour lutter contre les pratiques abusives dans les contrats. Elle serait effectivement insuffisante, car le juge ne doit pas seulement être en mesure de discerner un contrat non négocié, mais également de prévenir les stratégies cyniques de certaines entreprises. Faut-il se résoudre à l'objection du gouvernement des juges ? Ce serait accorder une confiance trop facile dans les simples mécanismes de la loi et du marché. Le juge ne fait, dans l'hypothèse de notre étude, que prendre la place laissée vacante par l'administration depuis 1986. D'ailleurs, quand l'État se retire de l'économie, il affirme qu'il souhaite compenser son retrait par des « garde-fous », comme cela a pu se vérifier pour la suppression des discriminations en droit de la distribution⁴⁹. Si ces garde-fous doivent réellement remplacer l'État, ils doivent avoir une facilité d'action qui doit même pouvoir aller jusqu'à la dissuasion répressive ou quasi répressive. Le droit de la concurrence de l'Union européenne l'a bien compris. Si bien qu'en plus de la transposition des articles 101 et 102 du TFUE, l'Union a exigé des sanctions pénales pour ceux qui contreviendraient à ces règles et la Commission européenne a pu être en mesure d'infliger de telles sanctions⁵⁰. C'est pourquoi, non seulement, il convient de poser une règle de correction des contrats mal négociés, mais également de mettre à disposition du juge, les moyens de rendre cette règle effective. Notre angle d'attaque ne concernera donc pas seulement le fond du contrat proprement dit, mais

⁴⁷ G. Farjat, *Pour un droit économique*, op. cit., p. 105. V. également *infra*.

⁴⁸ F. Chénédé, « Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion (1^{ère} partie) », op. cit.

⁴⁹ M. Cousin, « La négociabilité des tarifs et des conditions de vente après la LME, quels garde-fous ? », *JCP E*, 2008, 2288.

⁵⁰ CJCE, 21 novembre 1991, Technische Universität Munchen, C-269/90, cité par J.-L. Fourgoux, « Europe : de la politique de concurrence à la police de concurrence ou la nécessité de créer une autorité européenne indépendante de la concurrence », *Gaz Pal*, 14 mars 2000, n°74, p. 51.

aussi la procédure par laquelle la partie faible met en œuvre ce droit que nous souhaitons lui voir accordé.

24. La place de l'analyse des négociations dans le paysage du droit des affaires. Une objection surgit forcément : il existe déjà de nombreux procédés par lesquels une partie faible, même professionnelle est en mesure de faire valoir ses droits lorsqu'un contrat déséquilibré lui a été imposé. Il ne s'agit pas de les citer toutes, mais de se demander comment notre analyse des négociations va trouver sa place dans le paysage juridique déjà existant. Il serait illusoire de vouloir faire du droit positif un jardin à la française dans lequel toutes les dispositions sont aménagées de façon homogène. Le Code de commerce évolue au gré des majorités et des faits qui jalonnent l'histoire de l'économie. Néanmoins, l'on ne peut pas imposer au juge des doublons qui viendraient rendre le droit illisible et mal praticable. C'est pourquoi, pour comprendre ce que veut dire un contrat d'adhésion entre professionnels, il convient de réunir le droit des contrats et celui de la concurrence dans une même optique : la satisfaction des besoins des personnes, plus que l'expansion économique. Droit des contrats et droit de la concurrence ne sont pas appelés à être définitivement rivaux et antagonistes. L'un traite davantage des rapports de personne à personne et l'autre se place plus dans une perspective d'analyse du marché. L'on peut parfaitement les concilier en considérant que le droit doit aider les personnes qu'il régit à pourvoir de manière légitime à leurs nécessités et à leurs aspirations. C'est pourquoi notre étude se placera aussi bien dans l'un et l'autre droit. Cette tendance n'est d'ailleurs pas isolée, puisque le déséquilibre significatif qui était à l'origine une notion de droit de la concurrence est en train de rentrer dans le projet de réforme du droit des contrats (avec les nuances de sémantiques que certains auteurs décèlent⁵¹).

Ensuite, s'il peut y avoir une « théorie générale du contrat⁵² », c'est parce que les droits spéciaux ne peuvent pas embrasser toutes les situations, et qu'une foule de contrats résiduels doit tomber dans l'escarcelle de la théorie générale à défaut de pouvoir être réglementée par le détail. Il n'y a donc pas lieu de combattre le droit des contrats spéciaux en ce qu'il apporte une protection à la partie faible, mais plutôt de rechercher à étendre cette protection là où un droit trop détaillé serait superflu.

Là où il y a un aménagement du droit à faire, c'est que, comme nous allons le démontrer, le droit des contrats d'affaires, de plus en plus, s'est porté vers une analyse des négociations débouchant sur une révision du contrat. Or, à chaque étape, le législateur a retenu son bras, craignant sans doute les effets secondaires de son action. Si bien que chaque fois, plusieurs « instruments juridiques » viennent s'ajouter les uns aux autres, parfois en faisant doublon. Nous pensons par exemple à l'interdiction du prix dérisoire qui jouxte le déséquilibre significatif au sein de l'article L442-6 du Code de commerce, comme nous en

⁵¹ M. Behar-Touchais, « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », *JCP G*, 2015, doctr. 603. G. Chantepie, « La réforme en pratique », *AJCA*, 2015, 121. M. Malaurie-Vignal, « Faut-il avoir peur du déséquilibre significatif ? », *CCC*, 2015, étu. 9.

⁵² E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?* Préf. J.-L. Aubert, Paris, LGDJ, 1997.

parlerons dans la deuxième partie⁵³. Il s'agit pour nous de regrouper tous les « instruments juridiques » que le législateur a créés dans ce sens depuis 1986, sous la houlette du contrat d'adhésion entre professionnels.

25. Une politique économique centrée sur la protection de la partie faible. L'entreprise a quelque chose d'audacieux et d'ambitieux : il s'agit de répondre de manière juste et efficace à un problème auquel l'économie est confrontée depuis plusieurs décennies. Ce phénomène existait avant la fin du XX^{ème} siècle, mais, comme nous le disions plus haut, la déréglementation et la globalisation de l'économie l'ont accentué. L'on ne saurait avoir la prétention de résoudre de manière instantanée ce sur quoi le Parlement français s'est déjà longuement penché et qui se décline en une multitude de facteurs. En revanche, ce que nous nous proposons de faire, c'est un changement de point de vue dans l'analyse. Jusqu'ici, la lutte contre les abus s'était pour une bonne part traduite par des « garde-fous » qui limitaient la politique de croissance. De la sorte, la protection de la partie faible n'était perçue que comme un tempérament ou une exception⁵⁴. Prenant acte que le progrès économique ne peut se réaliser sans un tissu diversifié d'entreprises de taille petite et moyenne, l'on considérera que la protection du professionnel partie faible doit se placer au centre d'une politique économique, quitte à donner au juge des pouvoirs larges et à prendre le risque de l'intervention avancée de l'État dans le contrat. Cela a certes, déjà été fait en partie, mais nous nous proposons de mener cela encore plus loin.

26. Annonce de plan. À cette fin, nous devons procéder en deux temps, d'abord chercher comment identifier les contrats entre professionnels qui méritent une intervention du juge et quelle issue judiciaire donner à de telles situations. Dans une première partie, nous nous intéresserons donc à l'identification du contrat d'adhésion entre professionnels ; dans une seconde, nous verrons quelles sont les conséquences judiciaires qu'une telle qualification peut entraîner.

⁵³ V. *infra*. n°68.

⁵⁴ On ne saurait dire que toutes les lois qui ont révisé le titre IV du Livre IV du Code de commerce souffraient de cette contradiction, notamment la loi NRE n°2001-420 du 15 mai 2001 qui a pris le parti assumé de protéger les petites entreprises.

PREMIÈRE PARTIE : L'IDENTIFICATION DU CONTRAT D'ADHÉSION ENTRE PROFESSIONNELS

Introduction Première Partie

27. Un phénomène social plus qu'une catégorie du contrat. Les contrats d'adhésion entre professionnels ne sont pas simplement une distinction que doit faire la théorie, au sein des contrats. C'est un véritable phénomène de société, plus encore perceptible aujourd'hui, dans une société d'économie libéralisée et déréglementée. La lutte contre le phénomène de domination commerciale ne s'entend donc pas uniquement par un régime spécial, bien qu'il soit indispensable, mais par une véritable politique, qui prend la mesure du phénomène et des contraintes qu'il emporte. A l'heure où le droit des contrats se met à jour⁵⁵, il faut davantage analyser le phénomène comme un objectif que comme une catégorie. À ce jour, le projet de la Chancellerie ne fait à peine que définir le contrat d'adhésion. Au contraire, il est nécessaire, non seulement de le définir, mais de protéger sa définition des parades dont celle-ci peut faire l'objet. Identifier un contrat d'adhésion n'est donc pas seulement trouver un dénominateur commun à certains contrats à qui le droit voudra bien accorder des priviléges, c'est plutôt embrasser une réalité, à la fois visible, mais aussi changeante.

Pourquoi une telle ambition ? À la vérité, le contrat d'adhésion entre les entreprises doit être perçu pour ce qu'il est : non pas un simple dommage collatéral de la libre concurrence, mais une véritable bataille qui oppose les contrevenants à l'ordre public économique.

28. L'analyse des négociations comme horizon ultime de la protection contractuelle. Le parti doit être pris d'emblée : la moralisation des contrats d'affaires, au sens de leur équilibre des prestations, doit se faire sur le principe de l'analyse des négociations. Nous allons le voir, l'analyse des négociations est le moyen qui sied le mieux aux contrats entre professionnels. Il doit être préféré à une analyse exclusivement fondée sur la mesure des prestations ou le statut de la partie faible. Pourquoi une telle option ? L'analyse des négociations est en réalité le critère vers lequel tend toute recherche de protection de la partie faible. Si par exemple, le droit de la consommation se fonde sur le statut de consommateur pour empêcher le professionnel d'imposer des clauses léonines, c'est parce qu'il postule que

⁵⁵ Alors que nous écrivons, le projet de réforme n'a pas encore été adopté par le Parlement.

le consommateur ne négocie pas. De même, si certains contrats, par exemple, à l'égard des personnes sous sauvegarde de justice, peuvent être rescindés pour lésion, c'est parce que le législateur n'a aucune illusion sur la faculté de négociation d'une personne sous tutelle par exemple.⁵⁶ Pour le monde des affaires, et nous ne manquerons pas d'en parler, il n'y a pas grand-chose de tel qui puisse s'appliquer. Le droit commercial ne concerne quasiment que des entreprises abstraites, voire impersonnelles. Il est donc, pour une grande majorité des cas, impossible de définir des standards irréfutables. La flexibilité juridique des entreprises leur permet de passer d'une structure sociale à une autre par la simple rédaction d'un acte juridique. À cela, il faut ajouter que les contrats d'affaires recèlent des situations tout à fait variées suivant le marché où l'on se trouve, voire le segment concerné.

De plus, comment ne pas considérer que le monde des affaires est, par essence, le lieu de la négociation ? Les économistes affirment que les échanges sont par excellence l'âme d'une société, encore qu'ils s'opposent aux anthropologues sur ce point⁵⁷. L'on peut, à tout le moins, affirmer que les formes que prend la négociation dans une société donnée puissent rendre compte de sa santé économique. Là où la négociation est honnête, la richesse a tout lieu d'être répartie équitablement. Là où la négociation est violente, l'on peut facilement penser qu'elle donnera lieu à une société de crise.

29. Une pratique peu connue du droit des contrats. Or, l'analyse des négociations a quelque chose d'inédit dans le droit des contrats. Deux siècles de Code civil et de Code de commerce ont pu s'écouler sans que l'on y songe. Tout juste, la doctrine et la pratique récente laissent entrevoir une évolution. Évolution qui n'en est qu'à ses débuts, mais évolution non moins inéluctable, car l'analyse des négociations se généralise dans beaucoup de projets de réformes, acceptés ou non. Faut-il revenir sur deux siècles de droit français pour introduire l'analyse des négociations ? Si l'on souhaite mener une politique économique crédible, l'on ne saurait prétendre à quelconque « *tabula rasa* ». Néanmoins, il faut admettre qu'analyser les négociations des contrats entre professionnels implique nécessairement de prendre en compte les subterfuges qui peuvent être opposés à une telle démarche. Peut-être alors, faut-il porter l'analyse un peu plus loin que le simple droit des contrats et regarder comment la démarche peut toucher également le droit de la preuve, ou le droit international privé parmi d'autres domaines. Cela est dû au fait que les négociations impliquent parfois un franchissement de frontière ou bien un secret des affaires qui peut nuire à la recherche de la vérité.

30. Un critère devant connaître ses exceptions. D'autant plus que si l'analyse des négociations est le meilleur critère pour discerner le caractère équitable d'un contrat entre professionnels, l'on ne saurait en faire un absolu de la matière. Il faudra bien concéder, à d'autres techniques de rééquilibrage du contrat, le soin de remplir cet office. Aussi, dans une large partie des cas, si nous pourrons concéder les avantages du rééquilibrage par le contenu

⁵⁶ Voir à cet égard les articles 440 et suivants du Code civil.

⁵⁷ Sur le sujet : M. Godelier, « Aux sources de l'anthropologie économique », *Revue Socio-anthropologie*, 7-2000, revue.org

du contrat ou la désignation de la partie faible, ce ne sera que pour identifier une présomption réfragable. En effet, la complexité et le vaste domaine du monde des affaires doivent naturellement appeler à des exceptions et des restrictions de cette règle. Elle n'en demeure pas moins le principe.

31. Annonce de plan. Aussi, pour valider l'identification du contrat d'adhésion en droit des affaires par l'analyse des négociations, il conviendra de procéder en deux temps. Il faudra justifier du critère dans son principe et dans ses modalités d'application. C'est à dire, montrer à la fois qu'identifier un tel contrat par l'analyse des négociations est pertinent et crédible. C'est pourquoi, dans un premier temps, nous montrerons que c'est en analysant les pourparlers que le contrat d'adhésion entre professionnels doit être mis en évidence – avec les tenants de cette analyse à la clef (Titre 1). Ensuite, nous montrerons que cette analyse des négociations appelle un renforcement de l'ordre public sans lequel il n'est pas possible d'identifier raisonnablement un contrat léonin (Titre 2).

Titre 1 : L'intérêt d'un droit des contrats analysé à travers le prisme de l'intensité des négociations.

32. Le droit des contrats comme lieu de la liberté. Le droit des contrats est, par essence, celui de la liberté des parties. Il laisse aux personnes, le soin de régir leurs activités, là où l'État n'a plus prise, et là où l'individu est seul juge. Il est d'ailleurs évocateur de remarquer que l'article 1134 du Code civil trace un parallélisme avec la loi pour parler des conventions (elles « tiennent lieu de loi »). Toutefois, le même article, au même alinéa, apporte d'emblée une précision sur ce rapport entre la loi et le contrat, puisque la convention en question doit être conforme à la loi. C'est dire si le législateur du contrat, au moins à l'origine, s'est contenté de n'avoir qu'une fonction de modérateur du contrat, s'en tenant à ce qui n'est pas contraire à la loi. Le contrat est donc à l'opposé d'une économie planifiée et dirigée, puisqu'il postule que l'initiative de la négociation revient aux parties.

33. L'objection émise par la théorie du contrat d'adhésion. Considérer qu'il existe des contrats d'adhésion, c'est changer radicalement la fonction du contrat, davantage perçu comme un asservissement. C'est ici que se joue le débat entre les partisans d'une liberté contractuelle intrinsèquement juste et ceux qui s'y opposent : il s'agit de mesurer la réalité de cet asservissement entre les parties. Y a-t-il une obligation de contracter traduite dans les faits, ou bien faut-il considérer que la force contractuelle n'est rien d'autre que le risque assumé d'un jeu, qui donne des gagnants et des perdants ? Et dans ce jeu où l'on gagne et où l'on perd tous les joueurs partent-ils égaux dès l'origine ?

34. La question du rapport d'égalité entre les parties au contrat dans le monde des affaires. Sommes-nous tous égaux devant le contrat ? La question ne se pose pas de la même manière lorsque l'on se situe dans une relation entre professionnels. En premier lieu, si professionnel il y a, c'est qu'une personne s'est, *a priori*, risquée dans la vie des affaires. Elle s'est adonnée à une profession à laquelle elle n'était pas contrainte. Elle a renoncé au statut de salarié. Partant du principe que l'entreprise cherche à maximiser son profit, elle ne peut pas se plaindre de subir ce qu'elle voudrait faire subir aux autres. Cette égalité n'est en fait que théorique. La recherche de bénéfice ne prend pas les mêmes aspects selon la nature de l'entreprise. Et il n'est pas acquis que l'exercice d'une profession soit un acte par lequel une personne se décide à affronter n'importe quelle concurrence. Il s'agit pour certains de vivre des fruits de leur travail sans pour autant s'engager dans une bataille commerciale dont ils ne connaissent pas forcément l'issue. Il serait donc erroné d'imposer au professionnel un devoir d'affronter la concurrence quels qu'en soient ses aspects.

35. L'amplitude des négociations comme outil de référence le plus légitime pour

trancher la question. Si la théorie du contrat d'adhésion part du principe que, sans contracter, l'on ne peut pas vivre, et que les conventions sont en réalité obligées, alors il faut vérifier la pertinence de ce critère. L'intensité des négociations est l'outil le plus juste, comme nous allons le démontrer, pour savoir si l'on se situe en présence d'un contrat forcé ou d'un contrat assumé. Bien que le droit français connaisse quelques exemples de cette grille d'analyse par les négociations, il faut admettre que le droit des contrats, de manière traditionnelle, ne s'y est jamais attaché de façon affirmée.

36. L'importance d'un changement de point de vue pour rendre le droit des contrats plus juste. Il faut donc examiner l'intérêt d'une telle démarche juridique, qui ne s'inscrit que très partiellement dans la continuité du droit positif. Elle reviendrait en somme à redéfinir le contrat si on la prenait de façon abstraite et généralisée. Elle répond en réalité à un besoin propre à l'économie actuelle, qui n'a pas toujours été présent dans l'histoire juridique. L'économie actuelle n'est pas celle de 1804. Les relations d'affaires sans concession ne sont pas nouvelles, mais la globalisation des marchés et le rétrécissement des distances ont redistribué les cartes. Cependant, cette nécessité n'est pas une donnée conjoncturelle qui ne justifierait que quelques aménagements du droit. Au contraire, le problème des contrats d'adhésion entre professionnels est à proprement parler structurel, en sorte qu'il est juste de lui donner rang parmi les tenants principaux du droit des contrats.

37. Annonce de plan. Cela appelle à être démontré. C'est pourquoi, après avoir caractérisé et discuté la prégnance du principe d'autonomie de la volonté en droit des contrats (chapitre 1), il faudra mettre en évidence les facteurs de l'économie moderne, qui appellent à un changement de méthode d'analyse dans les rapports entre professionnels (chapitre 2).

Chapitre 1 : L'analyse des négociations en droit positif.

38. Dichotomie entre volontaristes et partisans d'une réglementation du contrat. Le débat est plus que récurrent en droit français pour savoir si l'autonomie de la volonté est réellement le pivot de la matière. Le droit sanctionne-t-il une négociation commerciale qui n'est pas menée selon des méthodes équitables ? C'est toute la conception de la liberté contractuelle qui est en cause, et qu'il est nécessaire de retracer ici. Le déséquilibre contractuel n'est pas un phénomène nouveau. En ce qui concerne son étude dans un rapport entre deux professionnels, le sujet est plus récent. Néanmoins, la doctrine a, depuis longtemps, profité de l'occasion pour étudier la question, et le droit positif s'en est trouvé modifié à de nombreuses reprises⁵⁸.

39. Faible prise en compte du critère de l'intensité des négociations. La complexité du problème a donné lieu à des analyses diverses en doctrine⁵⁹ ; il en ressort que la négociation n'est pas le critère le plus souvent retenu. Pourtant, cette période précédent la négociation contractuelle mérite largement d'avoir sa place en droit positif (et de fait, elle en a un peu acquis au fil des années). Les notions de « volonté », de « consentement » ou de « liberté » ne prennent leur signification que dès lors que l'on s'intéresse au contexte de la formation du contrat. L'idée même d'une négociation prend d'autant plus sa signification dans un rapport entre professionnels pour les raisons que nous avons évoquées plus haut : notamment la capacité présumée du professionnel à mener à bien ses affaires et à affronter la concurrence. Aussi, l'étude des négociations entre professionnels nous ouvre de grandes perspectives pour corriger au meilleur escient les inégalités dans le contrat d'affaires.

40. Occurrences éparses de l'idée dans différents secteurs du droit. Nous nous garderons de croire qu'il n'existe aucun précédent sur la question en droit positif ou prospectif. Au contraire, nous essayerons d'étudier de la façon la plus exhaustive possible les domaines où apparaît, d'une manière ou d'une autre, l'étude de la négociation précontractuelle. D'où l'articulation binaire de ce chapitre : d'abord, il sera question du primat de l'autonomie de la volonté qui rejette toute référence aux circonstances qui ont abouti au consentement (section 1), mais les négociations en droit des contrats et de la concurrence connaissent aujourd'hui un regain d'intérêt. (section 2).

⁵⁸ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica, [2^{ème} édition], 2012.

⁵⁹ G. Alpa, « Les nouvelles frontières du droit des contrats », *RIDC*, 1998, n°5, p. 1015.
M. Malaunie-Vignal, « Le nouvel article L442-6 I 2° du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle ? », *CCC*, 2008, dossier 5.
B. Fauvarque-Causson, « Quelle protection des consommateurs pour demain ? La Commission européenne hésite et consulte », *D*, 2007, 956.

Section 1 : La conception classique de la détermination du consentement

41. La volonté, un concept limité en droit des contrats. L'existence même de la notion de contrat est indissociable de celle de volonté. Analyser le droit des contrats à l'aune de l'adhésion et d'une négociation imparfaite, c'est prendre à revers la discipline dans son ensemble. Pour montrer que le contrat peut être révisé en dépit de la volonté de ses signataires, nous subdiviserons le processus de consentement pour montrer que la seule signature d'un contrat même en connaissance de cause n'implique pas l'engagement total de la liberté. Surtout dans le droit de la concurrence, qui, par essence, est le lieu d'une compétition importante. Une partie peut être d'accord avec le principe de signature d'un contrat tout en étant contrainte de subir les désavantages de ce contrat. De plus, le consentement doit être placé dans son contexte : c'est en vue d'un certain gain que les parties s'engagent, lequel gain est souvent significatif de la teneur des négociations. Autrement, l'on constate des situations où le débiteur s'est placé dans une situation plus que désavantageuse que la seule liberté contractuelle ne saurait expliquer. Une société dans laquelle l'autonomie de la volonté n'aurait pas cours ne serait pas constituée d'individus libres. Ce qui est nécessaire, c'est de connaître les tenants de cette liberté pour savoir si elle ne tient pas lieu de prétexte à un asservissement social tout aussi néfaste.

42. Le contexte social comme nuance de la volonté. C'est précisément le contexte social qui fournit la clef de l'autonomie de la volonté. Le contrat, ne pouvant être perçu comme un simple phénomène intellectuel, consistant en la rencontre de deux libertés, doit démontrer son ressort pratique dans l'économie qu'il sert. C'est d'ailleurs pourquoi c'est l'expérience humaine qui a tempéré l'autonomie de la volonté. Par exemple, les accidents du travail ont donné lieu à des situations scandaleuses ; lesquelles ont conduit à une évolution du droit du travail en faveur des plus faibles⁶⁰. Il en va de même pour le droit des contrats d'adhésion entre professionnels, c'est par l'épreuve des faits que le dogme du « professionnel libre de contracter » a connu des revers.

43. Annonce de plan. Il est donc nécessaire de commencer par étudier le principe d'autonomie de la volonté (§1), pour mieux souligner les contradictions auxquelles il fait face en droit des contrats d'affaires (§2).

⁶⁰ C. Radé, « Emile Zola et le roman ouvrier », *Rev. dr. social*, 2015, 313.

§ 1 : Le primat de l'autonomie de la volonté.

44. Un paradigme philosophique contestable. Pour défendre la force exécutoire des contrats, les partisans de l'autonomie de la volonté s'inspirent de la philosophie individualiste des Lumières, et d'un concept kantien qui place la liberté au cœur de la vie humaine comme seule créatrice de norme juridique. En réalité, le concept multimillénaire du contrat ne tient pas à cette seule référence. Il faut souvent revenir aux faits pour lesquels le droit s'applique, pour voir les limites de l'axiome choisi. Les sciences sociales ont démontré que la volonté n'était pas un phénomène entièrement lisse ni dénué d'influence⁶¹.

Cela implique de voir son paradigme théorique (A) et le paradoxe qu'elle contient en elle-même (B).

A : Les théoriciens de l'autonomie de la volonté.

45. L'autonomie de la volonté est dotée d'une autorité suffisamment grande, au-delà même du droit pour trouver des partisans à toutes les époques depuis la promulgation du Code civil. Son ancrage dans le siècle des Lumières est indéniable (1), aujourd'hui, elle n'est que partiellement remise en cause par la doctrine juridique (2), et sa remise en cause soulève parfois la critique d'une ingérence trop forte dans la vie des justiciables (3).

1 : L'origine historique du concept.

46. Une notion indispensable à tout système juridique ayant recours au contrat. Le droit français des obligations contractuelles est donc fondé sur le principe de l'autonomie de la volonté⁶². Celui-ci tient du fait que chaque homme étant libre, et donc responsable, il répond des engagements qu'il a lui-même pris. Cela ne relève pas seulement d'une option propre à une seule époque. Il faut lui reconnaître le mérite de constituer le socle indispensable à une relation juridique qui unit deux personnes. Selon cette théorie, la volonté de l'homme

⁶¹ Pour n'en citer qu'un seul : A. Schopenhauer, *Sur la liberté de la volonté*, Paris, Herman, 2005.

⁶² E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse Université de Bourgogne, 1912. A. Maher, *De l'autonomie de la volonté individuelle quant aux modifications des contrats*, Thèse Université de Montpellier, 1913. R. Tison, *Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français*, Thèse Paris, Domat-Montchrestien, 1931. J.-P. Chazal, « L'autonomie de la volonté et la « libre recherche scientifique » », *RDC*, 2004, p. 621. C. Jamin, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *D*, 2002, p. 91.

est apte à se donner sa propre loi, offrant à l'individu la liberté de contracter ou de ne pas contracter, celle de déterminer par accord le contenu du contrat dans les limites laissées à la liberté des conventions par l'ordre public et les bonnes mœurs, celle en principe d'exprimer sa volonté sous une forme quelconque⁶³. Cet axiome, parfois contesté, est néanmoins essentiel pour assurer un droit des contrats fiable et pérenne. En effet, s'il n'existe pas de volonté, il n'existe pas de contrat, il n'y a que des lois. Demolombe avait déjà émis cette idée en écrivant: « *Cela est d'évidence ! Cet effet-là est essentiel ! Puisqu'autrement la convention elle-même n'existerait pas*⁶⁴ ». De surcroît, elle est la garante de la liberté humaine en ce qu'elle engage la parole de celui qui contracte.

47. *Les courants philosophiques ayant donné à l'autonomie de la volonté son essor.* Ce fondement a cependant été favorisé par une certaine conception de la nature humaine, et plus spécialement dans la confiance accordée à la raison, mais pas uniquement. Il prend d'abord racine dans l'idée de respect de la parole donnée et l'importance de la foi jurée, relayées par le christianisme⁶⁵. Cependant, elle trouve également son origine dans la philosophie individualiste du XVIII^{ème} siècle. En effet, celle-ci représente les sujets de droit comme étant des êtres absous et autonomes. Chacun recherche l'optimisation de son bien-être et se trouve de fait le meilleur juge et législateur pour statuer sur ses propres intérêts⁶⁶, d'où la fameuse citation de Fouillée : « *Qui dit contractuel dit juste*⁶⁷ ». Les philosophes du XVIII^{ème} siècle ont soutenu que seule la volonté était susceptible d'obliger juridiquement une personne. L'affirmation ne valait pas seulement pour des rapports de droit privé, mais également à l'égard des personnes morales de droit public, qui ne tenaient leurs prérogatives que du consentement des citoyens.⁶⁸ Il est donc évident que derrière la philosophie de l'autonomie de la volonté, se cache une pensée économique libérale.

48. *La conséquence : un désintéressement du droit civil à l'égard de la négociation.* Comment peut-il alors être question de s'intéresser aux négociations ? Les tractations qui ont précédé sa conclusion sont, *a priori*, sans incidence sur l'impact des clauses contenues. Le droit, cherchant à assurer une norme fiable entre les parties, a besoin d'un instrument tangible pour déterminer le contenu d'une obligation. C'est le contrat qui remplit cet office. Grâce à lui, le juge comme les cocontractants connaissent le contenu précis des obligations incombant à chacun. Il n'est dès lors pas question pour le juge d'aller déduire la volonté profonde des parties qu'elles n'auraient pas expressément manifestée. C'est ce qui a fait dire au Professeur Laurent Aynès que le « *bargain* » [négociation en anglais] n'avait pas vocation à imposer des

⁶³ D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, Paris, PUF - Lamy, 2003, article « *volonté* ».

⁶⁴ C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, n°387 in V. Ranouil, *L'Autonomie de la volonté, naissance et Evolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980.

⁶⁵ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Paris, Dalloz, [11^{ème} édition], 2013, p. 5.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 33, n° 22.

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ *Ibid.*, p. 32.

obligations aux parties⁶⁹. Il est encore moins question de déterminer, au risque de sombrer dans l'arbitraire une quelconque recherche d'équité.

2 : Des remises en cause de l'idée d'autonomie de la volonté ne revenant guère sur son autorité.

49. *Une reconnaissance philosophique non synonyme d'acceptation unanime.* Il serait erroné de croire que l'empire de l'autonomie de la volonté en philosophie juridique fut continu et incontesté. Avant même de voir les analyses juridiques qui portent un regard différent sur le contrat, il est possible de citer les voix discordantes. Différentes écoles ont réagi, chacune selon ses affinités, à cette proposition érigée en dogme. L'école sociale et socialiste s'est fermement insurgée contre l'autonomie de la volonté. Léon Duguit par exemple refusait à la volonté le pouvoir de créer des obligations ; seule la société disposerait de ce pouvoir⁷⁰. Lacordaire a pu ajouter : « *Entre le fort et le faible, c'est la liberté qui asservit et la loi qui affranchit* ». Ainsi, les conséquences s'en font ressentir sur le droit actuel. Une part importante de la doctrine affirme aujourd'hui pouvoir se passer d'autonomie de la volonté. Monsieur le Professeur Ghestin a par exemple pu dire qu'elle « *n'est plus affirmée aujourd'hui que par la doctrine civiliste la plus traditionnelle*⁷¹ ». Monsieur le Professeur Savaux énonce de même que le droit des contrats peut aujourd'hui s'enseigner sans qu'il soit besoin de faire référence à ce concept⁷². Cette conception paraît cependant excessive, elle risque en effet, en niant l'aptitude des individus à constituer eux-mêmes leur propre loi, on parvient à une forme de confusion entre le contrat et la loi, en sorte que la vie juridique ne se réduirait qu'à une série d'obligations qui n'émaneraient que de la puissance publique.

⁶⁹ Conférence de L. Aynès, *Vers une déontologie du contrat, cycle droit et technique de cassation*, 11 mai 2006. Les interventions du colloque sont disponibles sur le site de la Cour de cassation : http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2006_55/intervention_m_aynes_9141.html V. également : N. Molfessis, « La formation du contrat » *JCP G*, hors série 25 mai 2015, p. 6.

⁷⁰ H. Mazeaud, L. Mazeaud et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, Paris, Éditions Montchrestien, 1956, t. II, p. 92.

⁷¹ J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Séritet, *Traité de droit civil, Le contrat, la formation*, Paris, LGDJ, [4^{ème} éd.], 2013, t. 1, p. 164 et s. La dernière édition affirme : « *L'autonomie de la volonté entendue comme exercice d'un pouvoir souverain parallèle et concurrent à la loi est écartée aujourd'hui, au moins depuis plusieurs années, par tous les auteurs.* » p. 173, n°219. V. également V. Lasbordes, *Les contrats déséquilibrés*, Aix-en-Provence, PUAM, 2000, t. I, p. 90.

⁷² E. Savaux, *Théorie général du contrat, mythe ou réalité*, Paris, LGDJ, 1997, p. 173.

50. Un attachement persistant à l'autonomie de la volonté. L'on voit bien en fait que la réalité est très nuancée, et que beaucoup d'enjeux, pas toujours compatibles, se chevauchent dans ce débat. Si l'on reprend l'analyse de Monsieur Mestre et Madame Merland, l'on s'aperçoit que les arguments soulevés mettent en lumière plusieurs phénomènes. Certains points, notamment le refus de la révision pour imprévision, montrent bien que le juge, d'une manière générale, demeure attaché au contrat. On peut y voir une question de crédibilité juridique. Il semble que le juge pressente les dangers d'une règle qui, une fois énoncée, ne présenterait aucune garantie quant à son application. Le risque serait grand pour les acteurs juridiques de ne plus pouvoir compter sur un État de droit, si cette logique était poursuivie jusqu'au bout. C'est pourquoi le juge aime parfois rappeler les limites de son rôle et refuser de changer une situation même choquante. C'est ce qu'il indique entre autres dans l'arrêt Canal de Craponne lorsqu'il énonce : « *que, dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse apparaître leur décision de prendre en considération [les circonstances du contrat]*⁷³. » Le détail de la jurisprudence sur la rigidité du contrat sera vu plus loin⁷⁴. Si les exemples de remise en cause de ce dogme sont nombreux, il est pour autant, raisonnable d'affirmer que les exceptions que la jurisprudence et la loi permettent, n'inversent pas le rapport principe/exception qui donne la première place à la volonté manifestée dans l'écrit contractuel.

De ce choix fermement établi, un certain nombre de protestations envers les politiques contractuelles atténuant le rôle de la volonté vont découler.

3 : La remise en cause de l'autonomie de la volonté perçue comme une ingérence dans l'autonomie et la liberté humaine.

51. Le marronnier de la crise du contrat. L'expression « *crise du contrat* » revient régulièrement⁷⁵ pour évoquer une décadence progressive du contrat idéal, au sein duquel les parties assument les engagements qu'elles ont pris l'une envers l'autre. L'idée n'est pas nouvelle, dès le début du XX^{ème} siècle, une frange de la doctrine décriait la volatilité du lien contractuel comme facteur de démembrément social. On trouve à cet égard dans une thèse écrite en 1937 : « *On entend trop souvent dire cette phrase déprimante : « Pourquoi tenir ses engagements, personne ne les tient plus !*⁷⁶ » ». Le ton plus que pessimiste de l'auteur correspond bien à son contexte historique. La France se sent menacée par un déclin latent qui débouche deux ans plus tard sur une entrée en guerre.

Plus proche de nous, le Président Jacques Chirac en s'exprimant au quatorzième congrès des notaires de France à Lyon disait: « *Dans notre pays, les limitations apportées à la*

⁷³ Civ., 6 mars 1876, *Canal de Craponne*, GAJC, Paris, Dalloz, 2008, n°165.

⁷⁴ V. *infra*. n°640.

⁷⁵ C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003.

⁷⁶ A. Barreyre, *L'évolution et la crise du contrat. – Étude synthétique et critique*, thèse, Bordeaux, 1937, p. 115.

liberté contractuelle sont allées beaucoup trop loin. Sous prétexte de protéger les individus, nous avons eu trop tendance à les traiter en irresponsables dont il faudrait à tout bout de champ tenir la main », « il est grand temps de substituer à une régulation autoritaire par la loi ou le règlement quand ce n'est pas une simple circulaire, une régulation volontaire par le contrat. » « Quelle société voulons-nous ? Une société d'administrés ou de partenaires ?⁷⁷ » Le Professeur Jestaz n'hésite pas à rebondir sur cette théorie lorsqu'il affirme : « Depuis bientôt cinquante ans que j'étudie le droit, j'entends dire que le contrat n'est plus ce qu'il était. Et les professeurs qui les premiers avaient jeté ce trouble dans mon esprit, l'entendaient dire eux-mêmes depuis des lustres.⁷⁸ » Est-ce à dire que la crise du contrat n'est qu'un mythe ? Monsieur Jestaz ajoute aussitôt après : « En vérité, il y a peut-être plusieurs crises d'inégales importances. »⁷⁹

52. *Une crise davantage due à un réalisme économique qu'à un déclin de la volonté.* Il convient de constater que l'autonomie de la volonté, telle que l'avait conçue le siècle des Lumières n'a perduré ni en doctrine, ni en droit positif. Il est évident que le législateur ne pouvait pas donner une liberté sans entrave aux cocontractants. Mais que remarque-t-on ? Sur certains domaines, les parties sont libres de se lier à des obligations quelconques ; dans d'autres matières, elles doivent respecter des contraintes si elles veulent s'engager dans un contrat. N'est-ce pas là le simple reflet de la diversité des composantes d'une société ? Que peut faire le juriste lorsque le législateur décide de prendre telle ou telle orientation économique ou politique ? Doit-il garder constamment à l'esprit qu'un droit qui défigure l'autonomie de la volonté est forcément hétérodoxe ? Les idéaux juridiques sont évidemment des moyens et non une fin à atteindre absolument. Les objectifs politiques prennent le pas sur eux. Si l'autonomie de la volonté a un ressort libéral, l'éthique est fille du dirigisme selon le propos du doyen Carbonnier⁸⁰. Dès lors, si l'on fait le choix d'une intervention de l'État dans l'économie, l'autonomie de la volonté n'apparaît plus comme un dogme indépassable. Le problème ne se situe plus au niveau du droit. Le droit n'est là que pour servir la cause du politique. Le droit doit cependant traduire de façon cohérente la volonté politique de diriger l'économie. L'on sait depuis Portalis que légiférer n'est pas un art quelconque. Autant il n'avait « *pas cru devoir simplifier les lois au point de laisser les citoyens sans règle* » et autant il s'est également préservé « *de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout*

⁷⁷ Cité par *Les Échos* du 22 mai 1998, in M. Poitevin, *Le Contrat d'adhésion, rapport au Congrès national des tribunaux de commerce*, Conférence nationale des tribunaux de commerce de France.

⁷⁸ P. Jestaz, « Rapport de synthèse », in *La nouvelle crise du contrat*, Paris, LGDJ, 2012, p. 243.

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ « *La transparence est fille du dirigisme* », selon Jean Carbonnier : J. Carbonnier, « La Transparence, propos introductifs », *RJ Com*, nov 1993, p. 13.

*prévoir*⁸¹». Il faut donc assurer à ce dirigisme économique, un ressort juridique cohérent qui puisse lui assurer un fonctionnement pérenne lorsqu'il touche à la matière des contrats.

Ayant donc vu l'importance du dogme de l'autonomie de la volonté dans notre droit, il est nécessaire de mettre en évidence sa traduction en tant que norme positive, plus qu'en tant que principe.

B: Le paradoxe de l'autonomie de la volonté.

En découplant le processus intellectuel par lequel un individu s'engage dans les liens d'un contrat, on peut prendre le contrepied de l'expression « *autonomie de la volonté* ». La question se pose de savoir si le contractant exprime réellement sa volonté.

53. « *Volonté* », *expression imparfaite pour exprimer le consentement au contrat*. L'autonomie de la volonté a la prétention d'offrir une liberté optimale aux parties qui n'auront subi que les contraintes qu'elles se seront elles-mêmes imposées. Chaque individu recherche son bien propre. Jamais deux individus n'ont en commun un même objectif puisqu'ils sont plutôt l'un pour l'autre des concurrents ou du moins, des étrangers. En revanche, ils pourront constater des terrains d'entente sur lesquels ils peuvent se rejoindre. Le droit des contrats appelle cela « *la commune intention des parties* »⁸². En réalité, il ne s'agit pas tant d'une intention commune au sens où les parties formeraient un dessein commun. Il s'agit surtout de concessions que les parties acceptent de faire pour mieux parvenir à leur but individuel. Il se déduit de cela que le consentement n'est pas la réalisation de la volonté des parties, mais plutôt une soumission volontaire à des contraintes choisies. À cet égard, Madame le Professeur Frison-Roche a opéré une distinction entre volonté et consentement, affirmant que dans un contrat, certains donnaient leur consentement tandis que d'autres exprimaient leur volonté.⁸³ Là réside le paradoxe : le contrat est à la fois un acte de la volonté et en même temps une résignation. Une résignation certes, qui a pour but de tirer un plus grand profit. Il est d'ailleurs communément admis que la liberté implique nécessairement un renoncement⁸⁴. Pourtant, cela ne justifie pas que l'asservissement contractuel soit nécessairement le fruit de la liberté. C'est pourquoi le fait que le cocontractant ait exprimé une forme de consentement ne

⁸¹ J.-E.-M. Portalis, « Sur le projet de Code civil », in *Discours et rapport sur le Code civil*, Bibliothèque de philosophie politique et juridique, Caen, Presse universitaire de Caen, 2010, p. 7.

⁸² E. Gounot, *op. cit.*, p. 209.

⁸³ M.-A. Frison-Roche, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD Civ*, 1995, p. 573. L'auteur y explique que le consentement, à l'inverse de la volonté, est plus une démarche négative que positive. Il s'agit d'une forme de soumission qui ne trouve sa raison d'être que dans le bénéfice d'un avantage reçu.

⁸⁴ « *La colombe légère qui, dans son libre vol, fend l'air dont elle sent la résistance, pourrait s'imaginer qu'elle volerait bien mieux encore dans le vide.* » E. Kant, *Critique de la raison pure*, Introduction, III. [Citation restée célèbre].

saurait exclure une intervention de la loi, et l'approbation formelle à un contrat ne rend pas forcément compte d'une liberté absolue devant laquelle l'État n'intervient jamais. En effet, plutôt que de dire « *le contractant a voulu être constraint* », il faudrait dire « *le contractant a préféré être constraint plutôt que de subir une autre situation.* »

54. Une objection pertinente à l'argument de la volonté exprimée en droit des contrats. La satisfaction de la volonté doit donc toujours rester l'idéal poursuivi par le droit des contrats. Néanmoins, le juge du contrat doit garder à l'esprit que l'expression de la volonté des parties est sujette à des contingences qui peuvent détourner l'autonomie de la volonté de sa finalité première. Et par là même, le cocontractant n'a d'autre choix que d'agir contre ses intérêts. Il ne s'agit donc pas de permettre aux parties de revenir sur leur parole donnée, mais plus de s'assurer que l'expression du consentement n'a pas été une résignation, source de comportements opportunistes. C'est pourquoi il faut rechercher dans la période précontractuelle, le problème du contrat déséquilibré. Si l'on estime que le contractant ne répond pas de sa parole donnée, c'est que les circonstances dans lesquelles il s'est engagé rendent compte d'un consentement mal donné. Ainsi, le contrat d'adhésion doit-il s'intéresser aux négociations qui ont débouché sur sa conclusion. Pour ce qui est du consommateur, il est très peu probable qu'il se soit livré à des négociations intenses. La situation du professionnel est plus délicate.

C'est pourquoi il nous faut voir quelles réponses ont été apportées au dogme de l'autonomie de la volonté.

§ 2 : La contestation du dogme de l'autonomie de la volonté.

55. La difficile remise en cause profonde de l'autonomie de la volonté. La loi est souvent intervenue pour imposer, limiter ou corriger le contenu des contrats. Il est donc constant que l'autonomie de la volonté trouve des limites dans notre droit. Il convient cependant d'essayer de trouver la cohérence de cette remise en cause du dogme de l'autonomie de la volonté. L'on ne pourrait ignorer un siècle de pratique contractuelle qui n'a pas réussi à s'approprier, ou si peu, la notion de contrat d'adhésion. Cela ne veut pas dire que la notion n'est aucunement exploitable. Bien au contraire, elle pourrait s'avérer efficace si elle était utilisée de façon juste.

Annonce de plan. Le premier juriste à s'être défié de ce dogme est Raymond Saleilles qui a mis en lumière l'idée de contrat d'adhésion (A) ; cette idée, bien que n'ayant pas réellement abouti en droit positif, a donné naissance à des notions voisines (B).

56. *La thèse de Raymond Saleilles.* C’est Raymond Saleilles qui le premier a présenté ce concept. Il y a selon lui « *des prétendus contrats qui n’ont de contrat que le nom*⁸⁵ ». Il ne s’agit pas tant de dicter une loi à un individu, mais à une collectivité tout entière. C’est donc non seulement un défaut de la volonté d’une partie que Saleilles met en avant, mais surtout un phénomène sociologique. Autant la philosophie des Lumières concevait l’individu comme libre au milieu d’une foule de semblables ; autant la théorie du contrat d’adhésion prend davantage en compte le contexte sociologique pour décrire les contraintes subies par la partie faible. Une partie forte au contrat d’adhésion est donc dotée de prérogatives quasi publiques. C’est la raison pour laquelle Ripert n’hésitait pas à souligner que « *Tout homme se trouve plus ou moins dans la société en état de nécessité de contracter, car il ne peut vivre sans contracter*⁸⁶ ». La notion de contrat d’adhésion n’envisage plus d’analyser un contrat en fonction de l’existence du consentement ; mais elle prend en compte le contexte dans lequel le contrat a été passé. Elle dénonce un système social qui dicte les comportements juridiques.

57. *Le corollaire de Georges Berlioz.* Dans sa thèse, Georges Berlioz énumère les différents facteurs qui obligent la partie faible à se soumettre aux stipulations de la partie forte. Par exemple, les disparités de puissance économique suscitées par la révolution industrielle⁸⁷. L’individu ne dispose plus d’une pleine liberté pour poser des choix économiques. Il se retrouve pris dans une « *jungle économique* » (sic) qui le soumet à des contraintes diverses. La production de biens devient standardisée, il n’y a guère de marge de manœuvre pour discuter des modalités du contrat. La multiplication et l’accélération des échanges rendent l’individu inapte à connaître la justesse économique d’une opération qu’il effectue. George Berlioz cite également les faits de nature juridique qui soumettent un contractant à la merci d’un autre⁸⁸ : selon lui, il existe une trop grande incertitude sur le risque que l’on prend en passant un contrat. Le fait par exemple que les échanges s’internationalisent ne permet pas de s’assurer de l’issue du contrat. Dans certains domaines, les parties estiment que les règles du Code civil ne correspondent plus aux réalités de la profession, et se tournent vers des formes de contrats-types comme pour le fret maritime. Sur un plan sociologique⁸⁹, l’auteur constate que l’individu ayant « *peur de son individualité* » essaie de se fondre dans des contrats impersonnels, lesquels lui offrent une forme de sécurité. En dernier lieu, on peut

⁸⁵ R. Saleilles, *De la déclaration de volonté. Contribution à l’étude de l’acte juridique dans le Code civil allemand*, op. cit., p. 299.

⁸⁶ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, [4^{ème} éd.], 1949, p. 85, n°46.

⁸⁷ G. Berlioz, *Le contrat d’adhésion*, préf. de B. Goldman, Thèse Paris, [2^{ème} édition], 1976, p. 14 et s.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 23.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 24.

discerner des éléments matériels qui entravent le jeu de la parfaite autonomie de la volonté⁹⁰. Les nouveaux moyens de communication précipitent la formation du contrat et empêchent l'adhérent de faire des contre-propositions qui puissent intéresser son partenaire.

B : L'accueil réservé par le droit français.

58. *Division de l'étude.* Raymond Saleilles a-t-il critiqué en vain l'autonomie de la volonté ? La réponse est à nuancer. L'idée même de contrat d'adhésion a été repoussée en tant que telle (1), mais l'autonomie de la volonté a pu être remise en cause par l'intermédiaire d'autres idées juridiques (2). L'idée n'a pas totalement disparu aujourd'hui puisqu'elle est nommément reprise par certains avant-projets de réforme. Aussi, nous dresserons un panorama des différents avant-projets sur la question (3).

1 : L'échec des propositions de théorie du contrat par Raymond Saleilles.

59. *La fin de non-recevoir opposée par le droit français.* La proposition de Raymond Saleilles en tant que telle n'a pas été retenue en droit positif. L'expression est restée célèbre, certes, pour décrire une situation dans laquelle une partie subit les exigences contractuelles de l'autre sans pouvoir n'influer en aucune manière sur le contenu du contrat. En revanche, les rares arrêts qui ont caractérisé un contrat comme étant « d'adhésion » n'étaient que des décisions d'espèce⁹¹. On ne trouve pas non plus en législation d'usage de cette notion. La doctrine en droit des contrats reconnaît de façon claire, que les négociations ne sont pas une condition essentielle au contrat, mais que le consentement suffit⁹². Certes, le droit commun n'a guère retenu la notion de contrat d'adhésion, mais n'a pas non plus suivi de façon dogmatique le principe de l'autonomie de la volonté. Les juges ont préféré suivre la ligne la plus orthodoxe possible, garantissant par là un fondement solide aux parties, quant à l'issue du contrat. En effet, on a coutume de dire que l'échec du contrat d'adhésion a tenu à son impossibilité de le définir précisément⁹³. On souligne par exemple que l'inégalité entre les

⁹⁰ *Ibid.*, p. 25.

⁹¹ Par exemple, TGI Paris, 17 décembre 1986, n°1986-047314. En excluant bien sûr les arrêts qui parlent de « l'adhésion » à une offre au sens premier du terme (adhésion à un abonnement par exemple). On trouve par exemple certains arrêts qui retiennent la notion de « contrat d'adhésion », mais pour indiquer qu'elle n'est pas constatée en l'espèce : Riom, 23 janvier 2013, n°12/00046. Rouen, 19 mars 1987, jurisdata 1987-042705.

⁹² A. Rieg, « Contrat type et contrat d'adhésion », *Travaux de recherche de l'institut de droit comparé*, 1970, t. XXXIII, p. 111, cité par J. Ghestin, « La notion de contrat », *D*, 1990 p. 147.

⁹³ P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Les Obligations*, Paris, Lextenso, (collection Droit civil), [6^{ème} éd.], 2013, p. 201, n°427.

parties existe à peu près partout en matière de contrat⁹⁴. D'où ce propos du doyen Ripert : « *Le déséquilibre, c'est l'aléa du contrat*⁹⁵. » C'est ce qui a également fait dire à certains auteurs que le contrat d'adhésion était une notion sans régime. On constate par exemple qu'en 1982, la Première Chambre civile de la Cour de cassation⁹⁶ s'en tient à l'absence de disposition légale pour donner son plein effet à un contrat d'adhésion. Il était question dans cette espèce d'une clause limitative de responsabilité en faveur du Loto. De même, les juges accordent leur plein effet aux dispositions d'une police d'assurance⁹⁷, d'un connaissance⁹⁸ ou d'un règlement d'atelier⁹⁹ même si les stipulations n'ont pas fait l'objet d'une négociation équilibrée. Car, outre l'imprévisibilité juridique et les contours abscons de cette notion, le contrat d'adhésion pose également problème en ce qu'il ne fait que déplacer la domination, d'une partie à l'autre du contrat¹⁰⁰. En effet, d'une certaine manière, demander que la justice reconnaisse la domination d'un contractant sur l'autre peut constituer une forme de domination du prétendu faible sur le prétendu fort.

60. Des réponses apportées aux objections. Si l'on ne peut que reconnaître la difficulté à tracer une frontière entre le contrat d'adhésion et le contrat négocié, certains auteurs surmontent cette difficulté. Le Professeur François-Xavier Testu répond que le contrat, d'une manière générale n'est pas davantage délimité. Il affirme : « *Si l'on y réfléchit, le contrat lui-même, fondement idyllique de notre société, n'est pas rigoureusement définissable. Nous avons une définition légale (C civ art. 1101), plus descriptive que vraiment notionnelle, et une définition didactique – accord de volontés destiné à produire des effets de droit – que les regards étrangers critiquent comme abusivement métaphysique ou métonymique.*¹⁰¹ » Monsieur Alain Caillé en convient également : « *La notion de contrat ne peut évidemment pas échapper à la circularité définitionnelle, au cercle herméneutique qui affecte toute tentative de définir une notion quelle qu'elle soit*¹⁰² ». Il faut cependant admettre que les incertitudes qui pèsent sur la notion de contrat et sur la notion d'adhésion ne sont pas

⁹⁴ J. Ghustin, G. Loiseau et Y.-M. Sérinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, op.cit., p. 288, n°383.

⁹⁵ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, op.cit., p. 85, cité par R. Saint-Esteben, « L'introduction par la LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation », *RDC*, 2009, p. 1275.

⁹⁶ Civ. 1^{ère}, 19 janvier 1982, Bull. I, n°29, Le Professeur Testu cite cet arrêt pour caractériser ce qu'une partie de la doctrine appelle l'échec complet du contrat d'adhésion dans « *Le juge et le contrat d'adhésion* », *JCP G*, 1993, I, 3673.

⁹⁷ Civ., 30 mars 1892, Bull. civ, n°67, p. 201, in A. Weill et F. Terré, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, [4^{ème} édition], 1986 p. 96.

⁹⁸ Civ., 1^{er} mars 1887, S, 1887, 1, 121, disponible sur le site gallica, cité par A. Weill et F. Terré, op. cit., p. 96.

⁹⁹ Civ., 14 février 1866, in A. Weill et F. Terré, op. cit., p. 96. Arrêt disponible sur le site Juricaf sous le numéro JURITEXT000006952890 : www.juricaf.org

¹⁰⁰ A. Weill et F. Terré, op. cit., p. 95.

¹⁰¹ F.-X. Testu, op. cit.

¹⁰² A. Caillé, « *De l'idée de contrat* », in *La nouvelle crise du contrat*, op. cit.

forcément du même ordre. La frontière est particulièrement ténue entre la contrainte, l'adhésion et la volonté simplement influencée.

61. *Études comparatistes*. Le droit comparé donne cependant des exemples de reprise explicite de cette notion. Le droit civil québécois¹⁰³ en est l'exemple le plus manifeste. La notion de « *contrat d'adhésion* » est reprise à l'article 1379 comme : « [celui dont] les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées ». Il en découle un régime protecteur pour la partie faible qui a donné lieu à l'élaboration d'une jurisprudence dans ce sens¹⁰⁴.

Le droit roumain s'y réfère également, en traduisant la notion de façon quasi transparente dans son nouveau Code civil : le « *contractul de adeziune* » est, selon l'article 1.175 de ce même texte celui dont les termes essentiels sont rédigés par une partie ou suivant ses instructions, en sorte que l'autre n'ait plus qu'à les accepter en tant que telles. Une traduction française de ce texte affirme : « *Le contrat est d'adhésion lorsque ses clauses essentielles sont imposées ou rédigées par l'une des parties, pour celle-ci ou sur la base de ses instructions, l'autre partie n'ayant que la possibilité de les accepter telles quelles* »¹⁰⁵.

L'article 6.185 du Code civil lituanien reprend une définition très similaire : une disposition est considérée comme une « *clause contractuelle type* » si elle a été rédigée à l'avance et n'a pas fait l'objet d'une consultation de l'autre partie. Il en découle un régime formaliste pour assurer la validité de telles clauses.

Le concept a également inspiré les juristes israéliens, à partir des années 1960. Une loi de 1982¹⁰⁶ a repris la même expression pour parler de ces contrats non négociés, et laissé un pouvoir important au juge pour revenir sur tout ou partie du contrat selon ce que les stipulations ou l'exécution du contrat démontrent du caractère équitable de l'opération juridique¹⁰⁷.

Les comparatistes étrangers utilisent facilement l'expression de « *adhesion contract* » ou « *contract of adhesion* », mais lui préfèrent parfois le synonyme « *standard contracts* »¹⁰⁸. Les pays anglo-saxons ne le connaissent pas comme étant de droit positif, mais certaines conceptions s'en approchent de façon nette. Le Uniform Commercial Code, émanant des États-Unis d'Amérique, parle d'« *unconscionability* » (article 2-302)¹⁰⁹ pour dénoncer des

¹⁰³ R. Cabrillac, « Le nouveau Code civil québécois », *D*, 1993, 267.

¹⁰⁴ V. Le site du cabinet Audet et associé Inc. http://www.droitdespme.com/articles/admin_contrat_adhesion.html

¹⁰⁵ D. Borcan, M. Ciuruc, M.-E. Laporte-Legeais et M. Moreau, *Nouveau Code civil roumain, traduction commentée*, Paris, Dalloz-CNRS-Juriscope, 2013, article 1175.

¹⁰⁶ Loi israélienne sur les contrats d'adhésion de 1982.

¹⁰⁷ R. Ben-Oliel, « Les grandes lignes du droit bancaire en Israël », *RIDC*, 4-2006, p. 1119.

¹⁰⁸ P.-A. Crépeau, « Contrat d'adhésion et contrat type », in *Problèmes de droit contemporain, Mélanges Louis Baudoin*, Québec, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 67 et s., spéc. p. 68.

¹⁰⁹ A. Levasseur, *Le contrat en droit américain*, Paris, Dalloz, 1996, p. 13.

stipulations contractuelles manifestement injustes. À cet égard, le juge dispose d'un pouvoir très libre pour ajuster le contrat selon ce qui lui paraît le plus juste. La Cour suprême de Californie, qui avait admis la possibilité de réviser le contrat de façon souple par l'autorité judiciaire a préféré ignorer par la suite l'idée d'« *unconscionability* ». Elle est cependant revenue sur cette décision et le juge est en mesure de modeler le contrat s'il constate que les négociations n'ont pas été justes¹¹⁰.

Finalement, l'expression de contrat d'adhésion est une réalité en droit étranger, même de façon éparsé. Les synonymes trouvés en droit anglo-saxon n'enlèvent en rien au concept ce qu'il doit à Saleilles. C'est en 1919 qu'un professeur de droit américain publie à la Harvard Law Review une présentation de cette idée française¹¹¹. Il ne sera décrit que plus loin les notions cousines du contrat d'adhésion, qui elles, ont reçu un accueil véritable, y compris en droit français.

62. *Transition*. En effet, non seulement en droit français, mais également en droit étrangers, les exemples sont infinis d'hypothèses où la partie faible n'est pas liée par le contrat.

2 : Le contrat d'adhésion repris par des notions relativement proches.

63. *Une reprise déguisée du contrat d'adhésion* ? Il ne s'agit pas dans ce paragraphe de faire un bilan exhaustif de la protection de la partie faible en droit positif. Il est davantage question de voir comment les inconvénients de la théorie de Saleilles du contrat d'adhésion ont été contournés pour parvenir à un résultat semblable. C'est ici que droit des contrats et droit de la concurrence s'entremêlent. Le premier, animé par l'idée de protection de la partie adhérente prévoit des dispositions visant à favoriser celui qui n'a pas eu d'autre choix que de contracter. Le second, se situant plus dans une perspective d'égalité entre les concurrents, cherche à garantir la loyauté entre des personnes agissant sur un même marché. Les deux s'entremêlant, de façon notoire pour les contrats entre professionnels, il en résulte une multiplicité des situations où l'autonomie de la volonté est délaissée.

a : Le droit des contrats général et spécial

64. *En droit de la consommation*. Le législateur, malgré son aspiration à une vision

¹¹⁰ H. G. Prince, « Unconscionability in California : A need for restraint and consistency », *UC Hastings Scholarship repository*, 1995, p. 459 disponible sur repository.uchastings.edu

¹¹¹ E. W. Patterson, « The delivery of a life-insurance Policy », 33. *Harv.L. Rev.* 1919, 198. V. également, F. Kessler, « Contracts of adhesion – Some thoughts about freedom of contracts », *Yale Law school faculty scholarship*, 1943, p. 629, disponible sur digitalcommons.law.yale.edu

« mystique » du contrat, a constaté que ce dernier n'est pas toujours conclu en pleine connaissance de cause, mais plutôt sous la contrainte économique et sociale. Cela ne veut pas dire que Saleilles ait gagné ses faveurs. Citons cependant des cas où la loi ne se laisse pas duper par la prétendue liberté de l'adhérent. Les lois sur les clauses abusives en sont un exemple éloquent. L'une remonte à 1978, l'autre à 1995 et découle de la directive du 5 avril 1993¹¹². Le fruit de cette législation figure désormais aux articles L132-1 et suivants du Code de la consommation. S'il n'est pas tellement question d'évaluer dans quelle mesure le cocontractant partie faible a consenti, certains alinéas montrent que cela procède d'une idée commune. Par exemple, l'article L133-2 part du principe que le professionnel est le rédacteur du contrat quand il énonce : « *Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible. Elles s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non professionnel.* » Le consommateur est de toute évidence une notion clé dans la logique interventionniste du droit des contrats français. A l'origine, il s'agissait d'un concept économique (celui au bout de la chaîne de production qui détruit le produit). Or, désormais, le droit l'a transposé dans son domaine pour exprimer celui qui passe des opérations pour des besoins autres que professionnels, et donc, est peu susceptible d'opposer une puissance de négociation à l'autre partie¹¹³.

65. *Une reprise seulement partielle de la théorie du contrat d'adhésion.* Il est difficile de faire un panorama simpliste pour évaluer la philosophie sous-jacente à la protection de la partie faible en droit des contrats. Néanmoins, on peut faire un constat. L'idée « d'adhésion » n'est plus la référence pour contrebalancer l'autonomie de la volonté. Il est davantage question de « *partie faible* » ou de « *contrat déséquilibré*¹¹⁴ ». Le juge n'enquête pas sur la période qui précède la conclusion du contrat, car le droit français des clauses abusives ne pose pas comme condition l'existence de négociations. Tout au plus, certains indices lui laissent supposer que les négociations n'ont pas été équitables. Autrement dit, l'interventionnisme contractuel gravite autour de trois pôles : la qualification de « *faible*¹¹⁵ » d'une partie, le déséquilibre des prestations dans le contenu du contrat et l'effectivité des négociations lors de

¹¹² Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

¹¹³ C. Larroumet, *Droit civil, Les obligations, le contrat, 1^{ère} partie conditions de formation*, Paris, Economica, [6^{ème} éd.], 2007, t. III, p. 102.

¹¹⁴ M. Behar-Touchais, « L'équilibre du contrat en droit commercial », in G. Lardeux (dir.), *L'équilibre du contrat*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012, p. 27 et s.

¹¹⁵ A cet égard, Monsieur Cyril Noblot opère une distinction entre la prise en compte de la qualité des parties et de la qualité du contractant. Dans le premier cas, si l'on prend en compte la qualité de chaque partie, il s'agit d'introduire dans l'ordre juridique un régime dérogatoire au régime de droit commun. Dans le second cas, en ne prenant en compte la qualité que d'une seule partie, on se fonde davantage sur une analyse relevant de la justice distributive. C. Noblot, *La qualité du contractant comme critère légal de protection – essai de méthode législative*, préf. de F. Labarthe, Paris, LGDJ, 2002, p. 20 et s.

l’élaboration du contrat. Ces trois pôles sont les trois instruments d’un même objectif : la justice contractuelle que ne parvient pas à restituer l’autonomie de la volonté. Les deux premiers « pôles » sont les plus utilisés. Nous allons démontrer que le troisième trouve une pertinence particulière, et pourtant peu utilisée, s’agissant des contrats conclus entre professionnels.

66. *Transition*. Évoquons à présent le droit de la concurrence comme alternative la plus notoire à la théorie du contrat d’adhésion. Plus encore que le droit de la consommation, il se place dans une perspective plus économique que le droit des contrats pour justifier un retour sur la parole donnée dans une convention. Il est évidemment riche de nombreuses techniques de protection de la partie faible professionnelle.

b : Le droit de la concurrence.

67. *Historique de l’approche de la concurrence par le droit, un concept trouvant son origine aux États-Unis*. Le droit des contrats a en effet subi de longues décennies d’influence du droit de la concurrence au point que les deux matières se sont interpénétrées. Les deux matières n’ont ni la même raison d’être ni la même histoire. Le droit de la concurrence est un droit récent, né aux États-Unis à la fin du XIX^e siècle, et qui ne se répand réellement en Europe que vers les années 1950, notamment à travers la construction européenne¹¹⁶. Il va de soi que les codificateurs de 1804 n’avaient pas de conception économique à l’esprit pour dresser les lois relatives aux obligations contractuelles¹¹⁷. Celles-ci ont été établies de façon plus abstraite en considérant les individus mis à part de leur contexte social. La culture américaine, elle, a développé une notion de la liberté qui contient ensemble les droits de l’homme et le libéralisme économique. L’idée de concurrence vise à permettre aux individus de disposer d’un contexte économique favorable pour déployer leur force de production. À l’origine, il ne s’agit que de créer une structure macroéconomique dans laquelle chacun est apte à s’enrichir de façon normale. Cet enrichissement n’est possible que dans un contexte de sécurité, mais surtout d’absence de monopole, au risque de quoi le marché se trouve entre les mains de quelques-uns, qui violent la liberté économique de leurs pairs. C’est cette vision qui a donné naissance au Sherman Act de 1890¹¹⁸.

¹¹⁶ D. Mainguy, J.-L. Respaud, M. Depincé, *Droit de la concurrence*, Paris, LexisNexis, 2010, p. 11. Une deuxième édition est à paraître.

¹¹⁷ L’ouvrage de Messieurs Terré, Simler et Lequette affirme que « *l’idée [de concurrence] n’était pas étrangère aux codificateurs napoléoniens qui, non contents d’affirmer solennellement le principe de la liberté du commerce et de l’industrie, avaient entendu sanctionner pénalement [les ententes anticoncurrentielles].* » Si les prémisses du droit de la concurrence pouvaient apparaître à cette époque, il semble cependant que le droit des contrats n’a pas été construit dans une optique de marché telle que nous la connaissons aujourd’hui. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n°40.

¹¹⁸ Sherman Antitrust-Act du 2 juillet 1890 aux États-Unis.

La culture économique française s'est construite autrement : si la loi Le Chapelier du 14 juin 1791 abolit les corporations, celles-ci restent relativement présentes dans les esprits. Le deuxième pilier du droit de la concurrence est la lutte contre les abus de domination. Aux États-Unis, c'est le Clayton Act de 1914 qui l'a consacrée¹¹⁹. Ces deux mêmes piliers ont également fondé la construction du marché européen. Ils figurent aux articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à ce jour. Il appert donc que le droit de la concurrence est un droit avant tout économique qui n'a d'autre objectif que de fixer un cadre légal permettant un bien-être économique global. Dans cette perspective, le droit de la concurrence ne cherche pas à atteindre un résultat précis, mais plutôt à fixer des règles du jeu¹²⁰.

68. *Une influence tardive en France.* *A priori*, le lien avec la force obligatoire du contrat est relativement faible. La concurrence se place dans une logique macroéconomique de marché, les contrats régissent des rapports de personne à personne indépendamment du contexte dans lequel ils ont lieu. Mais avec les années, le droit de la concurrence a connu une croissance qui a conduit à une forme de confusion entre les deux branches du droit. C'est que plusieurs écoles ont vu le jour en matière de droit de la concurrence. Sa conception originelle a évolué. Si l'on aime bien se référer à l'ordonnance de 1945 pour marquer la naissance du droit de la concurrence en France, il est également admis de façon commune que c'est en 1986 que le droit français de la concurrence a commencé à développer son particularisme¹²¹. À cette époque, la droite vient de reprendre l'Assemblée nationale, et entend revenir sur les lois de nationalisation opérées par le gouvernement précédent. La France s'apprête donc à vivre une nouvelle donne économique qu'elle n'avait guère connue auparavant. Des entreprises qui exerçaient un monopole d'État se retrouvent entre les mains de personnes privées. Il faut donc définir de nouvelles règles du jeu. Car il s'agit d'une réorganisation complète de la production économique. Guy Canivet a pu parler d'un « *acte fondateur pour l'économie moderne*.¹²² » Même si les ordonnances de 1945 avaient déjà évoqué cette notion, c'est bien celle de 1986 qui en fait un pilier du droit de la concurrence au Titre IV du Livre IV du Code de commerce. Édouard Balladur, ministre des Finances de l'époque se souvient : « *Le principe général de l'ordonnance a été de sanctionner les abus plutôt que de définir des interdictions générales*¹²³. » Cette analyse synthétique laisse entrevoir la difficulté que soulève la lutte contre les pratiques restrictives de concurrence ou pratiques déloyales. Axées autour des idées de transparence et de loyauté, elles cherchent en réalité à englober les comportements résiduels qui n'entrent pas dans le cadre de la lutte contre les cartels ; et qui

¹¹⁹ Clayton Antitrust-Act du 15 octobre 1914 aux États-Unis.

¹²⁰ F. Dreiffus-Netter, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », *RTD Civ*, 1990, p. 369.

¹²¹ *Id.*

¹²² G. Canivet, « Propos introductifs », in *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, évolution et perspectives*, colloque sous la direction de Guy Canivet et Laurence Idot, Paris, LexisNexis Litec, 2008, p. 1.

¹²³ E. Balladur, « Propos introductifs », *Ibid.*, p. 6.

sont difficilement caractérisables par le concept d'abus de position dominante. On n'a donc pas nécessairement recours à une analyse macroéconomique pour les identifier. En effet, le droit des pratiques restrictives de concurrence prévu au titre IV du livre IV du Code de commerce ne répond pas au même objet que les pratiques anticoncurrentielles dont la prohibition est dérivée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Elles sont, en général, des réminiscences d'infractions pénales qui ont été levées¹²⁴. Il s'agit davantage de protéger la concurrence que les concurrents¹²⁵. L'on voit ici que le droit se trouve confronté à un problème : le législateur soumet les justiciables à deux droits différents ; à savoir le droit des contrats et le droit de la concurrence.

69. *Deux branches du droit a priori en opposition.* L'alliance des deux n'est pas toujours aisée. D'un côté, on peut constater certaines convergences¹²⁶. En revanche, sur d'autres aspects, l'un et l'autre sembleraient presque se combattre. Le Professeur Mestre a, par exemple, parlé de « *tentaculaire droit de la concurrence* »¹²⁷. Un autre auteur affirme qu'il est acquis que « *le droit des pratiques anticoncurrentielles repose sur des concepts avant tout économiques dont la transcription juridique est malaisée* »¹²⁸. Pourquoi les rapports entre ces deux disciplines sont-ils autant conflictuels ? Le droit de la concurrence relève de la politique économique et cherche à atteindre un résultat. Le droit des contrats cherche davantage à parvenir à une justice entre les parties. L'un est stable (en plus de deux cents ans de Code civil, la réforme du droit des contrats à venir apparaît comme une exception) ; l'autre est très changeant (l'ordonnance de 1986 a été modifiée de nombreuses fois, dernièrement en 2014 par la loi Hamon qui nous évoquerons ci-après). C'est ainsi que des contradictions apparaissent, soulevées par certains auteurs. Un exemple l'illustre bien : comment concilier la liberté contractuelle avec certaines pratiques d'éviction comme l'interdiction faite à un concurrent de répliquer à l'identique une offre commerciale¹²⁹ ?

70. *Une séparation entre les deux droits impossible à cause de leurs domaines superposés.* Peut-on échapper au choc entre droit de la concurrence et droit des contrats en considérant que les deux ne sont pas concernés par le même domaine ? L'idée n'est guère

¹²⁴ A. Decocq et G. Decocq, *Droit de la concurrence, droit interne et de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, [6^{ème} édition], 2014, p. 39, n°17

¹²⁵ M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen*, Paris, Sirey, [6^{ème} éd.], 2014, p. 122, n°244.

¹²⁶ B. Fages et J. Mestre, « Droit du marché et droit commun des obligations », *RTD Com*, 1998, p. 71. V. également sur la question : L. Idot, « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit des contrats », *RDC*, 2004, 882.

¹²⁷ J. Mestre « Chronique de droit des obligations », *RTD Civ*, 1987, p. 307, cité par F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n°383.

¹²⁸ C. Barreau, « La participation française au réseau européen de concurrence après la LME : une inopportune divergence ? » *CCC*, 2011, étu. 13.

¹²⁹ TC Paris, 12 février 2014, *SFR c/ France Télécom, Concurrences* n°2-2014, p. 88, note A.-L. Sibony.

viable, car les exemples sont légions où l'on constate une solution inverse selon que le droit de la concurrence est invoqué ou bien le droit des contrats. Parmi les exemples qui pourraient être suggérés, prenons l'article L442-6 du Code de commerce qui sert de référence pour cataloguer les pratiques dites restrictives. Il s'agit de cas où la responsabilité de l'auteur d'une telle pratique peut être engagée. La confusion entre les deux matières est une réalité : les avocats ne se soucient pas de savoir si la disposition qu'ils invoquent relève de la théorie générale du contrat ou du droit de la concurrence, pourvu qu'elle donne raison à leurs clients. C'est ce qui avait fait dire à certains que l'article L442-6 I 5° du Code de commerce avait « *de beaux jours devant lui* »¹³⁰. Le droit de la concurrence vient s'immiscer dans le droit des contrats au point parfois d'en heurter les principes fondamentaux. La liberté contractuelle, qui est à la base du droit des contrats, ne trouve pas la même place en droit de la concurrence. C'est pourtant sur ce postulat que s'est construite la matière. L'on peut opposer à une partie un certain nombre de clauses puisqu'elle avait le choix de s'engager ou de ne pas s'engager. Or les défenseurs de la concurrence reviennent aussi bien sur le droit de contracter que sur celui de ne pas contracter¹³¹.

Par exemple, pour le droit des concentrations, l'on peut citer l'interdiction de certaines fusions-acquisitions qui entraveraient le marché. Cela peut encore se comprendre d'un point de vue strictement contractualiste, comme une interprétation large de l'article 6 du Code civil, c'est-à-dire un ordre public concurrentiel.

Autre chose sont les atteintes à la liberté de ne pas contracter en droit des pratiques restrictives de concurrence. L'article L442-6 I 5° du Code de commerce précité, interdit la rupture d'une relation commerciale établie. Cela revient à dire –et les juges l'ont consacré¹³² – que l'on peut obliger une partie à renouveler un contrat à durée déterminée, lorsqu'il existe une relation commerciale établie. On se trouve donc dans une situation très inconfortable du point de vue de la sécurité juridique, mais également des libertés économiques. Il semble que l'intérêt collectif, incarné par le droit de la concurrence prime les libertés accordées aux agents. Comment dessiner une logique cohérente au milieu de ce dilemme juridique ?

71. L'importance de faire converger les deux disciplines pour offrir le droit le plus propice à la préservation de l'économie. À partir de ce constat, il est intéressant de conceptualiser une vision nouvelle du contrat. Le droit des contrats ne peut pas s'effacer au profit d'impératifs économiques orchestrés par une hiérarchie étatique. Sinon, sur le long terme, on en viendrait à une économie entièrement planifiée, ne laissant plus de liberté de choix aux individus. Où se trouve finalement la pierre d'achoppement entre le droit des contrats et le droit de la concurrence ? D'abord, un accord sur lequel deux personnes sont convenues peut nuire aux tiers et à l'intérêt général. Comme nous l'avons dit, le droit des

¹³⁰ L. Martinet et M.-L. Cartier-Marraud, « Les beaux jours de l'article L442-6 I 5° du Code de commerce », *Gaz Pal*, 2007, p. 3671.

¹³¹ M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit des obligations*, préf. J. Ghustin, Paris, Dalloz, (Nouvelle Bibliothèque de Thèses), 2004, p 290.

¹³² Paris, 14 décembre 2005, n°04/24.526.

contrats peut intégrer cette question grâce à l'exception d'ordre public prévue à l'article 6 du Code civil. Mais le droit de la concurrence reproche aussi au droit des contrats de ne pas offrir à une partie dite faible, l'expression d'une volonté sûre et déterminée. Ce qui revient à dire que la conclusion d'un contrat comporte forcément une part de contrainte, laquelle poussée jusqu'au terme, se caractérise au plan macroéconomique par des injustices évidentes. Ainsi, quoique la théorie de Saleilles n'ait jamais vraiment perduré en droit civil, le législateur lui a donné raison de façon indirecte. S'il n'était pas très orthodoxe, d'un point de vue civiliste de revenir sur le consentement librement donné à l'occasion d'un contrat, d'autres branches du droit ont dû se charger de remédier aux problèmes qu'il soulevait.

3 : L'idée de contrat d'adhésion dans les différents avant-projets de réforme du droit des obligations.

72. *Introduction.* Il existe de nombreux projets de réforme du droit des obligations, et tous ne pourront pas être promulgués¹³³. Nous porterons seulement notre attention sur la mention qu'ils font au contrat d'adhésion et à l'analyse de la négociation précontractuelle. Ceci autant pour les projets de réforme au niveau national (a) qu'au niveau européen (b).

a : Les projets de réformes du droit des obligations au niveau national.

73. *Une idée en germe en doctrine.* L'idée de contrat d'adhésion retenue par Raymond Saleilles n'a pas tout à fait affecté l'indifférence à la doctrine française, pour que cette notion soit reprise mot pour mot par certains avant-projets nationaux. De façon surprenante, deux sur ces trois reprennent nommément la notion de contrat d'adhésion. Le projet récemment présenté par la Chancellerie rend compte de cette volonté de protéger la partie faible. La Garde des Sceaux, Madame Taubira l'a dit explicitement¹³⁴. L'idée était également en germe dans les autres projets.

a: Le contrat d'adhésion dans l'avant-projet présenté par la Chancellerie.

74. *Définition du contrat d'adhésion dans ce projet.* Le projet qui émane de la Chancellerie, dans sa version publiée en 2013 dévie légèrement du projet Catala. La définition du contrat d'adhésion se trouve à l'article 1108 au deuxième alinéa. L'alinéa premier définit le contrat de gré à gré. Le contrat d'adhésion est donc celui « *dont les stipulations essentielles*,

¹³³ À l'heure où nous écrivons, le projet de réforme du droit des contrats n'a pas été définitivement adopté par le Parlement.

¹³⁴ Présentation du projet de réforme du droit des contrats en conseil des ministres du 25 février 2015.

*soustraites à la discussion, ont été déterminées par l'une des parties.*¹³⁵ » Une version antérieure du projet était un peu plus exigeante, car elle ajoutait que cette détermination devait être faite « unilatéralement » et que les stipulations fussent « *déterminées à l'avance* »¹³⁶. La nuance est facile à comprendre, car une parade aurait été facile pour échapper à la définition en ne déterminant pas les clauses à l'avance. L'opposition avec le contrat de gré à gré laisse donc davantage penser que le contrat d'adhésion s'entend d'un point de vue subjectif. Si le contrat de gré à gré a été négocié par les parties, on peut logiquement en déduire que le contrat qui ne remplit pas ces conditions est un contrat d'adhésion. Maintenant, si l'on s'en tient à la lettre du deuxième alinéa, la dénomination de contrat d'adhésion est moins facile à établir. Le processus de négociation est le même qu'exigé par l'article 1102-5 du projet Catala¹³⁷ (que nous verrons ci-après par le menu). Il faut une absence de négociation et des stipulations rédigées à l'avance. Une négociation même très brève peut-elle suffire à écarter le régime de cet article ? De plus, les rédacteurs ont préféré s'en tenir aux « stipulations essentielles ». Peut-on admettre qu'une stipulation puisse être décisive sans pour autant être une stipulation essentielle ? Par exemple, les modalités du paiement ne sont, selon toute vraisemblance, pas une obligation essentielle. Et pourtant les différents acteurs juridiques, notamment dans le cadre de la grande distribution y attachent une importance capitale. Cela peut poser des problèmes majeurs de trésorerie à l'égard du distributeur ou du producteur¹³⁸. Néanmoins, cette idée de « stipulation essentielle » semble faire écho à celle « d'obligation essentielle ». Doit-on voir un lien avec la jurisprudence sur les clauses qui contreviennent à l'obligation essentielle ? Dans la jurisprudence Chronopost-Faurecia¹³⁹, c'est un manquement à l'obligation essentielle qui est relevé. Cependant, le conflit portait davantage sur l'absence de cause et non sur la question du consentement¹⁴⁰. Il faut également constater que l'article L132-1 du Code de la consommation en son alinéa 7 refuse de constater le caractère abusif d'une clause lorsque le grief porte sur le prix ou « l'objet principal du contrat ». L'article 1108 du projet de la Chancellerie prend donc le contrepied de la tradition juridique sur la protection de la partie faible, au moins sur ce point. Il peut donc paraître surprenant que le projet de la Chancellerie restreigne la notion de contrat d'adhésion aux contrats déséquilibrés uniquement dans leurs stipulations essentielles.

¹³⁵ Projet de réforme du droit des obligations, texte du projet de la Chancellerie, article 10.

¹³⁶ L'ancien article 10 était formulé comme suit : « *Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont négociées par chacune des parties.*

Le contrat d'adhésion est celui dont les stipulations essentielles, soustraites à la discussion, ont été unilatéralement déterminées à l'avance ». X. Lagarde, « Observations sur l'avant-projet de la Chancellerie », *LPA*, 2009, n°31, p. 74. F. Chénédé, « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », *D*, 2015, 1226.

¹³⁷ V. *infra*. n°77.

¹³⁸ Voir par exemple : L.-M. Augagneur, « La directive n°2011/7 à la recherche d'une « culture du paiement rapide » », *CCC*, 2011, étu. 16.

¹³⁹ Com, 29 juin 2010, n°09-11.841, *JCP G*, 2010, 787, note D. Houtcief ; *JCP E*, 2010, p. 1790, note P. Stoffel-Munck. Com, 22 octobre 1996, n°93-18.632, Bull. Civ IV, n°261. *JCP G*, 1997, I, 4025, note G. Viney.

¹⁴⁰ J. Ghéstin, « Droit des contrats », *JCP G*, n°3, 17 janvier 2011, 63.

75. *Incertitudes sur les conséquences de cette définition.* La doctrine ne manque pas de souligner le problème majeur posé par l'apparition du contrat d'adhésion dans ces avant-projets : aucun d'eux ne tire de conséquence de l'identification du contrat d'adhésion. Cela veut-il dire que la notion ne sert à rien ? Selon certains, il ne s'agit que d'une «*fonction purement ornementale : son énoncé ne fait que souligner l'absence dans le projet d'une réglementation des conditions générales*¹⁴¹». Le Professeur Fenouillet va dans le même sens, manifestant son incompréhension de voir le silence sur les conséquences de la notion de contrat d'adhésion¹⁴² : «*Au-delà de ces nouveautés emblématiques mal maîtrisées, plusieurs solutions suscitent des questions voire des critiques. Des silences surprennent d'abord : quel est l'intérêt de définir le contrat d'adhésion [...] si c'est pour ne lui faire ensuite aucune place particulière ?* » Que faut-il entendre à travers ce silence ? De toute évidence, cela marque une timidité du législateur à s'engager dans une voie novatrice et inconnue, surtout pour une question qui ne fait pas l'unanimité chez tous les juristes. Est-ce pour autant une disposition pour rien ? Les rédacteurs ont-ils laissé au législateur le soin de prendre une orientation qui ne leur appartenait pas ? Ou bien préfèrent-ils s'en remettre au juge pour que celui-ci dresse avec le temps les conséquences nécessaires à rattacher à cette définition présente dans les deux projets ? Cette dernière hypothèse n'est pas évidente, car si tel avait été le cas, ils auraient au moins prévu une disposition même très vague déterminant des conséquences au contrat d'adhésion. A tout le moins, peut-on constater que cet état du projet semble ne choquer personne à défaut d'avoir une efficacité réelle.

β : Les autres projets de droit national.

76. *Les « avant-projets ».* Ce projet de réforme du droit des obligations n'est pas une œuvre isolée. D'autres groupes de travail ont fourni au public des suggestions de réforme des obligations, plus ou moins mandatés par des personnes publiques. Il convient de voir le projet rendu par Pierre Catala en 2005 au Garde des Sceaux et les travaux du groupe mené par le Professeur Terré.

- Le contrat d'adhésion dans l'avant-projet Catala

77. *Le contrat d'adhésion nommé comme tel dans l'avant-projet Catala.* L'avant-projet Catala, dans sa partie consacrée au droit des contrats, commence par énumérer une

¹⁴¹ P. Ancel, P. Brun, V. Forray, O. Gout, G. Pignarre et S. Pimont, « Points de vue convergents sur le projet de réforme du droit des contrats », *JCP G*, 2008, I, 213.

¹⁴² D. Fenouillet, « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat *in Colloque de la revue des contrats, La réforme du droit français des contrats en droit positif* », *RDC*, 2009, p. 279, point n°10.

série de définitions. Il s'agit de consacrer des notions dégagées par la pratique¹⁴³, telles que le pacte de préférence. C'est l'article 1102-5 qui définit le contrat d'adhésion : il s'agit de celui dont « *les conditions, soustraites à la discussion, sont acceptées par l'une des parties telles que l'autre les avait unilatéralement déterminées à l'avance. Un tel contrat peut, cependant, leur adjoindre des conditions particulières sujettes à négociation.*144

78. *Discussion autour de la notion de « condition » dans l'avant-projet Catala.* Il y a tout lieu de penser que le mot « *conditions* » s'entend au-delà de son sens strictement juridique. Terme qu'il faudrait plutôt rapprocher de celui de « *clause* » ou de « *disposition* ». Le dictionnaire Gérard Cornu donne une définition multiple de la condition. Dans la matière proprement juridique, il peut s'agir aussi bien de l' « *ensemble des règles relatives à une certaine sorte de personnes ou de choses.* » Nous pouvons cependant estimer que l'usage du pluriel dans l'avant-projet laisse entendre une autre acception : « *élément auquel est subordonnée la validité ou l'efficacité d'un acte* », ou bien « *Modalité de l'obligation subordonnant la formation ou la résolution de celle-ci à la survenance d'un événement futur et incertain.* »¹⁴⁵ La synonymie avec la notion de clause n'est donc pas totale. La clause reçoit une définition un peu différente : « *disposition particulière d'un acte juridique ayant pour objet soit d'en préciser les éléments ou les modalités, soit de l'assujettir à un régime spécial, parfois même dérogatoire au droit commun.* »¹⁴⁶ La notion de clause reste donc attachée à l'idée d'un acte juridique, alors que le droit cherche surtout à combattre les « *pratiques* », indépendamment de la lettre du contrat.

79. *Solution à la question.* Il s'agit en somme de tout ce qui constraint le débiteur, ou bien tout ce qui doit être réuni pour qu'une obligation puisse être revendiquée. L'on peut y voir une marque de prudence de la part des rédacteurs qui ne voulaient pas que la partie forte se réfugie derrière un contrat négocié dans sa rédaction, mais déséquilibré dans la pratique de son exécution. Par exemple, un acheteur qui fait pression sur son vendeur pour lui consentir un délai de paiement malgré ce qui était convenu originellement. Autre subtilité, la façon dont est caractérisée l'absence de négociation : il faut que les conditions soient « *soustraites à la discussion* » et « *acceptée par l'une des parties* ». Il semble donc que le contrat d'adhésion selon le groupe de travail de Pierre Catala ne se comprenne que d'après une définition objective. Il n'y a pas eu physiquement de négociation. Faut-il en déduire que le contrat d'adhésion n'existe pas si la partie forte peut justifier de pourparlers précontractuels, mais au cours desquels elle n'a manifesté aucune intention de flétrir les conditions de son engagement ? Qu'en est-il s'il n'y a eu qu'une simple rencontre ? Le texte ajoute que les

¹⁴³ *Ibid.*, point n°6.

¹⁴⁴ Avant-projet de réforme du droit des obligations, groupe Catala, article 1102-5. V. M. Chagny, « Le printemps des réformes en France et en Europe ? », *AJCA*, 2014, 49

¹⁴⁵ G. Cornu, association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2014, article « *condition* ».

¹⁴⁶ *Ibid.*, article « *clause* »

dispositions doivent avoir été « *prévues à l'avance* ». Cela inclut donc les contrats qui, tout en étant équitables, peuvent être préparés sur la base de contrats types ou autres. Et là encore, l'on peut pressentir la possibilité de contournement de la loi. Dans le cadre d'affaires entre professionnels, une partie peut tout à fait imposer des clauses léonines sans disposer d'un contrat préimprimé. Enfin, l'article conserve une forme de sécurité grâce au dernier alinéa : une condition particulière peut avoir été sujette à négociation sans que la partie forte échappe au régime protecteur. Si l'on se tient à la lettre de l'article 1102-5 du projet Catala, le contrat d'adhésion serait davantage le contrat prérédigé par une partie plutôt qu'un contrat obtenu de façon inéquitable. Il n'est donc pas question d'un contrat « mal négocié » ni d'un contrat « partiellement négocié ». Il n'est pas non plus question de constater le poids économique ou technique des contractants. Comment ne pas craindre que les consommateurs risquent d'être les seuls bénéficiaires de cet article, si bénéfice il y a à en tirer ?

- La question du contrat d'adhésion dans l'avant-projet de Monsieur le Professeur Terré

80. Les négociations dans le projet de Monsieur Terré. Le projet dirigé par François Terré, avec le concours de l'Académie des sciences morales et politiques aborde la question par un autre angle¹⁴⁷. Les articles 7 à 12 contiennent une série de définitions – schéma que l'on retrouvait déjà dans les autres projets. La définition du contrat d'adhésion a disparu. Dans la section sur la conclusion du contrat, outre les questions sur l'offre et l'acceptation, les rédacteurs ont inséré des dispositions sur les négociations et les conditions générales. En cela, ils ont tenu compte du reproche fait au Code civil, muet sur ces questions. Ce découpage de la loi n'est pas réalisé pour tirer des conséquences des négociations déséquilibrées sur l'exécution du contrat. Il reprend plutôt les règles de bonne conduite des négociations qui peuvent servir à engager la responsabilité d'une personne fautive. La responsabilité ne peut être engagée que lorsque le contrat n'a pas pu être signé.

81. Une substitution du devoir d'information à l'analyse des négociations. Il n'y a pas véritablement, dans le projet mené par le Professeur Terré, de vigilance particulière vis-à-vis de la négociation. À tout le moins, le texte n'en tire pas de conséquence sur la validité des clauses du contrat. Si l'on devait trouver des éléments qui y aient trait, l'on pourrait relever la question de l'obligation d'information. L'article 33¹⁴⁸, situé à la section 2 qui traite du consentement apporte une précision intéressante : « *La partie qui connaît ou devrait connaître une information dont elle sait le caractère déterminant pour l'autre partie doit la renseigner, lorsque l'ignorance de celle-ci est légitime. L'ignorance d'une partie est légitime lorsqu'elle est dans l'impossibilité de s'informer ou lorsqu'elle fait raisonnablement confiance à son cocontractant, du fait notamment de la nature du contrat ou de la qualité des parties. Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la*

¹⁴⁷ F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2008.

¹⁴⁸ *Ibid.*, article 33, p. 15.

lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie. »

82. *Une absence de véritable analyse des négociations.* Cette question, comme nous allons le voir, est relativement connexe à l'analyse des négociations. Toutefois, elle ne lui est pas complètement substituable. L'obligation d'information ne comprend la négociation que par rapport à l'ignorance d'un contractant. Or, la négociation, c'est la capacité à faire valoir ses droits. Ce qui inclut bien d'autres éléments tels que la situation économique. Cependant, ces dispositions se retrouvent également dans l'avant-projet Catala¹⁴⁹ et dans l'avant-projet de la Chancellerie¹⁵⁰. Il n'y a donc pas de véritable analyse de la négociation qui romprait véritablement avec le droit positif dans l'avant-projet du groupe de travail du Professeur Terré.

83. *Une idée encore trop faiblement reprise en doctrine.* D'une manière générale, les avant-projets de réforme français du droit des contrats ne prennent pas vraiment à leur compte l'analyse des négociations. Ou, s'ils le font, c'est sans réellement dire les conséquences que cela emporte. Faut-il craindre une disposition législative obsolète avant même d'être promulguée ou bien la jurisprudence veillera-t-elle à lui donner un sens ? À tout le moins, ce silence du législateur, manifeste dans le projet de la Chancellerie, est un sérieux risque pour la sécurité juridique et pour la protection de la partie faible professionnelle.

84. *Transition.* Les projets français de réforme du droit des contrats laissent donc transparaître, sans pour autant consacrer l'idée d'une prise en compte de la négociation pour déterminer les conséquences sur l'exécution du contrat. Les projets de codification européenne, prenant des options diverses, vont cependant plus loin.

b : La question d'un contrat d'adhésion dans les projets de réforme du droit des contrats au niveau européen.

85. *Une variété de projets européens.* Tous les projets de droit des contrats en Europe n'ont pas abouti. Certains ne laissent à la doctrine que des cas d'étude qui ne revendiquent plus guère de transposition en texte législatif. En revanche, le projet de droit européen de la vente est aujourd'hui encore débattu comme objet d'une potentielle réforme. C'est donc celui-ci que nous verrons en premier avant de traiter les autres.

¹⁴⁹ Article 1110 du projet Catala, *op. cit.*

¹⁵⁰ Article 1129 du projet de réforme du droit des contrats, préc.

α : Le projet de règlement de droit commun européen de la vente.

86. Une prise en compte des négociations mentionnée dans le texte du projet. Le projet de droit européen de la vente parle également de l'analyse des négociations, au point même d'en faire un critère central. Le premier alinéa de l'article 7 parle des clauses contractuelles qui n'ont pas fait l'objet de négociation individuelle. Pour savoir si une clause rentre dans cette catégorie, l'on regarde si cette clause « *est proposée par une partie et si cette autre partie n'a pu avoir d'influence sur son contenu* ». Il est relativement difficile de savoir ce que veut dire « *avoir de l'influence* » sur une clause, mais le concept peut se deviner intuitivement. Le deuxième alinéa du même article prend toutefois la précaution de dire qu'une clause n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle « *du seul fait que l'autre partie a choisi l'une des clauses proposées* ». Autrement dit, une négociation ne peut pas consister en un choix entre plusieurs clauses imposées.

Contrairement au projet de réforme de la Chancellerie, il existe bien une conséquence prévue par le texte. À l'article 70 du projet de droit commun européen de la vente, il est écrit que les clauses non négociées telles que décrites à l'article 7 ne peuvent être opposées à la partie faible que dans certaines circonstances. Il incombe à la partie prétendue forte de montrer qu'elle a bien pris « *des mesures raisonnables pour attirer l'attention de l'autre partie à ce sujet* »¹⁵¹. Étrangement, la clause non négociée peut quasiment être écartée par un formalisme précontractuel. Pourquoi est-ce que les rédacteurs de ce texte n'ont pas considéré qu'une clause non négociée n'était pas dangereuse uniquement parce qu'une partie en ignore les conséquences ? Elle peut aussi être dangereuse parce qu'elle impose au contractant de « *signer un contrat contre lui-même* » lorsque sa situation commerciale ne lui laisse pas le choix. Ces clauses selon l'article 82 doivent être « *claires et compréhensibles* ». Ce n'est pourtant pas assez pour endiguer le problème des négociations injustes.

87. Une analyse qui n'est pas centrale à la protection de la partie faible. Le projet fait même une distinction entre les clauses non négociées et celles qui sont « *abusives* ». Ces dernières sont mentionnées à partir de l'article 83 du texte. Le critère de l'analyse des négociations a en partie perdu du terrain. Dans ce même article 83, l'on regarde si la partie faible est un consommateur. Les critères de l'article 7 sont également pris en compte, mais combinés avec ceux de la bonne foi et des éléments du contenu (tels que la nature du contrat, les circonstances de sa conclusion, les autres clauses du contrat). Les articles 84 à 86 mentionnent différentes clauses que l'on doit tenir pour toujours abusives ou bien présumées abusives. Les négociations restent cependant un élément déterminant, car l'article 87 affirme que les critères de l'article 7 demeurent même pour ces clauses.

¹⁵¹ A.-S. Choné-Grimaldi, « La proposition de règlement relatif à un droit européen de la vente », CCC, 2012, n°4 p 5. J. Sénéchal, « Le contenu du contrat », in O. Deshayes (dir.) *Le droit commun européen de la vente, examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011*, Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 133.

88. *Transition*. L'on voit donc bien que la négociation est un critère qui occupe une place de plus en plus importante en doctrine pour déterminer si une clause est abusive. En revanche, l'on constate que ce critère ne se substitue pas aux autres, mais il y est cumulé. D'autres projets européens avaient auparavant laissé entendre les balbutiements d'un tel critère.

β : Les projets universitaires européens.

89. *Les autres projets*. Le droit européen des contrats n'est pas une idée qui est apparue lors de la publication du projet de droit commun européen de la vente. La doctrine européenne a donné lieu à des propositions diverses qui, si elles ne coïncident pas parfaitement avec la culture juridique française, laissent entrevoir des notions intéressantes, et notamment l'analyse des négociations.

Le premier groupe de travail à s'être constitué est celui du Professeur Lando, puis, le groupe du Professeur Gandolfi de l'Académie des privatistes européens et enfin le projet de Cadre commun de référence.

- Le projet Lando

90. *Une conception novatrice du consentement*. Ces autres projets vont plus loin. Si l'on s'intéresse au travail de la commission Lando, on constate de façon plus flagrante le décalage entre la vision française et une vision plus européiste du droit des contrats. Certains articles déclinent une approche du consentement beaucoup plus large que la conception volontariste que le Code civil a toujours connu. Les articles 4 :103 à 4 :107 développent le concept des vices du consentement, qui reste encore proche du droit français. A l'article 4 :108, les rédacteurs posent le principe de la nullité pour contrainte. On remarque que le terme employé correspond à une situation beaucoup moins rare, dans les faits, que la « violence ». Mais ce qui est le plus frappant, c'est qu'il suffit que la menace soit opérée par un acte « *illégitime* » ou bien qu'il est « *illégitime d'employer pour obtenir la conclusion du contrat* ». On devine la souplesse laissée au juge. Si le Professeur Didier Poracchia estime que, grâce à cette rédaction vague, le juge français sera en mesure de conserver l'interprétation acquise sous l'empire des articles 1111 à 1115 du Code civil¹⁵², l'on peut se demander s'il ne profitera pas plutôt de cette latitude pour entendre largement la notion de contrainte. Pourquoi ne pas même caractériser une contrainte en présence d'une négociation trop ardue ? L'article 4 :109 qui traite de l'avantage excessif est clairement plus protecteur de la partie faible¹⁵³. Il parle en effet du profit excessif qu'aurait récolté une partie forte sur

¹⁵² D. Poracchia, « Article 4 :109 contrainte », in C. Prieto (dir.), *Regards croisés sur les principes de droit européen du contrat et sur le droit français*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, p. 265.

¹⁵³ B. Fauvarque-Cosson, *Droit européen et international des contrats, l'apport des codifications doctrinales*, Paris, Dalloz, 2007, p. 96.

l'opération contractuelle. Sans doute le rédacteur a-t-il été conscient des dangers d'une protection trop étendue, et a posé des conditions précises pour la mettre en œuvre. Toujours est-il cette protection reste ouverte à plusieurs types de situations. Ce qui ressort clairement de cette disposition, c'est que l'article semble viser explicitement une négociation mal menée : une partie peut provoquer la nullité du contrat si elle était « *dans un état de dépendance* » ou « *dans une relation de confiance* » ou encore « *ignorante, inexpérimentée, inapte à la négociation* ». Le point b) du premier alinéa précise cependant que l'autre partie devait en avoir connaissance et a tiré un profit excessif.

91. *La possibilité d'un remodelage du contrat.* Objectivement, la commission Lando s'affranchit de la conception libérale du consentement qui ne tient pas compte des influences sur la personne, ni des circonstances de fait qui entraînent à la conclusion d'un contrat contre son intérêt. Et cela va plus loin avec les alinéas 2 et 3 : le juge est en droit de remodeler le contrat à mesure du défaut de négociation. Citons respectivement ces deux alinéas : « *À la requête de la partie lésée, le tribunal peut, s'il le juge approprié, adapter le contrat de façon à le mettre en accord avec ce qui aurait pu être convenu conformément aux exigences de la bonne foi* » et « *Le tribunal peut également, à la requête de la partie qui a reçu une notification d'annulation pour profit excessif ou avantage déloyal, adapter le contrat, pourvu que cette partie, dès qu'elle a reçu la notification en informe l'expéditeur avant que celui-ci n'ait agi en conséquence.* »

La rupture avec l'autonomie de la volonté est, pour ainsi dire, nette. L'on ne se trouve plus dans une logique du « tout ou rien » à l'égard du consentement. La nullité du contrat n'est plus la seule issue. Cela n'est pas totalement nouveau. L'article L132-1 du Code de la consommation qui sanctionne les clauses abusives entre un professionnel et un consommateur prévoit qu'une telle clause est réputée non écrite, sans anéantir le contrat. Le but d'une telle distinction est de favoriser l'intérêt de la partie faible qui souhaite poursuivre la relation contractuelle¹⁵⁴, et non pas tant corriger une atteinte « partielle » au consentement. Le fait est néanmoins là, il existe une alternative entre nullité du contrat pour défaut du consentement, et force obligatoire de la convention du fait du consentement donné. C'est déjà un pas vers une modération de la force obligatoire du contrat plus douce et plus ciblée.

- Le projet Gandolfi.

92. *Les rapports précontractuels dans le projet Gandolfi.* Dans le projet rendu par l'équipe du professeur Giuseppe Gandolfi, la prise en compte des négociations contractuelles n'est pas formellement énoncée, mais certains points s'en rapprochent d'assez près. À l'article 7, dans la partie sur les tractations précontractuelles, le texte reprend le devoir d'information, mais en fait une lecture particulière. Le premier alinéa va relativement loin

¹⁵⁴ C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD Civ*, 1997, 357.

puisqu'il oblige le détenteur de l'information à révéler à son cocontractant une circonstance de fait ou de droit qui aurait permis à la partie faible de se rendre compte « *de la validité du contrat ou l'intérêt à le conclure*¹⁵⁵ ». Le deuxième alinéa cependant se contente de réparer une telle défaillance dans l'obligation d'information par une indemnité. Cela ne veut pas dire que la sanction soit négligeable. Une partie qui reproche à l'autre un manquement à une obligation, se moque se savoir si elle sera indemnisée par le biais de la responsabilité civile contractuelle, délictuelle, ou par une baisse du prix du moment qu'elle obtient une compensation devant les tribunaux. Toutefois, cela montre que le principe de prise en compte des négociations n'est pas encore pleinement admis, on ne fait que l'approcher.

93. *Une référence intéressante à la négociation inéquitable.* L'article 30 de ce même projet poursuit le même objectif : à l'alinéa numéro 3, il est précisé que le « *contrat par lequel une des parties, abusant de la situation de danger, de nécessité, d'incapacité, de comprendre et de vouloir, d'inexpérience, d'assujettissement économique ou moral, fait promettre ou fournir à elle-même ou à des tiers, une prestation ou d'autres avantages patrimoniaux manifestement disproportionnés par rapport à la contrepartie qu'elle a fournie ou promise [est rescindable]* ». Cette énonciation semble trouver son origine dans la notion de violence économique¹⁵⁶, et pourtant, les termes employés sont tellement larges, qu'il ne s'agit pas uniquement d'une situation où le débiteur a subi une pression physique de la part de la partie forte. Il en va également de l'abus de faiblesse et de l'exploitation déloyale¹⁵⁷. Le terme employé est celui « *d'abuser* ». Cela satisfait en partie notre ambition de moduler les effets du contrat en fonction des négociations puisque le contrat peut être rescindé dans cette hypothèse.

- Le Cadre commun de référence.

94. *Une analyse des négociations beaucoup moins sensible que dans les autres projets.* La version retenue par l'équipe rédactrice du Cadre commun de référence, à la section sur les principes directeurs du droit européen des contrats n'est pas aussi protectrice, et de ce point de vue, se rapproche davantage d'une vision française du consentement. L'article 4 :207 exige « *un déséquilibre contractuel excessif qui procède de l'exploitation abusive d'une situation de dépendance ou de sa faiblesse.* »¹⁵⁸ Il n'est donc plus question d'apprécier la qualité des négociations, mais plutôt de se pencher sur un éventuel abus de la faiblesse d'une

¹⁵⁵ G. Gandolfi (dir.) et l'Académie des privatistes européens, *Code européen des contrats, avant-projet*, article 7 §1.

¹⁵⁶ C'est ainsi que l'entend la Cour de cassation dans une communication sur l'avant projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie dans sa version de 2005 : http://www.courdecassation.fr/institution_1/autres_publications_discours_2039/discours_2202/travail_cour_10699.html (au point n°29).

¹⁵⁷ D. Mazeaud, *Rép. Dalloz, droit civil*, fasc. « Lésion », juin 2014, point n°29.

¹⁵⁸ B. Fauvarque-Cosson (dir.), *Principes contractuels communs, projet de cadre commun de référence*, Paris, Société de législation comparée, 2008, p. 803.

partie. Néanmoins, l'on peut admettre que cela puisse revenir au même, car la faiblesse peut s'entendre de façon assez large. La ressemblance n'est pas complète, l'analyse ne porte plus tant sur le déroulé des tractations contractuelles ; il faut surtout mettre en exergue un statut de « faible » d'une partie. Le mot « négociations » n'apparaît plus. Enfin, les principes de droit européen des contrats reprennent le texte de l'article 4 :109 du projet Lando en y apportant quelques modifications peu décisives pour notre démonstration. On voit par exemple que l'expression « *profit excessif* » de l'article 4 :109 est devenue « *avantage manifestement excessif* ».¹⁵⁹

95. *Sur les projets de réforme.* Il est difficile de tirer des conclusions parfaitement arrêtées sur des projets de droit des contrats qui n'ont été que de vaines tentatives. La plupart d'entre eux ne sert qu'à la doctrine. Certains pourraient éventuellement faire l'objet d'une transposition. Ce que l'on retient, c'est qu'il est de plus en plus admis que la négociation est le meilleur prisme pour comprendre le déséquilibre du contrat malgré un silence du droit positif. En effet, c'est le seul moyen de prendre en compte la faiblesse d'une personne sans nier sa responsabilité face au contrat. Se pencher sur la période des négociations, c'est faire justice à la partie faible sans en faire un incapable. Comme nous le verrons plus loin, les autres modes de protection de la partie faible ne bénéficient pas de cet avantage. L'idée a pourtant besoin d'être mûrie pour pouvoir réellement donner lieu à des conséquences juridiques.

96. *Conclusion de la section.* En définitive, la prise en compte des négociations n'est pas un élément clef de l'analyse du contrat en droit positif. Du moins, ce n'est pas à partir des négociations que l'on détermine dans quelle mesure les clauses du contrat ont force obligatoire. Cela ne veut pas dire qu'à aucun moment, le droit français n'analyse la phase de négociation. Simplement, il refuse de dresser des règles absolues dans cet espace indéfini et difficile à mesurer. L'expérience mérite pourtant d'être tentée. Si l'on en trouve des traces dans plusieurs avant-projets, c'est que cela rend compte d'une nécessité. Il semble que l'analyse des négociations soit relativement souhaitable, pour une proportion importante de la doctrine, mais que l'on craigne de mal la mettre en œuvre. Or il existe bien des exemples, même dispersés dans différentes sources, où l'on constate que le juge, pour valider des dispositions contractuelles, se penche sur la période antérieure à la conclusion du contrat et en tire des conséquences. Il est donc possible de dessiner les contours d'une négociation juste, sanctionnée comme telle par le droit. Et à terme, l'on pourrait établir – sans nécessairement aller jusqu'à la codification, la jurisprudence pourvoyant aux situations particulières – les règles de bonne conduite attendue de la part des négociants. Notre démarche va donc consister à voir les éléments qu'offre notre droit en matière d'analyse des négociations. Et à partir de ceux-ci, l'on pourrait déterminer comment arriver à une véritable protection de la partie faible professionnelle par une analyse des négociations.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p 366.

Section 2 : Le critère de la prise en compte des négociations pour faire obstacle au contrat déséquilibré.

97. *Présentation du problème.* Il est une chose de dire que le contrat doit donner lieu à des négociations équitables. Il est une autre de dire comment l'on reconnaît une négociation qui a été effectuée à bon escient. Le champ des possibilités est très large. Tout ce qui est antérieur au contrat permet de déterminer le caractère juste des pourparlers. Les propos échangés, la façon dont chaque partie a effectué des concessions, les points sur lesquels les parties n'ont pas voulu céder ou encore la partie à l'origine de chaque clause, sont autant d'indices à disposition du juge pour reconnaître la bonne foi d'une partie dans les négociations. D'où la possibilité pour celui-ci de désigner la partie qui a subi un préjudice durant les pourparlers et de modérer à son égard les effets du contrat. Le problème est que l'analyse des négociations n'est pas une science exacte. Non seulement, il existe un problème de preuve, puisque le droit des affaires s'accorde relativement mal du principe de transparence¹⁶⁰; mais en plus, il existe plusieurs grilles de lectures possibles, pour analyser des négociations. Et il n'est pas certain qu'elles aboutiraient systématiquement au même résultat. Il convient donc d'analyser, à la lumière des éléments de droit qui existent déjà, les avantages et les limites des différentes méthodes d'analyse de ces négociations.

98. *Justification du recours à l'analyse de la négociation.* Assez fréquemment proposée en doctrine, l'analyse de la négociation est nécessaire pour donner au droit des contrats, la possibilité de répartir équitablement la richesse. L'idée n'est pas neuve. Elle était déjà citée depuis plusieurs décennies. Dans sa thèse, le Professeur Jean-Jacques Barbiéri suggère : « *En doctrine, un mouvement certain soutient cette idée, selon laquelle le critère préférable est ‘celui de savoir si le cocontractant a pu discuter des termes du contrat’*¹⁶¹ ». Citant Monsieur Berlioz, le même auteur ajoute que ce déterminant est logique, car « *quiconque a le pouvoir de négocier est manifestement dans une situation d'égalité suffisante et le contrat doit faire sa loi*¹⁶² ». A cette époque, la loi sur les clauses abusives entre un professionnel et un consommateur venait de voir le jour. C'était la naissance d'un dogme encore bien présent aujourd'hui selon lequel la protection contractuelle n'est méritée que dès lors que la partie dite faible se trouve être un consommateur. La difficulté à trouver le point d'équilibre du droit de la distribution plaide pour une tendance juridique allant dans la

¹⁶⁰ V. *infra.* n°458 et s.

¹⁶¹ J.-J. Barbiéri, *Vers un nouvel équilibre contractuel*, Thèse USS Toulouse, 1981, p. 277.

¹⁶² Id. L'auteur cite G. Berlioz, « Exposé introductif », in *Les contrats d'adhésion et la protection du consommateur*, colloque organisé le 3 et 4 juin 1978 par l'association Droit et Commerce, Paris, E.N.A.J., 1978, p. 22.

même direction. Si l'ordonnance de 1986 a eu besoin d'être renouvelée de façon fréquente en 1996, 2001, 2005, 2008 et récemment avec la loi Hamon¹⁶³, cela manifeste que la doctrine attend des innovations audacieuses pour que la négociation soit source de richesses plus que d'inégalité. Les auteurs n'ont d'ailleurs pas manqué d'évoquer la question¹⁶⁴. Il s'agit donc de voir comment l'on pourrait donner forme à cette intuition d'un point de vue juridique¹⁶⁵.

99. *Division de la section.* Étant entendu que le juge, pour rendre le contrat plus équitable, doit apprécier la teneur des négociations, il reste à savoir comment il faut y procéder. Il y a plusieurs méthodes pour évaluer les négociations. Soit l'on observe le comportement des parties et l'on porte un jugement subjectif, qui amène à identifier un contrat d'adhésion – c'est la méthode que nous préférerons ; ou bien l'on impose un processus de formation du contrat très strict et l'on regarde s'il a été respecté à la lettre. Nous scinderons donc cette démarche en deux étapes : les méthodes d'analyse de négociation qui apprécie grâce à des indices l'attitude des parties avant que l'accord contractuel ne soit conclu (§1) ; et les méthodes d'analyse de négociations qui se contentent de vérifier l'existence d'un formalisme plus ou moins minutieux (§2).

§ 1 : L'analyse de la négociation par le comportement des parties au cours de la période précontractuelle.

100. *Sur l'analyse des agissements des parties lors des négociations pour juger de l'issue du contrat.* L'idée est audacieuse, mais non dénuée d'inconvénient. Peut-on concevoir un juge qui enquête sur tout ce que les parties ont dit, fait, voire pensé avant de signer le contrat pour conclure à une imperfection du consentement de la part de l'une des parties ? Certes, cela existe déjà pour l'erreur. Cela n'est pas parfaitement comparable pour autant. Ici,

¹⁶³ Loi du 17 mars 2014, sur la consommation n°2014-344.

¹⁶⁴ 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 *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 3. M. Behar-Touchais, « L'équilibre du contrat en droit commercial », in G. Lardeux (dir), *op. cit.* M. Chagny, « Le contrôle des abus dans la négociation », in *Rapport d'activité de la CEPC 2007/2008*, Annexe 10. L.-M. Augagneur, « Transparence tarifaire, opacité législative », *RTD Com*, 2008, p. 221.

¹⁶⁵ Un auteur de droit public a déjà essayé de trouver les justes critères pour analyser la négociation des contrats de droit public : J.-P. Gaudin, « Comment analyser la négociation explicite ? » in *Gouverner par contrat*, Paris, Sciences-Po, [2^e édition], 2007, p. 129. La différence est cependant notable avec le droit privé des affaires. Nous verrons que la formalisation des négociations, préconisée en droit public n'est pas faisable en droit privé. De même, les prérogatives des parties ne sont pas les mêmes, puisque l'une dispose de la puissance publique.

la démarche va plus loin, il ne s'agit pas de constater un défaut du consentement, mais simplement une influence néfaste sur le pouvoir de décision qui a poussé au consentement. La première objection qui vient à l'esprit est l'impossibilité à prouver l'ensemble de ces faits. Nous le verrons de façon plus précise plus loin, mais l'on peut d'ores et déjà répondre que ce fardeau probatoire n'est pas forcément gênant. Dans la mesure où il s'agit de donner au contrat une issue exceptionnelle, il n'est pas absurde d'exiger un fardeau de la preuve exceptionnel. Nous verrons aussi que ce fardeau peut se surmonter par le jeu de présomptions, surtout lorsqu'il s'agit de protéger un contractant plus faible. Une autre objection qui surgit est celle du caractère flou des négociations. Les négociations en elles-mêmes ne sont rien. C'est un espace où les parties se permettent d'évoquer n'importe quelle hypothèse (à ceci près que quand l'une a fait une offre, elle reste tenue par sa parole). Il est donc difficile de tirer des conclusions sur ce qui n'est qu'une discussion sur un éventuel contrat. Cette objection n'est pas fausse, mais on peut lui répondre que la démarche ne consiste pas à observer la négociation pour observer la négociation. Il s'agit de voir si le consentement n'a pas été « provoqué » par une attitude violente ou astucieuse.

101. Deux façons d'observer les négociations. Nous reviendrons dans un autre titre sur les *inconvénients* de la démarche, nous verrons ici les indices auxquels peut avoir recours le juge pour s'y livrer. Il y a plusieurs moyens pour voir si une négociation repose ou non sur une base équitable. Soit l'on regarde l'attitude des parties proprement dite, pendant les pourparlers (A), soit on regarde les circonstances extérieures à leur volonté lorsque le contrat a été signé (B). Aucune de ces approches ne se suffit vraiment à elle-même, mais chacune possède une part de pertinence plus ou moins grande qu'il conviendra d'étudier.

A : L'analyse de la négociation en observant l'attitude des parties.

102. Distinction préliminaire. Il faut avoir conscience que, de dire que les pourparlers sont le cœur de la validité du contrat, cela rend nécessairement suspect tout acte passé durant cette période. L'on peut imaginer que les entreprises délèguent ce travail à d'autres pour se couvrir de tout risque. D'ailleurs, certaines le font déjà, pour des raisons, pas toujours juridiques, mais commerciales. Même si la différence n'est pas de taille, il convient donc d'évoquer successivement le cas des contractants qui négocient en personne (1) de ceux qui traitent par le biais d'un intermédiaire (2).

1 : Les contractants qui négocient en personne.

103. Expansion du phénomène de l'analyse des négociations. De plus en plus, notre droit exige de la part des contractants qu'ils négocient leurs conventions de « *bonne foi* ». Si

le Code civil de 1804 ne s'était pas intéressé à ce que faisaient les parties avant de conclure un acte juridique, le droit français a développé, par la suite une jurisprudence abondante sur la question¹⁶⁶, que nous allons étudier. Et d'ailleurs, le phénomène est aujourd'hui largement répandu en Europe. La Cour de justice de l'Union européenne a repris à son compte cette idée. Par exemple, dans un arrêt *Teliasonera* en date du 12 novembre 2009¹⁶⁷, elle a reproché à un opérateur téléphonique de ne pas avoir négocié de bonne foi l'accès à un réseau de télécommunication avec un autre opérateur. Sur quels éléments, au vu des agissements des parties, un juge peut-il remarquer un abus dans la négociation ? Plusieurs possibilités peuvent être avancées. Nous verrons d'abord des décisions jurisprudentielles en la matière même si le fondement est délictuel. Cependant, une autre branche du droit a donné lieu à une jurisprudence analysant les pourparlers. Nous pensons ici au cas où une partie rompt abusivement les tractations ou refuse délibérément de renégocier un contrat en présence d'une clause de « hardship », c'est-à-dire de circonstances exceptionnelles bouleversant l'économie du contrat. Dans les deux cas, le juge va regarder comment se comporte le contractant. Dans la mesure où les éléments de fait lui permettent une telle appréciation. Nous verrons donc d'abord la jurisprudence sur la rupture des négociations précontractuelles (a) puis celle sur les clauses de « hardship » (b).

a : Exégèse de la jurisprudence sur la rupture des négociations précontractuelles.

104. Intérêt d'analyser la jurisprudence en matière de rupture abusive de pourparlers précontractuels. Il est ici question de voir comment, à travers plusieurs décennies de jurisprudence précontractuelle, les juges ont pu dessiner le comportement le plus juste, que doit adopter une partie lorsqu'elle s'engage dans des négociations, en vue d'un contrat. La situation diffère de l'objet de notre étude. Dans cette jurisprudence, l'on sanctionne généralement quelqu'un qui a renoncé à conclure le contrat, causant ainsi un préjudice à la partie adverse. Or un contrat d'adhésion exprime plutôt la situation où une partie s'engage dans la relation contractuelle, mais en espérant tirer de l'autre un gain illégitime. Pourtant, si l'on considère que le contrat d'adhésion trouve son vice dans la période précontractuelle, la jurisprudence en question peut nous aider à discerner de façon cohérente le comportement attendu d'un contractant honnête.

105. Le principe de liberté : Le droit civil classique est resté effectivement très lacunaire sur la question des pourparlers. Et c'est compréhensible, puisque ceux-ci constituent, pour ainsi dire, un espace de liberté. Les parties ne répondent que de ce qu'elles ont contracté, le reste relève de leur libre choix. C'est pourquoi la doctrine et la jurisprudence

¹⁶⁶ J. Schmidt-Szalewski, « La période précontractuelle en droit français », *RIDC*, 2-1990, p. 545.

¹⁶⁷ CJUE, 12 novembre 2009, C-192/08, *Europe*, 2010, comm. 31, note L. Idot.

ont toujours déduit de l'article 1134 du Code civil le principe de liberté contractuelle et ses corollaires. Si celui qui a conclu une convention y est tenu, c'est donc que celui qui ne souhaitait pas contracter en avait parfaitement le droit. Ce principe est reconnu comme fondateur du droit des contrats, et se décline en plusieurs aspects comme le droit de choisir son cocontractant, le droit de déterminer le contenu du contrat¹⁶⁸. D'où l'expression « *liberté génératrice de libertés* »¹⁶⁹ que l'on a pu lui attribuer. Le juge a pu déduire de ces considérations qu'il n'existe pas de « droit au contrat » d'une manière générale¹⁷⁰.

106. Les exceptions à ce principe. Pour autant, il aurait été peu vraisemblable de faire de la période précontractuelle une zone de non-droit. Et progressivement, le juge a exigé des parties négociantes qu'elles répondent de leurs actes accomplis avant le contrat. Des solutions ont émergé en doctrine comme en jurisprudence pour trouver le fondement le plus approprié. Certains auteurs préfèrent l'abus de droit, ce que regrettent d'autres qui refusent de voir une forme de « *droit à rompre* » préexistant à toute négociation contractuelle¹⁷¹. S'il fallait une alternative au fondement de l'abus, on pourrait remplacer ce dernier par la faute simple dans l'exercice des pourparlers précontractuels. Pour justifier ces manquements, on a fait allusion d'une manière générale au principe de bonne foi¹⁷². Cela relève pourtant du droit des contrats, ce qui laisse à penser que les obligations contractuelles peuvent trouver à s'appliquer ailleurs que dans la sphère contractuelle¹⁷³.

Notre étude ne portant pas sur la rupture abusive des pourparlers, le fondement choisi par le juge n'est pas de notre propos. Il convient davantage de voir quelle attitude le droit exige des parties aux négociations, d'après ce que peut nous apprendre la jurisprudence et les commentaires qui en sont faits.

107. Les exemples de comportements sanctionnés. Ayant donc admis que la rupture des négociations contractuelles pouvait constituer en elle-même une faute délictuelle¹⁷⁴, l'on admet facilement que l'intention de nuire à l'autre partie met en évidence une telle faute. Ainsi, une partie ne doit pas faire croire à la conclusion imminente du contrat lorsqu'elle n'en

¹⁶⁸ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 32.

¹⁶⁹ B. Fages, *Droit des obligations*, Paris, LGDJ, [4^e édition], 2013, p. 39, n°31.

¹⁷⁰ Civ. 2^{ème}, 5 janvier 1994, n°92-13856. Civ. 3^{ème}, 28 juin 2006, *RLDC*, 2006/30, n°2183.

¹⁷¹ Sur la question P. Chauvel, « Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle », *D*, 1998, 45.

¹⁷² Y. Buffelan-Lanore, V. Larribeau-Terneyre, *Droit civil Deuxième année les obligations*, Paris, Dalloz, [14^e édition], 2014, p. 826. Le texte cite comme arrêt à ce sujet, Com, 2 juillet 2002, *RJDA*, 2003, n°52. On peut également citer Com, 13 octobre 2009, n°08-16.634.

¹⁷³ C'est ce que Monsieur Stoffel-Munck fait remarquer : P. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, préf. R. Bout, Paris, LGDJ, 2000, n°121, p. 111-112, cité par J. Ghestin, « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », *JCP G*, 2007, I, 155.

¹⁷⁴ J. Ghestin, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, Paris, LGDJ, [3^e édition], 1993, p. 295, cité par B. De Coninck, « Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles », in M. Fontaine (dir.), *Le processus de formation du contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 22.

est pas disposée¹⁷⁵, mais il faut ajouter à cela des circonstances aggravantes¹⁷⁶. Cela peut consister en une poursuite inutile et coûteuse des pourparlers¹⁷⁷, ou bien le fait de négocier le même contrat de façon parallèle avec un tiers¹⁷⁸, ou encore de profiter des engagements pris par une partie sur la foi de la conclusion du contrat pour imposer des conditions qui n'avaient pas été prévues dès l'origine¹⁷⁹. Notons cependant que la longue durée des pourparlers n'est pas en soi une faute, mais elle rend celle-ci plus probable¹⁸⁰. Cela ne veut pas dire que le caractère intentionnel de la faute soit nécessaire. La Cour de cassation se contente parfois de légèreté blâmable pour sanctionner l'auteur de la rupture. La mauvaise foi peut être manifestée par une rupture de négociations fondée sur un motif illégitime¹⁸¹. Un auteur va même jusqu'à dire qu'une partie doit tempérer les ardeurs et les espérances de son vis-à-vis pour lui éviter une trop grande désillusion¹⁸². Si l'on peut lister encore un certain nombre de comportements susceptibles d'être condamnés par le juge, pour se recentrer sur l'objet de notre recherche, il nous faut voir quelle attitude positive le bon négociateur doit adopter. Et il semble que ce négociateur doive être très avenant à l'égard de son cocontractant potentiel. « *Tels des tourtereaux, les négociateurs doivent être ardents et enthousiastes* » affirme le Professeur Philippe Le Tourneau¹⁸³. Telle est le sens que la bonne foi paraît revêtir dans le domaine précontractuel. De cela découlent les devoirs de sincérité, de transparence et même de persévérance. En effet, une partie ne doit pas renoncer au contrat dès la première contrariété de faible importance¹⁸⁴. Monsieur Rojot dit¹⁸⁵ à peu près la même chose, mais dans des termes différents. Selon lui, en se résignant dans le dilemme du prisonnier¹⁸⁶, les négociateurs doivent avoir une attitude beaucoup plus coopérative que conflictuelle. N'est-ce pas beaucoup demander à des professionnels qui évoluent sur des marchés très incertains ? S'agit-il d'un devoir de naïveté ? Sans aller jusque en faire une certitude, on peut au moins discerner dans l'attitude que le juge attend de la part des négociants des germes de

¹⁷⁵ J. Mestre et B. Fages, « Quel risque y a-t-il à entretenir gratuitement l'autre partie dans l'illusion que le contrat sera poursuivi ? », *RTD Civ*, 2005, 128.

¹⁷⁶ J.-M. Mousseron, « La durée dans la formation du contrat », in Collectif, *Études offertes à Alfred Jauffret*, Aix-en-Provence, PUAM, 1974, p. 510-511, cité par J. Ghustin, « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », *JCP G*, 2007, I, 155.

¹⁷⁷ Civ. 2^{ème}, 10 octobre 2002, n° 01-03.079.

¹⁷⁸ Com, 26 novembre 2003, n°91-16.593.

¹⁷⁹ Com, 31 mars 1992, n°90-14.867.

¹⁸⁰ Civ. 2^{ème}, 4 mars 2004, n°02-14.022.

¹⁸¹ Com, 7 janvier 1997, *D*, 1998, 45.

¹⁸² J.-M. Mousseron, « Les procédures informelles d'échange des consentements », *R.J. Com*, numéro spécial : *L'échange des consentements*, 1995, p. 23, cité par P. Le Tourneau, « La rupture des négociations », *RTD Com*, 1998, p. 479.

¹⁸³ P. Le Tourneau, « La rupture des négociations », *op. cit.*

¹⁸⁴ *Id.*

¹⁸⁵ J. Rojot, « La gestion de la négociation », *RTD Com*, 1998, p. 447.

¹⁸⁶ P. Eber, *Le dilemme du prisonnier*, Paris, PUF, p. 9 et s.

solidarisme contractuel. Monsieur Mousseron affirme également que l'auteur de la rupture doit préparer psychologiquement son partenaire à un échec des pourparlers.¹⁸⁷

108. Éventualité d'une transposition des solutions à la matière contractuelle. Sans chercher à greffer une jurisprudence extracontractuelle sur le droit des contrats, les exemples précédents nous montrent qu'une partie peut répondre de son attitude avant la conclusion du contrat sans se réfugier derrière l'article 1134 du Code civil. Pourquoi ne pas sanctionner le déséquilibre contractuel en remarquant que la partie forte n'a pas négocié dans un esprit de coopération, mais plutôt en cherchant à tirer un profit illégitime ? L'on pourrait par exemple relever la différence d'attitude qu'adopte une partie avant et après la conclusion du contrat. Ou alors, l'on pourrait simplement constater que la partie qui fait subir une lésion a exigé de l'autre une prestation en ayant connaissance du désavantage qu'elle causerait. Non qu'il s'agisse d'obliger aux parties négociantes de dire haut et fort le profit qu'elles ont l'intention de réaliser par le contrat ; simplement, elles ne doivent pas suggérer à l'autre un profit dont elles savent qu'il est irréel. Dans le domaine de la distribution alimentaire, l'on pourrait constater que telle partie n'avait pas l'intention de réellement négocier, mais s'est comportée de façon délibérément nuisible envers l'autre, en n'hésitant pas à exiger d'elle des prestations qu'elle savait néfastes. La menace d'un déréférencement serait sans doute plus facile à sanctionner que par la preuve d'une « *menace de rupture totale ou partielle des relations commerciales établies* » comme l'exige aujourd'hui l'article L442-6 I 5° du Code de commerce. L'on pourrait plus facilement distinguer le cas du partenaire qui impose des stipulations contractuelles difficiles parce qu'il subit la hausse des matières premières, de celui qui le fait dans un esprit purement lucratif.

109. Comparaison avec le droit allemand. En droit allemand, la rupture des pourparlers est fondée sur l'article 311 du BGB. Contrairement au droit français, il s'agit de sanctionner une situation « *similaire à une situation contractuelle* ». Ce ne sera pas notre étude de savoir quel est le fondement le plus approprié. Cependant, puisque nous démontrons que la période de négociation peut avoir une influence sur le contrat, il n'y aurait rien d'illogique, si l'on suivait cette idée, à considérer que la période précontractuelle peut être assimilée au contrat lui-même. Cela est vrai, notamment en ce qu'il fait naître une confiance mutuelle. En effet, en droit allemand, lorsqu'une partie a commis une faute au cours des pourparlers, la réparation doit faire en sorte que la victime se trouve dans la situation dans laquelle elle serait si elle ne s'était pas laissée tromper par une confiance imméritée, comme il découle de l'article 249 du BGB¹⁸⁸. Or, la confiance peut se trouver trompée après la conclusion du contrat. Il n'est donc pas inenvisageable d'atténuer la frontière entre le contrat et l'avant-contrat pour en voir la continuité. Qu'en est-il lorsque la négociation a lieu en cours

¹⁸⁷ J.-M. Mousseron, *Les procédures informelles d'échange des consentements*, op. cit. p. 23.

¹⁸⁸ L. Nau, « Responsabilité pré- ou près contractuelle ? » in X. Henry (dir.), *Des contrats civiles et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges en l'honneur du doyen Bernard Gross*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 2009, p. 130.

de contrat ? La jurisprudence sur les clauses de hardship peut nous renseigner à ce sujet.

b : La jurisprudence sur les clauses de hardship.

110. L'existence d'une jurisprudence analysant les négociations. Il y a un autre moyen pour voir quelle attitude notre droit exige de la part des parties aux négociations. Il existe dans certains contrats des clauses dites de « *hardship* » qui stipulent que les parties s'engagent à renégocier le contenu de leur accord lorsque les circonstances extérieures lui ont fait subir de profonds déséquilibres. Elles confèrent parfois au juge, à défaut de nouvel accord, le pouvoir de procéder lui-même à une révision qui n'altère pas l'économie de l'opération ou à déclarer l'accord caduc¹⁸⁹. Dans cette hypothèse également, le juge va être amené à apprécier le comportement d'un négociant. Dès lors, son analyse devra être subtile, car il s'agit d'exiger un comportement loyal sans violer la liberté contractuelle. Les parties sont en réalité tenues à une « *obligation de se rapprocher et de tenter une négociation*¹⁹⁰ ». À défaut d'avoir seulement essayé, elles ne peuvent voir leur action déclarée recevable en justice¹⁹¹.

111. Existence d'une obligation de mener les négociations de façon loyale en présence d'une clause de hardship. Si les négociations ne donnent pas lieu à un accord, le juge est en mesure de définir si cet échec est dû ou non au comportement fautif d'une partie. De nouveau, le juge rappelle le principe de l'intangibilité contractuelle, corollaire de la liberté contractuelle. La vocation de toute obligation est d'être exécutée. En ce sens, la jurisprudence Canal de Craponne tient, à ce jour bon¹⁹². L'étude de la révision du contrat par le juge en l'absence de clause de hardship sera traitée ultérieurement¹⁹³ ; nous nous consacrons pour le moment au cas où les parties stipulent la renégociation du contrat où les circonstances sont bouleversées. Il ressort cependant du principe de l'intangibilité du contrat que les parties n'ont, en principe, aucune obligation de parvenir à un accord. Le refus d'une partie de se mettre d'accord avec l'autre ne peut être sanctionné que par des dommages et intérêts¹⁹⁴ lorsqu'il est sanctionné. « *À défaut d'agissement blâmable de la partie forte, il n'y a pas d'obligation de renégocier le contrat devenu déséquilibré* », affirme la Cour de cassation¹⁹⁵. À l'inverse, lorsque la clause de renégociation devient opérante, le juge est parfaitement à même de sanctionner l'attitude d'une partie au cours des nouveaux pourparlers. La clause de

¹⁸⁹ Définition donnée par G. Cornu, Association Henri Capitant, *Dictionnaire juridique op. cit.*, article *Hardship*.

¹⁹⁰ M.-L. Cartier-Marraud et O. Akyurek, « Crise économique et révision des contrats », *Gaz Pal*, 16 juin 2009, n°167, p. 2.

¹⁹¹ Mixte, 14 février 2003, jurisdata 2003-017812.

¹⁹² Civ., 6 mars 1876, *GAJC*, Paris, Dalloz, 2008, n°165. V. *infra*. n°640.

¹⁹³ V. *infra*. n°649.

¹⁹⁴ M.-L. Cartier-Marraud et O. Akyurek, *op cit.*

¹⁹⁵ Cour de cassation, *Rapport annuel 2003*, cité par M.-L. Cartier-Marraud et Ozan Akyurek, *op. cit.*

hardship n'emporte pas seulement des obligations morales¹⁹⁶. Et en écho à la jurisprudence sur la rupture des pourparlers précontractuels, certains termes paraissent revenir comme un leitmotiv. Nous pensons par exemple à la bonne foi de façon évidente, mais également le principe de cohérence¹⁹⁷ (inspiré de l'estoppel anglais)¹⁹⁸. De là, certains comportements vont être sanctionnés : le fait de rechercher un avantage excessif au détriment de l'autre partie, ou le fait de remettre en cause l'économie du contrat pour un motif accessoire et sans impact majeur.

112. Exemples de comportements sanctionnés. Vont être sanctionnés tous les comportements peu coopératifs : absence de réponse à des questions, manque de transparence, nombre de contre-propositions, partie qui n'engage la négociation que de manière formelle sans volonté de parvenir à un résultat¹⁹⁹. La jurisprudence analyse donc de façon très concrète les agissements des cocontractants. À titre d'exemple, on a pu lire dans un arrêt de la Cour de cassation : « *qu'elle [la société demanderesse au pourvoi] n'a manifesté aucune intention de parvenir à une solution amiable avec son concessionnaire, ne répondant à ses questions que par notification du non-renouvellement de la convention puis refusant toute solution de nature à conduire à la reprise des échanges commerciaux [...]*²⁰⁰ ». De façon positive, les principes de bonne foi et de cohérence vont encourager certaines démarches : il faut être « *loyal, constructif et soucieux a minima des intérêts de l'autre partie* »²⁰¹. Il est souhaitable d'anticiper par des actes écrits (planning de négociation, comptes-rendus faisant état des points d'accord et des divergences)²⁰². Néanmoins, d'aucuns affirment que les clauses de hardship ont par définition des conséquences juridiques incertaines (en effet, puisque ce sont des clauses qui n'opèrent que pour l'imprévu). Si le droit des affaires propose des instruments qui facilitent le succès des négociations – tels que la médiation – le résultat n'est jamais garanti²⁰³. Là où la démarche est plus difficile à mettre en œuvre, c'est lorsque l'appréciation du comportement d'une partie dépend du milieu professionnel au sein duquel le contrat est signé. Il appartiendra au juge ou à l'arbitre d'avoir des connaissances suffisamment bonnes

¹⁹⁶ L. Aynès, « Le devoir de rénégocier », *RJ Com*, 1999, n°11, p. 11.

¹⁹⁷ M. Behar-Touchais (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, actes du colloque du 13 janvier 2000, organisé par le Centre de Droit des Affaires et de Gestion, Paris, Economica, 2001.

¹⁹⁸ F. Magar, « Ingénierie juridique : pratique des clauses de rencontre et de renégociation », *D*, 2010, p. 1959. M. Behar-Touchais (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, *op. cit.*

¹⁹⁹ F. Magar, *op. cit.*

²⁰⁰ Com, 3 juillet 2001, n°99-11314.

²⁰¹ F. Magar, *op. cit.*

²⁰² *Id.*

²⁰³ L. Chedly, « La clause de hardship : un difficile équilibre entre le juste et l'utile », *RDAI*, n°1-2010, p. 87. L'auteur affirme qu'il existe un doute sur le caractère de l'obligation de parvenir à une solution aux négociations. L'article se penche plus particulièrement sur le droit international, mais en droit interne, la liberté contractuelle écarte tout doute sur cette obligation qui est de moyen.

pour prononcer une sentence équilibrée. Sauf à ce que le comportement d'une partie se trouve être « *manifestement abusif*²⁰⁴ », les exigences que l'on impose aux négociants ne vont pas toujours de soi. Faut-il par exemple contraindre une partie à faire des sacrifices au nom d'une certaine équité dans les pourparlers ? La réponse va dépendre des déclarations antérieures des partenaires, selon un auteur, et relève de l'appréciation du juge ou de l'arbitre²⁰⁵.

113. Une généralisation de la clause de renégociation, la loi sur la consommation de 2014 pionnière sur ce point. La négociation déloyale et dépourvue d'intention de parvenir à un accord peut-elle être transformée en une norme générale ? Une norme qui obligerait les parties à négocier de façon loyale ? Cette idée n'est pas purement théorique. La jurisprudence sur le déséquilibre significatif a sanctionné un distributeur qui refusait systématiquement d'ajuster le prix convenu avec un fournisseur alors que le cours des matières premières était très volatil, bien que dans cette espèce, il existât une clause de révision du prix en cas de variation trop importante du coût des matières premières (en réalité, cette clause n'était pas réciproque)²⁰⁶. La loi Hamon votée le 17 mars 2014 n° 2014-344 retient l'obligation de stipuler une telle clause²⁰⁷. C'est dire si le juge n'attendra plus le consentement des parties pour s'intéresser à leur manière de négocier. Cette clause est actuellement prévue à l'article L441-8 du Code de commerce. Le troisième alinéa de cet article précise que ces renégociations doivent être menées de bonne foi, en tenant compte de l'impact des fluctuations sur l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement. Les pourparlers doivent respecter le secret des affaires et ne peuvent excéder deux mois. Enfin, le dernier alinéa affirme que si cette clause n'est pas respectée, elle donne lieu à une amende administrative de « 75 000 € pour une personne physique et 375 000 € pour une personne morale. » Les standards de comportements des parties imposés par la jurisprudence sur les clauses de hardship ont donc tout lieu de devenir des normes contractuelles applicables à toute personne qui négocie ou qui contracte pour une longue durée. Peut-on imaginer qu'à terme, le juge sanctionne celui qui négocie de façon malveillante, par une modification du contrat ? Les règles de renégociations relèvent en général du sens commun (ne pas chercher à nuire au partenaire...). La modification du contrat pourrait relever de l'opportunité et donc être choisie comme solution. L'hypothèse est donc concevable.

114. Passerelles possibles entre la responsabilité précontractuelle et la sanction d'un contrat mal négocié. Nous avons donc vu deux types de jurisprudence qui peuvent nous indiquer en quoi la négociation peut être le lieu d'une sanction. Cette responsabilité pour négociations menées avec une intention malveillante existe déjà. Cependant, nous ne nous situons pas exactement dans la même optique. Notre proposition consiste à discerner dans ces

²⁰⁴ J. Cedras, « L'obligation de négocier », *RTD Com*, 1985, p. 265, point n°16.

²⁰⁵ *Id.*

²⁰⁶ TC Lille, 7 septembre 2011, n°2009/05105. *RDC*, 2012, p. 143, note M. Behar-Touchais.

²⁰⁷ M. Behar-Touchais, « Quand la théorie de l'imprévision entre par la petite porte : la clause de « *hardship* » imposée sous peine d'amende administrative », *RDC*, 2013, p. 1431.

« mauvaises » négociations un infléchissement du consentement de la partie faible qui pourrait avoir des conséquences sur la force obligatoire du contrat. Un consentement qui ne serait que partiellement donné. Cela estompe la frontière entre contrat et période précontractuelle.

Certes, la liberté contractuelle doit rester le principe. C'est davantage l'intention de nuire en période de pourparlers qui doit être sanctionnée. Car, l'on peut difficilement parler de volonté lorsque le consentement a été obtenu sur un malentendu ou par des moyens détournés²⁰⁸.

Le problème présente une difficulté supplémentaire lorsqu'au moins une partie a eu recours à un intermédiaire.

2 : La question de la négociation menée par un intermédiaire.

115. Une parade possible à l'analyse des négociations par la partie forte ? Les éléments traités ci-dessus laissent à notre portée une certaine idée de ce que peut être une négociation justement menée. Le juge est en mesure de sanctionner le cocontractant qui cherche à nuire à son partenaire et qui néglige ses intérêts les plus légitimes. S'ils sont relativement pertinents, ils ne montrent que les aspects subjectifs de la juste négociation. Ils sont soumis à l'appréciation aléatoire du juge sur la psychologie des négociants. Or, celui qui veut nuire à son partenaire commercial pourrait se réfugier derrière un intermédiaire pour ne pas avoir à rendre compte de la façon dont il négocie. Faut-il considérer que le contractant partie forte n'est pas obligé par les actes de celui qui a négocié pour lui ? À tout le moins, faudrait-il éviter une confusion trop flagrante entre négocier et conclure un contrat. Cela nous amène à retenir la distinction opérée par Monsieur le Professeur Deshayes sur la conception psychologique et la conception matérielle de la négociation²⁰⁹. Autrement dit, il y a celui qui s'est déplacé pour rencontrer le cocontractant potentiel et celui qui profite de la négociation en réalité.

116. Une faille pouvant être comblée. Celui qui a recours à un intermédiaire n'a pas physiquement négocié le contrat. Cela étant, c'est dans la perspective de poursuivre des relations juridiques avec lui que les négociations ont eu lieu. Puisque le droit de la

²⁰⁸ D. Mazeaud, « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », in *Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 637 et s. D. Malka, « La loyauté dans la négociation du contrat », *Gaz Pal*, 24 mai 2012, p. 61. Y. Neveu, « Le devoir de loyauté pendant la période précontractuelle », *Gaz. Pal*, 5 décembre 2000, p. 6.

²⁰⁹ O. Deshayes, « Les parties aux négociations contractuelles, réflexions sur le sens de l'acte de négocier », in *L'avant contrat, Actualité du processus de formation des contrats*, Paris, PUF, 2008.

responsabilité civile reconnaît qu'un agent est un préposé²¹⁰ susceptible d'engager la responsabilité de son commettant sur le fondement de l'article 1384 du Code civil, il y a tout lieu de penser que le mandant doit répondre de la façon dont son mandataire est parvenu au consentement au contrat. Monsieur Deshayes²¹¹ détaille également les moyens par lesquels, en matière de responsabilité précontractuelle, la jurisprudence écarte les moyens par lesquels le contractant a recours à un intermédiaire. Soit c'est un accord implicite²¹² entre le mandataire et le mandant que le juge met en évidence, soit c'est pour des raisons statutaires, soit l'on a recours à la théorie du mandat apparent²¹³. Ces raisons concernent d'ailleurs le cas où le contrat n'est pas signé. À plus forte raison, le lien entre le négociateur et le contractant peut être mis en évidence lorsque le contrat est signé. Enfin, un autre indice est susceptible de démontrer que la négociation effectuée par un agent ne change rien au problème : en droit des contrats, le dol qui a été causé par le représentant du contractant peut entraîner la nullité du contrat même si le mandant n'est pas complice de ses manœuvres²¹⁴. Cette solution est même valable si le dol émane d'un tiers²¹⁵. Il n'y a donc pas de problème à ce que le mandant réponde des négociations menées selon des procédés illégitimes par son agent.

117. Transition. Si une négociation peut être appréciée en fonction du comportement des parties, il n'en demeure pas moins que le déséquilibre ne vient pas forcément d'une mauvaise intention. Il peut au contraire être intrinsèque aux parties qui ne se situent pas dans une perspective neutre, l'une vis-à-vis de l'autre, avant même que les pourparlers soient entamés. Il faut donc nous intéresser à une analyse plus objective de la négociation qui n'entre pas dans la psychologie ni la subjectivité du rapport de force.

B : Des circonstances démontrant objectivement une négociation faussée.

118. Remarques préliminaires. Les indices dont nous parlerons ici regroupent toutes les caractéristiques propres à chaque entreprise pour apprécier son poids dans les négociations. Il ne s'agit pas tant de s'intéresser au fait que telle partie soit de bonne foi ou non. Il s'agit plutôt d'attribuer une capacité à négocier à chaque acteur. Par exemple, une multinationale, qui possède un monopole sur un marché, sera plus forte qu'une TPE en cessation des paiements. Mais ni l'une, ni l'autre n'est responsable de ce déséquilibre, en

²¹⁰ Par exemple : Crim, 12 janvier 2011, jurisdata 2011-001015.

²¹¹ O. Deshayes, « Les parties aux négociations contractuelles », *op. cit.*

²¹² Com, 5 décembre 2006, 05-12926, cité dans la contribution de Monsieur Deshayes (note précédente).

²¹³ Civ 3^{ème}, 5 juin 2013, n°12-12.065. *Contra* : Civ. 3^{ème}, 19 mars 2013, n°12-13930.

²¹⁴ Com, 24 mai 1994, n°92-14.344, *D*, 1995, 88. Req, 20 novembre 1905, S. 1906, I, 24, cité par F. Terré ; P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, p. 262.

²¹⁵ Civ 3^{ème}, 1^{er} février 1995, n°92-21.222. R. Léost, « Promesse de vente, la réticence dolosive », *AJDI*, 1995, 669.

principe. Ce n'est donc pas le déséquilibre en tant que tel qui justifiera une modification du contrat, mais davantage un abus de la part de la partie la plus forte. La nature de ces indices est éminemment économique. Plusieurs façons existent pour les envisager. Nous verrons qu'ils peuvent être strictement économiques (1) ou relever exclusivement de l'information (2).

1 : Les négociations faussées à cause d'un déséquilibre économique

119. La prise en compte du contexte économique. La théorie de l'autonomie de la volonté ne fait guère de distinctions entre les cocontractants qui seraient tous égaux face au contrat. L'étude du monde des affaires exige de corriger cette assertion. Une véritable relation d'autorité peut se créer entre deux partenaires commerciaux. Cette relation d'autorité est très subtile, car comme nous le démontrerons plus loin, elle ne repose sur aucun fondement juridique, mais s'impose par la force des faits. Les sciences économiques et sociales nous donnent des instruments pour percevoir des indices manifestant cette relation d'autorité. Comme cette autorité n'existe pas en droit, mais en fait, les instruments utilisés garderont nécessairement une part d'imperfection. La complexité des situations rendrait vaine toute recherche d'une grille parfaite. Il faut quand même discerner les intérêts qu'ils présentent. Deux approches majeures peuvent être retenues : l'analyse du marché par le degré de concurrence (a) et l'étude de la qualité de la relation entre les parties (b).

a : D'un point de vue macroéconomique, la libre concurrence.

120. La concurrence comme socle d'une économie libérale de marché. L'économie de marché repose sur le postulat de la concurrence libre et parfaite. Pour que le marché fonctionne de façon fluide, il est nécessaire d'instituer un cadre économique propice au développement. Par concurrence, les économistes entendent le mécanisme par lequel les marchés, où se pressent de nombreux candidats à l'échange, trouvent librement leur équilibre à un niveau de prix compatible avec les intérêts pourtant opposés des acheteurs et des vendeurs²¹⁶. Dans une perspective classique, la concurrence place les agents économiques dans un jeu strictement individualiste. Chacun est suffisamment doué de raison pour optimiser ses choix stratégiques. Dès lors que personne n'est en mesure d'exercer une influence trop forte sur le marché, la conciliation des intérêts économiques s'opère d'elle-même. L'idéal de

²¹⁶ *Dictionnaire de l'économie*, Paris, Albin Michel – Encyclopædia Universalis, 2007, article « concurrence ».

concurrence est traditionnellement reconnu comme étant celui de la concurrence pure²¹⁷ et parfaite²¹⁸.

121. Le schéma classique de la concurrence pure et parfaite en théorie économique. La notion de concurrence pure et parfaite semble correspondre à l'état de l'économie telle que le XIX^{ème} siècle la connaissait. La doctrine de l'époque voulait qu'une juste concurrence soit « pure », c'est-à-dire qu'il n'y ait pas de concurrent plus avantage qu'un autre ; et « parfaite » à savoir qu'aucun mécanisme ne vienne perturber le jeu du marché²¹⁹.

La concurrence parfaite implique trois conditions. Premièrement, il est nécessaire que soit constatée l'atomicité du marché. Les acheteurs et les vendeurs doivent être le plus nombreux possible, en sorte que l'évolution du marché échappe à tout contrôle par un concurrent. Deuxièmement, les biens offerts par les différents vendeurs doivent être substituables. Personne ne doit détenir un produit vital et unique en son genre. Enfin, troisièmement, l'entrée et la sortie sur le marché doivent être libres. La liste des concurrents ne doit pas être figée, afin que l'offre ne s'installe jamais en corporation²²⁰.

Et pour que la concurrence soit pure, il ne faut pas qu'il existe d'entrave à l'entrée d'un opérateur économique sur le marché. La dernière condition étant que les facteurs de production (capital et travail) soient mobiles²²¹.

Cela fait donc trois conditions pour la concurrence pure et deux conditions pour la concurrence parfaite.

122. Le bénéfice théorique de la concurrence pure et parfaite. Une fois ces conditions posées, il n'est plus question de négociations. C'est le marché qui négocie à la place des agents économiques. Les forces du marché font converger le prix du bien vers un prix unique. Les quantités offertes égalent les quantités demandées. L'offreur ne retire aucun profit au-delà du salaire rémunérant son travail et du capital qu'il a avancé. Il ne saurait y avoir de « bonne affaire ». La détermination du prix s'effectue mécaniquement. Plus l'offre est importante et plus le prix diminuera, à l'inverse une augmentation de la demande entraîne une augmentation du prix. Ce prix est dit d'équilibre, car il permet de satisfaire un maximum d'acheteurs et de vendeurs. En deçà de ce prix, il y a moins de vendeurs disposés à vendre leur bien. Au-delà de

²¹⁷ La concurrence pure a été mise en évidence par E. Chamberlain, cité par *Dictionnaire de l'économie, op cit.*

²¹⁸ La concurrence parfaite a été mise en évidence par J. Robinson, cité par *Dictionnaire de l'économie, op cit.*

²¹⁹ Sur la question : I. Kirzner, « Concurrence et processus de marché : quelques repères doctrinaux », in J. Krafft (dir.), *Le processus de concurrence*, Paris, Economica, 1999, p. 16 et s.

²²⁰ G. N. Mankiw et M. P. Taylor, *Principes de l'économie, adaptation européenne*, [trad. d'Elise Tosi], Bruxelles, De Boek, 2010, p. 342 et 343.

²²¹ A. Cathiard, *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels, l'apport de l'analyse économique du contrat*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, p. 65.

ce prix, il y aura moins d'acheteurs prêts à le payer²²². C'est à la condition d'une concurrence pure et parfaite que les théories libérales espèrent parvenir à une optimisation des indicateurs économiques²²³ : les prix sont maîtrisés, et de fait la croissance s'en trouve relancée, l'emploi en profite et ainsi de suite, se crée un cercle vertueux. Cette analyse libérale de l'économie repose sur un point de vue anglo-saxon qui aspire à une intervention de l'État suffisamment forte pour empêcher le désordre, mais sans toutefois enfreindre le droit de propriété²²⁴. En effet, la stabilité du marché, et donc l'équilibre de celui-ci, sont conditionnés par la fermeté du droit de propriété²²⁵. Le contrat peut dès lors devenir la manifestation de la loi du marché à un échelon individuel. Le marché vient objectiver le contenu du contrat par la loi qu'il impose²²⁶ et devient donc un gage d'équilibre des conventions.

123. Utilité de la notion pour rechercher le rééquilibre la négociation. Dès lors, il est facile de déceler une situation économique où la négociation ne pourra avoir lieu de façon optimale. Il suffit que l'une des cinq conditions nécessaires pour établir qu'une concurrence pure et parfaite fasse défaut. On parle alors des imperfections de concurrence. Si une entreprise est de taille suffisamment grande pour influencer le marché, on parlera de son pouvoir de marché. On ne peut plus la contraindre à négocier, puisque d'emblée, elle possède un avantage sur son partenaire commercial qui ne peut plus opposer d'argument pour obtenir des concessions. Dès lors, comment dénier au juge la faculté de modifier un contrat qui s'est échafaudé dans un cadre concurrentiel imparfait ? En observant le droit des abus de position dominante, on constate que le juge sanctionne le comportement d'une entreprise qui n'est que le fruit d'une situation de marché inégalitaire²²⁷. Toutefois, c'est par le biais des amendes et non dans une optique de régulation contractuelle. Ce point sera traité de façon plus approfondie lorsque nous traiterons des sanctions. Il est néanmoins intéressant de voir que l'économie offre des critères pour déterminer le contexte dans lequel une partie au contrat a donné son consentement.

124. Contestations soulevées à l'égard de la théorie de la concurrence pure et parfaite. L'idée d'une situation de concurrence pure et parfaite contient des limites. Elle n'est jamais qu'un idéal théoriquement défini. Elle postule que tous les agents économiques opèrent en un même lieu, au même instant et dans un cadre institutionnel permettant une

²²² J. Longatte et P. Vanhove, *Economie générale*, Paris, Dunod, 2011, p. 228.

²²³ Sur le sujet, M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen*, Paris, Dalloz, Sirey Université, [6^e édition], 2014 p. 3.

²²⁴ J.-F. Gaudreault-Desbiens, « La critique économiste de la tradition romano-germanique », *RTD Civ*, 2010, p. 683.

²²⁵ D. Greenwald (dir.), *Encyclopedia of Economics*, Columbus, McGraw-Hill Book Company, 1982, p. 169.

²²⁶ À ce sujet : M.-A. Frison-Roche, « Le contrat et la responsabilité : consentement, pouvoir et régulation économique », *RTD Civ*, 1998, p. 43.

²²⁷ J.-B. Blaise, *Rép. Dalloz, droit commercial*, « Abus de position dominante », octobre 2005, mise à jour janvier 2015. Points n°19 et s.

bonne connaissance des tenants du marché. En réalité, le marché est sujet à toute sorte de contingences matérielles qui laissent place à des marges d'erreurs dans le calcul du juste prix²²⁸. L'existence d'un marché concurrentiel n'est pas pour autant gage de bonnes pratiques commerciales. La position dominante n'est elle-même pas indicative d'un comportement immoral, elle peut même résulter d'un succès commercial basé sur une stratégie tout à fait honnête²²⁹.

125. *Objection par le dilemme du prisonnier.* L'une des premières contestations qui ont été élevées contre le modèle de concurrence pure et parfaite est celle du dilemme du prisonnier²³⁰. Les individus ne savent pas si leur vis-à-vis se montrera coopératif ou égoïste dans leurs rapports. L'hypothèse est la suivante : deux malfaiteurs ont été arrêtés, mais leur culpabilité n'est pas prouvée. Ils savent que s'ils dénoncent l'autre sans être dénoncé, leur peine sera réduite, mais l'autre sera lourdement sanctionné. S'ils se dénoncent mutuellement, ils auront une peine standard. S'ils se taisent tous les deux, ils seront acquittés. Cette théorie permet de démontrer qu'aucune stratégie commerciale ne va de soi, mais est sujette à différentes variables en fonction du comportement du concurrent²³¹. Ainsi, il est illusoire de penser que la concurrence conduise nécessairement à une répartition optimale des ressources. Les concurrents peuvent au contraire trouver leur avantage dans une politique de prix néfastes s'ils constatent qu'aucun d'entre eux n'est disposé à engager une dynamique de concurrence. Dans cette approche, on pourrait faire le lien entre ce dilemme et l'attitude dénoncée par la Cour de justice des communautés européennes dans l'affaire Suiker Unie²³². Ce n'est pas une concertation proprement dite que la Cour a sanctionnée. C'est plutôt un attentisme s'apparentant à une concertation faussant le jeu du marché.

126. *L'imprécision de la notion de « marché équilibré ».* De surcroît, la notion d'équilibre économique est, pour ainsi dire, une fiction, les entreprises cherchent, non à produire nécessairement au plus bas coût, mais surtout à innover, à percer d'autres marchés, à différencier leur produit. En sorte que l'idée même de marché équilibré reste malaisée à définir. Il reste à savoir quels sont ces autres indices qui vont marquer un déséquilibre économique au sein d'un contrat, et de là, vont mettre en lumière une négociation contractuelle qui a été privée d'un fondement équitable. Il faut effectivement prendre en compte une multitude de facteurs relatifs à l'environnement professionnel dans lequel évoluent les entreprises²³³.

²²⁸ D. Greenwald, *op cit.*

²²⁹ E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, 2008, p. 107. À ce sujet, l'Autorité de la concurrence n'a jamais dit que la position dominante de Casino dans la distribution alimentaire à Paris résultait d'un abus. ADLC, 11 janvier 2012, n°12-A-01.

²³⁰ P. Eber, *op. cit.*

²³¹ J.-M. Gogue, *La libre concurrence en procès*, Paris, L'Harmattan, (Questions contemporaines), 2007, p. 22.

²³² CJCE, 16 décembre 1975, Suiker Unie C-114/73.

²³³ A. Cathiard, *op. cit.*, p. 67

b : Une analyse davantage microéconomique, l'étude de la relation entre les contractants.

127. *Les différentes études de l'inégalité au plan microéconomique.* L'analyse microéconomique d'une relation contractuelle n'est pas une science exacte. Une multitude de critères peut être utilisée. Pour mettre au clair les tenants d'une relation microéconomique défavorable à la partie faible, nous procéderons en deux temps. D'abord, nous verrons les éléments dégagés par Ian MacNeil qui a déjà étudié la question grâce à son *contrat relationnel*. Puis nous étudierons le critère de la dépendance comme pivot de l'analyse microéconomique.

α : Le contrat relationnel de Ian MacNeil.

128. *Le contrat relationnel comme technique d'analyse des rapports microéconomiques.* La méthode qui ne consiste qu'à faire une analyse du marché, à évaluer les parts que représente chaque partie sur celui-ci est donc insuffisante pour rendre aisément compte d'une inégalité économique. Le marché n'offrant qu'un regard très partiel sur le rapport de force économique, une analyse beaucoup plus large s'impose. Le juriste Ian R. MacNeil a proposé une vision plus microéconomique de l'inégalité entre partenaires commerciaux. C'est lui qui a développé le concept de contrat relationnel²³⁴. Ce type de contrat dépasse largement l'accord conclu, il s'inscrit dans la durée, prenant en compte les négociations préalables au contrat, mais également l'évolution qui en découle à mesure que le contrat s'exécute. Les théoriciens du contrat relationnel distinguent du contrat relationnel proprement dit, le contrat impersonnel. Cette dichotomie peut être discutée. Un contrat peut très bien faire l'objet d'une relation sans pour autant impliquer les parties de façon personnelle.

129. *Les critères proposés par Ian MacNeil.* Ian MacNeil discerne douze critères pour déterminer si un contrat sera relationnel ou impersonnel. Le premier critère s'intéresse à la nature de la prestation à fournir. On regarde entre autres si l'objet du contrat est substituable en argent. Le deuxième critère consiste à savoir si la prestation du contrat peut faire l'objet d'une évaluation en argent. Par exemple, on n'évalue pas en argent le prestige lié à un emploi. Le troisième critère consiste à étudier les raisons pour lesquelles les parties sont entrées en

²³⁴ I. R. MacNeil, « The many futures of contracts », *South Calif. Law Review*, 1974, vol. 47, 691, cité par M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations 1 – Contrat et engagement unilatéral*, Paris, PUF, 2012, p. 199. Également, I. R. MacNeil, *The New social contract : An inquiry into modern contractual relations*, 1980, New Haven, Yale University Press, p. 37-38, cité par Y. Guenzoui, « Entente et contrat, le trouble notionnel », *RTD Com*, 2006, p. 273.

relation. Le quatrième critère est celui de la durée. Le cinquième critère s'intéresse à la façon dont le contrat commence et prend fin. Il s'agit d'établir si une frontière existe de façon précise entre le début de la relation et l'existence du contrat. Pour certains contrats, de nombreuses étapes préparatoires vont précéder la conclusion de l'acte. Le sixième critère est celui de la planification. Si les parties planifient leur relation contractuelle de façon très souple, on constate aisément que le contrat est plutôt relationnel. Le septième critère est celui de la coopération nécessaire au début et à la fin du contrat. Le huitième critère est celui de la répartition des bénéfices et des charges. Le neuvième critère se penche sur la source des obligations incombant à chaque partie. Le dixième critère consiste à étudier si le contrat est transférable. Le onzième critère s'intéresse au nombre de contractants. S'il y a plus de deux parties à l'acte, il y a plus de chances pour que le contrat soit relationnel. Et enfin, le douzième critère est la vision qu'ont les parties du contrat. Si les parties ne considèrent le contrat que comme un échange, ce contrat sera probablement plus impersonnel²³⁵.

130. Un critère majeur, les investissements effectués par la partie faible. Certains critères dégagés par Ian MacNeil sont très pertinents pour constater que la négociation ne se fait pas d'égal à égal. Certes, Monsieur MacNeil parle d'un contrat déjà signé, mais à la vérité, son extension dans le temps va amener les parties à négocier de nouveau par la suite. Il s'agit de voir comment un contrat relationnel met en évidence une situation de dépendance économique. Pour plusieurs raisons, un partenaire n'aura pas d'autre choix que de se plier aux exigences de son alter ego, car il est dépendant de la relation contractuelle qu'il entretient. S'il met un terme au contrat, même au sein d'un marché concurrentiel, il se trouvera dans une situation économique intenable, ne pouvant trouver un autre partenaire. Parfois, la dépendance résulte des investissements. C'est ce que Williamson appelait la spécificité de l'actif. Selon la particularité des instruments de production, une entreprise sera plus ou moins apte à changer de partenaire et effectuer des tâches différentes. Si son actif est très spécifique, elle est beaucoup plus susceptible de subir une relation contractuelle contraignante²³⁶. Par exemple, celui qui s'engage à creuser le tunnel sous la Manche doit effectuer des investissements précis. Si son partenaire rompt la relation, alors ses investissements seront une lourde perte. Il est donc en situation de vulnérabilité et très enclin à faire des concessions²³⁷.

²³⁵ C. Boismain, *Les contrats relationnels*, préf. M. Fabre-Magnan, thèse Université Paul Cézanne, Aix Marseille III, Aix-en-Provence, PUAM, 2005, p. 142 à 153.

²³⁶ O. E. Williamson, « Transaction-cost economics : the governance of contractual relations », *Journal of law and economics*, 1969, vol. 22, p. 233-261, cité par H. Bouthinon-Dumas, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *RIDE*, 2001, p. 339 et s.

²³⁷ *Id.*

131. Transition. Si Ian MacNeil a pu élaborer une théorie cohérente du contrat relationnel, il faut voir comment notre droit peut retenir une inégalité microéconomique dans une négociation contractuelle. Certains critères seront repris, mais pas de façon identique.

β: La dépendance, facteur d'inégalité contractuelle et de négociations faussées²³⁸.

132. La difficulté à identifier juridiquement la notion de dépendance dans un rapport économique. Cette prise en compte des liens de fait entre les parties, indépendamment des clauses du contrat, n'est pas totalement étrangère à notre droit. Le droit de la concurrence connaît une notion appelée la dépendance économique. Sa définition n'est cependant pas aisée. C'est ce qui a fait dire à Jacques Flour que « *la dépendance se rencontre partout dans le domaine de la vie économique, [mais] elle ne présente pas toujours les mêmes caractères.*²³⁹ » La notion figure aujourd'hui au deuxième alinéa de l'article L420-2 du Code de commerce. Et effectivement, sa définition par la jurisprudence et les textes a fait l'objet d'une évolution.

133. Possibles critères pour identifier la dépendance. Aujourd'hui, la doctrine discerne deux types de dépendance économique : la dépendance de marque et la dépendance d'achat²⁴⁰. Certains auteurs ont également proposé l'existence d'une relation contractuelle et la permanence ou l'actualité de ces liens²⁴¹. On peut dégager plusieurs critères pour mettre en évidence un tel état : la part de l'entreprise prétendument dominante dans le chiffre d'affaires du partenaire, la notoriété de la marque ou de l'enseigne, l'existence de solutions alternatives et la place sur le marché de l'entreprise prétendument dominante. Cependant, l'analyse est assez subjective, car l'état de dépendance peut résulter d'un choix stratégique de la part de la victime. En effet, on peut reprocher à un agent économique de concentrer l'essentiel de ses activités à l'égard d'un seul partenaire²⁴². C'est pourquoi la jurisprudence estime que la seule exclusivité des relations d'affaires²⁴³ ne suffit pas à caractériser la dépendance économique. Le partenaire en dépendance économique doit être obligé de poursuivre les relations

²³⁸ Il ne s'agit pas ici de faire une étude exhaustive de l'abus de dépendance économique sur lequel nous reviendrons plus loin, mais de voir quels critères sont retenus pour caractériser la dépendance.

²³⁹ J. Flour, *Les rapports de commettant à préposé dans l'article 1384 du Code civil*, thèse Caen, 1933, cité par G. Virassamy, *Les contrats de dépendance*, Paris, LGDJ, 1986, p. 136.

²⁴⁰ C. Grynogel, *JurisClasseur Commercial*, fasc. 260, « Droit français des abus de domination », septembre 2011, point n°167.

²⁴¹ G. Virassamy, *op cit.*, p. 135 et 140.

²⁴² M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen*, Paris, Dalloz, Sirey, [6^e édition], 2014, p. 254, n°576.

²⁴³ Paris, 8 mars 2006, CCC, 2006, n°133, note M. Malaurie-Vignal.

commerciales²⁴⁴. Si l'obligation de poursuivre les relations commerciales découle de clauses contractuelles proportionnées au contrat, la dépendance économique n'est pas caractérisée²⁴⁵. Enfin, la confiance accordée au partenaire est également source de dépendance. Cela se remarque avec la délivrance d'informations confidentielles. Une telle prise de risque rend donc tentant un chantage à la rupture contractuelle, dès lors qu'une partie se trouve à la merci de son cocontractant. L'ancienneté de la relation commerciale est également facteur de dépendance. C'est particulièrement le cas, s'agissant des contrats-cadres²⁴⁶.

134. La solution jurisprudentielle et ses limites. La Cour de cassation retient une analyse très restrictive de la dépendance économique. Par exemple, elle ne reconnaît pas une telle dépendance si le partenaire lésé avait la possibilité de s'adresser à un autre contractant²⁴⁷. L'Autorité de la concurrence retient quatre critères principaux²⁴⁸ (pour un distributeur) : la notoriété de la marque du fournisseur, l'importance de la part de marché du fournisseur, l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur et les difficultés pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs de produits équivalents. Cette difficulté à trouver une alternative commerciale dans le cadre d'un contrat de franchise peut s'expliquer par la pénurie de locaux commerciaux due aux barrières réglementaires et économiques pour ouvrir de nouveaux magasins²⁴⁹. Il demeure que l'état de dépendance économique reste relativement difficile à caractériser²⁵⁰. En l'état actuel des choses, il n'est pas question de défendre une partie faible par la notion de dépendance économique. Pourtant, la lettre de l'article L420-2 du Code de commerce en son deuxième alinéa a largement de quoi répondre aux problèmes de déséquilibres contractuels, au moins pour une partie. Il faut donc espérer, ou bien un revirement, ou bien un renouveau législatif qui rendrait à la notion l'efficacité

²⁴⁴ Paris, 5 juillet 1991, *D*, 1991, 247 ; Com, 9 avril 2002, *RTD Com*, 2003, 75, note E. Claudel ; *LPA*, 3 juillet 2003, p. 16, note M. Malaurie-Vignal.

²⁴⁵ Versailles, 11 mai 2006, *JCP E*, 2006, 1836.

²⁴⁶ J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, préf. M. Behar-Touchais, Paris, LGDJ, 1996.

²⁴⁷ Même si la victime était en état de redressement judiciaire, Com, 12 février 2013, 12-13.603, *RLDA*, avril 2013, p. 45, note J. de Romanet.

²⁴⁸ Autorité de la concurrence, *Rapport annuel 2010*, Paris, La Documentation française p 254. Ces critères sont repris dans la décision rendue par la même autorité du 23 février 2011, 11-D-04.

²⁴⁹ ADLC, 16 décembre 2011, 11-D-20, *CCC*, février 2012, comm. 43, note M. Malaurie-Vignal.

²⁵⁰ M. Chagny, « La distribution sélective à l'épreuve du droit de la concurrence », *CCE*, 2012, comm. 135.

qu'elle aurait pu avoir²⁵¹. Des propositions ont été émises pour que l'Union européenne prenne à son compte la dépendance économique et lui donne une seconde vie²⁵².

135. Conception retenue par le droit allemand. Le droit allemand a une longue expérience du critère de dépendance. Il reprend des critères relativement similaires, mais pas complètement identiques. Monsieur Glais met en avant la conception « wébérienne » de la puissance et l'intérêt allemand pour l'économie sociale de marché²⁵³. La rédaction de l'article 26-2 de la loi du 27 juillet 1957 modifiée en 1973 interdisait « *d'entraver de manière non équitable, directement ou indirectement, une autre entreprise dans les relations d'affaires normalement accessibles à des entreprises similaires et d'appliquer directement ou indirectement un régime discriminatoire à l'égard des entreprises similaires, sauf raison objectivement justifiable.* » En 1980, la phrase suivante a été rajoutée : « *Cette disposition s'applique aussi aux entreprises et aux associations dont sont tributaires des petites ou moyennes entreprises en tant que fournisseurs ou acheteurs d'un certain type de produit ou de services commerciaux dans la mesure où il n'existe pas, en nombre suffisant, de possibilité raisonnable de s'adresser à d'autres entreprises. Le fournisseur d'un certain type de produits ou de services commerciaux sera présumé dépendre de l'acheteur au sens de la deuxième phrase ci-dessus [la version de 1973] si, outre les réductions de prix ou rémunérations en usage dans le commerce, ledit acheteur bénéficie régulièrement d'avantages spéciaux qui ne sont pas consentis à des acheteurs analogues.* »²⁵⁴ La jurisprudence a essayé de trouver les termes qui correspondent le mieux à la pratique pour transposer ces notions. Quatre critères se dégagent : la dépendance pour cause d'assortiment, la dépendance pour cause de relation d'affaires, la dépendance pour cause de pénurie et la dépendance pour cause de puissance d'achat²⁵⁵. Cette dépendance ne se manifeste pas forcément comme une absence de solution possible, mais peut également prendre la forme d'une absence de solution supportable. Autrement dit, même s'il existe une alternative possible à la relation contractuelle, il faut regarder les inconvénients qu'elle entraîne pour prétendre que la partie faible pouvait y avoir

²⁵¹ Sur la question F. Buy, « Chronique « éthique et entreprise » (novembre 2012 – mars 2014) (suite et fin) », *LPA*, 20 août 2014, n°166, p. 6. M. Chagny, faut-il désespérer de l'abus de dépendance économique ? *RJ Com*, 2014, 108, note sous Paris, 15 janvier 2014, n°11/19418, SPBI c/ Boat Developpement

²⁵² M. Behar-Touchais, R. Amaro. « A propos du Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non alimentaire interentreprises en Europe (Réponse du réseau Trans Europe Experts) », *RLC*, 2013, n°36, p. 35, disponible sur le site ec.europa.eu

²⁵³ M. Glais, « Chronique de concurrence - l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique (Analyse économique du droit et de la jurisprudence française de la concurrence) ». *Revue de l'économie industrielle*, vol. 68, 2^e trimestre, 1994, p. 81-98. L'auteur cite M. Pédamon, « La protection de la libre concurrence en République Fédérale Allemande », *JCP E*, 1984, II, n°14310.

²⁵⁴ Cité et traduit par M. Pédamon, *op. cit.*

²⁵⁵ A. Decocq et G. Decocq, *Droit de la concurrence, droit interne et de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, [6^{ème} édition], 2014, n°109 et s.

recours²⁵⁶. À cet égard, on ne peut que louer le droit allemand pour cette conception plus souple.

136. Opportunité d'une prise en compte des déterminants microéconomiques de la relation contractuelle pour observer un déséquilibre dans la négociation. On constate donc que l'inégalité économique peut recouvrir une multitude de critères dont une liste exhaustive est difficile à établir. Elle peut consister en une part de marché importante, occupée par la partie forte. Cela étant, d'un point de vue microéconomique, elle peut également prendre la tournure d'un partenariat économique contraignant. Pour plusieurs raisons, un partenaire sera obligé de rester lié à un contrat qui lui est défavorable, faute de pouvoir changer de cocontractant. Il est donc relativement souhaitable que le juge prenne en compte tous les éléments qui retiennent un professionnel dans les liens contractuels pour apprécier s'il y a une forme de dépendance économique. Il n'est pas nécessaire d'en faire une liste exhaustive, quitte à heurter la sécurité juridique des entreprises, mais le juge doit être libre de constater qu'une relation contractuelle relève plus du chantage que d'un réel partenariat.

137. Transition. Enfin, si la puissance d'un partenaire commercial peut se mesurer grâce aux moyens matériels dont il dispose, l'information est un élément qui peut facilement biaiser un rapport de négociations, selon le contrat en cause. Tout dépend évidemment du degré de complexité et d'aléa qui peut exister dans un secteur, mais aussi des moyens financiers qu'a chaque partie pour se procurer une information.

2 : Des négociations faussées à cause d'une asymétrie informationnelle.

138. Émergence de la notion en droit. Sans connaître les propriétés de chaque prestation au contrat, les parties ne sont pas en mesure de donner un consentement éclairé sur une question. Le droit s'est intéressé à la question depuis l'Antiquité, mais les développements plus récents de la doctrine ont donné à la question un intérêt nouveau, qui a fragilisé encore plus l'autonomie de la volonté. Nous verrons que ce sont les économistes qui ont discerné l'enjeu de mesurer le coût de l'information de façon monétaire. Longtemps, le droit civil a considéré que chacun était censé faire les démarches nécessaires pour connaître les informations concernant la prestation que le contrat lui offrait. D'où un devoir de se renseigner ayant fait son apparition²⁵⁷. Un adage disait « *Emptor debet esse curiosus.* » C'est à dire, « l'acheteur doit être curieux ». La raison majeure en est que, selon les codificateurs,

²⁵⁶ M. Pédamon, « Les abus de domination », *Cah. Dr. entr.*, 1987/1, p. 15. E. Claudel, « Abus de dépendance économique : la notion se précise », *RTD Com*, 2004, 463.

²⁵⁷ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op cit.*, p. 284, n°258. L'ouvrage cite une série d'œuvre de doctrine dans ce sens tels que M. de Juglart, « L'obligation de renseignement dans les contrats », *RTD Civ*, 1945, 1 et s ; J. Alisse, *L'obligation de renseignement dans les contrats*, thèse Paris, 1975.

les sujets de droit sont libres et responsables. Cela tenait également au fait qu'une certaine conception de la morale voulait que, si un contractant devait s'abstenir de mentir, il ne lui incombaît pas d'obligation de révéler tout ce qu'il savait²⁵⁸.

139. L'admission progressive de l'information comme clef du consentement. L'asymétrie informationnelle est aujourd'hui devenue une réalité²⁵⁹. Elle a donné lieu à une multitude d'obligations précédant la formation du contrat. Ces obligations peuvent prendre des intensités relativement variables. Elles vont de la simple information (par exemple, celle prévue à l'article L111-1 du Code de commerce), en passant par le devoir de conseil jusqu'au devoir de mise en garde ; le prêteur devant éclairer l'emprunteur sur les avantages et les inconvénients du choix qui s'offre à lui pour couvrir le solde débiteur²⁶⁰. Une telle politique va réellement au-devant du consentement d'une partie considérée comme faible. Cette tendance à contraindre une partie à fournir des renseignements est allée de pair avec l'apparition de la réticence dolosive comme cause de nullité du contrat²⁶¹. Aujourd'hui, la prise en compte des asymétries informationnelles est fermement ancrée dans notre droit²⁶², et le dogme des parties tenues de s'informer a largement perdu de sa valeur. Pour autant, si l'on constate des obligations éparses dans les textes et au sein de la jurisprudence, il est difficile de définir de façon précise, et par des règles générales, dans quelle mesure une partie souffre d'un défaut d'information. D'aucuns critiquent cette imprécision juridique²⁶³.

140. Perspectives de mesure de l'information. En réalité, le droit fait beaucoup d'effort pour compenser le déficit d'information d'une partie. Or, faute d'une vision globale de la question de l'information en droit privé, il ne se livre à aucune analyse de ce phénomène et de ses causes. Il nous faut donc chercher à évaluer comment constater un déséquilibre informationnel dans une relation contractuelle ; et de là, mettre en exergue une négociation contractuelle qui s'est faite davantage en faveur d'une partie, au détriment d'une autre. Nous

²⁵⁸ Madame Fabre-Magnan dans sa thèse présente l'opposition entre les deux positions : celle des théologiens d'abord, qui estiment avec Saint Thomas d'Aquin qu'un marchand de blé qui arrive dans une ville en disette et qui sait que, deux jours plus tard, d'autres marchands vont arriver, et donc faire baisser le prix, n'a pas à révéler cette information. L'autre théorie, soutenue par Cicéron et Pothier veut que le marchand ait la loyauté de révéler que d'autres marchands arrivent. Pour Saint Thomas, il s'agit d'un degré de vertu morale louable mais que l'on ne peut pas exiger à peine de blesser la justice. M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, Paris, LGDJ, 1992, p. 29.

²⁵⁹ Son origine doctrinale en droit français remonte à M. de Juglart, « L'obligation de renseignement dans les contrats », *RTD Civ*, 1945, 1.

²⁶⁰ Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2005, n°03-10.115.

²⁶¹ Civ. 3^{ème}, 15 janvier 1971 ; Bull. civ. III, n°38.

²⁶² M. Behar-Touchais, « Rapport introductif », *RDC*, 2012, p. 1041.

²⁶³ M. Behar-Touchais, « À la recherche du domaine et de la sanction de l'obligation d'information », *RDC*, 1^{er} décembre 2003, p. 158. S. Le Gac-Pech, « Les mystères de l'obligation d'information », *JCP E*, n°51, 22 décembre 2011, 1915.

commencerons donc par regarder les différentes analyses sur la valeur de l'information (a), pour voir ensuite la solution retenue en droit positif (b).

a : Les différentes doctrines sur la valeur de l'information.

Nous commencerons donc par analyser les études économiques sur la question (α), pour voir ensuite la difficulté à trouver le juste domaine de l'information à délivrer (β).

α : Les études économiques sur l'intérêt de l'information.

141. Naissance du concept chez les économistes. Les économistes ont compris que l'information était une richesse²⁶⁴. La posséder ou non peut être déterminant dans le profit réalisé à l'occasion d'un contrat. Il faut donc tenir compte du coût de l'information dans la négociation contractuelle. Monsieur Abraham-Frois souligne que l'information n'est ni parfaite, ni instantanée, ni gratuite. Les parties à l'échange doivent acquérir de l'information. Ce qui entraîne des coûts et exige des délais qu'il convient de prendre en compte²⁶⁵. Le prix de l'acquisition d'une information est donc relativement difficile à déterminer. Car l'information est un bien qui peut être partagé par plusieurs personnes sans constituer un appauvrissement pour celui qui transmet le bien. Une information peut être acquise avec beaucoup d'efforts par une personne et peu d'efforts avec une autre. C'est une richesse, mais une richesse très volatile. Plusieurs écoles s'affrontent. En 1978, dans un article paru dans le *Journal of Legal Studies*²⁶⁶, Monsieur Kronman opère une distinction selon que l'information est acquise délibérément ou par le fait du hasard. L'information acquise délibérément a nécessité des frais de la part du cocontractant. Ce qui justifie que celui qui la détient ne la révèle pas. Si en revanche un homme d'affaires apprend une information en surprenant une conversation dans un bus, on exigera de lui qu'il la communique. On voit évidemment les limites d'une telle conception. La distinction entre une information acquise par hasard et une information acquise après recherche est très subjective. De surcroît, la preuve est quasi impossible à rapporter.

142. Distinction selon le type de l'information. Une autre analyse, celle de Messieurs Ulen et Cooter se concentre sur la nature de l'information disputée. L'information peut être

²⁶⁴ Madame Fabre-Magnan rappelle que le terme « information » a une signification économique et une signification juridique (M. Fabre-Magnan, *L'obligation d'information dans les contrats*, *op. cit.*, p. 72). Nous le prendrons dans un sens large, qui dépasse les deux acceptations ; la négociation se trouvant au carrefour du droit et de la microéconomie.

²⁶⁵ G. Abraham-Frois, *Dynamique économique*, Paris, Dalloz, [9^{ème} édition], 2002, n°157, cité par A. Cathiard, *op. cit.*

²⁶⁶ A. T. Kronman, « Mistake, disclosure, revelation, and the Law of Contracts », *Journal of Legal Studies*, 1978, p. 1 et s, cité par M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information en droit des contrats*, *op. cit.*, p. 74.

soit un « *redistributive fact* », soit un « *productive fact* » ou un « *destructive fact* ²⁶⁷ ». Pour les faits productifs, ces auteurs affirment qu'il faut encourager ceux qui les ont découverts (un vaccin contre une maladie par exemple). Les faits *redistributifs* avantageant une partie sans créer davantage de richesse (ce peut être la connaissance du lieu où sera implantée telle infrastructure publique). Il n'est donc pas opportun d'encourager leur découverte. Plus encore, ils incitent les parties à des dépenses inutiles pour conserver un avantage. Enfin, les faits destructifs sont des informations qui, n'étant pas révélées, nuisent au cocontractant. Il convient de révéler ceux-ci. Cette analyse présente l'intérêt de distinguer le plus justement possible entre l'information qu'il est légitime de garder pour soi et celle que l'on doit communiquer. Le critère étant de voir en quoi le silence pourrait nuire à la partie faible.

143. Une approche par la différentiation des prestations. Monsieur Akerlof porte un regard différent sur le problème de l'information dans les contrats²⁶⁸. Il discerne deux conséquences néfastes que génère le phénomène. D'abord l'anti-sélection et en suite l'aléa moral. L'anti-sélection se produit lorsqu'un contractant, ne pouvant plus différencier les cocontractants faute d'information suffisante, nivellera sa prestation en envisageant la pire issue au contrat. En termes économiques, cela se produit quand une caractéristique de l'agent est imparfaitement connue du principal²⁶⁹. Par exemple, les acheteurs de voiture d'occasion ne pouvant pas différencier une voiture en bon état d'une voiture irrécupérable ne seront pas prêts à prendre le risque de verser une somme importante pour acheter une voiture. C'est tout le marché de l'automobile d'occasion qui en pâtit. L'aléa moral quant à lui, désigne une situation où un cocontractant n'est pas en mesure d'évaluer la prestation de son cocontractant. Cela se produit par exemple lorsqu'un employeur ignore l'intensité des efforts fournis par son employé, ou lorsque l'assureur ignore les diligences accomplies par l'assuré pour éviter la survenance du sinistre²⁷⁰.

144. Transition. Ces économistes ont mis en évidence des critères d'optimalité de l'information à délivrer. Cependant, leur traduction juridique n'est pas facile. Nous allons néanmoins essayer d'y procéder.

²⁶⁷ R. Cooter, T. Ulen, *Law and economics*, Glenview, Scott, Foresman and Company, 1988, cité par M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, *op. cit.*, p. 95.

²⁶⁸ G. A. Akerlof, « The Market of « Lemons » : Quality uncertainty and the market mechanism », *Quarterly Journal of economics*, 1970, n°84, p. 488-500, cité par E. Mackaay et S. Rousseau, *op. cit.*, p. 125.

²⁶⁹ B. Salanié, *Théorie des contrats*, Paris, Economica, [2^{ème} édition], 2012, p. 11.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 127.

β : Critère juridique de l'asymétrie informationnelle.

145. *Perspective d'une protection du consentement.* Ces différentes grilles de lecture visant à trouver le juste degré de communication d'information²⁷¹ ne répondent, en fait, pas toutes au même objectif. Tantôt il s'agit d'optimiser la transparence du marché, tantôt d'équilibrer le contrat... Même si ces objectifs se rejoignent, le nôtre consiste à identifier une faiblesse du consentement de la part de celui qui ignore l'information. Or l'information imparfaite vient largement parasiter la juste décision du contractant. Il n'est pas réaliste d'exiger d'une partie qu'elle délivre gratuitement toutes ses informations comme si elle n'avait aucun intérêt au contrat. Ne serait-ce que parce qu'elle n'est jamais sûre que l'autre en fera autant. Partant, peut-on enfermer de façon rigide une personne dans les liens d'un contrat alors que son consentement était conditionné lors de sa conclusion ? L'on voit bien qu'il serait trop facile de nier l'existence de ce consentement. Pourtant, entre une absence totale de consentement et une force obligatoire du contrat injuste, il peut exister des intermédiaires. La mise en évidence d'un contrat d'adhésion a tout lieu de nuancer les effets pervers d'un consentement mal affermi. Si le consommateur qui n'a pas, comme l'entreprise pour but de maximiser son profit, est de toute évidence, fragilisé par une information incertaine ; le professionnel n'est pas à l'abri de cet écueil.

146. *Diversité de l'information objet du déséquilibre contractuel.* Cette information, entendue au sens large, recouvre une multitude de réalités. La doctrine fait peu de cas de la nature de l'information en cause dans les échanges déséquilibrés²⁷². Pourtant, il convient de déterminer ce que doit précisément révéler le sachant pour le contraindre à une obligation déterminable. Il peut s'agir des propriétés de la chose objet du contrat.²⁷³ Par exemple, dans le cas d'une vente immobilière, l'acheteur est tenu d'informer l'acquéreur de la présence d'amiante indépendamment même de l'existence d'une législation spéciale à ce sujet²⁷⁴. A cet égard, dans un rapport entre professionnels, la compétence technique de l'un peut générer une inégalité susceptible de fausser le rapport au sein des négociations.²⁷⁵ La difficulté semble facile à surmonter grâce à la jurisprudence sur le dol²⁷⁶, l'erreur ou le devoir de loyauté et de bonne foi.

Il convient donc de voir comment le juge et le législateur ont essayé de surmonter le problème.

²⁷¹ M. Behar-Touchais, « Rapport introductif », colloque : *Information, conseil, mise en garde, compétence, etc. Toujours plus d'information à la charge du professionnel*, RDC, 2012, 1042.

²⁷² A. Cathiard abonde dans ce sens : *op. cit.*, p. 195.

²⁷³ P. Le Tourneau et M. Poumarède, *Rép. Dalloz, droit civil*, « Bonne foi », janvier 2009, (mise à jour octobre 2014), point n°80.

²⁷⁴ Civ 3^{ème}, 16 mars 2011, n°10-10503.

²⁷⁵ Par exemple Civ 1^{ère}, 19 juin 1985, n°84-10934.

²⁷⁶ Civ 1^{ère}, 25 mars 2010, n°08-13060.

b : Étude de l'état du droit sur la question.

147. *Division du paragraphe.* Renonçant à établir un critère net de l'information à divulguer pour équilibrer la négociation commerciale, nous étudierons successivement plusieurs types d'informations qui peuvent être déterminantes quant à l'équilibre du contrat et le régime qui en découle. Cette information peut porter sur la loi, le contenu du contrat, les effets de celui-ci ou la personne du contractant.

148. *L'information juridique.* L'asymétrie informationnelle peut porter sur le contenu de la règle de droit. A revers du principe selon lequel « *nul n'est censé ignorer la loi* », un contractant est parfois tenu d'attirer l'attention de son partenaire sur une disposition juridique qui présente pour lui un risque. La question pose pourtant problème, la maxime en question n'est-elle pas une fiction servant à surmonter les contraintes d'un recours trop facile à l'erreur de droit ? L'inégal accès au droit est une réalité qui aujourd'hui donne lieu à des contrats malveillants. Ceci demeure éminemment vrai en présence d'un contrat entre professionnel et consommateur. On peut aisément imaginer que ce dernier ne déploie guère d'effort pour surveiller ses intérêts juridiques à cause du coût que représente l'information. D'où la volonté du législateur de mettre à la charge du professionnel une obligation d'information, qui va au-devant du consommateur et oblige à une information extrêmement minutieuse. Parfois, cette information peut même dépasser ce qui relève de l'évidence. C'est ainsi qu'en matière de chèque sans provision, la banque est tenue de faire un « *avertissement précis* » qui doit viser « *chacun des chèques concernés* » sur les conséquences d'un dépassement de provision²⁷⁷. Néanmoins, aujourd'hui, l'information juridique est facilement accessible. Le professionnel ne peut guère affirmer que la négociation était en sa défaveur parce qu'il connaissait mal le droit, même si cela reste toujours concevable.

149. *L'information concernant l'issue économique du contrat.* Si tous les professionnels ne sont pas égaux devant la connaissance de la loi, ils le sont encore moins en ce qui concerne l'issue économique probable du contrat. Le principe de l'autonomie de la volonté se fonde sur l'idée que les parties assument un risque en matière économique. Cela ne veut pas dire que le risque soit forcément partagé de façon équitable, lorsqu'une partie est davantage en mesure d'anticiper l'avenir du contrat. Dans cette hypothèse, elle peut alors négocier avec aisance des clauses qui joueront en sa faveur, sans que sa partie adverse perçoive l'avantage qu'elle s'octroie.

²⁷⁷ Com, 18 janvier 2011, n°10-10259, cité par J. Lasserre-Capdeville, *Gaz Pal*, 17 mars 2011, n°76, p. 14. V. aussi Com, 31 mai 2005, n° 03-15659.

Une jurisprudence s'est développée reconnaissant qu'un contrat pouvait être nul à cause de l'erreur sur la rentabilité économique de l'opération, notamment en présence d'un contrat de franchise. Dans plusieurs hypothèses, un franchiseur avait conclu un contrat de partenariat pour ouvrir des magasins, mais avait donné une information erronée quant à la rentabilité économique de l'engagement. La Cour de cassation qui n'avait jamais²⁷⁸ reconnu une telle possibilité que par un arrêt d'espèce²⁷⁹, rendit des solutions intéressantes. Dans un premier arrêt en 2011²⁸⁰, elle invoquait l'erreur pour annuler un contrat de franchise qui n'avait pas donné les résultats attendus. En 2012²⁸¹, c'est au niveau de la cause que la Cour de cassation permet à un franchisé d'annuler le contrat auquel il était lié alors que les prévisions qui avaient entraîné sa conclusion étaient fausses. La doctrine n'a pas vraiment été surprise par cette jurisprudence. En effet, elle n'y a pas vu un assistanat stratégique en faveur des entreprises, mais il semble qu'elle a entendu la rentabilité économique comme une qualité substantielle de la chose objet du contrat²⁸². Effectivement, on peut aisément comprendre la faveur accordée au franchisé qui prend beaucoup plus de risque que le franchisé. Il est donc acceptable qu'il fonde son consentement sur une information pertinente de l'état du marché sur lequel il se propose d'opérer. Il convient toutefois de regarder quelle importance revêtent les prévisionnels fournis aux franchisés²⁸³. Est-il anormal que des documents servant à attirer l'intérêt du destinataire d'une offre soient par trop optimistes ? Et dans ce cas, faudra-t-il revenir sur tous les contrats de partenariat qui affichent des prévisions trop positives dans leurs propositions ?

150. Les informations portant sur la personne du contractant. En revanche, il est tout à fait légitime d'exiger de l'autre partie, des informations sur sa propre situation. Pour le cas du contrat de crédit, il va sans dire que le banquier peut demander des informations sur la situation de son emprunteur. C'est même un devoir à son endroit²⁸⁴. C'est pourquoi un

²⁷⁸ Com, 12 février 2008, 07-10.462, *RDC*, 2008, 862, note M. Behar-Touchais. V. aussi, S. Lequette, *Le contrat-coopération, contribution à la théorie générale du contrat*, préf. de C. Brenner, Paris, Economica, 2012, p. 289 et s.

²⁷⁹ Civ. 1^{ère}, 3 juillet 1996, *Point club vidéo, Defrénois*, 15 septembre 1996, p. 1015, note P. Delebecque. *RTD Civ*, 1996, 901, note J. Mestre. *Defrénois*, 1997, 336, note D. Mazeaud.

²⁸⁰ Com, 4 octobre 2011, n°10-20.956, *JCP G*, 2012, 135, note J. Ghéstin. *RDC*, 2012 p. 64, note T. Génicon. *D*, 2012, 3052, note N. Dissaux. *D*, 2012, 459, note S. Amran-Mekki et M. Mekki.

²⁸¹ Com, 12 juin 2012, n°11-19.047, *RTD Civ*, 2012, 724, note B. Fages. *D*, 2012, 2079, note N. Dissaux.

²⁸² D. Mainguy, « L'erreur sur la rentabilité et le contrat de franchise », *RLDC*, 2012, n°98.

²⁸³ R. Loir, « L'information du franchisé sur le futur », *D*, 2012, 1425. N. Dissaux et R. Loir (dir.), *La protection du franchisé au début du XXI^{ème} siècle entre réalités et illusions*, Paris, L'Harmattan, 2009.

²⁸⁴ D. Legeais, *Juriscl Banque – Crédit – Bourse*, fasc 151, « Responsabilité service du crédit ». Septembre 2008, mise à jour avril 2015.

auteur²⁸⁵ regroupe en deux catégories les informations propres au contractant qui rendent compte de l'avenir du contrat. D'une part, on trouve les dispositions extrapatrimoniales, avec notamment la « situation juridique ». En matière de franchise, la doctrine a pu apprécier la souplesse d'un tel concept²⁸⁶. D'autre part, et cela porte moins à discussion, les dispositions de caractère patrimonial, c'est-à-dire la situation économique de l'entreprise. Plus le contrat va s'étaler dans le temps et plus cette information sera nécessaire pour offrir aux parties une vision claire de la possible évolution du contrat. C'est pourquoi les contrats tels que ceux relevant de la distribution ou la coopération commerciale font l'objet de clauses très précises. Les parties vont donc s'obliger à se communiquer toutes les informations pertinentes et faire part de tous les incidents qui pourraient survenir en cours de contrat. Pour s'assurer une visibilité juridique, les parties devront faire preuve de prévoyance en matière de répartition des obligations contractuelles. Tout ceci s'inscrivant dans une logique de coopération à laquelle le contrat va les astreindre²⁸⁷. En jurisprudence, le fondement choisi pour sanctionner une information tue est variable. Il s'agit en général d'une violation du principe de loyauté contractuelle²⁸⁸. Il apparaît en effet qu'une partie moins à même de connaître l'issue du contrat est sujette à toute sorte d'aléas que ne subira pas l'autre partie. D'où une certaine limite dans le consentement donné lors de la conclusion de l'acte.

151. Récapitulatif sur le devoir d'information. Les échanges d'informations sont au cœur de l'équilibre des négociations. C'est pourquoi nous nous sommes appesantis dessus pour voir en quoi ils étaient utiles pour juger de la bonne conduite des négociations précontractuelles. Ils font partie de ces indices qui, avec l'état du marché ou l'état de la relation économique, sont en mesure de dire au juge si le consentement donné résulte d'une négociation loyale. Il est encore un autre critère, outre le comportement des parties ou les circonstances de la négociation, qui peut indiquer si la négociation est équilibrée. Mais ce critère est un trompe-l'œil. Il s'agit du respect de règles formelles précédant le contrat. Il est nécessaire de nous pencher dessus, car le législateur y a souvent recours, pensant tenir les parties négociantes dans une attitude juste. Nous estimons que cette opinion n'est pas forcément fondée.

²⁸⁵ F. Paraiso, *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle*, préf. Christian Atias, Aix-en-Provence, PUAM, 2011, p. 136.

²⁸⁶ J. Mestre, « L'obligation de renseignement d'un franchiseur sur sa situation juridique », note sous Com, 7 mars 2000, *RTD Civ*, 2000, 829, cité par F. Paraiso, *op.cit.*

²⁸⁷ F. Collart-Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, [9^e édition], 2011, p. 891.

²⁸⁸ P. Le Tourneau, *Responsabilité civile professionnelle*, Paris, Dalloz, [2^e édition], 2005, p. 88.

§ 2 : La question d'une analyse de la négociation précontractuelle en fonction du respect du formalisme législatif, une fausse garantie de bonne négociation.

152. Introduction. Le législateur n'est pas resté totalement inerte face aux négociations injustes entre professionnels. Cependant, il a souvent été tenté d'y répondre par le formalisme. En quelque sorte, il s'est contenté d'imposer un processus pour s'assurer que les parties procédaient à une négociation équitable. L'inconvénient de cette suggestion se devine assez facilement. Nous ne nierons pas que l'idée présente un certain nombre d'intérêts. Simplement ils sont à replacer dans leur contexte. Ces intérêts ne se retrouvent pas forcément dans le cadre d'un contrat entre professionnels. Il faut donc voir en premier lieu la question de l'opportunité d'un formalisme dans les négociations précontractuelles (A), pour voir ensuite des exemples que le législateur a consacrés et les fruits que cela a produits (B).

A : Sur la nécessité de recourir au formalisme pour rééquilibrer la relation au moment de la négociation du contrat.

153. Présentation. Le formalisme contractuel n'est pas un phénomène monomorphe. De la même manière, il ne recèle pas non plus une vision unique du contrat. Chaque règle de formalisme traduit une exigence précise vis-à-vis de la convention. Elle garde cependant toujours un lien avec la négociation. D'une certaine manière, le formalisme de chaque époque traduit une certaine conception des négociations. Après avoir vu la conception classique du formalisme (1), nous verrons que celui-ci connaît aujourd'hui une forme de renouveau (2).

1 : Le phénomène du formalisme en droit classique des contrats

154. La question du formalisme en droit privé général. Le formalisme en droit des contrats concerne une multitude de domaines. Et pour cause, il répond à divers objectifs. Le formalisme s'oppose au consensualisme. Lorsqu'un contrat est consensuel, la loi n'impose aucune forme au contrat. Elle se contente de l'accord des parties. Elle les laisse assumer les différents risques que comporte la forme choisie. Ces risques, nous le verrons, sont de nature probatoire, informative ou autres. Une tendance du droit moderne veut que le formalisme appartienne à une époque archaïque, et que le consensualisme marque l'avènement d'un droit abouti et débarrassé des différents rituels obscurs qui pesaient sur les parties²⁸⁹. Ce n'est pas sans influence de l'autonomie de la volonté que cette théorie s'est affirmée. On devine

²⁸⁹ J. Flour, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé au milieu du XX^{ème} siècle, Études offertes à Georges Ripert*, Paris, LGDJ, 1950, t.1, p. 93.

facilement que ceux qui ne se réfèrent qu'à la volonté des parties en matière de règles contractuelles suivent la même opinion quant aux formes que doit revêtir le contrat. Une telle idée doit subir les mêmes objections que le dogme de l'autonomie de la volonté. Il est parfois préférable que la loi impose une forme au contrat lorsque le consensualisme peut nuire à un contractant, à un tiers ou à l'intérêt général. En matière de relations entre professionnels, le consensualisme a l'avantage de la rapidité et du faible coût²⁹⁰.

155. Persistance des règles formalistes en droit moderne. Pourtant, le formalisme n'a pas disparu avec le temps. Il est même l'objet de débats récurrents en doctrine. Pour bien comprendre son utilité, il convient d'opérer des distinctions entre les différentes formes de formalisme. Le Professeur Malaurie affirme²⁹¹ que le formalisme répond à un besoin de sécurité lorsque l'on se trouve dans une situation de « *peur* ». En cela, il se fait l'écho de Jean Carbonnier qui écrivait que « *l'épouvanter s'est muée en règles de droit, celles qui fixent les conditions de l'opération, des conditions sûres, rassurantes, puisqu'elles ont été dictées par une expertise.* »²⁹² De façon plus concrète, il faut voir l'objectif affiché par les règles de forme des contrats pour voir en quoi elles peuvent peser sur les négociations. Jacques Flour²⁹³ voyait trois finalités au formalisme. Elles vont diversement retenir notre attention: il peut s'agir, soit d'attirer l'attention sur un élément du contrat d'une partie, soit d'obtenir une certaine sécurité²⁹⁴ et rapidité (par l'emploi de formules prédigées), soit de rendre public l'acte encore occulte. Ce qui sera déterminant pour notre étude, c'est de comprendre en quoi les règles de forme strictes peuvent protéger une partie faible.

156. Critique de l'idée d'un formalisme pour rééquilibrer la négociation contractuelle. Certes, le consentement peut être mieux éclairé si une partie est informée d'une clause qui déséquilibre sensiblement le contrat. Pour autant, le formalisme n'est pas forcément une réponse parfaite au problème de l'asymétrie informationnelle, car ce que la loi oblige à mentionner n'est pas toujours l'élément clef du déséquilibre. Le domaine de l'asymétrie informationnelle est trop vaste pour pouvoir être résorbé par un simple exergue dans la rédaction du contrat. Certes, il vaut mieux qu'un débiteur sache que le crédit qu'il souscrit l'engage au remboursement. Cependant, c'est encore mieux s'il est en mesure d'analyser ses perspectives financières pour la durée du crédit. En effet, le problème du formalisme, c'est qu'il considère qu'il suffit de guider les contractants sur un « processus »

²⁹⁰ Sur la question, F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 154 et s.

²⁹¹ P. Malaurie, « Propos conclusif du colloque : *Regards sur le formalisme en droit privé*, tenu à Tunis le 11décembre 2004 », *Defrénois*, 30 mars 2005, p. 481.

²⁹² J. Carbonnier, « La part du droit dans l'angoisse contemporaine », in *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, [10^{ème} édition], 2001, p. 208. La citation concerne plutôt les questions éthiques et scientifiques mais sa transposition aux contrats d'affaires est éloquente.

²⁹³ J. Flour, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *op. cit.*

²⁹⁴ Par exemple un bordereau Dailly doit préciser qu'il est un bordereau Dailly, article L313-23 du Code monétaire et financier.

pour arriver à un juste résultat. Or le déséquilibre ne se résout pas par un simple processus. C'est ce type de formalisme qui a entraîné la mention manuscrite du cautionnement souscrit par une personne physique prévue aux articles L341-2 et L341-3 du Code de la consommation²⁹⁵.

2 : Le renouveau du formalisme en droit moderne : une constante observée en doctrine.

157. Les caractéristiques du renouveau du formalisme. Il est intéressant de voir les nouveaux aspects du formalisme que le droit semble revêtir aujourd'hui. L'idée est même retenue d'un « *renouveau du formalisme* »²⁹⁶. Le formalisme n'est pas tant considéré comme un rite sacramental qu'une technique de protection contre les aléas de la vie des affaires. Ce formalisme est presque toujours de nature informative. C'est surtout au niveau de la sanction qu'il est nouveau²⁹⁷. L'on est passé d'un formalisme direct et strict à un formalisme indirect et atténué. On ne tient pas toujours la plume des contractants, mais on cherche à s'assurer que l'information a bien été transmise à la partie faible. Et ce, selon différentes intensités : soit l'on exige que des documents soient lui remis, ou bien par exemple, on demande de s'assurer qu'elle a bien compris telle information essentielle²⁹⁸. Peut-on envisager de sanctionner un manquement à un devoir de conseil par une modulation des obligations contractuelles ? L'idée, même si elle peut paraître trop empreinte d'insécurité juridique n'est pas impossible, tant la théorie du renouveau du formalisme ne s'inscrit pas dans un régime cohérent, mais plutôt disparate²⁹⁹. D'où la volonté d'une partie de la doctrine de contenir ce formalisme dans les limites du raisonnable³⁰⁰. Cela se justifie parfaitement lorsque l'on cherche à endiguer les négociations déséquilibrées. Les situations sont beaucoup trop variées pour que le législateur s'essaie à une formalisation du processus.

158. Transition. Or c'est bien ce qu'il a voulu faire dans plusieurs domaines. Nous étudierons deux exemples très significatifs pour justifier que la négociation ne peut pas s'apprécier en fonction du respect d'un processus. Même si ce processus peut avoir des avantages particuliers, surtout pour protéger des parties faibles peu enclines à se renseigner

²⁹⁵ D. Legeais, « La formule manuscrite du cautionnement encore malmenée », *JCP E*, 2014, 1010.

²⁹⁶ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, les obligations, l'acte juridique*, Paris, Sirey, [16^{ème} édition], 2014, t. 1, n°300 et s.

²⁹⁷ *Id.* V. aussi : V. Magnier, « La sanction du formalisme informatif », *JCP G*, 2004, I, 106.

²⁹⁸ G. Couturier, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Defrénois*, 15 août 2000, p. 880.

²⁹⁹ V. Magnier, (*op.cit.*) affirme que cette incohérence se situe surtout au niveau des sanctions. La déchéance des intérêts est tantôt facultative, tantôt obligatoire.

³⁰⁰ X. Lagarde, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP G*, 1999, I, 170.

sur leurs droits³⁰¹, il ne saurait juger de façon générale d'une situation.

B : Deux exemples justifiant de l'inefficacité du formalisme comme critère d'appréciation des négociations précontractuelles.

159. Présentation des exemples. Le premier exemple que nous allons étudier ne concerne pas au premier chef contrat d'adhésion entre professionnels, mais il est significatif des faiblesses de l'efficacité du formalisme acharné du législateur et des incertitudes auquel il aboutit. Il s'agit de la mention manuscrite lorsqu'un cautionnement est souscrit par une personne physique. Ces dispositions figurent aux articles L341-2 et L341-3 du Code de la consommation. Le second traite directement du déséquilibre contractuel entre professionnels et rend compte d'une fonction de contrôle renforcé sur le processus de négociation : il s'agit des règles relatives à la transparence des négociations, figurant aux articles L441-6 et suivants du Code de commerce.

1 : L'obligation de la mention manuscrite pour les cautionnements souscrits par une personne physique.

160. Présentation de la mention manuscrite pour un cautionnement contracté par une personne physique. Le contrat de cautionnement présente l'intérêt de mettre en avant les caractéristiques du formalisme informatif « renaissant ». Mis en place par la loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003, codifié aux articles L341-2 et L341-3 du Code de la consommation, il prévoit une procédure très contraignante pour s'assurer que la caution n'a pas souscrit son engagement sur un malentendu. Il est l'aboutissement d'une succession de lois qui imposaient tour à tour des consignes strictes pour s'assurer que la caution avait conscience de l'engagement qu'elle prenait³⁰². Aujourd'hui, la caution doit rédiger son engagement de la façon suivante : « *En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de ... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de ..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même.* » et ceci, écrit à la main. Le caractère presque surréaliste de la formule de la mention manuscrite prouve que la protection de la partie faible ne se situe pas dans des exigences de forme, et qu'il convient davantage de se pencher sur les éléments de fond qui ont déterminé les négociations. Un

³⁰¹ Nous pensons ici au travailleur ou au consommateur : H. Jacquemin, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Larcier, 2010.

³⁰² Pour l'historique de cette législation, P. Stoffel-Munck, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD Com*, 2012, 705.

praticien a d'ailleurs pu dire que les mentions manuscrites n'ajoutent rien au consentement, mais elles ont plutôt tendance à instituer une certaine méfiance à l'égard du rédacteur d'acte.³⁰³

161. Les nuances apportées par la jurisprudence à la règle. D'aucuns soulignent que ces dispositions ne servent pas tant à protéger la partie faible qu'à offrir une planche de salut au débiteur de mauvaise foi³⁰⁴. C'est pourquoi la jurisprudence a opéré quelques variations dans l'application de ces articles. Longtemps, la Cour de cassation suivait avec rigueur la lettre de ces articles, au point d'être accusée parfois de rigorisme³⁰⁵. La preuve de la connaissance par le débiteur de la portée de son engagement même par un aveu judiciaire n'enlevait rien à la nullité du contrat de cautionnement³⁰⁶. Cette solution consacrée par la loi était d'autant plus choquante qu'elle s'inscrivait en rupture avec la jurisprudence sur la mention manuscrite prévue à l'article 1326 du Code civil, témoignant de son caractère peu utile³⁰⁷. À partir de 2010, la jurisprudence s'est montrée plus souple. Un arrêt du 6 juillet 2010 rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation a restreint la portée de ces articles en ne les appliquant pas à un cautionnement souscrit par acte authentique ou par décision judiciaire³⁰⁸. Par la suite, les juges de la Haute juridiction ont refusé de reconnaître la nullité du cautionnement lorsque l'omission ne donnait pas lieu à ambiguïté voire était dérisoire³⁰⁹. Par ailleurs, le juge s'en tient aujourd'hui à la nullité relative pour éviter les recours abusifs³¹⁰.

162. L'incapacité du formalisme tel qu'exigé pour le cautionnement à protéger un contractant en position de faiblesse. La leçon de la mention manuscrite du cautionnement souscrite par une personne physique nous montre les limites du formalisme. L'évolution

³⁰³ G. Daublon, « Le formalisme du point de vue d'un praticien », *Defrénois*, 15 août 2000, p. 929. V. aussi, A. Cerles, « La mention manuscrite du Code de la consommation », in D. Legeais (dir.) Colloque : *Quelle protection pour la caution*, 24 mai 2012, *Rev. dr. bancaire*, 2012, dossier 39.

³⁰⁴ E. Meiller, « La distinction du formalisme et de la formalité », *D*, 2012, p. 160.

³⁰⁵ P. Crocq, « Mention manuscrite et conclusion du cautionnement donné au profit d'un preneur à bail : rigueur ou rigorisme ? » *RTD Civ*, 2006, 797, à propos des arrêts Civ. 3^{ème}, 8 mars 2006, n°05-11.042, Civ. 3^{ème}, 27 septembre 2006, n°05-17.804.

³⁰⁶ Com, 28 avril 2009, n°08-11.616, *D. act.*, 12 mai 2009, 12, note V. Avena-Robardet.

³⁰⁷ P. Crocq, « La mention manuscrite : une réincarnation juridique au dépens de la jurisprudence antérieure ! » *RTD Civ*, 2004, 121.

³⁰⁸ Com, 6 juillet 2010, *D*, 2010, 2129, note S. Piedelièvre.

³⁰⁹ Lorsqu'il ne manquait que la mention de la solidarité, seule la solidarité était exclue : Com, 8 mars 2011, *D*, 2011, 1193, note Y. Picod. En l'absence d'omission de la ponctuation également : Civ 1^{ère}, 11 septembre 2013, n°12-19094. D. Legeais, « Portée de l'omission des termes « mes biens » dans la mention manuscrite d'un cautionnement », note sous arrêt Com, 1^{er} octobre 2013, *JCP E*, 2013, 1624.

³¹⁰ Com, 5 février 2013, *JCP E*, 2013, 1174, note S. Le Gac-Pech. D. Legeais, « Cautionnement et formalisme : quelle sanction ? », *Rev. Société*, 2013, 479.

historique prouve de façon évidente que le zèle requis par le juge lors de la promulgation de la règle ne dure qu'un temps. Est-ce parce que les créanciers finissent par être plus vigilants ou parce que la règle perd de son intérêt avec le temps ? A tout le moins, les juges finissent par reconnaître, à terme, que les excès de formalisme ne remplissent pas les objectifs qu'ils promettent. On pourrait répondre qu'il ne s'agit que de dispositions qui ne concernent majoritairement que les consommateurs. Cela n'emporte pas conviction, le Code de commerce contient également des règles de forme censées protéger les professionnels parties faibles. Et le plus surprenant, c'est qu'il ne s'agit pas de s'assurer de la bonne connaissance de l'information, mais de la loyauté même des négociations.

2 : Le formalisme commercial prévu aux articles L441-6 et suivants du Code de commerce.

163. La montée en puissance du formalisme dans les contrats de distribution et de coopération commerciale. Le droit de la distribution fait l'objet d'un cas particulier dans le droit des contrats commerciaux, puisque le législateur est très attentif à la façon dont ses contrats sont conclus. La loi qui prévoyait jadis la non-discrimination requérait que les prestations des parties apparaissent le plus clairement possible sur les documents échangés. La discrimination n'est plus prohibée depuis 2005, mais le législateur exige toujours de connaître avec précision le détail des facturations³¹¹. Et il ne s'agit pas seulement de faire en sorte que la prestation soit connue, mais aussi de s'assurer que les négociants s'engagent en pourparlers sur un pied d'égalité. Les contrats agricoles sont un cas particulier au sein du cas particulier. Nous n'analyserons pas ici en détail les règles de transparence et de délai de paiement puisqu'elles ne concernent pas directement notre démonstration. Elles ont, certes, un objectif de moralisation du contrat, mais elle ne porte pas tellement sur le processus de négociation, mais plus sur le contenu du contrat lui-même.

164. La volonté manifestée par le législateur d'encadrer le processus de négociation grâce à un formalisme trop exigeant. Non seulement le législateur, grâce aux articles L441-6 à L441-7 du Code de commerce, a tout fait pour s'assurer que les prestations, réductions de prix et paiements dus figurent le plus lisiblement possible sur la convention, laquelle doit être unique ; mais de surcroît, le plus intéressant est la façon dont la loi essaye de guider les négociations³¹². La LME avait commencé à fixer des règles. Les conditions générales de vente doivent depuis être le « socle » de la négociation commerciale³¹³. Qu'est-ce à dire³¹⁴ ?

³¹¹ M. Chagny, « Regards juridiques sur la modernisation des relations commerciales (Actes II) », *Concurrences* 1-2008, p. 16.

³¹² M. Behar-Touchais, « Négociations commerciales : un formalisme accru », *RLC*, 2005, n°3.

³¹³ L.-M. Augagneur, « Interdiction, droit et devoir de négocier : retour sur la confrontation entre conditions générales de vente et conditions générales d'achat », *JCP E*, 2010, 1654.

Quel processus la loi LME a voulu imposer aux parties, en sorte que les négociations soient le plus équitables possible ? La question est longtemps restée en suspens. L'administration a donné un certain nombre de précisions par circulaires³¹⁵. Certains fournisseurs prétendaient que cela consacrait une primauté intangible des CGV sur les CGA. Or une telle solution était trop facile pour être vraie. À vrai dire, il semble que cette notion de socle signifie qu'une condition générale de vente qui n'a pas été contestée en négociation est valable, tandis qu'une condition générale d'achat qui n'a pas fait l'objet de négociation est réputée sans effet sur la relation commerciale. Visiblement, l'offre et l'acceptation ne semblent pas sur un pied d'égalité dans cette branche particulière du droit des contrats³¹⁶. La loi Hamon évoquée plus haut affirme aujourd'hui que les conditions générales de vente doivent être le « *socle unique* » des négociations, ce qui n'éclaire guère plus. Le distributeur devra répondre de manière circonstanciée et écrite à toute demande du fournisseur. Une partie de la pratique affirme que le législateur insiste davantage dessus³¹⁷. Cette convention doit être conclue avant le 1^{er} mars de chaque année ou bien deux mois avant le point de départ de la période de commercialisation. C'est ce qui ressort de l'article L441-7 du Code de commerce

165. Un formalisme différent du formalisme civil. Ce formalisme prévu à l'article L441-7 du Code de commerce relève d'une nature particulière. Contrairement au formalisme classique, y compris celui que nous avons évoqué pour le cautionnement, il ne donne pas lieu à la nullité de l'acte. Il n'est plus sanctionné depuis 2008 que par la responsabilité civile du débiteur, comme le prévoit l'article L442-6 I 9° du même code. Le contrat demeurant identique une fois signé³¹⁸. Le paragraphe II du même article du même code prévoit des sanctions allant jusqu'à 75 000 euros pour les personnes physiques et 375 000 euros pour les personnes morales. L'amende peut être doublée en cas de réitération du manquement à compter de deux années après la première condamnation. Comme prévu à l'article L465-2 de ce même code, la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes peut procéder à une enquête. L'on peut comprendre que le législateur ait voulu protéger les fournisseurs qui n'ont pas intérêt à ce que leur convention soit annulée. Néanmoins, si ce formalisme diffère du formalisme civil dans

³¹⁴ M. Behar-Touchais et R. Amaro, « A propos du Livre Vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe (Réponse du réseau Trans Europe Experts) », *RLC*, 2013, n°36.

³¹⁵ Notamment la circulaire du 8 décembre 2005, JO du 30 décembre 2005. Voir M. Behar-Touchais, « Les rapports industrie-commerce : la loi du 2 août 2005 sur les PME ou la loi Jacob-Dutreil et la circulaire du 8 décembre 2005 relative aux relations commerciales », *RDC*, 2006, p. 435.

³¹⁶ D. Mainguy, J-L. Respaud et M. Depincé, *Droit de la concurrence*, Paris, Litec, 2010, p. 148 et s. Une deuxième édition est à paraître.

³¹⁷ J-C. Grall et C. Ducros, « Présentation du projet de loi relatif à la consommation adopté en première lecture à l'Assemblée le 3 juillet 2013 ». *RLDA*, 2013, n°86.

³¹⁸ M. Pédamon, H. Kenfack, *Droit commercial, commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce*, Paris, Dalloz, [3^e édition], 2011, p. 606.

ses conséquences, dans son esprit, il en conserve des traits similaires. Il consiste à croire que la négociation se fait sur des bases honnêtes, dès lors que les pourparlers suivent un processus précis.

166. Les limites des règles de transparence pour moraliser les négociations commerciales. Ce formalisme commercial est-il efficace ? Il est en partie souhaitable. Car il s'appuie sur de longues décennies d'expérience de la distribution qui connaît des pratiques de facturation parfois occulte. Prenons un exemple : un producteur demande à la CEPC s'il est normal que le distributeur rejette par avance les conditions générales de vente. Celle-ci répond³¹⁹ par la négative : mais à quoi bon exiger d'une partie qu'elle se plie à un rite de négociation si sa décision quant au contrat est ferme ? De même, sur le fondement de ces articles, la CEPC³²⁰ refuse d'imposer des conditions particulières de vente avant la négociation. Dans ce cas, en quoi l'imposition, si elle intervient en cours de négociation est-elle plus loyale, et le contrat moins léonin ? C'est pourquoi, si l'on peut souligner dans une certaine mesure les bienfaits du formalisme commercial (transparence, information, lutte contre les discriminations lorsque celles-ci sont prohibées), il n'en demeure pas moins que celui-ci ne peut jamais dire si une négociation est équilibrée ou non. Le déséquilibre des négociations se reconnaît, soit à l'intention d'une partie, soit à l'inégalité entre les contractants. Il ne sert à rien d'imposer un processus de négociation qui n'aurait d'équilibré que l'apparence.

167. Conclusion de la section : Nous avons essayé de rassembler, autant que cela est possible, les différents éléments que le juge a à sa disposition pour savoir si une négociation s'est faite selon des procédés loyaux et équitables. Le champ des possibilités est relativement large. Et chaque critère est insuffisant en lui-même pour pouvoir s'appliquer à toutes les situations. Une entreprise en situation de monopole peut adopter un comportement tout à fait loyal. À l'inverse, une entreprise, même sans user de procédés déloyaux, peut être en situation économique favorable. L'entreprise d'analyse des négociations en elle-même est délicate, car elle consiste à mettre en lumière ce qui par nature est occulte. Une dérive possible de l'analyse des négociations serait l'émergence de négociations formelles, servant à masquer les véritables déterminants de l'opération commerciale. Car, outre l'issue décidée par le juge, il faut aussi évaluer l'impact du procès sur l'image de l'entreprise. Un procès mettant en cause les négociations pourrait révéler des informations secrètes, et ainsi causer un préjudice à une entreprise prétendument auteur d'un dommage généré par le contrat.

Évidemment ce problème n'est pas nouveau. Et il existe des possibilités de l'éviter. Par exemple, l'on pourrait, avant de pouvoir mettre en cause la loyauté des négociations, prouver qu'il existe des éléments laissant présumer une négociation trop injuste. De surcroît, il faut que le juge qui apprécie le déséquilibre des négociations ne le fasse que lorsqu'il

³¹⁹ CEPC, avis n°08-06 du 19 décembre 2008, M. Dany, « Pratiques restrictives », *Concurrences* 1-2009, p. 126.

³²⁰ *Id.*

constate un excès. C'est-à-dire que la situation doit présenter un caractère exceptionnel pour justifier une intrusion du juge dans les rapports contractuels.

Il n'empêche que la période des pourparlers ne peut pas rester sans effet sur le contrat. Surtout lorsqu'une partie est socialement contrainte à poursuivre une relation d'affaires. Même si l'analyse des négociations laisse en suspens certaines interrogations juridiques, elle garde sa légitimité. Cela est dû au fait qu'elle allie la recherche d'équité dans le contrat et le respect de la parole donnée. Un contractant ne peut pas se plaindre du caractère injuste d'une clause qu'il a lui-même exigée avant de signer le contrat. De même, on peut plus facilement dénoncer le caractère léonin d'une clause quand on sait de quelle partie elle émane.

Conclusion du chapitre 1 :

168. Le bon équilibre entre autonomie de la volonté et protection de la partie faible : l'analyse des négociations. L'équilibre est difficile à trouver entre un contrat librement déterminé par les parties et un contrat qui n'est plus rédigé que de la main du législateur. Pour rééquilibrer le contrat, plusieurs solutions sont possibles. On peut simplement sanctionner le déséquilibre des prestations. Cela demeure possible, il faut cependant considérer les contraintes que cela implique. Parmi celles-ci, l'on pense notamment à la possibilité pour une partie de refuser une clause qu'elle a elle-même souhaitée. Or, en analysant les négociations, on permet un juste équilibre entre l'autonomie de la volonté et la nécessité de protéger ceux qui méritent cette protection. Les affaires sont, par excellence, le lieu de la négociation. Il est donc normal qu'elle serve de référence à la protection de la partie faible lorsque le contrat est conclu entre deux professionnels. Et les pourparlers ne sauraient demeurer une période de non-droit. Cela est d'autant plus vrai qu'elles sont relativement révélatrices de l'état d'esprit dans lequel un accord a été conclu. Bien que l'on ne saurait donner aux pourparlers la même forme qu'un contrat, le besoin est cependant réel de les appréhender juridiquement.

169. Une manière de trouver le bon équilibre entre respect de la volonté et affirmation du consentement. S'adonner à l'analyse des négociations, c'est considérer que le consentement ne forme pas nécessairement un tout. Le consentement donné est parfois plus un acte de résignation qu'une manifestation de volonté délibérée et assumée. On peut donc retrancher du consentement ce qui a été obtenu sous la contrainte et dans des circonstances regrettables.

170. L'analyse des négociations en droit des affaires, une entreprise possible, mais non dénuée d'obstacles. Nous avons donc souligné que le pivot de l'équilibre des contrats se situe au niveau de la négociation. Le silence du Code civil sur cette question n'était certainement rien d'autre que la certitude que l'homme par sa seule volonté pouvait parvenir à défendre de façon optimale ses intérêts. L'homme n'étant pas un être purement rationnel, et les humains ne constituant pas des êtres abstraits, soumis à aucune contingence, le droit des

contrats devait admettre que la volonté exprimée n'était pas synonyme de justice. Il appert donc que c'est dans ce processus de manifestation de la volonté que se situe le paradoxe du contractant qui prend une décision en sa défaveur. Nous avons donc émis l'ambition de nous lancer dans une analyse de la période des négociations pour concilier le respect de la volonté et l'existence de déséquilibres flagrants. Si cela peut aller de soi d'un point de vue théorique, en pratique, c'est un travail très hasardeux. La négociation, par essence, ne peut pas être formalisée. Elle se heurte à des questions de preuve, notamment de la mauvaise intention. Il n'empêche que le juge a, à sa disposition, un certain nombre d'éléments qui lui permettent d'apprécier même de loin, une négociation qui, de façon flagrante, ne s'est pas faite sur des bases équitables. Il faut lui laisser le loisir de prendre en compte, tantôt l'état du marché, tantôt le comportement d'une partie avant la signature du contrat, tantôt un autre critère... Dès lors qu'il discerne l'élément clef dans les pourparlers à l'origine du déséquilibre, il faut faire confiance à son appréciation souveraine.

171. Transition. Enfin, il faut souligner que le rôle que nous attribuons au juge ne correspond pas toujours à l'idée d'un droit des affaires débarrassé de la contrainte étatique, capable de produire plus de richesses parce que plus libre. Cette objection appellera plus loin dans nos développements à définir le cadre économique dans lequel se situe notre étude. Pour l'heure, il faut admettre que le législateur ne consacre pas, tant s'en faut, le critère de l'analyse des négociations pour protéger la partie faible. Il a plutôt recours à d'autres techniques comme le statut conféré à tel contractant ou l'appréciation du contenu du contrat. Nous allons les étudier dans le chapitre suivant. Il est en effet nécessaire de voir en quoi ces autres techniques peuvent être efficaces et les limites qu'elles présentent.

Chapitre 2 : Intérêt d'un rééquilibrage du contrat par l'analyse des négociations.

172. La protection de la partie faible contractuelle par l'analyse des négociations, un idéal jamais atteint. La modulation du contrat par l'analyse de la négociation est loin d'être le seul outil de protection de la partie faible. Nous avons vu que Raymond Saleilles avait inspiré de nombreuses créations de la loi et de la jurisprudence. Celles-ci sans doute cumulaient d'avoir les avantages du contrat d'adhésion tel que vu par Saleilles, sans avoir ses inconvénients. La protection de la partie faible a commencé, entre autres avec la protection du consommateur, par la suppression de clauses abusives. Cependant, d'autres secteurs comme le droit du travail étaient concernés. En matière de protection entre professionnels, l'avancée s'est faite d'abord de façon fragmentaire avec le sous-traitant, par exemple. Est-on en train d'avancer vers l'idéal de Saleilles ? Ou bien cet idéal n'est-il jamais atteignable ? Il pourrait être de surcroît, difficile de penser qu'il faille encore ajouter une disposition protectrice de la partie faible qui, même pour la seule hypothèse d'un contrat entre professionnels connaît déjà beaucoup de procédés dans ce sens.

173. Une technique cependant souhaitable. Il semble pourtant que ce mode de protection de la partie faible par l'analyse des négociations, dans un contrat entre professionnels, soit souhaitable. Nous verrons que les autres procédés connaissent des limites auxquelles seul celui-ci est en mesure de répondre. Le droit des contrats commerciaux ne répond pas aux mêmes soucis que le droit de la consommation, le droit du travail ou le droit civil général. La partie faible n'a pas la même faiblesse, même si les caractéristiques de ces différentes « faiblesses » se recoupent.

174. Une technique préférable à l'octroi d'un statut pour la partie faible. L'avantage de surmonter les inégalités entre contractants par le prisme des négociations est de constater la faiblesse d'une partie sans trahir l'autonomie de la volonté. C'est un critère des plus légitimes en présence d'un contrat entre professionnels. D'abord parce qu'il n'est pas facile de différencier un professionnel partie faible d'un professionnel partie forte. La pratique donne bien des indices, mais ceux-ci restent relatifs. Prenons le cas de la distribution : on a coutume de penser que le fournisseur est toujours la partie forte. C'est vrai en France puisque c'est l'état du marché qui le permet. À l'inverse, en matière de distribution de bière³²¹, le producteur est généralement une très grande entreprise qui impose des contrats très contraignants aux distributeurs, qui eux sont de petits débitants de boissons. De même pour un contrat de location. Il est usuel de penser que le propriétaire est une partie forte. Cela ne se

³²¹ T. Lambert, « La spécificité du contrat de bière », *RLDA*, 2008, n°26, p. 86 ; L. Guillemin, « La défense du distributeur face à son fournisseur dans le contrat de bière », *D*, 2013, 657.

vérifie pas pour ce qui est des contrats de concession d'implantation éolienne, la pratique est relativement récente. Les propriétaires qui mettent à disposition leur terrain sont souvent des agriculteurs qui cherchent à compléter leur revenu alors que les preneurs à bail sont de grandes entreprises qui rédigent elles-mêmes les contrats et font peser toutes les contraintes et aléas sur le propriétaire³²².

175. Une technique préférable à une analyse du contenu du contrat. De même, on pourrait considérer que la seule exorbitance du prix suffirait à exiger une nouvelle rédaction du contrat par le juge. C'est ce que le législateur³²³ a institué en matière de déséquilibre significatif³²⁴. La démarche est audacieuse et souvent efficace, mais non dénuée d'inconvénient. Le juge doit-il nécessairement réévaluer le montant du prix lorsque l'exécution du contrat s'échelonne sur une longue période et que l'équilibre des prestations se fait sur le très long terme. Par exemple, sur une longue relation d'affaires, une partie peut concéder un prix dérisoire à un moment donné, en sorte que cela corresponde à la récompense d'une fidélité dans la relation. Tel n'est pas le cas lorsque ce prix dérisoire est constamment appliqué sans qu'aucune contrepartie ne puisse jamais être caractérisée. Faut-il engager le juge dans la recherche du juste prix ou bien ne faut-il pas parfois lui démontrer qu'une partie possède un pouvoir contractuel³²⁵ sur l'autre ?

176. Nécessité de procéder à une comparaison. Les solutions varient souvent d'une situation l'autre. Parfois telle protection sera plus souhaitable qu'une autre. L'intérêt de s'en tenir à la qualité des négociations est double : il permet de déceler les contrats où le consentement qui a été donné l'a été fait sous une forme de contrainte, sans laisser la partie faible échapper à ses responsabilités quant à la parole qu'elle a donnée. Tel n'est pas le cas des autres techniques de rééquilibrage du contrat. Lorsque le rééquilibrage consiste à ajuster le montant d'une prestation in abstracto, le risque est qu'une partie soit libérée d'un engagement qu'elle avait souscrit sans malveillance de la part de l'autre. Si l'on s'en tient au

³²² <http://vent.du.haut.forez.free.fr/Tract%20Agriculteurs.pdf>

B. Grimonprez, « Les fermes solaires ou éoliennes en milieu rural », *Revue Environnement*, 2011, dossier 4. B. de Gérando, « Le renouvellement des contrats d'implantation d'éoliennes terrestres », *Bulletin du droit de l'environnement industriel*, 2013, supplément 45.

³²³ M. Behar-Touchais, « Aucune clause ne résiste à l'article L.442-6-I-2° du Code de commerce sanctionnant le déséquilibre significatif », *RLC*, 2012, n°31, p. 43 ; « Quand le tribunal d'Evry fait mentir les prévisions : certaines clauses résistent au déséquilibre significatif » *RDC*, 2013, p. 979 ; N. Mathey, « Déséquilibre significatif, notion encore en construction », *CCC*, 2013, comm. 269 ; M. Malaurie-Vignal, « Le nouvel article L442-6 I 2° du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle ? », *CCC*, 2008, dossier 5.

³²⁴ L'on verra ci-après que le déséquilibre significatif prévu à l'article L442-6 du Code de commerce peut porter sur le prix. À ceci près que l'article 1169 du projet de réforme du droit des contrats affirme que ce terme ne signifie pas l'adéquation de la prestation au prix.

³²⁵ On entendra par « pouvoir contractuel », la capacité de droit ou de fait que possède une partie pour imposer à l'autre des dispositions contractuelles.

statut de la partie faible, le risque est que le statut de « partie faible » ne profite pas forcément à celui qui en a le plus besoin. C'est pourquoi dans ce chapitre, nous allons procéder par l'exemple pour voir dans quelle mesure le rééquilibrage du contrat par l'analyse de la négociation est, ou non, préférable à une autre technique. D'abord nous verrons s'il doit être privilégié à une protection fondée sur le contenu du contrat (section 1), et ensuite s'il doit être préféré à une protection axée sur le statut conféré à la partie faible (section 2).

Section 1 : Protection selon la négociation ou selon le contenu du contrat.

177. La protection par l'analyse du contenu du contrat, une solution présentant des avantages, mais relativement imparfaite. Lorsque le pouvoir contractuel de la partie forte est trop flagrant, la théorie générale du contrat est tentée d'imposer le contenu du contrat aux parties. Elle peut également être tentée de limiter le montant des prestations de façon autoritaire, sans chercher à savoir si le consentement a, ou non, été donné. Les avantages de cette technique sont indéniables. Les grands remèdes doivent répondre aux grands maux. Mais cette technique est-elle pour autant applicable dans toutes les situations ? Le contractant professionnel, même partie faible n'effectue pas les mêmes dépenses qu'un particulier. Il contracte pour les besoins de l'entreprise pour qui il travaille. Certes, certaines personnes physiques s'engagent dans les affaires et en tirent leur revenu de première nécessité. Cela étant, elles font le choix de ne pas se salarier. Alors, autant l'on pourrait fixer le prix du pain, de l'essence ou des télécommunications ; autant il est plus difficile de fixer le prix d'une prestation de courtage, de mise à disposition de droits de propriété intellectuelle ou d'une promotion commerciale.

178. Division de l'étude. Alors, dans quelle mesure est-il préférable de protéger la partie faible professionnelle selon le contenu des clauses du contrat, plutôt que selon les négociations ? Il faut examiner les différents avantages et inconvénients de ces protections pour voir les situations où elles s'appliquent le mieux. Cette efficacité s'entend dans le sens où, la partie faible, n'est pas obligée de démontrer une quantité d'éléments avant de pouvoir demander au juge la possibilité de revenir sur les dispositions du contrat. Il suffit de constater que le montant de la prestation est inférieur ou supérieur à ce qui est autorisé. Les critiques de cette démarche sont prévisibles. L'on imagine que les partisans de l'autonomie de la volonté les plus fermes dénonceraient un assistanat contractuel et une ingérence du pouvoir réglementaire sur le contrat. Cette affirmation ne serait pas forcément juste, car une limitation de la liberté contractuelle ne signifie pas la disparition de celle-ci. Il faut admettre que le rééquilibrage du contrat par un contrôle du prix présente l'avantage d'être un rempart crédible pour s'opposer à un pouvoir contractuel trop fort (§1), mais il est nécessaire de le limiter aux cas de déséquilibres flagrants (§2).

179. Un fondement radical pour remédier aux déséquilibres contractuels. On pourrait presque dire que la limitation contractuelle du prix est une mesure extrême. Et pas seulement le prix, mais toute disposition contractuelle susceptible de créer un déséquilibre. Cette capacité du juge de revenir le plus aisément possible sur le contrat doit donc correspondre aux situations où le besoin de protection est radical. À cela, il y a plusieurs raisons. D'abord parce que ce déséquilibre s'appuie sur une faible propension de la partie lésée à faire valoir ses droits en justice. C'est aussi parce qu'une telle protection facilite le travail processuel de cette partie lésée en soulageant son fardeau de la preuve, ce qui ne peut pas devenir une norme absolue. C'est pourquoi il est des circonstances où il convient d'instaurer une *clausula generalis*³²⁶ qui permette à la partie faible de s'engager dans un procès dont l'issue ne laisse pas de place à l'incertitude. Simplement parce que l'abus est trop flagrant pour nécessiter une démonstration compliquée. Il convient également que la partie forte ne profite pas de la faible probabilité du succès d'une action en justice pour espérer échapper à la sanction.

180. Avantages et inconvénients à distinguer. Même si notre étude se restreint à la protection de la partie faible par l'analyse des négociations, nous devons prendre à notre compte les avantages des autres moyens de protection pour voir en quoi chacun est approprié. C'est pourquoi nous étudierons les avantages de cette protection par l'analyse du contenu du contrat sous deux aspects : d'abord l'absence d'élément à rapporter pour sanctionner le déséquilibre économique du contrat (A) et ensuite nous verrons sa nécessité en présence d'un contrat qui confère explicitement à une partie, dans ses stipulations, un pouvoir de déterminer la prestation à effectuer (B).

A : Une protection efficace dispensant la partie faible d'un fardeau probatoire excessif.

181. La condition d'une démonstration économique : un fardeau inutile pour la partie faible. La protection de la partie faible reposant sur un contrôle du contenu du contrat gêne une partie de la doctrine en ce qu'elle s'oppose à la politique de libéralisation de la concurrence menée depuis 1986. En effet, la détermination légale et judiciaire du contenu du contrat heurte à la fois la culture de concurrence et la culture contractuelle. Alors nécessairement, l'on accepte que le juge défende une partie faible contre une convention déséquilibrée, mais c'est sous réserve que ce déséquilibre soit assorti d'une condition

³²⁶ M. Behar-Touchais, R. Amaro, « À propos du Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non alimentaire interentreprises en Europe (Réponse du réseau Trans Europe Experts) », *op. cit.*

supplémentaire³²⁷. Ces conditions sont généralement de deux ordres : une démonstration économique ou un comportement néfaste (nous pensons plus précisément au cas de l'abus) de la part de l'autre partie.

182. L'inconvénient des démonstrations économiques. La culture de concurrence ne suit pas de façon parfaite le même but que le droit des contrats. Et pourtant on retrouve dans les deux disciplines le souci de protéger les plus faibles. Sans revenir de façon détaillée sur le but de la politique de concurrence qui divise la doctrine³²⁸, il apparaît de façon claire que le droit de la concurrence cherche à établir des équilibres au niveau macroéconomique. Dès lors, et notamment sous l'impulsion des dispositions du TFUE, le « grand » droit de la concurrence exige, pour que les sanctions soient applicables, la recherche des conséquences du comportement blâmé au niveau macroéconomique³²⁹. Chose relativement malaisée lorsque la partie faible cherche à mettre un terme à une mauvaise pratique, comme nous allons le démontrer.

183. Un fardeau inutile pour la moralisation des contrats. La science économique n'est pas une science exacte. Les économistes ne cherchent pas tant à énoncer des réalités certaines qu'à décrypter les mécanismes générés par les flux de biens et de personnes. Cela ne convient pas à la logique judiciaire, un procès ne peut pas se conclure par une incertitude. Donc, quand le juge est amené à statuer sur une réalité économique, il doit faire du certain avec de l'incertain. C'est pourquoi la protection du professionnel partie faible ne doit pas être comprise dans une optique de politique économique, mais en fonction du préjudice causé à la partie faible. On évitera donc de charger celle-ci de la démonstration ou non d'un bienfait pour le consommateur ou pour le marché³³⁰. Si le juge est à même de se former un jugement sur ces questions³³¹, il en va autrement des plus petites entreprises. Cela se vérifie notamment à travers la jurisprudence issue de l'article L420-2 du Code de commerce, qui sanctionne successivement les abus de position dominante et les abus de dépendance économique.

³²⁷ Sur le sujet D. Mazeaud et T. Génicon, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC*, 2012, 276.

³²⁸ F. Souty, « Droit antitrust, concurrence et innovation : réflexions sur les origines et les objectifs de la politique de concurrence », *RLC*, 2012, n°31 ; G. Decocq, « La concurrence par les mérites », *CCC*, 2010, repère 4.

³²⁹ E. Pfister, « Puissance d'achat et politique de concurrence », *Concurrences* 1-2009, p. 34.

³³⁰ J-L. Lesquins, « Politique de concurrence et analyse économique », *RLC*, 2013, n°36.

³³¹ A.-L. Sibony, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2008.

a : La difficile protection de la partie faible par la sanction de l'abus de position dominante.

184. Un texte de droit de la concurrence insuffisant à remédier aux problèmes de droit des contrats. À la vérité, on constate que les articles du Code de commerce dérivés du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne sont qu'accidentellement des moyens de régulation du contrat. Ils ont pour raison d'être de faciliter le fonctionnement du Marché unique. Ils dépassent donc la question des rapports contractuels puisque ce sont surtout les effets des clauses des contrats qui sont sanctionnés plus que leur légitimité. La multiplicité des critères à rapporter pour caractériser l'abus de position dominante rend celui-ci assez risqué du point de vue du contentieux³³². L'abus de position dominante est une reprise directe du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. C'est l'article 102 de ce même traité qui l'interdit. La rédaction de l'article L420-2 du Code de commerce, en son premier alinéa, transposant cette interdiction en droit national, est légèrement différente de la version à l'article 102 du Traité, mais la philosophie des deux textes est la même, et l'un ne se comprend pas sans l'autre. Le texte de droit français prohibe « *l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises, d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci.* » Et le texte se poursuit en donnant des exemples. Le texte européen affirme : « *Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci.* » Et de même une liste est donnée à l'alinéa suivant. Ces deux textes assez denses présentent la même contrainte. Trois éléments doivent être rassemblés pour que le fondement soit opérant : d'abord une position dominante sur un marché, ensuite un abus de la part de l'entreprise défenderesse, et enfin une entrave à la concurrence. Nous laisserons les abus de position dominante qui sont caractérisés indépendamment d'une convention entre l'auteur de l'abus et sa victime, puisque nous traitons des rapports contractuels entre professionnels.

Les trois conditions en questions n'offrent pas la sécurité juridique à laquelle aspirent les professionnels puisqu'elles restent très changeantes d'une situation à l'autre. La jurisprudence a néanmoins dégagé des critères pouvant éclairer la règle³³³.

185. Lourdeur du critère de la position dominante. Sur l'existence d'une position dominante sur le marché, il faut encore déterminer l'existence du marché³³⁴. Ceci est une

³³² Voir par exemple M. Nussbaum, « Prix prédateurs. – Démonstration difficile : l'exemple des vedettes vendéennes », *JCP G*, 2010, 1041.

³³³ M. Behar-Touchais et R. Amaro, *op. cit.*

³³⁴ Sur cette question, l'Autorité de la Concurrence s'est prononcée à l'occasion d'un avis sur le secteur de la grande distribution à Paris, ADLC, avis n°12-A-01 du 11 janvier 2012, points

chose fortement hasardeuse, car un marché ne représente pas toujours le même produit commercialisé d'un secteur géographique à l'autre. L'appréciation doit être faite *in concreto*. Le juge a recours à un faisceau d'indices en prenant par exemple en compte les caractéristiques du produit, les modes de commercialisation ou le comportement de la demande³³⁵. La Commission européenne dans une communication reprend ces différents éléments³³⁶. Ensuite, une fois que le marché a été délimité, il faut pouvoir démontrer que l'entreprise qui lèse son partenaire est en position dominante. Y a-t-il besoin d'être en position dominante pour léser un concurrent ? La domination ne devrait-elle pas se déduire du comportement abusif. Toujours est-il que la Cour de justice de l'Union européenne et le Conseil de la concurrence (devenu Autorité de la concurrence) ont répondu à ce problème : la position dominante ne s'entend pas seulement d'un monopole³³⁷, mais peut aussi être un quasi-monopole, ou bien découler de la réputation d'un produit, de la notoriété de la marque qui aurait le privilège d'évoluer sur plusieurs marchés³³⁸. La question est encore plus délicate lorsque le concurrent en question opère sur internet³³⁹. Là encore, l'analyse est macroéconomique, elle ne se positionne guère selon le rapport entre contractants. Si cette analyse est possible par une partie faible, elle est pour le moins risquée, car elle engage dans une analyse économétrique qui, non seulement n'est pas une science exacte, mais qui au surcroît, requiert des moyens pour être effectuée.

186. L'abus en droit de la concurrence. Une fois cette étape franchie, il faut encore démontrer l'abus. Lequel est déjà plus simple puisqu'il ne constitue pas une analyse économétrique, même s'il contient une grande part d'incertitude. Effectivement, il est difficile de savoir si une entreprise commet un abus ou si elle cherche simplement à conserver sa position sur le marché. Certains comportements qui seraient qualifiés de licites pour d'autres

n°75 et s. V. aussi, B. Durand, « La définition des marchés pertinents : ne pas oublier le test du monopole hypothétique », *Concurrences* 4-2010, p. 33.

³³⁵ M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen*, Paris, Sirey, [6^{ème} édition], 2014, p. 226. M. Pédamon et H. Kenfack, *Droit commercial*, Paris, Dalloz, [3^{ème} édition], 2011, p. 508.

³³⁶ Commission européenne, Communication du 9 décembre 1997, JOCE C-372.

³³⁷ La condition n'est cependant pas nécessaire, le Conseil de la concurrence l'a précisé dans son rapport de 1999 :

http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=35&id_article=89#p2ch3a2

³³⁸ J.-B. Blaise, *Rép. Dalloz, droit commercial*, « Abus de position dominante », n°104 et s. D. Bosco, « Pas d'abus sans position dominante », *CCC*, 2011, comm. 35. G. Decocq, « Le refus de reconnaître une position dominante sur un segment de marché », *CCC*, 2010, comm. 128. V. également J. Mestre, M.-E. Pancrazi, I. Arnaud-Grossi, L. Merland, N. Tagliarino-Vignal, *Droit commercial, droit interne et aspects de droit international*, Paris, LGDJ, [29^{ème} édition], p. 135. L. Arcelin-Lécuyer, *Droit de la concurrence, Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2013, p. 141 et s.

³³⁹ M. Behar-Touchais, « Internet, entente et abus de position dominante », *CCE*, 2007, étu. 19.

entreprises ne le sont pas lorsque l'entreprise est en position dominante. L'abus peut concerner une infrastructure que possède l'entreprise dominante grâce à laquelle elle tire un avantage indu. Dans l'arrêt Hoffmann-La Roche du 13 février 1979, la Cour définit cet abus comme « *Une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence*³⁴⁰. » Pour ce qui est des abus dans le comportement, la jurisprudence s'est montrée très évolutive. La Cour de justice de l'Union européenne se place d'abord dans la perspective d'un abus objectif qui ne fait pas référence à une intention de nuire³⁴¹. D'une manière générale, peu importe le type d'abus, dans une perspective de concurrence par les mérites, il convient de prouver que des concurrents tout aussi efficaces que les victimes auraient subi une éviction à cause de la pratique incriminée. Cela ajoute de manière substantielle au besoin de chiffrer de manière économétrique la démonstration de l'abus³⁴². Ce critère du concurrent aussi efficace a pu être utilisé dans les arrêts Deutsche Telekom³⁴³ et Post Danmark³⁴⁴. L'entreprise défenderesse peut répondre, soit que sa pratique est justifiée, soit qu'il en résulte des gains d'efficacité, y compris pour le consommateur³⁴⁵. Or cette preuve de plus à rapporter peut être de nature à dissuader les éventuels plaideurs. À quoi reconnaît-on qu'une pratique que l'on subit de la part d'un partenaire est favorable ou non pour le consommateur ? D'ailleurs, une baisse de prix obtenue par la violence est forcément bonne pour le consommateur puisqu'elle laisse à la partie forte de la marge pour diminuer le prix final. Et en quoi est-ce qu'un bienfait au consommateur rend légitime une pratique abusive ? Le bonheur des uns doit-il forcément faire le malheur des autres ? L'on a donc de sérieuses raisons de penser qu'un comportement contractuel ne doit pas trouver de justification s'il est jugé intrinsèquement abusif.

³⁴⁰ CJCE, 13 février 1979, Hoffmann-La Roche, aff. 85/76, point n°6.

³⁴¹ C. Prieto, *Juriscl. Europe Traité*, fasc. 1440, « abus de position dominante », juillet 2014, point n°5.

³⁴² Le critère du concurrent aussi efficace est aujourd'hui l'objet de discussion, une question préjudiciale attend d'être statuée par la Cour de justice de l'Union européenne : A.-L. Sibony, « La Cour de justice est saisie d'une question préjudiciale l'invitant à préciser la portée du critère du concurrent aussi efficace », *Concurrences* 2-2014, p. 105.

³⁴³ CJUE, 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom*, C-280/08, cité par C. Grynfogel, *Jurscl. Commercial*, fasc. 268, « Abus de position dominante », septembre 2011, point n°96 ; *Concurrences* 1-2011, p. 91, note A.-L. Sibony.

³⁴⁴ CJUE, 27 mars 2012, C-209/10, *RDC*, 2012, 849, note L. Idot, *Europe* 2014, étu. 7, note L. Idot.

³⁴⁵ L. Idot, note sous CJUE, 27 mars 2012, préc.

b : Les abus de dépendance économique, la même difficulté à protéger la partie faible.

187. Précisions sur l'étude de l'abus de dépendance. Nous avons déjà parlé de l'abus de dépendance économique, mais pour décrire la notion de dépendance. Notre propos ici est davantage de constater l'inefficacité d'une protection contractuelle requérant une analyse économique. Inspiré du droit allemand³⁴⁶, la notion d'abus de dépendance économique a l'avantage de traiter le problème de la dépendance au niveau de la relation d'affaires. Également située à l'article L420-2 du Code de commerce, mais à l'alinéa 2, elle requiert plusieurs conditions. Il faut que l'état de dépendance économique soit exploité de façon abusive ; et en outre, que cela soit susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence. Cette dernière condition revient à nouveau à rapporter la preuve d'un fait macroéconomique. La dépendance économique se caractérisant par l'impossibilité de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'une entreprise a nouées avec une autre³⁴⁷. Les critères édictés par le texte en font en quelque sorte un hybride juridique. Ce texte est vite apparu impropre à résorber les problèmes d'inégalité contractuelle. La rédaction du texte montre, en effet, un fardeau de la preuve d'emblée, difficile à rapporter.

188. Rappel des critères retenus pour constater la dépendance. La référence à la dépendance économique peut paraître bienvenue dans la mesure où elle consacre l'idée que le contractant en position de faiblesse ne conclut pas nécessairement une convention de son plein gré, mais peut être tenu pour des raisons relativement variées, à se maintenir dans une relation économique déjà existante. On recense quatre critères cumulatifs pour la constater, selon une décision du Conseil de la concurrence³⁴⁸, comme nous l'avons énoncé plus haut. Dans un premier temps, les juges vont analyser la part dans le chiffre d'affaires de la victime prise par l'auteur éventuel d'un abus de dépendance. Le pourcentage suppose un minimum d'importance. Il va de soi que le critère est rempli lorsque la part s'élève à 90%, mais pas lorsqu'elle s'élève à 2,5%³⁴⁹. La forte proportion qu'occupe un partenaire commercial dans le chiffre d'affaires de la préputée victime est sans conséquence dès lors que ceci résulte d'un choix stratégique. Par exemple, la cour d'appel de Versailles a débouté de ses prétentions une société qui avait fait le choix de consacrer plus de la moitié de son chiffre d'affaires à

³⁴⁶ V. *supra*. n°633.

³⁴⁷ M. Malaurie-Vignal, « Notion d'état de dépendance économique », CCC, 2013, comm. 114.

³⁴⁸ Cons. Conc., 09-D-02, 20 janvier 2009, point n°69. Cette décision ne traite que du secteur de la distribution, mais elle donne des indices relativement éclairants pour extrapoler à d'autres matières.

³⁴⁹ P. Le Tourneau, M. Zoïa, *Juriscl. Contrats - distribution* fasc. 1020 « Concessions, concession libre : la distribution sélective », 30 novembre 2014, point n°87.

Bouygues Télécom³⁵⁰. Une telle position jurisprudentielle doit être approuvée avec quelques réserves. Le choix stratégique d'un opérateur économique de concentrer son activité sur un seul client ne saurait laisser toute latitude à celui-ci pour exiger de son partenaire des prestations contractuelles excessives. Le Conseil de la concurrence a même laissé entendre que la dépendance économique pouvait être collective. C'est-à-dire que si individuellement, chaque entreprise représente une part modeste du chiffre d'affaires de la victime, cette dernière pouvait se trouver en état de dépendance à l'égard d'une pluralité d'opérateurs³⁵¹.

189. La place sur le marché, critère plus difficile à rapporter. Le second critère laissé par le régulateur de la concurrence est de démontrer que le fournisseur (donc de façon plus générale celui dont dépend la victime) occupe une place importante sur le marché en cause. Cette importance ne résulte pas en une domination du marché ; elle ne consiste donc pas nécessairement en un pourcentage élevé de part de marché. Ce critère est cependant nécessaire³⁵². L'on a égard à la notoriété de la marque³⁵³ du partenaire à qui l'on reproche d'abuser de la dépendance économique de l'autre. En sorte que de contracter avec un autre partenaire moins reconnu n'aurait pas le même effet sur le plan de la concurrence. La loi NRE de 2001 n'a en effet pas voulu contraindre le demandeur à faire la démonstration de l'absence de solution équivalente³⁵⁴. Cette condition a été supprimée, mais le Conseil de la concurrence a pris le contrepied de l'intention du législateur. Dans une décision de 2001³⁵⁵, il a réintroduit le critère de l'absence de solution équivalente. La Cour de cassation³⁵⁶ a confirmé sa lecture du texte de la loi NRE dans ce sens. Il est à noter que la notoriété d'une marque n'est pas suffisante pour caractériser la dépendance économique, comme a pu l'exprimer la Cour de cassation³⁵⁷. La dépendance s'apprécie cependant *in concreto*. L'Autorité de la concurrence

³⁵⁰ Versailles, 20 mars 2008, n°06/09027.

³⁵¹ Cons. Conc., 08-D-31, 10 décembre 2008, dans l'espèce, la dépendance collective manquait en fait mais l'idée n'a pas été écartée par le Conseil. Madame Malaurie-Vignal penche dans ce sens : M. Malaurie-Vignal, note sous décision précitée, CCC, février 2009, comm. 49.

³⁵² Paris, 17 novembre 2011, 08/06976 ; Poitiers, 11 janvier 2011, 08/03425.

³⁵³ Versailles, 8 avril 2010, 07/07662.

³⁵⁴ D. Mainguy, J-L. Respaud et M. Depincé, *Droit de la concurrence*, op. cit., p. 293.

³⁵⁵ Cons. conc., 31 août 2001, 01-D-49, les juges se sont appuyés sur le fait que les débats parlementaires dans le cadre de la loi NRE ne faisaient jamais référence à la question de la solution équivalente.

³⁵⁶ Com, 3 mars 2004, 02-14.529, *JCP E*, 2004, 1345, note M. Chagny, *RTD Com*, 2004, 463, note E. Claudel, *D*, 2004, 1661, note Y. Picod : le texte est rédigé comme suit : « *Attendu que l'état de dépendance économique, pour un distributeur, se définit comme la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de la possibilité de substituer à son ou ses fournisseurs un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions économiques et commerciales comparables.* »

³⁵⁷ Com, 12 janvier 1999, n°96-21644.

l'a rappelé dans une décision du 3 mars 2010³⁵⁸. Elle admet que l'état de dépendance économique puisse résulter d'un ensemble de clauses contractuelles contraignant un partenaire à rester dans un réseau de distribution de façon durable.

190. Le critère de l'abus. Après avoir constaté la dépendance économique, encore faut-il que la victime démontre que son partenaire a fait un usage abusif de cette dépendance. Cette dépendance peut aussi bien résulter des clauses du contrat que de l'exécution du contrat lui-même. La caractérisation de l'abus peut se faire en présence de comportements qui débordent parfois du titre II du livre IV du Code de commerce. Lorsque les parties ont engagé un litige, il est fort probable que la relation contractuelle soit rompue. L'abus peut donc revêtir la forme d'une rupture brutale ou injustifiée, causant un préjudice au partenaire³⁵⁹.

191. L'atteinte à la concurrence. Enfin, un dernier critère doit être rapporté par la partie demanderesse pour établir l'abus de dépendance économique : une atteinte à la concurrence. Pour Madame Malaurie-Vignal, cette exigence vise à ce que seuls les abus émanant d'entreprises suffisamment importantes soient visés par ce texte³⁶⁰. En réalité, la nécessité de démontrer une atteinte à la structure ou au fonctionnement de la concurrence réduit³⁶¹ encore davantage la possibilité pour les entreprises victimes d'abus de se prévaloir de ces dispositions. L'atteinte à la concurrence pour les abus de dépendance économique se confond avec celle requise pour un abus de position dominante comme le prévoit l'alinéa premier de l'article L420-2 du Code de commerce. Là encore, on constate que la preuve d'un élément relevant de l'analyse économique est un obstacle à la protection de la partie faible. Pourtant, cette disposition semblait véritablement s'intéresser à l'analyse des négociations entre les parties puisqu'elle essaie de juger de la possibilité pour la partie faible de se tourner vers la concurrence. Comme nous le disions plus haut, l'Autorité de la Concurrence et la Cour de cassation ont vraisemblablement eu tort d'imposer de lourdes démonstrations à propos de l'abus de dépendance économique. Il est cependant à espérer que la notion trouve un nouvel essor grâce à des critères plus conciliants³⁶².

192. Transition. Il appert que l'article L420-2 du Code de commerce est à double tranchant. Il s'efforce de cibler précisément les méfaits du marché qui peuvent causer des inégalités dans le contrat. En conséquence, le fardeau de la preuve qu'il fait porter rend quasiment impossible son utilisation. Il entraîne les plaideurs dans un contentieux hasardeux

³⁵⁸ ADLC, 3 mars 2010, n°10-D-08, CCC, 2010, com 123, note M. Malaurie-Vignal. *Concurrences* 2-2010, 79, note A.-L. Sibony. *Europe*, 2010, comm. 139, note L. Idot.

³⁵⁹ Cons. Conc., 04-D-26, du 30 juin 2004, RTD Com, 2004, 464, comm. E. Claudel ; CCC, 2004, comm. 140, note M. Malaurie-Vignal ; *Europe*, 2004, comm. 329, note L. Idot.

³⁶⁰ M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen*, op. cit., p. 257.

³⁶¹ Com, 15 juillet 1992, n°89-20334. V. aussi, M. Malaurie-Vignal, « Le Conseil de la concurrence adopte une interprétation stricte de la théorie de l'effet cumulatif et de l'abus de dépendance économique », CCC, 2003, 182, note sous Cons. conc., 03-D-42, 18 août 2003.

³⁶² V. *supra*, n°188.

et coûteux, notamment en ce qu'il exige une appréciation macroéconomique des effets du comportement incriminé. De cela, il faut déduire qu'une protection de la partie faible par le contrôle du prix échappant à ce fardeau de l'analyse économétrique, est beaucoup plus à même de restaurer l'égalité dans le contrat. Le deuxième avantage de la protection par le contrôle du prix réside dans la facilité à répondre à un pouvoir contractuel unilatéral.

B : La nécessité d'une protection efficace en présence d'un pouvoir contractuel unilatéral.

193. Présentation. Chaque type de protection de la partie faible possède ses vertus et ses inconvénients. Nous avons souligné que la protection de la partie faible par le prix est délicate en présence d'un contrat entre professionnels, en raison de l'égalité des professionnels concourant sur un marché. Cependant, la nécessité d'efficacité et de rapidité³⁶³ conduit parfois les parties à réduire les négociations à une délégation des pouvoirs de fixer le contenu du contrat. Autrement dit, un cocontractant obtient la faculté de fixer d'avance le contenu du contrat. Dès lors, la protection par le contrôle du prix est nécessaire lorsqu'une partie, pour des raisons parfois très louables, a acquis contractuellement le droit de fixer la prestation qu'elle doit fournir ou à laquelle elle a droit. Le schéma est simple : les négociations ont contractuellement disparu. Elles se limitent à la simple décision du détenteur de ce pouvoir unilatéral. Encore que, nous verrons que la Cour de cassation semble affirmer que l'on peut même analyser le processus de négociation en présence d'une fixation unilatérale de la prestation.

194. Division. Le problème de l'unilatéralisme contractuel est important, parce que relativement dur à circonscrire dans des frontières nettes et des solutions parfaites. C'est pourquoi nous commencerons par essayer de délimiter l'unilatéralisme contractuel pour ensuite voir en quoi le contrôle du prix par le juge est le meilleur moyen, parmi d'autres pour y remédier.

a : Appréhension du problème de l'unilatéralisme contractuel.

Nous mettrons en exergue ici les incertitudes conceptuelles qui entourent la notion d'unilatéralisme contractuel et les solutions de catégorisation possibles.

³⁶³ Par exemple, L. Levener, « L'indétermination du prix dans les contrats, portée d'un revirement de jurisprudence », note sous arrêts AP, 1^{er} décembre 1995, *JCP E*, 1996, 776, *JCP E*, suppl. 5/1996, note M. Bandrac. *RTD Com*, 1996, p. 316, note B. Boulo. I. Najjar, *Le droit d'option, étude du droit potestatif*, Paris, LGDJ, 1967 ; I. Najjar « La potestativité », *RTD Civ*, 2012, p. 601.

a : Les incertitudes juridiques à propos de l'unilatéralisme

195. L'unilatéralisme : une conception problématique du contrat. Le phénomène de l'unilatéralisme contractuel est relativement nouveau, si l'on considère la vision du contrat prédominante par les rédacteurs du Code civil. Il s'est cependant imposé comme pratique courante en droit des contrats. Même si le Professeur Jestaz ne manque pas de souligner la faiblesse du contentieux généré par la question³⁶⁴, elle demeure néanmoins d'actualité et surtout fait appel à des précisions juridiques pour dissiper les incertitudes juridiques qui l'entourent. En effet, l'unilatéralisme heurte la conception classique de l'autonomie de la volonté³⁶⁵. Il devient difficile d'opposer à une partie son propre engagement dès lors que le contrat a institué une forme de hiérarchie entre les signataires. La doctrine, pour une part, y décèle le signe manifeste d'une puissance qui s'exerce au détriment de l'égalité³⁶⁶. Une précision conceptuelle est nécessaire pour appréhender le phénomène. Le Code civil connaît la notion d'unilatéralisme, mais n'appréhende pas la notion de « prérogative unilatérale du contrat³⁶⁷ ». En revanche, les articles 1170 et 1174 du même code connaissent la notion de « condition potestative ». Comment cela doit-il être lu ? Il existe un rapport de pouvoir aménagé par le contrat, que certains qualifient de sujétion³⁶⁸. D'où la définition donnée du droit potestatif : « *La prérogative qui permet à son titulaire d'influencer sur une situation juridique afin d'en créer une nouvelle, ou de la modifier ou de l'éteindre au moyen d'une activité (ou d'un acte) propre unilatérale*³⁶⁹. » L'article 1101 du Code civil est donc malmené puisqu'apparaissent dans le contrat des notions vectrices de contradictions. Ce n'est plus le débiteur qui s'oblige à l'obligation, mais le créancier devient lui-même créateur d'obligations pour autrui.

196. Une forme de pouvoir non reconnue en jurisprudence. On le constate par exemple dans la jurisprudence « Les Maréchaux³⁷⁰ ». Dans cet arrêt, le juge se reconnaissait le droit de contrôler l'usage des « prérogatives » contractuelles, mais refuse de porter atteinte aux « droits et obligations » du contrat. Ce vocabulaire laisse aisément transparaître une

³⁶⁴ P. Jestaz, « Rapport de synthèse », in C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Paris, Economica, 1999, p. 88.

³⁶⁵ D'autant plus que comme le remarque Monsieur Jestaz (P. Jestaz, « Rapport de synthèse », *op. cit.*, p. 95), les rédacteurs du Code préféraient l'intervention du juge à une solution unilatérale.

³⁶⁶ G. Pignarre, « Les frontières du consentement : de la confrontation du pouvoir aux marges de l'autonomie », *RDC*, 2011, p. 611.

³⁶⁷ R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préf : A. Lyon-Caen, Paris, LGDJ, 2000, p. 166, n°177.

³⁶⁸ S. Valory, *La potestativité dans les relations contractuelles*, Thèse sous la direction de J. Mestre, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, p. 24.

³⁶⁹ I. Najjar, « La potestativité », *RTD Civ*, 2012, p. 601.

³⁷⁰ Com, 10 juillet 2007, n°06-14.768, *RDC*, 2007, p. 1107, note L. Aynès ; p. 1110, note D. Mazeaud ; *JCP G*, 2007, II, 10154, note D. Houtcierff.

pluralité d'éléments au sein du contrat, et donc des régimes différents. Comment savoir si un contractant exerce davantage un droit plutôt qu'une prérogative ? La distinction n'est pas anodine, car à la fin, l'une fait l'objet du contrôle de la bonne foi et pas l'autre³⁷¹. D'où la nécessité de trouver une juste frontière entre les deux. La notion de prérogatives est en elle-même ambiguë. La prérogative, selon le Professeur Dominique Fenouillet, est davantage une technique judiciaire pour parer aux excès du solidarisme que la manifestation d'une puissance contractuelle unilatérale³⁷². L'intérêt qu'elle présente est alors plus pratique que conceptuel. Le regroupement des prérogatives contractuelles unilatérales en une seule conception est d'autant plus délicat que les situations concrètes où l'on rencontre de telles stipulations sont très variées³⁷³. Ce peut être des clauses de non-concurrence « en sommeil³⁷⁴ » ou des garanties à première demande en passant par la révision unilatérale du prix ou la rupture unilatérale des contrats à exécution successive.

β : Les tentatives de conceptualisation du phénomène.

197. *L'approche finaliste de Madame le Professeur Rochfeld.* Madame Rochfeld adopte une approche finaliste des droits potestatifs du contrat, pour distinguer les prérogatives susceptibles d'être contrôlées par le juge de celles qui sont moins choquantes. Il s'agit des « droits potestatifs adjoints³⁷⁵ ». Ils se distinguent des droits potestatifs traditionnels, assumés par les deux parties, qui constituent l'équilibre du contrat. Comment distingue-t-on un droit qui fait partie de la substance de l'accord, d'un droit qui lui est purement périphérique ? Une réponse semble aller de soi : s'il existe une contrepartie financière raisonnable à la prérogative accordée, on peut facilement penser que la partie faible y a consenti. Si en revanche, de façon purement gratuite, une partie forte s'autorise à ne pas exécuter le contrat, il y a tout lieu de penser que la partie faible s'est résignée, espérant que la clause ne soit jamais mise en œuvre. Ce qui revient de façon subreptice à un contrôle judiciaire du prix. La Cour de cassation ne tient pas exactement ce raisonnement. En effet, elle admet qu'une clause de dédit ne comporte pas de contrepartie financière³⁷⁶.

³⁷¹ T. Revet, « Propos introductifs », Actes du colloque du 30 novembre 2010, *RDC*, 2011, p. 639.

³⁷² D. Fenouillet, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme », Actes du colloque du 30 novembre 2010, *RDC*, 2011, p. 644.

³⁷³ S. Valory, *op. cit.*, p. 139 et s.

³⁷⁴ Sur cette question, Soc, 22 janvier 2003, n°01-40031. Nîmes, 21 juin 2011, n°10/01617, *JCP E*, 2011, 1649, note F. Taquet.

³⁷⁵ J. Rochfeld, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in Collectif, *Le contrat au débit du XXI^{ème} siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 753.

³⁷⁶ Com, 30 octobre 2000, n°98-11224, *D*, 2001, 3241, note D. Mazeaud ; *CCC*, 2001, comm. 21, note L. Levener.

198. L'analyse en terme de pouvoir de Monsieur le Professeur Lokiec. Le Professeur Lokiec propose une analyse qui dépasse la notion de contrat³⁷⁷ et se focalise davantage sur les critères de pouvoir et de prise de décision par une partie forte. Cette analyse a le mérite de tenir compte des évolutions économiques qui ont caractérisé la pratique contractuelle depuis le Code civil, mais elle n'en tire pas les bonnes conséquences. Il est admis, par une partie de la doctrine, que le contrat de franchise a toutes les caractéristiques du contrat de travail, la protection sociale en moins³⁷⁸. Il semble que cette théorie, sans chercher à soulager le joug enduré par le franchisé, examinerait davantage la justesse des décisions prises par le franchiseur « décideur ». Lorsqu'un contrat comporte des stipulations par lesquelles une partie reconnaît à l'autre des prérogatives qui soumettent sa volonté à l'autre, la relation de pouvoir est facilement déductible. Il n'est plus question de protéger la partie faible puisque ce n'est pas tant le contrat que les faits qui affaiblissent l'un des contractants. Toutefois, n'est-ce pas trahir la négociation contractuelle que de transformer un partenariat économique en relation de pouvoir ? Le producteur est-il vassalisé à son client, de sorte que le client devrait simplement s'abstenir de décision abusive ? Ou au contraire doit-on attendre des parties qu'elles se traitent l'une comme l'autre d'égale à égale ? On ne saurait reconnaître une situation légitime de pouvoir si elle ne résulte que d'une situation de fait. Le cas d'un contrat entre professionnels n'est pas comparable à un contrat de travail qui emporte intrinsèquement subordination d'une partie envers l'autre. Comme le soulignent d'ailleurs certains auteurs, la notion de « pouvoir » est beaucoup trop large pour décrire à elle seule la réalité de tous les contrats même en présence de prérogatives unilatérales³⁷⁹.

199. La tentation du renoncement à la protection. Une autre attitude consiste à constater la trop grande disparité des situations contractuelles mettant en jeu des prérogatives unilatérales et par-là, à renoncer à les rassembler en une théorie générale³⁸⁰. La démarche a le mérite du réalisme. D'autant qu'elle fait le constat qu'une telle prérogative peut être parfaitement légitime dans certaines situations comme elle peut être scandaleuse dans d'autres. Il semble cependant que ces droits potestatifs que le contrat accorde à un signataire de façon unilatérale confèrent objectivement un rapport de force que la simple autonomie de la volonté ne peut d'elle-même surmonter. Il est donc envisageable d'accorder au juge le droit de constater l'inégalité contractuelle pour exiger de la part du *potentior* un certain comportement en cohérence avec les postulats qui ont conduit les parties à convenir de cette puissance.

³⁷⁷ P. Lokiec, *Contrat et pouvoir*, Paris, LGDJ, 2004. Du même auteur, « La décision et le droit privé », *D*, 2008, p. 2293.

³⁷⁸ F.-J. Pansier, « Yves Rocher entre franchise et contrat de travail », *Cahiers sociaux du barreau de Paris*, 1er mai 2011, p. 137. N. Dissaux et R. Loir (dir.), *La protection du franchisé au début du XXI^{ème} siècle entre réalités et illusions*, *op. cit.*

³⁷⁹ D. Fenouillet, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme », *op. cit.*

³⁸⁰ C. Pomart-Nomdedeo, « Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », *RTD Civ*, 2010, p. 209.

200. Le raisonnement en terme d'intérêt de Monsieur de la Moutte. Monsieur de la Moutte adopte une analyse qui va directement chercher l'intention des parties. Son critère est « l'intérêt³⁸¹ » de la clause unilatérale litigieuse. C'est donc une approche qui, elle aussi, relève de la finalité de la clause. Cependant, la finalité de la clause est-elle un critère pertinent s'il existe une contrepartie ?

201. La solution de la Cour de cassation, la conformité à l'autonomie de la volonté. La Cour de cassation, par des arrêts rendus, l'un en 2007³⁸², l'autre en 2009³⁸³ offre une solution relativement orthodoxe. La Cour se refuse à toucher à la substance des droits, mais n'en contrôle que l'usage. La solution se distingue de la proposition de Madame Rochfeld, en ce qu'elle refuse de faire une distinction entre les droits. Elle ne distingue que les circonstances dans lesquelles ces droits sont exercés³⁸⁴. De cette manière, elle reste fidèle à l'article 1134 du Code civil et au principe selon lequel le juge ne fait pas de distinction là où la loi n'en fait pas.

202. Transition. La Cour de cassation ne reconnaît pas une fonction spéciale aux clauses accordant une prérogative unilatérale à une partie. Cela ne veut pas dire qu'elle n'apporte aucune réponse au problème. Certes, elle ne distingue pas là où le législateur ne le fait pas, mais elle trouve une parade, au moins théorique, pour surmonter les inégalités les plus criantes.

b : La protection du débiteur du pouvoir contractuel unilatéral

202. Le contrat et la prévision. Il convient de donner à une clause conférant des pouvoirs unilatéraux à un créancier contractuel, un régime différent de la stricte application de l'article 1134 alinéa 1 du Code civil. En effet, dès lors qu'un contractant utilise une clause lui accordant la possibilité de transformer le contrat, au point qu'il puisse le faire disparaître, ou, à tout le moins en créer un nouveau, l'autonomie de la volonté ne peut justifier un asservissement contractuel. Cette « potestativité » comme le droit civil l'appelle se manifeste dans la possibilité de nover le contrat. Le Professeur Lécuyer fait très justement remarquer³⁸⁵

³⁸¹ J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Thèse, Toulouse, 1949, p. 51.

³⁸² Com, 10 juillet 2007, Société « Les Maréchaux ».

³⁸³ Civ. 3^{ème}, 9 décembre 2009, n°04-19923, Bull. Civ. III, n°275.

³⁸⁴ A. Bénabent, « Rapport de synthèse », Actes du colloque du 30 novembre 2010, *RDC*, 2011, p. 746.

³⁸⁵ H. Lécuyer, « La modification unilatérale du contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, op. cit., p. 48.

que la définition de la modification unilatérale d'un contrat est une entreprise hasardeuse. En effet, le contrat n'est pas modifié par une partie autrement que lorsque le contrat lui-même le prévoit. Et il revient aux parties de faire de justes prévisions, dans l'hypothèse où le contrat est, selon Hauriou, un « *acte de prévision* »³⁸⁶. Peut-on réellement prédire les intentions d'un contractant ? Peut-on reprocher à la partie sujette au *potentior*, de ne pas avoir prévu que la partie forte trahirait sa confiance ? Face à cette impasse, la jurisprudence a fourni quelques réponses : nous verrons le cas du mandat d'intérêt commun et celui de l'abus dans la fixation du prix.

α : Cas particulier du statut de certaines professions de mandataires.

Le droit français connaîtait le mandat d'intérêt commun. Cette protection s'est étendue grâce à une directive de l'Union européenne dans le statut de l'agent commercial.

- Le mandat d'intérêt commun.

203. Une exception peu satisfaisante à l'autonomie de la volonté. Il existe un exemple en droit des contrats où le détenteur de prérogatives que l'on peut qualifier de potestatives est tenu de les exercer de façon coopérative : le mandat d'intérêt commun. La notion d'intérêt commun est apparue en premier lieu en jurisprudence au XIX^{ème} siècle³⁸⁷. Jean Carbonnier dit que l'intérêt commun se définit « *comme l'intérêt à ce que soient accomplis les actes juridiques pour lesquels le mandat a été donné* »³⁸⁸. La Cour de cassation estime que le mandat conclu dans l'intérêt du mandataire comme du mandant ne peut être révoqué que de consentement mutuel ou de cause légitime³⁸⁹. Le critère le plus déterminant est la création d'une clientèle commune³⁹⁰. Plusieurs arrêts de la Cour de cassation statuent dans ce même sens³⁹¹, notamment dans une affaire de diffuseurs de presse³⁹². Il reste que la notion est encore mal délimitée et qu'il appartient, en partie, aux juges du fond de décider de qualifier un

³⁸⁶ M. Hauriou, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, p. 206 : « *Le contrat représente ainsi la tentative la plus hardie qui puisse se concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision* ». Après lui, H. Lécuyer, « *Le contrat, acte de prévision* », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz Jurisclasseur, 1999, p. 643.

³⁸⁷ Civ., 13 mai 1885, Frédéric Fiat, *D*, 1885, 1, p. 350 ; *S*, 1887, 1, 220.

³⁸⁸ J. Carbonnier, « *Mandat* », *RTD Civ*, 1953, 719.

³⁸⁹ F. Leclerc, *Droit des contrats spéciaux*, Paris, LGDJ Lextenso, [2^e édition], 2012, p. 553. F. Collart-Dutilleul, P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, [9^{ème} édition], 2011, p. 591.

³⁹⁰ N. Mathey, « *Mandat d'intérêt commun et clientèle commune* », note sous arrêt Com, 8 juillet 2008, *CCC*, 2008, comm. 229.

³⁹¹ Com, 8 octobre 1969, Bull. civ. IV, n°284, *RTD Com*, 1970, p. 474, note J. Hémard.

³⁹² Com, 2 mars 1993, *JCP G*, 1993, II, 22176, note M. Behar-Touchais. Com, 29 février 2000, *JCP G*, 2000, 1287, note E. Cadou. Com, 20 février 2007, n°05-18.444, *CCC*, 2007, comm. 124, note M. Malaurie-Vignal et comm. 145, note L. Levener.

contrat comme tel ou non. La Cour de cassation tient à encercler la notion « d'intérêt commun » dans des limites très strictes. Si bien que les tentatives d'extension du régime de « l'intérêt commun » à d'autres contrats que le mandat n'ont pas entraîné les conséquences espérées. L'on peut en conclure que la notion de *contrat d'intérêt commun* ne résout que très partiellement la question de l'unilatéralisme contractuel.

204. Des obligations qui ne recouvrent pas tous les problèmes de la potestativité. L'on peut néanmoins se demander quelles sont les conséquences qui découlent de la qualification de mandat d'intérêt commun. Elle limite la possibilité de rupture unilatérale du contrat, sans l'interdire fondamentalement. Elle n'est possible qu'en présence d'une cause légitime. Cette cause légitime ne s'entend pas uniquement d'une faute du mandataire. Si faute il y a, elle doit être caractérisée³⁹³, mais n'a pas à être une faute grave, comme l'a précisé la Cour de cassation le 17 mars 1987 par le biais de sa Première Chambre civile³⁹⁴. En toute hypothèse, le mandat d'intérêt commun n'est pas une fonctionnalité applicable à toutes les situations de pouvoir contractuel unilatéral. Il a la vertu de créer entre les parties des obligations de prise en compte des intérêts de l'autre, mais ne suffit pas compenser la puissance de la partie *potentior*.

- Le statut de l'agent commercial.

205. Un supplément de protection grâce au droit de l'Union européenne. La notion de mandat d'intérêt commun est rendue aujourd'hui moins nécessaire grâce à la directive sur les agents commerciaux du 18 juin 1986 n°86/653/CEE qui a été transposée par la loi du 25 juin 1991 n° 91-593. Les dispositions de cette dernière sont codifiées dans le Code de commerce aux articles L134-1 et suivants du Code de commerce. Celui-ci énonce en son premier alinéa que : « *L'agent commercial est un mandataire qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de services, est chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux. Il peut être une personne physique ou une personne morale.* »

206. Une protection renforcée. Les articles suivants prévoient un régime relativement protecteur. Par exemple, l'article L134-12 du Code de commerce qui prévoit une indemnité compensatrice en cas de rupture provoquant un préjudice. L'esprit de la protection est mentionné à l'article L134-4 du même code. Le contrat est conclu « *dans l'intérêt commun des parties* ». Le mandat doit mettre l'agent « *en mesure d'exécuter son mandat* ». Les articles L134-5 et suivants du Code de commerce, il est prévu que la commission

³⁹³ J. Ghustin, « Le mandat d'intérêt commun », in *Les activités et les biens de l'entreprise, mélanges offerts à Jean Derrupé*, Paris, Litec, GLN Joly, 1991, p. 129.

³⁹⁴ Civ. 1^{ère}, 17 mars 1987, Bull civ I, n°94.

sera « *conforme aux usages pratiqués* » ou à défaut de tels usages selon « *une rémunération raisonnable* ».

À défaut de pouvoir recourir au mandat d'intérêt commun, ou au contrat d'agent commercial, l'on peut regarder si la notion d'abus est en mesure de surmonter le problème.

β : Surmonter le problème de l'unilatéralisme contractuel en combattant « l'abus ».

207. *L'abus, un critère pertinent, mais peu mis en œuvre de fait.* Un autre critère pour sanctionner des clauses de prérogatives unilatérales au sein d'un contrat est celui de l'abus. Ce critère semble assez pertinent dans la mesure où un contrat dont l'exécution est échelonnée dans le temps nécessite parfois une marge de manœuvre large pour l'un des contractants, et donc une certaine liberté dans l'usage de son pouvoir unilatéral. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation affirme que le débiteur qui veut contester le prix unilatéralement fixé doit démontrer un abus dans la fixation du prix³⁹⁵. Une telle solution pourrait être approuvée à propos d'autres prérogatives contractuelles, par exemple celles qui mettent un terme au contrat. Néanmoins, le cas pose problème en présence d'une clause de fixation unilatérale de prix. Non seulement la contrariété est nette vis-à-vis de l'article 1129 du Code civil qui en devient quasiment obsolète³⁹⁶, mais encore la Cour de cassation, si elle a donné une solution d'apparence satisfaisante, n'a guère défini le comportement abusif qu'elle évoquait dans ces quatre arrêts de 1995. Puisque ce n'est pas le prix qui est abusif, c'est donc le comportement du contractant, qui importe pour déterminer un abus. Certainement, cela peut rejoindre l'idée de négociations faussées : l'on peut imaginer que cet abus consiste à augmenter les prix de façon soudaine, ou à un moment inopportun pour le débiteur de ce prix. Pendant longtemps, la Cour de cassation a refusé de reconnaître un abus dans la fixation du prix, laissant la doctrine dans l'interrogation de ce que cette notion pouvait désigner³⁹⁷. Un arrêt non publié au Bulletin a récemment fait exception³⁹⁸. Le critère retenu était l'impossibilité pour le partenaire de celui

³⁹⁵ AP, 1^{er} décembre 1995, *GAJC*, *op. cit.*, t. II, n°152-155. L. Levener, « L'indétermination du prix dans les contrats, portée d'un revirement de jurisprudence », *op. cit.* ; *RTD Civ*, 1996, 153, note J. Mestre ; *D*, 1996, 13, note L. Aynès ; *LPA*, 27 décembre 1995, note D. Bureau et N. Molfessis ; *Defrénois*, 15 juin 1996, p. 747, note P. Delebecque. B. Bouloc, « Agent commercial, indemnités de rupture », *RTD Com*, 2015, 147.

³⁹⁶ S. Lequette, *Le contrat-coopération, contribution à la théorie générale du contrat*, *op. cit.*, p. 392.

³⁹⁷ Par exemple, Com, 14 décembre 1999, n°97-20.304. La jurisprudence de ce point de vue ne donne guère que des arrêts inédits sauf Civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, *Banque et droit*, 1^{er} novembre 2004, p. 58, note T. Bonneau ; *D*, 2005, 1828, note D. Mazeaud ; *RDC*, 2005, 275, note P. Stoffel-Munck.

³⁹⁸ Com, 4 novembre 2014, n°11-14.026, *D*, 2015, 183, note J. Ghentin ; *JCP G*, 2014, 1310, note A.-S. Choné-Grimaldi ; *Rev. dr. rural*, 2015, comm. 67, note N. Dissaux.

qui fixe le prix de faire face à la concurrence. La portée de cet arrêt demeure toutefois incertaine.

208. *Un abus plus facile à déterminer pour d'autres dispositions du contrat que le prix.* Par contre, pour ce qui est de la rupture unilatérale d'un contrat à durée indéterminée, la jurisprudence la plus classique exigeait un abus de la part de l'auteur de la rupture, sans que le motif soit nécessairement énoncé lors de l'annonce de cette même rupture³⁹⁹. L'obligation de préavis, si elle ne fait l'objet d'aucun texte de loi – hormis évidemment l'article L442-6 I 5° du Code de commerce qui tend à couvrir tout le droit privé – est reconnue de façon certaine en jurisprudence⁴⁰⁰. La durée du préavis est cependant variable selon les circonstances. S'il existe un contrat type dans le secteur concerné, c'est ce dernier qui peut fixer la durée de ce préavis⁴⁰¹. En revanche, dans un autre contrat de transport, pour fixer un préavis de trois mois, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir pris en compte la dépendance économique d'une société envers l'autre ainsi que la durée de la relation⁴⁰². Celui qui rompt unilatéralement un contrat à durée indéterminée n'a, par principe, pas de motif à donner. Il reste qu'il est difficile de caractériser un abus dès lors que les motifs de la rupture ne sont pas affichés⁴⁰³.

209. *Conclusion du §1 et transition.* La Cour de cassation retient les notions de mandat d'intérêt commun et d'abus pour résorber l'inégalité contractuelle en présence d'un pouvoir unilatéral conféré par la convention. Or jusqu'ici, il ne s'agit pas d'une fixation judiciaire du prix, mais simplement du comportement des parties dans la détermination du prix. L'on pourrait reprocher à cette approche d'être trop fébrile. En effet, l'on pourrait penser que le juge ne peut pas étudier le comportement des parties lorsque le déséquilibre dans le prix est flagrant. Ceci est d'autant plus vrai lorsque le prix est fixé unilatéralement. À pouvoir exceptionnel du contractant, doit correspondre le pouvoir exceptionnel du juge de contrôler, ou le prix, ou une autre prestation. Nous pourrions donc discerner deux avantages que comportait le pouvoir du juge de protéger la partie faible en contrôlant le montant de la prestation au contrat : affranchir la partie faible de la preuve d'une réalité trop complexe à

³⁹⁹ O. Porumb, *La rupture des contrats à durée indéterminée par volonté unilatérale, essai d'une théorie générale*, Thèse, Paris, 1937. C. Aubert de Vincelles, « Pour une généralisation encadrée de l'abus dans la fixation du prix », *D*, 2006, 2629.

⁴⁰⁰ S. Valory, *op. cit.*, p. 458. Citant par exemple, pour le cas des concessions commerciales : Com, 5 décembre 1984, Bull. civ IV, n°332 ; pour le cas de la rupture d'un contrat de concession d'articles vestimentaires quelques jours avant la collection été : Com, 8 avril 1986, Bull. civ IV, n°58.

⁴⁰¹ Com, 4 octobre 2011, n°10-20.240, *CCC*, 2011, 259, note N. Mathey ; *D*, 2011, 2465, note X. Delpech, l'arrêt cependant se réfère à l'article L.442-6 I 5° du Code de commerce qui applique un régime de responsabilité délictuelle, mais se réfère au contrat type en matière de transports publics routiers de marchandises dont le délai est de six mois.

⁴⁰² Com, 15 juin 2010, n°09-66.761, *jurisdata* n°2010-009424, *D*, 2011, 540, note D. Ferrier.

⁴⁰³ D. Mazeaud et C. Jamin (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *op. cit.*, p. 68.

rapporter comme une démonstration macroéconomique et l'efficacité en présence d'une situation de prérogative contractuelle unilatérale. À ceci près qu'il faut cantonner ce type de protection à quelques hypothèses précises, car la protection de la partie faible par un arbitrage du juge n'est pas dénuée d'inconvénients. C'est pourquoi il convient de limiter son action aux déséquilibres flagrants, d'où l'importance de distinguer en droit des contrats les situations où se constate non pas seulement un déséquilibre, mais un déséquilibre «*flagrant*», c'est-à-dire déraisonnable.

§2 : La protection de la partie faible par le contrôle du prix : nécessité de distinguer les situations « déraisonnables ».

210. Une notion ambiguë du droit français. L'autonomie de la volonté, dans son principe, ne veut rien savoir de ce qu'est un prix juste. Les facteurs qui le déterminent ne peuvent pas aboutir à une conclusion universellement valable et les circonstances de temps et de lieu interfèrent beaucoup trop pour que le juge parvienne à des certitudes. Ce dernier peut-il, pour autant, se placer dans une position purement abstraite et appliquer machinalement la lettre du contrat ? Il semble qu'une partie de la doctrine plaide pour une reconnaissance de l'excès en droit⁴⁰⁴. Par exemple, dans le projet de réforme des obligations présenté en 2013, il est indiqué que le juge pouvait exiger une compensation en argent lorsque l'exécution en nature est «*manifestement déraisonnable*» (article 1221 du projet)⁴⁰⁵. De même, notre jurisprudence retient la notion de délai raisonnable⁴⁰⁶. Le raisonnable ne concerne pas que le montant de la prestation. Cette notion n'est donc pas une nouveauté dans la matière. Nous verrons qu'en matière d'appréciation de la prestation, cette notion trouve une place tout à fait souhaitable (A), puis démontrerons par l'exemple que, utilisée à bon escient et dans les limites qu'il convient, elle peut tout à fait juguler sans encombre l'inégalité contractuelle (B).

A : Le raisonnable, une notion opportune pour le droit des contrats d'affaires.

211. Le risque d'une fixation pure et simple du prix par le juge. S'il y a contrôle du juge sur le contenu du contrat, ce ne peut être que de façon mesurée et exceptionnelle. Une protection de la partie faible qui consiste à interdire un contenu dépassant une limite, revient

⁴⁰⁴ H. Ramparany-Ravololomiarana, *Le raisonnable en droit des contrats*, préf. J. Beauchard, Paris, LGDJ, 2009.

⁴⁰⁵ M. Behar-Touchais, « De la difficile appréciation du délai raisonnable du préavis pour rompre une relation commerciale établie », *RDC*, 2006, 431. P. Stoffel-Munck « Exécution et inexécution du contrat », *RDC*, 2009, p. 333.

⁴⁰⁶ Req, 28 février 1870, *DP*, 1871, 1 p. 61. B. Petit, S. Rouxel, *Juriscl. Code civil* « article 1109 », septembre 2012, mise à jour août 2014, point 24.

de façon inversée, à imposer le contenu du contrat. Or il n'est pas forcément souhaitable que l'État intervienne de façon absolue dans l'économie, sans laisser une part d'initiative aux personnes. Ne serait-ce que parce que les activités économiques subissent des évolutions auxquelles la loi s'adapte mal. Autrement, cela reviendrait à la fixation de tous les prix par l'administration. Et non seulement les prix, mais aussi toutes les modalités de l'obligation en toute circonstance. Quelle est donc cette mesure nécessaire à la liberté contractuelle ? À partir de quand l'autonomie de la volonté doit-elle s'effacer ? Par définition, dire qu'une disposition contractuelle est « trop » ou « pas assez » importante, c'est porter un jugement subjectif. Or, l'on connaît les dérives que peut entraîner une règle subjective, surtout quand il s'agit d'imposer judiciairement une obligation.

212. Recours à la notion de « raisonnable ». Ce qui est déraisonnable peut également être désigné par les termes de « manifestement déséquilibré », « déséquilibré de façon flagrante », « significativement déséquilibré ». C'est pourtant la même réalité qui est exprimée à chaque fois. Il s'agit de dire que le déséquilibre peut être appréhendé par l'évidence⁴⁰⁷. Cela désigne donc une situation extrême. Il est effectivement juste que le contrôle objectif du contenu du contrat par le juge soit restreint aux situations extrêmes. Nous allons voir l'opportunité de cette restriction et les méthodes possibles pour en cerner les frontières.

1 : L'intérêt de limiter le contrôle objectif du contenu du contrat par le juge aux situations extrêmes.

213. Les réticences de la doctrine à un contrôle généralisé du prix. Il est communément admis que l'évolution du droit des contrats progresse vers la recherche de l'équilibre⁴⁰⁸. Cette recherche de l'équilibre ne peut pas s'entendre en une négation de la volonté. Le phénomène contractuel doit rester l'instrument des échanges et de la production de richesse, dès lors qu'il s'en tient à cet objectif. Georges Ripert disait par exemple que « *le déséquilibre, c'est l'aléa du contrat* »⁴⁰⁹. Monsieur le Professeur Mestre estime quant à lui que : « *à trop poursuivre les excès, on risque d'attenter gravement à la sécurité*

⁴⁰⁷ D. Bakouche, *L'excès en droit civil*, préf. M. Gobert, Paris, LGDJ, 2005, p. 15 et s.

⁴⁰⁸ C. Thibierge-Guelucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD Civ*, 1997, p. 357. Contra, J. Mestre, « Une bonne foi franchement conquérante... au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat », *RTD Civ*, 1993, 124.

⁴⁰⁹ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, [4^{ème} édition], 1949, p. 152.

*contractuelle*⁴¹⁰». Ceci est d'autant plus vrai que l'action en réfaction ou annulation du contrat pour cause de déséquilibre du prix peut servir de moyen de pression pour obtenir un avantage indu auprès de celui, trop vite appelé « partie forte ». Cela se vérifie par exemple en matière de déséquilibre significatif.

214. La question de l'existence d'un principe de proportionnalité. La question se pose alors de savoir dans quelle mesure il existe en matière contractuelle, un principe de proportionnalité⁴¹¹. Le doyen Carbonnier identifiait cette question comme une « *exigence un peu vague d'équilibre raisonnable* »⁴¹². En effet, la disproportion elle-même n'est pas facile à identifier. En réalité, la disproportion judiciairement constatée ne peut rien être d'autre qu'un consentement faussement donné qui se passe d'une preuve trop difficile. La sanction de la disproportion ne doit pas s'opposer à la liberté contractuelle ni entraver le bon déroulé des transactions économiques. Elle doit simplement servir de raccourci lorsque le déséquilibre ne trompe personne quant à l'irrationalité des négociations. Il faut donc garder en tête qu'un contrat qui mérite d'être révisé, surtout entre professionnels, ne peut l'être que parce qu'il a mal été négocié. Cela n'empêche en rien que certaines situations exigent que l'on simplifie le travail probatoire. D'où la nécessité de circonscrire l'application du déséquilibre à ce qui est « manifeste », « flagrant », « significatif » ou « irraisonnable »⁴¹³.

Il existe des exemples dans la pratique où le juge est tenu de sanctionner une situation contractuelle qu'il estime disproportionnée de façon trop flagrante.

B : Les exemples d'application de la sanction du déséquilibre par le contenu du contrat.

215. Présentation. Peut-on doter le juge d'un pouvoir d'apprécier du déséquilibre contractuel sans glisser vers un contrat apprécié en pure équité ? Autrement dit, peut-on objectivement fixer une limite à la disproportion contractuelle, en sorte que le déséquilibre

⁴¹⁰ J. Mestre, « Une exigence de proportionnalité dans la formation du contrat », *RTD Civ*, 1998, p. 100, cité par P. Cramier, « Essai sur la protection du contractant professionnel », *LPA*, 14 juin 2000, p. 7.

⁴¹¹ M. Behar-Touchais, « Rapport introductif » du colloque du CEDAG, *Existe-t-il un principe de proportionnalité ?*, *LPA*, 30 septembre 1998, p. 3. V. également les actes de ce colloque dans le même numéro de cette revue.

⁴¹² J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, Paris, PUF, [25^{ème} édition refondue], 1997, n°53 cité par D. Mazeaud, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », acte du Colloque « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », *LPA*, 30 septembre 1998, p. 12.

⁴¹³ S. Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. H. Muir-Watt, Paris, LGDJ, 2000, notamment p. 46.

« flagrant » et le déséquilibre « raisonnable » puissent être traités chacun de façon juste ? Ou alors, faut-il se résigner à une confusion quant à l’issue du contrat, dès lors que l’on permet au juge de donner son sentiment sur le caractère raisonnable des prestations ? Il convient pour y répondre de regarder les quelques situations que le droit met à notre disposition pour dénoncer les déséquilibres tellement manifestes qu’ils suffisent à eux seuls à revenir sur le contenu contractuel. Certaines de ces situations ont été mises en évidence par la jurisprudence, d’autres ont une origine légale.

1 : Les sanctions de l’inégalité contractuelle flagrante dégagées par la jurisprudence.

Les deux règles d’origine prétorienne de sanction du déséquilibre manifeste que nous allons étudier sont : la contrepartie analysée à l’aune de la cause et le caractère proportionné du cautionnement.

a : La sanction de la contrepartie par le recours à la notion de cause.

Il pourrait être surprenant de parler encore de cause puisque d’aucuns proclament, craignent ou luttent contre son obsolescence⁴¹⁴ et que le projet de réforme du droit des contrats soumis par la Chancellerie en juillet 2013 ne reprend pas cette notion. Il faut donc effectuer un succinct rappel de la notion de cause, pour voir comment la jurisprudence se l’est appropriée et quel avenir elle possède pour constater un déséquilibre objectif du contrat.

α : L’émergence de la notion de cause.

216. Une particularité du droit français. Selon la conception la plus classique du droit civil, il ne suffit pas de caractériser le consentement des deux parties sur le contenu du contrat pour que ce dernier produise tous les effets prévus. L’article 1108 du Code civil exige qu’il soit également pourvu d’une cause licite. La même notion est développée aux articles 1131 et 1132 du même code. La cause est une notion essentiellement propre au droit français. On trouve son origine dans le droit romain. Il est cependant difficile d’en faire l’équivalent de la « cause » telle que notre droit la connaît. La « causa » romaine peut désigner surtout la cause efficiente, c’est-à-dire la forme concrète que prend l’acte juridique. Monsieur le Professeur Ghustin fait observer que dans le Digeste, le mot « causa » se rattache à divers contrats notamment des contrats réels. Elle exprime dans l’ensemble la nécessité d’une

⁴¹⁴ B. Fages, « Faut-il avoir de la cause une vision étroite ou... plus de vision du tout ? », *RTD Civ*, 2012, p. 113, D. Mazeaud, « La Cause », in Collectif, *1804 – 2004, Le Code civil, un passé un présent un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 469. T. Génicon, « Théorie de la cause : les vraies raisons pour lesquelles on y revient sans cesse », *RDC*, 2013, p. 1321.

contrepartie pour que l'acte soit opérant⁴¹⁵. La notion a pris une ampleur plus forte à partir du Moyen-Âge, et jusqu'au Code civil.

217. Un concept remontant à l'Ancien Régime. En écho à Aristote, Saint Thomas d'Aquin rappelle les quatre types de cause existants : formelles, matérielles, efficientes et finales. Les glossateurs, notamment Balde, partent donc de ces constatations pour donner à la cause une portée supérieure à celle du droit romain. La cause peut être non seulement intrinsèque à l'acte juridique, mais également extrinsèque. Elle peut résider dans le motif qui a poussé un contractant à se lier. Ce qui ouvre la voie à la doctrine juridique moderne qui approfondit davantage le concept de cause⁴¹⁶. À la fin du XVII^{ème} siècle, Domat, en vient à dire que la cause du contrat devient le fondement exclusif de sa validité. L'engagement d'une partie ne trouve son fondement que dans celui de l'autre⁴¹⁷. « *L'engagement de l'un est le fondement de l'autre* », affirme-t-il⁴¹⁸. La doctrine de la cause par Domat ne trouve cependant pas un écho aussi important que celui de Pothier au siècle suivant. Effectivement, Domat se contente d'analyser chaque contrat sans donner une définition générale de la cause. Il ne fait que démontrer la cause d'une prestation dans chaque exemple⁴¹⁹. Pothier porte l'analyse plus loin. Il démontre que la notion de cause se distingue de celle du consentement. Une personne peut de son plein gré s'engager à payer la dette d'un tiers. Cette obligation n'est en revanche pas fondée dans la mesure où la dette du tiers n'existe pas⁴²⁰. Il pose donc en condition essentielle du contrat une cause qui soit honnête. Et sous l'influence du droit des gens, il en tire des conséquences importantes⁴²¹.

218. La conception de la cause à partir du Code civil. La doctrine juridique qui suit le Code Napoléon retient une conception extrêmement réduite de la cause. Il s'agit en fait de la cause objective, contrepartie de chaque prestation. On imagine le souci positiviste des codificateurs de garantir aux justiciables un droit prévisible. Cela rend également compte d'un certain âge d'or de l'autonomie de la volonté qui refuse une immixtion du juge trop forte dans le contrat. L'on ne cherche pas l'intention profonde des parties, mais l'on s'en tient

⁴¹⁵ J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris, LGDJ, 2006, p. 12.

⁴¹⁶ J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, *op. cit.*, p. 18.

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 19, ce qui n'exclut pas le rôle du consentement puisque Domat affirme dans *Les lois civiles dans leur ordre naturel* que « les conventions s'accomplissent par le consentement mutuel donné ». Première partie, livre I, section I, VIII.

⁴¹⁸ Domat, *Les lois civiles*, *op. cit.*, Première partie, Livre I, Section I, V.

⁴¹⁹ G. Chevrier, *Essai sur l'histoire de la cause en droit des obligations*, thèse Paris, 1929, p. 247.

⁴²⁰ R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, première partie, chap. 1 section 1, art I §3. Il écrit : « *Les choses qui sont de l'essence du contrat, sont celles sans lesquelles ce contrat ne peut subsister. Faute de l'une de ces choses, il n'y a point du tout de contrat, ou c'est une autre espèce de contrat* ».

⁴²¹ *Ibid.*, art III, §6.

uniquement à ce qui est visible à la lecture de la convention⁴²². Ceci a suscité un mouvement contestataire en doctrine mené par Planiol, jugeant que cette conception de la cause était à la fois fausse et inutile. Cela étant, Henri Capitant retient une conception de la cause qui dépasse la réciprocité des objets. Il juge contraire à la morale que l'acheteur renonce en faveur du vendeur à toute action en responsabilité contractuelle. La cause constitue donc pour lui « *une réponse simple et logique à une conception compliquée* »⁴²³. La cause a donc un caractère global qui lui permet d'échapper à l'ingéniosité juridique d'une partie, voulant conclure un contrat immoral. Dans la même optique, Ripert admet facilement que des éléments extérieurs au contrat soient intégrés dans la recherche de la cause d'une obligation. Il critique une conception purement économique qui se contente d'une approche matérialiste du contrat. Il perçoit d'ailleurs la limite d'une cause trop objective qui n'analyse que la valeur marchande des prestations. A terme, il faut bien combler la lacune de l'immoralité du contrat, si bien qu'une vision de la cause purement matérielle doit forcément se réfugier derrière des considérations d'ordre psychologique pour évincer un contrat immoral, et pas seulement du point de vue de l'équilibre économique⁴²⁴. A l'inverse, les anti-causalistes préfèrent une approche dénuée de morale et se satisfont d'une simple « contrepartie ». La cause renferme donc deux éléments du contrat qui, tout en se regroupant derrière la notion de morale, vont donner lieu à des concepts juridiques distincts.

219. Comparaison avec le droit anglais. Le droit anglais par exemple, qui n'a pas été forgé par des canonistes soucieux de s'ancrer dans le droit romain, est attaché à la notion de « consideration ». Autant en droit français, l'offre et l'acceptation suffisent pour établir l'existence du contrat, autant le droit anglais s'articule davantage autour du triptyque offre-acceptation-« consideration ». Les raisons sont essentiellement historiques, du fait que le droit anglais est un droit marchand⁴²⁵. Néanmoins, la notion de « consideration » ayant pu poser des difficultés, il est admis qu'elle se confond avec l'idée de contrepartie⁴²⁶.

220. Transition. Effectivement, cette ambiguïté de la notion de cause va permettre à la fin du XX^{ème} siècle d'ouvrir la voie à un contrôle du juge sur le contenu du contrat lorsque la contrepartie n'existe pas. Cette brèche s'est ouverte à propos des clauses limitatives de

⁴²² J. Rochfeld, *Rép. Dalloz. Droit civil*, article « Cause », septembre 2012, (mise à jour avril 2015), n°4.

⁴²³ H. Capitant, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, Paris, Dalloz, 1923, p. 203 et 204.

⁴²⁴ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., p. 63.

⁴²⁵ R. David et D. Pugsley, *Les contrats en droit anglais*, Paris, LGDJ, [2^e édition], 1995, p. 96. Il est intéressant de voir que les auteurs reconnaissent au droit anglais le mérite de ne pas immiscer la morale sur le terrain juridique mais de respecter au monde marchand le domaine qui lui est propre.

⁴²⁶ *Ibid*, p. 98, l'auteur Pollock et l'arrêt *Dunlop vs Selfridge* 1915 AC 1987 se sont prononcés dans ce sens.

responsabilités. Nous allons voir en quoi le juge a-t-il pu raisonnablement limiter l'inégalité contractuelle à l'aide de la cause.

β : L'utilisation de cause dans le but de rétablir l'équilibre objectif du contrat.

221. *Apparition de la cause comme correction des excès du contrat : une jurisprudence éphémère sur les retombées économiques du contrat.* La jurisprudence a également utilisé la notion de cause de l'obligation de façon novatrice⁴²⁷. L'on a pu parler de « subjectivisation de la cause⁴²⁸ ». Certains arrêts ont pu surprendre en ce qu'ils donnaient à la cause un pouvoir qu'elle n'avait pas jusqu'alors. C'est ainsi que l'arrêt Point Club Vidéo du 3 juillet 1996⁴²⁹, a déclaré nul comme privé de cause un contrat par lequel deux époux concluent la création d'un point de location de cassettes vidéo avec une société. Le motif invoqué était la faible population du secteur où le commerce était installé. Cette solution a pu surprendre⁴³⁰, ce qui est compréhensible, dans la mesure où l'on envisage mal un contrat où une partie est tenue de donner des conseils à l'autre sur la stratégie commerciale à suivre (voir infra). C'est d'ailleurs pourquoi un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation est venu tempérer cette solution⁴³¹. Toutefois, cette jurisprudence n'a pas eu de suite très importante. Le cas est différent pour les clauses limitatives de responsabilité.

222. *Une jurisprudence durable : les clauses limitatives de responsabilité.* C'est l'innovation apportée par la jurisprudence de la Chambre commerciale de la Cour de cassation dite « Chronopost »⁴³² du 22 octobre 1996 et ses prolongements. Dans cette affaire, la Cour a déclaré nulle comme dénuée de cause, la clause par laquelle le livreur qui n'exécutait pas le contrat dans les délais prévus voyait sa responsabilité civile engagée dans une mesure très limitée. Elle considérait en effet que la clause litigieuse⁴³³ contredisait la portée essentielle de l'engagement de Chronopost dans le contrat. La jurisprudence s'est poursuivie par l'arrêt Faurecia 1. La doctrine avait pu regretter que cette décision empêche toute clause limitative de responsabilité même équitable dès lors que l'obligation essentielle du contrat était concernée⁴³⁴. Un deuxième arrêt Faurecia⁴³⁵ a donné une solution qui diffère

⁴²⁷ J. Rochfeld, *Rép. Dalloz Droit civil*, fasc « cause », *op. cit.*

⁴²⁸ D. Mazeaud, note sous l'arrêt Com, 27 mars 2007, n°06-10.452, *RDC*, 1^{er} avril 2008, n°2, p. 231.

⁴²⁹ Civ. 1^{ère}, 3 juillet 1996, *Defrénois*, 1996, p. 1015, obs. P. Delebecque. J. Mestre, « L'économie du contrat », *RTD Civ*, 1996, 903.

⁴³⁰ F. Labarthe, « Droit des obligations », *JCP G*, n°16, 16 avril 1997, I, 4015. J. Mestre, « L'économie du contrat », *RTD Civ*, *op. cit.*

⁴³¹ Com, 27 mars 2007, 06-10452, *JCP G*, 2007, II, 10119, note Y.-M. Serinet.

⁴³² Com, 22 octobre 1996, n° 93-18.632. *D*, 1997, p. 121, note A. Sériaux ; *D*, 1997, 145, note C. Larroumet ; *JCP G*, 1998, I, 152, note J.-P. Chazal.

⁴³³ Com, 13 février 2007, n° 05-17406, *D*, 2007, p. 654, note X. Delpech.

⁴³⁴ B. Fages, « Manquement à une obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », *RTD Civ*, 2007, p. 567.

de la précédente : la clause n'est invalidée que dans la mesure où elle contredit la portée de l'obligation essentielle et la vide de toute substance. Le juge ne la déclarera donc pas contraire à l'article 1131 du Code civil si les parties l'ont librement négociée et que l'exécution du contrat n'est pas illusoire.

223. Une prise en compte faible du caractère « déraisonnable » dans cette jurisprudence. On voit ici les points forts et en même temps les limites de cette jurisprudence. La contrepartie dérisoire est une notion tout à fait pertinente pour discerner un déséquilibre. Mais à mesure que cette jurisprudence progresse, elle laisse place à l'incertitude et à une marge d'erreur. Dans la dernière jurisprudence Faurecia, la clause limitative de responsabilité était de 200 000 euros. Certes, ce n'est pas dérisoire pris abstraitemt. Ça l'était toutefois par rapport aux prétentions de la société demanderesse : soixante et un millions d'euros. Il est donc normal que le juge sanctionne un contrat où il existe une contrepartie dérisoire que n'importe quel profane peut constater. En revanche, dès lors que le déséquilibre des prestations requiert une analyse technique, il est plus juste que le juge se lance dans une analyse des négociations, car la frontière du « raisonnable » n'a vraisemblablement pas été franchie. Et c'est pour cela que l'arrêt Faurecia 3 mentionne l'idée de contrepartie négociée⁴³⁶.

224. Une possible disparition de la cause au cours d'une prochaine réforme. Toutes ces constructions jurisprudentielles ont cependant un avenir incertain. Le projet de réforme du droit des contrats, dans sa dernière version présentée par la Chancellerie, ne retient pas la notion de cause. Il se pourrait alors, soit que les constructions prétoriennes qui protègent le contractant faible disparaissent. Si tel n'était pas le cas, elles seraient remplacées par des fondements sui generis. A tout le moins, doit-on penser que la cause n'est pas un fondement de protection de la partie faible professionnelle appelé à durer⁴³⁷.

225. Transition. La jurisprudence sur la cause, et notamment les clauses limitatives de responsabilité nous apprend que la sanction du déséquilibre apprécié objectivement, indépendamment de l'analyse des négociations, ne fonctionne que lorsque le déséquilibre est flagrant au point qu'un profane le constate. Le critère du « dérisoire » est, à cet égard pertinent. À condition d'apprécier le caractère dérisoire in abstracto. Autrement dit, la

⁴³⁵ Com, 29 juin 2010, n°09-11.841, *RTD Civ*, 2010, 555, note B. Fages. Voir également *D*, 2010, 1832, note D. Mazeaud ; *JCP G*, 2010, p. 787, note D. Houtcief ; *Dr. et Patr.*, 2011, n°200, p. 69, note L. Aynès et P. Stoffel-Munck.

⁴³⁶ La Cour refuse de dire, comme le prétend le demandeur au pourvoi que la clause n'a pas fait l'objet de négociations.

⁴³⁷ R. Boffa, « La validité du contrat », *Gaz Pal*, 30 avril 2015, p. 18. X. Delpech, « Un vent de modernité sur le droit des contrats », *AJCA*, 2015, 119. C. Grimaldi, « Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots », *D*, 2015, p. 814. M. Mekki, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D*, 2015, p. 816.

contrepartie doit être symbolique. Nous allons voir en quoi le même raisonnement tient pour la sanction du cautionnement disproportionné.

b : Appréciation du caractère disproportionné d'un cautionnement par le juge.

226. *Origine de cette protection.* Le caractère disproportionné du cautionnement a d'abord et introduit en droit positif par le Code de la consommation⁴³⁸, mais uniquement dans le cercle des rapports entre professionnels et s. C'est la jurisprudence qui a étendu la notion aux rapports interprofessionnels et la loi a consacré cette jurisprudence par la suite. Les arrêts Macron⁴³⁹ et Nahoum⁴⁴⁰ engagèrent la responsabilité du banquier dispensateur de crédit faisant signer à la caution un engagement disproportionné. Et la jurisprudence ajouta une distinction, selon que la caution qui s'est engagée entretien un lien proche avec le débiteur ou non. Si la caution est *dirigeante*, elle sera plus en mesure de connaître l'ampleur de son engagement. Ce n'est pas le cas d'une caution profane qui ignore tout des affaires du débiteur. La loi Dutreil en 2003 consacra la solution jurisprudentielle en la codifiant à l'article L341- 4 du même code⁴⁴¹. La proportion dans les situations décrites ne concerne pas un équilibre des prestations, mais plutôt une proportion entre le montant du cautionnement et les ressources de la caution. Le texte de 2003 affirme : « *Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation.* » Sans entrer dans le détail du régime de cet article, faut-il considérer qu'il appréhende le déséquilibre de manière juste et mesurée ?

227. *Difficulté à établir une notion nette de la proportionnalité.* La réponse est à double tranchant. Le législateur était parti dans une intention de considérer la disproportion selon des critères objectifs. Or, la pratique montre que le juge ne peut guère s'empêcher d'intégrer des considérations subjectives pour constater le déséquilibre⁴⁴². De plus, la proportionnalité est difficile à apprécier de façon parfaite. Elle n'a pas le même sens suivant que l'on considère le patrimoine et le revenu de la caution de façon statique ou en appréciant les potentialités d'enrichissement non encore avérées de cette même caution. Et l'existence

⁴³⁸ Code de la consommation, article 313-10. V. D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, Paris, LGDJ, [9^{ème} édition], 2013, p. 130 et s. M. Bourassin, V. Brémont, M.-N. Jobard-Bachellier, *Droit des sûretés*, Paris, Sirey, [4^{ème} édition], 2014, p. 130 et s.

⁴³⁹ Com, 17 juin 1997, Bull. civ. IV, n°188, *JCP E*, 1997, 1007, note D. Legeais.

⁴⁴⁰ Com, 8 octobre 2002, Bull. civ. IV, n° 136, *JCP G*, 2003, I, 134, note P. Delebecque et P. Simler.

⁴⁴¹ P. Malaurie, L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, la publicité foncière*, Paris, Defrénois, [8^{ème} édition], 2014, p. 134.

⁴⁴² Y. Picod, « Proportionnalité et cautionnement, Le mythe de Sisyphe », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p. 843.

d'une pluralité de dettes faisant l'objet d'une caution peut rendre l'évaluation de la disproportion moins évidente. Il semble que la jurisprudence tienne compte du patrimoine et des revenus de la caution de façon figée⁴⁴³. Ce qui peut s'expliquer par un souci de sécurité juridique. La Cour de cassation refuse de fixer un critère de la proportionnalité qui relève du pouvoir souverain des juges du fond⁴⁴⁴. Il n'existe pas de limite précise pour apprécier cette disproportion, mais on admet qu'il s'agit de laisser à celui qui s'engage un minimum pour pouvoir vivre sans être surendetté. Alors même que ce calcul ne prend pas en compte l'existence d'autres contrats de cautionnement souscrits antérieurement⁴⁴⁵.

228. *Des incertitudes persistantes.* Comment le droit du cautionnement apprécie-t-il la disproportion ? Peut-il se passer d'une analyse subjective de la situation litigieuse ? A la vérité, on peut dire que le juge, pour appliquer ce principe, se contente de comparer le montant de la dette et le montant des ressources. Il ne fait pas d'appréciation par rapport aux personnes même si l'on peut remarquer que l'hypothèse d'une caution dirigeante peut moins facilement donner lieu à cette protection en pratique⁴⁴⁶. Par prudence, les juges se contentent d'une solution du « *tout ou rien* »⁴⁴⁷, ce qui prouve que l'on cherche à rester dans le domaine du manifeste et de l'excès. À travers ce choix, le juge pressent vraisemblablement que la protection de la caution par des critères objectifs ne peut se faire que pour une disproportion qui donne lieu à peu de discussion. Une protection qui entrerait davantage dans les détails nécessiterait peut-être une analyse des négociations et donc un fardeau de la preuve plus lourd.

Il nous faut à présent voir les instruments de sanction de la protection qui n'émane que de la loi.

2 : Les sanctions d'origine purement légale du déséquilibre contractuel.

Le législateur mesure le risque qu'il prend lorsqu'il laisse au juge le soin de fixer le juste prix. Aussi, le fait-il de manière très mesurée. Les expériences qu'il tente laissent néanmoins des résultats éloquents sur l'intérêt de protéger la partie faible par une analyse objective du contenu du contrat. Nous étudierons le cas des clauses pénales et le déséquilibre significatif entre professionnels prévu à l'article L442-6 I 2° du Code de commerce.

⁴⁴³ D. Legeais, « Cautionnement et exigence de proportionnalité », *Rev. Sociétés*, 2013, 680, note sous arrêts Com, 9 avril 2013, n°12-17.891 ; 12-17.892 ; 12-17893 ; 12-14696 ; Com, 4 juin 2013, n°12-8.216 et 12-15.518.

⁴⁴⁴ Civ. 1^{ère}, 4 mai 2012, *RTD Com*, 2012, 602, note D. Legeais.

⁴⁴⁵ N. Mathey, « Le caractère excessif de l'engagement de la caution », *Rev. dr. bancaire et financier*, septembre 2012, dossier 41.

⁴⁴⁶ *Ibid*, point n°11.

⁴⁴⁷ D. Legeais, « Cautionnement et exigence de proportionnalité », *op. cit.*

a : Les clauses pénales.

229. *L'entrée dans le Code civil de la correction judiciaire des clauses pénales.* La loi du 9 juillet 1975 n° 75-597 a inséré une disposition dans le Code pénal pour permettre au juge de moduler le montant d'une clause pénale, dès que ce montant stipulé par le contrat lui paraît « *manifestement excessif ou dérisoire* ». La disposition est codifiée à l'article 1152 du Code civil et répute non écrite toute clause contraire. Il s'agissait à l'époque de lutter contre les contrats de crédit-bail qui prévoyaient un montant largement disproportionné pour les clauses pénales⁴⁴⁸. Il ne s'agit pas ici de traiter de toutes les conditions et du régime des clauses pénales, mais de voir comment le juge s'accorde de ce pouvoir d'appréciation d'une clause du contrat selon les critères du « *manifestement excessif* ». A-t-on assisté à une insécurité juridique notoire ? À une explosion du contentieux ? Concernant le nombre de procès, il ne semble pas que les craintes d'une partie de la doctrine fussent vérifiées par l'expérience. Néanmoins, elles auraient pu être compréhensibles vu l'importance de la nouveauté que cette loi de 1975 apportait au droit civil.

230. *L'étude de la disproportion, une simple comparaison de deux sommes ?* En réalité, le caractère manifestement disproportionné de ces clauses pénales a fait l'objet d'une interprétation très prudente du juge. En effet, la clause pénale est une clause parmi les autres. Outre sa difficulté à être identifiée comme « clause pénale » proprement dite, le juge dut tenir compte de celles qui s'inséraient dans un contexte contractuel de longue durée. Il était donc impossible d'établir une échelle de prix pour avoir une idée certaine de la validité de la clause. De surcroît, le juge ne s'est pas livré à une appréciation *in abstracto* pour évaluer le montant. La liste des critères que l'on peut recenser en jurisprudence fait, pour ainsi dire, penser à une analyse des négociations. Parfois, le juge établit un simple raisonnement arithmétique. La disproportion n'est d'ailleurs pas toujours appréciée selon les mêmes critères. Dans certains cas, l'on regarde si la disproportion existait *ab initio*, par exemple entre le montant du prêt et le montant de la clause pénale⁴⁴⁹. Dans d'autres, l'on regarde si la disproportion n'est pas constatée entre la somme finalement due et la clause pénale, ou bien entre la somme restant due après un début d'exécution et cette même clause⁴⁵⁰. Parfois encore, c'est le préjudice subi qui sert de référence à l'appréciation de la disproportion⁴⁵¹. Il se trouve même des situations où le critère retenu, c'est le bénéfice qui aurait pu être tiré par

⁴⁴⁸ P. Delebecque, *Juriscl. Code civil*, art. 1146 à 1155, fasc. 22. « Régime de la réparation ». juillet 2013, (mise à jour juin 2014), point n°15.

⁴⁴⁹ Limoges, 22 février 2011, n°09/01499.

⁴⁵⁰ Pau, 13 septembre 2012, n°11/02803.

⁴⁵¹ Limoges, 13 mars 2013, n°12/00553 ; Fort-de-France, 11 mai 2012, n°10/00456 ; TI Avignon, 6 novembre 2007, n°07/00782.

le créancier si la disposition contractuelle litigieuse n'avait pas été enfreinte⁴⁵². Mais dans toutes ces hypothèses, le caractère « manifestement excessif » n'est qu'une question de disproportion chiffrée. Laquelle n'est guère susceptible de poser des problèmes. Comme elle est soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond⁴⁵³, il importe peu qu'elle soit inférieure ou supérieure à la somme de référence ou que l'on attribue un seuil de 1%, 10%, ou 50%.

231. Une tendance néanmoins visible à l'analyse des négociations. L'étude du caractère manifestement disproportionné d'une clause pénale ne soulèverait pas tellement de question s'il n'y avait que ces éléments pour le caractériser. En effet, la doctrine considère d'une manière générale que la disproportion s'apprécie de manière objective⁴⁵⁴. Par « objectif », il faut comprendre une simple comparaison de deux chiffres. Néanmoins, il semble que les circonstances ne soient pas étrangères au calcul effectué par le juge. Le Professeur Philippe Delebecque affirme que c'est objectivement que le juge caractérise l'excès manifeste.⁴⁵⁵ Monsieur David Bakouche, affirme que le juge regarde d'abord les éléments objectifs pour savoir s'il y a un excès, et ensuite peut moduler sa décision en fonction des circonstances subjectives⁴⁵⁶. Certaines décisions semblent s'inscrire en rupture avec une telle analyse. Il apparaît même que certains critères retenus confinent à l'analyse des négociations proprement dite. Par exemple, une juridiction a estimé que les efforts même infructueux entrepris par une partie pour mettre fin à l'usage contrefaisant d'une marque justifiaient une réduction de la clause pénale insérée dans le contrat de mise à disposition d'une marque⁴⁵⁷. De même, une clause pénale à l'encontre d'une société débitrice d'une somme d'argent a pu être réduite parce que cette société enregistrait une baisse de son chiffre d'affaires et avait fait d'importants efforts pour rembourser une somme⁴⁵⁸. Dans un certain nombre d'affaires, la clause pénale est réduite parce que le débiteur se trouve en liquidation judiciaire ou en surendettement⁴⁵⁹. La Cour de cassation donne des éléments d'indication pour trouver la solution la plus juste. Elle a plusieurs fois réaffirmé par sa Première Chambre civile que la clause pénale devait être appréciée en fonction de son but⁴⁶⁰. Elle a également dit que ce but pouvait aussi bien être la prévention contre les débiteurs malveillants que la garantie

⁴⁵² Paris, 9 mai 1997, jurisdata n°1997-020765, cité par P. Delebecque, *Juriscl. Régime de la réparation*, *op. cit.*, point n°119.

⁴⁵³ Par exemple : Com, 18 juin 2013, 12-18.420.

⁴⁵⁴ D. Bakouche, *L'excès en droit civil*, *op. cit.*, p. 35. P. Delebecque, *Juriscl Régime de la réparation*, *op. cit.*, point n°120.

⁴⁵⁵ *Id.*

⁴⁵⁶ D. Bakouche, *L'excès en droit civil*, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁵⁷ TGI Paris, 13 juin 2008, n°07/04080.

⁴⁵⁸ Paris, 13 juin 2013, n°12/16727.

⁴⁵⁹ Versailles, 19 décembre 2013, n°12/05035, (surendettement) ; Bastia, 25 janvier 2012, 11/00109, (liquidation).

⁴⁶⁰ Civ. 1^{ère}, 7 décembre 1999, 98-04.149, et Civ. 1^{ère}, 3 janvier 1985, n°83-15.291, publié au Bulletin.

d'une juste indemnisation⁴⁶¹. Pour déterminer le but de cette clause, faut-il analyser les négociations ou tenir compte d'éléments extérieurs au contrat ? La Chambre sociale de la juridiction suprême de l'ordre judiciaire ne voit pas d'inconvénient à ce que la clause pénale soit modulée en fonction de l'ancienneté du salarié⁴⁶². D'autant que le Professeur Delebecque⁴⁶³ recense un certain nombre de décisions où des critères subjectifs sont pris en compte pour moduler la clause pénale : la longue durée du contrat⁴⁶⁴, l'attitude des parties et surtout l'économie des rapports contractuels⁴⁶⁵.

232. *Conclusion du a.* Les dispositions concernant la possibilité pour le juge de revenir sur une clause pénale sont symptomatiques de la modulation du contrat en fonction de ses dispositions. L'on cherche à corriger les excès du contrat alors on en donne le pouvoir au juge en restreignant celui-ci aux disproportions majeures entre les parties. Lorsque cette disproportion est analysée de façon unidimensionnelle, c'est-à-dire en ne prenant en compte que le montant d'une seule prestation du contrat, le déséquilibre n'est pas dur à discerner. En revanche, plus la pratique offre des situations diverses, plus l'on s'éloigne d'une vision objective du déséquilibre ; et, dans une certaine mesure, on se rapproche d'une analyse des négociations. Cette critique n'est pas pleinement évidente pour le cas des clauses pénales et de l'article 1152 du Code civil. Le contrôle du juge semble plutôt dans l'ensemble équilibré. Les craintes que ces dispositions ont suscitées en leur temps ont été estompées. Les quelques dérives vers une analyse des négociations ne rendent pas compte d'un détournement complet de la règle. Autre peut être le constat pour le cas du déséquilibre significatif introduit dans les rapports entre professionnels par la loi LME du 4 août 2008 n° 2008-776.

b : Le déséquilibre significatif prévu à l'article L442-6 I 2° du Code de commerce.

233. *Genèse de la règle.* Dernier exemple de contrôle de l'équilibre contractuel par le contenu des stipulations, la prohibition du déséquilibre significatif dans les contrats commerciaux prévue à l'article L.442-6 I 2° du Code de commerce a provoqué de nombreux changements dans le domaine des contrats commerciaux.. Cette disposition, en quelques années, a donné lieu à beaucoup d'interrogations en doctrine. Il s'agit en quelque sorte d'un sommet du contrôle du contenu du contrat. Une sorte de révolution qui voulait, à l'origine, ne toucher que le droit de la concurrence. Son étude sera significative pour voir dans quelle mesure la protection de la partie faible professionnelle, peut être opportunément effectuée par

⁴⁶¹ Civ. 3^{ème}, 27 mars 1990, 88-13.967, et Civ. 1^{ère}, 3 janvier 1985, préc.

⁴⁶² Soc, 8 juillet 1998, 96-43.196 par exemple.

⁴⁶³ Les jurisprudences citées dans cette phrase sont issues de P. Delebecque, *Juriscl. Régime de la réparation, op. cit.*, point n°119.

⁴⁶⁴ Paris, 7 mars 1997, jurisdata 1997-020765.

⁴⁶⁵ Poitiers, 25 novembre 1981, jurisdata 1981-042241 ; Paris 12 janvier 1983, jurisdata 1983-020127.

un contrôle judiciaire du contenu du contrat. Cet instrument juridique émerge alors que le gouvernement, en 2008, veut améliorer la rentabilité des échanges économiques et développer la croissance. Dans le même temps, un certain mouvement relayé par des parlementaires réclamait davantage de protection pour les producteurs, sujets aux abus de la grande distribution : le rapport Charrié⁴⁶⁶ qui a précédé cette dernière est très empreint de ces paradoxes. L'on veut libérer les forces vives de l'économie en relançant la négociation. Et dans le même temps, l'on ne veut pas que cette négociation soit le lieu de débordements commerciaux. En écho aux propositions de Monsieur Attali⁴⁶⁷, la discrimination qui auparavant pouvait coûter cher à une entreprise devient le ferment du progrès économique. Après que soit rendu le rapport de Madame Hagelsteen⁴⁶⁸, cette règle a quitté le domaine de l'article L442-6 et n'est plus aujourd'hui en vigueur.

234. *Interrogations autour de la règle.* Les premières années d'expérimentation de l'usage du « déséquilibre significatif » ont permis de dessiner les contours d'un contrôle du contrat en fonction du contenu de celui-ci. Pourtant, une certaine énigme entoure le déséquilibre significatif. Ne s'agit-il vraiment que d'un contrôle du prix ou faut-il exercer ce contrôle en fonction des circonstances dans lequel ce contrôle a été effectué ? Nous commencerons donc par étudier le concept de déséquilibre significatif pour ensuite essayer de voir le sens qu'il recouvre et sa capacité à rééquilibrer utilement le contrat commercial.

a: Les incertitudes sémantiques laissées par le législateur au sujet du déséquilibre significatif entre professionnels.

235. *Une reproduction maladroite du Code de la consommation.* Le déséquilibre significatif avant la loi LME de 2008 était une notion de droit de la consommation. Elle figure à l'article L132-1 du Code de cette matière. Elle ne donnait pas lieu à un contrôle du prix. Il s'agissait plutôt d'une analyse clause par clause. Le législateur reprend à son compte cette notion en droit des contrats entre professionnels, mais sans lui donner un quelconque contenu. Cela peut paraître gênant, puisque le paragraphe III permet au ministre de l'Économie de poursuivre des entreprises en raison du déséquilibre significatif précisément, et les amendes qui peuvent en découler peuvent atteindre deux millions d'euros.

⁴⁶⁶ Rapport Charrié n°908 de l'Assemblée Nationale, en date du 22 mai 2008 : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r0908.asp> On trouve au point n°XIV que « *La discrimination doit être loyale* ».

⁴⁶⁷ J. Attali, *op. cit.*, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000041/0000.pdf>

⁴⁶⁸ Rapport de M.-D. Hagelsteen remis à Christine Lagarde et Luc Chatel sur la négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente. Voir à ce sujet, M. Behar-Touchais, « Le « séisme tranquille » du rapport Hagelsteen », *RLC*, 2008, n°15, p. 30.

236. *La réponse insatisfaisante du Conseil constitutionnel.* Dans une affaire qui opposait le GALEC au ministre de l'Économie, le GALEC qui s'était vu reprocher un déséquilibre significatif à l'égard de ses fournisseurs, contestait la conformité du texte précité avec la Constitution. Plus précisément, selon les requérants, l'article L442-6 I 2° du Code de commerce ne respectait pas le principe de légalité des délits et des peines, puisque le « *déséquilibre significatif* » susceptible d'engager la responsabilité n'était pas défini. Or il découle des articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen que si l'État peut infliger des amendes, c'est à condition que l'incrimination soit définie dans des termes suffisamment clairs et précis. Dans sa solution, le Conseil⁴⁶⁹ ne retient pas l'analyse du distributeur. Il estime que la notion de déséquilibre significatif figure déjà à l'article L132-1 du Code de la consommation et a déjà été amplement défini par la jurisprudence. Le Conseil constitutionnel est relativement optimiste quand il dit qu'il suffit de se référer au droit de la consommation pour discerner la portée juridique de ce texte⁴⁷⁰. Certes, le déséquilibre significatif mentionné à L442-6 du Code de commerce a pu être inspiré du Code de la consommation ; mais l'on doute assez aisément que ces deux textes produisent des effets identiques⁴⁷¹. La doctrine ne manque pas de relever que la symétrie ne peut être totale vis-à-vis de l'article L132-1 du Code de la consommation puisque l'article du Code de commerce prend également en compte le prix lésionnaire imposé à la partie faible, ce que ne retient pas le texte de droit de la consommation⁴⁷². Cette souplesse dans l'interprétation a donc tout pour laisser craindre un risque d'arbitraire et d'insécurité juridique. C'est du moins ce que pensent certains auteurs comme Monsieur Génicon⁴⁷³. Car si l'article L442-6 du Code de commerce est supposé ne concerter que des contrats de distribution reconnus unanimement comme lésionnaires, cela n'effraie pas. Néanmoins, il en va autrement dès lors que cet article est susceptible d'irriguer tout le droit des contrats. Ce serait, selon le même auteur instaurer l'équité dans le droit des contrats. À cela, le Professeur Denis Mazeaud répond que la latitude du juge n'est pas complète, puisque l'alinéa 2 du I de l'article L442-6 du Code de commerce suppose que la personne dont la responsabilité est engagée ait « *soumis* » son partenaire commercial à un déséquilibre significatif. Il est difficile de connaître le degré de contrainte de cette exigence de soumission. En effet, les juges peuvent considérer que le mot « *soumettre* »

⁴⁶⁹ Cons. constit., QPC, 13 janvier 2011, n°2010-85, *RLC*, 2012, p. 338, note M. Behar-Touchais ; *JCP G*, 2011, doctr. 435, note P. Stoffel-Munck ; *JCP G*, 2011, 274, note D. Mainguy.

⁴⁷⁰ M. Behar-Touchais, « Le Conseil constitutionnel peut-il statuer sans se soucier de l'opportunité ? », *RLC*, 1^{er} avril 2011, n°27, p. 41. M. Malaurie-Vignal, « Le déséquilibre significatif pris dans la tourmente de la question prioritaire de constitutionnalité », *CCC*, 2010, comm. 280.

⁴⁷¹ J.-L. Fourgoux, « Déséquilibre significatif : une validation par le Conseil constitutionnel qui marie droit de la concurrence et droit de la consommation en matière de clauses abusives », *CCC*, 2011, étu. 5.

⁴⁷² T. Génicon et Denis Mazeaud, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *op. cit.*

⁴⁷³ *Id.*

n'ajoute aucune démonstration de la part de la partie demanderesse, autre que celle du déséquilibre significatif. Ils peuvent tout aussi bien estimer que le demandeur doit rapporter la preuve d'une soumission qui ne se déduit pas du déséquilibre contractuel⁴⁷⁴.

237. *Transition.* Dès lors, le déséquilibre significatif comme limite imposée au contenu contractuel est aujourd'hui en vigueur dans la loi française. Comment la jurisprudence a-t-elle entendu sa signification dans le contentieux qu'à ce jour, elle a eu à traiter ?

β : Le bilan jurisprudentiel de l'article L442-6 I 2°.

238. *Des résultats forts, mais guère d'unité dans les décisions.* Le résultat de la jurisprudence sur le déséquilibre significatif était très attendu en doctrine, et aujourd'hui, le bilan n'est pas aisément à faire. Il faudrait plutôt dire que la mise en œuvre de l'article L442-6 I 2° du Code de commerce a donné lieu à une jurisprudence variable qu'il est difficile de systématiser. Tout ce qu'il ressort de l'étude de cette notion, c'est que l'on ne sait pas vraiment ce que peut faire une entreprise sans encourir la sanction de cet article⁴⁷⁵. Les premières assignations que Monsieur le ministre Hervé Novelli a lancées ont donné lieu à des décisions qui ont pu contrecarrer des atteintes manifestement immorales à l'égalité du contrat, mais sans apporter de réponse précise pour la pratique des affaires.

239. *Peu d'unité en matière de fixation du prix.* Les tribunaux de commerce et les cours d'appel ont, semble-t-il, suivi ce volontarisme du législateur⁴⁷⁶. Les abus de la grande distribution les plus classiques sont réprimés. S'il faut dresser des lignes directrices de cette jurisprudence, l'on constate qu'en présence d'une prestation du contrat qui ne donne pas lieu à contrepartie, il est fréquent que le juge sanctionne⁴⁷⁷ ce déséquilibre. Cela peut poser un problème de doublon avec l'alinéa précédent de ce texte, l'article L442-6 I 1°. Peut-on imaginer un distributeur condamné en appel pour déséquilibre significatif qui obtienne la

⁴⁷⁴ *Id.*

⁴⁷⁵ V. Colloque, *Le déséquilibre significatif dans les contrats d'affaires – 5 ans après*, organisé le 25 novembre 2013 par l'Université Versailles Saint-Quentin. Également : R. Rue et N. Contis, « Cinq ans de jurisprudence sur la notion de « déséquilibre significatif ». – Bilan et perspectives », *JCP G*, 2014, 323.

⁴⁷⁶ Sur la jurisprudence des tribunaux de commerce et des cours d'appels : J.-L. Fourgoux, L. Djavadi, « Les clauses contractuelles à l'épreuve du « déséquilibre significatif » : état de la jurisprudence », *JCP E*, 2013, 1691. J.-L. Fourgoux, J. Riffault-Silk, C. Pecnard, M. Chagny, D. Tricot, « Approches plurielles du déséquilibre significatif », *Concurrences* n°2-2011, article n°35454.

⁴⁷⁷ N. Mathey, « Déséquilibre significatif et respect des décisions de justice », note sous TC Paris, 22 novembre 2011, jurisdata 2011-032619, CCC, 2012, comm. 93. *A contrario* : Paris, 12 décembre 2013, n°11/18274.

cassation de l'arrêt, car le fondement devait être la contrepartie dérisoire ? La confusion⁴⁷⁸ existe cependant et ce n'est pas la première hétéodoxie du droit des pratiques restrictives. Le jugement du tribunal de commerce de Lille du 7 septembre 2011 va de façon assez nette dans ce sens. Il convient de remarquer que les actions du ministre attaquent le plus souvent les contrats-cadres, que les contrats d'exécution pris individuellement. C'est donc davantage une clause qui permet de fixer le prix qui est sanctionnée⁴⁷⁹. Néanmoins, la cour d'appel de Paris, le 23 mai 2013, tout en précisant qu'elle ne cherchait pas à instaurer un arbitrage judiciaire du prix, s'est permis de déclarer qu'un prix qui dépassait un certain seuil d'excès pouvait être sanctionné sur le fondement du déséquilibre significatif⁴⁸⁰. Il faut néanmoins relever que le déséquilibre significatif tel qu'il apparaît à l'article 1169 du projet de réforme du droit des obligations exclut d'emblée le déséquilibre qui se contenterait de l'adéquation du prix. Cela laisse davantage d'incertitude : en effet, ou bien le déséquilibre significatif se comprendra de façon globale entre contrat et concurrence, ou bien l'on pourrait distinguer celui du futur article 1169 du Code civil et L442-6 du Code de commerce⁴⁸¹.

240. La sanction de la non-réciprocité. Également, ce qui est souvent sanctionné, c'est l'absence de réciprocité d'une clause dans les contrats-cadres. L'on considère qu'un avantage concédé à une partie fait l'objet d'un déséquilibre significatif si l'autre partie n'en a pas bénéficié. On perçoit d'avance le risque si cette idée était extrapolée. Il n'est pas absurde en soit qu'un avantage ne profite qu'à une partie, ou du moins si le contrat rééquilibre cet avantage par un autre offert à l'autre partie. Par exemple, certaines juridictions sanctionnent les délais de paiement inégalement répartis, ou bien pour les pénalités de retard⁴⁸². Et en contradiction vraisemblable avec la jurisprudence civiliste, le pouvoir unilatéral de fixer le prix est également sanctionné sur le fondement du même texte. D'une manière générale, ce

⁴⁷⁸ M. Malaurie-Vignal, « Avantage indu ou manifestement disproportionné », note sous Com, 18 octobre 2011, n°10-15.296, *CCC*, 2012, comm. 10. P. Stoffel-Munck, « La responsabilité civile peut-elle réduire un prix jugé excessif ? » Note sous arrêt Paris, 19 janvier 2011, n°07/22152, *JCP E*, 2011, 1876. M. Chagny, note sous Nîmes, 25 février 2010, RG 07/00606, *Concurrences* 4-2010, p. 146.

⁴⁷⁹ TC Lille, 7 septembre 2011, n°2009/05105, *RDC*, 2012, 143, note M. Behar-Touchais ; *JCP E*, 2011, 1701, note G. Chantepie, confirmé par Paris, 18 septembre 2013, n°12/03177. V. aussi, Paris, 21 novembre 2012, n°10/08275, pour une décision de rejet, Aix-en-Provence, 20 décembre 2012, n°10/18506.

⁴⁸⁰ Paris, 23 mai 2013, n°12/0166, Voir M. Chagny, « L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif », *RTD Com*, 2013, 500.

⁴⁸¹ R. Amaro, « Le déséquilibre significatif en droit commun des contrats ou les incertitudes d'une double filiation », *CCC*, 2014, étu. 8. G. Chantepie, « La réforme en pratique », *AJCA*, 2015, 121. G. Chantepie, « Le déséquilibre significatif au miroir de la Cour de cassation », *AJCA*, 2015, 218.

⁴⁸² TC Créteil, 13 décembre 2011, 2009/01017, 2009/01018.

sont les obligations prévues au contrat qui sont injustifiées ou néfastes pour l'économie⁴⁸³ qui sont sanctionnées.

241. Un instrument juridique faisant doublon avec d'autres ? On trouve également une quantité non négligeable de dispositions, qui d'ailleurs trouvent déjà leur régime dans le droit des contrats, mais qui prennent une signification différente sous l'angle de cet article. Par exemple, les clauses limitatives de responsabilité ne sont pas prohibées si le contractant en a eu connaissance⁴⁸⁴, mais il se peut néanmoins qu'elle manifeste le déséquilibre significatif prévu à l'article L442-6 I 2° du Code de commerce, étant donné que le Conseil constitutionnel pense que l'article L442-6 I 2° du Code de commerce s'entend de la même manière que l'article L132-1 du Code de la consommation⁴⁸⁵. Les juges se trouvant face à des clauses que l'on pourrait qualifier de clauses pénales n'appliquent pas nécessairement l'article 1152 du Code civil, mais se réfèrent à ce même article du Code de commerce sur le déséquilibre significatif⁴⁸⁶. L'on pourrait y voir une atteinte au principe selon lequel le droit spécial prime le droit général. Pour autant, le juge s'est contenté d'étendre la notion de déséquilibre significatif⁴⁸⁷. Faut-il considérer que le déséquilibre significatif est véritablement une machine à « *hacher le droit* »⁴⁸⁸ ? Faut-il craindre que la solution dégagée par la Commission d'examen des pratiques commerciales du 16 septembre 2013⁴⁸⁹ soit contredite par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ? En outre, les juges sanctionnent pour déséquilibre significatif des clauses qui paraissent conférer à une partie un pouvoir exorbitant ou mal défini. Pourtant, le recours au déséquilibre significatif est préférable, en pratique à l'article 1152 du Code civil, car la clause pénale peut n'être qu'un aspect du déséquilibre, et il faut souvent se livrer à une appréciation globale du contrat pour constater le caractère disproportionné de cette clause. Il peut aussi s'agir du pouvoir de modifier le montant du prix du contrat, modifier une prestation... Cela ne contrevient à aucune règle de droit, si l'on en croit la jurisprudence du 1^{er} décembre 1995 de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation sur les clauses de fixation unilatérale de prix⁴⁹⁰. En revanche,

⁴⁸³ Paris, 11 septembre 2013, n°11/17941, *Concurrences* 4-2013, p. 103, note M. Dany et M.-C. Mitchell. TC Paris, 24 septembre 2013, n°2011850615. Décision *a contrario* : Douai, 9 mai 2012, n°11/00533. TC Meaux, 6 décembre 2011, *CCC*, 2011, comm. 62, note N. Mathey. Voir R. Loir, « Technique contractuelle », *JCP E*, 2014, 1074.

⁴⁸⁴ Besançon, 19 décembre 2012, n°11/02445.

⁴⁸⁵ M. Albertini, « Validité et efficacité des clauses limitatives de responsabilité entre professionnels », *JCP E*, 2012, 1760. CEPC, avis n°11-06, du 1^{er} juin 2011, *RLC*, octobre 2011, p. 33.

⁴⁸⁶ Paris, 7 juin 2013, n°11/08674, *Concurrences* n°3-2013, art. 53991, J.-L. Fourgoux.

⁴⁸⁷ M. Behar-Touchais, « Quand la clause pénale s'appelle « clause de taux de service » », note sous arrêt TC Lille, 7 septembre 2011, n°2009/05105, *RDC*, 2012, 145.

⁴⁸⁸ M. Behar-Touchais, « Première sanction du déséquilibre significatif dans un contrat entre professionnels, l'article L442-6 I 2° du Code de commerce va-t-il devenir « *une machine à hacher le droit* » ? » *RLC*, 2010, n°23, p. 43.

⁴⁸⁹ CEPC, Avis n°13-10 du 16 septembre 2013, *CCE*, 2014, comm 7, note V. Pironon.

⁴⁹⁰ A.P. 1^{er} décembre 1995, préc.

devant les juges du fond, cela ne passe pas l'épreuve de l'article L442-6 I 2° du Code de commerce⁴⁹¹. De plus, le déséquilibre significatif tel que mentionné par le Code de commerce peut faire l'objet d'une action du ministre. Or, le ministre pour l'article 1152 du Code civil ne reçoit aucune compétence.

242. *Une jurisprudence multiple et diverse.* Et l'on pourrait citer en vrac une quantité d'autres clauses qui ajoutent au patchwork. Par exemple, le fait de réclamer au fournisseur l'argent qu'il a obtenu judiciairement⁴⁹², ou bien des clauses qui font peser les risques commerciaux sur une seule partie⁴⁹³... Il ne s'agit pas nécessairement d'une clause du contrat, mais aussi d'une « pratique⁴⁹⁴ » proprement dite. Même si le texte de l'article parle de « soumettre » son cocontractant à des « obligations »⁴⁹⁵, ces obligations ne s'entendent pas forcément dans un sens juridique. L'obligation même si elle n'est pas vraiment constatée par un contrat peut se manifester par la menace d'une sanction commerciale si le comportement souhaité n'est pas adopté. La CEPC sanctionne par exemple le fait de « remettre en cause» un contrat peu de temps après sa signature⁴⁹⁶.

243. *Un contentieux à l'avenir incertain.* Il sera sans doute nécessaire d'attendre un certain temps avant de voir comment l'article L442-6 I 2° du Code de commerce trouvera sa cohérence en jurisprudence. À l'heure actuelle, si l'on peut constater que le juge a joué le jeu de la protection du fournisseur dans les abus flagrants de la grande distribution, l'avenir de ce contentieux demeure incertain tant les juges ne se sont pas lancés dans une entreprise de limitation des concepts. Il est même peu probable qu'ils aient voulu essayer puisque l'intérêt de cet article était précisément de ne pas mettre de limite à la protection de la partie faible.

γ : Par quelle méthode est apprécié le déséquilibre significatif en droit de la concurrence ?

244. *Déséquilibre objectif ou nécessité de prouver la « soumission »?* Nous avons listé un certain nombre de dispositions contractuelles que le juge sanctionne sur le fondement de l'article L442-6 I 2° du Code de commerce. À présent, il nous faut nous interroger sur la démarche intellectuelle du juge pour reconnaître un déséquilibre significatif. Ne s'agit-il que

⁴⁹¹ Paris, 4 juillet 2013, CCC, 2013, comm. 208, note M. Mathey.

⁴⁹² Paris, 18 septembre 2013, préc. Voir aussi l'assignation du ministre Hamon contre le GALEC à propos de telles clauses : « Communiqué du ministère de l'économie et des finances du 20 novembre 2013 ». CCC, 2014, alerte 2. Solution déjà retenue en première instance, TC Paris, 22 novembre 2011, M. Behar-Touchais, « On en reprend pas aux fournisseurs ce que le ministre leur a « restitué » ! » RLC, 2012, n°31, p. 44.

⁴⁹³ Paris, 18 décembre 2013, n°12/00150.

⁴⁹⁴ M. Mekki, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle », première partie, *RDC*, 2006, p. 1051, et deuxième partie, *RDC*, 2007, p. 239.

⁴⁹⁵ M. Chagny, « L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif », *op. cit.*

⁴⁹⁶ CEPC, avis n°09-09 du 16 septembre 2009.

de sanctionner des prestations manifestement et objectivement inégales ? Ou bien n'y a-t-il pas d'une certaine façon obligation pour la partie faible de prouver que les négociations n'ont pas été équitables ? Les différents arrêts rendus par les tribunaux judiciaires sont assez éloquents à ce sujet. Et ceci, en ce qu'ils montrent que parfois le juge s'en tient à un déséquilibre considéré abstraitemen. Parfois, il s'immisce complètement dans la relation commerciale pour voir si le déséquilibre est le fait ou non d'une intention malveillante. Dans la décision du tribunal de commerce de Lille du 6 janvier 2010, l'accent est davantage mis sur le comportement de la partie forte, alors que la décision du tribunal de commerce de Meaux du 6 décembre 2011 regarde d'abord s'il y a un déséquilibre. En effet, le jugement lillois insiste sur le fait que certaines propositions du contrat n'ont pas été négociées⁴⁹⁷. Ensuite seulement il écoute les observations de la partie forte pour savoir si ce déséquilibre a été imposé ou non⁴⁹⁸. Dans une décision du tribunal de commerce de Bobigny, c'est la rédaction de la clause qui entraîne le juge à déceler le déséquilibre significatif⁴⁹⁹. La CEPC donne d'ailleurs des avis extrêmement abstraits pour savoir si une clause est valable ou non. C'est le cas dans son avis du 16 septembre 2013⁵⁰⁰. Elle prend néanmoins en compte le comportement des parties quand cela révèle un déséquilibre flagrant. C'est le cas pour la décision de Leclerc de contraindre par des stipulations contractuelles à intervenir à l'instance à propos des clauses du contrat en cas d'action intentée par l'autorité publique⁵⁰¹. Enfin, autre indice qui démontre que le déséquilibre ne réside pas forcément dans le caractère lésionnaire du prix, mais dans la négociation : la différence de tarif entre deux partenaires d'un même fournisseur n'est pas en tant que telle la preuve d'un déséquilibre significatif⁵⁰². Ce qui est tout à fait concevable dans la mesure où la LME avait la prétention de relancer la négociation en permettant les différences tarifaires entre deux fournisseurs. La cour d'appel de Paris a eu l'occasion de le dire de façon plus explicite, et de lever, dans le même temps, le voile sur la question de la

⁴⁹⁷ Sur ce sujet : T. Titone et F. Coulon, « Premières définitions jurisprudentielles de la notion de déséquilibre significatif dans les relations entre professionnels », *RLDA*, 2012, n°70. Selon eux, c'est plutôt la pratique des contrats types qui est sanctionnée. Ce qui est en contradiction avec un jugement tribunal de commerce d'Evry qui refuse de sanctionner en tant que telle la pratique qui consiste à écarter d'emblée au début des négociations les conditions générales de vente, TC Evry, 6 février 2013, n°2009/F00727.

⁴⁹⁸ M. Chagny, note sous jugement TC Meaux, 6 décembre 2011, précité, *Concurrences* 1-2012, p. 130. Néanmoins, Madame Dany souligne que le jugement du tribunal de commerce de Lille semble condamner *per se* l'asymétrie rédactionnelle de certaines clauses, notamment la révision des prix. Le comportement de l'auteur n'intervenant que dans le calcul du montant de l'amende : note sous jugement TC Lille, 6 janvier 2010, *Concurrences* 4-2011, p. 125. M. Behar-Touchais, « Première sanction du déséquilibre significatif de l'article L442-6 I 2° du Code de commerce », *RDC*, 2010, p. 928.

⁴⁹⁹ TC Bobigny, 29 mai 2012, n°2009F01541, *Concurrences* 3-2012, p. 138, note J.-L. Fourgoux.

⁵⁰⁰ CEPC, 16 septembre 2013, préc. Pour les clauses du client le plus favorisé.

⁵⁰¹ TC Paris, 20 mai 2014, n°2013/070793, *RDC*, 2014, 672, note M. Behar-Touchais. *Concurrences* n°3-2014, 110, note M. Chagny.

⁵⁰² Versailles, 27 octobre 2011, *CCC*, 2012, comm. 42, note N. Mathey.

« soumission » à un déséquilibre significatif. Elle déduit cette soumission en présence de stipulations contractuelles déséquilibrées, mais elle exige dans le même temps de constater qu'il n'y avait pas de réel pouvoir de négociation⁵⁰³. Elle refuse de dire qu'il y a soumission en présence d'un déséquilibre structurel du marché, comme le souhaitait le ministre de l'Économie⁵⁰⁴.

245. Déséquilibre global ou identifié dans une clause ? Se pose la question de savoir si le déséquilibre peut ne ressortir que d'une seule clause ou bien s'il faut procéder à l'analyse du contrat dans son entier. Là encore, il n'est pas possible d'avoir une certitude absolue. Car, il semble que le juge procède surtout à une analyse clause par clause les contrats de coopération commerciale, peu importe la qualité des négociations⁵⁰⁵. Se pose alors la question de savoir si une analyse clause par clause est vraiment possible ? En effet, il faut apprécier cet équilibre sur l'ensemble de la relation contractuelle, et un déséquilibre dans le contrat-cadre peut très bien être compensé par un contrat d'exécution. Certains auteurs soutiennent d'ailleurs que ce ne sont pas les clauses elles-mêmes qui sont sanctionnées, mais plutôt leur caractère unilatéral, non négocié et sans contrepartie⁵⁰⁶. D'autres considèrent que le juge se contente d'une évaluation *in abstracto* des clauses du contrat, sans rechercher à évaluer le rapport de force, ce qui pourrait apporter une trop forte part d'arbitraire⁵⁰⁷.

246. Une méthode incertaine pour évaluer l'équilibre du contrat. Que faut-il déduire de ces manifestations éparses de la jurisprudence ? Certes, le déséquilibre significatif n'est pas encore une notion fixée au plan jurisprudentiel. Cependant, les quelques décisions que l'expérience laisse à notre disposition sont éloquentes quant à la capacité du législateur à protéger les parties faibles, simplement sur constatation du contenu du contrat. En effet, la loi LME voulait, vraisemblablement instaurer un contrôle du contrat quant à son contenu et non par la façon dont il a été négocié. Et précisément, le juge a été obligé de mélanger analyse de la clause *in abstracto*, analyse du contrat *in abstracto* et analyse des négociations. Pourquoi ? Parce que les impératifs à défendre sont multiples. L'ambition du législateur était de faire cesser les pratiques abusives de la grande distribution, mais le juge doit éviter que certains contractants de mauvaise foi profitent de la souplesse de l'article L442-6 I 2° du Code de commerce pour obtenir n'importe quoi en justice, au mépris de la parole donnée et même de l'équité. Si l'on regarde bien les différents exemples que l'on a pu prendre de contrôle de l'inégalité contractuelle par le contenu du contrat, des observations constantes sont visibles

⁵⁰³ Paris, 18 décembre 2013, n°12/00150, CCC, 2014, comm. 64, note N. Mathey.

⁵⁰⁴ *Id.*

⁵⁰⁵ C'est du moins l'avis de la faculté de droit de Montpellier dans le bilan qu'elle a effectué de la jurisprudence civile, pénale et commerciale du Titre IV du Livre IV du Code de commerce.

⁵⁰⁶ K. Riera-Thiebault, A. Covillard, « La notion de déséquilibre significatif visée à l'article L442-6 I 2° du Code de commerce : un nouveau droit des clauses abusives entre professionnels », *Gaz Pal*, 14 février 2013, p. 6.

⁵⁰⁷ M. Dany, « Déséquilibre significatif », *Concurrences* 2-2013, p. 97.

dans chaque hypothèse. Faut-il préférer un contrôle du contrat en fonction de ce qui y est écrit ou bien de la façon dont les parties ont négocié ? Cela dépend : on observe que, en dépit des réticences d'une frange de la doctrine, le contrôle du contenu du contrat, même jusqu'à la lésion, peut rencontrer un certain succès. A une nuance près : cela se vérifie essentiellement lorsqu'il ne concerne qu'un seul type de clause, ou qu'un seul secteur de l'économie. Car dans cette circonstance, le juge peut apporter une appréciation unidimensionnelle. Il suffit d'établir un ratio entre le prix standard et le prix convenu dans le contrat. Passé un certain seuil (que l'on appelle déraisonnable, manifeste ou excessif selon les cas), le juge est en mesure de constater objectivement une disproportion. En revanche, dès lors qu'une multitude de paramètres entre en jeu dans le calcul du juste prix, le calcul de ce dernier est un travail très minutieux pour une juridiction et une entreprise judiciaire très incertaine pour la partie faible.

247. Un exercice qui dérive progressivement vers une analyse des négociations. Ces multiples paramètres peuvent être la contrepartie du prix, le caractère promotionnel des dispositions contractuelles, l'échelonnement dans le temps du paiement... Dès lors, le juge est obligé de passer à une seconde étape. Au lieu de se focaliser sur l'adéquation entre le prix convenu par le contrat et le prix raisonnable, il va chercher des indices subjectifs qui mettent en évidence que le consentement n'a pas été raisonnablement donné. Certes, dans de nombreux cas, il combine les deux techniques. Car il tire profit des avantages des deux. L'on distingue néanmoins des rôles prédominants à chacune de ces deux techniques : lorsqu'il s'agit d'un contrat déterminé (vente), ou mieux, d'une clause particulière détachable du contrat, il est facile pour le juge de se livrer à l'appréciation de son caractère équitable. La Chambre sociale de la Cour de cassation en a déjà eu l'intuition pour les clauses de non-concurrence, lorsqu'elle exige une contrepartie⁵⁰⁸. Mais dès lors que la relation contractuelle se complexifie, si elle s'échelonne dans le temps, si elle inclut des prestations très variées, il vaut mieux pour le juge renoncer à une analyse technique du contrat, et regarder le comportement des parties. Cela peut se vérifier par le fait que le juge refuse de caractériser un déséquilibre significatif, dès lors qu'il n'existe pas de relation commerciale antérieure à ce déséquilibre⁵⁰⁹. C'est-à-dire une analyse des négociations qui ont débouché sur le contrat. Paradoxalement, l'on peut pressentir que l'exercice est plus facile pour lui.

Nous avons donc confronté deux systèmes de protection de la partie faible dans le contrat : l'analyse des négociations et l'analyse du contenu proprement dit du contrat. Il existe un troisième moyen pour protéger la partie faible : celle de lui conférer un statut juridique spécial pour en déduire un régime contractuel dérogatoire. Nous allons voir en quoi il est ou non préférable à la méthode de l'analyse des pourparlers.

⁵⁰⁸ Soc, 10 juillet 2002, *D*, 2002, 2491, note Y. Serra.

⁵⁰⁹ M. Chagny, note sous Lyon, 16 mai 2013, n°11/07152, *Concurrences* 3-2013, p. 96.

Section 2 : La protection de la partie faible par un statut dérogatoire.

248. Une application difficile pour les contrats entre professionnels. On se souvient que la théorie de Saleilles sur le contrat d'adhésion n'est pas entrée par la grande porte en droit positif. Ce n'est que grâce à une loi sur les clauses abusives ou à certaines lois sur des contrats spéciaux que l'on a pu protéger une partie faible. Pourquoi un tel détour ? Parce qu'en présence d'une partie faible nommée, l'on connaît par avance le régime qui s'applique. L'on se pose alors la question de savoir si cela peut valoir dans un contrat entre professionnels. Peut-on dans une telle situation définir celui qui subit et celui qui fait subir ? Rien n'est moins sûr, mais il faut voir les bénéfices qu'une telle méthode peut apporter et la mettre en comparaison avec celle dont nous faisons l'étude : l'analyse des négociations.

249. L'énigme de la partie faible par nature en droit des affaires. La principale question qui se pose, c'est de savoir comment l'on peut distinguer les professionnels, en sorte de reconnaître une partie faible par nature. Et avant cela, il faut même savoir comment l'on discerne un professionnel d'une catégorie distincte. Il va de soi que cette catégorie est en opposition avec le salarié ainsi que le consommateur. Le salarié est héritier de la protection du Code du travail. Le consommateur est celui que la loi protège pour plusieurs raisons, mais entre autres parce qu'il représente celui qui contracte pour un besoin personnel. Les nuances ne vont plus guère d'elles-mêmes et certaines précisions s'imposent. Nous citions dans notre introduction le chauffeur Uber ; mais qu'en est-il de la qualification du chauffeur de covoiturage affrété par un site de mise en relation ? Consommateur ? Professionnel ? Salarié ? Il nous incombera de bien délimiter les concepts.

250. Une application uniquement partielle. Il y a bien eu des tentatives de protéger la partie faible même professionnelle. Malheureusement, elles n'ont pu correspondre qu'à une époque donnée pour un contrat donné. Elles ne répondaient pas toujours à une conception globale de la théorie générale du contrat, mais elles ont pu être formées au gré des circonstances et des revendications de la pratique. C'est pourquoi nous les étudierons en les divisant en deux sortes : celles qui définissent une partie faible selon des règles de droit spécial, pour un contrat nommé (§1) ; et celles qui définissent une partie faible de façon transversale sans se limiter à un marché précis (§2).

§ 1 : La protection de la partie faible identifiée dans un contrat spécial.

251. Présentation de la démarche. Il ne sera pas possible de dresser une liste exhaustive de tous les contrats spéciaux, même entre professionnels, où une des parties est, d'emblée, réputée moins à même de négocier. Nous en listerons néanmoins un certain nombre. Le but n'étant pas de connaître toutes les hypothèses de protection de la partie faible, mais de voir pourquoi le recours au droit spécial est préférable à une analyse des négociations dans une perspective de la théorie générale du droit. Nous pouvons déjà mentionner les principaux contrats qui vont intéresser notre étude : contrat de fourniture entre un producteur et un distributeur, contrat d'emprunt bancaire, contrat de propriété intellectuelle, contrat de partenariat agricole ou contrat de bail commercial. L'on sait que le législateur ne crée pas une loi en ayant toujours en tête la perspective de rendre le droit harmonieux et cohérent. Il légifère souvent en essayant de répondre aux problèmes de la pratique au « coup par coup ». La solution apportée peut être opportune sur le moment. Avec l'expérience, ses effets secondaires ne tardent pas à se faire sentir. Cela entre en compte pour savoir si le droit spécial doit être préféré à une analyse des négociations. Pour ce faire, nous allons procéder en deux temps : après avoir vu la raison d'être du droit spécial de la protection de la partie faible (A), nous verrons les avantages et inconvénients de la démarche (B).

A : Les raisons d'être de la protection de la partie faible par le droit spécial.

252. La complexité des situations commerciales. Lorsque le contrat est nommé, le législateur est incité, par la pratique, à désigner l'un des deux contractants comme, par nature, en situation de faiblesse dans le contrat. Les négociations sont-elles étrangères au besoin de protection de cette partie faible ? Non, la faiblesse d'une partie au contrat résulte nécessairement d'une difficulté à négocier, peu importe comment se caractérise cette difficulté. Cela n'empêche pas que le législateur estime opportun de ne pas passer par une analyse des négociations. Pour autant, il convient de voir les raisons, même non exprimées, qui justifient une protection dans tel contrat ou dans tel autre. Nous en avons distingué trois : d'abord, la possession par la partie forte d'un bien indispensable à la survie commerciale de la partie faible (1), ensuite, l'existence d'une fragilité due à certaines spécificités techniques du contrat (2), enfin, le fait qu'une partie au contrat soit plus encline que l'autre à exercer la fonction commerciale (3).

253. Présentation du problème. La loi peut protéger certaines parties dans des contrats entre professionnels, parce que la partie forte, est communément perçue comme, possédant un bien sans lequel, la partie faible ne peut pas exister commercialement. Une telle situation fait penser à la théorie des facilités essentielles⁵¹⁰, mais à la vérité, elle s'en distingue parce que cette dernière théorie ne concerne que le cas où le bien en question tient à lui seul une partie substantielle du marché. Les éléments à réunir ne se placent que du point de vue macroéconomique (atteinte à la concurrence par exemple). Il s'agit ici d'un bien pour lequel le bénéficiaire ne peut pas se tourner immédiatement vers la concurrence pour des raisons de rareté de la chose, mais aussi pour des questions de visibilité commerciale, ou de célérité des affaires. Nous traiterons essentiellement des dispositions du Code de commerce sur les baux.

254. La protection proprement dite. Le régime du bail commercial est décrit au chapitre V du titre IV au Livre I^{er} du Code de commerce. Les articles L145-1 à L145-3 précisent d'emblée que le domaine d'application de cette protection est très restreint. Il faut un véritable contrat de louage d'immeuble, c'est-à-dire des lieux clos et couverts qui permettent d'accueillir une clientèle. Le locataire doit être propriétaire du fonds de commerce ou assimilé. Ce doit être un commerçant immatriculé au registre du commerce et des sociétés⁵¹¹. Il serait évidemment trop long de faire la liste des cas que ces conditions excluent. On peut néanmoins citer les baux emphytétiques – c'est la loi qui en dispose à l'article L145-3 du Code de commerce -, mais également les rayons de vente concédés de manière discrétionnaire dans les grandes surfaces⁵¹² ou les vitrines d'exposition⁵¹³. Les bénéficiaires de ce régime profitent de certaines restrictions de la liberté contractuelle concernant la durée du bail, laquelle ne peut être inférieure à neuf ans. Le loyer auquel est

⁵¹⁰ Sur ce sujet, F. Marty, A.-L. Sibony et A. Wachsmann, « Pratiques unilatérales », *Concurrences* 1-2010, p. 100. F. Marty et J. Pillot, « L'application de la théorie des facilités essentielles dans la décision www.voyages-sncf.com : une analyse économique », *RLC*, 2009, n°19, p. 20. G. Terrier et L. Donnedieu de Vabres-Tranié, « La théorie des facilités essentielles constitue-t-elle le meilleur moyen de faire face à la rareté des ressources ? », *RLDA*, 1^{er} décembre 2006, p. 76. M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen*, *op. cit.*, p. 250 et s, n°567. M. Glais, « Facilités essentielles : de l'analyse économique au droit de la concurrence », in *Rapport du Conseil d'Etat pour 2002*, p. 403. <http://www.conseil-etat.fr/cde/media/document/rapportpublic2002.pdf>

⁵¹¹ M. Pédamon et H. Kenfack, *Droit commercial*, Paris, Dalloz, [3^{ème} éd.], 2011, p. 306 et s. J. Mestre, M.-E. Pancrazi, I. Arnaud-Grossi, L. Merland et N. Tagliarino-Vignal, *Droit commercial*, Paris, LGDJ, [29^{ème} éd.], 2009, p. 671.

⁵¹² Civ. 3^{ème}, 20 février 1985, Bull. civ. III, n°38, cité par M. Pédamon et H. Kenfack, *op. cit.*, p. 307.

⁵¹³ TGI Paris, 13 janvier 1967, *JCP*, 1967, II, 15096, cité par H. Kenfack et M. Pédamon, *op. cit.* p. 307.

soumis le preneur est restreint à un indice de prix⁵¹⁴. Le non-renouvellement du bail est réservé au cas où le bailleur souhaite habiter dans les lieux (article L 145-22 du Code de commerce) où y faire habiter sa famille, ou bien s'il souhaite effectuer des travaux sur le bien loué. À charge pour lui de verser une indemnité d'éviction à son cocontractant (article L145-18 du Code de commerce). Tout ceci étant d'ordre public⁵¹⁵. Une convention qui y contreviendrait serait entachée de nullité dans ses clauses qui violeraient la loi. De nombreux professionnels aimeraient bien bénéficier de ce statut très protecteur. L'on constate d'ailleurs que le législateur a pu opérer certains élargissements du domaine de ces prévisions légales. Une loi de 1988⁵¹⁶ a permis à certains artistes de bénéficier du régime protecteur accordé au commerçant locataire. Ces écarts ont pu aller trop loin, car les nuances entre chaque catégorie d'acteur juridique donnent parfois lieu à des situations regrettables. Ainsi, comme l'a souligné un auteur, on comprend mal pourquoi le travail artistique d'un photographe ne jouit pas des mêmes droits surtout quant au bail de l'exploitant⁵¹⁷.

255. *Un bilan positif nuancé.* Quel bilan tirer de cette protection ? Son origine presque séculaire démontre qu'elle recouvre une certaine importance pour le droit commercial français. L'idée est assez simple, les commerçants n'ont pas la possibilité financière d'acheter un local pour installer leur activité. Ils sont donc soumis à l'arbitraire des propriétaires lorsque le bail expire. C'était du moins la situation avant 1926 lorsque le gouvernement n'installe ces dispositions protectrices. Le texte a ensuite été réécrit grâce au décret du 30 septembre 1953 n° 53-960⁵¹⁸. Pourtant, les critiques n'ont pas manqué. Elles concernaient différents aspects de la protection du locataire commercial. Sur le principe d'une protection du locataire par un droit au bail et un système d'encadrement des loyers. Le rapport Armand-Rueff en 1960 dénonçait la sclérose des loyers qui trouvait à se répercuter autrement et faisait augmenter les prix. Pourtant, il est important de souligner que ces dispositions n'ont pas vocation à disparaître, car elles maintiennent en vie de nombreuses entreprises⁵¹⁹. Sur ce point, il va de soi que les négociations ne peuvent servir de critère pour protéger la partie faible.

⁵¹⁴ Voir J. Debeaurain, *Le Bail commercial*, Aix-en-Provence, Edilaix, (Collection Mémento), 2009.

⁵¹⁵ Civ. 3^{ème}, 23 janvier 2008, n°06-19.129, *Rev Loyers et Copr.*, mars 2008, comm. 56, note. Brault. Cependant, sur la possibilité de revenir contractuellement sur les règles d'ordre public du bail commercial : Y. Rouquet, « Renonciation contractuelle à l'ordre public applicable aux baux commerciaux », *AJDI*, 2014, p. 91.

⁵¹⁶ Loi n°88-18 du 5 janvier 1988, la disposition est aujourd'hui codifiée à l'article L145-2 I 6° du Code de commerce.

⁵¹⁷ F. Kendérian, « Application du statut des baux commerciaux à un auteur photographe créateur ? » *RTD Com*, 2010, p. 275, note sous l'arrêt Paris, 20 mai 2009, n°08/02432.

⁵¹⁸ F. Dekeuwer-Deffossez, E. Blary-Clément, *Droit commercial*, Paris, Montchrestien, [10^{ème} éd.], 2010, p. 303 et s.

⁵¹⁹ B. Boccaro, « Un statut des baux commerciaux, pour quelles raisons ? », *AJDI*, 2000, p. 493. J. Derrupé, « Faut-il supprimer le statut des baux commerciaux ? » *AJDI*, 2000, p. 510.

256. Le bailleur partie faible. Il peut toutefois être objecté que le locataire n'est pas forcément une partie faible dans un tel contrat. Par exemple, lorsque le bailleur est une personne physique retraitée qui tire du bail son seul revenu. Une analyse des négociations permettrait de comprendre le véritable ressort du déséquilibre du contrat. Il n'empêche que la protection par les dispositions du Code de commerce sur le bail commercial a réellement pu compenser un déséquilibre du fait de la précarité immobilière de certaines entreprises.

2 : La fragilité du professionnel causée par des éléments techniques de la prestation qu'il fournit.

Les professionnels qui passent des contrats ne sont pas tous soumis aux mêmes contraintes. Plus le produit fabriqué par le professionnel est soumis à des aléas techniques et moins il sera en mesure de garantir son chiffre d'affaires. C'est d'ailleurs pour cela que la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 prévoit la renégociation du prix lorsque les matières premières voient leur coût s'envoler. La disposition est codifiée à l'article L441-8 du Code de commerce. Sans doute, la mesure ne sera pas facile à mettre en œuvre. Il n'est pas forcément évident de connaître la part des matières premières dans le produit fini. Cela dépend des stocks et du savoir-faire. Cependant, l'idée montre bien que certains professionnels sont soumis à des contraintes techniques et pas d'autres. Les secteurs les plus concernés sont le secteur primaire et le secondaire. Nous verrons successivement un exemple dans chacun des deux.

a : Les contrats de partenariat agricoles.

257. Les contrats agricoles, un domaine qui ne peut pas fonctionner uniquement sur le régime général des contrats. Le droit français a souvent cherché à protéger l'agriculture. Parce que le chiffre d'affaires d'un agriculteur ne dépend pas seulement de sa stratégie commerciale, mais aussi des aléas de la météorologie par exemple. C'est le propre des affaires d'être soumis à l'aléa. Cela étant, il peut souvent être compensé par une stratégie commerciale modifiée. Et il ne constitue pas pour autant, dans toutes les hypothèses, le pivot du déséquilibre du contrat. C'est pourquoi la protection du producteur agricole, dans les contrats qu'il passe avec ses acheteurs, doit être maintenue dans son principe. Le déséquilibre existe par la nature du contrat et non pas seulement parce que les négociations ont donné lieu à des contingences modifiant l'équilibre. À ce titre, la loi LMAP du 27 juillet 2010 (numéro 2010-874) est éloquente en ce qu'elle intervient deux ans après la loi LME (précitée) comme un

correctif. Le ministre de l’Agriculture, Bruno Le Maire exprimait assez clairement l’intention du législateur quand il parlait de « *secteur, à part, stratégique pour la nation*⁵²⁰ »

258. *Des contraintes fortes imposées par l’État.* L’aléa climatique et sanitaire n’est pas la seule cause du déséquilibre, il faut également ajouter un marché extrêmement concurrentiel au niveau de la Communauté européenne, et des intermédiaires très structurés⁵²¹. Cela débouche sur une extrême volatilité des prix agricoles. L’on peut cependant regretter que la protection de la partie faible dans les contrats de partenariat ne traite pas le mal à la racine. Il s’agit plus de moduler l’esprit de la loi LME plus que d’apporter des solutions appropriées au déséquilibre contractuel. Désormais le législateur impose que l’accord soit conclu par écrit et avec un contenu précis⁵²². L’article L631-24 du Code rural et de la pêche indique de façon détaillée les stipulations attendues dans le contrat. Il faut que soient mentionnés le prix, la durée du contrat, les modalités de collecte et de livraison des produits, les modalités ou le préavis de la rupture parmi d’autres éléments. En outre, l’acheteur ne peut pas bénéficier d’une clause qui lui permettrait de retourner au producteur une marchandise acceptée. Ces contrats, sauf stipulation contraire, sont tacitement reconduits. Le législateur a davantage insisté encore en permettant à des accords interprofessionnels de donner un modèle de contrat sur lequel serait organisée la profession. Et même à défaut de ces accords interprofessionnels, un décret en Conseil d’État peut régir la relation contractuelle.

259. *Un secteur qui montre le besoin important de la sectorisation du droit des contrats.* L’esprit de cette loi LMAP pourrait être compris de la façon suivante : l’on garde confiance dans la loi du marché, mais l’on impose un certain formalisme pour endiguer les phénomènes de déséquilibre contractuel. Le cas des contrats de partenariat économique en agriculture régis par cette loi est concluant. Il montre la difficulté du législateur à suivre des objectifs parfois difficilement compatibles. Le mot d’ordre de libération des négociations a pour but de générer un surcroît de richesses. Or, dans le même temps, on pressent bien que cette libération des négociations se fait au détriment d’une partie vulnérable. La « libération » des pourparlers n’est pas un moyen pour relancer l’économie. Elle est au mieux l’expression de la liberté contractuelle, mais elle a pour effet de favoriser les situations de domination commerciale. Lorsque le législateur constate l’impossibilité de rééquilibrer les rapports commerciaux, il l’affronte par deux techniques : en accordant une situation statutaire au secteur concerné ou bien en collectivisant les rapports contractuels⁵²³. Le droit agricole reflète

⁵²⁰ B. Le Maire, Exposé des motifs du projet de loi devant le Sénat : session ordinaire 2009-2010, p. 3, cité par J. Foyer, « La loi 2010-874 du 27 juillet 2010 de modernisation de l’agriculture et de la pêche. – Propos introductifs – », *Revue Droit rural*, n°386, octobre 2010, étude 13.

⁵²¹ J.-L. Fourgoux, *Juriscl. Commercial*, fasc. 281, « Transparence et pratiques restrictives de concurrence », mars 2013, point n°91 et 92.

⁵²² « Communiqué de l’ADLC, La filière ovine s’engage dans la contractualisation » CCC, avril 2011, alerte 40.

⁵²³ G. Virassamy, *Les contrats de dépendance*, Paris, LGDJ, 1986, p. 257 et s.

ces deux aspects. La loi de 2010 confère un statut spécial aux contrats de partenariat agricole qui déroge au droit commun prévu par la LME.

260. *Transition*. À présent, il convient d'étudier un autre domaine où les contraintes techniques sont à la racine du déséquilibre : la sous-traitance immobilière.

b : Les contrats de sous-traitance immobilière.

261. *Distinction*. Monsieur Virassamy distingue deux raisons pour lesquelles une entreprise a recours à la sous-traitance : il peut s'agir d'une situation conjoncturelle qui impose de recourir à un tiers plutôt que d'effectuer des investissements pour une période brève (par exemple une pointe saisonnière). Ou bien il peut s'agir pour l'entreprise d'éviter certains coûts en s'épargnant la gestion technique d'une partie moins importante de sa production⁵²⁴. Toujours est-il que le sous-traitant, par hypothèse, se trouve être celui qui gère une activité mineure, par rapport à un contractant que l'on pourrait appeler de « majeur ». La dépendance contractuelle découle immédiatement de ce schéma. Nous verrons d'abord l'intérêt de prendre à part le cas des sous-traitants dans le cadre de la protection de la partie faible, puis nous verrons en quoi consiste cette protection.

a : L'intérêt à isoler le sous-traitant dans un régime de droit spécial

262. *Une position ingrate dans le processus productif*. Le sous-traitant ne fait pas un métier spécifique. En ce sens que certains font le même travail que lui, mais ne profitent pas de son statut. De plus, être sous-traitant, c'est être au mauvais endroit de la chaîne : une petite prestation pour un gros marché. L'entrepreneur principal sera donc appelé à recevoir un bénéfice important et lui un bénéfice probablement moindre en proportion. Cette hypothèse est surtout vraie dans le domaine de la construction, et dans une moindre mesure seulement pour le cas de la sous-traitance industrielle. Le rapport entre partie forte et partie faible n'est donc pas automatique⁵²⁵. En revanche, le caractère triangulaire de l'opération ajoute une difficulté juridique qui oblige le législateur et le juge à jongler entre les différentes subtilités du processus de sous-traitance. En théorie, si l'on ne tient pas compte de la loi de 1975, le sous-traitant et le maître de l'ouvrage sont indépendants ; mais cette indépendance n'est que juridique. Au point que l'on pourrait même parler d'enrichissement sans cause du maître de l'ouvrage à l'encontre du sous-traitant en cas de litige. Aussi, ce fondement est-il parfois

⁵²⁴ *Ibid.*, p. 39. V. aussi G. Valentin, *Le contrat de sous-traitance*, thèse Paris, 1975. A. Bénabent et L. Jobert, *Juriscl. Contrats distribution*, fasc. n°1450, « Sous-traitance », mars 2001 (mise à jour février 2013), points n°1 et s. A.-S. Choné-Grimaldi, « Précisions sur la nullité des contrats de sous-traitance », *LPA*, 17 mai 2010, p 3.

⁵²⁵ C'est ce que dit M. Sauvage dans le rapport fait au nom de la commission des lois de 1975 rendu par le Sénat cité par A. Bénabent et L. Jobert, *op. cit.*, point n°6.

invoqué de façon subsidiaire lorsque la loi de 1975 pourraient ne pas être reconnues applicables⁵²⁶.

263. *Les injustices qui découlent de cette situation paradoxale.* Le contrat de sous-traitance est distinct du contrat principal, mais en même temps, il en est l'accessoire. D'où un certain nombre d'ambiguïtés qui vont créer du jeu dans les rapports juridiques. Ce statut particulier va conférer au sous-traitant des handicaps qui justifient un régime spécifique : par exemple, il se peut que le contrat de sous-traitance prévoie des travaux supplémentaires qui ne sont pas compris dans le contrat principal. Ou bien, l'on peut imaginer que les délais de paiement du contrat principal soient reconstruits en cours de construction, mais pas dans le contrat de sous-traitance. Et même, si le marché principal est un marché public, mais le contrat de sous-traitance soumis au droit privé, il se trouvera que l'entrepreneur pourra bénéficier de l'imprévision, mais pas le sous-traitant⁵²⁷. De plus, le sous-traitant opérant sur un segment de marché très mince, il sera souvent en lié à un partenariat commercial de longue durée avec le maître de l'ouvrage avec qui il pourra entretenir une certaine dépendance⁵²⁸. Ou bien, il sera soumis à une procédure de confrontation des partenaires possibles sous forme de premier et de deuxième tour⁵²⁹. Enfin, en vertu de la jurisprudence sur les groupes de contrats et les clauses d'arbitrage, le sous-traitant sera le plus souvent soumis à la clause compromissoire convenue dans le contrat principal⁵³⁰.

β : La protection offerte par le droit au sous-traitant.

Quelle protection le droit positif offre-t-il au sous-traitant, en terme de régime de droit spécial ? Le problème majeur auquel se trouve confronté un sous-traitant est bien évidemment d'être payé. Ce que ladite loi de 1975 a essayé de résoudre. Il faut également ajouter la protection autre que l'action directe contenue dans cette loi⁵³¹. La loi Hamon a également ajouté une dose de formalisme à la profession.

⁵²⁶ Par exemple, Montpellier, 31 janvier 2013, n°11/01763.

⁵²⁷ J.-P. Babando, *La sous-traitance dans la construction*, Paris, Litec, [2^{ème} éd.], 2005, p. 140-141.

⁵²⁸ La jurisprudence admet facilement à cet égard la caractérisation d'une relation commerciale établie : Com, 20 mars 2012, n°10-26220, CCC, 2012, comm. 125, note N. Mathey.

⁵²⁹ B. Sablier, J.-E. Caro, S. Abbatucci, *Sous-traitance dans la construction, Loi du 31 décembre 1975 : analyses et commentaires, Pratique des contrats de sous-traitance, modèles de lettre et actes types*, Paris, Éditions Le Moniteur, [7^{ème} édition], 2012, p. 235 et s.

⁵³⁰ Sauf à opposer l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, Civ. 1^{ère}, 26 octobre 2011, n°10-17.708, RDC, 2012, p. 545, note X. Boucobza et Y.-M. Séritet. L. Usunier, « Mitigation of damages vs estoppel : la circulation des modèles anglo-américains à la Cour de cassation », RDC, 2013, 701.

⁵³¹ L. Levener, « La protection du sous-traitant dans la loi de 1975 ne se limite pas à l'action directe... », CCC, 2013, comm. 27, note sous arrêt Civ. 3^{ème}, 7 novembre 2012, n°11-18.138.

264. Les remèdes aux injustices qui découlent du rapport triangulaire. La loi de 1975 sur le paiement et l'action du sous-traitant ne pourrait être remplacée par une notion de théorie générale des contrats. Elle a l'avantage irremplaçable de se concentrer sur l'effectivité du paiement. Elle permet au sous-traitant de ne pas trouver la source de ses créances uniquement dans le contrat conclu, mais dans la relation triangulaire avec l'entrepreneur principal et le maître d'ouvrage. D'autant qu'une procédure collective, hélas fort probable, de l'entrepreneur peut le priver de tout paiement, quand bien même il aurait exécuté toutes ses obligations à l'égard du maître de l'ouvrage. Cela étant, le sous-traitant pour bénéficier des dispositions de la loi 75-1334 doit avoir été accepté par le maître de l'ouvrage. Il faut également que celui-ci ait agréé les conditions de paiement (article 3 de la loi). Cela paraît logique dans la mesure où le maître de l'ouvrage ne peut pas être lié par un contrat conclu à son insu. Cela découle de l'effet relatif de ce dernier. L'acceptation du sous-traitant reste donc un facteur d'incertitudes quant au sort de ce dernier⁵³².

265. Les autres dispositions de la loi de 1975. La protection du sous-traitant dans la loi de 1975 ne se résume pas au paiement direct. La loi prévoit également que l'entrepreneur principal offre un cautionnement au sous-traitant ou alors une délégation du maître de l'ouvrage à concurrence des prestations fournies par le sous-traitant. C'est ce qui ressort de l'article 14 de cette loi⁵³³.

266. La protection prévue par la loi Hamon. La loi du 17 mars 2014 précitée est également intervenue en faveur des sous-traitants. À l'article L441-9 du Code de commerce, cette loi a cherché à instiller le même formalisme que pour les contrats de partenariat commercial pour les « *achats de produits manufacturés, fabriqués à la demande de l'acheteur en vue d'être intégrés dans sa propre production.* » Une convention doit contenir des éléments tels que l'objet, le prix ou les conditions de facturation. Il y a donc un glissement de la protection de la distribution vers des contrats différents dont la sous-traitance immobilière fait partie.

267. Transition. Les contrats de partenariat agricole et la sous-traitance immobilière trouvent chacune dans la spécificité technique de leur activité l'intérêt de leur protection contractuelle de droit spécial. Voyons à présent les protections de la partie faible de droit spécial, qui sont justifiées par la compétence commerciale spécifique à l'une des deux parties.

⁵³² O. Lutun, « Des limites à la diligence imposée au maître de l'ouvrage », *JCP E*, 2003, 315.

⁵³³ L. Leveneur, « La protection du sous-traitant dans la loi de 1975 ne se résume pas à l'action directe... » *op. cit.*

268. *Introduction.* Sommes-nous tous égaux devant la compétition des affaires ? Tout individu est-il le à même de définir une stratégie commerciale optimale ? Sûrement pas. Établir une telle stratégie demande des compétences, de l'énergie, des moyens humains et matériels. L'autonomie de la volonté n'empêche pas un professionnel de s'engager dans une tactique commerciale ruineuse. Or, tous les professionnels n'ont pas les moyens d'engager de grandes sommes dans la stratégie commerciale, la production de richesse réelle étant déjà largement onéreuse. Nous pouvons par exemple penser aux contrats de la grande distribution ou aux contrats agricoles déjà évoqués. La distribution est, par essence, la branche professionnelle dont la fonction est d'optimiser commercialement la richesse produite par un autre. Il n'est donc pas étonnant que la richesse soit mal répartie dans les contrats de ce secteur d'activité. Il y a deux secteurs, que nous n'avons pas encore mentionnés qui illustrent cette dissymétrie de compétence commerciale : les professionnels de la propriété intellectuelle et le banquier dispensateur de crédit au professionnel.

a :Les contrats de crédit souscrits par un professionnel.

269. *À propos du « statut dérogatoire ».* Le cas que nous allons étudier à présent est particulier. Il ne s'agit pas à proprement parler d'un « statut dérogatoire », mais plutôt d'un régime particulier qui trouve son fondement dans la nature du contrat et une profession exercée par l'une des parties. On le rangera tout de même dans la catégorie des protections accordées en fonction du statut des parties.

270. *L'importance du rôle du banquier de discerner l'opportunité des crédits qu'il fournit.* Comme nous l'avons démontré plus haut, c'est pour plusieurs raisons qu'il est nécessaire de fournir une protection au professionnel souscripteur de crédit. Aussi bien parce que le crédit est un bien dont le commerçant peut difficilement se passer, mais c'est aussi parce que le banquier et le souscripteur ne sont pas dans la même situation. Le banquier trouve sa rémunération dans l'opération de crédit elle-même. Pour le souscripteur, ce n'est qu'un moyen. Le bénéfice n'existera qu'en fonction de la richesse qu'il aura produite avec l'emprunt. Il faut donc que le souscripteur soit en mesure de déterminer l'opportunité de l'opération qu'il passe. Ainsi, l'on exige des banquiers, à la fois qu'ils dispensent du crédit pour relancer l'économie, mais dans le même temps, on leur demande de ne pas dispenser un crédit pour une opération économique dont l'issue serait douteuse. De ce dilemme, a pu émerger le concept de « crédit responsable », dont les contours sont encore relativement

vagues⁵³⁴. Cette affirmation peut susciter plusieurs interrogations par rapport à notre étude. En effet, la question du crédit responsable concerne davantage les consommateurs ; et ensuite parce que la sanction qui découle d'un prêt « irresponsable » consenti par un banquier se traduit par l'engagement de la responsabilité du prêteur et non comme une réduction des obligations de l'emprunteur qui serait effective depuis la signature du contrat.

271. *Les obligations mises à la charge du banquier dans ce sens.* Le banquier s'est vu, au cours des dernières décennies, imposer des obligations de plus en plus grandes en amont de la conclusion du contrat de prêt. Le droit de la consommation est venu appuyer cette tendance à la protection du client. De l'article L111-1 du Code de la consommation, découle pour le banquier un devoir d'informer son client. La loi du 1^{er} juillet 2010 l'a expressément consacré en matière bancaire, à l'article L311-6-I du même code⁵³⁵. L'obligation d'information n'a toutefois qu'un contenu limité. En effet, elle ne consiste qu'à révéler les caractéristiques d'un produit qu'une partie transmet à une autre. C'est ainsi que la jurisprudence a fait émerger le devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit à l'égard du souscripteur. Cela ne concernait dans un premier temps que les consommateurs dont on connaissait le besoin de protection contractuelle⁵³⁶. La Chambre commerciale a considéré un certain temps que le professionnel ne pouvait pas bénéficier de la même protection, jusqu'à un arrêt de revirement remarqué par lequel elle s'est décidée à sanctionner un banquier qui n'avait pas rempli son devoir de mise en garde auprès d'un « *professionnel non averti* » : l'arrêt date du 3 mai 2006⁵³⁷. La Cour suprême réunie en Chambre mixte a déterminé les conditions qui pouvaient engager la responsabilité du banquier pour défaut de mise en garde à la conclusion d'un crédit⁵³⁸. Dans deux arrêts, elle énonce clairement les deux critères qui doivent être nécessairement rapportés : il faut apprécier les capacités financières du souscripteur ainsi que le risque d'endettement né de l'octroi du prêt.

272. *La façon dont le juge apprécie la compétence commerciale du professionnel souscripteur de crédit.* La Cour a donc donné des lignes directrices pour apprécier l'étendue de ce devoir de mise en garde. Cependant, en présence d'un emprunteur professionnel, la caractérisation de ces deux conditions va entraîner les juges dans une quête du détail. La tâche est assez délicate, car elle consiste à démontrer que l'emprunteur a donné son consentement,

⁵³⁴ Sur la question : R. Routier et M. Storck, « La notion de prêt responsable : quelles applications ? Quelles évolutions ? », in E. Le Dolley (dir.), *Les concepts émergeants en droit des affaires*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2010, p. 395 et s. D. Legeais, « Crédit responsable », *Rev. Droit bancaire et financier*, 2012, dossier 10.

⁵³⁵ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, *op. cit.*

⁵³⁶ Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2005, n°03-10921, mais certains auteurs estiment que cette évolution est à situer à l'arrêt Civ. 1^{ère}, 27 juin 1995, n°92-19212, *JCP E*, 1996, 772, note D. Legeais.

⁵³⁷ Com, 3 mai 2006, n°04-15.517, *JCP G*, 2006, 10122, note A. Gourio.

⁵³⁸ Mixte, 29 juin 2007, n°05.21.104, *JCP G*, 2007, 10146, note A. Gourio. *D*, 2007 p. 2081, note S. Piedelièvre.

mais sans avoir conscience de ce qu'il faisait. L'enjeu, semble-t-il, serait de distinguer si le professionnel a la faculté nécessaire pour donner un consentement éclairé. Autrement dit, l'on va juger de sa capacité à établir une stratégie commerciale. Il est donc nécessaire d'identifier la compétence commerciale comme un critère par lequel l'on peut juger du caractère équilibré d'une négociation. Pour ce qui est d'analyser la capacité du souscripteur, on peut recenser un certain nombre de points décisifs dans la décision du juge. Quand ce professionnel est une personne physique, il est possible d'examiner son âge, sa formation ainsi que son expérience⁵³⁹. L'état mental de la personne est apprécié dans sa globalité. On peut rechercher si elle est illettrée, si elle est trop âgée⁵⁴⁰... Cela devient plus complexe dans la mesure où le souscripteur s'est fait assister par un professionnel dans la conclusion du crédit. *A priori*, il semble que non⁵⁴¹, mais il existe des décisions qui prennent en compte la présence d'un expert aux côtés du souscripteur⁵⁴². Cela abonde dans le sens de ceux qui sont sceptiques vis-à-vis du droit à l'information. Effectivement, reconnaître un droit à l'information, c'est minimiser le coût déployé par les acteurs économiques les plus informés pour recueillir une information utile à leur intérêt. Néanmoins, il peut être répondu à cela que l'obligation en matière bancaire ne sert pas à assurer le succès d'une opération économique, mais à anticiper un crédit ruineux dont les conséquences déteindraient aussi bien sur les contractants que sur les tiers dépendants du risque systémique.

273. *Conclusion.* L'exemple de la mise en garde du banquier fournisseur de crédit envers son emprunteur est éloquent. Il manifeste la nécessité de ne pas enfermer un débiteur dans le consentement qu'il a donné. On comprend facilement que le juge ait pris soin de protéger le débiteur professionnel dans ce secteur puisqu'il est indispensable à l'économie tout entière. Par extension, on peut se demander si cette clémence à l'égard du débiteur peu conscient de ses engagements peut trouver à s'appliquer dans toutes les branches du droit des contrats entre professionnels. La réponse est à nuancer. En toute hypothèse, cela renseigne que la capacité d'une partie forte à exercer la fonction commerciale est un point sur lequel l'on peut déterminer si une négociation contractuelle s'effectue sur un pied d'égalité ou non. La même logique peut s'appliquer aux contrats de droit d'auteur où une partie ne consacre pas la même énergie que l'autre à rechercher le profit.

⁵³⁹ Ainsi ont pu statuer Montpellier, 13 mai 2009, n°08/03270, même juridiction, 17 mars 2009, jurisdata 2009-008195, TC Paris, 19 septembre 2006, jurisdata 2006-316112, ainsi que Basse-Terre, 18 janvier 2010, 08/00258, Com, 8 juin 2010, jurisdata 2010-008939.

⁵⁴⁰ N. Mathey, « Le devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur professionnel », *JCP E*, 2011, p. 1542. D. Legeais, *Juriscl. Commercial*, fasc. 346, « La responsabilité du banquier fournisseur de crédit », septembre 2013, n°19 et s.

⁵⁴¹ Civ. 1^{ère}, 30 avril 2009, n°07-18.334.

⁵⁴² Com, 3 juin 2009, n°08-16.439, *Rev. des proc. coll.*, novembre 2009, comm. 175, note A. Martin-Serf.

274. *Sur la qualification de « professionnel » de l'auteur.* La qualification de « professionnel » pour un auteur peut être débattue. Nous verrons plus loin les critères possibles pour identifier le professionnel. Nous pouvons cependant d'ores et déjà dire que l'auteur contracte en vue d'une rémunération. Son étude relève ici d'une conception extensive du professionnel, mais en même temps, en signifie les divers aspects.

275. *L'éditeur et l'auteur inégaux du point de vue des compétences commerciales.* Le contrat de droit d'auteur reflète de façon assez significative l'impasse dans laquelle peut déboucher l'autonomie de la volonté considérée abstraitemen, sans prise en compte des faiblesses des parties. Dans un tel contrat, si l'auteur ne dispose que de son seul talent, il ne sera pas à même de faire valoir celui-ci par une juste contrepartie économique. En effet, lors de la signature du contrat, les parties n'ont pas de certitude sur la rentabilité économique de l'opération. Il n'est donc pas rare que l'auteur accepte de se soumettre à un prix modique pour être sûr de voir son œuvre diffusée. Si l'œuvre reçoit un certain succès de la part du public, l'éditeur, ou d'une manière générale, le partenaire de l'auteur bénéficiera à lui seul du talent de son cocontractant. Si l'auteur cherche à avoir un minimum de reconnaissance ou de visibilité artistique, l'éditeur est, d'une manière générale, davantage dans une perspective de recherche de profit. C'est donc ici que se situe le noeud de la faiblesse du contrat.

276. *La protection des l'auteur actuellement en vigueur.* Le droit de la propriété littéraire et artistique connaît des instruments juridiques pour pallier cette asymétrie informationnelle. Le Code de la propriété intellectuelle prévoit des dispositions tant générales que spéciales. À l'article L131-4, le législateur a posé en principe que la rémunération de l'auteur (peu important le type d'œuvre) devait être proportionnelle aux recettes provenant de sa vente ou de son exploitation. L'évaluation forfaitaire de la rémunération étant réservée à des cas limitativement énumérés. L'article L131-5 dispose que le juge peut réviser le contrat dans l'hypothèse d'une lésion ou d'une imprévision de sept douzièmes. Cela laisse à penser qu'un auteur, par rapport au droit civil, ressemble à un incapable. Concernant plus précisément le contrat d'édition, le Code de la propriété intellectuelle reprend un contenu assez semblable. L'article L132-5 du même code pose en principe la rémunération proportionnelle avec quelques exceptions de plus que pour le droit général prévu à l'article L132-6. À cela, il faut ajouter l'article L131-3 du même code qui énonce qu'un auteur ne peut pas céder les droits de ses œuvres futures, de façon générale à quelconque professionnel. Les juges ont constamment estimé que ces dispositions étaient impératives, ce que déplorent certains auteurs juridiques qui y voient une intrusion du juge dans la libre négociation des parties, dès lors qu'il n'y a pas d'atteinte au consentement⁵⁴³. En effet, le droit

⁵⁴³ P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, Paris, PUF, [9^{ème} édition refondue], 2014, p. 522.

des auteurs s'écarte de manière marquée du consensualisme civiliste⁵⁴⁴. Monsieur le Professeur Gautier, par exemple est bien plus favorable à une protection de l'auteur calquée sur le droit civil général ; notamment avec les dispositions sur l'abus dans la fixation du prix qu'un arrêt d'Assemblée plénière de la Cour de cassation a consacré le 1^{er} décembre 1995⁵⁴⁵.

277. *Nécessité de conserver un régime spécial pour l'auteur.* La protection avancée de l'auteur ne nous semble pas pour autant superflue. C'est souvent un contrat type que signe l'auteur qui veut obtenir l'exploitation de son œuvre. Et le risque est grand de lui faire conclure un marché de dupes⁵⁴⁶. L'exploitant est toujours plus averti que l'auteur lui-même. C'est pour cela que la loi du 11 mars 1957 est venue rompre avec le droit civil traditionnel dans les contrats d'auteur. Le législateur ne s'est pas gêné pour donner des dispositions nombreuses et détaillées. Que dire du régime de protection de la rémunération de l'auteur ? En réalité, il ne s'agit de rien d'autre qu'un réajustement du déficit de l'information et de la capacité à négocier. Mais dans ce contrat précisément, la capacité d'une partie à négocier est flagrante. Cela justifie, en partie, l'existence d'un droit spécial. Là encore, nous verrons plus loin que le droit spécial présente l'inconvénient d'être trop restrictif au niveau de son domaine d'application *rationae personae*.

278. *Sur la capacité à exercer la fonction commerciale.* La capacité d'une partie à exercer la fonction commerciale est un critère relativement vague et subjectif. Elle ne peut guère tenir lieu de condition légalement prévue pour déterminer une partie faible. En revanche, elle peut tenir lieu d'indice pour le juge qui cherche à savoir comment se sont déroulées les négociations.

279. *Conclusion du A.* Nous avons vu les raisons qui pouvaient entraîner le législateur à recourir au droit spécial de la protection de la partie faible. Les raisons sont multiples, mais nous les avons regroupées en trois catégories : soit le fait qu'une partie forte détienne un bien vital à la partie faible, soit à cause des spécificités techniques du contrat qui entraînent un désavantage pour la partie la subissant, ou bien la plus grande maîtrise par la partie forte de la fonction commerciale. Ces critères pourraient très bien servir pour analyser les négociations dans un contrat ordinaire entre professionnels. Peut-on imaginer de substituer à un droit spécial, une analyse des négociations selon ces critères ? L'entreprise n'est pas réaliste. Cependant, à tout le moins, ces critères permettent-ils de cesser la logique législative qui consiste à créer des droits spéciaux là où un droit général pourrait exister. Alors, il convient

⁵⁴⁴ M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Paris, Dalloz, [2^{ème} édition], 2012, p. 538, n°641.

⁵⁴⁵ Arrêt précité, pour une telle opinion : P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.*, p. 541. L'auteur met notamment en avant la difficulté pour le juge de fixer lui-même le prix.

⁵⁴⁶ A. Françon, « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », *D*, 1976, chro. p. 55.

donc de connaître les avantages et les limites du droit spécial dans la lutte contre le déséquilibre contractuel.

B : Avantages et inconvénients du recours au droit spécial pour protéger la partie faible professionnelle.

Nous verrons successivement les avantages et les inconvénients.

1 : Les avantages.

280. Une réponse directe à un besoin mis en évidence par la pratique. Les avantages que l'on peut trouver au droit spécial pour protéger la partie faible professionnelle se regroupent dans une même idée et se déclinent de façons différentes. C'est généralement le législateur qui, à l'occasion d'une loi, décide que tel secteur de l'économie fera l'objet d'un dispositif spécial. Il cherche à résoudre un problème spécifique, sans nécessairement chercher à intégrer la solution qu'il apporte à la théorie générale du droit. Par exemple, le droit d'auteur répond davantage à une logique d'endiguement d'un phénomène sociologique – la mauvaise rémunération des auteurs – qu'à une conception générale du droit. De la sorte, le législateur s'assure que le secteur dont il cherche à défendre les opérateurs fonctionne selon les règles qu'il lui a assignées. Dès lors, le premier avantage de la spécialisation du droit de la protection de la partie faible, c'est la maîtrise des tenants et aboutissants du marché concerné⁵⁴⁷. Dans le sens où l'opération économique concernée est surveillée dans son processus et réglementée dans son régime. En quelque sorte, on ne fait plus confiance à la liberté contractuelle, mais on tient presque la plume du contractant. Cela se vérifie pour les contrats de la distribution qui sont spécifiquement visés par l'article L441-6 du Code de commerce qui impose un formalisme très précis, et pas toujours efficace. Désormais, le calendrier des négociations est fixé, on cherche même à entrer dans le processus décisionnel des négociations en estimant que les conditions générales de vente doivent en être le « *socle unique* », avec les réserves que cela suscite⁵⁴⁸. Si le législateur a tenu à ce que tel secteur de l'économie fasse l'objet d'une protection spéciale, faut-il revendiquer qu'au nom d'une

⁵⁴⁷ M. Bourassin, E. Claudel, A. Danis-Fatôme, B. Thullier, « Panorama de la législation et de la jurisprudence et droit civil des affaires, illustrations marquantes des relations entre droit commun et droits spéciaux », *D*, 2006, 1380. Sur la question : L. Attuel-Mendès, « La difficile articulation entre protection classique et protection spéciale du consentement », *JCP G*, 2007, I, 188. A. Bénabent, « Les difficultés de la recodification : les contrats spéciaux », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz Litec, 2004 p. 245.

⁵⁴⁸ Voir *supra*.

certaine orthodoxie juridique, on rassemble toutes les techniques spéciales de protection de la partie faible en une théorie générale du contrat⁵⁴⁹? La réponse apparaît vraisemblablement négative, car l'objectif politique du législateur prime l'harmonie du droit que les juristes appellent de leurs vœux.

281. Un degré de faiblesse qui varie d'une profession à l'autre. Toutefois, ce qui fait que le droit spécial ne peut pas se fondre dans le droit général tient à la spécificité de chaque catégorie du droit spécial. Certes, le but de notre étude est de retrouver le consentement perdu dans le déséquilibre situé au niveau des négociations. Il serait néanmoins très risqué de rassembler toutes les hypothèses de déséquilibre contractuel en une seule théorie des négociations qui ne connaîtrait aucune exception. En effet, le consentement donné par le consommateur n'est pas le consentement donné par le banquier, qui lui même n'est pas le consentement donné par l'auteur⁵⁵⁰. Une théorie qui engloberait toutes les situations aurait l'avantage de la cohérence, mais l'inconvénient d'être difficilement praticable par celui qui veut bénéficier de la protection de la partie faible prévue par la loi⁵⁵¹. La volonté de rassembler la protection de la partie faible professionnelle relève d'un idéal qui n'est pas forcément atteignable.

Ce qui ne veut pas dire que ce droit spécial est dénué d'inconvénients, surtout dans les formes qu'il revêt. Cela étant, il convient de voir comment ces inconvénients peuvent être gérés pour optimiser la protection du professionnel.

2 : Les inconvénients

282. Division des catégories d'inconvénients. Le véritable problème du droit spécial, ce sont ses frontières. Et ceci, à plusieurs égards. Le domaine *ratione personae* d'un droit spécial est toujours limité, par définition. Il suffit donc de se situer un tout petit peu en marge de ce domaine pour que le régime soit totalement inefficace. Il ne s'agit pas que des personnes impliquées par le droit spécial, il s'agit aussi des situations précises qu'il concerne. Il suffit que la situation soit légèrement différente que celle requise par la loi spéciale pour que la protection de la partie faible n'existe plus.

⁵⁴⁹ J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Études de droit de la consommation, Liber amicorum, Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p. 279. P.-Y. Gautier, « Prolégomènes à une théorie générale des contrats spéciaux », RDC, 2006 p. 610. J. Raynard, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », RDC, 2006 p. 597. D. Mainguy, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux ? », RDC, 2006, p. 615.

⁵⁵⁰ J.-J. Barbiéri, « Pour une théorie spéciale des relations contractuelles », RDC, 2006, p. 621.

⁵⁵¹ F. Pollaud-Dulian, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p. 925.

a : Les limites du droit spécial de la partie faible : un domaine trop restreint *ratione personae*.

Cet inconvénient est éminemment perceptible vis-à-vis de la protection du bail commercial ainsi que celle du sous-traitant.

α : Le cas du bail commercial.

283. *Les demandes en faveur d'un rapprochement entre bail commercial et bail professionnel.* Effectivement, le législateur, lorsqu'il édicte un droit spécial pour protéger une partie faible, cherche à saisir une corporation ou un corps de métier. Ne constatant pas que le problème qu'on lui soulève se pose ailleurs, il ne cherche pas à étendre sa protection au maximum. Et pourtant, il suffit de quelques mois de pratique, parfois, pour que la partie forte ait l'idée d'utiliser un statut légèrement différent pour contourner la législation. Et même s'il ne s'agit pas d'une stratégie de la part de la partie forte, la situation peut s'avérer parfois scandaleuse, lorsque l'on constate que celui qui exerce un métier quasi similaire au bénéficiaire de la protection ne profite pas du droit spécial. En matière de bail commercial, on peut s'étonner de ce que les dispositions protectrices ne s'appliquent pas à tous ceux qui occupent un local pour leurs activités auprès du public et qui en sont particulièrement dépendants. En réalité, le régime des baux commerciaux s'est construit de pair avec celui des baux professionnels, sans que la pratique législative cherche à harmoniser le régime de ces contrats. Le décret de 1953 était parvenu à stabiliser les commerçants dans leurs locaux après que la loi de 1926 y avait échoué. Ce nouveau système a introduit le droit français dans un nouvel équilibre, qui, quoique contesté⁵⁵², n'emporte pas de critique unanime. Aussi, des tentatives ont vu le jour pour permettre un rapprochement des législations. Alors même qu'un rapport du Sénat⁵⁵³, qui a précédé la loi LME soulignait ce problème du régime des baux professionnels ; la réforme n'est pas allée plus loin que la possibilité de soumettre conventionnellement un contrat hors du domaine de la loi de 1953, au régime de cette même loi.

⁵⁵² Voir le Rapport Armand-Rueff, préc.

⁵⁵³ L. Béteille, E. Lamure et P. Marini, *Rapport n°413 de l'Assemblée nationale, annexe au procès verbal de la séance du 24 juin 2008*, t. 1, p. 178 et s. Joël Monéger a bien fait remarquer que la loi présente de nombreux obstacles politiques pour que les ambitions du groupe de travail Pelletier puissent aboutir ; Dimitri Houtcief ajoute que « *l'encadrement législatif et réglementaire des baux commerciaux est perpétuellement en question : l'éventualité d'une réforme est une arlésienne.* » J. Monéger, « Réforme des baux commerciaux : vers une réforme consensuelle a minima », *RTD Com*, 2005, p. 253. D. Houtcief, *Droit commercial*, Paris, Dalloz Sirey, [3^{ème} édition], 2011, p. 213. Nouvelle édition 2015 à paraître.

284. *L'échec des tentatives de rapprochement.* Ces constatations ne laissent guère place à l'optimisme pour envisager une réforme de la branche en question, et encore moins une généralisation à tous les professionnels de la protection accordée aux commerçants. L'autorité du rapport Armand-Rueff⁵⁵⁴ est toujours aussi prégnante. Les franchisés ont longtemps pâti de ce phénomène. Jusqu'à l'arrêt Trévisan du 27 mars 2002⁵⁵⁵, ils étaient privés des avantages du statut des baux commerciaux. Or, tout professionnel est forcément concerné par la situation géographique de ses biens immobiliers même si la dématérialisation du commerce réduit les distances entre un vendeur et sa clientèle. Il y a donc un plus fort besoin de flexibilité. D'où l'intérêt de ne pas cloisonner le domaine du bail commercial et celui du bail professionnel en général. Le rapport Pelletier qui se voulait ambitieux et réformateur s'est heurté au réalisme du législateur⁵⁵⁶. Un projet de loi (n° 1321) avait été présenté le 2 mai 1990, s'inspirant de la législation sur les baux d'habitation pour les baux professionnels. Un autre en date du 2 avril 1997 visait à assurer une stabilité au preneur du bail d'une activité libérale. Malheureusement, les deux ont échoué. Il est difficile de savoir si le droit au bail d'une entreprise ou de quelconque professionnel peut espérer faire l'objet d'une loi garantissant une certaine justice contractuelle. Les rigidités institutionnelles ne permettent pas toujours de réaliser ce que la doctrine conçoit. Il reste que l'attente est forte, même de la part des praticiens pour venir à bout des contrats de bail rendant une activité économique trop vulnérable.

β : La protection du sous-traitant, possibilité d'extension du régime ?

285. *Un domaine ratione personae jugé trop restrictif.* Les avantages accordés par la loi de 1975 ont entraîné de nombreuses professions proches de la sous-traitance à tenter de se prévaloir de ce statut. Hélas, le juge a eu à cœur de respecter les contours de la loi. Cela n'était pas une chose facile puisque le texte législatif avait laissé au juge une marge d'appréciation⁵⁵⁷. Ne sont donc pas des sous-traitants au sens de la loi de 1975 ceux qui ne font que fournir des matériaux, à moins que le produit soit individualisé et non substituable. Les simples consultations techniques échappent également aux dispositions de cette loi. Il en va de même pour les contrats où le prestataire n'est pas assez indépendant à l'égard de

⁵⁵⁴ Rapport Armand-Rueff, préc.

⁵⁵⁵ Civ. 3^{ème}, 27 mars 2002, jurisdata 2002-013715, JCP G, 2002, II, 10112, note F. Auque. *RTD Com*, 2003, 723, note J. Monéger. M. Malaurie-Vignal, « Le franchisé peut bénéficier du statut des baux commerciaux », *CCC*, 2002, 111.

⁵⁵⁶ Comme le déplore F. de La Vaissière, « De quelques idées de réforme de la législation sur les loyers », *AJDI*, 2009 p. 585.

⁵⁵⁷ La loi affirme que la sous-traitance est « *l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité et sous sa responsabilité à une autre personne appelée sous-traitant, tout ou partie de l'exécution d'un contrat d'entreprise ou de marché public conclu avec le maître de l'ouvrage.* »

l'entrepreneur ; ou si ce même prestataire ne participe pas lui-même à l'acte de construire⁵⁵⁸. L'on pourrait regretter cette protection de la partie faible connaisse de telles restrictions, puisque ces professions exclues du domaine de la loi ne pâtissent pas moins de l'insolvabilité de l'entrepreneur. Ce n'est guère envisageable, car l'entorse faite au droit général des contrats est telle que la pratique ne pourrait fonctionner sereinement si le système était étendu à toutes les professions.

286. *Transition.* On constate donc que le droit spécial de la protection de la partie faible emporte souvent l'inconvénient de ne s'appliquer qu'à une catégorie restreinte de personnes alors que d'autres dans une situation analogue, mais non identique auraient besoin d'un système tout aussi efficace. Ce n'est pas pour rien que l'article L442-6 du Code de commerce évoque de façon vague « *tout producteur, commerçant, industrielle ou personne immatriculée au répertoire des métiers* ». Ce n'est cependant pas le seul inconvénient. Le droit spécial est aussi, par sa nature, rigide aux évolutions

b : Un système dont l'efficacité peut ne pas résister aux évolutions techniques.

Ces évolutions techniques peuvent être de deux ordres. Il peut s'agir de techniques juridiques comme de technologies proprement dites. Les deux pouvant être parfois liées.

a : Les évolutions juridiques

287. *Une partie faible « à géométrie variable ».* La pratique sera toujours suffisamment créative pour imaginer des procédés juridiques servant à contourner les règles du droit spécial, y compris la protection de la partie faible. L'exemple que le peut citer est celui des contrats de bière où le distributeur est une partie faible, comme nous l'avons mentionné ci-dessus, tout comme le contrat d'implantation d'une éolienne⁵⁵⁹. Dans cette hypothèse, le propriétaire est le plus souvent la partie faible. En effet, il s'agit d'un agriculteur qui loue son terrain pour augmenter son revenu. Le locataire qui est exploite la parcelle ou l'éolienne est construite n'est pas une partie faible. Il s'agit d'une entreprise de taille importante parfaitement à même de négocier. Et elle sait tout à fait utiliser la protection du locataire dans les contrats de location. Ce qui fait que les risques sont très souvent à la charge du propriétaire, et même certaines clauses stipulent par exemple que le loyer n'est pas dû si le nombre de jours de vent n'est pas supérieur ou égal à un certain seuil. La protection d'une partie faible nommée se retourne donc contre l'objectif du législateur. Cela est dû au fait que le législateur ne constate la faiblesse d'une partie qu'à un moment donné. Il ne peut jamais

⁵⁵⁸ J.-B. Auby, H. Périnet-Marquet, R. Noguellou, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Paris, Montchrestien, [8^{ème} édition], 2008, Paris, p. 603 et s.

⁵⁵⁹ B. Grimonprez, *Les fermes solaires ou éoliennes en milieu rural*, préc. B. de Gérando, « Le renouvellement des contrats d'implantation d'éoliennes terrestres », *op. cit.*

être sûr que la faiblesse puisse évoluer. La partie forte, consciente de cela peut trouver des techniques juridiques pour prendre la place de la partie faible en jouant sur la qualification de sa prestation.

288. Une défaillance de la technique de protection extensible à d'autres mécanismes. De surcroît, la technique juridique peut consister à trouver une parade à la disposition de droit spécial. Néanmoins, cela n'est pas le propre du droit spécial. Nous verrons plus loin les stratégies de contournement que la pratique invente pour échapper à la protection du cocontractant⁵⁶⁰.

β : Les évolutions technologiques.

289. Les nouvelles technologies, source d'obsolescence de la protection de la partie faible. Les évolutions technologiques sont également un frein à l'efficacité du droit spécial de protection de la partie faible. L'exemple le plus éloquent est celui des droits d'auteurs. La propriété intellectuelle est fréquemment amenée à s'adapter lorsque le support artistique par lequel l'auteur exprime son talent est une nouvelle technologie⁵⁶¹. Dès lors que ce support change, les mécanismes de la dépendance de la partie faible et même l'évaluation de sa rémunération ne vont plus se faire à partir du même calcul. Et, le plus souvent, la partie forte qui possède le support technologique est largement en avance sur le législateur et peut créer le droit avant même que les pouvoirs publics n'aient écho d'un quelconque déséquilibre contractuel⁵⁶². Que dire par exemple d'un « magnétoscope numérique en ligne »⁵⁶³ ?

290. La configuration de l'équilibre du contrat totalement bouleversée. Prenons le cas par exemple des œuvres de l'esprit figurant sur un site internet. La rémunération ne peut pas être celle du droit d'auteur. Donc un recours à l'analyse des négociations est parfois plus utile que le droit spécial appliqué de manière archaïque. Il pourrait être possible de trouver une systématisation des œuvres de l'esprit. Certains auteurs ont présenté des schémas pour optimiser la récompense de l'auteur⁵⁶⁴. L'on peut pourtant se demander si ce qui aujourd'hui tient en un système pourra fonctionner de la même manière lorsqu'une autre technologie aura pris le pas.

⁵⁶⁰ V. *infra*. n°324 et s.

⁵⁶¹ J.-L. Goutal, « Multimédia et réseaux : l'influence des technologies numériques sur les pratiques contractuelles en droit d'auteur », *D*, 1997, 357.

⁵⁶² P. Gaudrat, « Edition numérique : une actualité législative édifiante », *RTD Com*, 2012, 557.

⁵⁶³ A. Singh, « Quelques observations sur le dernier exemple de conflit entre les nouvelles technologies et le droit d'auteur en matière audiovisuelle, à propos du jugement TGI Paris, 6 août 2008, n°08/56275 », *RLDI*, 1^{er} novembre 2008, n°43, p. 8.

⁵⁶⁴ G. Chantepie, « Le droit d'auteur à l'épreuve des nouvelles technologies », *RLC*, 2007, n°11, p. 204.

291. Conserver les avantages du droit spécial tout en surmontant les difficultés juridiques qu'il soulève. Il ne faut pas dénier au droit spécial sa capacité à protéger la partie faible au contrat. Il constitue bien souvent un raccourci efficace qui épargne à la victime la démonstration d'une situation contractuelle injuste. Il répond à un besoin précis que revendique une profession et dont n'a pas besoin une autre. Certains droits spéciaux doivent rester spéciaux. À ceci près que la protection de la partie faible dans un contrat ne peut pas se réduire à une juxtaposition de protections spéciales. Il faut un régime général pour, à la fois, trouver une cohérence à toutes les protections spéciales et permettre à ceux qui ne rentrent dans aucune catégorie spéciale de résister aux abus générés par le contrat.

292. Transition. L'on peut ne pas avoir recours à un droit spécial, pour protéger le plus faible au contrat ; tout en fondant cette protection sur le statut de la partie faible. Est-il possible de protéger toutes les professions, mais en ne désignant la victime que grâce à son statut, et non pas une analyse de la négociation ? Le droit de la consommation a réussi à organiser une protection du plus faible pour tous les contrats, simplement en choisissant par avance celui qui méritait d'être protégé. Cela peut-il être transposé dans un contrat entre professionnels ?

§ 2 : Un statut de partie faible transversal à toutes les professions.

293. Introduction. Peut-on doter les entreprises les plus vulnérables d'un statut aussi efficace que celui de consommateur pour le droit visant à protéger les particuliers ? Cela paraît très hasardeux, mais des tentatives sont envisageables et ont été envisagées. Peut-être que certains professionnels ne parviendront jamais à négocier d'égal à égal avec d'autres. D'ailleurs, comme nous allons le démontrer, le professionnel n'est pas une catégorie homogène. Certains ont échoué en jurisprudence à être reconnus comme consommateurs. Il convient donc de voir dans quelle mesure les contrats d'adhésion entre professionnels peuvent trouver une issue équitable grâce à ce type de protection. Pour cela, il faut procéder en deux temps, d'abord, délimiter les concepts, puis envisager des solutions. C'est pourquoi, après avoir cherché la définition du professionnel (A), nous essaierons de voir dans quelle mesure il est opportun de le protéger contractuellement en lui conférant un statut (B).

A : La définition du professionnel.

294. Présentation de la question. La notion existe sans conteste en droit positif, mais sa place dans le droit n'est pas parfaitement ciblée. Le professionnel doit son existence en tant

que concept juridique à une multitude de textes ou de dispositions éparses. Il n'y a donc pas nécessairement un consensus pour identifier ce qu'est réellement un professionnel. Ce n'est pas le cas de la notion de commerçant qui existe depuis 1806 voire même avant. Pourtant, comme nous allons le voir, il y a tout lieu de penser que la notion de professionnel est plus adaptée pour réglementer la vie des affaires. Lorsqu'une personne veut mettre en vente des objets sur des sites de transaction, il précise s'il est un professionnel, pas s'il est un commerçant. C'est dire si la notion fait partie de notre langage le plus commun. Pourtant, l'expression de « professionnel » recouvre une multitude de situations pas toujours comparables surtout quand il s'agit d'offrir un régime contractuel favorable.

1 : Les critères pour définir le professionnel.

295. *Les sept critères donnés par le Professeur Le Tourneau*. Nous allons donc voir les critères qui peuvent être utilisés pour appréhender la notion de professionnel. Le Professeur Le Tourneau donne sept critères qui peuvent identifier une personne comme un professionnel⁵⁶⁵. Le premier critère (qui découle de l'étymologie du mot « professionnel », « *professus* », en latin celui qui déclare), c'est le fait que la personne se déclare comme professionnelle, ou du moins en donne l'apparence. C'est ainsi que sur les sites de vente d'occasion en ligne (en l'occurrence Priceminister), la jurisprudence se contente du fait que le vendeur ne porte pas de macaron « professionnel » pour lui octroyer le statut de consommateur⁵⁶⁶. Le deuxième critère, c'est le fait que cette personne exerce au moins une activité. Le troisième critère, c'est que cette activité est exercée à titre habituel. La question de pose en revanche de savoir si elle doit l'être à titre principal. La Cour de cassation ne semble pas en faire une condition⁵⁶⁷. Cette activité est rémunérée, pour ce qui est du quatrième critère (ce qui ne va pas de soi, comme nous le verrons ci-après). En cinquième critère – que Monsieur Le Tourneau considère comme majeur – il faut analyser si la personne, prétendument professionnelle, connaît une organisation fonctionnelle, tournée vers la réalisation de l'activité qu'elle est censée exercer. Un sixième critère est celui de la connaissance de son activité et de ses qualifications dans le domaine exercé. Enfin, septièmement, le professionnel a autorité sur les personnes qui l'aident à exercer son activité. Il est en revanche indifférent que ce soit une personne physique ou morale, de droit privé, public, commerçant, artisan, agriculteur...

⁵⁶⁵ P. Le Tourneau, « Les critères de la qualité de professionnel », *LPA*, 12 septembre 2005, n°181, p. 4.

⁵⁶⁶ A. Debet, « Priceminister : pas de droit de rétractation dans les ventes entre particuliers sur la plate-forme », *CCE*, 2011, comm. 37, à propos du jugement du tribunal de proximité, Dieppe, 7 février 2011.

⁵⁶⁷ Pour une illustration de la question, on peut noter un arrêt de la Cour de cassation en sa Troisième Chambre civile. Civ. 3^{ème}, 28 mars 2012, n°11-12.872, *Rev. Constr. Urb.*, mai 2012 comm. 89, note C. Sizaire ; la Cour considère qu'il importe peu que le vendeur n'exerce une activité immobilière qu'à titre secondaire.

296. Des critères appliqués parfois de façon contradictoire. Ce qui caractérise ces critères, c'est leur multiplicité. Aucun n'est de mesure de donner une définition fixe du professionnel, mais tout au mieux, peut-on espérer se fonder sur un faisceau d'indices. Ainsi, même en jurisprudence, l'on peut arriver à des résultats contradictoires. Le professionnel peut d'abord s'opposer au profane. Il est celui qui détient l'information que l'autre n'est pas tenu de connaître⁵⁶⁸. Tel n'est pas le critère retenu pour vérifier l'application du droit de la consommation. La loi du 10 janvier 1978 n°78-23 et la loi du 1^{er} février 1995 n° 95-96 (codifiée aux articles L132-1 et suivants du Code de la consommation), toutes deux sur les clauses abusives, n'ont pas exactement le même domaine *rationae personae*. La seconde en effet est une transposition de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993. Elle ne prend en compte que les personnes physiques qui n'agissent pas pour le compte de leur activité professionnelle⁵⁶⁹ pour caractériser un consommateur. En revanche, dans certaines hypothèses, un professionnel pouvait entrer dans le giron de la loi de 1978. La Cour de cassation avait retenu la possibilité pour une agence immobilière d'être considérée comme un consommateur dans un contrat qui portait sur la fourniture d'une alarme⁵⁷⁰. Cette jurisprudence est désormais rendue obsolète par la nouvelle. Ce qui ne veut pas dire que la doctrine soit unanime pour délimiter les contours juridiques du professionnel et du consommateur. Il faut donc envisager la possibilité d'entendre largement la notion de consommateur, mais aussi de voir si l'on peut étendre le droit de la consommation au droit général des contrats.

297. La récente unification de la notion de consommateur. La loi Hamon a posé une définition : il s'agit de « toute personne physique qui agit à des fins n'entrant pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. » Cette définition a été posée dans un article préliminaire du Code de la consommation. Elle trouve sa source dans l'article 2 de la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011⁵⁷¹. Cette définition qui recouvre un domaine relativement large exclut d'emblée les personnes morales⁵⁷². D'emblée, il semble évident que les petites entreprises sujettes au harcèlement commercial des plus grandes sont

⁵⁶⁸ Voir parmi de très nombreux exemples : Civ. 1^{ère}, 12 janvier 2012, n°10-23.250, jurisdata 2012-000481, pour une jurisprudence concernant le dol d'un garagiste ; Com, 31 mai 2011, 09-71.509 jurisdata 2011-010665, pour la responsabilité du banquier pour manquement à son devoir de mise en garde.

⁵⁶⁹ Com 23 novembre 1999, n°96-21869, *JCP E*, 16 mars 2000, p. 463, note P. Neau-Leduc ; Civ. 1^{ère}, 24 janvier 1995, n°92-18.227, *D*, 1995, p. 327, note G. Paisant ; Civ. 1^{ère}, 3 janvier 1996, n°93-19.322, *JCP E*, 1996, 830, note L. Levener.

⁵⁷⁰ Civ. 1^{ère}, 28 avril 1987, n°85-13.674, V. Y. Picod et H. Davo, *Droit de la consommation*, Paris, Sirey, [2^{ème} édition] 2010, p. 174, n°255.

⁵⁷¹ C. Aubert de Vincelles, N. Sauphanor-Brouillaud, Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur, *D*, 2014, 879.

⁵⁷² G. Raymond, Définition légale du consommateur par l'article 3 de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014, *CCC*, 2014, dossier 3.

écartées. De surcroît, elle laisse des zones d'ombre telles que les patients des professionnels de santé. Les activités agricoles n'y figurent pas non plus. Cette définition par ailleurs, ne vaut que pour le Code de la consommation⁵⁷³.

2 : La question des notions voisines à celle de professionnel.

298. *Intérêt de conserver deux notions : le professionnel et le commerçant.* Consacrer une définition nette du professionnel en droit positif implique de réfléchir à la notion de commerçant. Est-elle une lourdeur du droit privé français ou bien une distinction encore utile ? Il semble que les termes de « commerçant » et de « professionnels », qui ne se recoupent pas complètement, expriment une aspiration qui tend à la même finalité. Le risque est que les catégories se chevauchent et que trois situations distinctes apparaissent: le professionnel commerçant, le professionnel non commerçant, et le non professionnel non commerçant⁵⁷⁴. Le droit commercial français, tel qu'il est issu du Code de 1807 ne concerne que certaines professions. Les activités concernées sont relativement restreintes⁵⁷⁵. Il faut ajouter à cela que la jurisprudence de l'article L442-6 du même code semble s'étirer même dans le domaine du droit civil. Les professions libérales ont été reconnues comme fondées à l'invoquer⁵⁷⁶. De même, les règles concernant le bail commercial ne sont pas le seul fait des commerçants, selon la définition du Code de commerce, mais également des artisans inscrits au répertoire des métiers (selon l'article L145-1 du Code de commerce), qui dépendent pourtant des juridictions civiles. La jurisprudence a d'ailleurs eu parfois du mal à cerner ce qui relevait véritablement de l'acte de commerce ou non. Les critères de commercialité ont dû évoluer avec la pratique⁵⁷⁷. La qualité de « commerçant » a-t-elle encore un intérêt ? Chacun sait que le droit commercial, tel que connu par le droit français classique, est l'héritier du droit des foires que connaissait le Moyen-Âge (Bruges, Gand, Anvers...)⁵⁷⁸ Or la société française ne fonctionne plus sur ce schéma aujourd'hui. De ce fait, un certain nombre de professions nouvelles posent à chaque fois question. L'enjeu n'est pas mince puisqu'il s'agit non moins que de déterminer la totalité du régime applicable à cette profession. Dans un arrêt de décembre 2006, par exemple, c'est la profession de « diagnostiqueur immobilier » qui a fait l'objet d'une qualification par la Cour de cassation, laquelle a répondu qu'une telle personne

⁵⁷³ L. Grynbaum, « Loi « Hamon » : une transposition d'importance » *RLDI*, avril 2014, p. 103.

⁵⁷⁴ L'on exclura le non-professionnel commerçant qui ne relève que de l'hypothèse d'école.

⁵⁷⁵ A ce sujet, voir le colloque : *Vers un code des activités économiques*, 11 mai 2007, sous la direction de J. Mestre.

⁵⁷⁶ Voir *supra*. ou bien A.-L. Archambault, « Un professionnel libéral exerçant une activité civile peut entretenir une relation commerciale établie, » *JCP G*, 2009, II, 10034, note sous Com, 16 décembre 2008, n°07-18.050.

⁵⁷⁷ *Id.*

⁵⁷⁸ J. Mestre, M.-E. Pancrazi et alii, *Droit commercial droit interne et aspects de droit international*, op. cit. p. 3.

était bien un commerçant⁵⁷⁹. Cette perméabilité des règles incite à se poser la question d'une actualisation des différents statuts des professions⁵⁸⁰.

299. La conception du commerçant retenue par le droit allemand. L'exemple du droit allemand démontre que l'approche classique de la notion de commerçant peut facilement être dépassée. L'article 1 de l'Handelsgesetzbuch pose en principe qu'il faut exercer une profession commerciale pour être commerçant. La traduction française de cet article laisse croire qu'il s'agit d'une tautologie, mais cette apparence n'est due qu'à la difficulté à traduire le texte⁵⁸¹. Le mot « profession » désigne une activité licite, indépendante, ostensible, à but lucratif et qui n'est pas une profession libérale. Il existe des formes sociales d'activité qui désignent la personne qui l'exerce comme « commerçant en soi » et d'autres qui montrent un « commerçant potentiel »⁵⁸². Bien au-delà des actes énumérés par notre Code de commerce, le commerçant allemand ne se confond pas exactement avec le professionnel, mais il s'en rapproche sensiblement. La différence majeure entre le droit français et le droit allemand réside dans le fait que l'approche retenue outre-Rhin est subjective, c'est-à-dire fondée sur la personne ; alors que chez nous l'on regarde davantage le type d'acte passé à chaque contrat, c'est-à-dire une approche objective.

300. Les autres notions similaires. Devant la complexité et la multiplicité des statuts, nous sommes tentés de penser que le professionnel est la qualification la plus adaptée. A condition bien sûr de savoir si une personne est dite professionnelle en raison de ses connaissances, de sa puissance économique ou de son inscription à un registre. Il faut cependant nuancer cette affirmation, car certains auteurs préfèrent parler, plutôt que de « professionnel », d' « entreprise⁵⁸³ » ou bien d' « activité économique⁵⁸⁴ » (l'autorité de la concurrence a refusé sa compétence à défaut de pouvoir caractériser l'activité économique

⁵⁷⁹ Com 5 décembre 2006, n°04-20039, jurisdata n°2006-036343, CCC, 2007, comm 87, note L. Levener ; *JCP E*, 2008, 1011, note B. Grimonprez.

⁵⁸⁰ B. Brignon, « La « perméabilité » des règles professionnelles », *LPA*, 2 février 2010, n°23, p. 5.

⁵⁸¹ A. Guineret-Brobbel Dorsman, « Le commerçant en droit allemand », *RIDC*, 4-2009 p. 785 et s.

⁵⁸² *Id.*

⁵⁸³ G. Taormina, *Théorie pratique du droit de la consommation, aspects généraux et contrats spéciaux*, Aix-en-Provence, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2004, p. 74 : « *Le professionnel, c'est donc l'entreprise au sens économique du terme, ce qui prive de toute légitimité la notion extensive de consommateur.* »

⁵⁸⁴ F.-X. Vincensini, *La commercialité : recherche sur l'identification d'une activité*, préf. J. Mestre, Aix-en-Provence, PUAM, 1998, p. 505. J. Calais-Auloy, *Vers un nouveau droit de la consommation, rapport de la commission de refonte du droit de la consommation du secrétaire d'État auprès du ministre de l'Économie, des Finances et du Budget chargé de la consommation*, Paris, La Documentation française, 1984, p. 11 : « *Les professionnels sont des personnes physiques ou morales qui se procurent ou qui offrent des biens ou des services dans l'exercice d'une activité habituelle ayant un but lucratif.* »

d'un organisme gérant des fonds publics⁵⁸⁵). Les frontières entre les notions sont par ailleurs assez ténues, puisque la CJCE a dit que « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique et de son mode de financement⁵⁸⁶ » était une entreprise. La perméabilité des concepts n'est pas nécessairement un inconvénient pour le juriste. Certaines voix affirment même qu'elle permet de surmonter la rigidité des frontières de la commercialité⁵⁸⁷.

301. Transition. On peut donc considérer que le professionnel est une notion adaptée pour qualifier une personne possédant un minimum de compétence dans un domaine. Or par « professionnel », on entend généralement une partie forte. Comment concilier professionnel et partie faible ?

B : Tentative d'identification du statut du professionnel partie faible.

302. Introduction. La notion aurait pu apparaître comme une contradiction dans les termes il y a encore quelques décennies. En effet, la protection de la partie faible ne pouvant que relever de l'exception, elle a été confinée, jusque naguère en droit positif au salarié et au consommateur. Or, beaucoup de travailleurs qui pratiquent la même activité que certains salariés échappent à ce statut. De ce fait, beaucoup d'opérateurs commerciaux parviennent à contourner les règles protectrices du droit du travail en travaillant sur la base d'un contrat d'entreprise⁵⁸⁸. Pourtant, une différence trop confuse entre le professionnel et le consommateur pourrait également poser problème. Revenons donc aux fondements de la protection de certaines personnes revendiquant un statut. Il ne saurait s'agir d'une « complaisance coupable envers les malheureux ». L'expression est de Georges Ripert⁵⁸⁹. A sa suite, d'autres auteurs ont dénoncé une forme de surprotection de la part de l'État qui fait de l'exception une règle générale⁵⁹⁰. Nous allons analyser deux possibilités de protéger le professionnel partie faible : en étendant à son profit les règles du droit de la consommation (1) et en identifiant les professionnels de taille plus réduite (2).

⁵⁸⁵ F. Marty, note sous ADLC, 10-D-24, 28 juillet 2010, *Concurrences* 4-2010, p. 133.

⁵⁸⁶ CJCE, 23 avril 1991, arrêt *Höfner*, aff. C-41/90 Rec. I-1979.

⁵⁸⁷ J.-S. Bergé, P. Courbe, P. Macqueron, « Chronique de droit de l'activité professionnelle », *LPA*, 3 mai 2000, n°88 p. 3.

⁵⁸⁸ Sur la question, M. Fontaine, « Rapport de synthèse », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, p. 620.

⁵⁸⁹ G. Ripert, *Le Régime démocratique*, Paris, LGDJ, 1936, p. 156, cité par C. Gau-Cabée, « Enchaîné, affranchi, protégé, triomphant », *RTD Civ*, 2012, p. 33.

⁵⁹⁰ Y. Strickler, « La protection de la partie faible en droit civil », *LPA*, 25 octobre 2004, n°213, p. 6.

303. Une protection plus justifiée pour le consommateur que pour le professionnel. La protection du professionnel par le droit de la consommation suscite des difficultés légitimes. Le consommateur et le salarié ne doivent pas leur protection aux mêmes raisons que le professionnel signataire d'un contrat d'affaires. Le consommateur n'est pas un agent entièrement rationnel. Il a une capacité à prendre des décisions soumises à un certain nombre de contraintes. Non seulement il contracte le plus souvent pour des biens de première nécessité tels que la nourriture ou le logement, mais encore, il possède une information amputée par les contingences diverses. Il ne peut pas procéder à un examen juridique des avantages et inconvénients du contrat, faute de temps et de connaissance. Il est relativement soumis à la publicité et au marketing, lesquels jouent sur ses tendances aux achats compulsifs entre autres⁵⁹¹. Pourtant, les professionnels ne sont pas tous égaux. Nous avons vu que certains étaient plus enclins que d'autres à exercer la fonction commerciale. Aussi, la doctrine a réfléchi un temps à un professionnel consommateur.

304. Le professionnel qui n'agit pas dans son domaine de compétence. D'abord, nous avons déjà évoqué ci-dessus le cas du professionnel qui n'agit pas dans le domaine de sa spécialité. Certains auteurs considèrent que la jurisprudence lui refuse à tort d'être qualifié de consommateur⁵⁹². Plus généralement, cela englobe les sujets de droit qui n'agissent pas à des fins lucratives, comme les associations. La Cour de cassation a suivi l'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes. Le consommateur ne peut être qu'une personne physique⁵⁹³. Et comme nous allons le voir ci-dessous, la loi Hamon du 17 mars 2014 en a fait autant.

305. Les personnes qui ne poursuivent pas un but commercial. D'une manière plus générale, cela pose le problème des entités à but non lucratif. Surtout celles pour lesquelles les représentants ne bénéficient pas de rémunération. Si elles ne représentent pas la demande à elles seules, il faut néanmoins reconnaître que l'on ne peut attendre d'elles qu'elles aient toutes une compétence commerciale et juridique très avancée. Pourtant, un comité d'entreprise s'est vu refuser par la Cour de cassation, le bénéfice des règles sur la reconduction des contrats, confirmant que le consommateur ne peut être qu'une personne

⁵⁹¹ P.-C. Lafond, « Pour en finir avec la liberté contractuelle du consommateur », in *Mélanges Baudois*, Québec, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 483.

⁵⁹² J.-P. Chazal, « Le consommateur existe-t-il ? », *D*, 1997, p. 260. D. Mazeaud, « Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières ? » *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p. 607.

⁵⁹³ CJCE, 22 novembre 2001, C-541/99 et C-542/99, *JCP G*, 2002, II, 10047, note G. Paisant ; Civ 1^{ère}, 15 mars 2005, n°02-13.285, *RTD Civ*, 2005, 393, note J. Mestre et B. Fages.

physique⁵⁹⁴. Plus intéressant encore est le cas d'une jurisprudence qui a pu accorder le statut de consommateur à un prêtre qui avait acheté un photocopieur pour l'activité de sa paroisse⁵⁹⁵. La complexité du statut des ministres des cultes⁵⁹⁶ peut expliquer en partie cette contradiction jurisprudentielle, mais elle ne permet pas de surmonter totalement le problème. En effet, bien que le prêtre soit une personne physique, son activité religieuse constitue bien la source de ses revenus et l'activité qu'il exerce de façon habituelle. La seule différence étant que son activité ne poursuit pas un but purement lucratif, mais dépasse la sphère économique. Cette jurisprudence pourrait donc s'étendre à des ONG ou des associations syndicales par exemple. Cependant, la Cour de cassation ne semble pas suivre une telle voie. Si ce n'est un arrêt⁵⁹⁷ récent qui a permis à un syndicat de copropriétaires de bénéficier des dispositions de l'article L136-1 du Code de la consommation, lequel ne vise pas seulement les consommateurs, mais également les « non professionnels » in fine. Il y a donc une zone de gris entre consommateur et professionnel qui pourrait augurer des évolutions *de lege ferenda* sur ce point.

306. Transition. Ces hypothèses restent résiduelles, le professionnel consommateur ne peut concerner que des cas tangents. Il ne s'agit pas véritablement du professionnel. Il s'agit plutôt de celui qui ne remplit pas tous les critères de professionnalité. Différente est la situation où l'on cherche à protéger le professionnel parce qu'on lui attribue une faiblesse intrinsèque en raison de sa petite taille.

2 : Le statut de professionnel partie faible accordé en raison de la petite taille de son entreprise.

307. Une équation délicate à résoudre. Faut-il accorder des dérogations à l'autonomie de la volonté aux PME ou du moins, aux entreprises les moins puissantes économiquement ? La faveur pour les entreprises les plus petites est régulièrement affichée de la part du législateur. En effet, celles-ci malgré leur faible pouvoir de marché ont démontré leur bienfait pour l'ensemble de l'économie. Outre leur rentabilité et leur capacité à créer des emplois⁵⁹⁸,

⁵⁹⁴ Civ. 1^{ère}, 2 avril 2009, n°08-11.231, *JCP G*, 2009, 238, note G. Paisant.

⁵⁹⁵ C. Duvert et N. Sophanor-Brouillaud, « Le curé et le photocopieur. Sur la notion de professionnel », note sous l'arrêt Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2003, n°01-11.640, *JCP G*, 2004, II, 10107.

⁵⁹⁶ G. Vachet, « Engagement religieux et contrat de travail », *JCP S*, 2010, 1137. G. Dole, *Les professions ecclésiastiques : fiction juridique et réalité sociologique*, préf. de J. Carbonnier, Paris, LGDJ, 1987, p. 31 et s.

⁵⁹⁷ Civ. 1^{ère}, 23 juin 2011, n°10-30.645, *CCC*, 2011, comm. 226, note G. Raymond.

⁵⁹⁸ « Les PME génèrent emploi, service et lien social. Elles constituent un véritable service public et l'âme du pays. Elles sont au cœur de la modernisation de l'économie et les piliers de

c'est leur poids dans l'économie nationale qui est mis en avant⁵⁹⁹. Or dans ces circonstances, l'économie n'a rien à gagner à laisser son tissu de PME sujet aux pressions des concurrents les plus forts⁶⁰⁰. Et le constat a été fait par certains juristes, qu'en droit de la concurrence, la taille des PME n'était pas réellement un critère pris en compte dans les décisions rendues par les autorités de concurrence⁶⁰¹.

a : Les propositions qui existent en ce sens.

308. La première version du droit européen de la vente. A ce sujet, une première version du projet de droit européen de la vente contenait une proposition intéressante. Elle proposait en effet un régime particulier en présence d'une PME⁶⁰². Seulement, même lorsque l'on déplace la protection de la partie faible du consommateur à la PME, le problème de définition reste entier. Ne serait-ce qu'au niveau national, les critères ne sont pas uniformes selon le texte de loi susceptible de s'appliquer. La version antérieure du droit commun européen de la vente prévoyait les critères cumulatifs de moins de 250 employés et pas plus de quarante-trois millions d'euros de chiffre d'affaires tout en étant professionnel. Cela figurait dans l'ancien article 7 du projet.

309. Le droit européen en vigueur. Si l'on s'en tient à la définition communautaire de la PME, on prend en compte des critères très précis. Selon cette définition, issue du règlement CE/70/2001 de la Commission du 12 janvier 2001, modifié par le

la croissance » affirme le rapport Charrié n°908 de l'Assemblée Nationale en date du 22 mai 2008, préc.

⁵⁹⁹ Elles représentent 99,8% du nombre total d'entreprises en France selon le rapport de l'Assemblée Nationale n°2888 du 27 février 2006, rendu par Monsieur Jean-Michel Dubernard. Rapport qui proposait déjà un « Small Business Act » à la française, proposition reprise par le rapport Gallois précité. Cela constitue une preuve du discours favorable aux entreprises les plus faibles, de la part du législateur.

⁶⁰⁰ Contra, F. Lévêque, « Caractéristique des PME et droit de la concurrence : le regard de l'économiste », in *CREDA, Les PME et le droit de la concurrence, analyse critique, comparative et prospective*, Paris, LexisNexis, 2010, p. 35.

⁶⁰¹ M. Baillat, « Examen des décisions du Conseil de la concurrence », in *CREDA, Les PME et le droit de la concurrence... op. cit.*, p. 71.

⁶⁰² Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, Bruxelles, 2011, article 7. <http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/11/st15/st15429.fr11.pdf>; Voir à ce sujet, M. Behar-Touchais, B. Fauvarque-Causson, et Z. Jacquemin, « Droit commun européen de la vente : l'unité sans l'uniformisation », *RDC*, 2012, p. 191 ; C. Aubert de Vincelles, « Naissance d'un droit européen de la vente et des contrats », *RDC*, 2012, p. 457 ; M. Latina, « Les derniers développements du droit européen des contrats », *RDC*, 2012, n°1, p. 299. Voir également : D. Gallois-Cochet, « Micro-entreprise, micro-entrepreneur et auto-entrepreneur après la loi LME », *JCP E*, 2009, 1407.

règlement CE/364/2004 du 25 février 2004, c'étaient exactement les mêmes critères qui étaient retenus que pour la première version du droit européen de la vente. Le décret du 18 décembre 2008 n° 2008-1354, en son article 3, reprend ces critères en les ajustant légèrement : une microentreprise emploie moins de 10 personnes et son chiffre d'affaires n'excède pas deux millions d'euros ; la « PME » proprement dite reprend les critères européens, à savoir moins de 250 salariés et moins de 50 millions d'euros de chiffre d'affaires ou 43 millions d'euros de bilan annuel ; ce à quoi s'ajoutent les « entreprises de taille intermédiaire » (ETI) qui emploient moins de 5000 personnes et qui ont un chiffre d'affaires inférieur à un million cinq cent mille euros ou un bilan total inférieur à deux millions d'euros. Est appelée « grande entreprise » (GE) une entreprise qui n'entre dans aucune de ces catégories. Cela fait écho à la recommandation n° 2003/361/CE⁶⁰³ du 6 mai 2003, faite aux États membres quant à la nécessité d'harmoniser la définition européenne du droit des PME. La Commission a soin de ne pas comptabiliser les entreprises appartenant à un grand groupe. C'est pourquoi elle exige qu'une entreprise pour être considérée comme petite ne soit pas possédée à 25% par la même entité ou conjointement par plusieurs entités. Encore que ce critère soit difficile à prendre en compte.

b : Discussion autour d'une telle démarche.

310. Sur la nécessité d'harmoniser la notion de PME. Cette uniformisation de la définition de la PME a plusieurs avantages. Elle permet de ne pas opérer de différentiation injuste entre les États, en sorte que la protection des entreprises le soit de la même façon dans chaque État membre. Il n'est toutefois pas certain que le critère de définition d'une petite entreprise le plus pertinent soit systématiquement le même pour chaque aspect du droit. Selon que l'on traite de droit du travail, de droit fiscal ou de droit commercial, selon que l'on se place dans une perspective d'organisation du marché ou de protection de la partie faible, l'approche ne sera pas la même. Il ne faut pas forcément autant de salariés pour constituer un comité d'entreprise qu'il n'en faut pour désigner une partie faible. Il faut cependant souligner la souplesse de la nomenclature proposée par l'Union européenne qui étale sur quatre échelons les différents types d'entreprises.

311. Un dispositif qui peut facilement être contourné. L'on voit également les limites d'une telle démarche. Un professionnel, même de taille très importante, peut toujours reprendre à son compte les dispositions sur les petites entreprises. Par exemple, il suffit de morceler en différentes unités les composantes de cette entreprise. C'est dans ce sens que Vinci se vante d'être une « fédération de PME », mais demeure l'un des groupes les plus puissants du secteur de la construction immobilière. De même, certaines enseignes de la

⁶⁰³ Recommandation n°2003/361/CE du 6 mai 2003, JOUE, 20 mai 2003, numéro L124, p. 36.

grande distribution⁶⁰⁴ contournent aisément la loi sur l'urbanisme commercial en multipliant les petites surfaces, même dans un secteur géographique restreint. D'où un introuvable équilibre législatif dans cette matière⁶⁰⁵. Et que dire de l'inflation qui pourrait rendre le seuil du chiffre d'affaires impropre à identifier une PME ? Nous verrons plus loin que le droit, et notamment le droit de l'Union européenne, connaît des solutions à cela, comme la notion « *d'entreprise* »⁶⁰⁶.

312. Les leçons apportées par le droit comparé américain. Le droit américain laisse cependant quelques raisons de douter de ce critère. En effet, la définition d'un « *small business* » varie en fonction du secteur concerné⁶⁰⁷. Le droit américain est donc moins sujet au souci d'uniformisation que l'Union européenne. Cela peut se comprendre facilement dans un but de réalisme juridico-économique. De plus, outre les critères de nombre de salariés et de chiffre d'affaires, il est nécessaire pour être reconnu comme « *small business* » de ne pas être dominant dans le secteur où l'on opère⁶⁰⁸. D'où une certaine hétérogénéité des concepts. La France doit-elle se régler sur une conception standard de la notion de PME, ou une approche plus souple est-elle préférable ? L'existence de seuil pour déterminer la faiblesse d'une entreprise n'est pas absurde en soi. En revanche, il n'est pas nécessairement souhaitable d'enfermer le juge dans ces seuils. Mieux vaut les lui proposer à titre d'indice. On peut également objecter qu'il existe un risque, que d'une année sur l'autre, une entreprise ne soit pas soumise au même régime.

313. Conclusion du B : Il est important, économiquement et politiquement de garder un tissu de petites et moyennes entreprises fortes devant les grands groupes. Cependant, il pourrait être dangereux de s'en tenir à un critère strictement numérique pour protéger les entreprises les plus fragiles. Une brève analyse du capital et des liens de dépendance commerciale peut révéler le revers d'une apparence de fragilité. Une entreprise peut être fragile envers un partenaire et non envers un autre. Il suffirait même d'agir par représentation pour que le contractant fort devienne un contractant vulnérable d'apparence sans rien perdre de sa force. Il peut exister des secteurs où l'on tient compte de la taille de l'entreprise. Soit par le nombre de salariés, soit par le chiffre d'affaires, soit par le capital... N'y a-t-il pas un risque qu'à force de multiplier les seuils selon les secteurs, l'on aboutisse à un droit peu lisible ?

⁶⁰⁴ A. Rébillard, « La précarité de la loi LME en matière d'urbanisme commercial », in *Les mutations du droit de l'entreprise, colloque La Rochelle, 5 et 6 juin 2009, RLDA, 2010, n°46.*

⁶⁰⁵ Loi ALUR, n°2014-366 du 24 mars 2014, *JCP E*, 2014, act. 247.

⁶⁰⁶ V. *infra*. n°401 et s.

⁶⁰⁷ F. Lévéque, « Caractéristique des PME et droit de la concurrence : le regard de l'économiste », in *Les PME et le droit de la concurrence, analyse critique, comparatives et prospectives*, Paris, LexisNexis Litec, 2009, p. 23.

⁶⁰⁸ *Id.*

314. Conclusion du paragraphe. Il est donc tout à fait possible de définir une catégorie générale de professionnels qui méritent un régime contractuel moins lourd dans leurs relations avec leurs partenaires. Toutefois, ce ne peut être que pour un domaine très restreint où les risques sont moindres. Ces risques peuvent être notamment de nature juridique : par le contournement des règles de la partie forte, mais également économique. À quoi bon se tourner vers une entreprise plus fragile si c'est pour qu'elle profite d'un statut plus favorable ? À cet égard, l'on constate que pour ce qui est de l'attribution des autorisations d'exploitation commerciale, le législateur laisse de plus en plus de place aux élus⁶⁰⁹. Pourquoi ? Probablement parce que dans ce domaine, le cas par cas est beaucoup plus opportun qu'une règle chiffrée dont on ignore le destin qu'elle aura. Certes, l'intervention des élus dans le choix de l'immobilier commercial n'est pas sans inconvénient. Il met pourtant en évidence la nécessité d'une appréciation *in concreto* de la situation commerciale. De même, plutôt que de s'en remettre à des critères stricts, voire chiffrés pour définir le statut de la partie faible professionnelle, n'est-il pas plus judicieux de laisser le juge porter une appréciation globale sur la situation contractuelle à laquelle il a affaire ? Nous verrons que cela ne va pas non plus sans inconvénient. Simplement, cela éviterait d'avoir à revenir sur la loi de façon récurrente. Car le législateur sera toujours en retard sur la créativité juridique de la partie forte.

315. Conclusion de la section. Finalement, les mêmes conclusions s'imposent dans tous les cas de figure, lorsque le législateur institue une protection de la partie faible par la désignation d'un statut spécifique à celui qui mérite une protection. Que ce soit par le biais d'un droit spécial ou d'un droit général, les questions qui reviennent de façon récurrente concernent d'abord les frontières du statut accordé par la loi. Dans un monde en constante évolution, il est hasardeux de vouloir définir la partie faible de façon stricte, alors que les parties fortes savent user de stratagèmes juridiques pour passer outre les règles statutaires. Et de plus, rien ne permet de dire avec certitude que les critères choisis pour définir le statut en question ne deviendront pas obsolètes avec la pratique ou bien l'évolution de la profession concernée. Ne vaudrait-il pas mieux revenir au dénominateur commun de toutes les parties faibles : l'impossibilité de négocier les clauses du contrat avec la même facilité que la partie adverse ? La jurisprudence pourrait fixer elle-même les critères adaptés à chaque profession et chaque situation, sans enfermer le juge dans la lettre de cette règle. Au contraire, ce dernier pourrait garder à la règle son esprit sans le trahir. L'impulsion politique du pouvoir réglementaire et législatif ne s'essoufflerait pas après quelques mois, puisque le juge se sera fait le relais du politique dans la durée. L'on pourrait répondre à cela l'argument de l'insécurité juridique. Ce n'est pas assez pour y renoncer, il faut partir du constat d'échec des tentatives d'identification définitive de la partie faible par le législateur.

⁶⁰⁹ G. Notté, « Projet de loi relatif à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises », *JCP E*, 2013, act. 610.

Conclusion du Chapitre 2.

316. Une analyse des négociations rejetée puis nécessaire. Nous avons distingué à l'origine trois façons de protéger la partie faible. Soit par l'analyse du contenu du contrat, soit par un statut conféré à une partie réputée faible, ou bien par l'analyse des négociations. Nous pensons que dans le cadre d'un rapport entre professionnels, c'est cette dernière méthode qui est la plus appropriée. Pourtant, le législateur n'a jamais vraiment préféré celle-ci. Si l'on regarde l'histoire de la protection de la partie faible au contrat, la méthode de l'analyse des négociations n'est pas celle qui a le plus été choisie. L'idée de Saleilles a été saluée en doctrine, mais le législateur n'a jamais voulu risquer le juge à une analyse des négociations. Il a préféré des méthodes moins hasardeuses comme la définition d'un consommateur qui bénéficierait d'un statut particulier, ou bien la fixation d'un contrôle du prix, mais seulement pour certains secteurs ou certaines prestations. Car d'une manière générale, l'équité comme règle fondamentale du droit des contrats fait peur. N'a-t-on pas parlé de « *machine à du droit* » lorsque l'enrichissement sans cause a fait son apparition en jurisprudence ? Pourtant, une fois qu'une règle de protection du contractant faible est entrée en droit positif, elle tend toujours à dériver vers une analyse des négociations ou bien à péricliter. Par exemple, les règles sur les clauses limitatives de responsabilités étaient à l'origine un contrôle partiel du contenu du contrat. Il n'était pas question de regarder les négociations, mais simplement les clauses. Or l'évolution de la jurisprudence laisse à penser que le juge va de plus en plus s'immiscer dans le processus de négociation pour définir la validité de cette clause. En effet, dans l'affaire Faurecia⁶¹⁰, le juge ne regarde pas seulement le plafond de la clause limitative de responsabilité, mais également toutes les prestations du contrat. Pourquoi ? Parce qu'une contrepartie peut-être diluée dans l'ensemble des obligations du cocontractant. Il suffit de voir cet arrêt pour constater que les juges se font les arbitres du lien commercial puisqu'ils constatent par exemple que la partie lésée avait un statut de partenaire « *privilégié* ». Le même constat pourrait être fait pour la protection par le statut. Pour ce qui est du déséquilibre significatif dans un contrat impliquant un consommateur, l'on constate que ce déséquilibre significatif n'est pas moins sujet à des variations en fonction du contexte contractuel. À titre d'exemple, le juge sanctionne à présent une clause qui « *laisse croire au consommateur qu'il est tenu...etc.* ». Ce n'est donc pas le déséquilibre tel qu'il figure sur le papier qui est sanctionné, mais plutôt le rapport de force inégal. Tout simplement parce qu'une disposition contractuelle ne peut pas se comprendre hors de son contexte.

317. La protection par la désignation d'une partie faible : une technique intéressante, mais insuffisante. On pourrait objecter que la protection par le statut ne donne pas lieu à confusion. En ce sens que lorsque le législateur définit un statut de partie faible, le juge ne s'entraîne guère à l'analyse des négociations pour savoir si ce statut est mérité ou non. Par

⁶¹⁰ Com, 29 juin 2010, préc.

exemple, les tentatives de reconnaissance du consommateur partie forte⁶¹¹ n'ont guère abouti en jurisprudence si ce n'est en droit international privé⁶¹². Cependant, dans la plupart des hypothèses où une partie faible bénéficie d'un régime particulier en raison de son statut, les frontières de ce statut sont souvent remises en cause comme ne correspondant pas à la juste définition de la partie à protéger. Soit parce qu'une personne ne bénéficie pas dudit statut alors qu'elle exerce une activité très similaire à celle de la partie faible (bail commercial et bail professionnel) ; soit parce que la partie réputée faible est en fait une partie forte (le locataire d'un contrat de bail pour l'installation d'une éolienne). La solution ne serait-elle pas de rechercher à analyser les négociations pour corriger ce que la loi n'avait pas prévu ?

⁶¹¹ J.-P. Chazal, « Le consommateur existe-t-il ? » *D*, 1997, p. 260.

⁶¹² Civ. 1^{ère}, 21 mai 1997, n°95-11.427, *Rev. Crit. DIP*, 1998, p. 87, note V. Heuzé.

Conclusion Titre 1 :

318. L'analyse des négociations : une pratique juridique quasi inédite. Analyser les négociations, c'est, pour le juge, prendre le risque d'instiller dans son office une part de subjectivité qui n'est pas forcément souhaitable en droit des contrats. C'est revenir à une conception du juge presque créateur de la loi. C'est quasiment lui donner un pouvoir de juger en équité. C'est presque menacer le principe du contrat, notamment en remettant en cause le principe même d'autonomie de la volonté. Pourtant, analyser les négociations répond à un besoin important de ne pas laisser s'installer en droit des affaires une forme de violence qui porterait le masque du lien contractuel pour s'exercer. Le droit des affaires et l'équité peuvent-ils se concilier ? Ou faut-il se résigner à ce que les affaires constituent un univers où le droit ne saurait s'immiscer autre mesure, pour faciliter la création de richesses ? L'enjeu n'est pas nul, puisqu'en protégeant la partie faible professionnelle, on défend également les entreprises engagées sur le marché et les emplois qui se rattachent à celles-ci. L'ingérence du juge n'est donc pas forcément une pesanteur dans l'économie. L'on peut se demander comment doit être défendue la partie faible professionnelle. Nous en avons décliné les différentes méthodes. Or le monde des affaires est par essence changeant, et dans l'économie déréglementée et libéralisée que nous connaissons aujourd'hui, il y a peu d'institutions qui réussissent durablement à dicter les comportements commerciaux. C'est pourquoi il serait opportun de laisser le juge agir en aval pour se faire sa propre idée de l'équilibre du contrat tel que les parties l'ont réalisé. C'est, dans l'absolu, le seul critère applicable à toutes les situations pour s'assurer de l'équilibre du contrat entre professionnels.

319. Une émergence progressive. En réalité, l'analyse des négociations est nécessaire et couramment plébiscitée en doctrine. L'on sait que le vide législatif laissé par le Code civil de 1804 en fait un quasi-inconnu de notre culture juridique. C'est donc de façon très progressive que notre droit a commencé à l'intégrer dans les règles contractuelles. Les règles de bonne conduite dans la période précontractuelle émergent peu à peu dans notre droit, et le juge est parfaitement à même de sanctionner un comportement injuste sans remettre en cause la parole donnée. Il est nécessaire de forcer une personne qui s'est obligée à répondre de son engagement. Ce n'est pas porter atteinte à ce principe, que de regarder si cette manifestation de volonté n'a pas été contrainte, en sorte qu'une partie exerçait une domination sur l'autre que le consentement donné ne peut occulter.

320. Transition. Si l'idée peut facilement emporter approbation en ce qu'elle découle du principe d'égalité et de justice, elle peut légitimement susciter des craintes dans son application. C'est précisément dans sa mise en pratique que ce principe va révéler ou non sa pertinence. Il ne suffit pas de dire que les négociations doivent se faire de façon équitable, il faut également voir comment les négociations, par nature fugaces et insaisissables, peuvent devenir l'objet d'un contrôle efficace. La protection de la partie faible professionnelle par

l'analyse des négociations implique que l'on lui donne un cadre juridique précis pour qu'elle puisse opérer de manière crédible. C'est ce que nous analyserons dans un titre suivant.

Titre 2 : La mise en œuvre de l'analyse des négociations des contrats entre professionnels.

321. La nécessité de prendre en compte les contraintes de la mise en œuvre du contrat d'adhésion entre professionnels. Nous nous sommes efforcés de démontrer que la meilleure technique, sur le long terme, pour protéger une partie faible professionnelle résidait dans l'analyse des négociations. Il reste qu'une telle démarche, pour aboutir, nécessite un certain nombre de prédispositions législatives. Il ne suffit pas de dire que les contrats qui n'ont pas donné lieu à négociation doivent être corrigés. Encore faut-il favoriser cette analyse des négociations d'une manière pragmatique, pour associer la cohérence juridique avec l'efficacité économique. En effet, l'analyse des négociations emporte un certain nombre de contraintes et d'inconvénients qui doivent être dépassés. Il faut entendre par là des contraintes de fait et des contraintes de droit. Les contraintes de fait concernent tous les types de contingences propres à chaque situation paralysant la mise en œuvre des droits des parties. L'on peut par exemple objecter que la révélation du déroulé des négociations peut poser des problèmes de secret professionnel pour les parties. Lesquelles se trouvent alors obligées de dévoiler au grand jour leur politique commerciale. Il peut être répondu à cela que la protection de la partie faible au contrat doit prévaloir sur l'exigence de secret. Autre est la question de la peur des représailles. Nous verrons plus loin que cet inconvénient trouve en général, une réponse appropriée, grâce à des techniques de nature processuelle⁶¹³.

322. La multiplicité de ces contraintes. En revanche, certaines questions de nature juridique peuvent plus sérieusement entraver le processus de régulation du contrat. Cela est dû à toutes les règles qui visent de près ou de loin la discipline du droit des contrats d'affaires, et qui peuvent parfois primer sur les règles de protection. C'est pourquoi, si l'on considère que la partie faible professionnelle doit être protégée par l'analyse des négociations, il convient d'accompagner cette règle du cadre juridique approprié. En quoi peuvent consister ces inconvénients ? Ce sont toutes les techniques qui peuvent gêner la victime pour faire valoir ses droits. En effet, les parties fortes peuvent mettre en place des stratégies de contournement qui, de facto, annulent la règle protectrice bien que celle-ci subsiste en théorie. Cela ne tient parfois qu'à une seule clause contractuelle. Et même, indépendamment de toute tentative de nuisance de la part de la partie forte, la victime de l'abus dans le contrat se trouve très souvent face à un problème de preuve qui réduit considérablement ses chances d'obtenir justice, même si la loi lui donne en théorie raison.

323. Distinction en plusieurs catégories. Certes, il est souhaitable qu'une partie faible professionnelle puisse obtenir modification de son contrat lorsque celui-ci a été conclu sur la

⁶¹³ V. *infra.* n°768 et s.

base de négociations inéquitables. Ce n'est cependant pas suffisant. Il faut orienter tout le droit des contrats d'affaires vers cette fin. Cela se manifeste en deux temps. D'abord, il faut disposer d'un ordre public suffisamment large pour englober toutes les parades possibles à la règle protectrice. Enfin, il faut que la partie faible ne soit pas chargée d'un fardeau de la preuve trop important ; et à cette fin, il est nécessaire de lui donner les moyens juridiques en ce sens. C'est pourquoi, après avoir vu comment parer aux problèmes qui relèvent des stratégies de contournement (chapitre 1), nous verrons en quoi la partie faible doit disposer d'un fardeau de la preuve, à la mesure des faits qu'elle cherche à rapporter (chapitre 2).

Chapitre 1 : Les stratégies de contournement.

324. Les différents types de stratégies de contournement. À cause du processus de déréglementation et avec le développement de firmes de plus en plus puissantes, il est souvent difficile pour l'État, d'édicter une norme qui ne possède aucune faille. Nous l'avons vu dans le titre précédent : lorsque le législateur promulgue un texte qui vise un contrat nommé, le texte en question peut être esquivé par un contrat légèrement différent. Ou pour le même contrat, l'on peut utiliser la règle protectrice contre son but initial. Ce phénomène de parade juridique trouve des applications de toute sorte. On peut recenser ces stratégies en deux ordres, selon que la stratégie implique ou non une situation internationale. Dans un contexte d'ouverture des marchés, les droits de chaque État sont mis en concurrence les uns avec les autres. L'État, par conséquent, perd son emprise sur le monde des affaires et parvient avec difficulté à exercer son rôle de gendarme. Ce constat n'est pas insurmontable. Le droit international privé n'est pas dépourvu de garantie pour permettre de compenser le déséquilibre causé par le caractère international d'un litige relatif au contrat. Il est néanmoins nécessaire de mettre en œuvre ces garanties de manière adéquate. Lorsque la stratégie ne concerne pas directement le droit international privé, elle concerne de façon plus large des exigences que la partie forte demande à la partie faible dans le contenu du contrat. Les clauses se déclinent de différentes manières pour annihiler la portée de la règle protectrice. Parfois, la stratégie est flagrante, d'autres fois elle est beaucoup plus subtile, car la clause dont il est question ne pose problème que dans le contexte de la relation d'affaires.

325. Plan du chapitre. Nous allons donc étudier en deux temps les stratégies de contournement : celles qui consistent à recourir au droit international privé pour bénéficier de règles étrangères moins contraignantes (section 1) et celles qui consistent à supprimer la règle par des procédés propres au droit interne (section 2).

Section 1 : Les stratégies de contournement propres au droit international privé.

326. Présentation. Le droit international privé, en théorie, est neutre. Il ne vise que rarement à trancher une question juridique au fond. Il se contente d'aiguiller le litige vers le juge compétent et la loi applicable. Pourtant, l'usage du droit international ne met pas toutes les entreprises au même niveau, selon leur expérience dans ce domaine. Cela est également vrai concernant leur poids économique. Le droit international privé se pratique en deux étapes, que nous traiterons successivement. Dans un premier temps, c'est la façon dont est

désignée la juridiction compétente qui retiendra notre attention ; ensuite, ce sera la façon dont est désignée la loi qui traite de la question juridique.

327. Les dangers d'une souplesse trop facile des règles du droit international privé.

Pourtant, cette apparence neutre recèle des inconvénients qui peuvent toucher en profondeur le fond d'une affaire portée en justice. Car, s'il peut être très facile de changer artificiellement la loi applicable, par exemple, alors cela ouvre une brèche à tous les abus possibles. Non qu'il soit question d'enfermer l'application du droit dans le giron de la loi française et de nos juridictions, mais de prendre conscience du danger qu'il y a à laisser un litige passer dans le ressort de la loi ou des juges étrangers sans qu'un contrôle efficace ne surveille les situations abusives. Ce qu'il convient, c'est donc de donner au droit international privé un garde-fou suffisamment vigilant pour déceler les tentatives de contournement de la protection de la partie faible professionnelle.

328. Annonce de plan. D'où les deux aspects du problème que nous étudierons : la question de la loi protectrice française, écartée au profit d'une loi étrangère (§1) ; puis la question de la protection du professionnel partie faible évincée par une clause écartant la compétence des juridictions françaises (§ 2). Il s'agit en effet de voir en quoi le droit international privé peut servir à écarter la loi protectrice dans son principe, puis dans ses effets.

§ 1 : La loi étrangère désignée au détriment de la loi protectrice française.

329. Une complexité des règles de droit international privé à l'origine du problème. Il serait faux de dire que le droit international privé est une porte toujours ouverte aux stratégies de contournement de la protection de la partie faible. Cette discipline a été éclairée de suffisamment d'expérience pour savoir parer à une éviction néfaste de la loi française. Ce qui pose problème, c'est que la règle protectrice n'est pas le seul objectif de la règle de droit international. Ce dernier doit composer avec une multitude d'enjeux, qui incluent également ceux qui concernent les droits étrangers impliqués. C'est dans leur agencement que ces différents enjeux peuvent trouver à se contredire. C'est pourquoi, afin d'éviter l'éviction de la règle protectrice de la partie faible professionnelle, il faut que cet agencement entre multilatéralisme et unilatéralisme soit optimisé.

L'argument tiré de la désignation d'une loi étrangère est connu (A), mais il existe des remèdes qui peuvent surmonter cet argument de manière efficace (B).

330. *Le contexte européen.* Avec le développement accéléré des échanges internationaux, le droit européen a mis en place des règles de désignation de la loi applicable en présence d'un contrat qui présente un caractère international. De manière générale, le choix a été fait de donner compétence à la loi d'autonomie, comme nous le verrons, mais avec de nombreuses nuances. Toutefois, l'importance donnée à la loi d'autonomie n'a pas été sans inconvénient. Comme nous l'avons démontré, l'autonomie de la volonté n'est pas le critère préféré des parties faibles en présence d'un rapport de force déséquilibré. Aussi, nous verrons les règles de désignation de la loi applicable par le détail (1) pour ensuite voir en quoi elles peuvent être corrigées par des règles impératives (2).

1 : La protection de la partie faible dans un contrat entre professionnels en droit international privé.

331. *La notion de « situation contractuelle » au cœur de la protection de la partie faible en droit international privé.* Pour comprendre en quoi le droit international privé est source de contournement de la protection du professionnel, il convient d'analyser les mécanismes de désignation de la loi applicable. Les différents règlements qui régissent le droit des rapports entre professionnels dans un contexte international ont dû composer avec des systèmes juridiques très différents. Si la dualité entre rapport contractuel et rapport extracontractuel rassemble à peu près les vingt-huit États de l'Union européenne, le contenu de ces notions est relativement variable d'un pays à l'autre⁶¹⁴. C'est pourquoi, le texte des règlements Rome I du 17 juin 2008, n°593/2008 et Rome II du 11 juillet 2007, n°864/2007, comporte un certain nombre de précisions sur ce qu'il faut entendre par « *contractuel* » et « *extracontractuel* ». C'est un préalable nécessaire, car, comme nous l'avons vu dans le titre premier, il existe de nombreux instruments pour protéger une partie faible en droit national et tous ne sont pas issus des mêmes catégories juridiques.

a : Pour les obligations de nature contractuelle

332. *La règle de désignation de la loi applicable selon le Règlement Rome I.* Le Règlement Rome I définit lui-même son domaine d'application, lorsqu'il doit statuer sur la loi applicable en présence d'un contrat civil ou commercial. Selon l'article 3 de ce texte, les

⁶¹⁴ P. Lagarde, « Rapport de synthèse », in S. Corneloup et N. Joubert (dir.), *Le Règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Paris, Litec, 2008, p. 201.

parties, dès lors qu'il existe des éléments d'extranéité au contrat, ont la possibilité de choisir la loi à laquelle elles seront soumises. Ainsi, le deuxième alinéa de cet article affirme :

« 2. Les parties peuvent convenir, à tout moment, de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieur selon le présent article, soit en vertu d'autres dispositions du présent règlement. Toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 11 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers. »

Cette loi n'a pas besoin d'avoir un lien avec les parties. Le choix peut être expressément déclaré ou résulter d'une manifestation tacite de la volonté. À défaut de choix, l'article 4 rattache le contrat à la loi de la résidence habituelle de celui qui fournit la prestation caractéristique du contrat. Le texte énonce :

« 2. Lorsque le contrat n'est pas couvert par le paragraphe 1 ou que les éléments du contrat sont couverts par plusieurs des points a) à h) du paragraphe 1 [il s'agit des domaines où le règlement prévoit une règle spécifique pour la désignation du droit applicable], le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle »

L'alinéa 1 énonce la loi applicable pour certains contrats nommés.

En dernier lieu, l'alinéa 3 de l'article 4 réserve au juge la possibilité de rattacher le contrat à une loi, dès lors que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un certain pays.

b : Pour les obligations de nature extracontractuelle

333. La règle en matière de situation extracontractuelle selon le Règlement Rome II. Examinons à présent le Règlement Rome II du 11 juillet 2007, n°864/2007. Ce règlement a été promulgué par l'Union européenne pour établir « la loi applicable aux obligations non contractuelles », comme son intitulé l'indique. De prime abord, notre étude ne devrait pas être concernée par ce texte puisque nous parlons bien de situations contractuelles. En réalité, il n'en est rien. La présence d'un contrat, comme nous allons le démontrer, en droit international privé n'empêche pas qu'une situation soit qualifiée de « non contractuelle »⁶¹⁵. Il convient donc de faire un détour par la jurisprudence française et par celle de l'Union européenne.

⁶¹⁵ M. Minois, *Recherches sur la qualification en droit international privé des obligations*, dir. T. Azzi, thèse en préparation.

334. La « situation extracontractuelle » selon le règlement Rome II. L'article 6 du règlement Rome II⁶¹⁶ pose une règle de principe en ce qui concerne les délits de concurrence. Selon ce texte :

« *La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être.* »

La lettre de ce texte ne surmonte pas toutes les ambiguïtés et des précisions jurisprudentielles ont été nécessaires pour distinguer les matières contractuelles et délictuelles. En réalité, la qualification de situation extracontractuelle par la Cour de Luxembourg est résiduelle⁶¹⁷. Ce n'est que dès lors que le test de la qualification contractuelle a échoué que celui de délictuel peut opérer. Est contractuelle la situation qui oppose deux personnes liées par un engagement librement assumé. C'est ce qui ressort de l'arrêt Ceska sporitelna⁶¹⁸. En l'absence d'un tel engagement, la compétence ne peut être que délictuelle⁶¹⁹. Comment est-ce que cela se décline lorsqu'une pratique qui restreint la concurrence concerne deux pays différents ? Deux questions entrent en jeu. Il faut d'abord savoir si une infraction de concurrence entre dans le domaine contractuel ou non et comment les règlements Rome I et Rome II trouvent à s'appliquer.

335. La définition d'une situation de concurrence comme étant contractuelle ou délictuelle. Le droit français des pratiques restrictives de concurrence ne trouve pas d'équivalent dans le reste des pays européens⁶²⁰. Il doit donc défendre la conception qu'il adopte de l'infraction de concurrence face à une vision européenne plus restrictive. Même en présence d'un contrat, le droit français retient une conception délictuelle. L'on pense surtout à

⁶¹⁶ B. Audit, L. d'Avout, *Droit international privé*, Paris, Economica, [7^{ème} édition refondue], 2013, p. 787, n°882. Y. Loussouarn, P. Bourrel, P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, [10^{ème} édition], 2013, p. 633, n°635. M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, [4^{ème} édition], 2013, p. 81, n°99.

⁶¹⁷ L. Idot, « La dimension internationale des actions en réparation. Choisir sa loi et son juge : quelles possibilités ? », *Concurrences* 3-2014, p. 43.

⁶¹⁸ CJUE, 14 mars 2013, Ceska sporitelna, C-419/11, *Europe*, 2013, n°5, p. 40, note L. Idot. RTD Com, 2013, 379, note A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast. Également, CJCE, 17 juin 1992, Jakob Handte, C-26/91, *Rev. Crit. DIP*, 1992, 730, note H. Gaudemet-Tallon. V. aussi, G. Busseuil, *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*, Préf. J.-M. Campana, Paris, LGDJ, 2009.

⁶¹⁹ CJUE, 18 juillet 2013, ÖFAB, C-147/12, *Europe*, comm. 431, note L. Idot. CJUE, 17 octobre 2013, OTP Bank, C-519/12, *Europe*, 2013, comm. 557, note L. Idot.

⁶²⁰ La preuve peut s'en trouver dans le refus manifesté par la représentation permanente de la France auprès de l'Union européenne de remettre en cause les ordres nationaux de protection à cause du caractère hautement protecteur de ce même Titre IV du Livre IV du Code de commerce : B. Fauvarque-Causson, « Vers un droit européen de la vente », *D*, 2012, 34.

la rupture brutale des relations commerciales établies⁶²¹. La Cour de cassation française considère que l'action est de nature délictuelle, tout comme l'ensemble des dispositions du Titre IV du Livre IV du Code de commerce. La Cour de cassation l'a dit à de nombreuses reprises⁶²². D'ailleurs, elle applique, non pas l'article 6, mais l'article 4.3 du Règlement Rome II⁶²³.

336. *La loi applicable.* Une autre chose est néanmoins de savoir quelle est la loi qui s'applique, une fois que la situation extracontractuelle a été caractérisée. Un arrêt a récemment été remarqué par la doctrine, il a été rendu le 25 mars 2014 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation⁶²⁴. Nous ne reviendrons pas sur le problème de l'application du Règlement Rome II dans le temps qui a suscité l'intérêt de la doctrine⁶²⁵. Nous analyserons plus précisément le choix de la loi opéré par la juridiction suprême de l'ordre judiciaire. La Chambre commerciale de la Cour de cassation estime que la rupture brutale d'une relation commerciale établie par une société française à l'encontre d'une société chilienne relevait de la loi française et donnait lieu à l'application du Code de commerce français. Pour ce faire, elle s'appuya sur la clause d'exception en prenant en compte les liens les plus étroits entretenus avec la France, en vertu de l'article 4.3 du Règlement Rome II. Encore plus surprenant est l'arrêt rendu par la même chambre en date du 20 mai 2014⁶²⁶. Cette fois-ci, ce n'est plus la clause d'exception qui joue. La Cour se fonde de nouveau sur le critère du lieu du dommage, donc le pays du fournisseur qui était en l'occurrence la France. La raison peut être évidente : en écartant le fondement contractuel, la Cour de cassation empêche que l'auteur de la rupture se cache derrière une loi d'autonomie ou une clause de choix de for. Nous verrons plus loin que cet argument n'emporte plus conviction depuis que

⁶²¹ S. Poillot-Peruzzetto, « Conflits de loi et conflits de compétence pour les actions privées fondées sur les atteintes aux règles communautaires de concurrence », *RLC*, 2009, n°18, p. 104. S. Clavel, « De quelques solutions aux problématiques juridiques posées par l'application du droit de la concurrence dans les réseaux transnationaux de distribution », *RLDA*, supplément 2013, n°83, p. 49.

⁶²² Com, 18 janvier 2011, n°10-11.885, *CCC*, 2011, comm. 64, note N. Mathey ; *RJ Com* 2011, 277, note M.-E. Ancel ; *Gaz Pal*, 2011, n°96, p. 17, note D. Houtcierff ; *D*, 2011, 366, note X. Delpech. Com, 13 janvier 2009, n°08-13.971, *RDC*, 2009, 1116, note D. Mazeaud ; *CCC*, 2009, comm. 72, note N. Mathey.

⁶²³ C. Reydellet, « Contrat international et rupture brutale des relations commerciales établies », *RLDA*, 2015, n°100, p. 53.

⁶²⁴ Com, 25 mars 2014, n°12-29.534, *Rev. Crit. DIP*, 1^{er} octobre 2014, p. 823, et s., note O. Boskovic.

⁶²⁵ Sur la question, D. Bureau, « La loi applicable en matière de rupture des relations commerciales établies », *JCP G*, 2014, 619. J. Basedow, S. Francq et L. Idot (dir.), *International antitrust litigation conflict of law and coordination*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

⁶²⁶ Com, 20 mai 2014, n°12-20.313, *CCC*, 2014, comm. 192, note N. Mathey. *AJCA*, 2014, 241, note M. Nezam et J.-D. Bretzner.

la Cour de cassation reconnaît la validité des clauses de choix de for pour ce contentieux de l'article L442-6 I 5° du Code de commerce⁶²⁷.

337. Les critiques du choix du fondement délictuel pour les pratiques restrictives de concurrence. Cela est d'autant plus vrai que la survie du fondement délictuel pour les pratiques restrictives de concurrence n'a pas un horizon clair devant lui. Longtemps, l'on a pu croire que la spécificité française ne subissait aucune objection de la part du droit européen⁶²⁸. La jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne laisse clairement entendre que la tendance pourrait s'inverser. Selon elle, un comportement qualifié comme relevant de la matière délictuelle en droit national doit être compris en droit de l'Union européenne comme du domaine contractuel s'il est question d'un manquement de la part d'une partie à ses obligations contractuelles. La rupture du contrat fait partie de ce domaine d'application⁶²⁹. Certes, la qualification de contractuelle ne posait guère de difficulté car il s'agissait du viol d'une clause d'exclusivité ; néanmoins, la Cour formule un raisonnement intéressant : le fait que la règle en question ne dépende pas de l'existence d'un contrat est sans enjeu sur la qualification. La jurisprudence française en la matière est donc ferme et fragile à la fois. L'on pourrait donc augurer ou bien un revirement ou bien une sanction de la Cour de justice de l'Union européenne. Y a-t-il à cela tant d'inconvénients ? Pas forcément dans la mesure où les avantages de la qualification de « matière délictuelle » ont été écartés par des clauses d'arbitrage et de choix de for comme nous allons le voir plus loin.

338. Un état du droit empreint d'incertitudes. Cette incertitude sur le droit applicable n'est pas de nature à renforcer les droits de la partie faible dans un contrat commercial transnational. Lorsqu'une partie souhaite obtenir justice à cause des abus qu'un partenaire exerce sur le contrat, la loi du marché pertinent ou la loi d'autonomie ne sont pas en tant que telles à même de favoriser l'équilibre contractuel. De plus, la loi d'autonomie ne concerne pas que le Règlement Rome I. Le Règlement Rome II, en son article 14, laisse aux parties, le soin de décider ou non, si elles choisissent la loi qui régira leur différend, si ces parties exercent une activité commerciale conjointe. Bien que cette disposition aille à l'encontre du caractère non contractuel du litige, elle est de plus en plus admise⁶³⁰.

⁶²⁷ V. *infra*. n°351 et s.

⁶²⁸ M. Behar-Touchais, « L'article 6 du Règlement Rome II et les pratiques restrictives de concurrence internationales. *RLC*, 2010, n°22, p. 31. Abus de puissance économique et droit international privé », *RIDE*, 2010, p. 37 et s. V. Pironon, « L'entrée du droit de la concurrence dans le Règlement Rome II, une bonne mauvaise idée ? », *Europe*, 2008, étu. 2. Sur la notion de « *concurrence déloyale* » : V. Pironon, « Concurrence déloyale et acte restreignant la libre concurrence », in S. Corneloup et N. Joubert (dir.), *op. cit.*, p. 111.

⁶²⁹ CJUE, 13 mars 2014, C-548/12, *D*, 2014, 1059, note H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke. *RTD Com*, 2014, 446, A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast, *D*, 2014, 1967, note L. d'Avout et S. Bollée.

⁶³⁰ A. Masson (dir.), *Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence*, Bruxelles, Larcier, 2013 p. 253 et s.

339. *Transition*. Si le droit de soumettre une relation commerciale, contractuelle ou non à une clause de choix de for existe, l'on doit savoir dans quelles limites ce droit est contenu. Comme nous allons le voir, le remède des lois de police n'offre pas forcément toutes les garanties nécessaires.

2 : Le remède de la loi de police, une technique incertaine pour restaurer la protection de la partie faible.

340. *Une méthode reconnue de longue date en droit international privé*. Le droit international privé a toujours connu des méthodes pour redonner à la loi nationale son efficacité lorsque le droit étranger donnait lieu à une situation contestable. Le Règlement Rome I et le Règlement Rome II, connaissent également ce type de mécanisme. Il convient de rappeler les tenants de cette protection qui émane du droit international privé. Les lois de police sont une source connue de longue date dans la discipline, mais dont le contenu reste relativement mouvant.

a : Une notion familière du droit international privé.

341. *La définition classique des lois de police*. Les lois de police sont des lois émanant des États eux-mêmes. Elles apparaissent à l'article 3 du Code civil qui affirme qu'elles « obligent tous ceux qui habitent le territoire ». Face à la maigreur de cette définition et au peu de sources textuelles du droit international privé, la jurisprudence a dû affûter la notion de lois de police. C'est Phocion Franceskakis qui en a donné la définition la plus satisfaisante dans un article célèbre⁶³¹. Selon lui, il s'agit de loi « dont le respect est jugé nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, économique ou sociale du pays. » Si cette définition a pu englober de façon satisfaisante le concept recherché, l'identification des lois de police s'est avérée une entreprise incertaine. Il est rare que le législateur prévoie, lors de la promulgation d'un texte, que celui-ci s'applique en toute circonstance, même en présence d'un conflit de lois. Le droit de la protection des mineurs et celui de la représentation des salariés sont largement entrés dans le domaine de ces « lois de police » ou « loi d'application ».

⁶³¹ P. Franceskakis, « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *Rev. crit. DIP*, 1966, 1, cité par D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, Paris, PUF, [3^{ème} édition à jour], 2014, t. 1, p. 648, n°552.

immédiate »⁶³². Le droit des contrats entre professionnels connaît de même une jurisprudence importante en ce sens.

342. *Les différents exemples de lois de police pour la protection du contractant professionnel.* On pourrait citer par exemple la loi de 1975 sur la sous-traitance⁶³³, l'article L442-6 I 5° du Code de commerce⁶³⁴ (et avec lui, l'on pourrait même présumer tout le Titre IV du Livre IV du Code de commerce), mais également la loi Doubin⁶³⁵ codifiée aux articles L330-3 et suivants du Code de commerce. Toute disposition protectrice du contractant « partie faible » n'entre pas nécessairement dans cette catégorie. En effet, l'action directe du transporteur prévue à l'article L132-8 du Code de commerce s'est vue refuser un tel statut⁶³⁶. Le concept a pu faire l'objet de quelques contestations dans la mesure où, en réalité, aucune loi n'est trop anodine pour ne pas être considérée comme importante, sinon nécessaire pour l'organisation politique, économique et sociale⁶³⁷. Cependant, il peut être intéressant de relever que dans toutes ces hypothèses, l'existence d'une situation d'extranéité menace potentiellement l'efficacité de la loi. L'on pourrait donc, d'une certaine manière, relier la notion de loi de police avec une certaine conception de l'effet utile du droit. Ce qui irait de pair avec l'idée de stratégie de contournement⁶³⁸. Une loi est dite « de police » dès lors que le droit international privé menace de faire disparaître son intérêt. L'analyse aurait cependant de quoi être battue en brèche. D'abord parce que de nombreuses lois de police ont vu le jour en dehors de toute référence à une quelconque stratégie de contournement. Pensons à cet égard aux législations sur la représentation syndicale où il était surtout question de protéger les travailleurs, plus que d'éviter un contournement de la loi⁶³⁹. Ensuite, parce que des lois qui pouvaient parfaitement donner lieu à un contournement frauduleux grâce au droit international privé n'ont pas été qualifiées de lois d'application immédiate. La loi sur l'action

⁶³² M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.* p. 187, n°256. Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.* p. 154, n°170. P. Mayer, V. Heuzé, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, [11^{ème} édition], 2014, p. 99, n°124 et s.

⁶³³ Com, 27 avril 2011, n°09-13.524, *JCP E*, 2011, 1745, note C. Nourissat ; *RDC* 2011, 1294, note J.-B. Racine.

⁶³⁴ Com, 21 octobre 2008, n°07-12.336, *RDC*, 2009, 197, note M. Behar-Touchais. Paris, 28 octobre 2010, jurisdata n°2010-021513. N. Mathey, « Rupture brutale des relations commerciales établie et clause attributive de juridiction », *CCC*, 2011, comm. 32.

⁶³⁵ Paris, 25 octobre 2011, n°10/24023, *RDC*, 2012, 563, note J.-B. Racine.

⁶³⁶ P. Deumier, « « L'action directe » du transporteur n'est pas une loi de police », note sous Com, 13 juillet 2010, n°10-12.154, *RDC*, 2011, 217. F. Jault-Seseke, « Conflit de lois », *JDI*, 2011-1, p. 91. X. Delpech, « Transport routier international : action directe du transporteur impayé », *D*, 2012, 2237.

⁶³⁷ P. Mayer, V. Heuzé, *op. cit.* p. 99.

⁶³⁸ E. Fongaro, J. Sagot-Duvauroux, « Le détournement et le droit international privé », *Dr. et patr.*, 2011, n°209, p. 78 et s.

⁶³⁹ AP, 10 juillet 1992, n°88-40.672, 88-40.673, 88-40.674, *JCP G*, 1993, II, 22063, note P. Rodière.

directe du transporteur routier, mentionnée ci-dessus, en est un exemple probant. Néanmoins, si le critère n'est pas absolu, il garde une part d'utilité.

b : Une notion aux contours relativement confus.

343. *Le glissement de la notion de loi de police vers une conception européenne?* Le droit international privé a donc suffisamment de quoi protéger la partie faible, même dans un contrat entre professionnels. Il faut pourtant noter que la notion de loi de police ou loi immédiatement applicable connaît aujourd'hui un certain glissement dont les conséquences peuvent difficilement être évaluées. Tout simplement parce que les règlements de l'Union européenne qui régissent les rapports de droit international privé reprennent à leur compte cette notion. De ce fait, l'on assiste à une sorte d'inversion des rapports. La loi de police était avant une forme d'opposition au conflit de lois. L'article 3 du Code civil n'a pas attendu Franceskakis pour exister⁶⁴⁰. Désormais, la loi de police n'existe que dans la mesure où elle est accordée par le règlement européen qui pose la règle de choix de loi. Ce n'est donc plus une résistance de l'unilatéralisme face à une règle bilatérale, mais une concession. C'est à un acte multilatéral qu'elle doit son existence. Elle trouve ses limites là où la concession s'arrête. Cela est vrai en matière d'obligation comme nous allons le voir, mais pas uniquement. Il existe à présent un règlement à propos des successions (n°650/2012 du 4 juillet 2012) qui parle également de loi de police dans des termes bien précis. Le terme n'est pas le même, mais l'allusion ne trompe pas : l'article 30 évoque les « *dispositions spéciales qui, en raison de la destination économique, familiale ou sociale [des biens du de cuius] imposent des restrictions concernant la succession portant sur ces biens ou ayant une incidence sur celle-ci.* » Cette rédaction a conduit la Cour de cassation à qualifier les attributions préférentielles figurant aux articles 831 et suivants du Code civil de loi de police⁶⁴¹. Cela est certainement prévu pour garantir l'application des règles d'attribution préférentielle une fois que ledit règlement entre en vigueur. Or ces attributions préférentielles ne sont probablement pas aussi cruciales que les autres lois de police. Elles assurent la continuité d'une exploitation, mais elles ne servent pas par exemple à protéger une partie faible.

344. *Les indices laissés par les Règlements Rome I et Rome II.* Les règlements Rome I et Rome II laissent entendre qu'une déviance similaire pourrait exister vis-à-vis des lois de police qui touchent au droit des obligations. Certes, l'article 9 du Règlement Rome I reprend des termes quasi identiques à ceux de Franceskakis. Il cite : « *une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs, la loi applicable*

⁶⁴⁰ À ceci près que la notion de loi de police trouve un écho dans l'œuvre de Savigny. V. P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*

⁶⁴¹ Civ. 1^{ère}, 10 octobre 2012, n°11-18.345, *JCP G*, 2012, 1368, note : L. Perreau-Saussine.

au contrat d'après [le règlement Rome I]. » Le Règlement Rome II quant à lui énonce en son article 16 : « *Les dispositions du présent règlement ne portent pas atteinte à l'application des dispositions de la loi du for qui régissent impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable à l'obligation non contractuelle* ». En apparence, ces deux dispositions ne recèlent rien qui contrarierait la conception classique des lois de police. Il y a pourtant de quoi douter de cela. Une conception européenne des lois de police prend peu à peu forme.

345. *Les décisions jurisprudentielles dans ce sens.* L'arrêt du 25 mars 2014⁶⁴² que nous avons précédemment évoqué n'affirme pas expressément que l'article L442-6 I 5° du Code de commerce est une loi de police. Un auteur comprend à la lecture de cet arrêt que les lois de police n'incluent pas les lois protectrices des personnes privées, mais uniquement les règles d'ordre public⁶⁴³. Dans l'arrêt Unamar du 17 octobre 2013⁶⁴⁴, la Cour de justice de l'Union européenne affirme que les lois de police ne peuvent être qualifiées comme telles « *qu'au titre des exceptions aux libertés expressément prévues par le Traité, et le cas échéant, au titre des raisons impérieuses d'intérêt général* ». Ce qui ne change guère de la définition classique, car depuis les arrêts Arblade et Ingmar, l'on sait que les lois de police sont sujettes au contrôle de conformité au Traité de l'Union européenne ainsi qu'à son droit dérivé⁶⁴⁵. L'arrêt Unamar ajoute en outre que si une directive peut être une loi de police au sens du Règlement Rome I, une transposition plus protectrice de la directive peut également lui prévaloir, du moment que les exigences de la directive (en l'occurrence celle sur les agents commerciaux de 1986, 86/653/CEE) sont respectées. Un jugement récent du tribunal de commerce de Paris affirme que l'article L442-6 I 2° du Code de commerce sur le déséquilibre significatif est une loi de police⁶⁴⁶. Ce signe prometteur doit cependant être confirmé par une jurisprudence de la Cour de cassation.

346. *Un concept qui pourrait connaître des évolutions.* Il n'y a pas forcément lieu de penser que la notion de loi de police, selon le Règlement Rome I, vide le concept de sa substance. L'on peut même dire qu'en l'espèce, la protection paraît renforcée. L'on constate simplement que l'évolution des sources du droit international privé fait planer un certain doute sur l'avenir des lois de police. D'autant que la terminologie choisie par le Règlement Rome II (lois qui régissent impérativement la situation) a de quoi interroger. La loi impérative

⁶⁴² Com, 25 mars 2014, n°12-29.534.

⁶⁴³ C. Nourissat, note sous arrêt 25 mars 2014 et 20 mai 2014, n°12-29.534, n°12-20.313 *JCE*, 2014, 1501.

⁶⁴⁴ CJUE, 17 octobre 2013, C-184/12, *RTD Com*, 2014, 457, note P. Delebecque.

⁶⁴⁵ Respectivement CJCE, 23 novembre 1999, et CJCE, 9 novembre 2000. S. Poillot-Peruzzetto, « *Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire* », *Travaux du comité français de droit international privé*, 1^{er} janvier 2005, p. 65.

⁶⁴⁶ TC Paris, 7 mai 2015, n°j2015000040, *Concurrences* 3-2015, p 106.

et la loi de police ne se confondent pas parfaitement⁶⁴⁷ même si, toutefois, la distinction ne laisse pas augurer de risque pour les lois de police.

En réalité, le contenu de la notion de loi de police est largement tributaire de la volonté politique qui l'impulse⁶⁴⁸. Ce qu'il y aurait à craindre, c'est un infléchissement de la protection de la partie faible en faveur d'autres objectifs. C'est ce qui pourrait se produire si, par exemple, la confiance accordée aux jugements internationaux laissait une trop grande liberté envers les clauses qui désignent une juridiction non étatique ou étrangère. C'est ici que la fragilité de la loi de police devient manifeste. La protection de la partie faible professionnelle peut-elle perdre effet à cause d'un simple malentendu juridique ?

§ 2 : Le problème de la juridiction chargée de résoudre le litige entre deux professionnels.

347. L'intervention du pouvoir réglementaire de l'Union européenne. L'augmentation des transactions internationales, outre la question de la loi applicable, a aussi soulevé celle de la juridiction compétente pour le contentieux sur des obligations impliquant des liens avec une multiplicité de pays. C'est le Règlement Bruxelles I bis du 12 décembre 2012, n° 1215/2012, remplaçant le Règlement Bruxelles I numéro 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, qui règle question. Indépendamment du droit de l'Union européenne, la jurisprudence avait déjà admis ces clauses depuis longtemps⁶⁴⁹. Ce qui change, c'est que le règlement Bruxelles I a permis de poser par écrit des règles qui ne relevaient que du droit prétorien et qui, de surcroît, n'étaient pas harmonisées.

347. Exclusion de l'action du ministre. Il convient en premier lieu de constater que ce problème vaut uniquement pour les litiges entre personnes privées. La loi NRE du 15 mai 2001 a renforcé l'action du ministre prévue à l'article L442-6 III du Code de commerce. Le ministre ne se trouve pas obligé par les clauses de choix de for ou les clauses compromissoires. Cela vient du fait que son action est autonome et indépendante de l'action des personnes privées⁶⁵⁰. Ceci réduit l'importance du problème du contournement des lois protectrices par des clauses de choix de for ou d'arbitrage. Néanmoins, celles-ci demeurent un

⁶⁴⁷ H. Muir-Watt, « Les limites du choix : dispositions impératives et internationales du contrat », in S. Corneloup et N. Joubert, *Le Règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Paris, Litec, 2011, p. 341. L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le Règlement Rome I », *D*, 2008, 2165.

⁶⁴⁸ P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politique législative », *Rev. Crit. DIP*, 2011, p. 207.

⁶⁴⁹ Civ. 1^{ère}, 17 décembre 1985, Compagnie des signaux et d'entreprises électriques c/ Sorelec, *GAJDIP*, [5^{ème} édition], 2006, n°72.

⁶⁵⁰ Com, 18 octobre 2011, n°10-28.005, *JCP E*, 2011, 1813, *CCC*, 2012, comm. n°9, note N. Mathey ; Reims, 5 novembre 2007, n°06/01898, *D*, 2008. Pan. 2195, note D. Ferrier.

frein à la poursuite de l'équilibre dans les contrats d'affaires. Le problème est différent lorsqu'il s'agit d'une juridiction étatique (A) ou d'une formation arbitrale (B).

A : Le différend soumis à une clause attributive de juridiction

348. *Le domaine concerné par le Règlement Bruxelles I bis.* Le droit de l'Union européenne a fixé par écrit de nombreuses règles de compétence juridictionnelles. C'est le cas par exemple en matière successorale par le règlement précité⁶⁵¹. La matière civile et commerciale est régie par le Règlement Bruxelles I bis, comme prévu à l'article 1 de ce texte. Le deuxième alinéa de ce même article de ce règlement définit le domaine d'application de façon négative, par des exceptions. Il n'apparaît pas que quelconque contrat d'adhésion entre professionnels puisse être exclu de son domaine *rationae materiae*⁶⁵². La matière économique ne fait pas l'objet d'une quelconque souveraineté de l'État (comme la sécurité sociale), et n'inclut pas de véritable rapport de famille (comme les contrats de mariage). Ajoutons qu'il n'est pas nécessaire que le litige ait quelconque lien avec l'Union européenne pour que le Règlement trouve à s'appliquer. Chaque fois qu'un tribunal de l'Union est saisi pour statuer sur une question civile ou commerciale, les dispositions de ce règlement l'engagent.

349. *La désignation du forum compétent pour les contrats d'affaires selon Bruxelles I bis.* Entre Bruxelles I et Bruxelles I bis, les principales règles de compétence n'ont pas changé. Les règles de désignation de la juridiction compétente se font selon une méthode précise. D'abord, l'article 4 du Règlement Bruxelles I bis pose le principe *actor sequitur forum rei*, qui veut que le demandeur attache le défendeur devant la juridiction de l'État de celui-ci. En matière contractuelle, c'est l'article 7 du même règlement qui édicte la règle. Le premier alinéa de cet article veut que ce soit le lieu où l'obligation « *qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée* ». L'obligation qui sert de base à la demande, non seulement, n'est pas facile à déterminer, mais en plus, morcelle le litige. Le même article donne un certain nombre d'indices pour déterminer, dans certains contrats nommés, la façon dont cette désignation s'effectue. Par exemple, pour la vente, c'est le lieu de livraison du bien qui opère. En matière de délit, c'est le lieu d'exécution du dommage qui désigne le tribunal compétent. Et l'on sait que ce lieu n'est pas forcément facile à connaître, surtout pour des dommages complexes qui ont des effets dans plusieurs pays. Un doute subsistait, jusqu'à naguère pour la question des contrats de concession exclusive. La Cour de cassation⁶⁵³ a longtemps tenu une

⁶⁵¹ N°650/2012 du 4 juillet 2012, préc. V. *supra*. n°343.

⁶⁵² M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.* n°495 p. 353. B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.* n°568, p. 497.

⁶⁵³ Civ. 1^{ère}, 23 janvier 2007, n°05-21.388, Waeco, *Rev. Crit DIP*, 2008, 561, note M.-E. Ancel, *RDC*, 2007, 842, note M. Behar-Touchais ; *RTD Com*, 2007, 630, note P. Delebecque.

jurisprudence différente de celle de la Cour de justice de l'Union européenne⁶⁵⁴. Cette opposition a pris fin par un arrêt en date du 19 novembre 2014, où les juges du Quai de l'Horloge ont admis qu'un contrat de concession exclusive était un contrat de service, et donc, la juridiction compétente était, en vertu de l'article 5 du Règlement Bruxelles I ou 7 du Règlement Bruxelles I bis celle du lieu où les services ont été fournis⁶⁵⁵. L'on regrettera pourtant la jurisprudence antérieure, car il est facile de penser que le fournisseur dans un contrat de distribution exclusive est une partie faible.

350. La possibilité de stipuler une clause attributive de juridiction. Ces dispositions peuvent néanmoins être écartées grâce à l'article 25 du Règlement Bruxelles I bis (23 de Bruxelles I) qui permet que les parties dérogent à ces règles de manière conventionnelle par une clause attributive de juridiction. Il faut simplement qu'une partie ait son domicile sur le territoire d'un État membre. Donc, non seulement la partie faible peut être gênée par les incertitudes qui gravitent autour du tribunal compétent, mais en plus, même en présence d'une certitude, un simple élément d'extranéité est capable de contraindre le débiteur à saisir une juridiction étrangère par une clause *d'electio foris*. Certes, la possibilité de choisir contractuellement la juridiction compétente est en soi une bonne chose. Elle permet, non seulement d'être fixé sur l'éénigme de la compétence, mais aussi de choisir un tribunal qui met toutes les parties d'accord. Cela n'est vrai que lorsque le contrat n'est pas léonin. En effet, il existe de nombreux inconvénients, surtout lorsque la clause a été davantage forcée plus que voulue.

1 : La parade efficace de la clause attributive de juridiction.

351. La possibilité de contourner l'impérativité grâce aux clauses attributives de juridiction. La question la plus préoccupante ne concerne pas tant la juridiction compétente (hors stipulation contractuelle en ce sens), que la possibilité dont disposent les parties d'attraire leur adversaire devant une juridiction de leur choix. En matière contractuelle, la Cour de cassation l'a admis depuis un certain temps, dès lors que le litige possède un caractère international et que la clause ne fait pas échec à une compétence impérative des tribunaux français⁶⁵⁶. Il n'est pas nécessaire que les deux parties soient des commerçants,⁶⁵⁷

⁶⁵⁴ CJUE, 19 décembre 2013, C-9/12, Corman-Collins, *Europe*, 2014, n°2, p. 50, note L. Idot ; *Procédures*, 2014, n°2, p. 24, note C. Nourissat ; *RDC*, 2014, 246, note M. Laazouzi ; *Dr. et patr.*, 2014, n°242, p. 77, note M.-E. Ancel.

⁶⁵⁵ Civ. 1^{ère}, 19 novembre 2014, 13-13.405, G. Lardeux, « La compétence juridictionnelle en matière de contrat de distribution exclusive : la sécurité juridique : enfin ! », *D*, 2015, 51.

⁶⁵⁶ H. Gaudemet-Tallon, *Rép. Dalloz de droit international*, « Compétence internationale : matière civile et commerciale », avril 2014 (mis à jour avril 2015), points n°100 et s. Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, , Paris, Dalloz, [10^{ème} édition], 2013, n°717 et s. B. Audit, L. d'Avout, *Droit international privé*, Paris, Economica, [7^{ème} édition], 2013, n°424 et s.

mais cette clause ne doit pas revêtir un aspect purement potestatif⁶⁵⁸. Et de manière étonnante, la jurisprudence a également accepté qu'une clause attributive de juridiction soit valable pour des litiges qui ne relèvent pas de la matière du contrat, mais du délit, notamment avec l'arrêt *Monster Cable*⁶⁵⁹. Cela peut sembler relever de l'absurde puisque le propre du domaine de l'extracontractuel est de ne pas relever de l'autonomie de la volonté, mais d'être soumis à des règles qui dépassent le pouvoir du contrat. À cet égard, d'aucuns ont mentionné l'inutilité de qualifier certaines matières de délictuelles, notamment en concurrence, si la partie forte pouvait disposer du contentieux qui s'y rattache⁶⁶⁰.

352. L'impossibilité d'entraver une clause attributive de juridiction pour raison d'impérativité. La clause attributive de juridiction n'est donc pas soumise à beaucoup de restrictions concernant le tribunal compétent ou les parties qui l'invoquent. Or une clause attributive de juridiction, comme le démontre l'arrêt *Monster Cable*, n'est pas entravée par une loi de police. Cela peut se comprendre : les lois de police foisonnent et la qualification d'une loi comme telle est incertaine. Il en va de la survie de l'institution. D'autant que les parties ne pourraient jamais, lors de la signature du contrat, savoir si la clause doit s'appliquer ou non. Une clause attributive de juridiction n'est pas, en elle-même, suspecte d'outrepasser la protection de la partie faible. Il n'en demeure pas moins que le juge français, ne peut jamais être sûr que la protection du professionnel trouvera application devant une juridiction étrangère. La préoccupation interventionniste du législateur français exprimée par le Titre IV du Livre IV du Code de commerce ne trouve pas un écho véritable en droit étranger. Tout simplement parce que l'oligopole de la distribution n'est pas autant présent dans d'autres systèmes juridiques⁶⁶¹.

353. La clause attributive de juridiction, facteur d'inégalité contractuelle. En plus de cela, exiger d'une partie faible qu'elle est en justice devant une juridiction étrangère lui impose des contraintes juridiques qu'elle n'aurait pas subies en droit français. Chaque entreprise préfère naturellement agir devant une juridiction avec laquelle elle est plus familière. Et bien sûr, ce sont souvent les firmes multinationales qui sont le plus à même d'anticiper les contraintes d'un système judiciaire étranger.

⁶⁵⁷ Com, 10 juin 1997, n°94-12.316, *JDI*, 1998, 969, note S. Poillot-Peruzzetto.

⁶⁵⁸ Civ 1^{ère}, 26 septembre 2012, n°11-26.022, *D*, 2012, 2876, note D. Martel.

⁶⁵⁹ Civ 1^{ère}, 22 octobre 2008, *Monster Cable*, *JCP G*, 2008, II, 10187, note L. d'Avout ; *CCC* 2008, comm. 270, note M. Malaurie-Vignal ; *Concurrences* 1-2009, p. 129, note : M. Dany ; *RTD Com*, 2009, 646, note P. Delebecque. H. Gaudemet-Tallon *Rép. Dalloz droit international privé*, « Compétence internationale, matière civile et commerciale », avril 2014 mise à jour avril 2015, point n°106. *JDI*, 2009, 599, note M.-N. Jobard-Bachellier, F.-X. Train. *D*, 2009, 200, note F. Jault-Seseke.

⁶⁶⁰ M. Dany, note sous arrêt *Monster Cable*, Civ 1^{ère}, 22 octobre 2008, *Concurrences* 2009-1, p. 129. *Contra* : D. Bureau et H. Muir-Watt, « L'impérativité désactivée ? », *Rev. Crit. DIP*, 2009, p. 1.

⁶⁶¹ V. *supra*, n°12.

Peut-on envisager que la clause attributive de juridiction constitue un déséquilibre significatif ? À notre connaissance, il n'y a pas de jurisprudence sur ce sujet. La réponse ne semble pas positive. La Cour de cassation se contredirait si elle acceptait les clauses attributives de juridiction et les clauses compromissoires en présence d'un déséquilibre significatif, tout en désignant ces clauses comme illicites. La seule possibilité serait que le déséquilibre résidât dans le procédé par lesquelles ces clauses sont imposées. D'ailleurs, la Cour de cassation sanctionne les clauses attributives de juridiction lorsqu'elles sont potestatives, c'est à dire, lorsqu'il est loisible à la partie forte de passer outre ces clauses⁶⁶².

Est-ce qu'une partie faible, si elle veut contourner les clauses attributives de juridiction destinées à enfreindre l'impérativité, peut aisément faire valoir ses droits ? C'est ce qu'il convient d'analyser.

2 : L'existence de moyen de protection contre les clauses attributives de juridiction malveillantes.

Il est très difficile de concevoir des techniques pour empêcher une partie forte d'échapper au droit protecteur de la partie faible grâce à une clause attributive de juridiction. Nous allons en décliner certaines pour évaluer la possibilité d'une telle entreprise.

a : L'action du ministre comme garantie de l'effectivité des droits des parties faibles

354. Une efficacité nuancée. La première technique, la plus crédible, est de recourir à l'action du ministre prévue à l'article L442-6 III du Code de commerce. Elle permet, comme nous l'avons vu, lorsque l'action privée risque d'engendrer des représailles, de substituer à celle-ci une action menée par l'État. L'action du ministre est autonome et de ce fait, le ministre des Finances n'est pas tenu par les exclusions contenues dans la convention formée par les deux parties.⁶⁶³ Peut-on imaginer que le ministre gère à lui tout seul tout le contentieux des abus contractuels entre professionnels ? Il est, à tout le moins, concevable qu'il s'occupe d'une partie importante de celui-ci. Si l'on regarde de près les « *actions Novelli* », l'on constate que ce sont surtout quelques grands groupes de la distribution qui sont touchés par ces instances. En revanche, en se penchant sur l'affaire Monster Cable⁶⁶⁴, l'on voit que l'abus provient d'une entreprise qui n'entretient qu'un seul contrat avec une entreprise française et

⁶⁶² Civ. 1^{ère}, 26 septembre 2012, n°11-26.022, et Civ. 1^{ère}, 25 mars 2015, n°13-27.264, *JCP E*, 2015, 1296, note R. Loir.

⁶⁶³ M. Behar-Touchais, « L'article 6 du Règlement Rome II et les pratiques restrictives de concurrence internationales », *op. cit.*

⁶⁶⁴ Arrêt Monster Cable, préc.

qui de surcroît est située aux États-Unis. Le ministre peut donc éventuellement se charger d'un contentieux sériel, mais pas celui des contrats d'adhésion entre professionnels dans son ensemble. L'action du ministre est donc à la fois efficace contre les clauses attributives de juridiction néfastes, mais reste néanmoins confinée à certains types de contrats.

b : Les lois de police comme obstacle à la clause de choix de for

355. *Une technique incertaine.* La deuxième méthode que l'on pourrait imaginer consiste à estimer qu'une loi de police paralyse toute clause attributive de juridiction ; ou du moins, qu'elle puisse faire échec à cette même clause attributive de juridiction. Il convient d'abord de souligner que ce n'est pas la solution choisie par la jurisprudence⁶⁶⁵. Ensuite, bien que cette solution ne soit pas tout à fait inenvisageable, elle présente quelques limites. La limite principale est l'identification d'une loi de police. Non seulement, comme nous avons vu, une loi de police n'est pas facile à caractériser, mais de surcroît, quand bien même elle serait identifiée, il n'est pas sûr qu'elle serait applicable. Ce serait donc présumer de l'issue du procès que de dire *in limine litis*, si telle loi de police trouve à s'appliquer. L'on pourrait néanmoins envisager que certaines lois de police particulièrement impérieuses justifieraient qu'une clause attributive de juridiction soit écartée. Cela impliquerait de faire des distinctions encore plus subtiles au sein des textes législatifs. Or, la seule catégorie des lois de police n'est déjà pas facile à délimiter⁶⁶⁶. L'incertitude juridique pourrait éventuellement constituer une limite, mais le besoin d'efficacité de la loi peut, pour autant, justifier que l'on porte aussi loin la protection. Il pourrait donc être prévu que certains domaines du droit des affaires ne puissent donner lieu à une clause attributive de juridiction, car elle implique des enjeux essentiels pour le pays.

c : La protection par une juridiction étrangère par les lois de police françaises.

356. *Possibilité d'une telle protection.* S'il n'est pas possible de forcer les parties à défendre leurs droits devant des juges français, alors il pourrait exister un troisième degré de protection. Nous pensons à la protection qui pourrait être apportée par une juridiction étrangère. Il n'est pas besoin ici de chercher si les droits étrangers, dans leur ensemble, accordent une protection au professionnel. Dans ce cas, la clause attributive de juridiction ne représenterait pas réellement un danger pour la protection du contractant, et il y aurait fort à croire que celui qui voudrait contourner la loi française ne choisirait pas une juridiction qui donnerait le même résultat que celui redouté. En revanche, ce qui peut être intéressant, et qui

⁶⁶⁵ Arrêt Monster Cable, 2 octobre 2008, préc.

⁶⁶⁶ V. *supra*. n°341.

parerait à toutes les clauses attributives de juridiction malveillantes, ce serait que le juge étranger applique la loi de police française. La doctrine ne s'est guère fait d'illusion quant à la possibilité, pour un juge californien, d'appliquer un système protecteur pour la partie faible⁶⁶⁷. Intéressons-nous au moins au cas de l'Union européenne pour ce qui est des règlements Rome I et Rome II. Ces deux sources de droit dérivé permettent-elles qu'un juge étranger applique le droit impératif français ? L'y obligent-elles ? L'article 9 du Règlement Rome I en son paragraphe 3 affirme : « *il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lesquelles les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale* ». La suite du texte donne quelques critères, notamment la nature, l'objet de la loi et les conséquences de son application. La difficulté liée aux négociations de ce texte a abouti à une formulation consensuelle, mais non moins complexe à saisir⁶⁶⁸.

357. Les incertitudes gravitant autour de l'interprétation des règlements. Le simple terme d'*obligation découlant du contrat* est largement sujet à interprétation. Selon que l'on choisit une conception restrictive ou large, la solution n'est pas du tout la même⁶⁶⁹. Le renvoi aux conséquences d'application de la loi fait certainement référence à la faculté d'exécution de la décision et notamment la faculté de saisie des biens de la partie condamnée. Il n'en demeure pas moins qu'un texte comme le Titre IV du Livre IV du Code de commerce ne trouvera pas forcément à s'appliquer. La partie forte pourra facilement placer ses biens hors de France et les droits étrangers lui connaissent fort peu d'équivalents. Le Règlement Rome II laisse, de la même manière, une telle porte ouverte, en disposant à l'article 17 : *Pour évaluer le comportement de la personne dont la responsabilité est invoquée, il est tenu compte, en tant qu'élément de fait et pour autant que de besoin des règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au jour de la survenance du fait qui a entraîné la responsabilité.* » Le texte précise cependant que les règles du lieu de survenance du fait sont appréciées « *en tant qu'élément de fait* »⁶⁷⁰. Cela montre que les lois de police étrangères sont davantage des « faits » que du « droit » à proprement parler. Il reste alors la dernière solution, celle de ne pas donner application aux jugements qui auront méconnu la protection de la partie faible à l'étranger.

⁶⁶⁷ Sur le sujet : C. Kessedjian et S. Cohen-Elbaz, *Juriscl. Droit international*, fasc. 571-20, « Contrat de distribution. – introduction générale. – Droit international privé », mise à jour décembre 2010.

⁶⁶⁸ L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le Règlement Rome I », *D*, 2008, 2165.

⁶⁶⁹ S. Francq et F. Jault-Seseke, préc., p. 375.

⁶⁷⁰ D. Bureau, L. d'Avout, « Les lois de police étrangères devant le juge français de contrat international », *JCP G*, 2010, 530.

d : Le refus d'application d'un jugement étranger refusant une protection à la partie faible professionnelle.

358. *Présentation de l'idée.* Il convient à présent d'analyser la dernière technique par laquelle l'on peut échapper aux règles de compétence internationales qui empêchent l'application de la protection de la partie faible : il s'agit de refuser à une décision étrangère la possibilité de produire des effets en France. Notons que cette technique n'emporte pas tous les avantages de la précédente. En effet, elle peut empêcher un jugement étranger de produire des effets sur le territoire national. En revanche, elle ne peut pas permettre à une partie faible de récupérer l'argent qu'une partie forte lui a pris indûment. Le juge en effet, ne peut qu'accepter ou refuser un exequatur. La solution ne sera alors pas la même si la décision étrangère vient d'un pays de l'Union européenne ou non.

359. *En droit de l'Union européenne.* Le Règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012, dit « Bruxelles I bis » régit cette situation lorsque le jugement étranger émane d'un pays de l'Union européenne. Dans cette hypothèse, la partie qui demandera l'exécution d'un jugement n'a même pas à demander l'exequatur. C'est plutôt celui contre qui la décision est invoquée qui devra agir en justice pour que ladite décision ne lui soit pas opposable. C'est ce qu'affirme l'article 49 de ce texte, l'article 48 exigeant de la part des États qu'ils statuent sur cette demande de refus de reconnaissance « *à bref délai* ». Les possibilités de refus de reconnaissance sont, abstraitemment considérées, assez faibles ; mais comme nous allons le voir plus loin, elles sont plus importantes que si l'État émetteur de la décision n'est pas un pays membre de l'Union européenne. À l'article 45 de ce même texte, elles sont listées : ou bien la décision est manifestement contraire à l'ordre public, ou bien il y a eu un défaut de notification, ou bien la décision litigieuse est inconciliable avec d'autres décisions, françaises ou bien d'un autre pays de l'Union européenne. Ou alors, la reconnaissance du jugement peut encore être refusée si elle méconnaît la protection de l'assuré, du consommateur ou bien du travailleur. Sachant que l'ordre public international français est moins protecteur qu'en droit national⁶⁷¹, l'on ne peut que constater la faiblesse de la protection accordée. D'autant que le professionnel n'est pas perçu comme une partie faible potentielle. Cette conception relativement restrictive de la partie faible qui ne comprend que les assurés, les consommateurs

⁶⁷¹ V. par ex. D. Mouralis, « Conformité des sentences internationales à l'ordre public : la Cour de cassation maintient le principe d'un contrôle limité », *JCP G*, 2014, 475 note sous Civ. 1^{ère}, 12 février 2012, n°10-17.076. Cependant, la Cour de cassation a pu censurer une décision des juges du fond qui n'avaient pas estimé que le principe de précaution pouvait engager l'ordre public international : Civ. 1^{ère}, 7 novembre 2012, n°11-23.871, *JDI*, octobre 2013, comm. 18, note C. Chalas.

et les salariés risque d'exclure bon nombre de personnes vulnérables et de favoriser les stratégies de contournement⁶⁷².

360. Lorsque la décision litigieuse n'émane pas d'un État de l'Union européenne. La situation est différente lorsque la décision litigieuse a été rendue par une juridiction d'un État hors de l'Union européenne. Dans cette hypothèse, l'exequatur est nécessaire pour que le jugement étranger puisse produire effet sur notre territoire. Au long des années, les exigences de la jurisprudence se sont considérablement réduites pour finir aujourd'hui à une quasi-automaticité de la reconnaissance. L'arrêt de principe est l'arrêt Cornelissen en date du 20 février 2007⁶⁷³. Trois conditions doivent être réunies. La première, c'est la compétence, qui ne s'entend pas selon les règles françaises, et qui ne se satisfait pas non plus des simples règles étrangères, mais qui exige « *la compétence indirecte du juge étranger, fondée sur le rattachement du litige au juge saisi* ». Il s'agit, en somme, de relever un lien avec le pays d'où émane le jugement⁶⁷⁴. Le second critère est le respect de l'ordre public de fond et de procédure. Le troisième critère est l'absence de fraude à la loi. Il y a peu à penser que le juge se montre outre mesure vigilant vis-à-vis de ces critères. Ils ont d'ailleurs été confirmés par la jurisprudence à propos d'une situation impliquant une partie faible⁶⁷⁵. Il s'agit d'une personne qui avait souscrit un cautionnement disproportionné, et qu'une juridiction russe avait contrainte à payer, en dépit de l'article L341-4 du Code de la consommation.

361. Conclusion du A et transition. La faveur qui est accordée aux jugements étrangers est donc faite au détriment de la protection de la partie faible, surtout dans les contrats entre professionnels. La Cour de cassation ayant probablement fait le choix d'une vision libérale du droit international privé, elle a aussi pris le risque d'une politique économique peu protectrice. Or, la protection de la partie faible en droit des contrats ne peut se faire que sur la base d'une vigilance accrue en droit international privé, au niveau de la circulation des décisions. C'est pourquoi il est nécessaire de proposer une notion extensive de la fraude au procès qui inclut les clauses attributives de juridiction lorsqu'elles sont jugées abusives. Ce constat est encore

⁶⁷² S. Pierre-Maurice, « La nouvelle action en refus d'exécution d'un jugement européen », *D*, 2015, 692. H. Gaudemet-Tallon, C. Kessedjian, « La refonte du Règlement Bruxelles I », *RTD Eur*, 2013, 435. P. Mayer, V. Heuzé, *op. cit.*, n°475, p. 324. F. Marchadier, « La suppression de l'exequatur affaiblit-elle la protection des droits fondamentaux dans l'espace judiciaire européen ? » *Journal européen des droits de l'homme*, 2013/3, 348.

⁶⁷³ Civ. 1^{ère}, 20 février 2007, Cornelissen, *D*, 2007, 1115, note L. d'Avout et S. Bollée ; *Rev. Crit. DIP*, 2007, 420, note B. Ancel et H. Muir-Watt.

⁶⁷⁴ P. de Vareilles-Sommières, *Rép. Dalloz*, *Procédure civile*, fasc. « Jugement étranger », septembre 2013 (mise à jour avril 2015), points n°76 et s. À cet égard, la Cour de cassation a pu se satisfaire de ce que le juge étranger était désigné par une clause attributive de juridiction et que le contrat s'exécutait dans le pays concerné, Civ. 1^{ère}, 30 janvier 2013, n°11-10.588, Gazprombank, *D*, 2013, 2293, note L. d'Avout et S. Bollée ; *RTD Com*, 2013, 389, note P. Delebecque.

⁶⁷⁵ Civ. 1^{ère}, 30 janvier 2013, n°11-10.588, *RLDA*, 2013, n°81, p. 45, J. de Romanet. *RTD Com*, 2014, 459, note P. Delebecque.

plus vrai pour la matière de l’arbitrage qui connaît des règles encore plus souples. La Commission des clauses abusives a pris à son compte cette méfiance à l’égard des clauses attributives de juridiction, entre autres. Cependant, elle n’y voit un déséquilibre significatif que dans la mesure où une telle clause s’adresse à un consommateur ou un non professionnel⁶⁷⁶.

B : Le différend soumis à une clause d’arbitrage.

362. *Présentation du problème.* L’arbitrage est une institution relativement ancienne⁶⁷⁷, mais que l’on considérait jadis avec plus de prudence. Par exemple, longtemps l’État n’avait pas pu compromettre. Cette possibilité a désormais été ouverte par l’arrêt Galakis du 2 mai 1966⁶⁷⁸. Il semble que les juges, prenant acte de l’ouverture du droit aux échanges internationaux, aient décidé de ne pas rester dans une logique de suspicion et de faire confiance à des personnes privées pour rendre la justice à propos des intérêts de l’État. L’on peut également expliquer cette évolution par l’augmentation des échanges internationaux. Il appert cependant que cette faveur grandissante pour l’arbitrage n’est pas allée sans inconvénient. Elle place la justice dans une position de concurrence avec d’autres institutions. Cette dernière est donc moins à même d’opposer l’impérativité. L’arbitrage n’est donc réellement souhaitable qu’entre professionnels qui ne font pas valoir de droits fondamentaux. Pour autant, l’on peut se demander si, sans aller jusqu’à parler de droits humains, certaines matières du droit économique ne devraient pas être retenues par la justice d’État. C’est pourquoi nous verrons en deux temps la question des clauses compromissoires vis-à-vis des contrats d’adhésion entre professionnels. Autant la montée en puissance de l’arbitrage ces dernières décennies repose sur un besoin d’ouverture (1) ; autant ce besoin doit être tempéré par une protection plus ferme de la partie faible professionnelle, qui subit l’arbitrage plus qu’elle ne le choisit (2).

1 : La faveur jurisprudentielle pour l’arbitrage.

363. *Une institution faisant consensus pour les rapports interprofessionnels.* D’une manière générale, les entreprises louent les bienfaits de l’arbitrage comme une solution de souplesse et d’efficacité qui convient à leurs besoins. La procédure peut s’en trouver bien

⁶⁷⁶ Commission des clauses abusives, recommandation n°2014-02 relative aux contrats proposés par les fournisseurs de services de réseaux sociaux, disponible sur le site de la Commission, point n°44. <http://www.clauses-abusives.fr/recom/14r02.htm>

⁶⁷⁷ A. Lefebvre-Teillard, « L’arbitrage de l’histoire », *Revue européenne de droit de la consommation*, 1^{er} avril 2010, n°2, p. 1. B. de Loynes de Fumichon, « La passion pour la Révolution française de l’arbitrage », *Revue de l’arbitrage*, 2014, n°1, p. 1.

⁶⁷⁸ Civ. 1^{ère}, 2 mai 1966, Galakis, GAJDIP, préc. n°44.

moins chère et bien moins longue que les lourdeurs que peut faire supporter une instance judiciaire. À cela, s'ajoute le bénéfice de la confidentialité obtenu par une telle institution. Un professionnel peut donc se passer de la protection de la justice étatique. Les enjeux dans une instance arbitrale sont en général des sommes d'argent. Ce qui permet de croire, d'une manière générale, que les personnes physiques ne seront pas atteintes dans leurs droits fondamentaux⁶⁷⁹. C'est pourquoi les évolutions récentes du droit international privé ont exprimé une complaisance de plus en plus grande envers ce mode de résolution des conflits. Si bien que c'est la loi elle-même qui l'a consacrée. Désormais, l'article 2061 du Code civil reconnaît qu'une convention passée entre des professionnels est susceptible d'un recours à l'arbitrage. Déjà la jurisprudence antérieure allait dans le sens d'une confiance toujours plus grande à l'arbitrage. L'arrêt Gosset⁶⁸⁰ du 7 mai 1963 avait commencé par reconnaître l'autonomie de la clause d'arbitrage sur le reste du contrat. Puis, en sa Première Chambre civile, le 18 mai 1971, la Cour de cassation estimait que les questions qui relèvent de l'ordre public pouvaient être tranchées par un tribunal arbitral. Enfin, l'arrêt Hecht⁶⁸¹ du 2 juillet 1972 confirmait le principe d'indépendance de cette clause. La clause est même autonome par rapport à la loi qui régit le contrat⁶⁸² ou toute autre règle⁶⁸³. Le rapport qui a précédé le vote de la loi NRE – lequel vote a promulgué le nouvel article 2061 – écrit par Monsieur Besson témoigne du consensus parlementaire qui régnait sur cette question⁶⁸⁴. Il n'est donc pas envisageable qu'un juge français accepte de passer outre une clause d'arbitrage puisque l'arbitre a lui-même la compétence de sa compétence⁶⁸⁵. Peu importe qu'il existe des exceptions concernant les salariés et les consommateurs, hors de notre propos⁶⁸⁶; la validité de la clause d'arbitrage entre professionnels est devenue une situation acquise.

364. Le problème persistant de la partie faible à une convention d'arbitrage. Est-ce forcément une évolution en faveur de la protection de la partie faible ? En matière d'arbitrage, le professionnel partie faible cumule l'inconvénient de pouvoir être attrait devant un arbitre avec celui de demeurer partie faible. Dès lors, la partie forte peut parfaitement échapper aux lois de police comme le droit le permet. D'abord, l'arbitre n'est pas tenu d'appliquer lesdites

⁶⁷⁹ V. par exemple I. Beyneix et L.-C. Lemmet, « L'arbitrage international est-il encore un mode alternatif de règlement des différends? », *RTD Com*, 2012, p. 225.

⁶⁸⁰ Civ., 7 mai 1963, Gosset, Bull., n°246, *D*, 1963, jurisprudence p. 545, note Robert. *Rev. Crit. DIP*, 1963, 615, note H. Motulsky ; *JCP*, 1963, II, 13405, note B. Goldman. *JKI*, 1964, 82, note J.-D. Bredin.

⁶⁸¹ Civ. 1^{ère}, 4 juillet 1972, Hecht, n°70-14.163, *JKI*, 1972, p. 843, note B. Oppetit ; *Rev. Crit. DIP*, 1974, 82, note P. Level.

⁶⁸² Arrêt Dalico, Civ. 1^{ère}, 20 décembre 1993, Bull. civ., 1993, I, n° 372.

⁶⁸³ Arrêt Zanzi, Civ. 1^{ère}, 5 janvier 1999, Bull. civ., 1999, I, n°2.

⁶⁸⁴ Assemblée Nationale, rapport n°2864 de Monsieur E. Besson, article 69 B nouveau.

⁶⁸⁵ Le principe est fréquemment réaffirmé en jurisprudence : par exemple Civ 1^{ère}, 26 octobre 2011, n°10-15.968.

⁶⁸⁶ A. Sinay-Cytermann, « Une disparité étonnante entre le régime des clauses attributives de juridiction et les clauses compromissoires dans le contrat de travail international et le contrat de consommation international », *Rev. Crit. DIP*, 2009, 427.

lois de police. En effet, à l'article 1516 du Code de procédure civile, qui renvoie aux articles 1487 et 1488 du même code, il n'y a que deux conditions qui sont mentionnées pour dire si une sentence arbitrale doit être reconnue ou non : l'exequatur est accordé si le demandeur établit l'existence de cette sentence (même avec une copie⁶⁸⁷) et si celle-ci n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international. L'expression « *manifestement contraire à l'ordre public international* » fait état de critères extrêmement difficiles à rapporter⁶⁸⁸. D'autant plus que l'ordre public, en matière d'arbitrage, est réduit à ce qui n'est que « *flagrant*⁶⁸⁹ » ou « *sérieux*⁶⁹⁰ ». De ce fait, certaines statistiques démontrent que les annulations de sentence arbitrale n'existent quasiment pas. Entre 1981 et 1992, 99,77% de ces sentences arbitrales internationales ont été validées⁶⁹¹. D'aucuns disent que l'exequatur est une sorte de « *tampon affranchisseur* ». ⁶⁹² Un projet de loi Lefebvre prévoyait qu'une clause d'arbitrage soit être interdite dans certains contrats, mais le Parlement n'y a pas donné suite⁶⁹³. Comme nous le disions plus haut, le fait que la Cour de cassation tolère qu'une clause attributive de juridiction fasse échec à l'article L442-6 du Code de commerce montre que ces clauses ne peuvent pas raisonnablement être dites abusives⁶⁹⁴. C'est pourquoi il y a aujourd'hui peu d'espoir d'obtenir quelque protection de la partie faible. Le Professeur Mayer pensait néanmoins que ce caractère illusoire du refus de l'exequatur était de nature à entraîner un changement législatif vis-à-vis de cette situation. Cela prouve que la protection de la partie faible à l'arbitrage par un refus d'exequatur n'a rien d'irréaliste⁶⁹⁵.

⁶⁸⁷ Comme prévu par le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011, codifié à l'article 1516 du Code de procédure civile.

⁶⁸⁸ Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, n°09-67.013, Doga c/ HTC Sweden, *Concurrences* n°4-2010, p. 149, note M. Dany. *D*, 2010, 2933, note T. Clay. Confirmé depuis, Paris, 18 mars 2014 n°12/13601, *CCC* 2014, comm. 128, note N. Mathey.

⁶⁸⁹ Paris, 18 novembre 2004, n°04/08185, *Rev. Crit. DIP*, 2006, 104, note S. Bollée.

⁶⁹⁰ C. Jarrosson, « L'intensité du contrôle de l'ordre public », in E. Loquin et S. Manciaux, (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, Paris, LexisNexis, 2014, p. 161 et s.

⁶⁹¹ S. Crépin, *Les sentences arbitrales devant le juge français. Pratique de l'exécution et du contrôle judiciaire depuis les réformes de 1980-1981*, préf. P. Fouchard, Paris, LGDJ, 1995, p. 249, cité par T. Clay, « « Liberté, égalité, efficacité » : la devise du nouveau droit français de l'arbitrage, commentaire article par article », deuxième partie. *JKI*, 2012, doctr. 8, V. également la première partie : *JKI*, 2012, doctr. 4.

⁶⁹² C. Jarrosson, *op. cit.*,

⁶⁹³ Assemblée Nationale, projet de loi n°3508 enregistré le 11 juin 2011.

⁶⁹⁴ V. *supra*. n°351.

⁶⁹⁵ P. Mayer, « L'étendue du contrôle, par le juge étatique, de la conformité de la sentence aux lois de police », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques : liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 459, cité par C. Jarrosson, *op. cit.*

365. *Présentation.* L'option jurisprudentielle choisie par la Cour de cassation est problématique, dans la mesure où elle laisse la partie faible professionnelle entre les mains d'un arbitre qui n'est pas tenu par le droit impératif national. En effet, l'arbitre n'étant rattaché à aucun for, aucune impérativité ne lui est directement rattachée non plus. Il existe pour autant des fondements pour remédier à cette asymétrie judiciaire.

a : Les risques causés par la jurisprudence favorable aux clauses compromissoires.

366. *Une stratégie avérée de contournement de la protection.* Une partie de la doctrine considère que le recours à l'arbitrage ne doit en rien laisser présager une défaveur pour la partie faible, puisque l'arbitre lui-même est parfaitement capable de défendre les droits de toutes les entreprises⁶⁹⁶. Cette affirmation n'emporte pas pleinement conviction. Soumettre une partie faible à une clause d'arbitrage, c'est parfois la soumettre à des contraintes d'argent, de distance ou de délai. Ces contingences peuvent parfaitement dissuader une entreprise en procédure collective ou de petite taille de faire valoir ses droits. Ce n'est pas pour rien si Monsieur Heuzé a pu dire que ce moyen de résolution des conflits pouvait receler en lui-même un risque de déni de justice⁶⁹⁷. En effet, si la partie demanderesse n'a pas les moyens financiers nécessaires pour agir devant un arbitre, parfois installé sur un continent lointain, et qui nécessite des démarches complexes, elle se résignera à subir son préjudice plutôt qu'à l'en empêcher ou à en demander réparation. « *La justice est ouverte à tous – comme le Ritz* » a pu dire Sir James Matthew, un juge irlandais⁶⁹⁸. Cela se voit plus encore en fait d'arbitrage. Il ne

⁶⁹⁶ P. de Vareilles-Sommières, « La sentence arbitrale étrangère contraire à une loi d'ordre public du for », *JDI*, juillet 2014, doctr.12. O. Cachard, *Droit du commerce international*, Paris, LGDJ, [2^{ème} édition], 2011, p. 492.

⁶⁹⁷ V. Heuzé, « Validité d'une clause compromissoire insérée dans un contrat de consommation », note sous Civ. 1^{ère}, 21 mai 1997, n°95-11.427, *Rev. Crit DIP*, 1998, p. 87. Excepté que depuis 2001, la clause d'arbitrage ne peut être insérée que dans un contrat entre professionnels, en vertu de l'article 2061 du Code civil qui énonce que « *[s]ous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle.* » Il est pourtant admis que ce texte ne s'applique pas pour un arbitrage international : X. Boucoba, « La réforme du domaine de la validité de la clause compromissoire n'est intervenue que pour l'arbitrage interne », *Rev. dr. arb.*, p 125, n°10.

⁶⁹⁸ *Oxford dictionary of quotations*, 4th edition, Oxford, Oxford University Press, [1992], p. 453 (il existe une 8^{ème} édition parue en 2014), cité par K. Sachs, *La protection de la partie faible en arbitrage*, *Gaz Pal*, 17 juillet 2007, n°198, p. 22. E. Loquin, « Rupture brutale de

s'agit pas tant d'insolvabilité que d'impécuniosité. Quid lorsqu'une partie ne peut pas mettre en œuvre la clause pour des raisons financières ? Un blog consacré à la franchise a pu dire en ce sens « [pour dissuader les franchisés d'agir en justice, prévoyez] que seul un tribunal arbitral sera compétent, ledit tribunal siégeant bien sûr à Washington ou à Londres, là où les honoraires des arbitres sont tellement indécents qu'aucun franchisé ne pourra se les payer.⁶⁹⁹ »

367. *L'origine de l'impécuniosité de la partie faible.* Si le Professeur Mayer écarte l'argument de l'impécuniosité surgie en cours de contrat, il laisse suggérer que l'impossibilité financière de recourir à l'arbitrage qui existe à la conclusion du contrat peut justifier une mise en cause de la clause compromissoire⁷⁰⁰. Et encore, l'on pourrait rebondir sur l'affirmation de Monsieur Mayer en disant que la partie forte peut parfois être à l'origine de l'impécuniosité de son partenaire, par des pratiques commerciales qui s'apparenteraient à un déséquilibre significatif. L'application du principe compétence-compétence restreint, d'ailleurs, de façon importante les possibilités de recourir à un juge pour faire constater l'incompétence de l'arbitre.

b : Les moyens relatifs au procès équitable comme technique de protection pour la partie faible.

368. *Le procès équitable comme fondement d'une solution.* Le contrat ne saurait servir de prétexte pour priver l'une de ses parties d'un droit fondamental, surtout si ledit droit est prévu par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'article 6§1 de cette convention se décline en de nombreuses applications. Si bien que la protection de la partie faible à l'arbitrage ne saurait lui être totalement étrangère. La question qui se pose est de savoir si le fait de ne pas avoir de moyen financier suffisant pour procéder à un litige tel que prévu au contrat est une atteinte au droit au procès équitable. La question du courant d'affaires compromettant la neutralité de l'arbitrage est encore différente. La jurisprudence s'est d'ailleurs prononcée plusieurs fois pour préciser l'état du droit à ce sujet comme nous le verrons.

relation d'affaires établie, loi de police et validité de la clause d'arbitrage », *RTD Com*, 2015, 57.

⁶⁹⁹ F. de Saint-Pol, *Réduire ses franchisés en esclavage en sept leçons*, www.blog-franchise.fr, 9 juillet 2013.

⁷⁰⁰ P. Mayer, « La protection de la partie faible en droit international privé », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaison franco-belge*, op. cit., p. 537, cité par C. Seraglini, « Les parties faibles face à l'arbitrage international, à la recherche de l'équilibre », *Gaz Pal*, 15 décembre 2007, n°349, p. 5.

α : La possibilité de revenir sur une clause d'arbitrage pour cause d'impécuniosité en jurisprudence.

369. *Le droit de l'UE*. Pour ce qui concerne le droit de l'Union européenne, la question ne s'est pas posée. Ni la Commission européenne ni la Cour de justice de l'Union européenne ne considéraient que l'arbitrage prévu par contrat pût être une entorse au procès équitable⁷⁰¹. La raison étant que l'arbitre n'est pas l'organe d'un État membre. Le tribunal arbitral n'est donc pas une juridiction selon les termes du Traité. L'arbitrage a donc vraisemblablement gagné la faveur du droit de l'Union européenne.

370. *La Cour européenne des droits de l'homme*. En revanche, pour ce qui concerne le Conseil de l'Europe, cette institution a eu l'occasion de dire les limites que pouvait constituer l'arbitrage au droit au procès équitable. La Cour a eu à traiter des cas « *d'impécuniosité* ». C'est-à-dire, des cas où les parties faibles ne disposent pas de moyens suffisants pour engager les frais de justice. La Cour européenne des droits de l'homme connaît d'ailleurs cette notion de longue date⁷⁰². La Cour de cassation avait pourtant cru dans un premier temps que les dispositions de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme ne trouvaient pas à s'appliquer à l'arbitrage⁷⁰³. On pourrait justifier cette solution par le principe de l'autonomie de la volonté. L'on répond facilement à cet argument qu'une clause entre professionnels peut être abusive, et la clause d'arbitrage peut l'être tout autant. Il existe donc des restrictions à la possibilité de compromettre dans un litige entre professionnels. La Cour de cassation est en effet revenue sur cette jurisprudence⁷⁰⁴. De même, la Cour européenne des droits de l'homme affirma, peu avant que, si les tribunaux arbitraux ne privaient pas, en tant que tels, du droit d'accès à une juridiction, ils constituaient en eux-mêmes ces juridictions requises par l'article 6§1 de la Convention⁷⁰⁵. Les restrictions à l'arbitrage concernant le droit au procès équitable pourraient tenir à l'impécuniosité de la partie qui subit la clause litigieuse.

⁷⁰¹ M. Behar-Touchais, « Arbitrage et ordre public européen », *Revue des affaires européennes*, 2005, t. 2 p. 177 et s. Pour la CJCE, arrêt Evans, 4 décembre 2003, C-63/01, pour la Commission, 12 décembre 1983, Bramelid et Malmström c/ Suède, *AFDI*, 1985, 427.

⁷⁰² CEDH, 21 février 1975, Golder c/ Royaume-Uni, cité par F.-X. Train, « Impécuniosité et accès à la justice dans l'arbitrage international », *Revue de l'arbitrage*, 2012, p. 267.

⁷⁰³ Civ. 1^{ère}, 20 février 2001, n°99-12.574, Cubic, cité par A. Mourre, « Réflexions sur quelques aspects du droit à un procès équitable en matière d'arbitrage après les arrêts des 6 novembre 1998 et 20 février 2001 de la Cour de cassation française », in Collectif, *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 23 et s. ; *Gaz Pal*, 12 décembre 2001, n°346, p. 29, note M.-L. Niboyet ; *Rev. de l'arbitrage*, 2001, n°3, p. 510, note T. Clay.

⁷⁰⁴ Civ. 1^{ère}, 6 octobre 2010, n°09-10.530, *Rev. Crit. DIP*, 2011, n°1, p. 85, note F. Jault-Seseke ; *Cahiers de l'arbitrage*, 2010-4, p. 1177, note A. Mourre et P. Pedone ; *D*, 2011, 265, note N. Fricero.

⁷⁰⁵ CEDH, 3 avril 2008, Regent Company c/ Ukraine, *Rev. arbitrage*, 2009, p. 797, note T. Clay et J.-B. Racine.

Cela ne trouve pas d'écho en jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'homme ne semble pas manifester d'opinion contraire dans ce sens⁷⁰⁶.

371. La Cour de cassation. Il existe dans la jurisprudence de la Cour de cassation, des circonstances où celle-ci laisse entendre que l'impécuniosité pourrait être une entrave au droit d'accès à un juge⁷⁰⁷. Premièrement, dans un arrêt NIOC, qui impliquait un arbitrage d'État, la Cour de cassation avait constaté un déni de justice, lorsqu'une partie au contrat paralysait la constitution de la formation arbitrale⁷⁰⁸. L'expression employée par la Cour est éloquente, il était question d'une « *Impossibilité générale et durable* » de procéder à la saisine de l'arbitre. Il ne s'agit pas encore d'impécuniosité, mais d'une impossibilité juridique. Néanmoins, dans une affaire Pirelli, la doctrine a senti un frémissement de l'état de la jurisprudence : une société in bonis avait assigné devant l'arbitre désigné par le contrat une société en redressement judiciaire. Faute de payer les provisions et frais d'arbitrage, elle ne put présenter de demande reconventionnelle. Devant la cour d'appel, la société impécunieuse parvint à faire valoir que cela constituait une atteinte au procès équitable, car le droit d'accès à un juge s'en trouvait violé⁷⁰⁹. La cour de Paris affirmait en effet que « *les juridictions arbitrales ne sont pas soustraites à l'application* [des principes du droit d'accès à un juge]. » La Cour de cassation censura cet arrêt, mais ne dit rien sur cette question de fond⁷¹⁰. Par la suite, la cour d'appel de Paris estima que l'impécuniosité n'était pas de nature à faire échec à une clause d'arbitrage⁷¹¹. Certes, il ne s'agit pas de dire qu'une révolution en la matière se trouve amorcée par cet arrêt. L'on peut cependant dire qu'il s'agit d'un premier frémissement en faveur de la protection du plaideur impécunieux en matière d'arbitrage.

372. Les tribunaux arbitraux. Il n'est pas non plus pensable qu'un arbitre décline sa compétence en raison de l'impécuniosité d'un litigant. L'on note dans la jurisprudence de la CIRDI une certaine rigidité pour appliquer les conventions arbitrales en matière de

⁷⁰⁶ F. Sudre, J.-P. Marguénaud et alii, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, [7^{ème} édition], 2015, p. 303.

⁷⁰⁷ A. Pinna, *Interview*, Lettre de la Chambre d'arbitrage international de Paris, novembre 2013, sur le site : <http://www.arbitrage.org/newsletter/newsletter-CAIP-2013-11-long.html#dossier2> ; J. Clavel, *Le déni de justice économique dans l'arbitrage international, l'effet négatif du principe compétence-compétence*, thèse Paris II, dir. G. Khairallah, 2011.

⁷⁰⁸ Civ. 1^{ère}, 1^{er} février 2005, n°01-13.742, NIOC c/ Israël, *JCP E*, 2005, p. 676, note J. Béguin.

⁷⁰⁹ Paris, 17 novembre 2011, n°09/24158, *JCP G*, 2012, doctr. 843, note C. Seraglini.

⁷¹⁰ Civ. 1^{ère}, 28 mars 2013, n°11-27.770, *Cahiers de l'arbitrage*, 2013, 479, note A. Pinna ; D, 2013, 2946, note T. Clay.

⁷¹¹ Paris, 26 février 2013, n°12/12953, Soc. Lola Fleurs c/ Soc. Monceau Fleurs, *LPA*, 27 janvier 2014, n°19, p. 9, note M. de Fontmichel.

rémunération du tribunal, peu importe l'impécuniosité ou la réalité des dépenses effectuées par les plaideurs⁷¹².

373. *Transition.* La question mérite réellement d'être posée, car une jurisprudence trop peu regardante sur le droit à accéder à un juge risquerait de faire échec à toute protection en faveur de la partie faible dans un contrat d'adhésion entre professionnels.

β : Les perspectives d'évolution.

Le problème de la clause d'arbitrage n'est pas qu'il transfère le pouvoir de *jurisdictio* à une personne privée. Là où le bât blesse, c'est lorsque ce transfert, à l'origine légitime, a pour but de détourner une règle établie par l'État, à des fins malveillantes. Il faut donc chercher les circonstances où un tel abus peut être décelé.

- Les circonstances permettant de revenir sur une clause d'arbitrage.

374. *En principe, une institution perçue comme bénéfique pour les affaires.* L'arbitrage n'est, en soi, ni un atout, ni une contrainte pour les entreprises. Dans certaines circonstances, il apportera des bienfaits, dans d'autres, il sera nuisible. Tout dépend des modalités dans lesquelles il est pratiqué. L'on remarque d'une manière générale que les sociétés cotées préfèrent cette procédure de solution alternative de règlement des litiges. Et dans leur ensemble, les grandes sociétés manifestent une opinion à peu près similaire. Sur un panel de soixante-dix entreprises françaises interrogées par une étude FIDAL, 76% se déclarent satisfaites par l'arbitrage⁷¹³. Les avantages sont connus : rapidité et souplesse de la procédure, diminution des coûts dans certains cas...⁷¹⁴ Surtout lorsque l'arbitre international siège dans la même ville que l'un des plaideurs. Ces arguments ne doivent toutefois pas conduire à une absolutisation des avantages de l'arbitre. L'arbitrage peut être un moyen de rendre vain tout espoir d'action en justice. Il suffit pour cela de choisir une juridiction arbitrale située dans un autre continent et dont les coûts ne sont jamais raisonnablement payables par des petites entreprises. L'on conviendra que la justice étatique n'est pas non plus exempte de tout reproche. Et même dans certains cas, l'arbitrage peut être préférable. Tout simplement parce que les parties sont en mesure de réduire les coûts de leurs litiges. C'est

⁷¹² CIRDI, 7 février. 2014, Antoine Abou Lahoud et Leila Bounafeh-Abou Lahoud c/ République Démocratique du Congo, n° ARB/10/4, cité par B. Remy, Chronique des sentences arbitrales, *JKI*, 2015, chro. 2.

⁷¹³ I. Vuagon et R. Naimark, en collaboration avec l'American Arbitration Association, *Le management optimisé des litiges*, <https://www.adr.org/aaa/ShowPDF?doc=ADRSTAGE2013413> cité par I. Beyneix et L.-C. Lemmet, « L'arbitrage international est-il encore véritablement un mode alternatif de règlement des différends ? », *RTD Com*, 2012, 225.

⁷¹⁴ I. Beyneix et L.-C. Lemmet, *op. cit.*

donc la clause d'arbitrage stipulée dans une intention malveillante qu'il convient de combattre.

375. *Par rapport au coût : une protection qui existe déjà pour certains contrats.* Pour ce qui est du coût proprement dit, il est tout à fait envisageable de soulever un tel point devant un juge de droit commun. D'abord parce que les consommateurs, sauf exception controversée⁷¹⁵ ne peuvent pas être contraints de plaider devant une juridiction arbitrale internationale⁷¹⁶. Les salariés profitent de la même faveur⁷¹⁷. Or, l'on a pu démontrer que le contrat commercial entre professionnels était parfois une technique efficace contre les rigidités du droit du travail. Indépendamment de tout recours à un « statut » particulier, une juridiction outre-Atlantique a pu juger que le coût de l'arbitrage est déraisonnable et empêche le demandeur (en l'espèce un consommateur) d'avoir accès à un juge pour demander que soit statué son litige⁷¹⁸. Une transposition de cette jurisprudence en droit français n'aurait rien de choquant. Le seul problème serait de prouver le caractère disproportionné du coût de l'arbitrage. La loi LME du 4 août 2008 n° 2008-776 a dispensé le consommateur de rapporter une telle preuve grâce au nouvel article R132-1 du Code de la consommation⁷¹⁹. La clause d'arbitrage dans un tel contrat est présumée abusive. Le texte de l'article énonce au 10° : « *Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non professionnels ou des consommateurs, sont présumées abusives au sens des dispositions du premier et du deuxième alinéa de l'article L. 132-1 [du Code de la consommation], sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de [supprimer] ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges. »* »

376. *Proposition de transposition.* La solution est, à notre sens, tout à fait transposable dans le droit des contrats entre professionnels. À une nuance près cependant : dans le cadre d'un contrat entre professionnels, cette preuve devrait être rapportée par celui qui refuse de plaider devant une instance arbitrale. Faut-il que cette impécuniosité existe dès l'origine du contrat, ou peut-elle avoir surgi en cours de relation d'affaires? La solution qui s'imposerait

⁷¹⁵ Un arrêt *Jaguar* avait permis que le consommateur en mesure de négocier puisse être attrait par une juridiction arbitrale, Civ. 1^{ère}, 21 mai 1997, n°95-11.427. Un arrêt *Rado* l'a étendu à un consommateur ordinaire mais ce dernier arrêt ne semble pas s'être reproduit abondamment en jurisprudence : Civ.1^{ère}, 30 mars 2004, n°02-12.259, *JCP E*, 2005, 676, note C. Seraglini.

⁷¹⁶ Bien que cela soit mis en cause par une proposition de directive européenne, voir *supra*.

⁷¹⁷ Soc, 30 novembre 2011, n°11-12.905 et 11-12.906, *RTD Com*, 2012, 351, note A. Constantin.

⁷¹⁸ 1st department NY, 13 août 1998 Brower c/ Gateway 2000 Inc., 676 NYS 2d 569, cité par M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, préf. T. Clay, Paris, Economica, 2013, p. 126.

⁷¹⁹ M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, *op. cit*, p. 77, n°112.

avec le plus d'évidence serait de dire que la partie forte n'y est pour rien si les affaires de son cocontractant n'ont pas été fructueuses. Il n'aurait donc pas à revenir sur la clause d'arbitrage si le partenaire devient impécunieux au début du procès. D'autant que le risque serait important de voir des personnes organiser leur insolvenabilité pour empêcher un arbitre de procéder à un jugement plus efficace et moins long. On peut néanmoins émettre l'objection que l'insolvenabilité peut être le fait d'un rapport de force déséquilibré entre les parties. On pense tout particulièrement à un déséquilibre significatif généré entre deux acteurs de la grande distribution. Dans ce cas, on pourrait admettre l'insolvenabilité *ex post*, mais le fardeau de la preuve devrait peser sur la partie faible et répondre à des contraintes relativement strictes.

Cela pourrait remettre en cause le principe « compétence-compétence » qui veut qu'une juridiction arbitrale soit souveraine pour décider de sa compétence. La Cour de cassation ne peut cependant pas appliquer ce principe de manière *supra-legem*. Si ce principe est fortement ancré dans la jurisprudence de la Cour de cassation, il demeure que la protection du professionnel partie faible doit l'emporter⁷²⁰.

D'autres problèmes découlent de l'impécuniosité de manière connexe. Par exemple, la distance entre la juridiction arbitrale et le siège des plaideurs, ou bien, la difficulté à affronter financièrement une procédure arbitrale longue. Le problème n'est pas exactement le même, car il peut être résolu de manière plus conciliante. Autant l'impécuniosité doit être résolue par une non-opposabilité de la clause, autant les problèmes de distance ou autres contingences matérielles peuvent être résolus autrement. Il est par exemple possible que les parties s'entendent sur un arbitre plus proche du lieu du siège de la partie faible. Les parties peuvent également convenir de délais pour rendre le litige moins pénible financièrement. La clause ne serait alors pas tant abusive dans son essence que dans son application. La partie forte pourrait sauver l'arbitrage en modifiant ses modalités d'application.

377. *Le courant d'affaires entre partie forte et arbitre.* Il convient d'évoquer le risque de collusion entre la partie forte et l'arbitre. Ce risque provient souvent du courant d'affaires qui subsiste entre l'institution arbitrale et l'entreprise. Ce problème a déjà été largement évoqué en doctrine et en jurisprudence⁷²¹. L'arbitre se voit contraint, lorsqu'il juge d'une affaire, de révéler les liens qu'il entretient avec les parties⁷²². Ces obligations ne sont pas des garanties infaillibles contre la partialité du jugement. Elles n'en sont pas moins nécessaires,

⁷²⁰ Sur le principe compétence-compétence : M. Boucaron-Nardetto, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, préf. J.-B. Racine, Aix-en-Provence, PUAM, 2013. J. Mestre et A.-S. Mestre-Chami, « Prévention et règlement des différends économiques », *RLDA*, 2014, n°98, p. 80, spé. point n°16.

⁷²¹ E. Loquin, « Les liaisons dangereuses de l'avocat avec l'une des parties », *RTD Com*, 2012, 518. J.-A. Diaz, « Indépendance, neutralité et professionnalisme des arbitres. – Le point de vue d'un juriste d'entreprise », *Cah. Dr. entr.*, 2012, dossier 20. L. Weiler, « L'obligation de révélation à l'épreuve de la notoriété du conflit d'intérêt », *Procédures*, 2015, n°3, p. 27.

⁷²² Paris, 29 janvier 2004, jurisdata 2004-241196, *D.* 2004, 3182, note T. Clay.

mais le phénomène révèle davantage encore que l’arbitrage est souvent synonyme d’impasse pour les parties moins familières de l’arbitrage ; même entre professionnels⁷²³.

378. L’analyse des négociations. Enfin, un contrôle des clauses d’arbitrage pourrait être plus consensuel : celui qui consiste à voir comment s’applique la clause compromissoire, et notamment par qui elle est proposée. Dans certains contrats, une partie se réserve le droit de mettre en application la clause, mais prive l’autre partie de ce droit. Si la possibilité de mettre en jeu une clause d’arbitrage est unilatérale, alors il n’y a guère de doute qu’elle puisse être jugée abusive⁷²⁴. Le constat a été fait pour les clauses attributives de juridiction⁷²⁵.

- L’importance d’une jurisprudence audacieuse à propos des clauses d’arbitrage dans les contrats d’adhésion entre professionnels.

379. Indifférence du caractère international de l’arbitrage. Une telle jurisprudence devrait, nécessairement s’attaquer au principe compétence-compétence. Or, dans l’état actuel du droit, il y a fort peu de circonstances qui permettent de contester à l’arbitre, le pouvoir qu’il a de juger du bien-fondé de sa saisine⁷²⁶. L’on pourrait répondre que cette règle ne concerne que le droit international privé et ne saurait être éludée si l’on souhaite pérenniser les échanges internationaux. En réalité, cette règle a presque autant de conséquences sur les rapports économiques internes que transnationaux. Il suffit d’une filiale établie à l’étranger pour que la clause d’arbitrage vienne dénier de tout effet une règle protectrice. Il n’est donc pas absurde de revoir le principe compétence-compétence pour retenir un litige devant les juridictions nationales françaises.

380. Réponse à certaines objections. Convenons toutefois que l’étude d’une clause d’arbitrage comme abusive au cas par cas comporterait beaucoup d’aléas. Une entreprise serait obligée de se renseigner pour savoir si tel plaideur n’est pas en situation d’impécuniosité, par exemple. Toutefois, si l’on considère que cette inopposabilité de la clause d’arbitrage à un professionnel partie faible doit rester l’exception, il est tout à fait opportun de laisser le juge national se saisir du litige. Laisser la clause d’arbitrage jouer pourrait avoir pour vertu de laisser les investissements étrangers générer une forme de croissance sur le territoire. Cela ne pourrait pourtant prévaloir sur la survie des petites entreprises françaises qui ont besoin d’un cadre protecteur pour assurer leur survie.

⁷²³ M. de Fontmichel, *Le faible et l’arbitrage*, op. cit., n°616, p. 336.

⁷²⁴ Sur le sujet : J. Barbet et P. Rosher, « Les clauses de résolution de litige optionnelles », *Rev. de l’arbitrage*, 2010, p. 45.

⁷²⁵ D. Martel, « A la découverte de la clause attributive de juridiction potestative », *D*, 2012, 2876.

⁷²⁶ V. Heuzé, « Arbitrage international : quelles raisons à la déraison ? », *D*, 2011, 2880.

381. Conclusion du paragraphe. C'est pourquoi il convient de concevoir l'arbitrage, non comme une concession à la privatisation de la justice, mais plutôt comme une « délégation de service public », même si le terme n'est pas administrativement approprié. L'arbitrage international ne relève d'aucun État. Il est par définition anational. Cependant, l'arbitrage affecte le domaine d'intervention des États. L'État peut tolérer qu'une instance privée soit chargée de régler un différend ; mais c'est à la condition que cette instance respecte les principes fondamentaux que l'État prend à son compte. Les perspectives de croissance et d'investissements internationaux ne sauraient prendre le pas sur l'équilibre contractuel et le droit d'accéder à la justice. Une telle croissance, de plus, ne saurait de manière pérenne, assurer l'emploi sur le territoire si elle s'affranchit trop facilement des règles de protection de la partie faible. Le mouvement d'ouverture en faveur des juridictions arbitrales qui a trouvé son paroxysme à la fin des années 2000 avec l'arrêt Cornelissen⁷²⁷ n'est pas un mécanisme à sens unique. Un juste équilibre juridique nécessiterait de redonner au juge étatique son rôle de protecteur des personnes les plus faibles.

382. Conclusion de la section. Un choix s'impose, si l'on souhaite, de manière crédible, protéger la partie faible professionnelle. Ou bien l'on décide que les jugements internationaux doivent librement circuler, et mettre le droit national à égalité avec les droits étrangers, voire anationaux. Ou alors, l'on va jusqu'au bout de la logique protectrice et on donne au droit, les moyens d'assumer sa fonction. Mettre le droit national, trop en concurrence avec les droits étrangers, c'est reléguer ce qu'il y a de fondamental au niveau du relatif. Et assurément, le droit le moins protecteur des intérêts de la partie faible attire à lui tous les capitaux étrangers. Cela se vérifie en voyant combien une entreprise en position de force dans un contrat est capable de déroger à l'impérativité, comme nous avons pu l'expliquer (dans l'affaire Monster Cable, par exemple⁷²⁸). Pourtant il ne s'agirait en rien de bannir l'arbitrage. Ce qu'il faut, c'est laisser au juge les moyens de détecter les recours abusifs au droit international privé. La liberté doit être la règle, d'une façon générale. Il n'y a pas lieu de soupçonner une clause d'*electio juris* dans un contrat transnational de poursuivre un dessein malveillant. Il s'agit d'admettre que les abus existent, et qu'une démarche autoritaire de la part d'un juge peut être nécessaire. Tant que le caractère abusif d'une clause de choix de loi, d'une clause attributive de juridiction ou d'une clause compromissoire semble poursuivre un but légitime, une partie, aussi faible soit-elle n'est pas fondée à en exiger l'inopposabilité. En revanche, céder trop facilement au principe compétence-compétence et postuler la confiance internationale est une attitude tout aussi extrême. Si une partie faible démontre qu'une clause à caractère international poursuit un but malveillant, elle ne doit pas en subir les effets pervers. Peu importe que cela génère de l'insécurité juridique dans les milieux d'affaires.

⁷²⁷ Civ. 1^{ère}, 20 février 2007, préc.

⁷²⁸ Com, 22 octobre 2008, préc.

383. *Transition.* Les stratégies ayant pour but de contourner la réglementation protectrice en matière de contrats d'affaires ne concernent pas que le droit international privé. Même sans franchir une frontière, l'expérience montre une série de procédés à cette fin.

Section 2 : Les stratégies de contournement de la protection de la partie faible en droit interne.

384. *Présentation du phénomène.* La protection du professionnel ne se concrétise pas de la même manière, lorsque le juge, souhaitant protéger une entreprise, n'est plus tenu par un traité international ou par une règle de droit international privé. Le juge, *a priori*, devrait être en mesure de maîtriser efficacement les parades stratégiques visant à échapper à la protection du professionnel. Ce n'est pas si simple. L'institution judiciaire n'est pas, en droit français, un « pouvoir » à proprement parler. Le Titre VIII de la Constitution en parle plutôt comme d'une « autorité ». La faculté du juge à rétablir l'équilibre dans le contrat dépend donc des possibilités que lui laissent les pouvoirs législatifs et exécutifs. Les autres dispositions du droit qui ne concernent pas le domaine des contrats d'adhésion entre professionnels doivent donc être, dans une certaine harmonie, avec ce pan du droit. Non qu'il s'agisse de refonder le droit dans son ensemble, mais de repérer les points sur lesquelles la partie forte est susceptible de jouer pour neutraliser la protection. Autrement, l'on court le risque d'une loi qui ne parvient jamais au but poursuivi. Quelles sont ces dispositions du droit positif qui risquent de perturber la moralisation du droit des contrats ? En réalité, dans le droit positif français, l'on distingue deux manières par lesquelles une partie forte endigue les lois protectrices : ou bien elle crée une société filiale qui sert de « fusible » protecteur, et qui la met à l'abri de quelque sanction ; ou bien elle fait stipuler dans le contrat des clauses qui vont ruiner l'efficacité juridique de la protection. Il ne s'agit pas d'une simple clause qui stipulerait que la protection n'opère pas. Cela ne résisterait pas à l'épreuve de l'article 6 du Code civil sur les lois impératives. L'on entend plutôt par là une clause parfaitement légitime en tant que telle, mais appliquée à l'espèce du contrat, aurait un effet pervers délibérément voulu. L'exemple le plus important est celui des clauses de procès. Nous avons déjà vu celles qui concernent le droit international, et nous verrons celles propres au droit national.

385. *Obstacles à surmonter.* Une telle démarche connaît des contraintes. Peut-on aussi facilement remettre en cause le principe de la personnalité morale et la liberté contractuelle ? L'objectif est précisément de ne pas en arriver jusque là. Il est normal que la logique des affaires conduise à créer des entités juridiques qui défendent au mieux les intérêts représentés. Il est tout autant normal que les parties conviennent de clauses qui facilitent leurs litiges lorsque ceux-ci s'avèrent coûteux et préjudiciables. La technique optimale consiste donc à laisser ces instruments juridiques exister comme tels, tout en leur donnant une application particulière lorsque le procès concerne un contrat d'adhésion entre professionnels.

C'est pourquoi nous verrons successivement les techniques sociétaires de contournement de la protection et les clauses de procès.

§ 1 : Les stratégies de contournement par des constructions sociétaires.

386. Les limites du droit des contrats comme vision restrictive du phénomène économique. Le droit des contrats, en principe, ne se soucie que de la relation entre les contractants. Si l'on prend en compte les éléments extérieurs au contrat, l'on rentre davantage sur le terrain de la concurrence par exemple. Cela découle nécessairement de la liberté contractuelle qui veut que celui qui ne veut pas s'engager n'ait pas à répondre des stipulations du contrat. Donc, tout ce qui ne concerne pas les parties ne concerne, en théorie, pas le contrat. D'où l'article 1165 du Code civil qui dispose que « *[l]es conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point aux tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* [du même code] ». Le contrat serait donc une sphère close qui ne répondrait pas de son contexte, et dont les tiers n'auraient pas à répondre. A la vérité, la doctrine et la pratique ont largement identifié les passerelles entre le contrat et le contexte factuel, pour en déduire des conséquences juridiques, et un rapport d'obligation. Il ne s'agit pas ici de faire une présentation exhaustive des limites de l'effet relatif du contrat. Néanmoins, si l'on veut lutter efficacement contre les abus dans les contrats entre professionnels, force est de constater que le malaise ne réside pas forcément dans la relation contractuelle proprement dite, mais s'inscrit dans un contexte économique qui favorise les pratiques abusives. Le juge ne peut pas se contenter de rééquilibrer le contrat s'il n'ouvre pas son champ d'analyse au contexte juridico-économique.

387. Les connexions entre les entités juridiques. Cela est évident. Si nous cherchons à rétablir l'équilibre contractuel en fonction de la négociation, l'on doit admettre que la négociation n'est pas seulement l'affaire des parties, mais qu'elle peut s'analyser en fonction de la structure juridique. Le droit de la concurrence le sait de longue date. La Commission européenne n'est pas dupe des structures économiques telles qu'elles se présentent sous leur visage commercial. La Cour de justice de l'Union européenne y est encore moins docile puisque, comme nous allons le voir, elle n'hésite pas à prendre des mesures audacieuses pour parer aux confusions entre les structures juridiques. Typiquement, l'on peut affirmer qu'une entreprise qui ne possède que 1% de part sur un marché, mais qui est détenue à 99% par une entreprise en position dominante (disons 75% de part de marché), possède un pouvoir de négociation que l'on ne peut négliger naïvement en se concentrant sur l'entreprise « de paille ».

388. Annonce de plan. Cette perspective juridique paraît assez risquée. Les concepts

juridiques doivent se montrer relativement flexibles pour convenir à toutes les exigences que cela recèle. Nous n'y voyons pourtant pas l'occasion de tordre les grands concepts du droit civil et du droit commercial. Au contraire, une analyse réaliste de la question permettrait de faire une jonction cohérente entre le droit des contrats et le droit de la concurrence. Dans les deux disciplines, il devient de moins en moins possible de se passer du contexte pour analyser une opération. Et bien souvent, les déterminants du problème peuvent se ressembler dans les deux cas. A tout le moins, convient-il de trouver la technique juridique appropriée et de la circonscrire au domaine qui s'y rapporte le plus justement. C'est pourquoi, après avoir montré que les techniques sociétaires constituaient parfois de véritables stratégies d'évitement (A), nous verrons que ce constat n'est pas indépassable (B).

A: Les problèmes soulevés par les techniques sociétaires

389. *Retour sur l'existence des personnes morales.* La question des techniques sociétaires frauduleuses découle en fait de la possibilité permise par le droit moderne de créer un pouvoir de représentation juridique, qui ne repose pas sur la nature humaine, mais sur une entité plus abstraite. Autrement dit, la personnalité juridique n'est pas confinée à la personne physique, mais également étendue à la personne morale. Ce débat aujourd'hui n'est plus d'actualité, mais ses tenants et aboutissants sont importants pour éclairer les conséquences du choix qui a été fait. La création d'une personnalité artificielle a donné lieu à certains effets secondaires sur le droit des affaires. Cela se traduit de manière très concrète par des impasses dans la politique économique, notamment en matière de concurrence.

390. *Subdivision.* Si l'on veut passer outre le cadre juridique imposé par les personnes contractantes, et viser judiciairement une personne (prétendument) étrangère au contrat, nous commencerons par voir les éléments doctrinaux à la base de la reconnaissance de la personnalité juridique (1) pour voir ensuite les conséquences néfastes qui peuvent en découler (2).

1 : Le débat sur la personnalité morale.

391. *Le patrimoine comme clef de la personne morale.* L'on ne remettra pas en cause un siècle de pratique législative et jurisprudentielle reconnaissant la personnalité juridique⁷²⁹ ; pas plus que l'on ne développera par le menu l'intégralité des controverses juridiques. Car, même au début du XX^{ème} siècle, Raymond Saleilles le rappelle, la personnalité morale est

⁷²⁹ J.-L. Aubert et E. Savaux, *Introduction au droit, et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Sirey, [15^{ème} édition], 2014, n°195, p. 216.

beaucoup trop ancrée dans les mœurs pour que l'on puisse, sur la base de théories, aussi convaincantes soient-elles, annuller les bienfaits dont on a pu tirer le fruit⁷³⁰. L'on peut alors regarder de plus près le succès de cette personnalité juridique pour en comprendre les tenants. Pourquoi des personnes physiques s'emploient-elles à utiliser des personnes morales ?⁷³¹ La finalité peut être lucrative, mais ne l'est pas forcément. Certaines vont s'associer pour une cause sportive, par exemple. D'autres vont mettre en commun des capitaux pour maximiser leur profit. Il semble que ce qui est constant dans l'attribution de la personnalité juridique, c'est l'existence d'un budget assigné à une finalité. Ces personnes décident de mettre de l'argent à part pour un objectif précis. De là, la personne juridique en question va employer des fonds pour cette finalité et éventuellement en récolter des bénéfices. Donc, la personne morale, en quelque sorte, est un instrument qui sert à distinguer les intérêts particuliers des personnes physiques et garantir la poursuite d'une cause commune au plan pécuniaire. De la même manière, l'entreprise unipersonnelle sert à préserver le patrimoine de son dirigeant. C'est donc le patrimoine qui est au cœur de la personnalité morale ; ou plutôt, le patrimoine associé à une finalité. D'où la conclusion d'Aubry et Rau⁷³² : une personne n'a qu'un patrimoine. L'EIRL ne remet que partiellement en cause cela. En effet, le patrimoine affecté sert également à protéger un autre patrimoine⁷³³. C'est en quelque sorte un patrimoine mis à part dans le patrimoine. L'on comprend alors le succès de la personne morale. Il réside, pas tant dans l'existence d'une personne avec une volonté, mais l'on dira plutôt que ce succès est dû à la nécessité de mettre à part un patrimoine en vue d'un objectif pré-déterminé.

392. *La personne morale comme « outil » plus que « personne ».* Une personne se résume-t-elle à l'existence d'un patrimoine ? La vie juridique se résume-t-elle, ou non, à autre chose que des mouvements de fonds d'un patrimoine à l'autre ? La fameuse controverse sur la personne morale qui a donné lieu à deux citations célèbres trouve ici son sens: « *Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale* » affirme Jèze. « *Moi non plus* », répond Soyer, « *mais je l'ai souvent vue payer l'addition.* » Autrement dit, la gestion de l'argent est au cœur du concept de personne morale⁷³⁴. Une personne morale c'est de l'argent assigné à une fin. C'est donc plus un instrument qu'une personne. Une personne, dans son sens le plus originel du terme, n'est l'instrument de rien. Elle se suffit à elle-même. Elle est sa propre finalité, c'est

⁷³⁰ R. Saleilles, *De la personnalité juridique*, Paris, Arthur Rousseau et Cie, 1922, p. 521, cité par A. Mancini, *La personnalité juridique dans l'œuvre de Raymond Saleilles*, Paris, Buenos Books International, 2007, p. 13.

⁷³¹ C. Larroumet et A. Aynès, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Economica, [6^{ème} édition], 2013, Paris, t. 1, p. 263.

⁷³² V. C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode Zachariae*, Paris, Marchal et Billard, [5^{ème} édition], 1922, t. IX, p. 333, § 573 et s. Disponible sur www.gallica.fr

⁷³³ M. Mekki, « Le patrimoine aujourd'hui », *JCP N*, 2011, 1258 et 1327.

⁷³⁴ Monsieur Zénati abonde dans ce sens. F. Zénati, « Mise en perspective et perspective de la théorie du patrimoine », *RTD Civ*, 2003, 667.

une entéléchie⁷³⁵. La loi a d'ailleurs eu bien du mal à imposer aux personnes morales, des sanctions pénales autres que pécuniaires⁷³⁶. Dès lors, si l'on veut moraliser le droit des contrats, peut-on se fier aux simples limites que détermine la personnalité juridique, au risque de se plier aux artifices sociétaires faits par les contractants eux-mêmes ? La réalité du pouvoir de négociation n'est-elle pas ailleurs que dans les parties qui apparaissent dans le contrat ?

2 : Les conséquences qui découlent nécessairement du choix de la personnalité juridique.

393. *Le phénomène de l'écran sociétaire.* Le premier inconvénient que l'on pourrait discerner à la personnalité juridique, c'est qu'elle fait office d'écran entre les contrats. Il se génère donc une distinction entre celui qui pose un acte et celui qui en subit les conséquences. Le besoin de transparence dans le droit des affaires en pâtit nécessairement. Il devient par ce processus, de moins en moins facile de discerner qui est à l'origine des actes posés et qui doit en répondre. Cela se ressent de façon notable en matière de droit des entreprises en difficulté qui laisse la notion de personne morale primer⁷³⁷. C'est la pierre d'achoppement qui relance nécessairement le débat sur la personnalité morale. L'on ne saurait dénier à ce phénomène d'écran, une certaine part d'utilité, dans la mesure où la protection de la partie faible ne s'accorde pas forcément avec les besoins des créanciers. Autant, l'on peut considérer qu'un chef d'entreprise puisse être protégé contre le surendettement grâce au jeu d'une création sociétaire ; autant il faudrait qu'une partie faible puisse se retourner contre le contractant écran avec qui elle a signé une convention, lorsque l'écran sert à procéder à un abus. Cette position n'est pas celle de la Cour de cassation. Celle-ci a pu dire que les associés de la SCI ne sont pas contractuellement liés aux créanciers de celle-ci⁷³⁸. D'où un certain sentiment

⁷³⁵ S. Tzitzis, « Personne et personnalisme juridique », in X. Bioy (dir.), *La personnalité juridique*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 18. J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, (Thémis), [2^{ème} édition], 2013, p. 49. Sur la confusion entre sujet de droit et personne juridique, J. Carbonnier, « Être ou ne pas être, sur les traces du non sujet de droit », in *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, [10^{ème} édition], 2001, p. 231. Aubry et Rau, eux, parlent de la personnalité morale comme un « *être de raison* » dans leur cours de droit civil français traduit de Zachariae *op cit.*, p. 268, §54).

⁷³⁶ F. Desportes et F. Le Gunehec, « Présentation des dispositions du nouveau Code pénal (Lois n° 92-683 à 92-686 du 22 juillet 1992) », *JCP G*, 1992, I, 3615.

⁷³⁷ C. Freyria, « La personnalité morale à la dérive », in *Mélanges en hommages à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p. 124.

⁷³⁸ Com, 8 novembre 2000, n°95-18.331, *Bull. Joly*, 2001, p. 190, note F.-X. Lucas, cité par M. Caffin-Moi, *Cession de droits sociaux et droits des contrats*, préf. de D. Bureau, Paris, Economica, 2009, p. 307.

d'injustice pouvant naître lorsque l'auteur de l'abus tire un profit de l'appauvrissement de la partie faible.

394. L'inconvénient du besoin de concentration des entreprises. Et pourtant, Georges Ripert en fait la clef du développement du capitalisme moderne. Cela est compréhensible dans la mesure où seule la personnalité morale favorise la concentration des moyens économiques, et de là, le pouvoir de marché⁷³⁹. L'effet est évidemment à double tranchant. Faut-il imposer un retour en arrière pour revenir à une économie uniquement fondée sur le patrimoine des personnes physiques ? Certes non, mais il convient de tirer les conséquences néfastes de la personnalité morale pour parvenir à un droit des contrats équitable. Le tout étant de trouver une grille d'analyse qui sépare le légitime de l'illégitime. En présence d'une société-écran, certaines fautes doivent être assumées par le contractant « réel ».

395. Le pouvoir économique, autre forme de l'écran contractuel. Le problème de l'écran ne concerne pas que le droit des sociétés. Il peut simplement découler du droit des contrats. En effet, pour que la négociation soit faussée, une participation au capital d'une entreprise par un tiers malveillant n'est pas forcément nécessaire. Il faut simplement que le pouvoir de négociation soit déplacé vers un tiers au contrat par des mécanismes de fait. Nous avons déjà pu évoquer les techniques de franchisage dans la grande distribution qui sont très difficilement résolubles en droit puisque la franchise ne connaît aucune définition juridique exacte⁷⁴⁰. Si bien que l'écran ne réside pas tant dans l'existence d'une société que dans un pouvoir de fait. Ce pouvoir peut s'exercer par le biais d'une influence économique importante⁷⁴¹. L'on pense surtout à la dépendance économique. L'idée demeure néanmoins que la personne juridique désignée par le droit ne correspond pas forcément au pouvoir décisionnel qui a fait pencher les négociations dans un sens ou dans l'autre.

396. Transition. La question de la société-écran n'est pas nouvelle et la jurisprudence s'en est emparée à plusieurs reprises. Le domaine concerné n'était pas forcément celui des contrats d'adhésion entre professionnels; bien qu'à chaque fois, la question de droit traitée soit relativement connexe. Nous allons donc étudier les réponses du droit positif sur cette question, voir dans quelle mesure elles conviennent à l'équilibre des négociations et dire comment elles pourraient être améliorées.

⁷³⁹ G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 1951, [2^{ème} édition] [réimp. 1995], p. 51.

⁷⁴⁰ V. *infra*. n°536.

⁷⁴¹ T. d'Alès et L. Terdjman, « L'écran sociétaire, rempart face à la mise en cause d'une société mère du fait de sa filiale », *JCP E*, 2014, 1584.

397. *Introduction.* Que la technique soit sociétaire ou simplement contractuelle, il n'est pas forcément le résultat d'une intention malveillante. Ce qui est montré du doigt, c'est que l'action en justice n'est plus guère efficace parce qu'elle ne vise pas la bonne personne. Bien souvent, l'enjeu est tel que le législateur ou la jurisprudence choisit de déformer les catégories du droit pour faire appliquer une décision équitable. On retrouve cela en droit fiscal, en droit de la concurrence, ou en droit privé général lorsqu'il est question de fraude.

398. *Exclusion de certains concepts juridiques.* Il existe une foule de procédés par lesquels le juge peut faire appliquer le contrat par des tiers. On pense par exemple à la théorie des ensembles contractuels (qui se passe ou non du fondement de la cause) par laquelle elle arrive à créer des obligations entre personnes n'ayant pas contracté l'une avec l'autre⁷⁴². Nous ne retiendrons pas ici cette notion dans la mesure où il n'est pas tant question d'opposer une créance, mais de trouver la personne qui influe le plus sur les négociations, et caractériser ensuite le contrat entre professionnels comme « d'adhésion ».

L'on ne retiendra pas non plus la question des chaînes de contrats qui relève davantage du problème de la frontière entre responsabilités extracontractuelle et contractuelle. Notre étude vise plutôt à voir comment échapper aux stratégies de contournement en associant la personne partie au contrat à celle à qui celui-ci profite. L'enjeu est de voir en quoi les parties au contrat ne sont pas le seul siège des négociations.

Il sera donc question de voir les différents procédés puis de voir en quoi ils répondent ou non au besoin de protection de la partie faible dans les contrats d'adhésion entre professionnels.

1 : Les procédés judiciaires pour contourner les écrans sociétaires.

La pratique a créé différentes techniques que nous allons à présent décliner. La technique la plus efficace est de considérer qu'une branche juridique est si cruciale pour les intérêts publics qu'elle justifie qu'on y applique des concepts autonomes. C'est le cas du droit fiscal (a). Autrement, le droit européen de la concurrence connaît la notion « *d'entreprise* »

⁷⁴² J. Flour, J.-L. Aubert, et E. Savaux, *op. cit.*, n°460, p. 476. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n°348, p. 397. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, I- Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 485. D. Mazeaud, « Groupes de contrats : liberté contractuelle et réalité économique », *D*, 2011, 566.

qui peut surmonter les effets indésirables de l'écran sociétaire (b). D'autres techniques existent qui se déclinent de plusieurs manières (c).

a : L'autonomie du droit fiscal.

399. *L'exception du droit fiscal*. Le droit fiscal ne se laisse pas facilement contraindre par les catégories de la doctrine. En effet, ce qu'il porte à la clef, c'est la survie financière de l'État. D'où l'existence de grands moyens pour ne pas laisser les recettes fiscales lui échapper au gré des constructions juridiques, aussi subtiles soient-elles. D'où le principe de l'autonomie du droit fiscal qui apparaît en jurisprudence. Cela concerne en grande partie des questions de preuve⁷⁴³. Et pour ce qui concerne l'interposition d'une société-écran, le droit fiscal fait peu de cas de la cohérence juridique pour échapper aux parades des contribuables. Pour cela, le juge fiscal effectue une distinction entre personnalité juridique et personnalité fiscale. Un professeur a pu parler de négation partielle de la personnalité juridique⁷⁴⁴. Ce « *partiel* » ne dit pas ses limites, si bien que d'autres ont pu parler de « *sac d'embrouilles* » à ce sujet⁷⁴⁵. En effet, il n'est pas nécessaire de rechercher une cohérence là où il n'y en a pas. L'on peut expliquer le dépassement de la personnalité morale en droit fiscal par la notion de fraude, d'abus ou d'apparence. Cela peut-il valoir ailleurs que pour le droit fiscal ? La spécificité de la matière est plus caractéristique que dans une autre branche du droit. Aussi, ce particularisme qui s'impose se passe-t-il des techniques juridiques importées dans d'autres branches du droit, bien qu'il ne se prive pas de s'en inspirer⁷⁴⁶.

400. *L'extensibilité de cette exception au droit de la concurrence*. Cette exception accordée au droit fiscal, rendue nécessaire par des impératifs sociaux fait penser au régime exceptionnel dont bénéficie le droit de la concurrence, notamment en matière de preuve des cartels⁷⁴⁷. En effet, la Cour de justice de l'Union européenne a pu se montrer très peu regardante sur le droit de la preuve lorsque certains éléments laissaient soupçonner une entente⁷⁴⁸. Sommes-nous dans la même configuration ? La libre concurrence est à la base du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. La lutte contre les ententes illicites est

⁷⁴³ T. Jany, « Actualité de la preuve en droit fiscal », *Les Nouvelles fiscales*, 1^{er} octobre 2008, n°1009.

⁷⁴⁴ O. Debat, *Droit fiscal des affaires*, Paris, Montchrestien, 2010, p. 294 et s, cité par N.-B. Diop et M.-L. Salvador, « La transparence des personnes morales et le droit fiscal », in X. Biou (dir.) *La personnalité juridique*, op. cit., p. 268.

⁷⁴⁵ M. Cozian, A. Viandier, et M. Deboissy, *Droit des sociétés*, Paris, Litec, [27^{ème} édition], 2014, cité par N.-B. Diop et M.-L. Salvador, op. cit.

⁷⁴⁶ H. Paerels, *Le dépassement de la personnalité morale, contribution à l'étude des atteintes à l'autonomie des personnes morales en droit privé et droit fiscal français*, préf. de M. Cottini, Thèse Lille II, 2008, p. 267 et s.

⁷⁴⁷ M. Baillat-Devers, *La preuve en droit de la concurrence*, op. cit., p. 76, n°101.

⁷⁴⁸ *Id.*

donc une question cruciale qui n'appelle pas les mêmes règles de preuve que les infractions aux personnes. De même, un droit fiscal facilement manipulable par des astuces juridiques compromettrait trop facilement la stabilité de l'État. Tel n'est pas le cas pour notre étude. Le droit des contrats français a pu se passer longtemps de l'analyse des négociations, et celle-ci ne peut fonctionner que comme une exception. Certes, la lutte contre les abus dans le contrat devient de plus en plus nécessaire à cause de l'apparition d'entreprises de plus en plus puissantes, capables de dicter le comportement de leurs partenaires. Et dans cette optique, les règles du droit civil classique ne suffisent pas. En revanche, la démarche de l'analyse des négociations doit plutôt trouver à s'insérer dans les concepts transversaux du droit privé.

b : La notion d'entreprise en droit de la concurrence.

L'entreprise comme entité pertinente pour caractériser une infraction de concurrence est une idée qui provient du droit de l'Union européenne, mais qui touche à d'autres sphères.

a : L'origine européenne de la notion d'entreprise.

401. Émergence du concept. La question est toute particulière pour le droit de la concurrence. En effet, plus que d'autres branches du droit, il a trait au droit pénal. Or le droit pénal connaît un principe de personnalité des poursuites et des peines. Autrement dit, la personne condamnée doit être celle qui est mentionnée par le texte, et non pas autre personne. Chose relativement étrange lorsque l'on connaît la propension des entreprises à se fondre dans des stratégies de fusion et de restructuration. Le droit des pratiques anticoncurrentielles ne s'est pas laissé faire par ces parades. La Traité pour le fonctionnement de l'Union européenne et les textes auxquels il a succédé retiennent la notion « *d'entreprise* » pour poursuivre les auteurs d'entente et d'abus de position dominante. Ce concept juridique est volontairement transversal à tous les systèmes nationaux. De prime abord, il convient de dire que le droit français s'est, dans un premier temps, mal emparé de ce concept⁷⁴⁹. Heureusement, sous l'influence du droit de l'Union européenne, il a gagné en importance. C'est sur le fondement de l'activité économique que la Cour de justice de l'Union européenne se fonde pour identifier une telle entité⁷⁵⁰. Encore que cela déplace le problème sur la notion d'activité économique. La jurisprudence répond de manière constante que cela consiste à offrir des

⁷⁴⁹ P. Didier, « La notion d'entreprise », in *Le Droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 845. T. Lamarche, « La notion d'entreprise », *RTD Com*, 2006, p. 709. A.-S. Choné-Grimaldi et G. Godiveau, « L'entreprise, interface des rapports entre l'Union européenne et les États-membres : le droit antitrust », in Colloque : Les dimensions de la sphère publique en droit de la concurrence, Caen, 3 octobre 2014, *RJ Com* 2014, n°6 p 456

⁷⁵⁰ C. Prieto, note sous CJCE, 26 mars 2009, C-133/07 P, *JDI*, avril 2010, chro. 3.

biens ou des services sur un marché donné⁷⁵¹. L'on remarque que ce n'est pas la notion de profit, mais la notion de marché qui est déterminante. La jurisprudence s'est affinée, et le Tribunal de l'Union européenne a pu dire que l'entreprise visée à l'article 102 du TFUE désignait une « *unité économique* »⁷⁵². En quoi une telle définition permet-elle d'échapper aux confusions quant à la personne déterminée par le texte ? On notera qu'à propos de la rupture brutale des relations commerciales établies, la jurisprudence récente de la Cour de cassation refuse de regarder au-delà des personnes morales, ni par le biais d'un sous-traitant interposé⁷⁵³, ni par le biais d'un actionnaire commun⁷⁵⁴.

402. En droit des ententes. Dès lors, l'identification d'une entreprise selon ces critères permet d'impliquer une personne qui ne semblait pas, de prime abord, concernée par la situation juridique litigieuse. Si bien que pour ce qui est d'une entente, l'action circule au sein d'un groupe de sociétés. La Commission européenne a le choix d'engager des poursuites ou non contre les filiales ou la société mère. Cela découle de la jurisprudence Akzo⁷⁵⁵. Pour effectuer son choix, la Cour de justice de l'Union européenne met à disposition du juge une série de critères qui allient le juridique et le factuel⁷⁵⁶. D'une manière générale, ce qui doit ressortir, c'est l'ampleur de l'autonomie de la filiale. L'on a par exemple égard à la part de capital possédée par la société mère, ou bien le mode de décision ou de contrôle opéré par une société sur l'autre. La composition du directoire de la société filiale est donc un critère regardé de près⁷⁵⁷. C'est donc le critère de l'influence qui est retenu. L'idée est donc d'évaluer le pouvoir décisionnel d'une entité sur l'autre. Cela amène à un contrôle relativement subjectif, mais qui s'appuie sur des points précis. La Cour va regarder avec précision l'organisation des deux entreprises⁷⁵⁸. Il est cependant à noter que la Cour ne cherche pas tant à savoir qui est coupable d'entente, mais plutôt qui sera sanctionné. A ce point qu'une entreprise qui rachète des parts de marché d'une société auteur d'entente peut « hériter » des déconvenues judiciaires de sa nouvelle filiale et payer l'amende, à tout le

⁷⁵¹ CJCE, 23 avril 1991, Höfner et Elser, C-41/90 ; CJCE, 24 octobre 2002, Aéroport de Paris c/ Commission, C-82/01 P ; CJUE, 3 mars 2011, AG2R Prévoyance, C-437/09. V. L. Idot, « La notion d'entreprise en droit de la concurrence révélateur de l'ordre concurrentiel », in Collectif, *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Éditions Frisons-Roche, 2003, p. 523.

⁷⁵² Trib. UE, 17 mai 2013, T-146/09, Parker.

⁷⁵³ Com, 7 octobre 2014, n°13-20.390, Lapeyre, *JCP E*, 2015, 1071, note N. Mathey.

⁷⁵⁴ Com, 7 octobre 2014, n°13-19,692, *Ibid.*

⁷⁵⁵ TPICE, 12 décembre 2007, T-112/05, *LPA*, 11 février 2008, n°30, p. 5, note P. Arhel.

⁷⁵⁶ Par exemple, CJUE 11 juillet 2013, C-429/11, C-439/11, C-440/11 et C-444/11, *Europe*, 2013, comm. 409, note L. Idot. CJUE, 4 juillet 2013, C-287/11 P, *LPA*, 11 mars 2014, n°50, p. 4, note P. Arhel.

⁷⁵⁷ Trib. UE, 11 juillet 2014, T-540/08, T-541/08, T-543/08, *Europe*, 2014, comm. 409, note L. Idot.

⁷⁵⁸ L. Arcelin-Lécuyer, *Juriscl. Concurrence-consommation*, fasc. 35, « Notion d'entreprise en droit interne et européen de la concurrence », juillet 2014.

moins en droit national⁷⁵⁹. On peut donc constater que la notion d'entreprise en droit des ententes sert autant à identifier le centre décisionnel de l'entreprise qu'à désigner celui qui doit être sanctionné. Il n'est pas forcément choquant qu'une faute ne soit pas nécessaire pour que la société mère paie pour les fautes de sa filiale. En effet, elle peut tirer un certain profit des fautes même sans en avoir été à l'origine.

403. *En droit des abus de position dominante*. Pour ce qui a trait aux abus de position dominante, la notion d'entreprise trouve encore quelques nuances. En effet, il s'agit de voir dans quelle mesure une entreprise est en état de dominer un marché. Une telle démarche s'accorde mal avec l'idée que l'on doit se contenter des personnes juridiques impliquées. Il faut au contraire avoir une approche plus pragmatique de l'entreprise concernée. L'on sait de manière constante que la détermination de la position dominante ne répond pas, en droit de la concurrence, à des critères rigides. Au contraire, l'on a plutôt égard à un faisceau d'indices⁷⁶⁰. Ce n'est cependant pas la notion d'entreprise qui va jouer pour la détermination de la position dominante. D'ailleurs, les liens entre les entreprises elles-mêmes importent peu. La Cour de justice de l'Union européenne a davantage mis en avant la notion de « *position dominante collective* »⁷⁶¹. Autrement dit, non seulement le juge ne tient pas compte des techniques sociétaires, mais il ne tient même pas compte des liens juridiques et financiers⁷⁶². Pourtant, il y aurait lieu de regarder les critères considérés pour évaluer la responsabilité de la société mère pour le fait de la filiale⁷⁶³. En effet, le juge s'attache aussi à la proximité du contrôle de la société mère sur l'entreprise dont elle détient une part importante du capital⁷⁶⁴.

⁷⁵⁹ G. Decocq, « Qui fusionne « hérite » de l'entente ! », CCC, 2007, comm. 306, note sous Paris, 23 octobre 2007, jurisdata 2007-344650. Dans le même sens, M. Chagny, « La Cour de cassation affirme qu'une amende civile peut être prononcée à l'encontre d'une société ayant absorbé par voie de fusion l'auteur de pratiques contraires à l'article L442-6-I du Code de commerce », *Concurrences* 2-2014, 122, note sous Com, 21 janvier 2014, n°12-29.166, Carrefour

⁷⁶⁰ En droit national, le Conseil de la concurrence a fait sienne cette méthode, notamment dans sa décision n°02-D-44 du 11 juillet 2002. V. J.-B. Blaise, *Rép. Dalloz, Droit commercial*, « Abus de position dominante », octobre 2005 (mise à jour janvier 2015), point n°137.

⁷⁶¹ M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen*, op. cit., n°502, p. 232.

⁷⁶² M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence*, Paris, Armand Colin, [3^{ème} édition], 2005, point n°374.

⁷⁶³ L'on considérera que l'entreprise et la filiale doivent être condamnée chacune pour leur fait personnel et non pas en vertu du fait d'autrui. En effet, ce qui est reproché, c'est une forme de complicité, la faute étant globalement attribuée à une « entreprise ». M. Behar-Touchais, « Imputabilité d'une pratique anticoncurrentielle de la filiale à sa mère et action privée », *RDC*, 2014, 730. S. Carval, « Le juge anglais ne peut pas sauver l'action exercée à tort contre le distributeur d'un vaccin défectueux », *D*, 2010, 1753. Contra, R. Saint-Esteben, « La question de la responsabilité civile des sociétés mères du fait des infractions aux règles de concurrence commises par leurs filiales », *Concurrences* 3-2014, p 5.

⁷⁶⁴ V. Pironon, « Actualité du droit de la concurrence et des pratiques anticoncurrentielles : les groupes de sociétés en droit des pratiques anticoncurrentielles », *LPA*, 6 octobre 2011, p. 3.

β : Application en droit national

404. *Un concept approprié pour lutter contre la fraude en général.* Cette notion d'entreprise peut-elle traverser les différentes branches du droit et s'appliquer de manière universelle à l'ensemble des catégories du droit commercial ? Il semble que oui. Certes, l'idée originelle était purement pragmatique. Il s'agissait de garantir l'effet utile du traité instituant l'Union européenne, de sorte que les parades du droit des sociétés ne viennent pas rendre vaine la règle de libre concurrence. Néanmoins, elle répond à un problème plus global de la société-écran. Elle prend le parti de dire qu'il faut rechercher l'intention profonde des personnes et la réalité des faits, plutôt que de s'en tenir aux apparences conférées par les personnes morales. Le droit des contrats d'affaires a tout lieu de reprendre à son compte la notion d'entreprise. Et plus encore, par exemple, le droit du travail pourrait ainsi échapper aux stratégies de contournement de la loi. Le recours aux travailleurs détaché en est un. Une proposition de directive a été émise en ce sens. Les lois de police ont été la première réponse ; mais le droit s'efforce toujours plus de regarder « *la réalité de la situation juridique sous-jacente* »⁷⁶⁵. La notion d'entreprise permettrait par exemple de réunifier l'employeur réel et l'employeur contractuel lorsque ceux-ci se confondent

405. *L'irradiation du droit des pratiques restrictives de concurrence.* En droit des pratiques restrictives de concurrence, dans un arrêt remarqué, le juge s'est approprié cette notion communautaire de l'entreprise pour une action du ministre fondée sur l'article L442-6 du Code de commerce concernant des avantages sans contrepartie⁷⁶⁶. La société Carrefour dans son pourvoi invoquait le principe de personnalité des délits et des peines, notamment du fait de la fusion absorption qui avait fait disparaître la personne morale auteur des actes reprochés. La question n'était pas banale, car elle mettait en cause un principe à valeur constitutionnelle comme le rappelait le pourvoi. La solution de la Cour de cassation fut un parfait écho de la jurisprudence communautaire. De ce fait, il balaya d'un seul coup tout le flou juridique qui régnait autour du domaine *ratione personae* de l'article L442-6 du Code de commerce en lui transposant l'activité économique bien connue de la Cour de justice de l'Union européenne⁷⁶⁷. Il faut prendre la mesure de ce tournant. Il en va, comme nous l'avons

L. Arcelin, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Paris, Litec, 2003, p. 52 et s.

⁷⁶⁵ E. Pataut, « Détachement et fraude à la loi », *Revue Dalloz de droit du travail*, 2014, 23.

⁷⁶⁶ Com, 21 janvier 2014, n°12-29.166, *JCP E*, 2014, 1124, note L. Arcelin-Lécuyer. V. aussi. M. Behar-Touchais, « De l'entreprise comme sujet de droit des pratiques restrictives de concurrence », note sous arrêt Com, 21 janvier 2014, *RDC*, 2014, 415. Également, *Concurrences* 2-2014, 122, note M. Chagny

⁷⁶⁷ M. Chagny, « L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ? », *RTD Com*, 2013, 500.

dit, d'un principe à valeur constitutionnelle : la personnalité des poursuites et des peines⁷⁶⁸. La justice a parfois utilisé la question de la « *succession économique* »⁷⁶⁹ pour contourner ce principe ; mais il semble qu'il faille aller encore plus loin. En quelque sorte, il s'agirait de discerner une unité économique entre les personnes morales. C'est ici que l'on ressent les limites de la personnalité morale en tant que telle. Une personnalité morale est par nature impersonnelle et pour accomplir des actes, une autre personne morale peut très bien lui être substituée.

406. Application à l'analyse des négociations. Peut-on étendre la notion d'entreprise à la sanction des contrats d'adhésion entre professionnels ? Cela paraît bienvenu pour l'ensemble. Certes, la notion d'entreprise ne se confond pas avec celle de professionnel. Une telle notion restreindrait par conséquent le champ d'application de cette notion, si l'analyse des négociations devait être retenue. Cela exclurait par exemple les auteurs ou les associations qui ont pourtant besoin d'une protection souple. D'ailleurs, il n'est pas question dans le droit de l'Union européenne de faire disparaître la notion de professionnel qui est encore pertinente pour savoir si la directive sur les clauses abusives s'applique. Reste cependant à connaître comment la jurisprudence de la Cour de justice se servira des deux concepts. Là où il peut être très utile de récupérer la notion d'entreprise, c'est évidemment dans l'objectif de lutter contre les sociétés-écrans, et autres techniques de nature sociétaire visant à éviter le droit protecteur de la partie faible. Néanmoins, comment savoir si, dans le cadre de l'analyse des négociations, l'on est en présence ou non d'une entreprise ? À notre sens, il serait plus judicieux de choisir la personne concernée en fonction de son poids dans les négociations. Par exemple, une société mère qui ne dicte aucun comportement sur sa filiale n'est pas réputée faire partie de la même entreprise. Le tout étant de mesurer l'étendue du pouvoir de négociation. Si l'influence de la négociation dépasse la personne juridique concernée, alors, le juge aurait raison de caractériser une entreprise qui englobera plusieurs entités juridiques distinctes. Si au contraire, le juge constate que la négociation est le fait exclusif de la filiale, la personne juridique concernée suffira.

407. Limites du concept d'entreprise. L'on pourrait penser que tout le droit des affaires s'en trouve unifié. Cela n'est pas certain. Car les critères pour caractériser une entreprise au sens du droit des pratiques anticoncurrentielles, ne sont pas forcément les mêmes que ceux concernant l'analyse des négociations. En effet, la notion d'entreprise en droit de la concurrence cherche surtout à savoir qui doit être sanctionné. Le besoin de caractériser une entreprise concerne, certes, la caractérisation de l'infraction, mais dans une moindre mesure. Autrement dit, en droit des ententes, on cherche à savoir si la société mère

⁷⁶⁸ L. Arcelin, « L'alliance raisonnable entre droit de la concurrence et CEDH », *RLC*, 2007, n°11, p. 100.

⁷⁶⁹ V. par exemple, N. Coutrelis, « Amendes, procédures antitrust et CEDH : l'harmonie plutôt que la confrontation », *RLC*, 2011, n°29, p. 108. M. Degoffe, « Actualité des sanctions non pénales (suite et fin) », *LPA*, 4 janvier 2002, p. 4.

mérite de payer l'amende, mais l'on ne cherche pas à surprendre les cadres de cette même société à commettre des actes d'entente. De plus, retenir la notion d'entreprise pour l'analyse des négociations implique une précision. À quel degré est-ce que l'on considère qu'une entreprise est influente sur les pourparlers ? Faut-il que les employés de la société mère y soient directement impliqués ? Ou bien suffit-il que le partenaire soit affilié à une maison mère très puissante ? Car, être la filiale d'un très grand groupe peut s'avérer être un argument de poids dans des négociations. Un autre problème apparaît, compromettant en partie l'avenir de la notion d'entreprise en droit. En effet, la loi Hamon du 17 mars 2014 ainsi que la proposition de directive du 17 avril 2014⁷⁷⁰ reprennent la notion d'entreprise, semble-t-il, en la confondant avec celle de personne morale⁷⁷¹.

408. Transition. Assurément l'appréciation du juge ne peut se faire qu'au cas par cas. À vrai dire, peu importe si c'est la notion d'entreprise ou non qui est employée. Ce qui est important, c'est que le juge constate l'étendue du pouvoir de négociation et pare aux techniques d'écran sociétaire.

c : Les autres techniques

409. La fraude au cœur du procédé. Toutes les techniques de droit fiscal et de droit de la concurrence s'englobent en réalité dans un concept juridique plus large : la notion de fraude⁷⁷². Celle-ci, originaire du droit romain s'entend par plusieurs sens. Nous retiendrons celui d'agissement illicite par l'emploi de moyens réguliers⁷⁷³. C'est généralement le dénominateur commun à toutes les techniques sociétaires. Il existe effectivement certaines traditions juridiques qui permettent d'y faire face.

410. Une mosaïque de techniques éparses. La première étant bien sûr la fraude paulienne qui consiste à transférer un bien dans un autre patrimoine pour empêcher son créancier de le saisir. L'article 1167 résout cette question grâce à l'action que peut intenter le créancier, afin que le transfert lui soit inopposable⁷⁷⁴. De même, le droit des entreprises en

⁷⁷⁰ Sur les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions en droit de la concurrence.

⁷⁷¹ C'est à tout le moins l'avis de R. Saint-Esteben, « La question de la responsabilité civile des sociétés mères du fait des infractions aux règles de concurrence commises par leurs filiales : La voix du silence », *Concurrences* 3-2014, p. 5.

⁷⁷² J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, le principe « Fraus omnia corrupit »*, Paris, Dalloz, 1957.

⁷⁷³ Définition du dictionnaire Cornu de l'association Capitant, Paris, PUF, [8^{ème} édition], 2014, article « fraude » 3°.

⁷⁷⁴ B. Lecourt, « Société fictive et fraude paulienne », note sous Civ. 3^{ème}, 3 décembre 2013, n°12-22.118, *Rev. des sociétés*, 2014, 569. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n°1154 et s.

difficulté permet de prendre en compte le caractère fictif des sociétés ainsi que la confusion des patrimoines (article L621-2 du Code de commerce). Ainsi, l'on peut poursuivre une entreprise pour abus de la personnalité morale⁷⁷⁵. L'on mentionnera aussi la théorie des apparences⁷⁷⁶ qui permet de passer outre le jeu des techniques sociétaires⁷⁷⁷. Néanmoins, dans le cadre de notre étude, il n'est pas forcément question d'une intention frauduleuse, mais parfois, simplement d'une mauvaise représentation de la réalité par les personnes juridiques en cause.

411. Dans les systèmes juridiques étrangers. Le droit comparé n'est pas non plus sans réponse face aux techniques sociétaires qui cherchent à échapper à une obligation. Le droit allemand connaît le *konzernhaftung* qui organise une responsabilité propre aux groupes de sociétés⁷⁷⁸. De même, en droit américain, il a longtemps été possible de mener une procédure collective impliquant la société mère du débiteur⁷⁷⁹. Néanmoins, depuis un arrêt Owens Coring de la Cour d'appel fédérale du 3^{ème} circuit du 15 août 2005, le droit étatsunien semble davantage respecter une ligne orthodoxe, distinguant nettement chaque personne morale les unes des autres⁷⁸⁰..

412. Dans l'avant-projet Catala. De surcroît, en droit prospectif, il est possible de mentionner l'article 1360 du projet Catala. Cet article à l'avantage de ne pas se limiter aux seules questions sociétaires, mais inclut toutes les situations où un lien existe entre un débiteur et une autre personne. Il se trouve au passage sur la responsabilité civile du fait d'autrui. Le premier alinéa, cherchant à ratisser plus large que le lien de préposition désigne toutes les personnes qui tirent un profit de l'activité du responsable qui a causé un dommage. Le deuxième alinéa, prenant en compte les évolutions du droit commercial, inclut les partenaires commerciaux dépendant du débiteur. Et le même alinéa in fine inclut les filiales et les concessionnaires. Il est rédigé ainsi :

« En l'absence de lien de préposition, celui qui encadre ou organise l'activité professionnelle d'une autre personne et en tire un avantage économique est responsable des dommages causés par celle-ci dans l'exercice de cette activité. Il en est ainsi notamment des

⁷⁷⁵ B. Grimonprez, « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », *Rev. Sociétés*, 2009, 715.

⁷⁷⁶ S. Schiller, « La fraude, nécessaire Deus ex machina face à l'évolution du droit des sociétés », *Rev. des sociétés*, 2014, 211.

⁷⁷⁷ Com, 12 juin 2012, n°11-16.109, *RDC*, 2012, p. 1190, note Y.-M. Laithier. J. Schmeidler, « La responsabilité de la société mère pour les actes de la filiale », *D*, 2013, 584.

⁷⁷⁸ C. Paetzold, *Responsabilité de l'associé dominant en droit allemand*, mémoire, Paris II, dir. M. Germain <http://mja-paris2.webs.com/MEMOIRES%202002/paetzold.doc>, cité par B. Grimonprez, *Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales*, *op. cit.*

⁷⁷⁹ X. Vamparys, « Extension de la procédure collective aux sociétés d'un groupe et droit de la faillite aux Etats-Unis : La substantive consolidation », *Bull. Joly*, 2006, 437.

⁷⁸⁰ R. Damman et F. Müller, « Coup d'arrêt de la CJUE au mécanisme de l'extension de procédure en cas de confusion des patrimoines », *D*, 2012, 406.

établissements de soins pour les dommages causés par les médecins qu'ils emploient. Il appartient au demandeur d'établir que le fait dommageable résulte de l'activité considérée.

De même, est responsable celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de dépendance, bien qu'agissant pour son propre compte, lorsque la victime établit que le fait dommageable est en relation avec l'exercice du contrôle. Il en est ainsi notamment des sociétés mères pour les dommages causés par leurs filiales ou des concédants pour les dommages causés par leurs concessionnaires. »

Cet article pose comme condition le profit tiré par le dommage causé. Si cette condition est bien respectée, l'on ne peut que se réjouir de cette extension de la responsabilité. Encore qu'elle ne concerne que le droit de la responsabilité extracontractuelle. Rien n'interdit cependant que l'on se fonde sur les mêmes critères pour analyser les négociations et tirer des conséquences sur l'exécution du contrat et la responsabilité contractuelle. Il revient au législateur cependant d'y pourvoir.

413. La jurisprudence sur la franchise participative. Enfin, il est un point qui correspond à un cas particulier : lorsque l'auteur de l'abus n'entre pas au capital pour nuire à un tiers, mais pour nuire à la filiale elle-même. Les concepts évoqués ci-dessus ne fonctionneraient pas, car le problème est inverse. Il ne s'agit pas de rapprocher des sociétés qui se cachent derrière la personnalité morale, mais au contraire, de dissocier le sociétaire de la société elle-même, lorsque leurs intérêts sont opposés. Le cas n'est d'ailleurs pas nouveau et s'est déjàposé à plusieurs reprises. Dans la grande distribution, certaines enseignes choisissent d'entrer au capital de leurs franchisés. Le fait en soi n'emporte aucun reproche. Une telle démarche peut avoir l'avantage de surveiller de plus près son collaborateur. Elle peut cependant s'avérer très nocive dès lors, par exemple, que le franchisé veut revendre son entreprise. Le franchiseur-sociétaire, s'il détient une part suffisamment importante du capital, peut refuser toute cession de l'entreprise jusqu'à ce que le franchisé accepte de lui céder ses parts à prix dérisoire. Non qu'il s'agisse de confondre le professionnel et le sociétaire ; mais simplement de discerner les artifices juridiques qui masquent une situation abusive dans le rapport de négociation. L'Autorité de la concurrence a exprimé son inquiétude sur cette question dans un avis du 7 décembre 2010, et proposé un encadrement de la participation des franchiseurs au capital des franchisés⁷⁸¹. Ce hiatus entre droit des sociétés et droit de la concurrence s'exprime aussi dans le règlement d'exemption n°330/2010/UE, qui énonce que les pactes sociétaires ne rentrent pas dans les dispositions de l'article 101 du TFUE. L'équation entre les intérêts des associés et ceux de l'entreprise semble difficile à résoudre. Dès lors, un choix s'impose entre laisser faire cette technique ou lever le voile sociétaire. La

⁷⁸¹ ADLC, 7 décembre 2010, n°10-A-26, M. Behar-Touchais, « Les affiliés de la grande distribution alimentaire ont-ils une obligation de mobilité », *RDC*, 2011, 1267. M. Malaurie-Vignal, « Réflexions autour de l'avis n°10-A-26 du 7 décembre 2010 rendu par l'ADLC en matière de distribution alimentaire », *CCC*, 2011, étu. 3. C. Grimaldi, « Des implications de la franchise participative quant à la possibilité pour le franchisé de changer d'enseigne », *RDC*, 2015, 75. B. Dondero, « L'instrumentalisation du droit des sociétés : la franchise participative », *JCP E*, 2012, 1671.

seconde option semble la plus intéressante. Surtout à l'heure actuelle où les entreprises sont de plus en plus à même de manipuler les instruments du droit des sociétés.

414. Conclusion du I. Nous avons jusqu'ici parlé des techniques du droit des sociétés pour échapper au droit de la concurrence et au droit des contrats. Ces techniques ne sont cependant pas les seules. Il y a également les recours à la dépendance économique qui constitue bien souvent une forme de salariat déguisé, notamment en matière de franchise, comme nous l'avons pu évoquer plus haut⁷⁸². Le droit européen de la concurrence en tient compte notamment pour caractériser les situations de dépendance économique. Et comme nous l'avons dit, le projet Catala à l'article 1360 permet une responsabilité qui sanctionne celui qui profite de la dépendance et du dommage causé.

2 : Les conditions nécessaires pour contourner les techniques sociétaires.

415. Les difficultés à trouver la bonne parade aux stratégies sociétaires de contournement. Nous avons donc vu les différentes techniques qui existent pour détourner le juge de la véritable personne concernée par l'abus dans le contrat. La question se pose de savoir s'il faut créer de toute pièce un instrument qui se superposerait à toutes les exceptions qui existent déjà à la personnalité juridique ; ou bien s'il faut partir des instruments déjà existants pour les améliorer. Notre objectif est à la fois double. Il s'agit de dépasser la personne partie au contrat ; non seulement pour identifier celle véritablement à l'origine de l'abus, mais aussi pour sanctionner celui qui doit être sanctionné. Les deux opérations ne sont pas exactement similaires. En effet, dans la première, il s'agit surtout de voir si les négociations ont été équitables, car c'est le critère que nous avons choisi pour déterminer le caractère abusif d'un contrat d'adhésion. Dans l'autre, il s'agit de trouver la sanction appropriée. Or, pour savoir si deux parties se sont réellement livrées à la négociation, il faut placer la négociation dans son contexte, notamment dans son contexte sociétaire. Si une entreprise est la filiale d'un grand groupe, il y a tout lieu de penser que, même si sa taille est réduite, son cocontractant sera en position de faiblesse pour exiger des stipulations en sa faveur.

417. Deux aspects à prendre en compte. En somme, il faut effectuer une distinction, selon que l'on se place sur le terrain de la caractérisation d'un déséquilibre ou de la sanction. Si l'on cherche à identifier le déséquilibre, alors il est nécessaire de regarder qui a exercé une influence véritable sur les négociations. Et l'on peut se servir des critères de la Cour de justice de l'Union européenne qui laisse présumer – de façon réfragable – qu'à partir d'un certain pourcentage de participation, l'entreprise doit démontrer qu'elle n'exerce pas de véritable influence sur sa filiale. Dans l'autre cas, l'on se place davantage dans une optique dissuasive. Il faut donc chercher à savoir qui a profité du déséquilibre contractuel. Cette hypothèse, en

⁷⁸² V. *supra*, n°22.

effet, doit donner lieu à une analyse plus utilitaire et téléologique. Il s'agit de soustraire aux mains de la partie forte, le gain illicite.

418. Conclusion du §1. La meilleure façon de remédier aux stratégies de contournement de nature sociétaire est d'analyser la situation en amont et en aval de la négociation. En amont, il n'y a pas forcément lieu d'inventer d'autre notion que celle de la personnalité morale ; à condition de bien garder à l'esprit que le véritable siège d'une négociation ne se situe pas forcément au niveau des parties au contrat. Il peut être utile de regarder qui détient le capital de chaque entreprise, sans en faire un critère absolu. L'analyse des négociations ne se fait pas à partir d'éléments de droit, mais des éléments de fait. Le capital d'une entreprise, ou ses diverses influences n'est qu'un élément de fait qui rentre en compte dans l'analyse. En revanche, lorsque l'on regarde en aval de la situation contractuelle, il est nécessaire de sanctionner celui qui a profité de l'abus dans le contrat. Et alors, pour que le principe de la personnalité des poursuites et des peines soit respecté, il faut établir une entité juridique qui se référera à la sanction. La notion d'entreprise telle que dégagée par le droit de l'Union européenne est, en ce sens, relativement idoine.

419. Transition. Cependant, ce n'est pas forcément par des montages sociétaires qu'une entreprise peut parvenir à échapper aux droits de la partie faible. Il suffit, le plus souvent, d'inscrire dans le contrat, des clauses qui empêcheront celle-ci de faire valoir ses droits.

§ 2 : Les clauses relatives au procès

420. L'exigence d'un encadrement strict de la liberté contractuelle en droit des affaires. Le paradigme contractuel qui veut que « *qui dit contractuel [dise] juste* ⁷⁸³ » ne résiste pas au constat de certains abus dans les conventions. Le droit des contrats prévoit depuis ses origines que certaines dispositions légales ne peuvent être étudiées par un simple acte synallagmatique. Cela figure par exemple à l'article 6 du Code civil à propos des lois d'ordre public. Néanmoins, sans nécessairement annuler explicitement la loi impérative, d'autres stratégies visent le même effet, mais par un biais différent. En y insérant une obligation ordinairement neutre ; mais dans la circonstance de la relation d'affaires, cette obligation revient à annuler la protection voulue pour la partie faible. Si bien que lorsque le contrat est signé, l'intention du rédacteur de cette clause ne fait guère de doute. Alors, si l'on veut combattre le déséquilibre contractuel, il faut se référer à des principes du droit beaucoup plus larges. Il est nécessaire de rechercher des principes juridiques capables d'englober toutes les stratégies de contournement. C'est d'ailleurs une volonté qui a pu trouver un certain effet

⁷⁸³ La citation est de Fouillée, *op. cit.*

dans la jurisprudence. Lorsqu'une situation juridique, dans un contrat entre professionnels s'apparente trop à une injustice, le juge peut être tenté de se référer, davantage à l'équité, qu'à des fondements de droit positif par trop « techniques ». Cela se vérifie au point qu'un jugement du tribunal de commerce de Rennes en date du 13 octobre 2009, pour parer aux clauses abusives d'un contrat de franchise, avait dû recourir à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁷⁸⁴. Ce fondement n'avait pas tant été choisi contre une stratégie de contournement que pour les termes du contrat proprement dit. Aujourd'hui le même juge aurait utilisé le déséquilibre significatif ; néanmoins, il montre à quel point la capacité des parties fortes à anticiper la loi protectrice exige d'en appeler à des principes plus fondamentaux.

421. Un contrôle qui précède l'analyse des négociations. L'on remarque souvent une tendance du juge à confondre le déséquilibre du contrat proprement dit et les clauses qui cherchent à contourner les lois qui luttent contre ce déséquilibre. Est-ce à dire que le problème revient au même ? À vrai dire, si le déséquilibre significatif semble bien engagé pour servir à toutes les situations de déséquilibre contractuel, on peut douter que la jurisprudence laisse indéfiniment ses frontières s'élargir⁷⁸⁵. De plus, si l'on souhaite que le juge contrôle les négociations pour rééquilibrer le contrat, il convient de parer aux clauses qui prétendent limiter l'action du juge, avant même tout contrôle des négociations. Nous essayerons de trouver la manière la plus efficace de lutter contre ces clauses en regardant leur façon d'entraver la loi protectrice.

422. Plan. Il y a plusieurs sortes de clauses de procès en droit national. Soit l'on réduit les pouvoirs du juge, soit l'on inclut dans le contrat, des clauses qui dissuadent le contractant de revendiquer son droit.

A: Les clauses ayant pour fin de faire obstacle au pouvoir du juge.

423. Le besoin de célérité dans le traitement de ces clauses. Le Code de procédure civile n'est pas en totalité impératif. Le droit permet de renoncer contractuellement à une action en justice ou à certaines de ses modalités. Le risque est cependant grand que des parties fortes, profitant de cette latitude, parviennent à empêcher leur cocontractant de faire valoir ses droits. Cela n'est pas une hypothèse d'école, le droit commercial étant réputé pour sa souplesse, les entraves à l'action judiciaire peuvent parfaitement faire partie de la stratégie

⁷⁸⁴ TC Rennes, 13 octobre 2009, 2009-00238. L. Maurin, *Contrat et droits fondamentaux*, préf. E. Putman, Paris, LGDJ, 2013.

⁷⁸⁵ Sur le sujet : M. Behar-Touchais, « Quand les juges du second degré viennent contenir le déséquilibre significatif », *RDC*, 2014, p. 411.

juridique d'une entreprise⁷⁸⁶. Si la moralisation des contrats passe par un contrôle des négociations, le problème des contrats d'adhésion doit nécessairement reposer sur une vigilance accrue de la part du juge à cet égard. Sur quel axe déterminer les pouvoirs du juge ? Faut-il suivre une méthode qui recherche les origines de la clause ou ses effets ? La problématique n'est pas la même que pour les termes du contrat. Les questions relatives au procès nécessitent parfois d'être traitées plus rapidement et s'accordent moins bien de longues démonstrations à effectuer. C'est le cas par exemple si la question doit être traitée *in limine litis*. Donc, plutôt que de chercher par le détail comment se sont déroulées les négociations, pour ce qui est des clauses relatives au procès, le juge pourrait davantage rechercher s'il y a un risque apparent ou manifeste de violations illégitimes de droits. L'application d'une telle règle dépend en réalité du type d'entrave que le contrat impose au juge. Il peut s'agir de priver le justiciable de son accès au juge (A), ou bien il peut s'agir de limiter la sanction que le juge impose à la partie forte (B). Les deux hypothèses ne méritent pas le même traitement.

1 : Les clauses visant à restreindre l'accès au juge.

424. *Présentation.* Dans quelles circonstances une entreprise peut-elle exiger, par contrat, qu'une autre n'aille pas la poursuivre devant le juge compétent pour traiter de l'exécution de ce contrat ? La justice s'y montre, d'une manière générale, assez sceptique, mais pas de façon absolue. Certaines dispositions ne résistent pas aux droits fondamentaux du procès. C'est plutôt dans les zones de gris que l'ambiguïté règne et que l'abus peut se loger. La clause qui empêche directement le procès (1) se distingue de celle qui en empêche certaines modalités (2).

a : La clause entraînant une renonciation au procès.

425. *Une clause suspecte.* En théorie, l'accès à la justice, comme nous l'avons démontré à propos de l'arbitrage, est un droit. C'est pourquoi une clause qui prévoit qu'en cas de manquement à l'une de ses obligations, une partie ne pourrait être attaquée en justice contreviendrait à un droit fondamental⁷⁸⁷. Cela reviendrait en effet à dénier de toute efficacité

⁷⁸⁶ A. Masson et M. Shariff, « Les stratégies juridiques des entreprises », *RLDA*, 2010, n°53. C. Boillot, « Les clauses relatives au litige », *RTD Com*, 2013, 1.

⁷⁸⁷ P. Grignon, « L'obligation de ne pas agir en justice », in *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, t. 2, p. 115.

la clause à l'origine de cette obligation, et par conséquent le contrat⁷⁸⁸. Pourtant, de façon résiduelle, on observe des « *clauses de non-recours* » qui stipulent qu'une partie « *fera son affaire* » de tel ou tel manquement au contrat⁷⁸⁹. L'on peut dire qu'elle concerne en général des obligations dont le fondement n'est pas contractuel. Ces cas d'école ne peuvent évidemment pas lier le juge lorsqu'ils portent sur les obligations principales ou s'il apparaît peu vraisemblable que les parties soient convenues de façon raisonnable sur ce point. L'on constate, certes, des clauses reconnues comme valables par la doctrine, qui emportent renonciation à une instance en justice, quand bien même celui contre qui elles sont stipulées n'est pas un professionnel⁷⁹⁰. Elles doivent néanmoins demeurer l'exception et n'apparaître que comme une faveur. Il serait assez surprenant que, dans un contrat d'affaires, la partie la plus faible se montre gratuitement libérale envers la partie forte. Or la gratuité en droit des affaires peut exister, mais uniquement de façon rare⁷⁹¹. Elle doit plutôt éveiller les soupçons du juge, dès lors que le rapport de force laisse apparaître un déséquilibre flagrant entre les parties. L'existence de clauses de renonciation à l'action dans certains contrats ne doit pas laisser croire à leur validité. Ces clauses existent lorsqu'il s'agit de transmettre l'action à un assureur par exemple.

426. *Transition*. Autre est le cas des clauses qui laissent subsister une action en justice, mais qui l'encadrent dans des modalités très strictes.

b : Les clauses encadrant les modalités de l'action en justice.

427. *Distinction*. Ce type de clause connaît un régime moins binaire. Cela vient du fait qu'elles peuvent être aussi bien des adaptations légitimes du contrat aux circonstances. Pour ces clauses, il est nécessaire de procéder au cas par cas.

a: Les clauses de réduction de la prescription

428. *Une clause courante*. Le schéma serait le suivant : une clause insérée dans un contrat d'adhésion entre professionnels stipulerait que toute action, sur le fondement du contrat en cause, devrait se prescrire par un délai très court. La Cour de cassation a depuis

⁷⁸⁸ P. Ancel, « L'encadrement de la juridiction par le contrat », in P. Ancel et M.-C. Rivier (dir.), *Le conventionnel et le jurisdictionnel dans le règlement des différents*, Paris, Economica, 2001, p. 6 et s. G. Hellererger, *Les clauses du contrat, essai d'une typologie*, préf. L. Aynès, Paris, LGDJ, 2012, n°658. L. Maurin, *Contrat et droits fondamentaux, op. cit.*, p. 255.

⁷⁸⁹ Par exemple, Pau, 13 septembre 2010, n°08/02769, Lyon, 30 mai 2012, n°11/02342.

⁷⁹⁰ Civ. 3^{ème}, 3 novembre 2011, n°10-26.203, *LPA*, 25 juin 2012, p. 7, note C. Boillot.

⁷⁹¹ Sur la gratuité, v. les rapports de N. Sauphanor-Brouillaud, N. Martial-Braz et C. Zolynski dans la recommandation de la Commission des clauses abusives sur les réseaux sociaux du 7 novembre 2014.

longtemps considéré que les clauses d'aménagement de la prescription, y compris celles qui la réduisent, étaient valides⁷⁹², à condition bien sûr de ne pas priver de toute action le demandeur.

429. Des clauses pouvant résister au déséquilibre significatif. Dans cette perspective, la Cour d'appel de Paris a estimé que le délai prévu dans un contrat cadre, qui réduit à trois mois, la prescription extinctive, constituait un déséquilibre significatif⁷⁹³. On peut néanmoins s'interroger sur la longévité de ce concept pour lutter contre de telles clauses ; car la même cour d'appel de Paris, estime qu'un déséquilibre significatif est caractérisé lorsque la pratique en cause n'est pas « *habituelle* »⁷⁹⁴ ou bien, dont la contrepartie est disproportionnée⁷⁹⁵. Dans le premier cas, il n'est pas aisément de savoir ce qui est habituel. Cela peut grandement varier d'une profession à l'autre. De surcroît, de nombreuses clauses léonines sont habituelles dans certains contrats, notamment de la distribution, ce qui ne les rend pas équitables. Quant à dire qu'il existe une contrepartie suffisante, pour une clause de réduction de la prescription, cela semble quasiment impossible, ou du moins très compliqué. Pour en être certain, il faudrait procéder à une analyse complète du contrat et de la relation d'affaires. Cela laisse les parties, avant le procès, dans une réelle incertitude sur l'issue de celui-ci. Certes, un délai de trois mois est abusif. Il n'y a pas besoin de recourir au déséquilibre significatif pour s'en rendre compte. En effet, dès lors que le contrat a été conclu après la réforme de la prescription du 17 juin 2008⁷⁹⁶, le délai ne peut pas être inférieur à un an. C'est ce que dit la lettre de l'article 2254 du Code civil. Cependant, il convient de savoir ce que vaudrait, dans un contrat d'affaires un délai aussi court. Une année, c'est la durée d'un contrat d'exécution relatif à un contrat-cadre de la distribution alimentaire. C'est par exemple le temps de constater pour un distributeur, que le contrat qu'il a cru bon de signer s'est retourné contre lui et que les concessions qu'il a faites ne lui ont pas été profitables. De plus, la clause est souvent diluée dans un contrat aux multiples dispositions, ce qui rend irrésoluble, la question de savoir s'il existe une contrepartie.

β : La clause résolutoire : une technique permettant de renverser la charge de l'action en justice.

430. Une clause de procès par contingence. Bien que ce ne soit pas sa fonction principale, la clause résolutoire est une manière d'encadrer les modalités de l'action en

⁷⁹² Civ, 1^{er} février 1853, *DP*, 1853, 1, 77, cité par A. Hontebeyrie, *Rép. Dalloz Droit Civil*, « Prescription extinctive », mars 2011, point 597 et s.

⁷⁹³ Paris, 14 décembre 2010, n°08/09544.

⁷⁹⁴ Paris, 12 décembre 2013, n°11/18274, *RDC*, 2014 p. 411, note M. Behar-Touchais.

⁷⁹⁵ Paris, 23 mai 2013, *RDC*, 2014 p. 411, note M. Behar-Touchais.

⁷⁹⁶ Loi du 17 juin 2008, n°2008-561, V. G. Viney, « Les modifications apportées par la loi du 17 juin 2008 à la prescription extinctive des actions en responsabilité civile », *RDC*, 2009, p. 493. S. Amrani-Mekki, « Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription », *JCP G*, 2008, I, 160.

justice. Cela vient du fait qu'elle substitut, à un long procès, une solution déjà contractuellement prévue. Stipulant que le contrat sera résolu de plein droit, dès lors qu'une partie manque à ses obligations, elle a un effet à double tranchant qui rend difficile le choix à adopter quant à son régime⁷⁹⁷. Comme toutes les clauses relatives au litige, elle permet souvent de trouver une alternative à l'issue judiciaire du contrat. Or, dans certaines circonstances, elle peut également priver de ses droits, la victime d'un contrat léonin. C'est une clause qui pose une barrière à l'action du juge, dans la mesure où, dès lors que la partie forte n'a pas à ester en justice pour réclamer ses droits, la partie faible ne peut pas lui opposer les exceptions dont la loi lui permettrait de bénéficier. Elle opère une décision rapide qui coïncide mal avec les intérêts de la partie faible. Laquelle n'a pas forcément une trésorerie importante pour survivre, si son cocontractant se permet de rompre le contrat.

431. Une clause complexe à évaluer. Là où la question devient encore plus compliquée, c'est que la clause résolutoire est beaucoup moins susceptible qu'une clause limitative de prescription, d'être jugée *in abstracto*. Et, contester la validité d'une résolution, si le résultat dépend d'une multitude de paramètres, est une aventure bien hasardeuse. La solution d'une telle clause doit donc à la fois inclure le juste équilibre entre les différents intérêts, mais aussi la rapidité de la réponse⁷⁹⁸.

432. Des réponses nuancées du droit positif. Le droit des affaires donne une réponse partagée face à ce problème. D'abord, la clause résolutoire a toujours été reconnue comme valide⁷⁹⁹. Néanmoins, le législateur a mis des limites à cette règle. Le droit de la consommation, le droit des assurances et le droit des baux d'habitation connaissent des lois spéciales en ce sens⁸⁰⁰. Ces dernières n'existent pas pour ce qui concerne les relations entre professionnels, mais le droit de la concurrence ne semble pas dépourvu de texte de loi à cet égard. L'article L 442-6 I 2⁸⁰¹ et l'article L 442-6 I 5°, tous deux du Code de commerce⁸⁰², ont déjà rempli cet office. Néanmoins, si dans certaines circonstances, ces textes ont pu pallier la faiblesse d'un contractant, il n'est pas dit que leur aspect général puisse convenir à toutes les situations. Le déséquilibre significatif implique que l'économie du contrat soit, de façon flagrante, déséquilibrée. Chose qui n'est pas forcément facile à prouver lorsque la clause

⁷⁹⁷ T. Génicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. Levener, Paris, LGDJ, 2007.

⁷⁹⁸ V. *infra*, n°774 et s.

⁷⁹⁹ Civ. 3^{ème}, 15 décembre 1976, Bull. civ. III, n°465. Civ 3^{ème}, 9 octobre 2013 n°12-23.379, *Gaz Pal*, 13 février 2014, n°44 p. 12, note. L.-F. Pignarre. Com, 10 juillet 2012, n°11-20.060, *RDC*, 2013-1, p. 86, note Y.-M. Laithier.

⁸⁰⁰ J. Mestre et J-C. Roda (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Paris, Lextenso, 2011, article « clause résolutoire », p. 950.

⁸⁰¹ M. Behar-Touchais, « Aucune clause ne résiste à l'article L.442-6-I-2° du Code de commerce sanctionnant le déséquilibre significatif ». *op. cit.*

⁸⁰² M. Behar-Touchais, « *La rupture d'une relation commerciale établie* », LPA, 2008, n°203 p. 9.

résolutoire peut parfois, de façon théorique, trouver une justification légitime. Quant à la rupture brutale d'une relation commerciale établie, elle ne justifie que la brutalité de la rupture. Pour autant, elle ne permet pas de faire valoir en justice toutes les exceptions que la victime pourrait opposer.

433. Le contrôle jurisprudentiel de cette clause. Les règles les plus pertinentes pour les clauses résolutoires sont d'origine prétorienne. C'est sur le fondement de la bonne foi que les juges ont été en mesure de rendre des décisions plus circonstanciées. Un tel fondement permet de bénéficier des avantages légitimes de la clause résolutoire, tout en empêchant les manœuvres néfastes⁸⁰³. Néanmoins, cette technique n'est pas à même de redonner au débiteur de l'obligation, la possibilité d'opposer les moyens de défense qu'un recours au juge aurait pu fournir. Le juge de cassation veille à ce que les juges du fond ne s'engagent pas dans l'appréciation d'une éventuelle faute de la part de l'auteur de la rupture. Du fait de la clause résolutoire, le juge du fond ne peut, en effet, plus apprécier si elle a été actionnée à juste titre ou non⁸⁰⁴.

434. Les conditions pour combattre efficacement les clauses résolutoires néfastes. En réalité, les clauses résolutoires appellent un double contrôle. Les facilités pratiques qu'elles procurent aux entreprises ne doivent pas cacher les vicissitudes qu'elles peuvent receler si une partie subit cette clause. Certes, elle ne saurait être condamnées *per se*. Dans cette perspective, il convient que la partie faible démontre le caractère léonin de la clause. C'est pourquoi il est nécessaire de cumuler un contrôle des négociations *ex ante* et un contrôle de la bonne foi *ex post*. Toutefois, à la différence de ce dernier, le contrôle de la négociation de la clause résolutoire doit se faire dans de brefs délais pour ne pas permettre une entrave indue de la justice. Nous verrons plus loin que le contrat d'adhésion entre professionnels doit parfois faire l'objet d'une action en référé. Le déséquilibre dans la stipulation de la clause résolutoire doit être flagrant. Donc cet aspect flagrant, s'il n'est pas constaté en référé, ne doit pas gêner l'entreprise qui aurait stipulé cette clause de bonne foi.

435. Transition. Si le droit des contrats permet d'échapper dans une certaine mesure à l'instance, des dispositions doivent y remédier. Comme il s'agit de permettre ou d'annuler la tenue du procès, il est normal que ces techniques ne soient pas celles qui regardent le fond du contrat. La situation est encore différente lorsque ces clauses, tout en laissant la possibilité de saisir le juge, cherchent à lier celui-ci dans les marges de manœuvre de la sanction.

⁸⁰³ Civ. 1^{ère}, 16 février 1999, Bull. civ. I, n°52. S. Bernheim-Desvaux, « La clause résolutoire », *CCC*, 2012, form.7. N. Mathey, « Mise en œuvre d'une clause résolutoire dans un contrat de distribution », note sous arrêt Com, 14 février 2012, n°11-10.346, *CCC*, 2012, comm. 150. Civ. 1^{ère}, 7 novembre 2000, n°99-18.576, *D*, 2001, 256 note C. Jamin ; *D*, 2001, 1137, note D. Mazeaud ; *RTD Civ*, 2001, 135, note J. Mestre et B. Fages. N. Dissaux, *Juriscl. Commercial*. fasc. n°256, « Clause de non-concurrence », mars 2014, point n°92.

⁸⁰⁴ L. Leveneur, « Le débiteur conteste son application : quel est le rôle du juge ? » note sous arrêt Com. 14 décembre 2004 jurisdata 2004-026348, *CCC*, 2005, comm. 61.

2 : Les clauses encadrant le pouvoir de sanction du juge.

436. Introduction. Depuis plusieurs décennies, le juge prend acte de ce que certaines parties profitent de leur pouvoir contractuel pour empêcher la justice de les contraindre à une compensation. Cela prend des formes multiples. Si bien que le droit a développé des régimes distincts, selon que ces clauses s'appellent clauses limitatives de responsabilité, ou clauses pénales par exemple. Elles sont parfaitement à même de neutraliser l'action du juge, si le droit ne donne pas à ce dernier, des pouvoirs de vigilance accrue pour contrecarrer les stratégies de contournement. D'une manière générale, ce n'est pas tant le déséquilibre que créent ces clauses qui pose problème, mais la façon dont elles permettent d'échapper à une instance, et peuvent aboutir à un quasi-dénie de justice. Faut-il unifier leur régime pour l'adapter au contrat d'adhésion entre professionnels ? Faut-il ajouter à leur régime, d'autres règles qui les empêchent de priver un professionnel d'une action ? Sans revenir longuement sur les règles que le droit leur confère, il convient de voir comment ajuster ces règles à l'objectif de lutte contre les stratégies de contournement.

a : Les différentes clauses encadrant le pouvoir de sanction du juge.

437. Un double régime inutile. Nous avons déjà évoqué le régime des clauses pénales. Les clauses qui réduisent le pouvoir du juge peuvent être de différentes sortes. En droit positif, elles reçoivent des qualifications différentes. De ce fait, elles donnent lieu à des solutions différentes. Pourtant, elles ont des effets quasi similaires. Il conviendrait probablement, pour que leur régime soit efficace, que ces clauses donnent lieu à des sanctions identiques, même lorsqu'elles sont qualifiées différemment. Ces clauses d'une manière générale, sont valides, et ce n'est que dans les circonstances du contrat qu'elles trouvent à être annulées ou neutralisées. L'on a coutume de dire que la différence entre la clause limitative de responsabilité et la clause pénale réside dans le caractère comminatoire de cette dernière⁸⁰⁵. Cela est en partie vrai, mais rend relativement floue la frontière entre les deux clauses. Il suffit donc de dissimuler le caractère comminatoire d'une clause pénale pour lui faire échapper aux dispositions de l'article 1152 du Code civil. La jurisprudence sur les clauses limitatives de responsabilité étant d'ailleurs beaucoup plus favorable à celui qui en bénéficie⁸⁰⁶. Cela est d'autant plus vrai que, dès lors que l'on ne connaît pas le montant du dommage causé par le

⁸⁰⁵ G. Cornu, association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, Paris, PUF, [9^{ème} édition], 2014, articles « clause limitative de responsabilité » et « clause pénale ».

⁸⁰⁶ T. Génicon, « Clause limitative de responsabilité : la fin de la révolution, l'heure de la liberté », note sous Com. 3 décembre 2013, n°12-26.412, *RDC*, 2014, p. 176.

comportement du contractant auteur de l'abus, il est impossible de savoir si une clause modifiant l'indemnisation est trop élevée ou trop basse.

b : Le contrôle optimal de ces clauses afin d'éviter une forme de déni de justice.

438. La préférence pour un pouvoir modérateur du juge. Faut-il un autre régime pour ces clauses ? À vrai dire, le pouvoir modérateur de l'article 1152 a fait ses preuves. Il appartient au juge de constater que la clause donne au litige une issue choquante. Pour plusieurs raisons cependant, le déséquilibre significatif a pu être préféré à l'article 1152 du Code civil. D'abord, tout simplement à cause de l'action du ministre qui ne s'exerce que pour le Titre IV du Livre IV et parce qu'il ne s'agit pas tant de rééquilibrer une clause pénale que d'engager la responsabilité de celui qui exige qu'elle soit stipulée. L'article L442-6 I 2° du Code de commerce ne semble pas inapproprié dans ces circonstances. Il existe en effet, une multitude de critères que le juge doit combiner pour savoir si telle disposition est une clause pénale ou une clause limitative de responsabilité. L'arrêt Faurecia du 29 juin 2010 faisait référence aux négociations et à l'économie du contrat⁸⁰⁷. La Cour remarque, à ce titre que, « *les prix convenus [reflétaient] la répartition du risque et la limitation de responsabilité* [et que le bénéficiaire de la clause limitative de responsabilité avait] *consenti un taux de remise de 49%* ». Elle ajoute que, selon les termes du contrat, la société contre qui cette clause était stipulée « *serait le principal représentant européen* » de son cocontractant. En plus de l'économie du contrat, l'on peut ajouter l'intention du stipulant et les prévisions des parties au début du contrat parmi les éléments qui entrent en compte pour apprécier si la clause est justifiée ou non.

439. L'expérience positive de l'article 1152 du Code civil. Il est donc évident que le juge doit bénéficier de la plus grande souplesse pour les clauses qui aménagent la sanction. Nous avons pu démontrer que les craintes de la doctrine lors de l'article 1152 du Code civil n'ont pas été fondées⁸⁰⁸. La faculté offerte au juge de modifier le montant d'une clause pénale n'a pas donné lieu à quelconque excès. Au contraire, il semble qu'une juste voie ait été trouvée⁸⁰⁹. Donc, en ce qui concerne la modération contractuelle de la sanction, le pouvoir du juge doit suivre celui que nous prescrivons d'une manière générale pour le contrat d'adhésion entre professionnels, c'est-à-dire, un véritable pouvoir modérateur.

⁸⁰⁷ Com, 29 juin 2010, n°09-11.841, *Rev. Dr. et Patrimoine*, 1^{er} février 2011, n°200 p. 69 note L. Aynès et P. Stoffel-Munck ; *RDC*, 2010, p. 1220, note Y-M. Laithier ; *CCC*, 2010, comm. 220, note L. Levener ; *D*, 2010, 1832, note D. Mazeaud.

⁸⁰⁸ V. *supra* n°229.

⁸⁰⁹ V. *supra*. n°231.

440. Conclusion du A. Lorsqu'il s'agit de contrôler les clauses qui cherchent à entraver le procès de la partie faible, l'on doit procéder au cas par cas pour savoir quel est le meilleur fondement pour satisfaire tous les impératifs en présence. Celui qui cherche à lier le juge par une clause ayant trait au procès, ne le fait pas nécessairement dans une mauvaise intention. Elle peut, par exemple, avoir pour but de garantir une certaine efficacité économique du contrat.

Cependant, la protection de l'adhérent au contrat doit être prioritaire sur l'efficacité économique. Laquelle ne saurait être un prétexte pour justifier tous les abus relatifs au droit des contrats ou de la concurrence. Dans le même temps, s'attacher à analyser les négociations alors qu'un procès doit se tenir, parfois en urgence, n'est pas non plus un critère optimal. Même si, sur le long terme, il peut justifier des dommages et intérêts ; ce critère est trop exigeant lorsque l'existence de l'action en justice est en jeu.

441. Transition. De telles clauses sont à différencier des clauses qui ont pour but de dissuader les contractants d'agir en justice. Les clauses qui réduisent le pouvoir du juge peuvent se prévaloir du prétexte de l'utilité pratique pour les affaires. Néanmoins, certaines clauses qui ont pour fonction de dissuader purement et simplement le créancier d'une obligation à revendiquer son droit doivent être regardées avec plus de vigilance.

B : Les clauses ayant pour fin de dissuader la partie faible d'agir en justice.

442. Les astuces contractuelles d'éviction du litige. Une action en justice est nécessairement une prise de risque. Lorsque c'est l'affaire d'une partie faible, l'exercice peut s'avérer très périlleux s'il est manqué. Dans certains cas, le demandeur à l'instance est sûr qu'il ne trouvera pas un autre partenaire commercial et son action relève davantage de la dernière chance pour lui. D'où le risque qu'il renonce à son action et se résigne à poursuivre un partenariat peu rémunérateur. Cela est d'autant plus vrai lorsque la partie forte cherche à lui rajouter des contraintes pour que son procès soit long et risqué. Il ne s'agit pas de mettre des obstacles juridiques au procès, mais de jouer sur la peur des représailles pour rendre l'action plus incertaine. Le procédé est d'ailleurs parfois évident. La partie qui stipule la clause en question n'a guère de doute sur l'opinion du juge quant à un éventuel déséquilibre significatif. C'est souvent dans le détail que le diable se niche : parfois, la clause est parfaitement licite abstraitemen considérée, et même susceptible d'être encouragée. Ce n'est que dans les circonstances de l'espèce que cette clause révèle un quelconque déséquilibre. Il est donc nécessaire de distinguer le régime de ces différentes clauses, tout en gardant à l'esprit que les rédacteurs de contrats pourront toujours inventer des clauses très ressemblantes, mais non identiques. Il faut donc de surcroît parer à cet inconvénient en choisissant le mode d'élimination de la clause le plus juste.

443. Mise à part de la clause de conciliation. Une clause parmi celles qui peuvent intimider la partie faible au procès se distingue des autres. D'abord parce qu'elle est relativement ancienne dans le droit des affaires et que, comme de nombreuses clauses que nous avons évoquées ci-dessus, elle peut être d'une très grande utilité lorsqu'elle est utilisée à bon escient. C'est pourquoi nous distinguerons la clause de conciliation, des clauses dont l'objet est purement néfaste.

1 : La clause de conciliation.

444. La jurisprudence favorable de la Cour de cassation. La clause de conciliation, également appelée clause de médiation, est généralement louée pour l'allègement qu'elle apporte à l'encombrement des tribunaux et la recherche d'une solution amiable qu'elle favorise. Elle consiste, pour les parties, à désigner un tiers qui va les aider à concourir à la recherche d'une solution conventionnelle à leur conflit. C'est donc sans surprise que la jurisprudence oppose une fin de non-recevoir aux demandeurs qui passent outre une telle clause⁸¹⁰. La jurisprudence avait longtemps statué en sens contraire⁸¹¹, mais un arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation est finalement revenu à la solution antérieure : la clause n'est pas régularisable en cours d'instance⁸¹². La solution peut s'expliquer par la force obligatoire des contrats, mais elle présente certains inconvénients. En effet, cette clause ne permettra pas un très grand désencombrement de la justice, si aucune des parties n'a l'intention de parvenir à un accord avec l'autre. De surcroît, la médiation exige que les deux parties mettent en œuvre la procédure de conciliation. C'est le lieu choisi pour la partie forte pour ralentir davantage encore la procédure en ne coopérant guère avec la personne avec laquelle elle est en conflit. Il existe bien des sanctions judiciaires face à ce type d'attitude, mais qui ne se placent que sur le terrain de la réparation et non de la prévention⁸¹³. Or lorsqu'une entreprise de petite taille est menacée de liquidation judiciaire, il vaut mieux agir en amont contre les stratégies dilatoires.

445. Le dilemme des alternatives possibles. La solution de la Cour de cassation est-elle justifiée ? Des parties qui n'ont pas pu négocier de façon équitable leur contrat, sont-elles plus à même de le faire lorsque leurs relations se sont dégradées ? Le problème est qu'il est difficile de trouver une alternative à cette solution. L'on pourrait, comme en droit du

⁸¹⁰ Civ 1^{ère}, 6 mars 2001, n°98-15.502, *RTD Civ*, 2001, p. 359, note J. Mestre et B. Fages. Mixte, 14 février 2003, *Bull. civ*, I, n°1, P. Ancel et M. Cottin, « L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation », *D*, 2003, 1386.

⁸¹¹ Com, 3 mai 2011, n°10-12.187, cité par T. Amico, V. Maramzine, « Le Noël des MARC », *LPA*, 29 avril 2015, p. 11.

⁸¹² Mixte, 12 décembre 2014, n°13-19.684, *Gaz Pal*, 8 mars 2015, note S. Amarani-Mekki, *AJCA*, 2015, p. 128, note K. de la Asuncion Planes.

⁸¹³ H.-J. Nougein, Y. Reinhard, P. Ancel et alii, *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*, Paris, Litec LexisNexis, 2004, p. 198.

travail⁸¹⁴, considérer que la clause de conciliation préalable ne lie pas la partie faible, ce serait la première possibilité. Et dans cette hypothèse, l'on ruine l'efficacité de la clause de conciliation préalable. Ou bien, l'on choisit une solution plus intermédiaire, en considérant que la clause de conciliation préalable n'est valable qu'au cas par cas. Cela serait possible, mais le problème se déplacerait sur la sécurité juridique. Il faudrait en effet démontrer que la partie supposée mettre en œuvre la conciliation est faible ou bien que cette clause n'a pas été négociée. Ce qui rajoutera à la longueur de la procédure et nuirait davantage. Une solution alternative pourrait être, par exemple, de considérer que lorsqu'une clause impose une conciliation préalable, qu'une démarche très formelle suffise et non pas de longs pourparlers. Ou bien encore, l'on considérerait que le contentieux reposant sur l'identification d'un contrat d'adhésion entre professionnels ne doit pas entrer dans le giron des clauses de conciliation. Cela pourrait évidemment porter un certain préjudice au crédit de cette clause.

446. *Cas particulier de certains contentieux.* Pourtant, la Cour de cassation a pu estimer que la rupture brutale des relations commerciales établies n'était pas concernée par la clause de conciliation préalable incluse dans un contrat de distribution⁸¹⁵. Elle a retenu également que la fin de non-recevoir ne saurait être opposée à un demandeur lié par une clause de conciliation, mais dont les modalités d'application sont très imprécises. Une telle décision doit être approuvée dans la mesure où la solution inverse aurait donné lieu à toute forme d'abus en matière de manœuvres dilatoires⁸¹⁶.

447. *Option pour un contournement de la clause.* La meilleure solution serait de considérer, plutôt qu'une fin de non-recevoir, que le juge pourrait suspendre l'instance en attendant que les parties procèdent à la conciliation préalable, il peut même décider d'y procéder lui-même si la rédaction de la clause va dans ce sens. Et dans la mesure où il juge que cette clause est abusive, il peut passer outre. Enfin, l'on peut imaginer une procédure d'urgence qui constaterait un trouble justifiant que la clause de conciliation préalable soit écartée. Nous verrons ci-après⁸¹⁷ la possibilité d'une action en référé pour protéger une partie faible professionnelle. L'autre inconvénient est également le coût engendré par la conciliation⁸¹⁸, lequel doit être prévu par le contrat. Des mesures similaires pourraient être prises pour faire peser ce coût sur la partie forte, si l'impécuniosité de la partie faible est démontrée.

⁸¹⁴ À cause de l'existence d'une procédure de médiation préalable, Soc, 5 décembre 2012, n°11-20.004.

⁸¹⁵ Com, 12 juin 2012, n°11-18.852, CCC, 2012, comm. 231, note N Mathey.

⁸¹⁶ Com, 29 avril 2014, n°12-27.004, LPA, 2014, n°181, p. 14, note J.-P. Tricoit.

⁸¹⁷ V. *infra*. n°774 et s.

⁸¹⁸ M. Mouthier, *Guide juridique et pratique de la conciliation et de la médiation*, De Vecchi, 2003, Paris, p. 109. V. également, H. Deliquiet, « Il vaut mieux un bon procès qu'une mauvaise transaction ? », in J.-M. Bruguière (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges de propriété intellectuelle*, Paris, Dalloz, 2012, spéc. p. 138.

La clause de conciliation n'est un piège pour les parties faibles que dans la mesure où elle fait subir un retard ou un coût dissuasif au procès. Le juge ne doit donc pas combattre la clause en tant que telle, mais plutôt les contraintes engendrées dans la procédure qui peuvent coûter cher à la partie faible. D'autres clauses ont une finalité beaucoup plus malveillante, quel que soit le contexte.

2 : Les clauses à objet purement néfaste.

448. Des clauses évidemment déséquilibrées, mais difficiles à évincer. Le droit de la distribution, parmi d'autres branches du droit, a fait naître des rapports de force plus que déséquilibrés. Dès lors que le législateur avait, par différentes lois telles que la loi NRE ou LME⁸¹⁹, donné au juge les moyens de combattre les abus contractuels ; une jurisprudence a vu le jour, concernant des clauses dont l'illégalité ne faisait aucun doute. Le problème n'est pas tant de savoir si ces clauses sont valides ou non. Les juges sont en effet venus à bout de ces dispositions contractuelles par le déséquilibre significatif et l'ordre public en général. Il s'agit plutôt de donner à la partie faible le moyen le plus efficace pour ne pas les subir. Leur qualification comme abusive va donc souvent de soi. Ce qui l'est moins, c'est la façon dont on peut dissuader la partie forte de recourir à ces techniques plus propres à la violence économique qu'au droit des contrats.

449. Les clauses d'intervention au procès. Prenons un exemple. Pour échapper à l'action du ministre, un distributeur a récemment exigé que ses fournisseurs incluent dans leurs conventions, une clause qui stipule qu'en cas d'action du ministère de l'Économie, fondée sur l'article L442-6 III du Code de commerce, le producteur prendra la défense du contrat. Le juge n'aurait guère eu à hésiter pour que ces clauses soient jugées comme générant un déséquilibre significatif ou simplement comme abusives. Et le distributeur en question, devant l'ampleur de la protestation suscitée est revenue sur cette clause et en a proposé une légèrement différente⁸²⁰.

Des clauses ont donc été stipulées dans les mêmes contrats de distribution, elles exigent que le fournisseur intervienne à l'instance et tienne une position, peu importe laquelle sur les clauses du contrat. Cette clause en apparence neutre a en réalité pour effet de priver d'intérêt l'action du ministre qui laisse à couvert les producteurs de toute tentative de représailles. Le tribunal de commerce de Paris a eu l'occasion de sanctionner les distributeurs qui se livraient à de telles pratiques restrictives⁸²¹.

⁸¹⁹ Lois du 15 mai 2001 et du 4 août 2008, préc.

⁸²⁰ TC Paris, 20 mai 2014, *RDC*, 2014, 672, note M. Behar-Touchais ; *Concurrences* n°3-2014, 110, note M. Chagny.

⁸²¹ Même décision.

Cette décision a pu donner lieu à des contestations⁸²², dans la mesure où des clauses d'intervention se retrouvent dans certains contrats de propriété intellectuelle ; mais surtout parce que le droit français de la procédure civile permet toujours à une partie au procès d'exiger l'intervention d'un tiers à l'instance⁸²³. Cette contradiction de la jurisprudence peut-elle être surmontée ? L'on répondra par l'affirmative dans la mesure où la clause d'un contrat, lorsqu'elle n'est pas appliquée, peut donner lieu à une sanction. Or, peut-on concevoir qu'un distributeur engage la responsabilité de son fournisseur pour n'être pas intervenu de lui-même à l'instance, sans que le juge ait eu connaissance d'une quelconque demande d'intervention ?

450. Les clauses de restitution des indemnités judiciaires. Si l'on considère d'une façon renouvelée le concept de clause contractuelle, comme se propose de faire Monsieur le Professeur Mekki⁸²⁴, l'on peut inclure dans ces clauses à objet strictement néfaste, les injonctions par lesquelles, un distributeur réclame au fournisseur, qui vient de gagner une action en justice à son encontre, la restitution des sommes perçues à cette occasion⁸²⁵. Peu importe le fondement qui annule cette clause, il est nécessaire que le juge ne se contente pas de la neutraliser, mais prenne acte de la stratégie cynique du cocontractant.

451. Conclusion de la section. La lutte pour la justice en droit des contrats d'affaires ne peut pas faire l'économie des stratégies de contournement. Car, la faiblesse dont souffre notre droit, ne réside pas uniquement entre les grandes entreprises et les petites ; mais aussi entre les grandes entreprises capables de définir une stratégie juridique astucieuse, et l'État.

Cela vient du fait que l'État et l'entreprise ne se situent pas dans la même temporalité. Une entreprise est capable de définir une stratégie commerciale en quelques semaines. Le législateur n'opère pas aussi rapidement. Il doit fournir des travaux préparatoires, attendre que les navettes fassent circuler les textes entre les deux assemblées. Et il doit surtout prévoir un texte qui s'applique à des millions de justiciables. D'autant plus qu'une loi qui change trop fréquemment n'est pas le signe d'une politique publique efficace. Il est donc important que le législateur promulgue un texte qui anticipe toutes les stratégies de contournement des entreprises dites « parties fortes » dans les contrats entre professionnels. Le juge se contentant d'être la bouche de la loi, ne peut pas, sauf si la loi le lui permet, prendre des initiatives qui reviendraient à légiférer. C'est un principe tellement prégnant dans notre droit, inscrit à l'article 5 du Code civil, qu'en dépit de tous les arrêts audacieux qu'il a pu prendre, le juge n'a jamais voulu prendre la place laissée vacante par l'administration en 1986. Le législateur s'est contenté de « garde-fous », qui au fil des années, ont dû gagner en puissance : ceux-ci

⁸²² M. Behar-Touchais, note sous jugement TC Paris, 20 mai 2014, préc.

⁸²³ *Id.* qui cite notamment l'arrêt Civ. 3^{ème}, 12 juillet 1977, n°75-14.701.

⁸²⁴ M. Mekki, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{ère} partie) », *RDC*, 2006, p. 1051 et « Le nouvelle essor du concept de clause contractuelle (2^{ème} partie) » : l'efficacité des clauses contractuelles, *RDC*, 2007, p. 239.

⁸²⁵ TC Paris, 22 novembre 2011, jurisdata 2011-032619, CCC, 2012, comm. 93, note N. Mathey.

ont pu aller de la simple discrimination au déséquilibre significatif en passant par la rupture brutale des relations commerciales établies.

Cet attirail juridique peut faire craindre une insécurité juridique à terme. Et pourtant, ces armes juridiques ne font pas disparaître le déséquilibre contractuel, notamment dans le secteur de la grande distribution⁸²⁶. La solution n'est donc pas seulement à rechercher du côté du fond du contrat – c'est-à-dire quelle disposition contractuelle doit être revue –, mais aussi sur la façon dont les entreprises, dites fortes, passent outre le droit protecteur. L'on peut concevoir que le déséquilibre contractuel, dans un contrat d'affaires, passe par une longue réflexion sur le comportement des parties et le contenu général du contrat. Il n'en va pas autant pour les clauses qui touchent à l'exercice du droit de revendiquer la protection. Lesquelles doivent s'inscrire dans une démarche plus pragmatique.

Une classification s'impose. Car nous avons vu que les clauses en question pouvaient relever du cas par cas. Si l'on ajoute à cela la propension de la pratique à créer des clauses nouvelles, il s'agit de trouver la réponse optimale. Nous proposons ici de distinguer les clauses qui ont pour objet de limiter la possibilité d'agir en justice, et celles qui en apparence, ne privent pas de ce droit. Pour les premières, il est facile de voir objectivement si elles privent le demandeur d'une action en justice. Peu importe que la juste durée de la prescription varie d'une profession à l'autre, peu importe la juste sanction dans tel ou tel contrat, il n'est pas tant question de rechercher l'intention du stipulant. En revanche, si la clause est en apparence neutre, il faut se livrer à une analyse plus subjective. La réponse du juge doit être à la mesure de l'intention malveillante du stipulant.

Quant aux stratégies commerciales par lesquelles certaines entreprises créent des sociétés de toutes pièces, l'on admettra qu'il faut se situer au niveau de l'entreprise, plus que de la personne morale signataire du contrat pour désigner l'entité chargée d'assumer la sanction.

Conclusion du chapitre :

452. L'évolution du rôle de l'État à cause de l'ouverture des frontières économiques. Le droit aujourd'hui, semble presque être devenu un produit comme un autre. Le législateur, non seulement, est lié par des principes supra-législatifs, mais de surcroît, le droit national est en concurrence avec des droits étrangers. L'État n'agit pas en potentat qui organise la société à sa guise. Au contraire, dans une économie de marché, il doit se conformer aux exigences de l'offre qui détient un pouvoir de fait.

Dans cette perspective, comment serait-il possible de garantir un droit des contrats équitable et juste ? Le recul de l'État dans l'économie ne doit-il pas être compensé par des obligations renforcées de la part de ceux qui possèdent un pouvoir de marché ? Aussi, l'action du juge n'aurait pas grande efficacité si l'inventivité juridique des grandes entreprises pouvait

⁸²⁶ V. Rapport Vautrin, préc.

échapper à toutes les lois protectrices. C'est pourquoi la lutte contre le déséquilibre contractuel dans les contrats entre professionnels ne concerne pas seulement les contrats proprement dits, mais aussi les techniques de contournement. Or, nous avons vu que ces techniques n'engagent pas seulement le droit national – ce qui n'impliquerait que des mesures au niveau national –, mais aussi le droit international privé. L'État doit donc prendre acte de ce que sa mission de protecteur des intérêts nationaux, l'engage parfois à décevoir les acteurs juridiques, originaires de l'étranger. Certes, si le droit des contrats entre professionnels peut paraître une dissuasion, pour l'investissement étranger, il n'en est pas moins nécessaire pour pérenniser l'économie, et notamment les structures les plus fragiles, sises sur son territoire.

Y a-t-il un risque d'isolement économique à garantir une protection de la partie faible dans les contrats internationaux ? Au contraire, plutôt que d'un isolement, il s'agirait d'une véritable protection qui rendrait crédibles les transactions internationales. L'investissement étranger ne peut pas véritablement profiter à l'économie, s'il se fonde sur une logique de soumission commerciale. Et les entreprises françaises n'ont guère intérêt à subir un régime contractuel protecteur si leurs concurrents étrangers peuvent passer outre cette protection. Il y a donc une certaine logique à se montrer exigeant avec les entreprises internationales si l'on veut garantir sur le territoire une sécurité commerciale pour les plus faibles.

453. Transition. L'intention malveillante du cocontractant est souvent un obstacle à la mise en œuvre de la protection du professionnel dans les contrats d'adhésion qu'il passe. Néanmoins, sans qu'aucune intention malveillante n'existe, la partie faible peut très bien voir son action entravée par des problèmes de preuve qui risquent d'annihiler ses efforts pour obtenir une juste compensation. C'est donc l'autre problème qu'il convient de traiter.

Chapitre 2 : La démonstration judiciaire de l'absence de négociations.

454. Les négociations, un lieu peu propice à la production de preuve. Pour pouvoir protéger un professionnel contre les abus dans la relation contractuelle, il faut non seulement garantir des droits au fond, mais également veiller à leur application. Nous avons vu, ci-dessus, que le droit devait faire en sorte que la partie forte n'esquive pas la protection par des clauses détournant la loi de son objectif ou des stratagèmes juridiques à l'unique fin de contourner la loi. L'autre problème qui peut se poser est celui de savoir si la partie faible est en mesure de prouver l'inégalité contractuelle. Si le moyen le plus juste pour rétablir l'équilibre d'un contrat entre professionnels est de regarder les négociations, alors la partie faible doit être en mesure de prouver que ces négociations ont été faussées, soit par un déséquilibre, soit par une mauvaise intention. Or, les négociations, au point de vue de la preuve, sont souvent le lieu à de nombreuses incertitudes. Ne serait-ce que parce que les parties ne savent même pas si elles vont contracter ou non. La constitution de preuve n'est pas forcément nécessaire lorsque l'on n'est même pas certain que l'obligation va naître. Les pourparlers, par définition, constituent la période où personne n'a manifesté la volonté d'être engagé. Les actes posés ne peuvent donc se faire que sur un mode informel, sauf à présenter une offre précise et ferme. Comment une partie faible, pourrait-elle alors aisément dire que les négociations préalables au contrat lui ont causé un déséquilibre dans le contrat, si elle a dû opérer sur un mode informel de pourparlers. De deux choses l'une, ou bien elle décide de formaliser les pourparlers ; ou bien le juge lui offre un raccourci dans la production de la preuve.

455. L'hypothèse malaisée de négociations précontractuelles formalisées. La première hypothèse est envisageable, mais non dénuée d'inconvénient. Plusieurs obstacles de fait peuvent entraver une telle démarche. Premièrement, il est difficile d'établir une relation de confiance dans la relation si l'on exige des preuves écrites de façon systématique. La peur des représailles qui est une réalité dans certains domaines comme le droit de la distribution pourrait être accentuée davantage encore en période de négociation précontractuelle. Il est tout à fait concevable que le distributeur soit en position de force pour qu'on ne lui exige pas des négociations trop formalisées (on se place ici en dehors de tout formalisme obligatoire, y compris celui de l'article L441-7 du Code de commerce). Secondelement, le principe de secret des affaires ne permet pas que les pourparlers se fassent dans une transparence totale. D'abord parce que les parties peuvent échanger des informations au cours de ces négociations qui soient des savoir-faire ou autres. Ensuite, parce que les entreprises ne souhaitent pas forcément faire éclater au grand jour leurs stratégies commerciales auprès de leurs concurrents. D'autant plus qu'une action en justice est souvent utilisée dans le cadre de stratégies déloyales pour obtenir de la part de ses concurrents, des informations

confidentielles⁸²⁷. Cela ne veut pas dire qu'il n'existe aucun moyen pour prouver les négociations et leur contenu. Il faut simplement tenir compte de la difficulté que représente la démarche.

456. Les facilitations judiciaires de la preuve. La seconde hypothèse est en revanche plus plausible. Le droit français et le droit européen connaissent de nombreux moyens pour parer à la difficulté probatoire. L'essentiel étant de trouver le bon degré d'exigence de preuve. Concernant le droit français, l'on pense surtout au principe des présomptions. Le droit européen, inspiré du droit anglo-saxon, connaît également la question des standards de preuve. Ce concept intéressant ne s'accorde pas toujours très bien, cependant, avec la tradition juridique française, qui préfère s'en remettre à l'appréciation souveraine des juges du fond. Il convient néanmoins d'en voir les avantages et les inconvénients pour discerner leur intérêt pour résoudre la question des contrats d'adhésion entre professionnels.

457. Annonce de plan. Il sera donc successivement question de la possibilité juridique de prouver la négociation en dehors de tout raccourci probatoire (section 1), puis de l'utilité de ces raccourcis probatoires pour que l'équilibre du contrat soit corrélé à un équilibre de la preuve (section 2).

Section 1 : La possibilité de prouver une négociation équitable.

458. Les aléas de cette démonstration. Il est possible de démontrer qu'une négociation ne s'est pas opérée de façon juste. Soit en démontrant une attitude de mauvaise foi de la part de la partie forte, ou bien en prouvant que les parties étaient dans une situation telle que l'une pouvait plus aisément obtenir un avantage de l'autre. On trouve en jurisprudence, surtout récente, l'exigence qu'une partie faible démontre, soit que les négociations existent, soit qu'elles ont donné lieu à une forme de violence. Un jugement du tribunal de commerce de Paris en date du 24 septembre 2013 a exigé, sans succès, que le distributeur, pour caractériser un déséquilibre significatif, rapporte la preuve d'une « *coercition* »⁸²⁸. Il y a sans doute lieu de penser que cette solution sera écartée en appel, car l'on n'y discerne pas la ligne traditionnelle de la cour d'appel de Paris⁸²⁹ en matière de déséquilibre significatif. Elle manifeste néanmoins l'idée que le juge s'intéresse de façon plus rapprochée à la relation

⁸²⁷ B. Carayon, Rapport n°4159 auprès de l'Assemblée nationale, sur la protection du secret des affaires. N. Raud et G. Notté, « Protection du secret des affaires : questions-réponses de l'Autorité de la concurrence », CCC, 2010, prat. 1. Rapport du groupe de travail présidé par C. Mathon, *La protection du secret des affaires : enjeux et propositions, Mission du haut responsable chargé de l'intelligence économique*, 17 avril 2009.

⁸²⁸ TC Paris, 24 septembre 2013, n° 2011/058615, un appel a été interjeté.

⁸²⁹ V. *supra*. n°239.

entretenue par les parties pour évaluer la teneur de la négociation. La Cour de cassation dans un arrêt récent⁸³⁰ a refusé la qualification de dépendance économique en prenant pour indice principal la possibilité pour la partie prétendument faible, de négocier certaines clauses du contrat. Le critère de l'intensité des négociations est donc de plus en plus utilisé par le juge. Il est pourtant difficile de savoir comment faire pour caractériser positivement un tel phénomène.

Deux phénomènes empêchent que la négociation puisse faire l'objet d'une preuve certaine : le recours aux usages du commerce (§1) et la faible utilisation des preuves écrites (§2).

§ 1 : Les usages professionnels, une preuve difficile à constituer.

459. Les usages, obstacles à la constitution d'une preuve écrite. Il faut en effet recourir aux usages professionnels pour connaître comment sur un marché donné, la rencontre de l'offre et de la demande s'effectue. L'article 1348 du Code civil reconnaît que certaines espèces peuvent déroger à l'article 1341 du même Code en matière de preuve. Dans cette optique, l'usage professionnel constitue, selon une jurisprudence constante⁸³¹, un cas d'impossibilité morale de produire un écrit. De même, les usages constants entre les parties peuvent dispenser l'une d'elles d'apporter la preuve d'un écrit pour exiger l'exécution d'une obligation ou revendiquer l'extinction de celle-ci⁸³². Néanmoins, la simple existence d'une relation d'affaires n'est pas de nature à caractériser l'impossibilité morale de se procurer un écrit au sens de l'article 1348 du Code civil. Cela peut l'être si les parties n'ont pas l'habitude de recourir à l'écrit, mais non dans l'hypothèse où par le passé, elles ont eu recours à un écrit⁸³³. Et de même, il ne suffit pas de prouver l'existence d'un usage, il faut encore démontrer que les parties étaient dans l'impossibilité, selon le terme de l'article 1348 en question, de se procurer un écrit, au vu des circonstances de l'espèce⁸³⁴.

⁸³⁰ Com, 20 mai 2014, n°12-26.705, *RLDA*, 2014, n°95, p. 42, note D. Chelliah.

⁸³¹ Com, 22 mars 2011, n°09-72.426, *Rev. droit rural*, 2011, comm 81, note J.-J. Barbiéri ; *RTD Civ*, 2011, 491, note P. Deumier.

⁸³² Civ. 1^{ère}, 29 janvier 2002, n°00-11.481, cité par A. Aynès et X. Vuitton, *Droit de la preuve*, Paris, LexisNexis, 2013, p. 238. T. d'Alès, « L'avocat et la preuve dans le contentieux commercial de la concurrence », *AJCA*, 2015, 206.

⁸³³ Paris, 12 juillet 1982, jurisdata 1982-024401, cité par F. Ferrand, *Rép. Dalloz Procédure civile*, « Preuve » décembre 2013 (mise à jour avril 2015), point n°311.

⁸³⁴ J. Mestre, « Des usages professionnels dispensant de la preuve écrite », *RTD Civ*, 1992, 105.

460. Transposition de la règle à la preuve des négociations. Nous pouvons alors, pour démontrer la qualité des négociations, appliquer la règle des usages du contrat aux usages des pourparlers. Ce qui vaut pour la preuve d'une obligation ou de son extinction peut aussi bien valoir pour la preuve des négociations. Il n'y a pas de raison de penser que la négociation qui s'est faite, selon une pratique courante, dans une branche professionnelle donnée se soit mal passée alors que la prétendue victime ne démontre pas de circonstance de nature à penser qu'un abus aurait été commis pendant ces pourparlers. Les règles dérogatoires de preuve en vigueur pour les obligations contractuelles, selon l'article 1348 du Code civil, pourraient donc s'appliquer, *mutatis mutandis*, à la preuve des négociations, dans le cadre d'un contrat d'adhésion entre professionnels. L'existence d'un usage en matière de négociation fournit une preuve à la fois crédible et efficace.

461. La question de la preuve de l'usage. Toutefois, si l'usage professionnel peut servir à contourner l'exigence d'un écrit en droit des obligations, il n'en demeure pas moins que cet usage doit être prouvé. Les règles en ce sens ont été fixées judiciairement de longue date. L'on distingue en premier lieu les usages de droit des usages conventionnels. Les premiers ne concernent pas directement notre étude, ce sont en effet des normes de droit qui s'imposent au juge⁸³⁵, lequel doit les rechercher d'office⁸³⁶. Tel n'est pas le cas des usages conventionnels qui ont une nature relativement proche de celle de la loi étrangère. Il s'agit de faits⁸³⁷ à l'égard desquels, le juge joue un rôle passif, et leur preuve n'est pas soumise au contrôle de la Cour de cassation. Comment donc s'effectue leur preuve en pratique ? Les organismes professionnels peuvent fournir des « parères », c'est-à-dire, des attestations qui rendent compte de telle ou telle pratique. En outre, le juge peut avoir recours à des contrats types, fournis par ces mêmes organismes professionnels⁸³⁸.

462. L'usage comme élément pertinent pour rendre compte d'une négociation équitable, un indice non dirimant. Y a-t-il des usages dans la négociation des contrats entre professionnels ? Certes, toutes les professions ne fonctionnent pas de la même manière. Cependant, en présence d'un contrat type qui a été émis par un organisme interprofessionnel et neutre, de surcroît, l'on peut penser que le contrat bénéficie d'une présomption relativement forte de négociations équitables. Faut-il penser que, parce qu'une clause ou une pratique est courante dans une profession, elle rend nécessairement compte d'une négociation équilibrée ? Il semble qu'il faille regarder chaque situation au cas par cas. Dans la grande

⁸³⁵ Soc, 19 juin 1947, *S*, 1947, 1, 75, cité par M. M. Mohamed Salah., *Rép. Dalloz, Droit commercial*, « Usages commerciaux », octobre 2007 (mise à jour septembre 2011), points n°86 et s.

⁸³⁶ *Id.*

⁸³⁷ Com, 25 janvier 1972, n°70-13.960, cité par M. M. Mohamed Salah, *op. cit. Civ 1^{ère}*, 17 juin 1997, n°95-14.162, *D*, 1997, p. 604, note G. Mémeteau. V. M. Oudin, *Juriscl. Civil code*, « art. 1315 et 1315-1 », points n°13 et s.

⁸³⁸ M. M. Mohamed Salah, *Rép Dalloz, Droit commerciale*, « Usages commerciaux », octobre 2007 (mise à jour septembre 2011).

distribution, certaines pratiques ont beau être courantes, elles n'en sont pas moins décriées. De même, pour ce qui est de la sous-traitance, ce n'est pas parce qu'il est courant que le sous-traitant n'intervienne qu'après la signature du contrat principal, et concurrencé par tous les concurrents qui essayent d'obtenir le marché en même temps que lui, qu'il est réputé avoir négocié le contrat. L'existence d'un usage est donc un indice comme un autre pour justifier de ce qu'une négociation a été équitablement menée.

463. Conclusion du §1. Finalement, dans le cadre de l'analyse des négociations, l'usage tient un rôle paradoxal. Il est un obstacle pour savoir si les pourparlers ont été justes ou non, car il empêche les parties de recourir à l'écrit. Et dans le même temps, il laisse présumer de la façon dont se sont passés les pourparlers précontractuels. Lorsqu'il n'existe pas d'usage dans la profession concernée, ou bien que l'une des parties affirme que les usages n'ont pas été suivis, ou encore qu'en dépit de ces usages, la négociation s'apparente à une forme de violence économique, il convient pour elle de retracer le déroulement de ces négociations. Se pose alors le problème de l'incertitude quant aux éléments dont disposent les plaideurs.

§ 2 : Les éléments écrits pour prouver la négociation.

464. La variété des preuves possibles. On peut très bien imaginer que les parties aient à leur disposition, des éléments de preuve pour retracer avec précision la négociation, si le juge est amené enquêter sur cette dernière. Est-il certain néanmoins que la partie faible puisse avoir une preuve irréfutable des moindres détails ? D'abord, s'il s'agit d'une partie faible, l'on peut concevoir qu'elle ait du mal à exiger, lors des négociations, une trace de tous les dires de son partenaire, si elle souhaite entretenir de bonnes relations avec celui-ci. En effet, exiger une preuve écrite des négociations est parfois un acte de défiance. Quels sont donc les éléments de preuve sur lesquels une partie faible peut véritablement s'appuyer ? Puisque l'article L110-3 du Code de commerce énonce que la preuve est libre en matière commerciale, il vaut mieux pour la partie faible, mettre à profit toutes les possibilités. Nous allons donc en décliner les principales, peu importe qu'elles soient ou non solennnelles.

A : La possibilité de recourir à des preuves non écrites ou relativement informelles.

465. Spécificité de la matière commerciale à propos de la preuve. Si elles veulent demeurer libres avant de conclure le contrat, les parties n'ont pas forcément intérêt à garder une trace écrite de ce qu'elles ont dit en pourparlers. Et l'on imagine mal une partie

malveillante, pendant les négociations, veiller à ce que tout ce qu'elle dit soit conservé par l'autre. Pour autant, il n'est pas impossible, en droit commercial, d'avoir recours à des moyens de preuve très informels pour concourir à la vérité⁸³⁹. Il faut donc voir dans quelle mesure la souplesse permise par l'article L110-3 du Code de commerce peut aider à retracer les négociations contractuelles, et permet au juge d'en tirer des conclusions sur les effets du contrat. Devant la difficulté de certains fabricants, en matière de concurrence, à prouver la licéité des réseaux de distribution sélective, le juge avait fait très tôt le choix de ne pas suivre une méthodologie probatoire orthodoxe⁸⁴⁰. Au contraire, il a eu recours à des techniques multiples, telles que les apparences, les présomptions, les situations acquises, les opportunités entre autres⁸⁴¹. D'où une certaine incertitude en matière commerciale sur la fonction exacte du juge en matière de recherche de la vérité. D'où également cette idée que les règles de preuves varient d'un procès à l'autre et que c'est au juge de trouver la juste répartition du fardeau de la preuve en fonction des situations⁸⁴². Nous reviendrons plus loin sur la question de la clause d'accord complet qui peut perturber le jeu de la preuve.

Il ressort de cette liberté probatoire que le commerçant peut être engagé par des modes de preuves relativement volatiles. L'on a déjà cité certains arrêts d'appel qui ont eu recours à des attestations pour se passer d'un écrit. En droit commercial, d'ailleurs, tout support tel qu'une photocopie, un enregistrement ou un témoignage peut prévaloir sur un écrit⁸⁴³. Il va même sans dire que la clause par laquelle un contractant reconnaît d'avance l'exécution d'une obligation de son cocontractant est nulle⁸⁴⁴.

466. La preuve des services rendus en matière de coopération commerciale dans le domaine de la distribution. Il y a d'autres domaines du droit commercial où le juge est amené à se prononcer sur l'existence d'obligations, sur la base d'éléments de faits relativement difficiles à analyser depuis le siège de sa juridiction. Nous pensons particulièrement à la preuve des services rendus en matière de distribution. Lorsque le client inscrit sur sa facture diverses prestations au titre de la « coopération commerciale », le fournisseur n'est aucunement à même de vérifier leur réalité. Il peut s'agir de la célérité à remplir le rayon

⁸³⁹ Nîmes, 10 janvier 2013, n°11/04394, pour la preuve d'un contrat de maçonnerie et d'électricité effectuée par des témoignages, des photographies et les travaux réalisés. Nancy, 13 décembre 2012, n°11/04965 pour la preuve de travaux réalisés par différents témoignages et analyses d'experts. F. Chamoux, *La preuve dans les affaires, de l'écrit au microfilm*, Paris, Litec, 1979, p. 17 et s.

⁸⁴⁰ L. Ruet, *op. cit.*

⁸⁴¹ *Id.*

⁸⁴² F. Boulanger, « Réflexions sur le problème de la charge de la preuve », *RTD Civ*, 1966, 736.

⁸⁴³ F. Dekeuwer-Défossez, E. Blary-Clément, *Droit commercial*, Paris, Montchrestien [10^e édition], 2010, p. 97 et s.

⁸⁴⁴ Elle est d'ailleurs abusive en présence d'un contrat conclu avec un consommateur. Commission des clauses abusives, avis n°13-01, *RTD Com*, 2013, 789, note D. Legeais. V. également, *supra*, les clauses par lesquelles le fournisseur reconnaît le contrat licite en cas d'action du ministre, stipulées par Leclerc TC Paris, 20 mai 2014.

quand celui-ci est vide, de la position avantageuse en rayon ou bien de la promotion faite pour le produit par différents canaux de communication. La jurisprudence laisse pourtant des techniques pour apprécier la réalité de ces faits. L'on peut s'en inspirer pour comprendre comment établir la vérité sur des faits quasi inconnus.

467. La méthode retenue par le juge. La loi en faveur des PME du 2 août 2005⁸⁴⁵ a mis un frein aux pratiques de services rendus fictifs, sans pour autant les faire disparaître. Il n'empêche que la jurisprudence développée préalablement à ce texte, montre de façon intéressante, comment le juge dépasse les difficultés à déterminer la réalité d'un fait en matière commerciale⁸⁴⁶. Effectivement, le juge se livre à une analyse du comportement des parties pour savoir ce qu'il y a de plus probable. Connaissant la faculté du producteur à se soumettre aux injonctions du distributeur, le juge ne retient pas que le service existe véritablement si ce même producteur a effectué le paiement exigé⁸⁴⁷. Si des producteurs ont confirmé l'existence du service et sa pertinence, le juge n'aura guère de mal à l'admettre. En revanche, le juge prend pour un « *commencement de preuve sérieux* » le fait que la société distributrice ne soit pas en mesure de produire le contrat écrit rapportant avec précision le contenu du service. En effet, plus la convention décrit avec précision la prestation, plus le juge sera porté à croire le distributeur. Le succès de l'opération commerciale est un indice relativement significatif, mais pas rédhibitoire, pour savoir si le service rendu l'était réellement ou non⁸⁴⁸. Aujourd'hui, il y a eu inversion légale de la charge de la preuve, que nous étudierons plus loin⁸⁴⁹. Néanmoins, le raisonnement peut très bien s'appliquer pour d'autres branches du droit où la charge de la preuve est plus délicate. Évidemment, rien ne dit qu'à l'avenir, les auteurs d'abus ne vont pas s'adapter à ces techniques judiciaires. Le juge devra alors encore innover pour déceler les différentes prestations. À tout le moins, la méthode adoptée est intéressante. Le juge se passe d'accord écrit et regarde, de façon globale, si l'entreprise n'adopte pas une attitude confuse et ne se défausse pas quand on lui demande de rendre compte de la vérité. Plus l'entreprise est ferme dans son propos, et équipée d'élément de preuve même élémentaires, plus le juge sera à même de la croire. Ainsi, ne pourrait-on pas appliquer cette méthode à l'analyse des négociations ? Si la partie lésée prétend qu'elle a fait l'objet d'un chantage commercial, la coopération judiciaire pour obtenir la vérité est un critère tout à fait efficace, même s'il n'est pas infaillible.

468. Sur le risque d'actions abusives. L'on pourrait penser qu'une telle recherche des détails de la relation commerciale, antérieure ou postérieure à la conclusion du contrat oblige

⁸⁴⁵ Loi n°2005-882 du 2 août 2005, préc.

⁸⁴⁶ M. Behar-Touchais, « De la preuve de l'absence des services rendus (avant la loi du 2 août 2005) », note sous Com, 20 février 2007, n°04-20.449, *RLC*, 2007, n°11, p. 38.

⁸⁴⁷ Paris, 24 mars 2011, n°10/02616, *RLDA*, 2011, n°61, p. 35, note : J.-M. Vertut, voir aussi CEPC, avis n°11-03 du 9 février 2011.

⁸⁴⁸ M. Behar-Touchais, « De la preuve de l'absence des services rendus (avant la loi du 2 août 2005) », *op. cit.*

⁸⁴⁹ V. *infra*. n°647.

les professionnels à des précautions lourdes et superflues, pour garantir l'exécution de leurs créances commerciales. L'objection est à la fois juste, assumée et surmontable. Effectivement, un certain esprit de chicane de la part de partie prétendument faible pourrait l'inciter à jouer sur quelque incident de la période de négociation pour faire croire à un contrat d'adhésion. Ce n'est pas sans rappeler le recours excessif que certains dénoncent à l'égard de la bonne foi⁸⁵⁰. C'est pourquoi il convient de contrebalancer ce risque en recommandant au juge de n'accepter de revenir sur le contrat que dès lors qu'il acquiert une conviction ferme du caractère faussé des négociations. Cela rejoint le problème de la sécurité juridique d'une manière générale qui réapparaît chaque fois que l'État intervention dans les relations commerciales⁸⁵¹. Il n'empêche que cette culture de la traçabilité des négociations pourrait apporter un surcroît de transparence et faciliter la moralisation du contrat dans la culture des affaires. Si l'on ne souhaite pas que les négociations deviennent vidéosurveillées, elles ne sauraient non plus demeurer une zone de non-droit, comme c'est encore en partie le cas aujourd'hui. Bien évidemment, plus l'opération juridique est importante, plus les parties devraient être amenées à conserver une forme d'historique de leurs négociations. Certaines grandes entreprises, notamment dans le domaine de l'informatique, tiennent le journal de leurs négociations, pour que celui qui a formulé une proposition ne puisse revenir dessus. Elles pourraient garder cet historique pour connaître, en cas de contestation de qui émane telle clause, par exemple.

469. *Le support numérique, remède efficace à la fugacité des preuves relatives aux négociations.* Au surcroît, on ne peut pas ignorer les techniques informatiques comme moyen de preuve pour tenir une trace tangible des négociations entre professionnels. Elles cumulent les avantages de la souplesse, de la commodité matérielle, mais aussi de la facilité de conservation. Aussi, la loi ne les a pas ignorées. En écho à la doctrine qui se faisait de plus en plus pressente pour que le juge puisse utiliser les supports issus des nouvelles technologies⁸⁵² comme moyen de preuve, la loi du 13 mars 2000 n° 2000-230 est venue réglementer la signature électronique⁸⁵³. Désormais, l'article 1108-1 du Code civil consacre l'égalité de la preuve papier en « dur » avec celle sur support numérique, lorsque l'écrit est exigé. Il convient donc de relever que l'outil numérique est un vecteur de conservation de traces de

⁸⁵⁰ Y. Lequette, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Etudes de droit privé, Mélanges offerts à Paul Didier*, Paris, Economica, 2008, p. 247 et s. spéc. p. 270. C. Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Paris, LGDJ 1984, cité par J. Fischer, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, Paris, PUF 2004, p. 111.

⁸⁵¹ M. Behar-Touchais, « Quelques pistes pour l'amélioration du droit des pratiques restrictives de concurrence », *RLC*, 2014, n°38, p. 36 et s.

⁸⁵² Par exemple, F. Chamoux, *La preuve dans les affaires*, op. cit., p. 43 et s.

⁸⁵³ P.-Y. Gautier et X. Linant de Bellefonds, « De l'écrit électronique et des signatures qui s'y rattachent », *JCP*, 2000, I, 236. L. Grynbaum, « La consécration de l'écrit et de la preuve électronique au prix de la chute de l'acte authentique », *CCE*, 2000, chro 7. F.-G. Trébulle, « La réforme du droit de la preuve et le formalisme », *LPA*, 20 avril 2000, p. 10.

négociation tout à fait efficace qui peut très facilement pallier la difficulté à connaître avec précision dans quel état d'esprit les parties sont convenues du contrat et de ses obligations dans la période de négociations.

470. *Une culture de la preuve confirmée en jurisprudence.* Relevons aussi que la Cour de cassation⁸⁵⁴ ne semble pas s'opposer à cette culture de la preuve du déroulé des négociations d'affaires. Dans l'un des derniers épisodes de l'affaire des parfums, elle a affirmé que les entreprises concernées devaient garder des traces de toutes leurs démarches pour en garantir la licéité. Cette décision s'inscrit dans le cadre d'une politique probatoire servant à déceler les ententes nuisant à l'économie de marché. Il n'est donc pas absurde de compter sur des preuves, même très volatiles pour retracer négociations et aboutir à la conclusion qu'un contrat entre professionnels est d'adhésion ou non.

471. *La preuve par la comparaison avec d'autres partenaires du défendeur.* En tout dernier lieu, une autre technique probatoire d'analyse des négociations est possible. Elle consiste à regarder, pour le cas des contrats en série, si la clause a fait l'objet de modifications ou non auprès de la concurrence. Par exemple, dans le jugement du tribunal de commerce de Paris du 20 mai 2014⁸⁵⁵, il était question d'une clause qui obligeait les fournisseurs du GALEC à intervenir à l'instance. Dans un premier temps, les juges ont observé que pour vingt-deux contrats, cette clause avait été amendée. Dans plus de trois cents autres, elle avait été, purement et simplement, écartée. Puis, en analysant de plus près les cas concernés, ils se sont aperçus que les contrats qui n'avaient pas retenu cette clause étaient des entreprises multinationales telles que L'Oréal ou Philips⁸⁵⁶. De cela, ils ont déduit que la négociation n'avait pas été réelle. Cette méthode d'analyse des négociations, sans être une science exacte, offre de réelles possibilités de présumer de la politique de négociation d'une entreprise qui traite avec une multitude de partenaires. Elle reste cependant confinée à des domaines tels que la grande distribution, car elle est impossible à mettre en œuvre pour des contrats qui ne sont pas négociés auprès d'un grand nombre de personnes.

472. *Transition.* Il est facile d'imaginer que dans les affaires courantes d'une entreprise, les parties ne pensent guère à garder des traces précises de leurs négociations. Et quand bien même elles y pensent, elles y sont réticentes, car une telle démarche peut mettre à mal la confiance à l'égard du contractant si importante pour le monde des affaires. Néanmoins, nous avons vu que les différentes sortes de preuve informelles ne sont pas totalement impuissantes à manifester la vérité. Le juge doit d'ailleurs souvent s'y référer pour

⁸⁵⁴ Com, 11 juin 2013, jurisdata 2013-011956, CCC, 2013, comm. 217, note G. Decocq. Où la preuve de la participation à une entente peut être déduite de notes internes à l'entreprise ou de déclarations de dirigeants de magasins.

⁸⁵⁵ TC Paris, 20 mai 2014, préc.

⁸⁵⁶ M. Behar-Touchais, « La clause qui oblige les fournisseurs à intervenir à l'instance est entachée d'un déséquilibre significatif », *op cit.*

trancher sur des situations relativement complexes en droit des contrats commerciaux. Ce n'est pas pour autant que les parties ne peuvent jamais recourir à la preuve écrite, voire solennelle au cours de leurs pourparlers. Certes, il ne s'agit pas forcément de la pratique la plus commune en droit des affaires, mais elle a le mérite de baliser de façon claire le parcours suivi par les contractants lors de leurs pourparlers.

B : Le recours à des preuves écrites, voire solennelles, pour rendre compte des négociations.

473. Paradoxe de l'intérêt de la preuve formalisée en droit des affaires. Lorsqu'elles sont prêtes à engager les moyens nécessaires, les parties peuvent jalonner leurs négociations avec des actes écrits, voire solennels, qui garantissent un consentement plus éclairé, ou du moins une preuve moins réfutable, du déroulé des négociations. Le droit civil classique en propose un certain nombre, et la pratique fournit des instruments qui vont dans le même sens. Cela ne correspond pas de manière parfaite avec l'impératif de célérité du droit des affaires, mais cette solution est tout à fait choisie lorsque l'opération économique a besoin d'une certaine sécurité. Il y en a de multiples sortes. Cela peut aller de la simple lettre d'intention à un acte notarié. Il s'agit simplement pour une partie de certifier l'engagement moral qu'elle prend envers l'autre.

474. Distinction. Il convient d'analyser chacune de ces sortes d'actes préalables au contrat, pour voir comment ceux-ci peuvent aider le juge à déduire si un contrat a fait l'objet d'une véritable négociation, ou bien s'il n'est que l'illustration d'un rapport de force défavorable entre une partie forte et une partie faible. Nous ne verrons pas les avant-contrats tels que les pactes de préférence qui concernent des opérations économiques hors de notre étude. Ces preuves peuvent consister en des actes organisant la négociation, des jalons qu'elles posent durant les pourparlers ou bien de simples indices informels. C'est ce que nous verrons successivement.

1 : Les actes par lesquelles les parties jalonnent les négociations.

L'organisation de la négociation n'a pas besoin d'être très formalisée. Et pour cause, c'est à mesure qu'elles avancent que les parties négociantes vont dessiner les étapes de leur consentement. En effet, plus elles avancent et plus elles perçoivent la certitude ou non qu'elles ont que l'accord sera scellé. Aussi bien, l'acte dont nous parlons ici peut très bien n'être qu'une vague lettre d'intention qu'un véritable accord d'entrer en pourparlers.

475. *Précision sémantique*. La lettre d'intention recouvre plusieurs réalités en droit civil. Issu de la pratique, le concept est mentionné dans le Code civil, mais ne désigne pas forcément de manière générale ce que l'on entend par cette expression. Il convient d'ores et déjà de signaler que l'on entend pas ici par lettre d'intention, ce que le Code civil régit à l'article 2322 du Code civil issu de la loi n° 2006-346 du 23 mars 2006 ; et qui constitue un moyen de garantir le crédit⁸⁵⁷. Il s'agit de la même création de la pratique, mais à laquelle la loi a voulu donner un régime clair. D'où une confusion dans la dénomination. Notre étude ne s'intéressera pas à un type de garantie du crédit, mais à un mode de traçabilité des négociations.

La lettre d'intention (que nous n'entendons pas ici au sens de l'article 2322 du Code civil) est très pratiquée dans le monde des affaires, mais guère connue par la jurisprudence⁸⁵⁸. On entend par cette expression un document par lequel, lors de la négociation du contrat, les parties, font part d'éventuelles possibilités de stipulation sans nécessairement vouloir être liées par celles-ci.⁸⁵⁹. À la vérité, le caractère juridique d'une lettre d'intention diffère beaucoup d'une espèce à l'autre. On peut dire que son rôle est essentiellement moral. Les parties ne veulent pas être engagées, mais elles cherchent à témoigner d'une certaine confiance à l'égard de l'autre. Elle demeure donc très utile, lorsque le contrat est signé, pour savoir dans quel état d'esprit les parties se trouvaient juste avant que la convention soit conclue. D'une manière générale, ces accords ne lient pas ceux qui les signent⁸⁶⁰. Cependant, il arrive que, parfois, même sans faire exprès, les parties se retrouvent dans les liens d'un contrat, alors qu'elles pensaient n'avoir fait que manifester une éventualité de consentement. Dans certaines hypothèses, la nature du document est très tangente. Tantôt le juge décide que la lettre ne lie en rien le signataire, tantôt il la désigne comme contrat, tantôt il n'en fait pas un contrat, mais sanctionne par des dommages et intérêts la lettre d'intention qui ne débouche pas sur un contrat⁸⁶¹. Le plus souvent, il en résulte une obligation de moyens, mais parfois par une obligation de résultat⁸⁶².

⁸⁵⁷ A. Cerles et M. Sejean, « Les lettres d'intentions dans le livre IV et hors le livre IV du Code civil », in A. Gourio et J.-J. Daigre (dir.), *Droit bancaire et financier, Mélanges AEDBF-France IV*, Paris, RB édition, 2013, p. 167 et s. D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, Paris, LGDJ, [9^{ème} édition], 2013, p. 279 et s. P. Simler et P. Delebecque, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, Paris, Dalloz, [6^{ème} édition], 2012, p. 301 et s. Y. Picod, *Droit des sûretés*, Paris, PUF, [2^e édition], 2011, p. 229.

⁸⁵⁸ B. Dondero, « La valeur d'une lettre d'intention », *D*, 2011, 2848, note sous Versailles, 30 juin 2011.

⁸⁵⁹ Sur le sujet : I. Najjar, « Les accords de principe », *D*, 1991, 57.

⁸⁶⁰ Versailles, 30 juin 2011, n°10/06302.

⁸⁶¹ J. Schmidt, « Les lettres d'intention », *RDAI*, n°3/4, 2002, p. 257

⁸⁶² Versailles, 30 juin 2011, préc. Sur cet arrêt : B. Fages, « L'interprétation d'une lettre d'intention », *RTD Civ*, 2013, 758.

476. Utilité pour la preuve des négociations. Conformément à l'article 1156 du Code civil, il convient de donner à ces lettres le sens que les parties ont entendu leur donner. En présence d'un usage professionnel⁸⁶³, le juge n'aura guère de mal à en comprendre le sens. Autrement, il devra trancher pour un sens plutôt qu'un autre, à l'avantage d'une partie et au détriment de l'autre. Cela est d'autant plus vrai lorsque les négociateurs ne s'étaient pas accordés quant à la valeur de la lettre d'intention⁸⁶⁴. Nous ne nous attarderons pas à connaître la propension pour une lettre d'intention de devenir un contrat, mais plutôt sur sa capacité à exprimer la qualité du consentement ultérieurement donné. Lorsqu'une partie transmet à l'autre une lettre d'intention, ce n'est pas en pensant à l'exécution du contrat, mais plutôt à la possibilité de sa signature. Il y a des chances non négligeables, pour que cette lettre d'intention, longtemps après, puisse démontrer au juge que le contrat n'était pas signé de façon contrainte ni n'était un contrat d'adhésion. Si une partie a pris soin de produire un tel document, c'est probablement qu'elle voulait rassurer l'autre sur son intérêt à contracter et l'imminence de la conclusion. Et plus encore, si la négociation a été jalonnée par une multitude de lettres d'intention, manifestant de façon progressive, un consentement qui se manifeste au gré des échanges, ce contrat n'a pratiquement aucune chance d'être qualifié de contrat d'adhésion, sauf à orchestrer une négociation d'apparat. C'est pourquoi le juge doit toujours trancher au cas par cas sans être tenu par une règle immuable.

477. Un indice non déterminant. L'utilisation de la lettre d'intention comme indice du bon déroulement des négociations détourne l'objectif premier de cet outil. La lettre d'intention sert à « donner son consentement sans donner son consentement ». Il s'agit d'une certaine manière d'une partie de « *cache-cache* »⁸⁶⁵ quand à l'opposé, elle ne sert pas davantage à établir la confiance⁸⁶⁶. Il ne faut donc pas déduire d'emblée qu'il y a négociation équitable et posée en présence d'une lettre d'intention. Simplement, elle constitue un indice parmi d'autres. Il existe, au surcroît, d'autres possibilités de retracer les négociations par des documents écrits.

⁸⁶³ Comme c'est le cas pour le capital investissement dans l'arrêt précité, Versailles, 30 juin 2011.

⁸⁶⁴ La pratique démontre qu'un commerçant allemand ne manifeste jamais une intention sans conséquence alors que la négociation française y est familière. L. Rigault, « L'encadrement juridique des pourparlers », *LPA*, 30 mai 2012, n°108, p. 5. Dans d'autres pays comme au Viêt Nam, la pratique de la lettre d'intention est courante et la mention « *subject to contract* » montre bien que les parties n'ont pas encore voulu engager leur volonté : N. Audier et N. Picard, « La pratique des lettres d'intention au Viêt Nam », *RDAI*, 2005, p. 593 et s.

⁸⁶⁵ R. Baillod, « Les lettres d'intention », *RTD Com*, 1992, 547.

⁸⁶⁶ H. Muir-Watt, « Les pourparlers, de la confiance trompée à la relation de confiance », in P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2003, p. 53 et s.

478. *Un indice de la bonne foi des parties.* L'engagement d'honneur a une nature relativement proche de la lettre d'intention, mais leur définition ne se superposent pas totalement. Leur intérêt est surtout d'habiller les négociations contractuelles de la courtoisie nécessaire à la confiance. Peu à même de générer des effets de droit, mais relevant essentiellement de la conscience personnelle, l'engagement d'honneur à en fait un rôle sociologique plus que juridique⁸⁶⁷. De façon constante, la jurisprudence ne lui reconnaît aucune efficacité autre que morale⁸⁶⁸. Peut-on grâce à l'engagement d'honneur, retracer l'état d'esprit dans lequel les parties ont négocié ? Cela ne semble pas moins possible que pour la lettre d'intention. Dès lors que l'un des contractants a manqué à sa parole pendant les négociations, l'on peut imaginer qu'il est celui qui a agi de plus mauvaise foi. Au juge ensuite de voir comment est-ce qu'il peut déduire de cette mauvaise foi une négociation déséquilibrée. Rien ne garantit nécessairement qu'il s'agisse d'une intention malveillante. Néanmoins, l'intérêt demeure pour montrer que le cocontractant s'était appuyé sur des pourparlers réels pour obtenir le consentement de l'autre partie⁸⁶⁹. Probablement, cela aiderait le juge à surmonter le dilemme entre indemniser le bénéficiaire de l'engagement sur l'honneur et respecter la règle de droit qui ne donne aucun effet à ce type d'acte⁸⁷⁰.

479. *Des écrits qui servent de « jalons » aux négociations.* Concernant les engagements d'honneur et les lettres d'intention, ils ne font que marquer une étape à un moment des pourparlers où les parties estiment qu'il est temps de faire le point sur l'avancée de leur accord. Dans d'autres circonstances, les écrits peuvent servir, non pas seulement à marquer une étape, mais avant tout à organiser de manière plus globale la formation du contrat.

⁸⁶⁷ B. Oppetit, « L'engagement d'honneur », *D*, 1979, chro, p. 107.

⁸⁶⁸ Paris, 4 mai 1993, n°93/016325 et 92/023245, *Bull. Joly*, 1993, n°312 p. 729, note P. Delebecque, bien qu'une décision de la Cour de cassation publiée au bulletin reconnaîsse au juge du fond la possibilité de caractériser l'effet contraignant d'un engagement d'honneur : Com, 18 janvier 2011, n°09-69.831, CCC, 2011, comm. 88, note L. Levener.

⁸⁶⁹ A. Bac, « Lettres d'intention, de l'engagement d'honneur au consentement déguisé », *Dr. et patrimoine*, 1999, n°67, p. 49. *Lamy Droit du contrat*, 355-40, « Engagement d'honneur ».

⁸⁷⁰ N. Vignal, « L'attraction de l'engagement d'honneur dans le giron du droit : la morale des affaires à son honneur ! », *RLDC*, 2007, n°40. E. Lamazerolles, *Juriscl. Droit commercial*, fasc. 289, « Vente commerciale – Formation », septembre 2012, points n°43 et s. X. Barré, *La lettre d'intention, technique contractuelle et pratique bancaire*, préf. C. Gavalda, Paris, Economica, 1995, p. 151 et s. D. Ammar, *Essai sur le rôle de l'engagement d'honneur*, thèse Paris I, 1990.

480. *Un instrument multiforme.* La négociation peut parfaitement devenir contractuelle, dès lors que les parties décident d'avoir recours à une convention pour gérer leurs pourparlers. La pratique a été assez créative pour trouver des conventions adaptées à toutes les situations. Cette convention organisatrice de pourparlers peut contenir des obligations très variables. Parfois, sa fonction sera d'assurer une attitude générale de bonne foi, parfois les obligations seront plus ciblées, parfois encore, il s'agira de privilégier un partenaire plutôt qu'un autre. Madame Schmidt-Szalewski distingue selon que le contrat oblige à la négociation ou ne fait que l'organiser⁸⁷¹. L'existence d'une convention en vue des négociations est un instrument idéal pour mesurer celle-ci. À condition bien entendu qu'elle soit détaillée.

Autrement, la partie à qui incombe le fardeau de la preuve devra se contenter d'éléments épars qui ont été utilisés durant les négociations.

3 : Les documents informellement échangés lors de la négociation.

481. *Des indices à la fois partiels et non dirimants.* Il est difficile de faire un inventaire exhaustif des différents documents que les parties s'échangent dans leurs tractations contractuelles et précontractuelles. De par leur nature, leur propension à engager le consentement de leur auteur... ces documents peuvent néanmoins donner des indices sur la démarche suivie par les parties pour parvenir à l'accord final. Ils peuvent renseigner sur la rapidité ou la longueur des négociations, sur la possibilité pour chaque contractant de demander une modification du contrat, sur l'origine de chaque disposition, mais aussi sur les informations qui ont été décisives du consentement. Néanmoins, nous verrons que pour parvenir à connaître toutes ces informations, le juge doit être laissé à son appréciation souveraine. Car, un document publicitaire, par exemple, n'aura pas la même valeur dans une espèce par rapport à une autre. Il n'est pas possible de dégager des lois rigides quant à l'effet de chaque type de ces documents.

482. *Les documents informatifs prévus par la loi Doubin.* Un cas particulier de ces documents précontractuels a été consacré par la loi, mais ne concerne encore que la franchise à peu d'exception près⁸⁷². Il s'agit des informations requises par la loi Doubin (n° 89-1008 du 31 décembre 1989) et codifiées à l'article L330-3 du Code de commerce. Lorsqu'une

⁸⁷¹ J. Schmidt-Szalewski, « La période précontractuelle en droit français », *op. cit.*

⁸⁷² La loi a été reconnue applicable pour un contrat de location-gérance. Paris, 24 janvier 2007 n°05/24117.

personne met à la disposition d'une autre une marque, une enseigne ou un nom commercial avec clause d'exclusivité ou de quasi-exclusivité, un certain nombre de renseignements sont dus en faveur du franchisé⁸⁷³. Ces renseignements concernent l'ancienneté, l'expérience de l'entreprise ou encore des conditions relatives à la vie du contrat. Si un tel formalisme est tout à fait louable pour un contrat de franchise, ses résultats ont parfois été mitigés, au point que la loi a pu être jugée insuffisante pour surmonter le problème de l'inégalité contractuelle dans un contrat de franchise. L'efficacité de ce texte a pu être mise en cause, par exemple concernant son application en droit international, mais aussi quant à son effectivité proprement dite⁸⁷⁴. De surcroît, les informations exigées ne sont pas forcément suffisantes pour avoir une idée précise de l'intérêt du franchisé à contracter. Toutefois, l'on a vu des contrats de franchise annulés parce que l'information sur la rentabilité économique de la franchise entreprise était nettement exagérée par rapport au bénéfice réel obtenu par le franchisé⁸⁷⁵. Cela ne donne pas pour autant satisfaction, car, comme l'a démontré un auteur, il n'est pas tant demandé au franchiseur de réaliser un chiffre d'affaires prévisionnel, mais de rendre compte de façon exacte de l'état du marché⁸⁷⁶. La question se pose de savoir si l'on peut généraliser à un plus grand champ du droit des contrats cette idée, en sorte que ces documents soient significatifs de la façon dont le contrat a été négocié. À la vérité, s'il n'était pas opportun de généraliser ces exigences propres au droit de la franchise, ces informations peuvent donner un premier aperçu sur l'état de la négociation. Il ne s'agit cependant que d'une première approche.

483. *La multiplicité des autres documents précontractuels.* D'autres documents, beaucoup moins formels peuvent être ajoutés aux preuves écrites. Cependant, leur définition et leur valeur contractuelle sont très variables⁸⁷⁷. Les plus significatifs sont les documents publicitaires. Il est acquis qu'ils n'ont pas de valeur contractuelle⁸⁷⁸, à moins qu'ils soient

⁸⁷³ P. Neau-Leduc, « La théorie générale des obligations à l'épreuve de la loi Doubin » *Cah. dr. entr.* 1998/4 p. 27. J.-C. Grall, « Le décret Doubin : un texte tant attendu et déjà si contesté », *Gaz Pal*, 13 et 14 décembre 1991, p. 2. M. Behar-Touchais, « De la sanction de l'obligation d'information précontractuelle », *RDC*, 2009 p. 1150. D. Ferrier, « L'obligation d'informer le futur franchisé », *RDC*, 2012 p. 1068. D. Mainguy et J.-L. Respaud, « Comment renforcer l'efficacité de la « Loi Doubin » ? », *CCC*, 2003, chron. 4.

⁸⁷⁴ D. Ferrier, « L'information du candidat à la franchise, la loi « Doubin » : bilan et perspectives », in N. Dissaux et R. Loir, *La protection du franchisé au début du XXI^e siècle*, op. cit., p. 77. N. Dissaux, « L'information précontractuelle du franchisé : un joyeux anniversaire ? », *JCP G*, 2010, doctr. 134.

⁸⁷⁵ N. Dissaux, « La rentabilité au cœur du contrat de franchise », *D*, 2012, 2079, note sous arrêt Com, 12 juin 2012, n°12-19.047.

⁸⁷⁶ G. Toulouse, « L'entrée dans la franchise, table ronde, actes du colloque : La franchise : questions sensibles », *RLDA*, HS n°73, p. 29.

⁸⁷⁷ F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1994, Paris.

⁸⁷⁸ Civ. 3^{ème}, 24 avril 2003, n°01-17.458, *RTD Civ* 2003, p. 699, note J. Mestre et B. Fages, *ibid.* p. 723, obs. P.-Y. Gautier. A. Cohérier, *Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation du contrat*, thèse Paris, 1939. J. Schmidt, *Négociation et conclusion*

suffisamment précis et détaillés⁸⁷⁹. Néanmoins, indépendamment de savoir s'il existe un contrat, ce document peut renseigner sur la façon dont chaque partie a approché l'autre. Il renseigne sur celui qui a eu l'initiative du contrat, sur celui qui a imposé le premier les clauses les plus importantes. Plus encore, il peut éclairer le juge sur les perspectives de gain que suggère la démarche publicitaire. Le juge peut en effet apprécier si le contractant adopte une attitude très différente avant et après la signature du contrat. Si tel est le cas, le contrat sera probablement d'adhésion. L'on peut aussi citer l'existence d'un devis, lequel prouve au contraire que le contrat est négocié, voire adapté au besoin de la partie bénéficiaire de la prestation principale. L'on pourrait également évoquer les factures *pro forma*, les documents annexes, les affiches, les informations publiées sur internet... Tous ces éléments sont en mesure de décrire quelle est la partie forte, combien de temps ont duré les pourparlers ou encore de qui émanent les propositions de chaque clause. Ceci ne veut pas dire que l'analyse des négociations par les documents précontractuels ne présente aucune difficulté. Est-ce que le juge peut être certain de l'état d'esprit dans lequel se sont déroulés des pourparlers simplement en voyant une brochure informative ? La question n'a pas de réponse certaine.

484. *La validité des clauses dites des quatre coins.* Il convient de dire que, dans la mesure où il s'agit pour le juge de se faire une idée de la façon dont se sont déroulées les négociations, il n'est pas question pour les parties de s'y soustraire par une clause dite des « quatre coins » ou encore « clause d'intégralité »⁸⁸⁰. Par cette clause, les parties s'engagent à ne pas tenir compte des documents auxquels le contrat ne fait pas référence pour déterminer son contenu. Certes, une telle clause peut exister pour interpréter le contrat. Elle est d'ailleurs très pratiquée en droit anglo-saxon⁸⁸¹ où l'on a coutume de prévoir davantage les imprévus de la relation contractuelle qu'en droit continental. Elle assure une certaine sécurité juridique aux parties, car elle évite qu'une obligation issue de la convention apparaisse de façon imprévue lors du procès. Dans le cadre de notre étude, la situation est différente. Il ne s'agit plus seulement d'interpréter le contrat, mais de déterminer l'existence d'une relation de subordination d'une partie envers l'autre. Cette même relation de subordination ne saurait empêcher le juge de la dénoncer et d'y remédier. Il appartient d'ailleurs qu'en droit français, le juge ne se restreint jamais au contrat lui-même pour l'interpréter. Un contrat ne se suffit jamais à lui tout seul et se comprend uniquement dans son contexte. C'est d'ailleurs pourquoi la Cour de cassation a pu approuver une cour d'appel d'avoir condamné un professionnel sur

des contrats, Dalloz, 1982, Paris. F. Labarthe, « Valeur contractuelle des documents publicitaires », *JCP G*, 2010, 1729.

⁸⁷⁹ Civ. 1^{ère}, 6 mai 2010, n°08-14.461, *CCC*, 2010, comm. 200.

⁸⁸⁰ J. Mestre et C. Roda (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Paris, Lextenso, 2011, n°895, article « Clause d'intégralité ». E. Rawach, « La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat », *D*, 2001, 223.

⁸⁸¹ M. Lamoureux, « La clause d'intégralité en droits français, anglais et américain », *RLDC*, 2007, n°35, p. 75.

la base de documents précontractuels⁸⁸². Dans cette affaire, il s'agissait d'un contrat de vente entre particuliers d'un terrain sur lequel devaient être construits des lotissements. Les acquéreurs se plaignaient qu'un espace vert, voisin de ce terrain avait été utilisé pour construire un autre lotissement, alors qu'ils avaient acheté ce terrain, à cause de sa proximité avec un espace vert. Le vendeur affirmait, évidemment, que la proximité avec un espace vert ne figurait pas dans le contrat. La Cour de cassation donna raison aux acquéreurs puisque la bande de terrain litigieuse avait été présentée comme un espace vert dans le plan de commercialisation et le plan de masse du lotissement. D'où l'intérêt des documents précontractuels pour définir le contenu du contrat. À cela, il faut ajouter que dans un contrat de consommation, les clauses d'intégralité ne sont pas considérées comme valables⁸⁸³. Il pèse donc sur la même clause dans un contrat entre professionnels un lourd soupçon de non-validité ou de déséquilibre significatif, et de toute façon, elle ne saurait empêcher le juge de se livrer à l'étude des négociations.

4 : Les contrats-cadres.

485. Une technique en expansion dans le droit des affaires. Il convient également de mentionner, au titre des documents pouvant retracer l'historique d'une négociation, le contrat-cadre que les parties peuvent conclure pour sceller un accord de coopération commerciale pour une longue durée. Un tel accord sert à déterminer les conditions dans lesquelles se dérouleront les prestations successives qui vont suivre après sa signature. Il a pour fonction de prévoir les solutions aux différentes situations qui peuvent surgir de cette relation d'affaires⁸⁸⁴. Le contrat-cadre peut recouvrir plusieurs réalités. Longtemps, il a été le simple fait de la pratique. Sans être nommé comme tel, il était conclu par les parties pour planifier par avance un partenariat. La doctrine a pris acte de son existence comme entité propre. Les projets de renouveau du droit des contrats ont tenté de l'intégrer dans le Code civil. Cela ne va pas sans encombre, car à l'instar du contrat d'adhésion, sa simple définition ne donnait pas

⁸⁸² Civ. 3^{ème}, 17 juillet 1997, n°95-19.166, *RTD Civ*, 1998, 363, note J. Mestre. L. Szuskin et J.-L. Juhan, « Quelques clauses originales venues d'ici et d'ailleurs », *RLDC*, suppl. 2006, p. 17.

⁸⁸³ Recommandation n°95-02 de la Commission des clauses abusives relative aux contrats proposés par les éditeurs ou distributeurs de logiciels ou progiciels destinés à l'utilisation sur micro-ordinateur. <http://www.clauses-abusives.fr/recom/index.htm> À nuancer cependant à cause de TGI Paris, 4 février 2003, Jugement pere-noel.fr, jurisdata 2003-204208, *JCP G*, 2003, II, 10079, note P. Stoffel-Munck.

⁸⁸⁴ J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, préf. M. Behar-Touchais, Paris, LGDJ, 1996. A. Mendoza-Caminade, *Droit de la distribution*, Paris, Montchrestien, 2011, p. 16. M. Behar-Touchais, « Le nouveau contrat unique conclu entre fournisseur et grand distributeur issu de la loi Chatel du 3 janvier 2008 », *RDC*, 2008, 415.

véritablement lieu à des conséquences juridiques certaines⁸⁸⁵. La dernière version du projet de la Chancellerie, à l'article 1109 le désigne ainsi : « *Le contrat-cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques essentielles de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution* ».

Il est malaisé de caractériser un contrat-cadre dans toutes les relations de la distribution. Parfois, le distributeur et le producteur commencent par signer des contrats occasionnels qui deviennent avec le temps une relation d'affaires⁸⁸⁶. Dans d'autres circonstances, le contrat peut, à proprement parler, instituer une relation d'affaires en régissant de façon précise les contrats d'application qui vont s'ensuivre. C'est par exemple le cas en présence d'une convention d'exclusivité⁸⁸⁷. Aujourd'hui depuis la réforme de la loi LME précitée, il désigne également la Convention unique, exigée par le Code de commerce aux articles L441-6 et suivants⁸⁸⁸.

486. Une possibilité restreinte d'analyser les négociations par le contrat-cadre. Le contrat-cadre est-il en mesure de renseigner le juge sur la façon dont se sont déroulés les pourparlers ? Pas en tant que tel, car il a lui-même une nature contractuelle et sa signature ne laisse préjuger en rien du caractère équitable des négociations. Ce qui peut rendre service au juge à cette fin, c'est de constater la propension d'une partie à faire valoir son droit dans la convention-cadre. Notamment, s'agissant de la convention unique prévue à l'article L441-6 du Code de commerce, le juge peut constater si les conditions particulières de vente, souhaitées par le fournisseur ont pu être prises en compte ou non. Le juge peut également voir si cette convention est un contrat type qui ressemble à tous ceux signés par les partenaires d'un même contractant, ou bien si elle a pu donner lieu à des ajustements circonstanciés.

487. Conclusion du §2. Il est donc possible de recourir à une multitude de supports contractuels ou paracontractuels pour savoir dans quelle mesure les clauses, jouant en défaveur d'une partie, résultent d'un acte de la volonté ou bien d'un phénomène de dépendance, pouvant déboucher sur un certain nombre d'abus.

488. Conclusion de la section. Nous avons donc dressé un panorama non exhaustif, pour mettre en évidence que la preuve des négociations est possible, mais pas forcément certaine. Le plus souvent, une partie est faible, aussi bien pour négocier que pour prouver la situation de faiblesse. C'est le principe *actor incubit probatio* qui veut que celui qui revendique une prétention démontre les faits qui la justifient. Le droit des contrats doit tenir compte de la difficulté de la partie faible qui ne peut pas compter sur des écrits épars, lesquels

⁸⁸⁵ P. Ancel, P. Brun, V. Forray, O. Gout et G. Pignarre, « Points de vue convergents sur la réforme du droit des contrats », *JCP G*, 2008, I, 213. M. Behar-Touchais et G. Virassamy, *Les contrats de la distribution*, Paris, LGDJ, 1999.

⁸⁸⁶ A. Sayag (dir.), *Le contrat cadre*, 2. *La distribution*, Paris, Litec, 1995.

⁸⁸⁷ D. Ferrier, *Droit de la distribution*, Paris, LexisNexis, [7^e édition], 2014, p. 267.

⁸⁸⁸ *Ibid.*, p. 166.

de surcroît ne peuvent constituer qu'un faisceau d'indices. Si l'on exigeait de la partie faible, qu'elle démontre de manière certaine le caractère déloyal et inéquitable des négociations, la difficulté de la preuve dissuaderait trop souvent les actions en rééquilibrage du contrat. Or, si l'on veut lutter de manière crédible contre les contrats léonins, il ne faut pas exiger une *probatio diabolica*. Même si la protection de la partie faible ne doit pas systématiquement opérer, le phénomène des abus dans les contrats est tel que si un abus existe, il doit pouvoir être raisonnablement combattu. C'est pourquoi si l'on veut appliquer un régime exceptionnel au contractant professionnel partie faible ; il convient aussi de lui donner un régime probatoire exceptionnel. Le tout étant de trouver le bon équilibre entre les différents impératifs du procès, pour aboutir à une justice contractuelle effective dans les faits. C'est ce que nous allons nous proposer de faire dans la section suivante.

Section 2 : Les techniques de facilitation de la preuve accordées à la partie faible.

489. La nécessité de « raccourcis » dans la production de la preuve. Nous ne nous lasserons pas de le répéter, la négociation est le prisme idéal pour savoir si un contrat qui implique deux professionnels est léonin ou non. D'abord, parce qu'en exigeant de prouver un consentement « mal » donné, il ne déresponsabilise pas les entreprises. Et surtout, il est quasiment impossible de regrouper des professionnels les plus faibles derrière un statut ; autant qu'il est impossible pour le juge de fixer une échelle de valeurs applicable à tous les contrats. Le réalisme impose pourtant de constater que la faiblesse contractuelle va de pair avec la faiblesse dans le rapport de la preuve. Celui qui est faible pour faire valoir ses prétentions au contrat l'est tout autant pour faire valoir ses prétentions en justice. Nous avons pu, dans le chapitre précédent, dresser les éléments de preuve à disposition du juge. Il n'en demeure pas moins qu'ils restent imparfaits et que, dans certaines situations, il est nécessaire de passer outre la constitution d'une preuve irréalisable. Il ne faudrait pas pour autant renoncer aux négociations comme critère ultime de l'analyse de la faiblesse du professionnel. C'est pourquoi le recours à des critères, autres que les négociations, ne peut servir que dans le concours de la preuve, et non pas être l'objet de la preuve, proprement dite. Ce qui revient à dire qu'il faut toujours prouver que les négociations n'ont pas été réelles, mais cela peut s'effectuer par des « raccourcis » qui ne se fondent pas sur les négociations. Ils constituent également un moyen de mettre en œuvre efficacement la lutte pour l'équilibre dans les contrats d'adhésion entre professionnels.

490. Annonce de plan. Lorsque l'on souhaite, pour différentes raisons, faciliter le travail probatoire d'une partie, l'on peut avoir recours à deux techniques. La première, jouant sur la charge de la preuve, favorise une partie en utilisant des présomptions (§1). La seconde,

plus inspirée du droit anglo-saxon, s'intéresse au degré de conviction du juge (§2). Nous les étudierons successivement.

§ 1 : Le renversement de la charge de la preuve par des présomptions

491. L'objection de la contradiction entre preuve des négociations et usage de présomption. Permettre que la preuve des négociations se fasse par présomption, est-ce dénier de tout intérêt le critère des négociations pour déterminer l'existence d'un contrat d'adhésion ? Peut-on à la fois dire que, dans les rapports entre professionnels, l'équilibre du contrat doit s'apprécier en fonction de la teneur des négociations, puis dans un second temps, dire que ces négociations doivent être déduites, soit du statut de la partie faible, soit du contenu du contrat ? La contradiction serait réelle si ces présomptions étaient irréfragables. Le critère ultime de l'équilibre du contrat doit résider dans les négociations. Nul n'est par essence une partie faible, surtout lorsque les parties sont deux professionnels. Et aucun prix, abstraitemenr considéré, n'est trop fort ou trop faible. Simplement, il faut prendre acte de ce que les négociations, si elles sont en théorie l'axiome de l'équilibre du contrat, en pratique, les parties n'ont guère de moyens de les retranscrire telles quelles. Surtout pour une partie faible qui n'est pas en mesure d'exiger quelconque formalisme de la part de la partie forte.

Il s'agit donc bien de prouver l'absence de négociation, mais selon un processus inversé. Si le prix est dérisoire ou excessif, c'est à la partie forte de démontrer que la négociation s'est faite sans déloyauté. Si l'entreprise lésée ne gagne pas un chiffre d'affaires très important chaque année, alors, l'on demandera davantage à une grande entreprise de prouver que les négociations ont été équitables. Il convient donc de voir en quoi est-il opportun que la preuve d'un contrat d'adhésion entre professionnels se fasse par le biais de présomptions.

Il n'y a pas de renonciation au critère de l'intensité des négociations, mais uniquement un déplacement du fardeau de la preuve. C'est toujours la même réalité qui doit être ultimement démontrée. Le moyen de démonstration de cette réalité peut cependant faire débat.

492. Annonce de plan. Le droit français, d'une manière générale, enseigne depuis le Code civil de 1804 qu'en principe, celui qui revendique une obligation doit la prouver. C'est ce qui découle de l'article 1315 de ce même code. La règle peut sembler logique à première vue, car elle est un bouclier contre les actions abusives ou de mauvaise foi. Le législateur s'est montré très parcimonieux, comme nous allons le voir, pour poser des exceptions à ce principe ; même si ces exceptions existent et qu'elles sont parfois éloquentes sur la façon optimale de déterminer le fardeau de la preuve. Nous allons d'abord voir pour quelles raisons le droit de la preuve doit être adapté au professionnel partie faible (A), pour ensuite voir sur la

base de quels critères cette adaptation peut se faire de façon optimale (B).

A : Les raisons du changement de fardeau de la preuve.

493. *Les limites de l'adage actor incumbit probatio*. L'orthodoxie juridique la plus stricte voudrait que celui qui attrait autrui en justice accompagne ses prétentions de la preuve de leur bien-fondé. C'est le principe *actor incumbit probatio* reconnu à l'article 1315 du Code civil. L'on présente, grâce à cet article, le droit de la preuve comme une partie de tennis qui consiste à renvoyer la balle à l'autre jusqu'à ce qu'une partie échoue dans son devoir de constitution de la preuve⁸⁸⁹. C'est postuler que tous les sujets de droit sont identiques et se trouvent tous dans la même situation. C'est également prétendre que la gravité du fait allégué est sans incidence sur le droit de la preuve. La théorie est si loin de la réalité que certains auteurs ont pu dire que ce même article 1315 du Code civil ne correspondait pas à la pratique⁸⁹⁰. Or le droit de la preuve est bien plus que le prolongement technique du droit au fond. Il lui est en général presque consubstantiel. La finalité recherchée par la règle au fond doit être également poursuivie par la règle de preuve. C'est pourquoi le droit prévoit un certain nombre de présomptions, c'est-à-dire, une conséquence que la loi ou le juge tire d'un fait connu à un fait inconnu dont l'existence est rendue vraisemblable par le premier⁸⁹¹. Ce phénomène, qui a pu paraître comme une exception à la règle, est en fait la conséquence logique de la règle de droit à laquelle il se rattache. Par exemple, la présomption de paternité issue de l'article 312 du Code civil n'est pas seulement un raccourci pour faciliter la tâche de l'enfant (et de lui dispenser la preuve par analyse biologique), c'est le corollaire de la loi qui veut la stabilité des familles. De même, le droit des contrats entre professionnels doit prendre en considération les impératifs de protection de la partie faible. Il convient cependant de voir quels sont ces critères qui justifient un changement du fardeau de la preuve. En réalité, pour que la charge de la preuve soit optimale, il faut à la fois qu'elle soit fondée en opportunité (1), mais également adaptée à la personne à qui incombe ce fardeau (2).

⁸⁸⁹ F. Ferrand, *Rép. Dalloz Droit civil*, fasc. « Preuve », décembre 2013, (mise à jour avril 2015), point n°146. V. aussi F. Terré, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, [9^{ème} édition], 2012. C. Larroumet, *Introduction à l'étude du droit privé*, Paris, Economica, [6^{ème} édition], 2013, t. 1, p. 341, n°554.

⁸⁹⁰ M. Mekki, « L'administration de la preuve : les parties et la charge de la preuve », *Revue de droit Henri Capitant*, n°6, 30 juin 2013, II, B, 1. G. Goubeaux, « Existe-t-il un droit à la preuve », in C. Perelman et P. Foriers (dir.), *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylants, 1981, p. 277. H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Paris, Litec, [4^{ème} éd.], 1999, p. 16.

⁸⁹¹ Article 1349 du Code civil. G. Cornu, *Dictionnaire juridique*, op. cit., article « présomption ».

494. L'opportunité comme instrument de politique économique. Qu'entend-on par opportunité ? Il ne s'agit pas de dire que le juge doit passer outre la règle de droit pour fournir des solutions qu'il juge à peu près conformes à l'équité de son point de vue. Il s'agit plutôt de partir du principe que la preuve n'apporte pas la vérité, mais la vraisemblance. L'on ne saurait exiger du demandeur qu'il fasse une démonstration scientifiquement irréfutable, car le juge ne peut pas connaître de façon absolue, tous les faits dont il a à connaître. Il choisit simplement l'option qui lui semble la plus vraisemblable⁸⁹². Le but de la présomption est, en réalité, de tenir compte des paramètres rendant vraisemblable ou non le fait allégué. En effet, lorsque le demandeur agit en justice, le juge ne se trouve pas face à une situation tout à fait neutre. Il sait, par exemple, que dans un contrat de distribution, certaines pratiques sont plus fréquentes que d'autres. On peut penser aux services commerciaux fictifs ; dans cette perspective, le législateur a fini par considérer que c'était au distributeur de prouver que les services commerciaux avaient bien été rendus, le juge se bornant auparavant à suivre la lettre de l'article 1315 du Code civil, exigeant du ministre de l'Économie qu'il prouve l'absence des services rendus⁸⁹³. Cela est tout à fait contestable dans la mesure où un fait négatif ne peut pas, en principe, faire l'objet d'une preuve⁸⁹⁴. De même, la Cour de cassation a récemment estimé que l'Autorité de la concurrence n'avait pas à démontrer le ciseau tarifaire de manière certaine pour exiger d'un opérateur téléphonique qu'il signe des engagements. De manière intéressante, elle affirme que les échanges de courrier sont une preuve trop « *opaque* » pour parvenir à une certitude⁸⁹⁵.

Nous verrons les deux critères relatifs à l'opportunité qui justifient une présomption pour les appliquer à notre étude : le doute et le risque financier.

a : Opportunité en fonction du doute.

495. La preuve apportée en fonction de l'intuition du juge. Les présomptions en droit privé servent à contester cette idée que pour le juge, personne ne doit rien à personne à moins que cela ait été démontré. S'il y a présomption, c'est qu'il existe un soupçon, supposé d'avance, que le défendeur à l'action doive quelque chose au défendeur. La présomption doit donc exister là où le doute est trop fort pour exiger du demandeur une démonstration trop

⁸⁹² M. Mekki, « Vérité et Preuve », www.henricapitant.org

⁸⁹³ Com, 20 mai 2007, n°04-20.449, *RLC*, 1^{er} avril 2007, p. 38, note M. Behar-Touchais.

⁸⁹⁴ G. Goubeaux, J. Ghéstin et M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, introduction générale*, Paris, LGDJ, [4^{ème} édition], 1994, n°573. C. Aubry et C. Rau, *Droit civil*, Paris, Paul Esmein, [6 éd.], 1935, t. XII, p. 72 et s. A. Aynès et X. Vuitton, *Droit de la preuve, principe et mise en œuvre processuelle*, Paris, LexisNexis, 2013, p. 35 et s.

⁸⁹⁵ Com, 12 mai 2015, n°14-10.792, *RJ Com*, 2015, p 444, note M. Chagny

lourde. Le procès n'est pas tant une question de vérité qu'une question de vraisemblance comme nous l'avons dit plus haut. C'est donc le doute qui dirige le procès plus que l'origine de l'action en justice⁸⁹⁶. En droit des affaires, la vérité ne peut pas non plus être manifestée de façon indiscutable, mais le juge peut juger de la vraisemblance d'une situation par rapport à une autre.

496. *Pour un contrat d'adhésion entre professionnels.* Lorsque le contrat est complètement déséquilibré par exemple, le juge ne peut pas présumer que la volonté de partie faible est à l'origine de ce déséquilibre. La contrepartie de ce fardeau de la preuve fondé sur le doute, c'est d'empêcher que le bénéficiaire de la présomption ne s'engage dans une démonstration mensongère. Car, la brèche que lui ouvre cette présomption ne doit pas servir de prétexte pour des actions abusives. Par exemple, lorsque la loi présume, que le distributeur n'a pas accompli les services rendus, elle n'entend pas que quelconque producteur puisse attaquer un distributeur sur ce fondement⁸⁹⁷. Le juge doit donc avoir des raisons de penser que ces services n'ont pas été accomplis. Par exemple, le fort coût de ces services par rapport au bénéfice qu'ils ont rapporté. Il y a donc nécessairement une part résiduelle du fardeau de la preuve qui revient au demandeur. Ce dernier doit en effet justifier les raisons qui l'entraînent à agir en justice. On retrouve cette double exigence dans le droit de la lutte contre les discriminations en droit du travail⁸⁹⁸. Le salarié doit présenter des éléments laissant soupçonner une discrimination, l'employeur ensuite doit faire la preuve qu'il n'y en a pas.

b : Opportunité en fonction du risque financier.

497. *L'opportunité en fonction de l'état de faiblesse du demandeur.* Le deuxième aspect de l'opportunité du fardeau de la preuve, c'est la gravité des conséquences de l'issue du procès. Prouver un fait a un coût. Ne pas parvenir à le prouver a des conséquences parfois graves. Le rapport entre ces deux données doit justifier un déplacement du fardeau de la preuve du demandeur au défendeur. C'est le cas de façon nette en droit des affaires lorsque celui qui veut agir contre la partie forte risque parfois une procédure de liquidation judiciaire si son action n'aboutit pas. En revanche, s'agissant de grandes firmes multinationales, si le procès peut constituer un budget important pour elles, c'est souvent un montant relativement bénin, comparé au bénéfice qu'elles peuvent gagner. L'on sait notamment que tous les abus dans le contrat ne donnent pas lieu à une action en justice ; et que, à moins que le législateur ne promulgue des sanctions proportionnées au bénéfice global de la faute, la sanction judiciaire n'est pas forcément dissuasive.

⁸⁹⁶ M. Mekki, « Vérité et Preuve », *op. cit.*

⁸⁹⁷ Sur le risque de mensonge : F. Girard, *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, Aix-en-Provence, PUAM, 2013, t.1, p. 454.

⁸⁹⁸ C. Michaud, « La preuve des discriminations en droit du travail », *JCP S*, 2012, 1481.

498. Une réalité déjà observée en droit de la concurrence. Le risque de la preuve est un paramètre tout à fait décisif en droit de la concurrence⁸⁹⁹. Cela se voit d'abord parce que la recherche d'élément de preuve est rarement gratuite⁹⁰⁰. A cet égard, l'action intentée par un représentant de l'autorité publique tel que le ministre et plus qu'opportune, mais ne peut rarement couvrir l'ensemble des contrats concernés par le déséquilibre et la négociation menée à mauvais escient. La charge de la preuve, dans cette optique, doit prendre en compte la politique juridique de l'État⁹⁰¹. La protection de la partie faible dans un rapport contractuel entre professionnels est-elle une nécessité sociale de grande importance ? La réponse est évidemment positive, car sinon le ministre ne serait pas engagé dans le contentieux. Et, comme nous l'avons dit, ce problème rejoue la question de l'emploi dans les petites entreprises. Il est donc tout à fait opportun de moduler le fardeau probatoire en fonction des objectifs économiques assignés par le législateur. La charge de la preuve a donc trait de façon certaine aux objectifs de politique publique, et à ce titre, elle est un instrument d'intervention de l'État dans l'économie. Il y a donc bien une question financière, tant au niveau microéconomique, qu'au niveau macroéconomique, recelée par la question de la charge de la preuve.

Le bon équilibre de la charge de la preuve est donc fonction de la situation, mais aussi des personnes concernées.

2 : Un fardeau de la preuve adapté à la capacité des justiciables à produire une preuve.

499. La vulnérabilité présumée de certaines personnes. Ce n'est pas seulement l'opportunité de la situation qui peut justifier un renversement de la charge de la preuve, mais la charge de la preuve peut être inhérente à la personne qui s'en voit imposer le fardeau. Paul Esmein évoquait à ce titre « *l'aptitude à la preuve* »⁹⁰² dans la mesure où il considérait que celui à qui revient cette charge est celui à qui elle pose le moins d'inconvénients. Cette idée a parfois conduit le juge à s'éloigner de la lettre de la loi, trop peu portée à changer, notamment en matière de responsabilité médicale. Dans ce domaine, la victime, souffrant déjà d'une pathologie, doit au surcroît faire l'effort d'une preuve parfois impossible. L'on peut citer en

⁸⁹⁹ D. Cohen (dir.), *Droit et économie du procès civil*, Paris, LGDJ, 2010, p. 179 et s.

⁹⁰⁰ B. Deffains, « Le risque de la preuve, le point de vue de l'économiste », in D. Cohen (dir.), *Droit et économie du procès civil*, op. cit., p. 181 et s.

⁹⁰¹ M. Mekki, « Le risque de la preuve, le point de vue du juriste », in, D. Cohen (dir.), *Droit et économie du procès civil*, op. cit., p. 214 et s.

⁹⁰² P. Esmein, « Le fondement de la responsabilité contractuelle », *RTD Civ*, 1933, p. 627 et s, spéc p. 644, n° 9, V. J. Chevalier, « Les linéaments du droit de la preuve », site de l'association H. Capitant, n°6, 30 juin 2013.

ce sens la jurisprudence sur les infections nosocomiales⁹⁰³ qui a par la suite été consacrée par la loi à l'article L1111-2 du Code de la santé publique. Cet article énonce en son septième alinéa qu'en cas de litige « *il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues* [aux alinéas précédents]. *Cette preuve peut être apportée par tout moyen.* » De la même manière, la directive n° 2014/104/UE du Parlement et du Conseil sur les infractions anticoncurrentielles, contenu dans les documents sur les actions en dommages et intérêts pour ces infractions⁹⁰⁴, prévoit plusieurs présomptions dans ce domaine. Il s'agit, d'une manière générale de considérer que, une fois l'infraction d'entente constatée, il y a une présomption de préjudice. Cela figure à l'article 17 de ce texte qui affirme aux deux premiers alinéas :

« *1. Les États membres veillent à ce que ni la charge ni le niveau de la preuve requis pour la quantification du préjudice ne rendent l'exercice du droit à des dommages et intérêts pratiquement impossible ou excessivement difficile. Les États membres veillent à ce que les juridictions nationales soient habilitées, conformément aux procédures nationales, à estimer le montant du préjudice, s'il est établi qu'un demandeur a subi un préjudice, mais qu'il est pratiquement impossible ou excessivement difficile de quantifier avec précision le préjudice subi sur la base des éléments de preuve disponibles.*

2. Il est présumé que les infractions commises dans le cadre d'une entente causent un préjudice. L'auteur de l'infraction a le droit de renverser cette présomption. »

L'on voit bien dans les deux cas que c'est du statut de victime ou défendeur qu'est déduite la présomption. Même si le comportement du défendeur intervient, l'idée est de faciliter le travail du demandeur. Cela fait consensus dans la mesure où une partie des éléments de la responsabilité ayant déjà été constitués, les autres peuvent se déduire assez facilement. Pour ce qui est des victimes de dommages anticoncurrentiels dans le projet de directive, c'est parfois une présomption irréfragable. Toutefois, pour le cas de la discrimination des salariés, la présomption peut beaucoup plus facilement être combattue⁹⁰⁵.

3 : La présomption choisie en fonction des conséquences.

La présomption est affaire de pragmatisme. C'est souvent la jurisprudence qui constate, en cours de procès, qu'il n'y a pas lieu à présomption, car ses conséquences seraient trop néfastes pour la partie qui se la voit imposer. À l'inverse, le juge peut considérer que les objectifs du législateur nécessitent que les modes de preuve sortent de l'ordinaire.

⁹⁰³ Civ 1^{ère}, 25 janvier 1997, n°94-19.685, *RTD Civ*, 1997, p. 434, note P. Jourdain.

⁹⁰⁴ Sur le site <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html> cité par M. Chagny, « La proposition de directive relative aux actions en dommages-intérêts pour les pratiques anticoncurrentielles », *D*, 2013, 2532.

⁹⁰⁵ D. Boulmier, « Eléments objectifs et justifications de la discrimination », *JCP S*, 2013, 1311.

500. Le risque d'atteinte aux libertés. La cour d'appel de Paris dans un arrêt qui concerne une violation de l'interdiction des ententes a eu l'occasion de tenir une position en ce sens⁹⁰⁶. Le cas est particulier, car l'affaire a trait au droit pénal, néanmoins, c'est bien une atteinte à la concurrence qui était reprochée au groupe Amaury. La cour d'appel estime que c'est en fonction de « *l'atteinte aux libertés individuelles que sont susceptibles de comporter la visite et les saisies envisagées* » qu'il faut fonder une autorisation de visite et saisie. Le droit des contrats entre professionnels ne comporte pas, à ce jour, d'atteinte aux libertés fondamentales notoire. Cependant, la gravité des conséquences est un indice qui doit être pris en compte pour savoir si l'on doit recourir ou non à des présomptions. Il faut en effet prendre en compte le préjudice que causerait une présomption si elle était reconnue. Il ne faut pas que le demandeur puisse trop facilement obtenir une révision du contrat simplement parce qu'il représente une entreprise de petite taille ou parce que le contrat l'oblige à telle prestation. La gravité se mesure également à la façon dont la présomption peut être combattue. Par exemple, si la preuve de l'exécution de l'obligation d'information doit être réalisée par le médecin, selon l'article L1111-2 du Code de la santé publique, la jurisprudence retient que cette preuve peut être rapportée par tout moyen, pour éviter un contentieux nuisible aux médecins⁹⁰⁷.

501. Les conséquences par rapport aux objectifs de politique économique. En revanche, le juge peut considérer que la gravité de la situation exige que la charge de la preuve soit défavorable pour le défendeur⁹⁰⁸. C'est ainsi, en droit de la concurrence, que celui qui a participé à une réunion entre concurrents doit apporter la preuve qu'il n'a pas contribué à l'entente⁹⁰⁹. Cela pourrait aller de soi dans la mesure où, entre la participation à une réunion et l'entente proprement dite, il n'y a qu'un pas. Néanmoins, lorsque l'on sait qu'une entente en matière de concurrence peut donner lieu à des condamnations pénales, l'on aurait pu penser que la preuve devait être appréciée plus strictement. D'autant que les éléments matériels n'étaient pas tous prouvés puisqu'il faut en outre démontrer des conséquences sur le niveau des prix par exemple. La Cour de justice des Communautés européennes avait considéré à l'époque que le risque économique était trop fort pour que l'on consacre une trop grande minutie à la preuve de l'infraction. En son point 121, l'arrêt Anic⁹¹⁰, prévoit « *il y a lieu de présumer, sous réserve de la preuve contraire qu'il incombe aux opérateurs intéressés de rapporter, que les entreprises participant à la concertation et qui demeurent actives sur le marché tiennent compte des informations échangées avec leurs concurrents pour déterminer leur comportement sur le marché.* » Autrement dit, quand l'attitude d'une entreprise en matière de concurrence est trop suspecte, il y a lieu d'inverser la charge de la preuve et de ne plus présumer une innocence que les faits paraissent contredire.

⁹⁰⁶ Paris, 17 juin 2010, n°09/12774, *RLC*, 2010, n°25, p. 60, note R. Christol.

⁹⁰⁷ Civ. 1^{ère}, 12 juin 2012, n°11-18.928, *CCC*, 2012, comm. 225, note L. Levener.

⁹⁰⁸ M. Behar-Touchais, « Le droit de la preuve devant les autorités de régulation », in M. Mekki, L. Cadet et C. Grimaldi (dir.), *La preuve : regards croisés*, Paris, Dalloz, 2015, p. 133 et s.

⁹⁰⁹ CJCE, 8 juillet 1999, arrêt Anic, C-49/92, *LPA*, 24 janvier 2000, n°16, p. 9, note P. Arhel

⁹¹⁰ Même note de P. Arhel.

502. Transition. Ayant donc caractérisé les raisons pour déterminer comment identifier une présomption, il convient à présent de voir comment ils peuvent être transposés en critère pour lutter contre le déséquilibre dans un contrat entre professionnels.

B: Les critères les plus justes pour renverser la charge de la preuve.

503. L'importance du choix de la bonne présomption. Certes, la partie qui n'a pas négocié le contrat devrait avoir besoin d'une présomption pour en rapporter la démonstration. Cependant, dans l'ordre logique des choses, tant qu'elle n'a pas démontré le caractère injuste des négociations, la présomption ne peut pas se fonder sur ce critère. Faut-il alors admettre d'une manière générale que le contrat est présumé ne pas avoir été négocié, et que c'est à celui qui en demande l'exécution de prouver que les négociations ont bien été équitables ? Certainement pas, ce serait ouvrir la voie à un important contentieux de mauvaise foi et la règle s'en trouverait ruinée. Il faut donc identifier sur la base de quoi cette présomption sera accordée. Faut-il que ces critères soient fixes ou bien le juge peut-il à son gré les ajuster selon les circonstances ? À cet égard, il existe deux sortes de présomptions reconnues par le Code civil. À l'article 1350, ce dernier définit les présomptions légales comme celles qui sont attachées par une loi spéciale à certains actes ou certains faits. Par opposition, l'on parle des présomptions du fait de l'homme quand c'est le juge qui les décide. L'article 1353 du même code laisse au juge le soin de les déterminer dès lors qu'elles sont graves précises et concordantes. La directive n°2014/104/UE du 26 novembre 2014 prévoit d'ailleurs des présomptions restreintes aux cas de pratiques anticoncurrentielles, mais qui pourraient innerver le droit de la concurrence et de la responsabilité en général⁹¹¹.

L'on peut mentionner parmi les présomptions possibles, celles qui sont créées en fonction du comportement d'une partie (1), celles qui le sont en fonction de la gravité des conséquences juridiques (2) et celles qui le sont en fonction de la personne concernée (3).

1 : Les présomptions fondées sur le comportement d'une partie.

Ce comportement peut s'entendre de plusieurs manières. L'on entendra par là aussi bien les prérogatives laissées par le contrat (a) que l'attitude extérieure proprement dite (b).

⁹¹¹ Directive du Parlement et du Conseil n°2014/104/UE du 26 novembre 2014. M. Chagny, « Quels progrès en droit de la preuve après la directive du 26 novembre 2014 relative aux actions indemnитaires en droit de la concurrence ? » *AJCA*, 2015, 316.

a : Les présomptions pouvant être déduites des stipulations contenues dans le contrat.

Il faut voir d'abord ce qui existe en la matière pour ensuite voir ce qui pourrait être appliqué au contrat d'adhésion entre professionnels.

α : Quelques exemples de présomptions focalisées sur une pratique en droit de la concurrence.

504. De la difficulté de définir judiciairement les critères de la présomption. Le droit économique laisse quelques exemples, même épars, de présomptions (ou de refus de caractériser une présomption) tirées à partir du contenu du contrat. On pense aux listes de clauses abusives qui sont caractérisées de noires, grises ou blanches selon les situations qu'elles décrivent. Ce schéma est très utilisé en droit de la consommation où la Commission des clauses abusives essaye de dresser des listes de stipulations que le consommateur sera ou non en mesure de combattre⁹¹². Cette méthode a ses avantages et ses inconvénients. Il y a des inconvénients parce que le juge n'a pas le pouvoir d'émettre des normes réglementaires en vertu de l'article 5 du Code civil. Or, le juge l'expérience montre que, pour définir une liste de clauses licites ou non, il est préférable de passer par le juge⁹¹³. Ces indications ne valent donc que pour une situation donnée, et la partie forte pourrait toujours être en mesure de démontrer que la situation dans laquelle elle se trouve est légèrement différente, notamment pour les contrats entre professionnels.

505. Sur les pertes d'efficacité économique. L'autre argument qui a pu être opposé à cette méthode est qu'elle constitue un carcan trop rigide pour les entreprises qui souhaitent développer leur activité économique. C'est l'argument qui retiendra le moins notre attention dans la mesure où ces freins à l'activité économique peuvent être salutaires pour des entreprises qui subissent les contraintes commerciales strictes des plus grandes censées fournir un « *bienfait au consommateur* »⁹¹⁴. Une bonne répartition de la contrainte juridique

⁹¹² N. Sauphanor-Brouillaud, « Les remèdes en droit de la consommation : clauses noires, clauses grises, clauses blanches, clauses proscrites par la jurisprudence et la Commission des clauses abusives », *RDC*, 2009, p. 1629.

⁹¹³ En droit de la consommation, le juge, après avoir longtemps attendu que le pouvoir réglementaire définisse des clauses abusives a décidé de procéder lui-même à ce travail. G. Raymond, *Juriscl. Commercial*, fasc n°906, « Clauses abusives », mise à jour 2 avril 2010, points n°1 à 7.

⁹¹⁴ Certains auteurs affirment que les gains d'efficacité pour une entreprise profitent au consommateur. Sur la question : M. Malaurie-Vignal, « Une discrimination tarifaire non justifiée par des contreparties réelles est-elle constitutive d'une pratique abusive ? » *CCC*, 2007, étu. 10.

implique en effet que l'accumulation de richesses ne se fasse pas au détriment d'un maillon faible de la chaîne de production.

506. La présomption en fonction du contenu cumulée avec celle en fonction des personnes : un précédent dans l'Union européenne. L'argument de la trop grande rigidité a pourtant pu être retenu au moment de la promulgation du règlement d'exemption n°330/2010 du 20 avril 2010 sur les accords verticaux⁹¹⁵. L'objectif de ce règlement a été de fournir une marge de manœuvre économique pour les entreprises qui ne voulaient pas subir de plein fouet la contrainte des articles 101 du Traité de l'Union européenne, tout en gardant une certaine sécurité juridique. En quoi est-ce que ce règlement peut nous renseigner sur l'utilité des présomptions ? A la vérité, il choisit une option différente de celle des règlements d'exemption précédents et du droit de la consommation. Il existe toujours des présomptions, mais qui ne s'énoncent pas de la même manière. Il n'est pas contraignant, mais il offre des espaces de sécurité pour les entreprises, laissant présumer que la pratique désignée n'est pas contraignante⁹¹⁶. De plus, le critère au cœur de ce règlement est celui des parts de marché⁹¹⁷. Cela laisse entendre qu'il bascule dans le choix de la présomption en fonction des personnes, ce que nous étudierons plus loin. Le règlement n°316/2014 du 21 mars 2014 reprend des conditions relativement similaires qui posent une présomption de validité mélangeant part de marché et contenu de l'accord⁹¹⁸.

β: Le critère de la pratique comme élément déterminant une présomption de contrat d'adhésion dans une relation interprofessionnelle.

507. Le choix d'un recours à la présomption en fonction du contenu. L'absence de négociation peut-elle être présumée du fait de certaines pratiques ? L'on peut répondre affirmativement, dans la mesure où certaines pratiques, cachées derrière le prétexte de la liberté contractuelle, recèlent un trop grand nombre d'injustices, surtout dans les contrats longue durée. La première pratique qui doit donner lieu à cette présomption est le fait de bénéficier d'un pouvoir contractuel unilatéral. Certes, la doctrine et la pratique ont largement démontré que ces clauses de pouvoir unilatéral avaient une véritable utilité dans le contrat⁹¹⁹ ; mais il pèse une lourde suspicion d'absence de négociation lorsque ce pouvoir donne lieu à des pratiques de chantage commercial.

⁹¹⁵ Règlement d'exemption n°330/2010, du 20 avril 2010 sur les accords de fourniture et de distribution verticaux, JOUE, 23 avril 2010.

⁹¹⁶ J.-L. Fourgoux, « Droit de la concurrence et contrats de distribution : quelles contraintes ? », *RLDA*, supplément 2013, n°83, p. 22.

⁹¹⁷ C. Prieto, « Les ajustements apportés dans un jeu sophistiqué de présomptions », *Concurrences* n°3-2010, p. 20.

⁹¹⁸ L. Idot, « Entrée en vigueur du nouveau règlement d'exemption sur les accords de transfert de technologie », *RDC*, 2014, p. 483.

⁹¹⁹ V. *supra*, n°193.

508. La présomption évidente pour les dispositions obtenues de manière potestative.

C'est dans l'ensemble le caractère potestatif des dispositions du contrat qui doit laisser présumer que les négociations n'ont pas été faites. Cela va de soi, s'il y a des prérogatives contractuelles unilatérales, il n'y a pas de négociation puisqu'une partie est souveraine pour déterminer le contenu du contrat. Il faut donc déterminer si le contenu du contrat unilatéralement décidé correspond à l'état d'esprit dans lequel les deux parties ont contracté la convention originelle. Comme nous l'avons dit plus haut, l'existence de clauses noires permet de façon optimale d'établir des présomptions sans gêner outre mesure la liberté d'entreprendre. Si l'on veut présumer que le contrat n'a pas été négocié, est-il besoin de déterminer des critères rigides pour faire jouer cette présomption ? Il vaudrait mieux plutôt que le juge détermine lui-même les indices susceptibles de rendre la présomption applicable.

509. Sur l'objection d'une éviction de l'analyse de négociations. L'on pourrait objecter que la recherche d'une présomption de contrat non négocié contredirait de façon flagrante le critère de l'analyse des négociations. Si l'on s'intéresse au contenu du contrat, pourquoi proposer une analyse des négociations ? En réalité, la présomption établie à partir du contenu du contrat n'empêche pas l'analyse des négociations. Il s'agit toujours d'un retour sur les pourparlers précontractuels, sauf que la recherche de la vérité n'incombe plus à la même personne.

Lorsque l'équilibre contractuel est fondé sur le statut de la partie faible (consommateur par exemple) ou sur le contenu (lésion sur le fondement de l'article 1674 du Code civil), il n'y a aucune possibilité de prouver que les négociations ont été loyales. Dans l'hypothèse de notre étude, le critère de l'analyse des négociations demeure. L'éventuel statut que l'on pourrait donner à une entreprise vulnérable ne sert qu'à déterminer le processus de détermination de la vérité. De même lorsque l'on regarde le contenu du contrat, il reste toujours à la partie forte, si l'on suit le critère des négociations, la possibilité de prouver que le contenu reflète des négociations équitables.

Plus spécial est le cas du contrat qui stipule des prérogatives unilatérales, par exemple, celle de fixer seul le prix. Dans cette circonstance, le prix n'a pas pu être négocié. Néanmoins, la clause de fixation unilatérale du prix a pu l'être. Que devrait donc démontrer le bénéficiaire de cette clause ? Que celle-ci a été voulue dans l'intérêt des deux parties et qu'il l'applique dans ce même intérêt à l'origine du contrat.

510. Transition. Étant donné qu'une présomption est toujours un « fardeau », en l'occurrence de la preuve, attribué à quelqu'un ; il convient de voir les conséquences de ce fardeau sur les parties concernées.

b : Les présomptions déduites du comportement d'une partie.

511. Une vision extensive de la notion de clause. Le concept de clause contractuelle est très extensible, et un certain courant de la pensée juridique actuelle refuse de le réduire à une simple ligne contenue dans le support du contrat⁹²⁰. La clause peut parfois émaner du comportement et la conséquence juridique qui en découle n'être qu'implicite. Et c'est à ce moment-là qu'une stipulation contractuelle en apparence neutre pourra se révéler extrêmement néfaste dans l'usage qui en est fait, alors que son énoncé littéral *a priori* ne semblait pas poser de problème. Tel peut être le cas de certaines clauses qui donnent des pouvoirs justifiables par la nature du contrat. Le contrat de distribution sélective n'est pas en lui-même un problème lorsqu'il sert à garantir la visibilité commerciale d'une marque. C'est différent lorsque cette sélectivité est utilisée dans une intention de nuire. De même, l'usage d'une clause résolutoire peut être parfaitement légitime, mais suspect lorsque cette résolution arrive à un moment fatal pour le cocontractant, notamment après avoir effectué des investissements importants. Que dire également de la pratique des prix imposés ? L'on pourrait éventuellement penser que le tort ne se situe pas tant dans la stipulation d'une telle clause, mais dans l'usage qui en est fait⁹²¹. Faut-il considérer qu'il existe une présomption lorsque le prix imposé est inférieur à une certaine proportion du prix d'achat ? Dès lors, ce comportement litigieux peut parfaitement ouvrir la voie à des présomptions. Il reste que la multiplicité des comportements rend difficile la possibilité d'une catégorisation de ceux-ci.

2 : La présomption choisie en fonction de la personne concernée.

512. Un choix globalement admis dans le droit de la preuve. La loi ou le juge peuvent décider d'écartier la règle posée par l'article 1315 du Code civil lorsqu'il a conscience que la personne qui exerce la demande se trouve en position de faiblesse par rapport à son cocontractant. L'exemple le plus flagrant, dans tous les domaines du droit confondus, se trouve dans le droit de la santé que nous avons évoqué plus haut. Non seulement pour l'obligation d'information prévue à l'article L1111-2 du Code de la santé publique, mais aussi dans le même code, à l'article L1142-1 pour les infections nosocomiales. Encore faut-il être certain que la personne qui bénéficie de la présomption soit réellement une partie faible. Peut-on prendre le risque de désigner une partie comme faible d'office et de lui accorder un fardeau de la preuve favorable pour constater un abus dans le contrat ? Nous avons vu que pour un rapport entre professionnels, cela est particulièrement malaisé.

⁹²⁰ M. Mekki, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle », *op. cit.*

⁹²¹ De fait, la technique est très suspecte en droit de la concurrence : R. Amaro, « Les prix imposés en droit de la concurrence », *AJCA*, 2015, 296.

513. Une application restreinte en droit des affaires. Il existe néanmoins des tentatives dans ce sens, et la plus noire est édictée par la loi. A l'article L442-6 du Code de commerce, au deuxième alinéa du III, il est dit que l'exécution des prestations commerciales complémentaires à un contrat de distribution doit être prouvée par le prestataire des services commerciaux. En cela, la loi prend à contrepied la jurisprudence qui était en vigueur avant la loi du 2 août 2005 sur ce sujet⁹²². Une telle disposition ne pose d'ailleurs guère de problème. Il a toutefois pu être soulevé que ces dispositions contrevenaient au principe de présomption d'innocence. La cour d'appel de Paris tient un raisonnement surprenant à cet égard. Elle estime que ce principe valant pour les infractions pénales ne s'applique pas pour les pratiques restrictives de concurrence⁹²³. La Cour de cassation cassa cet arrêt, mais sur un autre moyen, semblant dire de manière indirecte que la société Carrefour, qui était demanderesse au pourvoi était maîtresse pour organiser la coopération commerciale comme elle l'entendait⁹²⁴. Elle suivit une solution dans la même ligne peu de temps après⁹²⁵. Pourtant, le Conseil constitutionnel applique les principes du droit pénal aux pratiques restrictives de concurrence⁹²⁶. S'agit-il alors d'une disposition sujette à une censure du Conseil constitutionnel ou de la Cour européenne des droits de l'homme. En toute hypothèse, le droit pénal n'exclut pas les présomptions comme en matière de blanchiment⁹²⁷. La disposition du Code de commerce sur la preuve des services rendus semble se circonscrire aux instruments de promotion commerciale propres aux contrats de distribution. Néanmoins, lorsque l'on connaît la plasticité du droit de la distribution et sa faculté à être transposé à d'autres secteurs, l'on peut s'inquiéter d'une telle certitude. Dans certains domaines, le distributeur peut être une partie faible. L'on peut citer dans ce sens le contrat de distribution de bière⁹²⁸. Est-ce que le distributeur doit forcément prouver qu'il mène une politique commerciale conforme au contrat qui le lie au producteur ?

514. Conclusion du §1. Dans quelle mesure est-ce qu'une présomption de contrat d'adhésion entre professionnels est souhaitable ? Il appert que la difficulté probatoire doit être prise en compte pour donner une solution juridique au problème de fond, qui est l'injustice contractuelle. Certes, il s'agit toujours de démontrer que le contrat a été négocié, ou non. La

⁹²² V. *supra*, n°467.

⁹²³ Paris, 2 février 2012, n°09/22350.

⁹²⁴ Com, 10 septembre 2013, n°12-21.804.

⁹²⁵ Com, 24 septembre 2013, n°12-23.353, *Concurrences* 1-2014, 96, note M. Chagny.

⁹²⁶ Cons. constit., QPC, 12 octobre 2012, n°2012-280, considérant n°16, où le Conseil affirme que l'Autorité de la concurrence doit respecter les principes de présomption d'innocence, de légalité des délits et des peines et les droits de la défense.

⁹²⁷ L'article 324-1-1 du Code pénal énonce : « *Pour l'application de l'article 324-1, les biens ou les revenus sont présumés être le produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit dès lors que les conditions matérielles, juridiques ou financières de l'opération de placement, de dissimulation ou de conversion ne peuvent avoir d'autre justification que de dissimuler l'origine ou le bénéficiaire effectif de ces biens ou revenus.* »

⁹²⁸ V. *supra*, n°174.

démonstration n'a, cependant, pas forcément à être effectuée par la même personne. Comment et sur quels critères est-ce que ces présomptions doivent opérer ? L'expérience montre, en général, que la jurisprudence est toujours de très bon conseil pour le législateur pour choisir ces critères. Cela n'empêche pas de définir des choix par avance même s'il ne saurait y avoir d'absolu. Si l'on reprend les critères les plus importants, il faut relever que le pouvoir unilatéral fixé par un contrat, surtout si ce pouvoir permet de déterminer l'objet du contrat, doit être regardé avec suspicion. Celui qui s'arroge, même en vertu d'un contrat, des créances exorbitantes doit démontrer que la négociation a été telle qu'il peut revendiquer une telle créance. De même, lorsqu'une entreprise en situation de monopole ou d'oligopole se trouve face à une petite ou moyenne entreprise, lorsque le contenu du contrat est très défavorable à cette dernière, c'est à la partie, dite forte de prouver que les négociations ont bien été réelles. Cela permet de conserver la liberté contractuelle sans basculer dans des excès néfastes, tant aux parties qu'à l'économie. Pourquoi une telle dualité entre la détermination du contrat d'adhésion et sa mise en œuvre ? En réalité, c'est la même finalité qui est poursuivie dans les deux cas : la justice contractuelle. Seulement, pour identifier de façon juste le contrat qui doit être revu judiciairement, il convient de se fonder sur des critères théoriques les plus pertinents possible. Après, la mise en œuvre peut se passer, ne serait-ce que provisoirement, de l'orthodoxie théorique, le temps, jouant un rôle important en matière juridique. C'est pourquoi, pour pallier les contingences qui surgissent dans le temps juridique, l'on peut permettre à la partie faible de ne pas démontrer, immédiatement, que la négociation a été menée de façon biaisée. Néanmoins, à terme, c'est bien sur ce critère que le juge doit prononcer son jugement pour savoir si le contrat doit donner lieu à des conséquences judiciaires ou non.

§ 2 : Le standard de preuve comme raccourci judiciaire pour faciliter le travail probatoire.

515. La nouveauté du concept. La notion de standard de preuve, comme nous allons le démontrer, n'est pas totalement intégrée au système juridique français. Il s'agit d'un concept anglo-saxon qui regarde le degré de conviction attendu du juge. La démarche a quelque chose d'artificiel, car la conviction ne se mesure pas de façon objective. Elle a néanmoins pu contribuer à la théorie de la preuve de manière importante. En droit anglo-saxon, une affaire peut connaître un retournement inattendu à cause d'un standard de preuve trop ou pas assez élevé.

516. Annonce de plan. Il s'agit ici, non plus de déplacer le fardeau de la preuve sur les épaules de la partie forte ; mais plutôt de décider que la preuve rapportée par la partie faible n'aura pas à être aussi convaincante qu'une preuve scientifique. Il convient donc dans un premier temps d'analyser la notion de standard de preuve pour ensuite voir en quoi sa

transposition en droit des contrats d'affaires est utile, ou non, pour protéger la partie faible.

A : L'analyse du concept.

517. L'origine anglo-saxonne de la notion. Pour faciliter le travail de preuve de la partie faible, nous avons vu jusqu'à présent comment transférer sur les épaules du demandeur le devoir de démonstration des faits allégués. Il existe une autre technique que le droit anglo-saxon connaît abondamment et qui va dans le même sens. Il s'agit de diminuer le fardeau de la preuve du demandeur, non en le transmettant au défendeur, mais en réduisant le degré d'intensité de conviction éprouvé par le juge. Cela s'appelle le « *standard de preuve* ». Les raisons que l'on associe traditionnellement à cette notion sont, en général, les mêmes que celles invoquées pour inverser la charge de la preuve. Par exemple, en droit civil et en droit pénal, le droit anglo-saxon n'exige pas le même degré de conviction du juge. La raison en est naturellement le risque de privation des libertés étudié ci-dessus⁹²⁹. Il y aurait donc fort à espérer de cette technique pour faciliter le procès du professionnel qui cherche à se libérer d'un contrat dont les effets lui nuisent de façon illégitime. Le droit de l'Union européenne l'a d'ailleurs largement repris à son compte, comme nous allons le voir. Néanmoins, l'on ne peut faire l'économie de l'analyse du concept, avant de transplanter cette notion, pour voir les réalités qu'elle recouvre.

518. Les standards de preuve reconnus en droit anglo-saxon. La culture juridique de la Common Law connaît trois grandes catégories de ces standards. Le degré le plus strict est celui du *beyond reasonable doubt*⁹³⁰. Ce standard est principalement utilisé dans les affaires criminelles. Autrement, le droit peut exiger de la preuve qu'elle soit *clear and convincing*⁹³¹, c'est-à-dire que la certitude absolue n'est pas exigée⁹³². Il existe un troisième degré de standard de preuve, moins exigeant, réservé aux affaires les moins graves : « *more likely than not* », autrement dit : plus probable qu'improbable⁹³³. Les nuances entre ces trois notions sont assez bien marquées pour que l'on n'accuse pas d'arbitraire le juge qui les trancherait. D'autant que ces standards font l'objet d'un contrôle devant les juridictions

⁹²⁹ V. *supra*.n°698.

⁹³⁰ « Au-dessus de tout doute raisonnable ».

⁹³¹ « Claire et convaincante ».

⁹³² A. Garapon et I. Papadopoulos, *Juger en Amérique et en France*, Paris, Odile Jacob, 2003, p. 123, spéci. p. 131. E. Vergès, « La réforme du droit de la preuve civile : enjeux et écueils d'une occasion à ne pas manquer », *D*, 2014, 617.

⁹³³ F. Ferrand, *Rép. Dalloz Procédure civile*, « Preuve », point n°565, décembre 2013.

suprêmes⁹³⁴. À cette fin, le juge fournit des échelles d'appréciations des différents moyens de preuve.

519. La récupération du concept par les autres systèmes juridiques. Le droit de l'Union européenne s'est laissé convaincre par la notion de standard de preuve, comme nous allons le voir. Le droit national, lui aussi a été gagné en partie par cette même idée. Pour le droit de l'Union européenne, c'est le domaine des concentrations qui, le premier, a transposé cette notion, par l'arrêt Tetra Laval⁹³⁵. Une évolution du droit national en faveur de la reconnaissance de standards de preuve reste possible. Il semble en tout cas adapté, d'une certaine façon, aux nécessités de la concurrence⁹³⁶. De cette manière, l'idée de standard de preuve semble rejoindre l'éthique du droit des affaires contemporain, qui s'attache, davantage à l'efficacité du droit et à l'utilité de la procédure qu'à la recherche d'une justice infaillible⁹³⁷.

520. Les standards de preuve mentionnés par la jurisprudence de l'Union européenne. S'il existe une différence non arbitraire entre le certain et le probable, elle n'en est pas moins subjective. Et il est assez difficile de mesurer la force de conviction d'une opinion lorsqu'elle ne relève que du for intérieur. Cela devient plus complexe lorsque la Cour de justice de l'Union européenne (ou les institutions qui l'ont précédée) établit des nuances entre les différents standards de preuve, qui semblent parfois se confondre. Ainsi, l'on a pu relever en jurisprudence européenne des standards tels que «*preuve complète*», «*présomption sérieuse*», «*preuve concluante et intégrale*», «*un degré de certitude raisonnable*», «*un degré de probabilité suffisant*», ou encore une «*présomption suffisamment grave*»⁹³⁸. Ces différentes nuances de convictions reflètent réellement un besoin juridique. L'on n'analyse pas de la même manière une demande de clémence en matière d'entente ou un risque de perturbation du marché en matière de fusion acquisition. Néanmoins, est-ce à dire que le droit est en mesure de systématiser toutes ces variétés ?

⁹³⁴ *Ibid.* n°562 qui cite l'arrêt Daubert de la Cour Suprême des États-Unis d'Amérique du 28 juin 1993, 509 US 979 (1993).

⁹³⁵ CJCE, 15 février 2005, C-12/03, CCC, 2005, comm. 92. M. Baillat, *La preuve en droit des pratiques anticoncurrentielles*, préf. M. Behar-Touchais, thèse Paris I, 2014 p. 48 et s. P. 55 au point n°72, l'auteur semble dire que la Cour de justice de l'Union européenne utilise la notion de standard de preuve avec beaucoup de prudence. L'emploi de guillemets pour évoquer la notion dans l'arrêt Imperial Chemical Industries du Trib. UE du 5 juin 2012 (T-214/06) plaide en ce sens.

⁹³⁶ M. Baillat, *La preuve en droit des pratiques anticoncurrentielles*, op. cit.

⁹³⁷ Sur le sujet : P. Le Tourneau, *L'éthique des affaires et du management au XXI^{ème} siècle : essai*, Paris, Dalloz, 2000.

⁹³⁸ Cité par M. Fartunova, *La preuve dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylants, 2013, p. 595. Les décisions citées sont CJCE, 21 mars 1955, Pays-Bas c/ Haute Autorité CECA ; CJCE, 12 décembre 1956, Miranda Mirosevich c/ Haute Autorité CECA ; CJCE, 16 juin 1971, Anne Durafour c/ Conseil ; CJCE, 28 février 1984, Ford of Europe inc c/ Commission.

Nous verrons successivement les avantages et les inconvénients.

1 : Les avantages

521. *Une gradualité dans la preuve à apporter.* Il y aurait des avantages à ce que, pour caractériser un contrat d'adhésion, le droit des affaires reprenne à son compte la notion de standard de preuve. La raison principale est l'exigence de célérité de la matière. La vérité requiert du temps et l'exigence de célérité est génératrice de doute. Il est donc nécessaire de savoir en faveur de qui le doute va jouer⁹³⁹. D'un côté, le juge doit considérer le risque de chicane que pourrait générer l'analyse des négociations. Il ne peut donc pas systématiquement assurer une protection du contractant professionnel dès lors qu'il ne perçoit que quelques indices épars de négociations faussées tels qu'un contrat préimprimé. La multitude des contrats préimprimés en droit des affaires ne saurait justifier un régime dérogatoire du droit commun à chaque fois. Dans une telle hypothèse, le standard de preuve doit être relativement élevé. En revanche, il convient d'adopter une autre solution dans certaines situations où le doute penche davantage en faveur de celui qui réclame une protection. Par exemple, lorsque le marché est oligopolistique, que les prix pratiqués paraissent dérisoires et que le changement de partenaire commercial est très onéreux. Les enjeux sont différents : il s'agit de protéger des entreprises en situation de dépendance – ce qui veut dire aussi protéger leurs emplois.

522. *Un remède au contentieux problématique de la fixation unilatérale du prix.* Nous avons cité le cas des contrats où une partie possède un pouvoir unilatéral ou lorsqu'un contrat de distribution possède une clause d'exclusivité. Ces situations ne sont pas aberrantes, comme nous l'avons dit précédemment. Cependant, la protection dont elles font l'objet aujourd'hui contient un certain nombre de lacunes⁹⁴⁰. Si l'on imagine par exemple, une situation où un vendeur, à l'occasion d'un contrat-cadre, possède le pouvoir de fixer unilatéralement le prix, l'on pourrait penser que le standard de preuve puisse être moins fort pour emporter la conviction du juge quant à l'existence d'un contrat d'adhésion. Aujourd'hui, l'acheteur victime d'un prix abusif doit démontrer un abus dans la fixation du prix⁹⁴¹. Cette politique jurisprudentielle a montré ses limites. Elle partait certainement de la volonté d'endiguer un

⁹³⁹ J.-F. Cesaro, *Le doute en droit privé*, préf. B. Teyssié, Paris, Éditions Panthéon Assas, 2003.

⁹⁴⁰ V. *supra*. n°203 et s.

⁹⁴¹ Com, 13 novembre 2003, n°01-14.368 et 28 avril 2004, n°02-18.392, *RDC*, 2004, p. 1011, note M. Behar-Touchais.

contentieux trop important. Il semble pourtant que de jouer sur la notion de standard de preuve soit plus juste que d'exiger la preuve d'un concept aux contours peu sûrs. Le critère majeur, qui détermine de façon plus pertinente comment ajuster le standard de preuve réside dans les retombées économiques de la recherche de la vérité. Il faut également tenir compte du degré de vraisemblance des faits allégués. Il y a certaines hypothèses où l'improbabilité du fait soulevé par une partie (dans notre espèce, la mauvaise négociation du contrat) relève de l'invraisemblable. Dans d'autres, cela est évident. Il faut donc combiner les multiples impératifs pour donner à la preuve du contrat d'adhésion entre professionnels le degré le plus juste.

523. *Transition*. La notion de standard de preuve a en effet quelque chose d'intéressant pour la matière du contrat d'adhésion entre professionnels. Pour autant, cet intérêt, s'il n'est pas nul, est limité pour plusieurs raisons.

2 : Une notion imparfaite pour régler les déséquilibres dans les contrats entre professionnels.

524. *Un assouplissement de la preuve suspect de dérives*. En définitive, l'avantage d'un standard de preuve n'est guère différent de celui du renversement de la charge de la preuve et des présomptions. On pourrait presque dire, même si l'idée est à nuancer, qu'il revient au même de favoriser une partie grâce à une présomption ou par un standard de preuve souple. Dans les deux cas, il s'agit de réduire le travail probatoire de l'un des plaideurs. L'on nuancera néanmoins cette affirmation, car les deux concepts ont une différence concrète : la charge de la preuve indique à qui revient la prestation probatoire alors que le standard de preuve indique l'intensité du travail probatoire à fournir. Même si dans la pratique, les deux notions peuvent se ressembler fortement.

525. *Une méthode par trop subjective*. L'on peut également s'interroger sur la pertinence d'une analyse qui consisterait à évaluer sur une échelle la conviction d'un juge. Une telle entreprise fait appel au sens commun des personnes et postule trois éléments : « *uniformité de la nature* », « *uniformité de la nature humaine* » et « *uniformité de l'expérience humaine* »⁹⁴². Le risque d'imperfection d'une telle analyse peut vouer à l'arbitraire, une étude qui varie selon les espèces. C'est pourquoi la préférence française pour l'appréciation souveraine des juges du fond est plus propice à rendre une solution appropriée. Décider si des négociations ont été ou non réalisées de manière équitable ne peut pas se faire sur la base de critères immuables. Une part d'intuition vient nécessairement s'ajouter au travail du juge. Il convient de faire confiance à ce dernier, qui est le mieux placé pour percevoir les indices les plus éloquents selon chaque situation. Lui demander de justifier du degré de fermeté de sa conviction perturberait la part de souveraineté qui lui est nécessaire

⁹⁴² F. Girard, *op. cit.*, p. 128.

pour rendre compte de sa conscience. À tel point que certains ont pu dire que le standard de preuve ne renvoie pas tant à un degré de conviction qu'à une intensité de travail probatoire pour parvenir au plus près de la vérité⁹⁴³.

526. *Conclusion du §2.* Les standards de preuve, bien qu'ils présentent un intérêt réel, ne parviennent pas à se détacher de leurs principaux inconvénients : ils cherchent à contenir dans des termes objectifs une réalité qui n'est que subjective. Même le droit de l'Union européenne garde une certaine prudence à leur égard⁹⁴⁴. Il ne semble pas que le droit français ait jamais pâti de ne pas les utiliser. On leur préférera la notion de faisceau d'indices. Cette notion permet de prendre à son compte les avantages du standard de preuve sans s'encombrer de ses inconvénients. Cet outil n'est en rien une nouveauté en droit français. Dans l'affaire des jouets qui concernait une pratique de prix imposés, le juge a dégagé trois éléments significatifs pouvant servir à un faisceau d'indices : l'évocation d'un prix de vente conseillé, une police des prix et l'application significative de ces prix par le distributeur⁹⁴⁵. Grâce au faisceau d'indices, le juge peut choisir lui-même si la situation exige que ne soient rapportés que des éléments de preuve légers ou bien forts, dès lors que sa conviction est faite. Par exemple, en présence d'un contrat longue durée où le prix est fixé unilatéralement, les indices n'auront pas à être nombreux. Ce qui ne sera pas le cas d'un contrat instantané où les négociations ont pu être longues.

527. *Conclusion de la section.* Les présomptions en droit des affaires ne présentent-elles pas des risques pour les justiciables ? N'est-ce pas alourdir les charges à l'égard des entreprises que d'exiger d'elles la preuve d'un fait sans qu'elles n'aient jamais formé aucune demande en justice ? En réalité, pour que la présomption puisse opérer, il faut que le demandeur ait montré que la situation s'y prête. Les facilitations de la preuve dans d'autres domaines du droit n'ont d'ailleurs jamais posé de problème sérieux. L'on pense au droit de la santé qui exige des médecins la preuve, par tout moyen, d'un fait pour lequel ils ne sont demandeurs d'aucune action⁹⁴⁶. Cela ne touche pas plus les services rendus pour la coopération commerciale⁹⁴⁷. Ceci se comprend d'autant plus que l'action en justice est un acte de défiance relativement difficile à poser lorsque l'on se trouve en situation de dépendance économique. Il faut donc tenir compte de ces paramètres pour comprendre l'intérêt d'une présomption.

Il est également nécessaire d'insister sur le fait que les présomptions accordées en fonction de la personne du demandeur ou du contenu du contrat ne remettent que partiellement en cause le principe d'analyse des négociations. D'abord parce que ces critères

⁹⁴³ *Id.*

⁹⁴⁴ M. Baillat, *La preuve en droit des pratiques anticoncurrentielles*, *op. cit.*

⁹⁴⁵ Com, 7 avril 2010, n°09-11.853, cité par M. Behar-Touchais, « Quelques pistes pour l'amélioration du droit des pratiques restrictives de concurrence », *RLC*, 1^{er} janvier 2014. N°38 p 36-42.

⁹⁴⁶ V. *supra*. n°512.

⁹⁴⁷ V. *supra*. n°467.

ne sont pas rédhibitoires pour obtenir la présomption, et ensuite parce qu'ils laissent au défendeur la possibilité de prouver que les négociations étaient équitables. Or, cela n'existe pas, par exemple, pour la protection du consommateur en droit interne, comme cela est énoncé à l'article L132-1 du Code de la consommation.

Ce qui ressort de cela, c'est que, pour que les présomptions soient utilisées de manière juste et efficace, elles ne doivent être accordées que parcimonieusement, pour que l'on n'y ait pas recours abusivement, et pour que le critère d'analyse des négociations soit maintenu. Le juge doit être libre pour savoir si cette présomption de « non-négociation » doit s'appliquer. L'on doit lui faire confiance pour déterminer lui-même le faisceau d'indices qui constate de manière flagrante que les négociations pourraient avoir été faussées.

528. *Conclusion du chapitre.* Il y a un paradoxe apparent, à dire que la meilleure manière de protéger une partie faible professionnelle, c'est de regarder les négociations, mais que ces négociations doivent s'analyser selon des critères de personne et de contenu du contrat. Ce paradoxe est dû aux inconvénients de la démarche. Analyser les négociations n'est pas une entreprise aisée. Les négociations sont une zone de non-droit où les éléments de preuve sont fugaces et peu nombreux. Nous avons pu en rassembler quelques-uns, tels que les documents publicitaires ou la correspondance, mais à l'évidence, le juge ne peut jamais se limiter à la règle *actor incumbit probatio* pour l'analyse des négociations. Il faut donc favoriser cette analyse des négociations autrement. Le droit de la concurrence a une expérience relativement riche pour nous renseigner sur la faisabilité d'une telle démarche. Le droit de la consommation n'est pas moins doté de tels instruments. Ce qui pèche, c'est que le droit de la consommation se fonde sur le dogme de l'existence du consommateur, et que sa transposition en droit de la concurrence peut s'avérer délicate. L'on doit alors laisser au juge le soin de déterminer de lui-même qui est une partie faible. L'on doit également relativiser des règles qui sont absolues en droit de la consommation. Par exemple, le droit national de la consommation ne permet pas de dire que le consommateur est une partie forte. Le droit des affaires, de ce point de vue, a davantage besoin de souplesse. L'exemple le plus parlant est celui de la preuve des « *services distincts* » dont nous avons déjà parlé⁹⁴⁸. La règle de la charge de la preuve en faveur du fournisseur peut marcher dans la plupart des contrats, mais le rapport de force peut s'inverser dans d'autres. La difficulté étant de circonscrire la règle exceptionnelle dans des frontières lisibles.

La solution serait donc de poser un principe de preuve par le demandeur, des négociations mal conduites. Et, dans certaines situations particulières, laisser au juge le soin d'inverser la charge de la preuve sur les critères qu'il souhaite. Cette inversion ne peut se faire que sur la base d'une situation où, de manière flagrante, la charge de la preuve doit être inversée. Il ne s'agit pas pour autant d'un standard de preuve. Le juge de cassation ne saurait cependant contrôler ce « caractère flagrant ». Sinon, le risque serait trop grand que la partie forte joue sur les mots de la juridiction suprême pour faire échec à la présomption.

⁹⁴⁸ V. *infra*. n°647.

Conclusion Titre 2 :

529. Les exigences d'un droit de la moralisation des contrats d'affaires. La lutte contre les abus dans le contrat entre professionnels implique que le législateur et le juge prennent les moyens pour parer aux stratégies de détournement de la loi. Pour cela, il est nécessaire de regarder le contrat, non plus comme un vecteur de création de richesses, mais comme le lieu de partage des richesses. L'on pourrait regretter que la seule cause des contrats d'adhésion entre professionnels, emporte des conséquences sur l'ensemble du droit privé, au point de toucher aux concepts les plus élémentaires, comme celui de la preuve, ou bien de remettre en cause les traités dans lesquels la France est engagée. Ce reproche ne saurait être complètement admis. Il ne s'agit pas d'aligner tout le droit privé à la seule cause du contrat d'adhésion entre professionnels, mais d'optimiser les concepts déjà existants pour atteindre le but poursuivi : la moralisation du contrat. De plus, le droit de la concurrence est relativement novateur lorsqu'il s'agit de défendre les intérêts du marché et des acteurs économiques. En cela, la mise en œuvre de l'analyse des négociations suivrait une tendance qui existe déjà en droit économique.

530. Les impératifs du droit des contrats entre professionnels au plan international. Il n'y a donc pas d'absurdité juridique à redonner au juge son pouvoir de contrôler la mobilité internationale du contrat. Celui-ci ne peut pas être soumis à n'importe quelle loi et sous n'importe quelle condition. Les règlements Rome I et Rome II ne s'en trouvent pas contrariés puisque tous deux permettent l'usage des lois de police pour protéger un contractant, entre autres. Il serait même possible que cette extension de la protection puisse prendre effet dans l'ensemble des pays de l'Union européenne. En effet, la tendance à assurer les droits d'une partie faible est allée croissante depuis plusieurs décennies. À cet égard, la Commission européenne est de plus en plus portée sur la lutte contre les abus contractuels que peut subir un professionnel. La souplesse contractuelle laissée par l'ordonnance de 1986 et la fin de la sanction des discriminations promulguée en 2008 doit s'accompagner d'une vigilance accrue. Ce renforcement du pouvoir de l'État n'est que la conséquence du pouvoir grandissant de certaines entreprises privées, qui sont à même d'imposer leur régime contractuel sur le marché où elles opèrent. Et pour autant, cette rigueur ne peut concerner que le court terme. Il ne s'agit pas que de « colmater des brèches » du droit, mais également d'en dessiner une structure d'ensemble ajustée au but poursuivi. Sur le long terme, les impératifs de célérité cèdent la place à une recherche d'équilibre et la possibilité de nuancer le dogme de la recherche d'efficacité. La protection de la partie faible s'opère donc sur deux temps qui permettent de concilier à la fois l'exigence de cohérence juridique et le souci d'efficacité de la loi.

531. Les impératifs de la moralisation des contrats d'affaires au plan interne. Le droit français doit également prendre la mesure de cet enjeu. Moraliser le droit des contrats entre professionnels, c'est assurer aux entreprises les plus fragiles une pérennité qui s'entend

parfois de leur survie. Les exigences de la pratique doivent donc primer sur certains aspects théoriques. Il y a donc lieu de porter une atteinte justifiée à des principes comme : outre la liberté contractuelle, le principe de personnalité des poursuites et des peines. L'atteinte à de tels principes doit naturellement être circonscrite à notre matière, c'est-à-dire les contrats d'affaires. Et de surcroît, il n'est pas forcément une mauvaise chose que les concepts relatifs à la protection de la partie faible en droit des contrats irradient l'ensemble du droit privé. Cela s'inscrit, d'une manière générale, dans une tendance que connaît notre droit à protéger les personnes vulnérables⁹⁴⁹.

⁹⁴⁹ Rapport de la Cour de cassation 2009, « Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation », disponible sur le site de l'institution. S. Le Gac-Pech, *Les droits du contractant vulnérable*, colloque 10 mars 2015, Lille.

Conclusion Première partie :

532. Sur l'analyse des négociations. Si l'on souhaite rééquilibrer les contrats d'affaires qui sont dits « d'adhésion », il est d'abord nécessaire de repérer les contrats qui méritent ce rééquilibrage. Non seulement, d'un point de vue théorique, il n'est pas facile de savoir qui mérite cette protection ; mais de surcroît d'un point de vue pragmatique, il est nécessaire d'échapper à toutes les contingences qui empêchent le juge de repérer la faiblesse contractuelle. L'objectif est clairement affiché de ne pas déresponsabiliser les professionnels, et donc de préférer une protection qui se fonde sur l'analyse des négociations. Ces négociations doivent montrer une forme de contrainte qui, sans s'entendre de la violence proprement dite, laisse à penser qu'un chantage commercial ou bien une astuce est à l'origine du contenu du contrat, et non des pourparlers honnêtes et transparents. Plutôt que d'assister gratuitement l'entreprise, ne disposant que peu de moyens, l'on va davantage exiger d'elle qu'elle mette en évidence les limites de la volonté exprimée. Si elle a bien voulu signer un contrat, son contenu a pu ne pas se faire sur la base d'un choix entièrement libre. Ce critère n'a jamais été vraiment mis en œuvre depuis Saleilles. Pourquoi ? Sans doute parce que sa mise en œuvre requiert que l'on donne au demandeur une possibilité réelle de démontrer l'imperfection des négociations. Cela relève d'une véritable politique de protection de la partie faible, car les tenants de l'économie actuelle permettent aux entreprises les plus fortes de développer des stratégies efficaces pour empêcher la réalisation judiciaire d'un principe posé.

533. La nécessité d'associer l'analyse des pourparlers dans une perspective d'efficacité du contentieux. Il est donc parfois nécessaire de mettre de côté le critère de l'analyse des négociations, mais uniquement à des fins probatoires, sans qu'ultimement, le rééquilibrage du contrat ne se fasse sur autre chose que cette même analyse des pourparlers. C'est le prix à payer d'une politique économique de protection qui échappe en grande partie au législateur et qui n'incombe plus guère qu'au juge. C'est également la conséquence du besoin d'associer justesse théorique et efficacité du résultat. L'expérience a pu montrer avec quelle facilité les auteurs d'abus pouvaient être en mesure de contourner la protection pourtant généreusement accordée par le législateur.

534. Transition. Une fois le contrat d'adhésion entre professionnels identifié en justice, il reste à savoir quelle conséquence le juge va en déduire. Ici encore, il est nécessaire d'unir ensemble les deux impératifs de justesse et d'efficacité.

Deuxième Partie : Le traitement judiciaire des contrats d'adhésion entre professionnels.

Introduction Deuxième Partie :

535. Un choc entre droit de la concurrence et droit commun. C'est une chose de définir le critère le plus juste pour apporter une protection contractuelle à un professionnel. C'en est une autre de savoir comment cette protection va se concrétiser. Cela est concevable, il ne doit pas s'agir simplement d'apporter une compensation théorique à un déséquilibre arithmétique. Ce qui est en jeu, c'est la bonne marche d'une multitude de petites entreprises de moins en moins à même de défendre leurs intérêts face à des entités économiques de plus en plus puissantes. Aujourd'hui, le droit des contrats et le droit de la concurrence empiètent de plus en plus l'un sur l'autre. Cette rivalité est-elle une coïncidence provoquée par les subtilités du droit privé ou reflète-t-elle une réalité qui doit être regardée plus en face ? La théorie générale du contrat pourrait s'inquiéter de ce que le droit de la concurrence, relativement technique vienne gâcher sa cohérence. À y regarder de plus près, il ne semble pas que l'on puisse diviser le droit des contrats d'affaires ainsi, avec d'un côté une doctrine contractualiste abstraite et une pratique concurrentialiste pragmatique. Le Code civil même de 1804 correspond à des nécessités réelles et pragmatiques. Le tout étant de bien définir le paradigme visé. Le droit de la concurrence, qui a beaucoup gagné en importance sous l'impulsion de l'Union européenne répond avant tout à la logique de protection d'un marché unique, ferment de la construction de l'Union. Un tel objectif, s'il a des points communs avec la protection de la partie faible professionnelle, ne lui est pas entièrement superposé. Or, la construction européenne ne saurait se faire sur la base d'une économie de conglomérats, au détriment d'un tissu économique de petites et moyennes entreprises dont on sait qu'il est vital. Il en va de la survie de nombreux emplois dans notre pays et d'une répartition équitable de la richesse. L'économie du XXI^{ème} siècle n'est pas celle de 1950, ni celle de 1804.

536. Les évolutions à la source des nouvelles nécessités juridiques. Quels sont les points les plus saillants que l'on peut y discerner dans cette évolution socio-juridique ? Une économie mondialisée, tout d'abord. Certaines entreprises sont davantage capables de profiter des situations transnationales que d'autres. Le droit n'est donc plus une certitude qui s'impose à chacun ; mais plutôt une modalité variable parmi d'autres déterminants de l'économie. Cette modalité prend même l'aspect d'une option pour les plus grands groupes. On le pense au point que le législateur doit « *rassurer* » les entreprises, garantir l'attractivité économique de son territoire, et non plus contraindre. D'aucuns soulignent même que le droit est devenu un

produit à vendre, mis en concurrence avec d'autres⁹⁵⁰.

Un autre aspect qui peut être souligné est le phénomène de déréglementation. Si bien que la protection offerte aux travailleurs n'a pas effacé tous les problèmes de déséquilibres contractuels. Il devient manifeste que, pour contourner le Code du travail, une technique évidente est de fonctionner grâce à la franchise, nous l'avons déjà évoqué⁹⁵¹. Et comme la franchise ne connaît pas de définition nettement arrêtée⁹⁵², elle est également très difficile à réglementer. C'est d'ailleurs le propre des parties fortes, de pouvoir jouer sur la rugosité des catégories juridiques pour mieux en éviter les contraintes. Ainsi, un salarié se transforme en franchisé, un prix se transforme en marge arrière, un rapport de force se transforme en prérogative contractuelle...

Le développement des groupes puissants a donc redessiné le rapport de force dans les conventions. Le contrat d'affaires ne peut donc plus être compris en dehors de son contexte macroéconomique. Il doit prendre en compte la réalité des concentrations d'entreprises qui ne donne plus le même sens au même mot. Un contrat est parfois, soit une alliance, soit une forme d'exploitation, selon le contexte dans lequel il est passé.

537. *Le juge, niveau adéquat de protection de la partie faible professionnelle.* La réponse à cela ne peut être qu'essentiellement judiciaire – bien que non exclusivement. La première raison en est le recul du législateur est un choix politique issu du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Ensuite, parce qu'une réglementation en amont ne peut pas prévoir toutes les situations économiques possibles. Cela se vérifie surtout dans certains secteurs qui relèvent d'innovations technologiques très évolutives par exemple.

⁹⁵⁰ P. de Montalivet, « La « marketisation » du droit », *D*, 2013, 2923. V. aussi, M. Delmas-Marty qui parle de « *marché de la loi* », *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Le Seuil, 1998, p. 23, cité par G. Farjat, *Pour un droit économique*, Paris, PUF, 2004, p. 25. M. Chagny, « La situation de faiblesse des contratctants, objet de compétition entre les droits ? », *AJCA*, 2015, 193

⁹⁵¹ V. *supra*. n°22 et 414. Également, E. Raynaud, « Eléments d'analyse économique », in N. Dissaux et R. Loir (dir.), *La protection du franchisé au début du XXI^{ème} siècle*, op. cit. p. 19. L'auteur explique que la franchise comporte à la fois un pôle de subordination et un pôle d'indépendance.

⁹⁵² Il existe plusieurs définitions de la franchise mais aucune ne permet de définir avec exactitude tout ce que ce concept englobe. Parmi elle, figure celle du Code de déontologie européen : « *La franchise est un système de commercialisation de production et/ou de service et/ou de technologie, basé sur une collaboration étroite et continue entre des entreprises juridiquement et financièrement distinctes et indépendantes, le franchiseur et ses franchisés dans lequel le franchiseur accorde à ses franchisés le droit, et impose l'obligation d'exploiter une entreprise en conformité avec le concept du franchiseur.* » V. à ce propos, J.-M. Leloup, *La franchise, droit et pratique*, Paris, Delmas, [4^{ème} édition], 2004, p. 11 sur l'insaisissabilité du concept. Le Règlement d'exemption du 30 novembre 1988, n°4087/88 de la Commission européenne y voit : « *un ensemble de droits de propriété industrielle ou intellectuelle concernant des marques [...] destinés à être exploités pour la revente de produits ou prestations de services à des utilisateurs finaux.* »

L'État ne peut pas encadrer de manière trop directive le processus de création de richesses. Lequel processus ne peut se faire sans une réelle autonomie des personnes qui y sont impliquées. Il ne peut intervenir qu'a posteriori pour voir si la création de richesses s'est faite de façon équitable. La deuxième raison est la suivante : il est acquis à présent que l'innovation juridique des entreprises les plus puissantes est assez inventive pour échapper à des normes abstraites, censées fonctionner pour soixante millions de personnes. Certes, la protection législative des plus vulnérables doit être effective, surtout dans les secteurs qui relèvent du service public ou des biens les plus vitaux pour les personnes. Néanmoins, le légitimisme n'est pas efficace pour protéger toute l'économie. Il n'y a donc pas d'inconvénient à rendre au juge les pouvoirs auxquels renonce le politique. Il en va de sa fonction qui est de faire appliquer la loi. Et à ce titre, il convient de lui donner tous les moyens possibles pour rendre cette protection effective, y compris de lui accorder un lourd pouvoir de sanction ou une souplesse procédurale.

538. Réponse à l'objection de gouvernement des juges. L'on conçoit très bien les objections qui peuvent être émises contre de telles propositions. À commencer par le risque de gouvernement des juges, lesquels ne jouissent pas de la légitimité du suffrage universel. À cela, l'on répondra que le juge n'agit qu'en vertu de la loi, dans l'objectif que celle-ci lui a confié. Le grand pouvoir du juge n'est que le pendant du grand pouvoir des entreprises dominantes sur les différents marchés. L'État ne fait que retrouver la place qu'il a perdue. L'objection de l'insécurité juridique, si elle est soulevée, doit recevoir comme réponse l'insécurité économique des professionnels les plus vulnérables. En quelque sorte, les défauts que l'on trouve à un juge qui rééquilibre les contrats entre professionnels sont les mêmes que l'on discerne aux entreprises auteurs d'abus dans le contrat. Une puissance économique doit avoir pour réponse une puissance judiciaire.

539. Division de la partie. La réponse à ces abus dans le contrat doit donc se faire à tous les niveaux. Aussi bien au niveau du fond du contrat que dans la procédure qui vise à rééquilibrer les droits. Nous verrons donc dans une première partie le traitement judiciaire des contrats d'adhésion entre professionnels au fond (titre 1) ainsi qu'au niveau de la procédure (titre 2).

Titre 1 : L'intervention du juge du contrat d'adhésion entre professionnels et le fond du droit.

540. Une tendance historique vers un pouvoir croissant du juge en droit des affaires. L'histoire du droit des contrats depuis 1804 est une longue marche vers la protection de la partie faible. À chaque étape, une révolution suscite des réactions diverses dans la doctrine. De manière récurrente, l'on s'interroge sur l'éventualité d'une « *crise* » du contrat qui viendrait mettre à mal le lien social⁹⁵³. Naturellement, l'on ne dira jamais assez que cette crise est essentiellement une vue de l'esprit. Effectivement, l'autonomie de la volonté, perçue comme un idéal, n'a jamais été une réalité en droit français. L'on a également pu voir l'argument de la privation de liberté, invoqué contre le dirigisme contractuel⁹⁵⁴. À cet argument, le Père Lacordaire a justement répondu du haut de sa chair à Notre-Dame : « *Entre le fort et le faible [...] c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit.* » Néanmoins, à chaque étape, c'est comme si le droit des contrats était menacé. À chaque étape, le juge est un peu plus puissant pour s'immiscer dans le contrat. L'on pourrait presque dire qu'à force, il prend progressivement la place des parties. Au début, il ne contrôlait que la nullité du contrat, puis il s'est engagé à supprimer la clause abusive en maintenant le contrat, et peu à peu il en vient à contrôler le prix, que l'on croyait intouchable. Voici maintenant que sous l'inspiration du droit de la concurrence, il délivre des injonctions⁹⁵⁵. Que recèle cette fuite en avant des pouvoirs du juge ? Y a-t-il une logique à cette progression ?

541. Des objections contre le dirigisme judiciaire ayant perdu force au fil des ans. À notre sens, la réponse doit être positive. Le droit s'est longtemps refusé à donner au juge les moyens de juger en équité le contrat. Il en va des fondements de la Révolution française qui se méfie des pouvoirs accordés aux juges pour statuer en équité⁹⁵⁶. L'adage « *Dieu nous garde de l'équité des parlements* » le démontre. Le contrôle du contrat par le juge a donc pu être perçu comme un archaïsme. L'on a donc dû trouver des parades pour conserver le primat de la volonté individuelle. Alors, l'on ne touche pas au prix, l'on se contente de supprimer la clause abusive, l'on invoque un déficit d'information... Jusqu'à ce que l'on réalise que ces parades ne font que déplacer le problème. Celui-ci réside essentiellement dans l'intention malveillante du contractant qui abuse de son pouvoir de négociation plus puissant. Donc, si

⁹⁵³ V. *supra*. n°51. Également : C. Jamin, D. Mazeaud, *La nouvelle crise du contrat*, op. cit.

⁹⁵⁴ V. *supra*. n°10.

⁹⁵⁵ V. *infra*. n°743 et s.

⁹⁵⁶ Encore que l'équité figure dans le Code civil à l'article 1135, sur la question, M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : études historiques et comparées des nullités contractuelles*, Paris, LGDJ, 2002.

c'est l'intention qui génère l'abus (et non pas un simple malentendu sur l'information ou des circonstances contingentes), c'est l'intention qui doit être combattue. Sinon, l'on court le risque de ne pas donner à la partie faible, une protection efficace et durable.

542. Annonce de plan. Il y a donc peu à craindre d'un juge assez puissant pour s'immiscer dans le contrat et se poser en véritable arbitre du rapport économique entre professionnels. Évidemment, cela ne peut pas se faire à n'importe quel prix. Des garanties doivent être données, même à la partie que l'on suppose forte. Il nous faut donc voir comment rendre le contrôle judiciaire du contrat d'adhésion entre professionnels sur deux niveaux. Sur le contenu du contrat et des obligations qui en découlent (chapitre 1), mais également sur les sanctions comminatoires qui peuvent être prononcées contre les auteurs des abus (chapitre 2).

Chapitre 1 : Le rééquilibrage judiciaire des obligations au sein d'un contrat d'adhésion entre professionnels.

543. De l'importance de maintenir la volonté comme source des obligations contractuelles. Un contrat qui se passe de la volonté des parties, ce n'est plus un contrat. Surtout lorsque ce dernier engage deux parties professionnelles, bien plus autonomes qu'une personne incapable, par exemple. Donc, chaque fois que l'on revient sur le contenu du contrat, c'est la volonté des parties que l'on soupçonne d'être menacée. C'est pourquoi le droit essaie le moins possible de laisser le juge toucher à la substance du contrat. La conséquence serait évidente s'il en allait autrement : se jouant des négociations qui ont conduit à la convention finale, une partie prétendument faible crierait justice auprès du juge du contrat, non sans une certaine dose de mauvaise foi, dès que l'issue du contrat la contrarie. Le remède, nous l'avons vu, c'est l'idée directrice de notre première partie, est qu'il faut ajuster le contrat dans la mesure où les négociations n'ont pas été sérieusement menées.

544. De l'importance d'un remède optimal. Comment cela se traduit-il au niveau de la sanction judiciaire ? Il faut garder à l'esprit que l'analyse des négociations n'est pas une science exacte. Un consommateur ou un professionnel qui signe un contrat d'adhésion peut très bien connaître la portée de son engagement et préférer prendre le *risque* du contrat, en espérant que les clauses léonines ne trouveront pas à s'appliquer. La palette est large pour remédier à la faiblesse contractuelle. Il y a néanmoins de quoi satisfaire ceux qui craignent pour la volonté en tant que valeur fondamentale. Certains remèdes à l'inégalité dans le contrat, au moins en théorie, ont la prétention de ne pas revenir sur la volonté des parties, mais corrigeant cependant un défaut dans la convention. Cette timidité judiciaire ne peut pas fermer les yeux sur la réalité des abus dans les contrats, notamment en droit économique. Le mythe de la volonté exprimée dans le contrat doit laisser la place à une vision plus concrète des problèmes commerciaux.

545. Annonce de plan. S'il existe donc bien des techniques judiciaires pour revenir sur le contrat sans affecter la volonté des parties (section 1), celles-ci demeurent cependant trop prudentes. On leur préférera les remèdes plus directement portés sur la modification de la substance des obligations prévues (section 2).

Section 1 : Les techniques respectueuses de la volonté des parties.

546. Une réticence constante en droit français à la substitution de la volonté des parties. Selon une conception classique du contrat, favorable au principe d'autonomie de la volonté, le juge, lorsqu'il corrige un contrat, ne peut pas aller en opposition frontale avec l'expression de la volonté des parties. Il importe d'ailleurs peu que le contenu du contrat aille contre l'équité. Le législateur n'a jamais voulu donner au juge le pouvoir de réécrire le contrat au-delà de la volonté des parties. Le juge, d'une manière générale, est fidèle à cette conception de son rôle dans le contrat⁹⁵⁷. La crainte sous-jacente à ce choix est, le reproche le plus commun adressé au contrat d'adhésion : le risque de faire disparaître le contrat lui-même, à force de vouloir protéger les parties. Nous l'avons dit⁹⁵⁸, derrière le pouvoir du juge de s'immiscer dans le contrat, se cache la crainte du gouvernement des juges et surtout la crise du contrat⁹⁵⁹. D'ailleurs, chaque fois que le juge se dote, par lui-même ou en vertu de la loi, de pouvoirs importants sur le contrat, la doctrine réagit de manière assez ferme, pour faire part de ses craintes⁹⁶⁰ sur l'avenir du droit. Craintes pas forcément infondées, dans un système où le juge est souvent dépassé par l'importance du contentieux, et où l'on essaye de laisser aux parties le soin de gérer le litige autant qu'elles le peuvent.

547. Un postulat insatisfaisant. Pourtant, le juge n'en est pas moins conscient de la nécessité de protéger la partie faible. Il doit donc trancher un dilemme : sacrifier le contrat ou laisser une injustice opérer au sein de celui-ci. Il avance donc avec des moyens que l'on pourrait qualifier de prudents. C'est-à-dire des moyens qui, au moins en apparence, ne vont pas remettre en cause le principe du contrat. Néanmoins, il y a des raisons de penser que ces moyens s'en prennent, somme toute, au contrat.

548. Les différentes techniques de correction du contrat n'enfreignant pas la volonté des parties. La première technique, c'est celle qu'a choisie le droit québécois : l'interprétation

⁹⁵⁷ Com, 10 juillet 2007, n° 06-14.768, Société Les Maréchaux. L. Aynès, P. Stofell-Munck, « Les prérogatives contractuelles et la bonne foi », *Dr. et patrimoine*, 1^{er} juillet 2010, p. 103. F. Chénédé, « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles », *RDC*, 2011, 709 ; D. Fenouillet, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? » *RDC*, 2011, 644

⁹⁵⁸ V. *supra*, n°22.

⁹⁵⁹ C. Jamin, D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, *op. cit.*

⁹⁶⁰ Y. Lequette, « Bilan des solidarismes contractuels », *op. cit.* « Retour sur le solidarisme contractuel : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Dalloz, 2012, p. 879. M. Behar-Touchais, « Premières sanctions du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : l'article L442-6 I 2^o va-t-il devenir une machine à « hacher le droit » », *op. cit.*

in favorem. Notre droit esquisse une solution similaire à l'article 1162 du Code civil, mais comme nous allons le voir, elle n'a pas le même caractère impératif. Le Québec, en effet, a inclus dans son Code civil, la notion de contrat d'adhésion. Quel est le régime qui en découle ? Comme nous allons le voir, le contrat d'adhésion a pour effet d'être interprété en faveur de la partie faible. L'interprétation (§1) est-elle une marge de manœuvre suffisante pour endiguer le phénomène d'injustice contractuelle ? En quoi se distingue-t-elle de l'intrusion judiciaire dans le contrat ? L'autre solution à laquelle le juge peut avoir recours est la nullité du contrat (§2). L'on fait comme si le contrat n'avait jamais existé pour ne pas avoir à procéder à une ingérence trop choquante. Nous analyserons donc successivement ces deux techniques. Il conviendra de voir plusieurs de leurs aspects : en quoi elles sont efficaces et si elles sont réellement différentes des techniques qui mêlent le juge plus avant dans le contrat. À cela, va s'ajouter une troisième, celle qui consiste à sanctionner une faute dans le contrat sans remettre en cause les obligations établies par celui-ci (§3).

§1 : L'interprétation *in favorem* du contrat, remède à l'injustice contractuelle.

549. *La fonction ambiguë de l'interprétation d'un contrat d'adhésion.* Effectivement, le Code civil québécois énonce en son article 1432 que le contrat d'adhésion, dans le doute, est interprété en faveur de celui qui a contracté l'obligation et contre celui qui l'a stipulée. C'est la forme la plus douce de protection de la partie faible dans un contrat d'adhésion. L'interprétation n'est pas en soi un remède à l'injustice contractuelle. Elle peut néanmoins le devenir en adoptant une conception extensive d'elle-même. S'agit-il d'un détournement de la fonction d'interprétation contractuelle pour rendre à la partie faible ce qu'elle a perdu à cause du déséquilibre ? Ou bien s'agit-il d'une manière d'exécuter le contrat en conformité avec l'esprit de la convention ? Nous allons voir que la pratique fournit des éléments de réponse à cette question. En réalité, l'on peut dire que, s'il est vrai que l'interprétation *in favorem*, dans l'intention du législateur, n'a pas pour but de revenir sur le contrat proprement dit, le juge en fait parfois un usage qui dépasse la simple fonction interprétative.

550. *Division de l'étude.* Le problème nécessite d'être repositionné d'un point de vue théorique. Pour voir si l'interprétation *in favorem* est ou non une ingérence déguisée du juge dans le contrat, il convient d'étudier la démarche regardant en quoi elle consiste exactement (A). Puis nous pourrons alors nous intéresser au processus d'interprétation *in favorem* proprement dit. Cela nous permettra de voir l'intérêt de cet outil juridique ainsi que ses limites (B).

Nous allons d'abord jeter un regard rétrospectif sur ce en quoi consiste l'interprétation d'un texte (1). Ensuite nous verrons que la difficulté à caractériser l'obscurité d'un texte montre les limites de l'ambition d'une interprétation objective (2).

1 : L'interprétation d'un texte.

551. Définition théorique de l'interprétation. Un dictionnaire juridique donne la définition suivante du mot « interprétation » : « *Opération qui consiste à discerner le véritable sens d'un texte obscur ; désigne aussi bien les éclaircissements donnés par l'auteur de l'acte, que le travail d'un interprète étranger à l'acte*⁹⁶¹. » Deux éléments déterminants ressortent de cette définition : que l'acte en question soit « *obscur* » et qu'il lui préexiste un « *sens véritable* ». Donc, à première vue, il ne s'agirait que de surmonter une lacune rédactionnelle d'un texte. Cela ne constitue pas, en apparence un remède à l'inégalité contractuelle. Pourtant, le droit des contrats n'est pas une science exacte et l'interprétation d'un texte donne souvent lieu à des divergences entre praticiens.

552. L'argument courant de l'impossibilité d'interpréter un texte clair. Il faut d'abord que le texte soit « *obscur* ». L'obscurité ne se confond pas parfaitement avec le déséquilibre. L'obscurité naît en présence d'une carence ou d'un excès d'informations, lorsque la prestation requise par le contrat n'est pas nettement identifiée⁹⁶². Cela veut dire qu'un contrat d'adhésion n'aurait aucune chance d'être rééquilibré par le jeu de l'interprétation. À moins que la partie forte ait recours à l'obscurité de la convention pour dominer contractuellement la partie faible. C'est d'ailleurs pourquoi la Cour de cassation juge abusive une clause obscure⁹⁶³. La doctrine qui a suivi la parution du Code civil de 1804 a considéré comme allant de soi, l'adage *Interpretatio cessat in claris*. Cela se remarque au point qu'un auteur affirme que les codificateurs ne l'ont pas mentionné dans le corps du Code civil tellement son autorité lui conférait une valeur *intra-legem*⁹⁶⁴. La jurisprudence a d'ailleurs été très prompte pour reconnaître la théorie de l'acte clair. L'arrêt *Foucauld et Coulombe c. Pringault* du 15 avril

⁹⁶¹ G. Cornu, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris, [7^{ème} édition], 1998 *op. cit.*, article « interprétation ».

⁹⁶² T. Ivainer, « L'ambiguité dans les contrats », *D*, 1976, chro., p. 153.

⁹⁶³ Le cas du droit de la consommation est particulier en ce que l'article L133-2 du Code de la consommation énonce que le professionnel doit rédiger les dispositions du contrat de manière « *claire et compréhensible* ». La Cour de cassation a affirmé cela dans un avis du 10 juillet 2006, n°06-00.006.

⁹⁶⁴ C. Drand, « Le caractère législatif de l'adage *interpretatio cessat in claris* en droit français des contrats », *Revue générale du droit on line*, 2013, www.revuegeneraledudroit.eu

1872⁹⁶⁵, casse un jugement par lequel une juridiction prudhommale avait usé de son pouvoir souverain pour faire dire à un contrat le contraire de ce qu'il stipulait expressément. Il est évident que les juges du fond profitaient de l'arrêt *Lubert c. Wancareghem* du 2 février 1808⁹⁶⁶ par lequel la juridiction suprême leur laissait le pouvoir souverain d'interpréter les contrats. Cela ne leur a pas permis de parvenir à leurs fins. Désormais, le juge de cassation est en mesure de constater une dénaturation du contrat. L'on serait porté à croire que la Cour de cassation maintienne sa position centenaire sur ce sujet⁹⁶⁷. Il demeure pourtant que la clarté d'un acte est une notion relativement subjective. L'on pourrait effectivement déceler une faille dans ces solutions pourtant bien établie de la Cour de cassation. En effet, constater une imprécision d'un texte, n'est-ce pas déjà faire œuvre d'interprétation⁹⁶⁸? Un aspect obscur d'un contrat doit naître du silence, d'une imprécision, d'une contradiction ou d'une incohérence⁹⁶⁹. Il se peut même que les parties n'aient pas souhaité prévoir la solution à un problème, par exemple à cause du coût engendré par les contraintes de la négociation ou bien un désaccord pur et simple sur la question⁹⁷⁰.

553. Les techniques d'interprétation prévues par le Code civil. Si l'interprétation n'est pas un contournement du contrat, il faut donc suivre les règles qu'impose le droit pour y procéder. Une section du Code civil y est entièrement consacrée aux articles 1156 à 1164. Si l'on porte un regard global sur ces quelques articles, l'on comprend que l'interprétation n'a pas pour but de fabriquer des dispositions supplémentaires incombant à une partie, ni d'aller à l'encontre de la lettre du contrat, mais bien de dégager une solution qui existerait au jour de la signature de celui-ci et que le juge ne ferait que constater. Demolombe rejoint cette conception quand il affirme : « *Aussi est-ce là le but même de l'interprétation, plutôt que l'un de ses moyens ; ce qu'elle se propose, en effet, toujours, c'est de découvrir ce que les parties ont voulu.* »⁹⁷¹ Ainsi, l'article 1156 énonce que l'*« on doit rechercher dans les conventions quelle a été la commune intention des parties contractantes [...] »*. La règle est d'ailleurs partagée en droit comparé (§133 du BGB qui énonce que le juge doit rechercher l'intention plus que la lettre ; article 1362 du Code civil italien qui va dans le même sens en précisant

⁹⁶⁵ GAJC, t. 2, *op. cit.*, n°161, p. 156.

⁹⁶⁶ *Ibid.*, n°160, p. 153.

⁹⁶⁷ Par exemple, Civ. 1^{ère}, 3 mars 2011, n°09-70.754, Defrénois, 30 octobre 2011, n°38, p. 1485, note H. Lécuyer et J.-B. Seube ; Gaz Pal, 7 avril 2011, p. 17, note D. Houtcief.

⁹⁶⁸ L. Grynbaum, « De l'art de la mesure dans la protection du consentement », *RDC*, 2007, p. 973.

⁹⁶⁹ P. Simler, *Juriscl. Code civil*, « art. 1156 à 1164 », fasc. 20, septembre 2009. T. Ivainer, « L'ambiguité dans les contrats », *D*, 1976, chro., p. 153.

⁹⁷⁰ H. Batiffol, « Questions de l'interprétation juridique », in *Choix d'articles*, Paris, LGDJ, 1976, p. 409.

⁹⁷¹ C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, Paris, Auguste Durand Librairie et Hachette Librairie, 1869, t. XXV, p. 4.

qu'il faut regarder le comportement antérieur et postérieur à la signature du contrat⁹⁷²). Cela ne peut toutefois qu'être un idéal, on ne peut concevoir que les contractants au moment de la signature partagent exactement la même idée. Il faut donc relever la part d'artifice que contient cette conception. Un autre article du Code civil vient en effet contrecarrer la primauté de la recherche de l'intention des parties : l'article 1135 qui introduit une dose d'équité dans l'exécution des contrats. Ainsi, il n'est pas absurde de compléter les lacunes du contrat par des dispositions d'équité que les parties sur lesquelles les parties ne sont pas forcément convenues.

554. Les techniques d'interprétation prévues dans le projet de réforme du droit des contrats. Le nouveau projet de réforme du droit des contrats contient un chapitre sur l'interprétation des conventions. Certaines dispositions relèvent du conseil⁹⁷³, d'autres lient véritablement le juge. La plupart de ces dispositions cherche à donner à la convention un effet utile. L'article 1191 de ce projet affirme par exemple que les clauses s'interprètent les unes par rapport aux autres et même en fonction des autres contrats connexes à la convention.

D'autres dispositions vont clairement dans le sens de la protection de la partie faible. Si l'article 1189 consacre la théorie de l'acte clair en affirmant que l'on « *ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation* », l'article 1193 affirme qu'en « *cas d'ambiguïté, les clauses d'un contrat d'adhésion s'interprètent à l'encontre de la partie qui les a proposées* » et l'article 1190 de ce même projet dit que « *dans le doute, une obligation s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur* ».

Il y a donc une orientation protectrice de la partie faible de ce projet qui passe par la technique d'interprétation des contrats.

2 : La difficulté à caractériser un contrat comme étant clair ou obscur

555. La dénaturation perçue comme source d'esprit de chicane. L'interprétation n'est pas une entreprise aussi évidente que la théorie laisserait le suggérer. Là où l'on n'exige qu'une simple explicitation de la volonté des parties, peut se glisser une part d'arbitraire, notamment de la part du juge. Kelsen soulignait lui-même que : « *La norme de degré supérieur ne peut pas lier l'acte qui l'appliquera sous tous ses rapports* »⁹⁷⁴. Et le même auteur de faire remarquer qu' « *il n'existe aucun critérium sur la base duquel l'une des possibilités données dans le cadre du droit à appliquer pourrait être préférée aux autres.* »⁹⁷⁵.

⁹⁷² Voir C. Grimaldi, « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats », *RDC*, 2008, p. 207.

⁹⁷³ L'article 1188 de ce projet affirme que les clauses s'interprètent dans l'intention des parties « *plutôt que* » dans le sens littéral.

⁹⁷⁴ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, [trad. par C. Eisenmann], Bruxelles et Paris, Bruxellant LGDJ, 2010, p. 336.

⁹⁷⁵ *Id.*

Cela ne veut pas dire que le droit positif soit muet sur cette question, comme nous le verrons ci-après. Cela étant, certains auteurs ne manquent pas de souligner le risque, parfois réalisé, d'utiliser cette zone de gris à mauvais dessein. Le doyen Carbonnier disait que l'interprétation est la forme intellectuelle de la désobéissance⁹⁷⁶. La dénaturation est-elle une notion dont les contours sont faciles à délimiter ? Le droit civil belge des contrats ne connaît pas ce concept comme le droit français. La Cour de cassation de Belgique se contente de vérifier si le juge du fond a donné une motivation satisfaisante à sa décision, même si la solution qui en découle n'est pas forcément très différente du droit français⁹⁷⁷. L'idée maîtresse est de dire que le juge ne doit pas profiter de son pouvoir d'interprétation pour faire dire au contrat, autre chose que ce qui y est écrit. L'avant-projet de droit des contrats mené sous la direction de Pierre Catala allait dans ce sens lorsqu'il énonce à l'article 1138 que « *les clauses claires et précises ne sont pas sujettes à interprétation, à peine de dénaturation de l'acte* ». Les notions de clarté et de précision ont donné lieu à plusieurs controverses, quant à leur définition et à leur application. Une clause peut être obscure en ce qu'elle veut dire, mais claire en ce qu'elle ne dit pas. Ce qui n'empêche alors pas la Cour de cassation de constater une dénaturation. Par exemple, l'obligation pour le locataire d'effectuer les réparations mineures d'un immeuble est obscure. En dépit de cette imprécision, il est clair qu'il n'a pas à refaire la toiture. La clarté d'un acte s'apprécie à la fois en fonction du texte, mais aussi du contexte. La précision renvoyant à la non-existence d'un doute sérieux⁹⁷⁸.

556. La dénaturation une notion envisagée par le droit civil. La question se pose alors de savoir comment, et au nom de quoi, le juge doit procéder à l'interprétation d'un contrat qui lui est soumis. Il est assez difficile d'enfermer le juge dans une règle stricte ; au point que celui-ci s'est même défié des règles du Code civil pour les réduire à de simples conseils, notamment l'article 1156⁹⁷⁹. Jean Carbonnier en parlait même comme d'un « *guide-âne* »⁹⁸⁰. De manière générale, la plupart des pays de droit continental se sont défiés des règles d'interprétation trop strictes⁹⁸¹. Certains auteurs ont plaidé pour que cette section du Code civil retrouve son autorité⁹⁸², en vain. L'opposition avec le droit anglais est assez forte sur ce

⁹⁷⁶ J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, Paris, PUF, [26^{ème} édition], (Thémis), 1999, n°158, p. 304. V. aussi P. Malaurie, « L'interprétation des contrats hier et aujourd'hui », *JCP G*, 2011, 1402.

⁹⁷⁷ F. De Ly, « Les clauses d'interprétation dans les contrats internationaux », *Revue de droit des affaires internationales*, n°6-2000, p. 72.

⁹⁷⁸ J. Boré, « Le contrôle de la dénaturation des actes », *RTD Civ*, 1972, p. 249 et s. spéci. points 56 et s. V. également, C. Marraud, *La notion de dénaturation en droit privé français*, préf. P. Lagarde, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1974.

⁹⁷⁹ P. Simler, *Juriscl Code civil*, fasc 20, « articles 1156 à 1164 », *op. cit.* n°32.

⁹⁸⁰ J. Carbonnier, *op. cit.*, n°146.

⁹⁸¹ B. Fauvarque-Cosson, « L'interprétation du contrat : observations comparatives », *RDC*, 2007, p. 481.

⁹⁸² J. Dupichot, « Pour un retour aux textes : Défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil », in *Etudes offertes à Jacques Flour*, Paris, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, p. 179.

point : les juges britanniques, à l'inverse de leurs homologues continentaux ont, de façon traditionnelle, refusé de se référer aux traces laissées par les pourparlers précontractuels pour interpréter le contrat⁹⁸³. En droit anglais, ce n'est pas tant l'interprétation des parties qui détermine l'interprétation du contrat, mais plutôt le sens objectif de la clause. Le critère utilisé étant le *reasonable man*.⁹⁸⁴ Soit ce qu'aurait compris une personne raisonnable en lisant l'acte. Et de surcroît, le juge suprême est compétent pour interpréter un contrat. La règle de l'interprétation réduite au seul instrumentum est relativement mise à mal aujourd'hui. La déclaration de Lord Hoffmann dans l'affaire *Investors Compensation Scheme Ltd v. West Bromwich Building*⁹⁸⁵ qui a institué cette règle, a été le tournant d'une controverse qui demeure encore aujourd'hui⁹⁸⁶. En France, le juge du fond interprète le contrat souverainement, mais non arbitrairement⁹⁸⁷. Cela va de soi dans la mesure où l'interprétation est très difficile à organiser dans des règles précises. Le droit chinois, sous l'influence indirecte du droit allemand, considère qu'il convient davantage de se référer aux déclarations des parties, leur comportement ne devant être analysé que secondairement⁹⁸⁸.

557. *Une clarté qui franchit difficilement l'épreuve de la pratique.* Pourtant, cette idée que la dénaturation pourrait être facilement décelable n'est pas partagée universellement. La doctrine rejoint d'ailleurs, de façon globale, l'idée selon laquelle l'interprétation conforme, à tout prix, à la volonté des parties est souvent illusoire⁹⁸⁹. Si l'on oublie la commune intention des parties, il reste encore un certain nombre de critères qui peuvent donner lieu à des solutions parfois opposées. Dans sa thèse, Monsieur Gelot distingue les interprétations objectives à visée pragmatique de celles cherchant l'équité⁹⁹⁰. L'interprétation dans le sens le plus utile découle de l'article 1157 du Code civil sur l'interprétation utile. Le but est de faire survivre le contrat à ses ambiguïtés. La règle est assez ancienne en droit civil. L'adage *Actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat*⁹⁹¹ est également repris par Domat et Pothier⁹⁹². Cette méthode, si elle ne cherche pas de façon exclusive à protéger la partie faible,

⁹⁸³ Colpoys v. Colpoys, 1822 Jacob 451 cité dans Chitty on contracts, General principles, Londres, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2012, vol.1, n°12-125.

⁹⁸⁴ O. Moreteau, *Droit anglais des affaires*, Paris, Dalloz, 2000, p. 213.

⁹⁸⁵ [1998] 1 WLR 896. V. E. Mckendrick, Contract Law, Oxford, Oxford University Press, [2^{nde} édition], 2005, p. 407.

⁹⁸⁶ B. Fauvarque-Cosson, *L'interprétation du contrat : observations comparatives*, op. cit.

⁹⁸⁷ M. Marty, « Rôle du juge dans l'interprétation des contrats », in *Travaux de l'association Capitant*, Séance du 25 mars 1949, Paris, Dalloz, 1950, vol. V, p. 84 et s.

⁹⁸⁸ L. Qin, *L'interprétation du contrat, étude comparative en droits français et chinois*, thèse sous la direction de D. Mazeaud, Paris II, 2012.

⁹⁸⁹ J. Ghestin, C. Jamin, M. Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, Paris, LGDJ, [3^{ème} édition], 2001, p. 18.

⁹⁹⁰ B. Gelot, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, aspects théoriques et pratiques*, Paris, LGDJ, 2003.

⁹⁹¹ Un acte doit être interprété en sorte qu'il produise effet plutôt ne qu'il périsse.

⁹⁹² B. Gelot, op. cit., p. 57, citant Pothier, *Les obligations* n°92 et Domat, *Lois civiles*, Livre I, titre I, sect.. II, § XXII. disponible sur www.gallica.fr

peut permettre d'aboutir à une solution équitable, en ce qu'elle vise à restituer au contrat son intelligibilité première. L'on peut penser aux contrats à exécution successive dont les prestations ne sont pas précisées dans l'acte fondateur de la relation commerciale. Peut-être est-il possible de déduire les limites du prix fixé unilatéralement. En considérant, par exemple, que la clause qui confère à une partie le pouvoir de définir le prix s'entende de telle sorte qu'elle doive respecter une juste prise en compte des intérêts du débiteur, la nature du contrat devient alors déterminante. L'effet utile d'un contrat d'assurance peut, entre autres, amener le juge à entendre de façon large la garantie couverte par la police⁹⁹³. Faut-il y voir une fonction de la cause des contrats spéciaux, laquelle permettrait d'interpréter les clauses obscures ? L'idée semble plausible bien que le juge ne se fonde pas sur l'article 1131 du Code civil pour interpréter un contrat⁹⁹⁴.

En réalité, et cela rejoint notre étude dans son intégralité, l'intention de parties ne peut véritablement être trouvée que si les parties ont essayé de se mettre d'accord, si elles ont pris le temps de convenir d'un projet commun. Ce n'est pas le cas si l'une a décidé seule de ce que serait le contrat. Il n'y a aucune intention commune en présence d'un contrat d'adhésion. Il y a plutôt une intention unilatérale. L'interprétation d'un contrat d'adhésion, à défaut de pouvoir se faire sur la base d'une entente commune, se fonde sur l'idée de protection. D'où l'idée d'une interprétation *in favorem*.

B : L'interprétation *in favorem*, un pis-aller pour prévenir les excès du contrat d'adhésion.

L'on pourrait penser que cette méthode n'est pas révolutionnaire (1) ; elle a pourtant de quoi changer un rapport de force dans un contrat (2).

1 : Une technique en apparence bénigne.

558. *Une disposition déjà connue du Code civil.* C'est ce que propose l'article 1162 du Code civil selon lequel, en cas de doute, une clause s'interprète en faveur de celui qui ne l'a pas stipulée (ou interprétation *contra proferentem*). Le projet de réforme, comme nous l'avons vu ci-dessus, reprend la même méthode aux futurs nouveaux articles 1190 et 1193 du Code civil. Il est certaines clauses qui sont davantage le fait d'une partie, et auxquelles l'autre n'a fait qu'acquiescer. Cela s'applique en droit des assurances, le juge admet que la méthode

⁹⁹³ V. Chiss, C. Le Gall-Crissin, « Les dommages et intérêts punitifs en matière d'assurance aéronautique », *RCA*, 2005, étu. 9.

⁹⁹⁴ J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, Paris, LGDJ, 1999, p. 318.

d'interprétation ne doit pas être la même selon que la clause est en faveur de l'assuré ou de l'assureur. Cela peut concerner l'étendue de la garantie, les exclusions de garantie ou le questionnaire préalable à la signature du contrat. Par exemple, la Cour de cassation a admis que la garantie du « vol » ne suivait pas nécessairement la définition de l'article 311-1 du Code pénal ; à savoir la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. L'ouverture sous la menace d'une arme d'un coffre-fort pouvait entrer dans le champ de cette garantie⁹⁹⁵. De même, lorsqu'une clause d'exclusion de garantie est obscure, l'interprétation doit se faire en faveur de l'assuré⁹⁹⁶. L'interprétation *in favorem* n'est donc pas apparue en même temps que la notion de contrat d'adhésion. L'on ne peut pas lui reprocher d'être par nature le prétexte à l'ingérence du juge dans le contrat. C'est simplement une manière de trancher par défaut lorsque l'interprétation est relativement hasardeuse. Cela n'empêche pas qu'elle puisse le devenir par la pratique.

559. Une technique récupérée par le droit de la consommation et de la concurrence. Le droit de la consommation suit la même logique. L'article L133-2 du Code de la consommation énonce que les clauses des contrats, en cas de doute, s'interprètent contre le professionnel. La règle a aussi une finalité dissuasive. Il s'agit de sanctionner le rédacteur qui joue sur l'ambiguïté de ses propres termes pour tirer du contrat un bénéfice indu. Contrairement aux règles d'interprétation figurant dans le Code civil, cet article ne sert pas de « *guide-âne* » au juge, mais l'oblige. Comparé à l'article 1162 du Code civil, il n'y a aucun doute en présence d'un contrat de consommation sur l'auteur de la clause⁹⁹⁷. Son fondement réside davantage dans des nécessités d'ordre public que dans des considérations méthodologiques d'ordre général. Il appert donc que les juges du fond ont beaucoup moins de marge de manœuvre en présence d'un contrat de consommation lorsque celui-ci présente une ambiguïté⁹⁹⁸. Encore faut-il constater cette ambiguïté, sans laquelle la Cour de cassation refuse le bénéfice dudit article⁹⁹⁹. Peut-on transposer cette règle aux contrats entre professionnels ? La radicalité de la solution donnée par la Cour de cassation tient au fossé presque infranchissable qui sépare le professionnel du consommateur. La réalité connaît plus de nuances entre professionnels. Néanmoins, l'interprétation *contra proferentem* est un moyen facile de lutter contre les contrats volontairement obscurs. La loi LME a adopté une

⁹⁹⁵ Civ 1^{ère}, 2 mai 1990, n°87-18.835, cité par D. Noguéro, « La détermination du contenu du contrat d'assurance par son interprétation », *Gaz Pal*, 26 novembre 2011, n°330, p. 6.

⁹⁹⁶ D. Noguéro, « L'interdiction de l'interprétation d'une exclusion conventionnelle de garantie devant être formelle et limitée », note sous Civ. 2^{ème}, 8 octobre 2009, n°08-19.646, *Revue de droit immobilier*, 2009, p. 655.

⁹⁹⁷ M. Lamoureux, « L'interprétation des contrats de consommation », *D*, 2006, 2848.

⁹⁹⁸ A. Sériaux, « Lien contractuel direct entre l'adhérent et l'assureur du fait de l'adhésion à un contrat d'assurance de groupe et interprétation d'une clause abusive », note sous arrêt Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, *JCP G*, 2008, II, 10133.

⁹⁹⁹ Pour une hypothèse où la Cour de cassation refuse de constater l'ambiguïté : Civ. 2^{ème}, 13 juillet 2006, n°05-18.104, *RDC*, 2007, p. 347, note D. Fenouillet, *CCC*, 2006, comm. 209, note G. Raymond.

méthode similaire en énonçant que les conditions générales d'achat étaient le socle des négociations commerciales¹⁰⁰⁰. Cela veut dire qu'en cas de contradiction entre les conditions générales de vente et les conditions générales d'achat, ces dernières l'emporteront sur les premières¹⁰⁰¹. Si l'obscurité résulte d'une contradiction entre les conditions, c'est la clause proposée par le vendeur qui l'emporte.

560. *Une méthode existant déjà en droit québécois.* Comme nous l'avons dit plus haut, le droit civil des contrats québécois a déjà pensé à cette solution et l'a codifiée. Ainsi, un contrat d'adhésion ne peut s'interpréter, au Québec, qu'en faveur de l'adhérent ou du consommateur. C'est l'article 1432 in fine du Code civil québécois qui l'indique. Cela ne veut pas dire que la sévérité est la même que pour un contrat de consommation français. Certes, le doute profite « *dans tous les cas* » à l'adhérent, mais le doute doit être invincible. Il faut d'abord rechercher la volonté des parties¹⁰⁰². C'est donc plus pour sanctionner des contrats mal rédigés que pour rééquilibrer des contrats léonins que cette règle trouve sa raison d'être.

Reste à savoir si cette prudence dans l'interprétation *in favorem* ne peut pas être dépassée.

2 : Une technique pouvant dévier vers l'intervention du juge dans le contrat

Interpréter un contrat en faveur de l'adhérent, ce n'est pas seulement lever une ambiguïté dans le texte. Dans certaines circonstances, le juge peut se livrer à une interprétation du contrat qui confine à une relecture des négociations. En quelque sorte, le juge n'interprète pas la clause pour ce qu'elle veut dire, mais pour ce qu'elle manifeste des relations contractuelles. Il devine en effet que la clause qui lui est soumise par une partie est en réalité le résultat d'un chantage commercial. Nous pensons ici à deux cas : lorsque le juge qualifie une clause comme « de style », et lorsqu'il enfreint une clause d'interprétation pour se livrer à sa propre interprétation.

¹⁰⁰⁰ M. Malaurie-Vignal, « Le droit des pratiques restrictives est à nouveau réformé », *CCC*, 2005, comm. 170.

¹⁰⁰¹ A. Lecourt, « Clause attributive de juridiction dans un contrat international de distribution : retour à la sévérité », *RLDA*, mars 2011, p. 39 ; *contra*, L.-M. Augagneur, « Interdiction, droit et devoir de négocier : retour sur la confrontation entre conditions générales de vente et conditions générales d'achat », *JCP E*, 2010, 1654.

¹⁰⁰² F. Gendron, *L'interprétation des contrats*, Montréal, Wilson et Lafleur Itée, 2002, p. 136.

561. Définition de la clause de style. L'interprétation du contrat, de manière générale, ne dépasse pas la simple explicitation du contenu objectif. L'on ne cherche guère qu'à savoir quels droits et devoirs découlent de la convention. Ce n'est que de façon très résiduelle que l'interprétation consiste à analyser subjectivement les conditions psychologiques dans lesquelles les parties ont contracté. L'on se trouverait alors en présence d'une décision dépassant l'office du juge. La question pourrait se poser en revanche en ce qui concerne la clause de style. Celle-ci est traditionnellement définie comme : « *clause habituelle que l'on retrouve dans tous les contrats d'un même type ainsi nommée parce qu'elle est insérée sans débat dans l'acte lors de la rédaction de celui-ci, et souvent, par avance, dans les formulaires du contrat ou dans les éléments du contrat type.* »¹⁰⁰³ Ce que l'on reproche à une clause de style, c'est de transformer l'exception en principe. En effet, l'État fixe des règles supplétives de volonté, en considérant que certaines circonstances empêchent que la règle ainsi énoncée soit absolue. Alors il accorde la possibilité de revenir dessus si les parties en conviennent. Or, dès lors que cette possibilité est laissée, une partie forte l'impose dans tous les contrats par une simple ligne sur ses formulaires, et l'intérêt de la règle supplétive s'en trouve anéanti. C'est par exemple le cas des clauses de non-concurrence, du moins jusqu'à ce que la Cour de cassation décide d'en rechercher la nécessité réelle pour les contractants¹⁰⁰⁴. Pour prendre un exemple dans un tout autre domaine, la Cour de cassation veille à ce que les patients soient informés des dangers que leur font courir les soins médicaux qu'ils subissent. C'est pourquoi elle refuse que le professionnel de santé se cache derrière une signature par laquelle le patient reconnaît tout savoir sur les dangers du traitement¹⁰⁰⁵. Pour revenir à la matière commerciale, la clause de style n'est pas toujours mauvaise en elle-même. Le fait qu'une clause soit dite « *de style* » prouve son efficacité. Une partie peut facilement accepter une clause qui a fait ses preuves dans d'autres contrats¹⁰⁰⁶.

562. Sur la nécessité d'une interprétation de la clause de style. La clause de style est un révélateur supplémentaire de la façon dont se sont passées les négociations. Certes, il peut y avoir des raisons valables de préférer des clauses génériques et communes à une rédaction propre à chaque circonstance. En réalité, la clause de style recouvre des situations très variées,

¹⁰⁰³ G. Cornu (dir.), Association H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, op. cit., article « *clause de style* ».

¹⁰⁰⁴ F. Canut, « Clause de non-concurrence et responsabilité civile de l'employeur », *JCP S*, 2006, 1575.

¹⁰⁰⁵ C. Byk, Bioéthique « législation, jurisprudence et avis des instances éthiques », *JCP G*, 1997, I, 4035.

¹⁰⁰⁶ P. Delebecque, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, dir. P. Bonnassies, thèse Aix-en-Provence, 1981, n°128.

parfois même opposées¹⁰⁰⁷. Certains auteurs préfèrent y voir la clause *qui n'a pas été voulu*¹⁰⁰⁸. Faut-il porter l'interprétation plus loin ? Dire qu'une clause était « de style » pour une partie et l'interpréter au-delà de la lettre ? Jean Carbonnier avait même proposé que les clauses de style, dès lors qu'elles ont été mécaniquement insérées dans le contrat, soient tenues pour non avenues¹⁰⁰⁹. L'imitation mécanique est-elle un critère dirimant pour juger une clause comme sans effet ? L'idée du doyen Carbonnier est juste, mais il faut lui donner plus de souplesse. Une clause peut être qualifiée comme une clause de style, à condition que le juge comprenne son ressort dans l'économie du contrat. Autrement dit, l'insertion mécanique dans le document contractuel en fait davantage un indice plutôt que le signe patent d'un pouvoir contractuel. Ce type de clause est, en principe, valable même lorsque les parties ont eu recours à un professionnel du droit pour rédiger l'acte. La Cour de cassation est toujours allée dans ce sens¹⁰¹⁰.

563. *L'ambiguïté de la clause de style.* Il semble que ce degré d'interprétation de la clause du contrat, consistant à éliminer les clauses de style, relèverait plutôt de la modification judiciaire du contrat. Des interprétations *in favorem* qui vont au-delà de la lettre des parties sont possibles. Cependant, il est encore difficile de les appeler interprétations. Certains auteurs y voient le prolongement normal du travail du juriste (Carbonnier ci-dessus évoqué). D'autres protestent contre cette démesure¹⁰¹¹. Il ne faut donc pas nécessairement assimiler interprétation *in favorem* et interprétation en vue de l'équilibre contractuel. Le juge peut parfaitement faire une interprétation nuancée du contrat sans forcément tout rapporter à la partie faible lorsque la situation ne l'exige pas. Néanmoins, l'article 1135 du Code civil permet d'interpréter le contrat en vue de l'ordre public de protection. L'on peut donc penser que la frontière entre interprétation *in favorem* et recherche de l'équilibre du contrat est relativement ténue. Non pas qu'il s'agisse de revenir sur la lettre du contrat, mais d'y ajouter des obligations qui conviennent ordinairement dans une relation contractuelle honnête. Soit une interprétation dite complétive. Autre chose est le cas où une partie, par une clause non négociée, impose une interprétation du contrat.

¹⁰⁰⁷ D. Denis, « La clause de style », in Collectif, *Etudes offertes à Jacques Flour*, op. cit. p. 117.

¹⁰⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁰⁹ J. Carbonnier, Droit civil, t. IV, op. cit., p. 278, n°142.

¹⁰¹⁰ Civ 3^{ème}, 3 mai 1968, n°65-12.906, Bull, n°184 ; Paris, 14 mars 2013, n°11/05758, *L'essentiel du droit bancaire* 1^{er} mai 2013, note J. Lasserre-Capdeville. Il subsiste toutefois quelques minimes exceptions : Civ 3^{ème}, 21 mars 2001, n°99-10.913, jurisdata n°2001-008761.

¹⁰¹¹ Entre autres : M-H. Maleville, *L'interprétation des contrats d'assurance terrestre*, Paris, LGDJ, 1996, p. 189.

564. Les clauses d'interprétation contractuelle et l'attitude du juge. La question se pose de savoir si les parties peuvent convenir contractuellement de la façon dont les contrats doivent être interprétés. Les clauses d'interprétation existent sous des formes multiples, et leur validité varie d'une espèce à l'autre¹⁰¹². Il y a en premier lieu les clauses explicatives. C'est-à-dire celles qui surmontent une ambiguïté sémantique. Ces clauses ne posent aucun problème de validité en tant que telle, car elles ne font que préciser le contenu d'une prestation à fournir. Pourtant une clause explicitant un contrat peut aller plus loin que d'en définir les termes, en hiérarchisant les stipulations du contrat¹⁰¹³. Par exemple, une clause de priorité linguistique peut décider que la version du contrat qui l'emportera en cas de doute sera l'exemplaire édité en telle langue. Plus encore, la priorité peut être également donnée lorsque le contrat stipule qu'une clause aura le dessus sur une autre. Il est difficile pour le juge de refuser d'appliquer ces clauses dès lors qu'elles ne font que préciser le contenu contractuel¹⁰¹⁴. Cela ne se vérifie pas systématiquement, les juges ne se soumettent pas nécessairement aux clauses de divisibilité contractuelle. Dans cette perspective, une chambre mixte de la Cour de cassation a récemment estimé que les juges du fond pouvaient déduire des faits, en dépit d'une clause d'indivisibilité, que des contrats étaient liés entre eux, et que la chute de l'un entraînait celle des autres¹⁰¹⁵. Les exemples sont rares s'agissant des clauses d'indivisibilité qui font survivre le contrat en cas de nullité d'une disposition. Il est probable, cependant, que le juge tienne le même raisonnement et n'accorde la survie du contrat qu'au cas par cas. En réalité, l'indice qui va déterminer si le juge doit tenir compte ou non d'une clause d'interprétation est son caractère unilatéral¹⁰¹⁶.

565. Les clauses d'intégralité. Certaines clauses vont plus loin pour guider l'interprétation du juge. Elles viennent directement paralyser la recherche du sens du contrat. Au premier chef, il est possible de citer les clauses par lesquelles les parties entendent dénier de toute valeur juridique les échanges précontractuels ou autres indices supplémentaires au contrat. Elles sont également appelées « *clause des quatre coins* », « *clause d'intégralité* » ou « *entire agreement clause*¹⁰¹⁷ ». Ces clauses sont-elles valables ? Dans un premier temps, il convient de distinguer l'effet contractuel des documents extérieurs au contrat de leur effet interprétatif. Autrement dit, ces clauses peuvent très bien stipuler que les parties ne sont pas

¹⁰¹² J. Mestre, J-C. Roda, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Paris, Lextenso, 2011, p. 539 et s.

¹⁰¹³ G. Helleringer, *op. cit.*, p. 312 et s.

¹⁰¹⁴ *Ibid.*, p. 35-36.

¹⁰¹⁵ Mixte, 17 mai 2013, n°11-22.768 et 11-22.927, *JCP G*, 2013, 672, note J.-B. Seube, *JCP G*, 2013, 673, note F. Buy.

¹⁰¹⁶ M. Lamoureux, *L'aménagement du pouvoir des juges par les contractants*, préf. J. Mestre, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, p. 552.

¹⁰¹⁷ G. Helleringer, *op. cit.*, p. 314.

liées par les échanges antérieurs. Cela ne veut pas dire que ces documents ne sont d'aucune utilité pour interpréter le contrat¹⁰¹⁸. Dans la première hypothèse, elles n'ont pour unique but que de prévenir les malentendus entre les parties, en sorte que le champ des obligations de chaque partie soit bien défini. Elles n'empêchent donc pas le juge de s'intéresser aux dires des parties pour interpréter le contrat sans y ajouter du contenu. En revanche, une clause qui impose au juge de ne pas utiliser de méthode d'interprétation autre que la simple lecture littérale du texte ne survit pas à l'épreuve judiciaire, ne serait-ce que parce que l'article 1135 du Code civil commande de tenir compte de l'équité pour analyser le contrat. Il serait donc impossible d'interdire au juge, fût-ce par voie contractuelle, de réfléchir au sens exact voulu par les parties¹⁰¹⁹. D'ailleurs, les Principes UNIDROIT reconnaissent la possibilité de recourir aux négociations pour interpréter le contrat (article 4.3). Il est donc normal que le juge ne se laisse pas voler son office et examine le contrat dans son contexte, même sans donner une valeur contractuelle aux pourparlers. De surcroît, ces clauses tendant à devenir des clauses de style¹⁰²⁰, il serait regrettable que le juge ferme les yeux sur le comportement des parties. Il demeure que la frontière entre « donner une valeur contractuelle aux pourparlers » et « tenir compte des pourparlers pour interpréter le contrat » est assez mince. Le texte des principes UNIDROIT donne un exemple : un éditeur passe un contrat avec un auteur pour que celui-ci écrive « environ trois cents pages ». Or de façon informelle, l'éditeur exprime par la suite que les trois cents pages en question n'ont qu'une valeur indicative et qu'il ne voit aucun inconvénient à ce qu'il y en ait beaucoup plus. Les principes UNIDROIT (au même article) affirment que l'auteur peut parfaitement écrire cinq cents pages sans violer le contrat. Pourtant, les deux cents pages de plus ne contreviennent-elles pas à la lettre de la stipulation qui demandait de s'en tenir à *environ* trois cents ?

566. Conclusion du §1. L'interprétation du contrat est donc une technique à usage multiple. C'est une opération dont le juge ne peut faire l'économie, car aussi détaillées que soient les prévisions de l'instrumentum, il n'est jamais en mesure de définir précisément toutes les situations que peut receler la relation contractuelle. Il permet également de lire au-delà du contrat pour constater qu'une partie a profité d'un pouvoir contractuel lui permettant d'avoir l'initiative de la rédaction. Les zones d'ombre du contrat ne peuvent donc être analysées en sa faveur. Porter l'interprétation du contrat plus loin signifie pratiquement donner au juge le pouvoir de s'ingérer dans le contrat. Il n'est pas absurde en soi de se livrer à une telle démarche. Convenons néanmoins que celle-ci dépasse le simple stade de l'interprétation. Il s'agit plutôt de réécriture du contrat.

¹⁰¹⁸ E. Rawach, « La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat », *D*, 2001, p. 223.

¹⁰¹⁹ J. Mestre, J.-C. Roda, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Paris, Lextenso, 2011, p. 512. Les décisions sont relativement peu nombreuses, mais un arrêt de la cour d'appel de Paris semble aller dans ce sens : Paris, 4 mars 1980, cité par E. Rawach, *op. cit.*,

¹⁰²⁰ J. Mestre et B. Fages, « Portée des clauses d'intégralité », *RTD Civ*, 2006, 111.

Le droit des contrats, lorsque les conditions pour le constituer ne sont pas réunies, oppose la nullité à celui qui s'en prévaut. Il convient d'analyser la justesse et l'efficacité de ce remède.

§2 : La sanction du contrat d'adhésion entre professionnels par la nullité.

567. Une technique imparfaite pour la justice contractuelle. La nullité est le mode de sanction du droit des contrats le plus classique. Cela se comprend si l'on se place du point de vue de l'autonomie de la volonté. En effet, le contrat remplit un certain nombre de conditions, notamment celles figurant à l'article 1108 du Code civil. Dès lors, s'il manque une condition, le contrat n'est pas conclu. Il faut que le contrat existe ou n'existe pas. Puisqu'il est la loi des parties, le juge ne peut que constater cette volonté d'être liées ou bien l'absence de volonté d'être liées. Le consentement par exemple, doit exister ou ne pas exister. Sauf à diviser les clauses du contrat, il n'existe pas de « demi-consentement ». Selon la règle du tout ou rien, la nullité, en principe s'étend à l'intégralité de l'acte¹⁰²¹. Pourtant, ce mécanisme juridique qu'est la nullité, en dépit de son histoire bimillénaire, connaît des contours relativement incertains comme nous allons le démontrer. De plus, il pose un certain nombre de problèmes d'efficacité à l'heure où le droit des contrats requiert des sanctions adaptées aux circonstances. Cela nous conduit à une démarche en deux temps : il faut donc à la fois clarifier le concept de nullité et lui trouver son application la plus efficace. Nous définirons d'abord ce que le droit français entend par nullité des contrats (A), puis nous développerons qu'à cause des imperfections de ce concept, et notamment de ses conséquences pratiques, le droit a été amené à lui donner une signification évolutive (B).

A : Les contours du concept de nullité en droit des contrats traditionnel.

La nullité est une notion connue du droit privé de longue date. Elle est l'instrument favori du droit civil pour sanctionner un acte vicié. Il est donc normal que l'on y ait recours pour lutter contre les déséquilibres contractuels qui perturbent l'activité économique et concurrentielle. Cependant le droit commercial ne cherche pas seulement à donner une réponse cohérente juridiquement, il cherche aussi à apporter une solution efficace, car le procès n'est pas sans effet sur la vie économique. Ces deux impératifs sont tout aussi importants l'un que l'autre. Une précision conceptuelle est donc nécessaire. Après un bref rappel historique, nous verrons les incertitudes conceptuelles qui ont dû être surmontées.

¹⁰²¹ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, p. 461, n°419.
298

568. *Les origines romaines de la notion.* L'histoire du concept de nullité remonte au droit romain et évolue à travers les différentes époques du droit civil. La nullité à Rome ne correspondait qu'au cas du défaut d'une formalité rituelle lors de la conclusion du contrat. Dès lors que les rites avaient été respectés, il n'était plus possible de remettre l'acte en question. Différentes réformes prétoriennes ont permis une évolution de la nullité. Si l'auteur subissait un préjudice indu du fait de l'acte (violence par exemple), le prêteur acceptait d'annuler l'acte, non pas en vertu de son pouvoir de juridiction, mais de commandement¹⁰²². Depuis lors, la distinction entre les différentes formes de nullité a été une énigme à peine résolue à ce jour. Entrent en jeu le fondement de la nullité, la nécessité d'une action en justice, le caractère constitutif ou déclaratif de la décision de nullité du juge parmi d'autres questions.

569. *Un malentendu ayant fait émerger beaucoup de divergences conceptuelles.* Il est possible que les premiers signes de dichotomie entre les différentes nullités puissent être perçus dans le droit justinien¹⁰²³. Par la renaissance du droit romain, à partir du XII^{ème} siècle, s'instaure une distinction entre les nullités de plein droit et les lettres de rescission qui émanent du roi¹⁰²⁴. En fait, le droit romain met du temps à prendre sa place en France, en sorte que le roi seul est compétent pour estimer qu'une situation mérite que la nullité soit prononcée. La possibilité de reconnaître un contrat contraire à l'ordre public comme dépourvu d'effet prend son essor sous l'Ancien Régime¹⁰²⁵. Joseph Pothier, déclare que dans tous les cas, les parties doivent se retrouver dans la situation où elles se trouvaient avant la conclusion du contrat¹⁰²⁶.

570. *Une incertitude non résolue lors de la publication du Code civil.* Même avec la publication du Code civil de 1804, la question de la nullité n'est pas durablement systématisée. Il existe des dichotomies doctrinales entre nullités naturelles et nullités légales, entre nullités formelles et nullités substantielles, ou bien nullités préemptoires et nullités comminatoires...¹⁰²⁷ Japiot dénonce, dans sa thèse de 1909¹⁰²⁸, le manque de cohérence de la

¹⁰²² *Ibid.*, p. 103, n°83.

¹⁰²³ G. Rossetti, « 'Nullita' e 'annullabilita' », in M. Boudot et P.-M. Vecchi (dir.), *La théorie des nullités*, Paris et Poitiers, LGDJ Université de Poitiers, 2008 p. 2 et s. spéc. p. 32.

¹⁰²⁴ J.-M. Augustin, « L'adage « Voies de nullité n'ont point de lieu » », in M. Boudot et P.-M. Vecchi (dir.), *La théorie des nullités*, op. cit., p. 53 et s.

¹⁰²⁵ M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, préf. de J. Ghustin, Paris, LGDJ, 2002, p. 122.

¹⁰²⁶ R.-J. Pothier, *Oeuvres, Traité de la procédure civile et criminelle*, Paris, Chanson, 1821, t. XIV p. 405. Sur la question D. Veillon, « La rescission des actes juridiques dans le *Traité de procédure civile* de Robert-Joseph Pothier », in *La théorie des nullités*, op. cit., p. 63.

¹⁰²⁷ A. Posez, « La théorie des nullités », D, 2011 p. 647.

¹⁰²⁸ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques, essai d'une théorie nouvelle*, thèse Dijon, 1909.

théorie du XIX^{ème} siècle de la nullité¹⁰²⁹. Selon lui, le problème vient du fait que l'on considère, durant cette période, la nullité du contrat, comme un certain *état de l'acte*. Autrement dit, l'acte est malade. Or il faudrait qu'il soit mort-né ou bien sain, sans alternative. Néanmoins, l'existence d'une théorie dite « *classique* » est contestée en doctrine comme une mauvaise lecture de la doctrine antérieure. D'aucuns soulignent que la conception du contrat comme d'un corps n'est pas courante au XIX^{ème} siècle¹⁰³⁰. De surcroît, la distinction entre nullité relative et nullité absolue fondée sur le but de la loi n'est pas absente de cette période¹⁰³¹.

Ces incertitudes perdurent encore aujourd'hui en partie.

2 : La difficulté contemporaine à cerner le concept de nullité.

571. *La théorie moderne.* Ce que l'on appelle, dans la même perspective, la théorie « *moderne* » envisage davantage la nullité comme un « *droit de critique* ». Il s'agit plus de rechercher les personnes qui vont invoquer la nullité de l'acte que de voir dans quelle mesure ce même acte est atteint par la nullité. C'est de cette analyse que découle la conception entre nullité absolue et nullité relative que l'on connaît aujourd'hui et qui marque encore notre droit¹⁰³². C'est surtout la place du juge qui pose essentiellement question.

572. *La controverse sur la reconnaissance de l'inexistence.* La question de la nécessité d'une action devant le juge a fait l'objet d'un certain nombre de controverses en droit français. Il s'agit de savoir si la notion d'« *inexistence* » du contrat était pertinente. Certains juristes affirment en effet qu'un vice beaucoup trop flagrant sur un acte juridique ne permet pas à son bénéficiaire de s'en prévaloir, peu importe qu'un juge statue dans ce sens ou non. Aubry et Rau affirmaient par exemple qu'un contrat conclu par un enfant en bas âge rentrait dans cette catégorie¹⁰³³. L'inexistence n'a pas emporté l'adhésion de la doctrine française en matière civile¹⁰³⁴. Il est possible d'en comprendre les raisons : si elle était reconnue, il est

¹⁰²⁹ Au XIX^{ème} siècle, la nullité est comprise comme un certain état de l'acte. Selon la condition qui fait défaut à ce dernier, la nullité sera d'importance diverse. J. Ghustin, G. Loiseau, Y.-M. Séritet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 2 L'objet et la cause – Les nullités, Paris, LGDJ, [4^{ème} éd.], 2013 p. 797, n°2103. O. Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, préf. P. Ancel, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, spéc. p 52 et s.

¹⁰³⁰ M. Boudot, « Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19^e et 20^e siècles », in *La théorie des nullités*, op. cit., p. 92 et s.

¹⁰³¹ M. Cumyn, op. cit., p. 29.

¹⁰³² M. Boudot, op. cit.

¹⁰³³ C. Aubry, C.-F. Rau, *Cours de droit civil français traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae*, Strasbourg, F. Lagier, 1839-1846, p. 67.

¹⁰³⁴ V. P. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, Paris, LexisNexis, [12^{ème} éd.], 2012, n°385, p. 293.

vraisemblable qu'elle serait utilisée à des fins malveillantes. Surtout dans un rapport entre professionnels où l'esprit de chicane est parfois une technique économique efficace. Si l'on peut louer cette sagesse judiciaire qui préfère s'en remettre au juge pour déterminer la force obligatoire de l'acte contesté, il n'apparaît cependant pas absurde qu'un vice soit tellement patent que l'exécution du contrat soit impossible, même en dehors de toute procédure judiciaire. La non-reconnaissance de la théorie de l'inexistence n'est due qu'à la difficulté à délimiter celle-ci dans des critères sûrs et précis. On voit par exemple des tribunaux déclarer inexistantes des contrats où le prix n'est pas mentionné¹⁰³⁵.

573. *Les controverses quant à la personne fondée à soulever la nullité.* Si l'intervention du juge est indispensable pour faire perdre au contrat sa force exécutoire, dans quelle mesure ce juge sera-t-il tenu de prononcer la nullité de la convention ? Le droit des contrats opère une distinction entre les nullités facultatives et les nullités de droit. En principe, une nullité est de droit. Le juge ne fait que constater la défaillance d'un élément nécessaire à la validité du contrat. Pourtant, il existe certaines hypothèses où la partie demanderesse à l'action doit justifier d'un préjudice pour que cette nullité soit accordée. C'est le cas en présence d'un vice de forme non substantiel comme les exigences de forme prévues à l'article L141-1 du Code de commerce. Lequel énonce : « - *Dans tout acte constatant une cession amiable de fonds de commerce, consentie même sous condition et sous la forme d'un autre contrat ou l'apport en société d'un fonds de commerce, le vendeur est tenu d'énoncer :* »

1° *Le nom du précédent vendeur, la date et la nature de son acte d'acquisition et le prix de cette acquisition pour les éléments incorporels, les marchandises et le matériel ;*

2° *L'état des priviléges et nantissements grevant le fonds ;*

3° *Le chiffre d'affaires qu'il a réalisé durant les trois exercices comptables précédant celui de la vente, ce nombre étant réduit à la durée de la possession du fonds si elle a été inférieure à trois ans ;*

4° *Les résultats d'exploitation réalisés pendant le même temps ;*

5° *Le bail, sa date, sa durée, le nom et l'adresse du bailleur et du cédant, s'il y a lieu.*

II. - *L'omission des énonciations ci-dessus prescrites peut, sur la demande de l'acquéreur formée dans l'année, entraîner la nullité de l'acte de vente. »*

¹⁰³⁵ Civ. 1^{ère}, 5 mars 1991, *D*, 1993, 508, note L. Collet, cité par P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Paris, Defrénois, [5^{ème} édition], 2011, p. 333.

Celui qui en revendique la nullité devra rapporter la preuve d'un préjudice¹⁰³⁶. La Cour de justice de l'Union européenne est allée encore plus loin, en imposant au juge national de soulever d'office les causes de nullité dans un contrat passé entre un professionnel et un consommateur. Depuis 2000, l'on savait que le juge a le pouvoir de relever d'office un moyen de nullité d'une clause abusive d'un contrat impliquant un consommateur et un professionnel¹⁰³⁷. L'on sait à présent que le droit processuel ne peut même pas empêcher le juge de soulever d'office un tel moyen¹⁰³⁸. Le but de l'application effective du droit communautaire semble justifier une telle exigence. Cette disposition doit-elle être transposée dans un contrat entre professionnels ? En toute hypothèse, il semble que le professionnel soit lui-même en mesure de déceler les éléments susceptibles d'atteindre à la validité du contrat. L'idée d'un contrat d'adhésion n'a pas pour but de lui fournir une assistance juridique. Toutefois, nous verrons plus loin que l'office de la puissance publique lui permet d'esquiver les menaces de représailles agitées par la partie forte.

574. *Conclusion du I.* Il n'y a donc pas vraiment une nullité, mais des nullités. Est-ce à dire que l'on peut donner au terme de « nullité » le sens que l'on souhaite ? Certes non, mais du sens que l'on donne à la nullité, des conséquences importantes peuvent découler dans un procès. C'est tout l'intérêt du débat sur l'étendue de la nullité d'un acte juridique, qui se pose d'une manière particulière lorsqu'il s'agit d'équilibrer les relations d'affaires. Le but n'est pas tant d'apporter une solution cohérente et orthodoxe, mais plutôt d'optimiser l'indemnisation de la partie faible.

B : Les conséquences de la nullité d'un acte juridique sur les relations d'affaires.

575. *Les atténuations des effets de la nullité.* La nullité se voudrait une sanction neutre, qui se contente de dire que les conditions ne sont pas réunies pour qu'un acte produise effet. Elle peut pourtant être très lourde de conséquences si l'on ne tient pas compte de l'effet « domino » qu'elle peut générer dans les faits. Elle peut aussi bien léser la partie faible que des tiers aux contrats. Surtout lorsque l'on connaît le montant des sommes qui peuvent être en jeu en droit des affaires. C'est pourquoi le droit des affaires envisage la nullité d'une partie du contrat (1) ou bien des nuances dans l'effet de la nullité (2).

¹⁰³⁶ A. Dejoie et F. Phan Thanh, « Mentions obligatoires dans les cessions de fonds de commerce : la loi du 4 août 2008 apporte-t-elle des évolutions suffisantes ? », *JCP E*, 2009, 1469.

¹⁰³⁷ CJCE, 27 juin 2000, C-240/98 et C-244/98, affaire Oceano.

¹⁰³⁸ G. Paisant, « L'élargissement, par la CJUE, du pouvoir d'office du juge et le refus de la révision d'une clause déclarée abusive, note sous arrêt CJUE, 14 juin 2012, Banco Español de crédito ». *JCP G*, 2012, 975.

576. *Division.* Les solutions existent, et il convient de les regarder de près. L'Union européenne, par le biais du droit de la consommation a imaginé la nullité d'une clause, mise à part du contrat. Un tel ciselage du contrat n'est cependant pas toujours opportun. Plutôt que d'éliminer une clause nulle (a), il est souvent plus simple de la remplacer par ce que la loi permet (b).

a : De la nullité du contrat à la nullité d'une simple clause.

577. *Les réticences de la Cour de cassation à admettre une nullité utile.* Quel bénéfice la partie faible tire-t-elle d'une nullité ? Un acte qui est reconnu comme nul par l'autorité judiciaire est réputé ne jamais avoir eu lieu et ne produit aucun effet. L'étendue de la nullité est donc rétroactive (*Quod nullum est nullum producit effectus*¹⁰³⁹ dit un adage). Ce principe sert même d'unique visa dans certains arrêts de la Cour de cassation¹⁰⁴⁰. Le but d'une annulation n'est pas de redistribuer équitablement des richesses, mais de tirer les conséquences logiques de la défaillance d'un élément essentiel au contrat. La Cour de cassation n'accepte guère de prendre en considération des éléments pratiques pour assurer une restitution équitable. Toutefois, elle accepte la restitution en valeur lorsque celle-ci n'est pas possible en nature, surtout pour les contrats successifs (la solution inverse serait choquante pour le cas d'un contrat de travail nul exécuté), et l'article 549 du Code civil permet la conservation des fruits acquis de bonne foi¹⁰⁴¹.

578. *Une conception de plus en plus écartée par le droit moderne.* Or cette approche du « tout ou rien » quant à l'annulation d'un contrat pose des problèmes d'efficacité économique du contrat. Il est possible que la partie faible souhaite rester dans les liens contractuels sans subir les dispositions du contrat qui lui portent un préjudice. C'est pourquoi le droit permet au juge de prononcer une nullité partielle du contrat. L'exemple le plus évident est celui des clauses abusives contenues dans un contrat entre un professionnel et un consommateur, selon la directive n°93/13/CEE du 5 avril 1993. L'article 6.1 de ce texte commande aux États de permettre que la clause dite abusive ne lie pas le consommateur et que, autant que possible, les liens contractuels soient maintenus. Il faut cependant reconnaître que l'idée était déjà présente dans le Code civil de 1804¹⁰⁴², notamment en matière successorale, puisque l'article 900 de ce texte permet toujours de se soustraire à un testament que les dispositions litigieuses. La Cour de cassation a pu affirmer que la clause réputée non

¹⁰³⁹ Ce qui est nul ne produit aucun effet.

¹⁰⁴⁰ Civ. 3^{ème}, 2 octobre 2002, n°01-02.924, *RTD Civ*, 2003, 284, note J. Mestre et B. Fages.

¹⁰⁴¹ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, p. 469, n°425

¹⁰⁴² P. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, Paris, LGDJ, 1969, p. 21 et s.

écrite est « *censée n'avoir jamais été rédigée*¹⁰⁴³ » ou même « *n'avoir jamais existé*¹⁰⁴⁴ ». Il reste encore à savoir dans quelle mesure un contrat peut survivre s'il est amputé d'une partie de ses clauses. Une règle solidement établie veut que la clause annulée entraîne l'annulation de tout le contrat dès lors qu'elle est *une condition impulsive et déterminante*¹⁰⁴⁵. Cette analyse, qui a cours en droit de la consommation, a le mérite de la cohérence. Elle ne se place cependant pas sous l'angle de l'opportunité. Le problème est que, selon que l'on choisit l'annulation d'un contrat ou la clause réputée non écrite, la solution profite tantôt à la partie forte, tantôt à la partie faible. Il pourrait être intéressant de fixer comme règle que le juge use de son pouvoir souverain pour établir si le contrat survit ou non. Et ce, en tenant compte de la personne qui tire profit de la nullité. Cela ne fonctionnerait pas pour le cas de la directive sur les clauses abusives, transposée à l'article L132-1 du Code de la consommation : il s'agirait d'une distinction opérée là où le législateur ne distingue pas¹⁰⁴⁶. Cela ne dit pas pour autant si le juge doit tenir compte de l'intérêt de la partie faible pour prononcer, ou la nullité du contrat, ou bien la nullité de certaines clauses uniquement. Le problème se pose également en présence d'une clause susceptible d'affecter, non pas tout le contrat, mais une autre clause du contrat¹⁰⁴⁷.

579. *La nullité de la clause, une disposition facteur de complications.* Car la raison d'être de la clause réputée non écrite réside dans sa capacité à rendre au contrat son efficacité économique et son rôle social. Cependant, il y a lieu de s'interroger sur l'opportunité de limiter la nullité à une clause. En effet, une clause n'a pas d'existence propre. Elle ne se comprend que dans le contexte économique et dans le contexte contractuel dans lequel elle prend effet. Par exemple, en prenant le cas d'une clause résolutoire unilatérale : il n'y a rien d'abusif à rompre une relation commerciale à cause de l'incertitude liée à la conjoncture. À l'inverse, l'abus apparaît si cette clause sert à exercer un chantage commercial. Faut-il réduire l'analyse du contrat à une énumération de clause ? Ou bien le travail du juge peut-il s'exercer de façon plus détaillée ?

580. *La nécessité de nuancer également la suppression des clauses.* Dans un domaine tout à fait éloigné du droit des contrats et de la concurrence, le Conseil constitutionnel utilise les « *réserves d'interprétation* » alors que l'expression ne figure pas dans la Constitution¹⁰⁴⁸. Le droit public nous enseigne par là qu'il ne suffit pas de retrancher des mots à un texte pour le rendre équitable. Peut-être faut-il juste préciser dans quelles circonstances la clause trouve

¹⁰⁴³ Civ. 3^e, 2 décembre 1987, cité par O. Gout, *op. cit.*, p. 92.

¹⁰⁴⁴ Civ. 3^e, 9 mars 1988, O. Gout, *op. cit.*, p. 92.

¹⁰⁴⁵ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, p. 462, n°420.

¹⁰⁴⁶ S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, Paris, Economica, 2006, p. 36 et s.

¹⁰⁴⁷ Civ. 3^e, 31 mai 2012, n°10-27.125, *RDC*, 2012, 1255, note J-B.Seube.

¹⁰⁴⁸ Cons. constit. DC, 24 juin 1959, n°59-2, V. X. Samuel, *Les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel*, discours du 26 janvier 2007, v. site du conseil www.conseil-constitutionnel.fr

à s'appliquer. De cette manière, le juge rééquilibre le contrat sans s'immiscer dans la volonté des parties, car il n'invente pas le contenu ; il précise dans quelle mesure celui-ci est acceptable. Un juge de droit des contrats ne peut-il pas dire : « Cette clause est licite, mais seulement si vous l'interprétez de telle façon. » ? Ou alors, le juge pourrait également dire que la clause est valable à condition qu'elle ne soit pas utilisée dans un mauvais dessein. La méthode fait penser à l'abus, que les juges n'ont jamais réellement réussi à identifier¹⁰⁴⁹. En réalité, il ne s'agit pas tant de sanctionner une volonté de nuire que de préciser le domaine de légalité de la clause.

b : La nullité de tout ou partie de l'acte, une manière déguisée de revenir sur le contrat ?

581. La possibilité de substituer à la disposition nulle une disposition équitable et valable. La nullité n'est qu'un moyen « négatif » de correction du contrat. Il ne s'agit que de retrancher des mots que l'on considère comme nuisibles à l'ordre public ou à une personne. C'est l'idée qu'exprime le doyen Carbonnier quand il parle de « *gommage* » ou de « *caviardage* » du contrat¹⁰⁵⁰. Est-il normal de restreindre cette possibilité pour le juge, de revenir sur le contrat, à un simple « *gommage* » du contrat ? Est-il absurde de sa part de faire des rajouts ? Il n'est pas certain que le contrat soit équilibré si le juge ne se contente que d'en retrancher des dispositions. Sans aller jusqu'à la réécriture du contrat, il existe des nullités-réductions qui, constatant une disposition illicite du contrat, plutôt que de la supprimer, en corrigent la disproportion. Cette sanction figure déjà à l'article 1152 du Code civil à propos des clauses pénales. Sans que la doctrine constate un usage excessif de cette prérogative judiciaire, le droit civil en est familier depuis 1985. Car les clauses pénales ne sont pas illégitimes en tant que telles. Néanmoins, elles ne sont suspectes que dès lors que le créancier en profite pour en abuser et tirer un bénéfice illégitime. La clause de prix, de ce point de vue constitue un cas à part qui sera traité lorsque nous parlerons de la lésion. Il existe des hypothèses prévues par les textes où le juge peut réduire le montant d'une prestation si celle-ci est relativement déraisonnable. Ainsi l'article L313-4 du Code de la consommation précise en son premier alinéa que « *Lorsqu'un prêt conventionnel est usuraire, les perceptions excessives au regard des articles L. 313-1 à L. 313-3 sont imputées de plein droit sur les intérêts normaux alors échus et subsidiairement sur le capital de la créance.* »

582. Transition. L'annulation d'un contrat dans son intégralité est donc de nature à nuire à la partie faible. C'est que le contrat, même abusif, est source de revenus pour la partie lésée. La nullité n'est donc pas forcément souhaitable. Elle peut, en outre, toucher d'autres contractants qui tirent un profit du contrat auquel ils n'étaient pas parties.

¹⁰⁴⁹ V. *supra*, n°186.

¹⁰⁵⁰ J. Carbonnier, *Les obligations, op. cit.*, n°104 et s.

Elles sont de deux ordres. Il s'agit de l'extension de la nullité aux autres contrats, ainsi que des restitutions.

a : L'extension de la nullité aux autres contrats

583. Une sanction facteur d'injustices. Le principal inconvénient de l'annulation du contrat concerne le problème des nullités en cascade. Un contrat, en effet, n'est pas un univers clos. Et bien souvent, un autre contrat lui doit d'exister¹⁰⁵¹. D'où un certain inconvénient lorsque le juge doit prononcer la nullité d'une convention à cause de son déséquilibre. Faut-il dans le même temps revenir sur tous les contrats affectés par cette sanction contractuelle ? L'adage *nemo plus juris* porterait à penser que la nullité d'un contrat déteint sur tous ceux qui naissent du premier. La jurisprudence n'est pas homogène pour savoir la solution qu'il convient d'apporter à la nullité d'un contrat qui contamine les autres. Lorsque c'est un contrat de société qui est touché de façon principale, les conséquences peuvent être graves pour ceux qui, de bonne foi, contractent avec la société faussement constituée¹⁰⁵². Tout dépend en fait de la teneur du lien qui subsiste entre les différents contrats. Les parties peuvent stipuler que le contrat qu'elles concluent dépend d'un autre. Par exemple, un pharmacien peut conclure un contrat de publicité avec une entreprise qui met à sa disposition du matériel à cet effet (écran), en vue de payer le loyer de son officine. La conclusion du contrat de bail est liée à celle du contrat de publicité. Mais le pharmacien peut éventuellement disposer d'autres revenus pour payer son loyer. Les circonstances de l'espèce sont donc importantes pour permettre au juge d'apprécier l'interdépendance des contrats. Certains éléments sont pris en compte dans ce sens : l'existence d'un mandataire pour la conclusion du contrat, l'imbrication des prestations prévue au contrat, ou encore l'identité de lieu de conclusion des différentes conventions, l'identité de prix, l'identité du notaire rédacteur de l'acte¹⁰⁵³.

584. Pour les contrats de location financière, une solution spécifique. Le cas particulier d'un contrat de location financière a récemment donné lieu à un arrêt remarqué. Une chambre mixte de la Cour de cassation a estimé que les clauses qui entravaient

¹⁰⁵¹ A l'exception notable de la grande distribution, la règle est largement admise : lorsque le contrat-cadre est nul, les contrats d'exécution demeurent valides. La règle avait été énoncée par un revirement de la Chambre commerciale de la Cour de cassation : Com, 23 juin 1992, n°90-18.951, *JCP G*, 1992, II, 21974, note M. Behar-Touchais. La solution s'est maintenue en jurisprudence : Com, 8 février 2011, n°10-10.847, *Lexbase Hebdo Affaires*, n°245 note V. Marx.

¹⁰⁵² A. Charvériat, « De quelques difficultés relatives à la nullité d'une décision sociale irrégulière », *Revue des sociétés*, 2010, p. 212.

¹⁰⁵³ S. Bros, « Les contrats interdépendants, actualité et perspective », *D*, 2009 p. 960.

l'interdépendance des contrats reliés à cette location financière ne devaient pas produire d'effet. L'arrêt, néanmoins, ne donne pas de critères précis quant à la façon dont se caractérise cette interdépendance¹⁰⁵⁴.

585. *L'alternative de la caducité.* Cela étant, la Cour de cassation ne prononce pas systématiquement la nullité de tous les contrats concernés. Elle préfère parfois la solution de la caducité¹⁰⁵⁵. La caducité a pour avantage de ne pas être rétroactive¹⁰⁵⁶, mais demeure pour une part contestable, notamment en ce que la perte d'effet du contrat soit due à un élément extérieur à celui-ci. De fait, l'indivisibilité contractuelle n'avait pas été prévue par le Code civil Napoléon. C'est aussi pour cela que l'état actuel du droit connaît, dans cette matière, des zones d'ombres non encore levées¹⁰⁵⁷. Ces zones d'ombres pourraient connaître des éclaircies dans la mesure où le projet d'ordonnance de réforme du droit des contrats prévoit de faire entrer la caducité dans le Code civil. Le futur article 1186 de ce code pourrait affirmer que la caducité est prononcée, soit « *si l'un [des] éléments constitutifs [du contrat] disparaît* », ou bien si « *un élément extérieur au contrat, mais nécessaire à son efficacité* » disparaît également. Le régime prévu par le droit prétorien ne devrait guère changer puisque l'article suivant du projet prévoit que « *La caducité met fin au contrat entre les parties* », sauf à donner lieu à des restitutions. En cela, elle ne semble guère s'éloigner du droit actuel.

b : Les problèmes relatifs à la restitution des prestations.

586. *L'impossibilité de procéder aux restitutions.* Les contrats qui s'inscrivent dans la durée ont davantage de mal à donner lieu à des restitutions intégrales. Soit parce que la nature du contrat empêche que la prestation soit rendue – cela concerne surtout les obligations de faire ; ou bien parce que la chose dont la propriété avait été transférée a été consommée ou a dépéri. Pensons par exemple à un contrat de fourniture commerciale qui s'échelonne sur plusieurs années. L'impératif d'efficacité oblige le juge à donner au litige la solution la plus favorable à la partie faible. Ce n'est pas forcément à l'avantage de la partie faible qui cherche essentiellement la compensation des dommages que lui a fait subir le contrat déséquilibré¹⁰⁵⁸. La pratique a pu montrer que les restitutions doivent souvent être remplacées par une voie alternative qui contourne les obstacles matériels et moraux à un parfait retour à la situation antérieure au contrat.

¹⁰⁵⁴ Mixte, 17 mai 2013, 11-22.768, *JCP G*, 2013, 673, note F. Buy.

¹⁰⁵⁵ E. Savaux, « Les nullités en cascade », in M. Boudot et P-M. Vecchi (dir.) *op. cit.*, p. 111, spéc. n° 15.

¹⁰⁵⁶ A l'exception peut-être de certains contrats tels que le cautionnement : F. Garron, *La caducité du contrat*, préf. J. Mestre, Aix-en-Provence, PUAM, 2000, p. 276.

¹⁰⁵⁷ S. Amrani-Mekki, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Defrénois*, 2002, n°37505.

¹⁰⁵⁸ J. Schmidt-Szalewski, « Les conséquences de l'annulation d'un contrat », *JCP G*, 1989, I, 3397. P. Ancel, « La rétroactivité et la sécurité des tiers », *RDC*, 2008 p. 35.

587. *Les alternatives aux restitutions.* Il plane sur les questions gravitant autour des restitutions beaucoup d'incertitudes jurisprudentielles, surtout pour des contrats de longue durée qui donnent lieu à des échanges irréversibles¹⁰⁵⁹. La Cour de cassation reconnaît évidemment que les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat peuvent, à défaut de pouvoir être effectuées en nature, s'effectuer en valeur¹⁰⁶⁰. Pour une partie faible qui opère sur un marché où il est difficile de trouver un partenaire commercial, il est parfois opportun de ne pas prononcer la nullité de l'acte, mais de procéder toutefois aux restitutions de ce que le juge estime être dû. Il est vrai qu'en présence d'un litige, une relation commerciale, pour laquelle la confiance réciproque est indispensable, n'aurait pas grand intérêt. Il existe des solutions en jurisprudence où la Cour de cassation décide que le contrat poursuit son cours malgré des restitutions à fournir. C'est notamment le cas dans l'affaire du bug de l'an 2000¹⁰⁶¹. La Cour de cassation avait retenu que l'assuré n'avait pu obtenir de l'assureur un contrat offrant une garantie semblable à celle du contrat en cause. Dans une affaire de déréférencement en droit de la distribution, la Chambre commerciale de la Cour de cassation retint la même solution, car la rupture du contrat constituait un trouble manifestement illicite pour le producteur¹⁰⁶². D'où la nécessité pour le juge de disposer d'une gamme la plus large possible de solutions, en ce qui concerne la survie du contrat et la restitution.

588. *Les possibilités de calculs alternatifs de restitutions.* C'est aussi pour cette raison qu'une partie de la doctrine estime qu'il convient de distinguer l'action en nullité du contrat et l'action en restitution des prestations fournies¹⁰⁶³. L'expérience montre en effet que l'action en restitution ne met pas tant les parties dans l'état antérieur au contrat qu'elle fournit plutôt un équivalent. Ceci est dû au fait que le calcul de la restitution ne prend pas systématiquement en compte tous les éléments pertinents. Il faudrait pour cela imaginer ce qu'aurait gagné un contractant s'il avait traité avec un autre partenaire ; mais aussi ce que n'aurait pas gagné le restituant s'il n'avait pas conclu l'opération réputée nulle. D'où un calcul relativement virtuel et qui plus est, dépourvu de règle stricte. Cela est compréhensible, l'on imagine mal le juge se soumettre à une fonction mathématique pour chiffrer la restitution¹⁰⁶⁴. La doctrine a donc renoncé, dans son ensemble à donner une solution unique et globale au problème. La jouissance du bien à restituer par exemple doit, ou ne doit pas, selon les chambres de la Cour

¹⁰⁵⁹ Y. Picod, *Rep. Dalloz Droit civil*, « Nullité », mars 2013 (mise à jour juin 2014), n°96 et S.

¹⁰⁶⁰ Civ. 1^{ère}, 11 juin 2002, *D*, 2002, p. 3108, note M.-A. Rokotovahiny.

¹⁰⁶¹ Civ. 1^{ère}, 7 novembre 2000, n°99-18.576, *D*, 2001 p. 256, note C. Jamin et M. Billiau.

¹⁰⁶² Com, 10 novembre 2009, n°08-18.337, *CCC*, 2010, 93, note N. Mathey.

¹⁰⁶³ C. Thibierge-Guelfucci, *Nullité, restitution et responsabilité*, Paris, LGDJ, 1992, p. 519.

¹⁰⁶⁴ Sur cette question à propos du droit belge : T. Starosselets, « Effets de la nullité », in P. Wéry (dir.), *La nullité des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2006. Également, M. Malaurie-Vignal, *Les restitutions en droit civil*, Paris, Cujas, 1991.

de cassation, donner lieu à une restitution. La Première chambre civile¹⁰⁶⁵ semble davantage indemniser la dépréciation que la jouissance, bien qu'une chambre mixte ait décidé que cette indemnisation n'était pas due¹⁰⁶⁶. En réalité, il semble que la bonne ou mauvaise foi du restituant doive entrer en ligne de compte.

589. Conclusion du §2. Le droit commercial n'a donc pas forcément besoin de la nullité telle que la propose le droit civil. Celle-ci, en cherchant à suivre des critères d'objectivité, ne s'attache pas tant à rendre une solution utile qu'une solution cohérente. Par exemple, l'assiette de calcul de la restitution n'est pas unanimement identifiée. De plus, l'on constate dans l'évolution historique du concept de nullité que le juge tend de plus en plus à un remodelage du contrat. En effet, il choisit toujours la méthode la plus utile et la plus propice à rétablir l'équilibre entre les parties. Un peu comme si le juge masquait sa réticence à interférer dans le contrat par des procédés aux apparences orthodoxes. L'équilibre contractuel n'est donc pas tant une affaire de nullité qu'une affaire de rééquilibrage. Le droit des affaires, ayant besoin de célérité et d'efficacité, ne peut s'arrêter à quelques questions de cohérence juridique. La nullité de l'acte est donc une arme trop douce et trop incertaine pour parvenir à l'idéal de justice contractuelle. Il faut plutôt, si l'on veut être efficace, laisser le juge agir de manière beaucoup plus souple

590. Transition. Il reste cependant à voir une technique. Elle n'est pas choquante en tant que telle vis-à-vis du droit classique des contrats, parce qu'elle ne se fonde pas sur une remise en cause de la volonté. Il s'agit de la réparation du déséquilibre par des techniques de responsabilité civile. Cela consiste à reprendre par une voie judiciaire l'argent que le contrat avait pris par voie conventionnelle. Nous en verrons les intérêts et les limites pour la question des contrats d'adhésion entre professionnels.

§3 : La réparation du dommage causé par un contrat déséquilibré.

591. Les dommages et intérêts compensateurs du déséquilibre, instrument de régulation du contrat pouvant faire consensus. L'idée est la suivante : peut-on imaginer qu'une partie, victime d'un contrat d'affaires d'adhésion, assigne en justice son cocontractant, à cause du contrat qu'elle lui a fait signer ? L'idée n'est pas nouvelle, comme nous allons le voir. Elle n'est, en revanche, pas non plus dénuée de contradiction théorique. Il faudra donc surmonter ces dernières si l'on veut que la protection de la partie faible professionnelle puisse

¹⁰⁶⁵ Civ. 1^{ère}, 8 mars 2005, *Bull. civ. I*, n°128, cité par F. Rouvière, « L'évaluation des restitutions après annulation ou résolution de la vente », *RTD civ.*, 2009, 617.

¹⁰⁶⁶ Mixte, 9 juillet 2004, *Bull. civ. mixt.*, n°2, cité par F. Rouvière, *op. cit.*

se faire valablement sur un tel fondement. Puisque nous nous intéressons à la façon dont on peut juguler le déséquilibre contractuel entre professionnels, la question de la responsabilité civile d'une partie ne devrait pas nous concerner. Ou bien, n'est-ce qu'un moyen détourné de rétablir l'équilibre du contrat sans avoir l'air (en apparence) de violer le principe d'autonomie de la volonté¹⁰⁶⁷ ? La solution présente, certes, des avantages. Nous devons cependant reconnaître qu'un résultat incohérent sur le plan théorique ne peut perdurer en droit si elle n'a qu'une fonction d'opportunité économique. Effectivement, les dommages et intérêts conférés à la partie faible, semblent concilier aussi bien les libéraux que les interventionnistes. Il faut toutefois assurer à une telle prérogative judiciaire un ressort juridique convenable.

592. *Le paradoxe du concept.* Si l'on peut être intéressé par les avantages pratiques du rééquilibrage du contrat par la responsabilité civile, la notion ne va pourtant pas de soi. Elle présente même des contradictions visibles d'emblée. Effectivement, si l'on veut sanctionner un contrat d'adhésion entre professionnels par une action en responsabilité civile, alors il faut considérer que le fait générateur de cette responsabilité, c'est le contrat lui-même. Et pourtant, sur ce contrat, la victime a apposé sa signature. N'est-ce pas paradoxal ? Non, répondront sans doute les partisans du solidarisme, pour qui le contrat peut parfaitement être subi plus que voulu. Surtout dans le cas du déséquilibre significatif prévu à l'article L442-6 I 2° du Code de commerce (avec les oppositions qu'il rencontre en doctrine et l'incertitude qu'il engendre en pratique¹⁰⁶⁸). Peut-il y avoir des cas où un contractant engage sa responsabilité, non pas tant pour n'avoir pas exécuté le contrat, mais pour l'avoir conclu et en avoir profité selon les stipulations dudit acte ? En réalité, nous pensons qu'une telle démarche est parfaitement faisable, à condition de lui donner la justification qui convient. Nous commencerons donc dans un premier temps par regarder les contradictions que soulève l'octroi de dommages et intérêts dus à cause d'un contrat (A) ; ensuite nous verrons que ces contradictions ne sont qu'apparentes et que le contrat peut parfaitement être le fait générateur de la responsabilité, même lorsque la victime l'a signé (B).

A : Les obstacles théoriques à l'existence de dommages et intérêts trouvant leur source dans un contrat d'adhésion.

593. *Les divergences d'objectifs économiques et juridiques.* Le droit de la responsabilité ne s'est pas bâti sur l'objectif de régulation de flux économiques ni d'équilibre contractuel¹⁰⁶⁹. Au cours de son histoire, la doctrine a pourtant œuvré pour démontrer que cet

¹⁰⁶⁷ M.-N. Jobard-Bachellier, « De l'utilité du droit de la responsabilité pour assurer l'équilibre des intérêts des contractants », *RTD Com*, 1999, p. 327.

¹⁰⁶⁸ V. *supra*n°233 et s.

¹⁰⁶⁹ M. Bacache, *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Economica, [2^{ème} éd.], 2012, p. 12, n°16.

objectif n'était pas la seule réparation¹⁰⁷⁰. Sans entrer dans les détails de ce débat, notre étude a besoin de présenter un certain nombre de précisions conceptuelles pour résoudre cette question.

594. Précisions conceptuelles. L'idée que nous développons ici est à distinguer de la notion de « dommages et intérêts punitifs¹⁰⁷¹ » qui ont une finalité beaucoup plus dissuasive que réparatrice. Certes, dans la réalité, le demandeur à l'action ne cherche pas réellement à savoir si la créance judiciaire qu'il réclame a telle ou telle finalité ; il faut cependant souligner que nous parlons d'une action en réparation qui viserait à compenser la perte due à un contrat léonin. Ou bien, dit d'une autre manière, elle servirait à réparer les dommages causés par une forme de violence économique contractuelle. Il surgit nécessairement une ambiguïté, car un contrat est reconnu comme existant, mais le juge serait censé réparer les conséquences de ce contrat. En réalité, ce n'est pas l'existence du contrat qui pose problème, mais plutôt son contenu dans le détail. Ce type de responsabilité n'est évidemment pas reconnu aujourd'hui, mais l'on en perçoit des bribes. Ce ne serait pas une *culpa in contrahendo* ni une responsabilité contractuelle, car il existe bien un contrat qui ne souffre pas d'inexécution. La responsabilité réside davantage dans l'abus de liberté contractuelle ou plutôt dans la façon de négocier.

595. Le fondement d'une telle responsabilité : un déséquilibre ou un comportement ? Reprenons donc le problème initial. Nous souhaitons sanctionner un professionnel, pour le contrat qu'il a fait conclure. L'idée est en elle-même gênante, en ce qu'elle revient à incriminer la liberté contractuelle en tant que telle. Et surtout, dans un domaine – le droit commercial – où la recherche de profit tient lieu de finalité première. Pourtant, du fait de l'efficacité de la sanction des contrats déséquilibrés par la responsabilité, de plus en plus d'auteurs en font l'éloge et réclame son effectivité en droit positif.¹⁰⁷² Comment concilier l'objectif d'équilibre des contrats et la nécessité d'asseoir la responsabilité civile sur un juste fondement ? Cela revient à se poser la question de savoir sur quoi reposeraient une telle responsabilité. Sanctionnerait-on un professionnel pour une faute ou un simple déséquilibre ? C'est tout le problème de l'exégèse de l'article L442-6 I 2° du Code de commerce qui ne dit pas réellement si l'auteur doit « *soumettre* » de façon caractérisée son partenaire commercial au déséquilibre significatif. De même, en matière de rupture brutale de relation commerciale

¹⁰⁷⁰ Sur la question, P. Jourdain, « Conclusions prospectives », *RCA*, 2013, n°5, p. 57. J.-C. Saint-Pau, « La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité pénale punitive », *RCA*, 2013, n°5, p. 9.

¹⁰⁷¹ S. Carval, « Vers l'introduction en droit français des dommages et intérêts punitifs ? » *RDC*, 2006, p. 822. V. également *infra*.

¹⁰⁷² M. Chagny, « La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence. Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *JCP G*, 2006, I, 149.

établie, la question de la rupture sans intention de nuire demeure une question irrésolue¹⁰⁷³. Le rapport Charrié¹⁰⁷⁴ du 22 mai 2008 qui précédait la LME affirmait que, pour des raisons de facilitation du contentieux, le déséquilibre « *flagrant* » tomberait sous le coup de la loi. Pour autant, il est facile de penser qu'un juge pourra refuser de caractériser un déséquilibre significatif s'il constate que la partie prétendument faible s'est laissée faire alors qu'elle aurait facilement pu exiger un contrat davantage en sa faveur. L'on constate donc que, si l'on souhaite octroyer des dommages et intérêts à la partie faible, il faut savoir si ceux-ci sont dus en raison d'un comportement fautif ou simplement à cause du déséquilibre.

596. L'option de la responsabilité fondée sur un simple déséquilibre. Comme le démontre Madame Thibierge-Guelfucci, la responsabilité, à la différence de la nullité, ne repose pas sur le même fondement. La nullité sanctionne la violation d'une norme impérative dans le contenu du contrat alors que la responsabilité sanctionne davantage une faute¹⁰⁷⁵, qu'elle soit manifestée ou fictive. De surcroît, notre droit connaît des fondements de responsabilité objective lorsque le législateur ne souhaite pas recourir à cette notion. Il est donc possible de sanctionner le partenaire contractuel qui a proposé un contenu contractuel déséquilibré, même si la victime a donné son accord à la conclusion du contrat. Ceci, à condition de reconnaître comme Saleilles que le phénomène contractuel est nécessaire à la vie courante, et pour le cas de notre étude, à la vie des affaires.

597. La nature d'une telle action en responsabilité : contractuelle ou délictuelle ? L'autre problème vient du fait de la confusion entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. La présence d'un contrat, étant le pivot de la séparation des deux ordres, l'on se trouve parfois en présence d'une situation à cheval sur les deux domaines. Le droit de la concurrence connaît bien ce genre de dilemme, et pour cause, il ne s'est pas construit en tenant compte des catégories du droit civil et l'on ne sait pas toujours exactement s'il cherche à protéger un marché ou les concurrents eux-mêmes. Il faut remarquer que cette distinction entre contractuel et délictuel connaît ses détracteurs et n'est pas non plus une division universelle de la responsabilité¹⁰⁷⁶. Par exemple, pour le cas du déséquilibre significatif, la partie forte ne fait qu'user de son droit à contracter. Pour autant, le préjudice est bien réel pour la partie faible et la victime peut obtenir réparation sur le fondement de l'article L442-6 du Code de commerce. Or cet article a pu donner lieu à des discussions sur

¹⁰⁷³ A. Bourdu et A.-S. Revers, « La responsabilité pour rupture brutale d'une relation commerciale ne peut résulter que d'une décision délibérée », *CCC*, 2013, alerte 28. Également, Com, 12 février 2013, n°12-11.709, *CCC*, 2013, comm. 78, note N. Mathey, bien que l'arrêt ne soit pas publié au bulletin.

¹⁰⁷⁴ J.-P. Charrié, *op. cit.* p. 318.

¹⁰⁷⁵ C. Thibierge-Guelfucci, *Nullité, restitution et responsabilité*, *op. cit.*, p. 245.

¹⁰⁷⁶ Sur le sujet : P. Le Tourneau, « Principe de non cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle : application à la concurrence déloyale », *AJCA*, 2014, 335. N. Mathey, « Rupture brutale des relations commerciales établies et préjudice par ricochet », *JCP E*, 2014, n°20 p. 34.

son fondement : contractuel ou délictuel¹⁰⁷⁷. A priori, il s'agissait davantage d'échapper au *forum shopping* auquel pouvait procéder la partie forte. C'est pourquoi il semble aujourd'hui que ce fondement soit extracontractuel, malgré la présence d'un contrat. Néanmoins, la justification des juges pour reconnaître le fondement extracontractuel montre l'ambiguïté de cette responsabilité à cheval sur le contrat et le délit. Cela est dû au fait que l'on cherche à avoir les avantages d'un régime tout en considérant que l'autre est plus pertinent.

598. *Transition*. Il est donc nécessaire de trouver comment cette responsabilité peut s'insérer de façon adéquate dans le système civiliste que nous connaissons. Nous sommes bien en présence d'un contrat valable. Ses dispositions s'appliquent en partie aux signataires. Cependant, pour appliquer un régime de responsabilité, le juge ne s'en tiendra pas au contenu du contrat, mais puisera la source de sa décision dans des normes d'ordre général qui s'appliquent à toutes les situations. En quoi le fait de contracter une convention léonine auprès d'une partie faible peut-il être source de responsabilité délictuelle ?

B : La justification d'une éventuelle responsabilité délictuelle ayant pour fait générateur le contrat d'adhésion.

599. *Plan*. Sanctionner quelqu'un sur le fondement de l'article 1147 du Code civil, c'est considérer que l'une des parties a trahi la confiance de l'autre et lui a causé un dommage pour lequel elle lui doit réparation. La responsabilité trouve donc sa source dans le contrat. Tel n'est pas le cas dans l'hypothèse que nous cherchons à présenter : il existe bien un contrat. Ce contrat est valable et lie les parties. La différence est que ce n'est pas son inexécution qui est la source du dommage, mais plutôt son existence. Le fait générateur réside donc dans la signature du contrat. Soit sur le fait que les négociations ont été l'objet d'une forme de violence, soit sur l'existence même des stipulations litigieuses. Une telle indemnisation serait donc de nature extracontractuelle. Effectivement, s'il y a bien eu accord des volontés pour conclure un contrat, une des parties a subi la négociation et n'a donné un consentement qu'extorqué sur le tout ou une partie des clauses. Il y a donc une double justification à extraire notre hypothèse de responsabilité du régime contractuel : le caractère inopérant des clauses relatives à la responsabilité (1) et la violence à l'origine de la négociation du contrat (2).

¹⁰⁷⁷ D. Mainguy, « La nature de la responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies : une controverse jurisprudentielle à résoudre », *D*, 2011, 1495.

1 : La nécessité de ne pas lier la partie faible aux clauses relatives à l'action en responsabilité.

600. Un choix jurisprudentiel contestable dû au besoin de contrecarrer certaines clauses. La jurisprudence a déjà eu à se prononcer sur le caractère de la responsabilité civile, lorsqu'une partie à un contrat soumet l'autre à des clauses injustes. Le droit de la concurrence et de la distribution est riche en exemples, notamment en ce qui concerne le titre IV du livre IV du Code de commerce. Les cas que nous avons recensés (pratique anticoncurrentielle, pratique restrictive de concurrence, violence économique) concernent surtout des hypothèses de responsabilité extracontractuelle. Pourtant, le choix de ce fondement n'est pas une certitude. Comme nous le disons plus haut, l'article L442-6 du Code de commerce donne lieu en théorie à une responsabilité délictuelle. La doctrine ne manque pas de signaler que ce choix jurisprudentiel avait pour but d'éviter aux clauses attributives de juridiction d'évincer ces dispositions impératives. Or l'on sait aujourd'hui que même le caractère délictuel de l'action n'empêche en rien la partie forte de neutraliser l'impérativité grâce à une clause limitative de responsabilité¹⁰⁷⁸ (de façon contestable cependant). D'autant plus que dans certains systèmes juridiques étrangers, le fondement pour déséquilibre significatif ou rupture brutale d'une relation commerciale établie (ou l'équivalent de ces notions juridiques) est contractuel¹⁰⁷⁹. Peut-il exister une responsabilité « para-contractuelle » dont le fait générateur ne serait ni une mauvaise exécution du contrat, ni un délit, mais la conclusion d'un contrat ?

601. Le contrat comme fait générateur de responsabilité extracontractuelle. L'idée est possible. Pourtant la qualification de délictuelle paraît la plus appropriée. C'est que l'auteur a eu un comportement qui ne convient pas, considéré de façon abstraite. Peu importe la présence d'un contrat ou non. Cela rejoint l'idée que le contrat devient alors un fait qui donne lieu au même titre qu'un autre à l'engagement de la responsabilité. Il n'y a donc pas à inventer un troisième fondement de responsabilité entre le contractuel et l'extracontractuel. L'idée maîtresse est de dire que la négociation et la conclusion d'un contrat déséquilibré correspondent à une forme de violence qui ne saurait donner lieu à une convention pour la régir.

602. Un précédent en droit des sûretés. L'idée selon laquelle il existe un devoir de ne pas contracter pour la partie forte, ou plutôt un devoir de contracter dans des termes justes, trouve un précédent en jurisprudence. Dans l'arrêt Macron¹⁰⁸⁰, le juge a estimé que le

¹⁰⁷⁸ Arrêt Monster Cable, 22 octobre 2008, préc.

¹⁰⁷⁹ Citons le cas de l'arrêt CJUE, 13 mars 2014, C-548/12 (cité par Colin Reydellet, « Contrat international et rupture brutale des relations commerciales établies », *RLDA*, 2015, p. 58). La Cour permet dans certaines circonstances que les infractions de concurrence qui relèvent d'un contrat donnent lieu à une responsabilité contractuelle.

¹⁰⁸⁰ Com, 17 juin 1997, n°94-14.105, Macron.

dispensateur de crédit qui exigeait un cautionnement de la part d'une personne qui n'en avait pas les moyens commettait une faute engageant sa responsabilité à l'égard de la caution. Les dommages et intérêts infligés correspondaient à la différence entre les moyens dont disposaient la caution et la somme qui était originairement due. L'arrêt affirme d'ailleurs ne pas tenir compte de la bonne foi, mais constate la faute de manière objective. La doctrine de l'époque avait constaté que le juge n'avait pas eu recours à la déchéance de la créance comme en droit de la consommation, mais à une sanction originale qui laissait la caution débitrice d'une partie de la dette selon ses facultés, sans exiger d'elle un montant déraisonnable. Il est certainement possible de développer davantage un tel concept.

D'autant plus que dans certains cas, le caractère léonin du contrat résulte d'une véritable intention de nuire qu'il est nécessaire de combattre.

2 : La violence économique, à l'origine du caractère délictuel de cette responsabilité.

603. Une notion peu usitée en droit des obligations en dépit de la réalité qu'elle traduit. La moralisation des contrats d'affaires ne consiste pas en un simple correctif technique des rapports commerciaux. Elle implique que l'on prenne en compte son ressort humain et que l'on constate la violence économique qu'elle sous-tend. Si la violence économique est réellement une violence, il serait surprenant qu'elle n'engage pas la responsabilité de son auteur. Et la violence économique est bien un délit civil. Même si la victime n'a pas agi en nullité du contrat prétendument vicié, elle est fondée à demander réparation¹⁰⁸¹. La première version de l'avant-projet de réforme du droit des contrats présenté par la Chancellerie contenait une précision importante. L'ancien article 63 caractérisait la violence économique « *lorsqu'une partie abuse de la situation de faiblesse de l'autre pour lui faire prendre, sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, un engagement qu'elle n'aurait pas contracté en l'absence de cette contrainte.* » L'article 64, au premier alinéa donnait pour conséquence à la violence la nullité relative du contrat. À l'alinéa suivant, il était précisé que la violence qui a causé un dommage « *oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». Or, dans le projet présenté le 13 octobre 2013, ces deux articles sont exactement reproduits aux articles 1141 et 1142, à l'exception du deuxième alinéa de l'article 63 de l'ancien avant-projet. Autrement dit, la violence économique ne peut plus donner lieu à une action en indemnisation, du moins pas d'après ce projet.

Cette omission est regrettable, car elle aurait inséré dans notre droit la possibilité d'une indemnisation d'un préjudice causé par un contrat déséquilibré. Cette action aurait un fondement quasi délictuel, car elle relève de la responsabilité précontractuelle. Cela ne va pas forcément de soi dans la mesure où le vice de violence peut donner lieu à une réparation en

¹⁰⁸¹ Com, 18 février 1997, n°94-19.272 D, 1998, p. 181.

nature qui se traduit, par exemple, par le maintien du contrat¹⁰⁸². Et la violence économique ne peut pas se caractériser par une inexécution du contrat. Son fondement serait bien délictuel, malgré la présence de rapports contractuels entre les plaideurs.

604. Un critère pertinent pour faire valoir les intérêts de la partie faible. Le seul problème est que la violence économique est une notion difficilement saisissable. Le contentieux est relativement rare et les conditions à rassembler sont assez strictes, si bien qu'il subsiste un certain nombre d'incertitudes dans ce domaine. Faut-il systématiquement sanctionner celui qui a essayé de tirer profit des négociations ? Cela ferait porter un soupçon inutile sur le travail de l'entreprise. C'est pourquoi la prudence des juges à admettre l'indemnisation pour violence économique doit être considérée comme une marque de sagesse. Pourtant, si la condamnation d'une entreprise pour la « violence économique » proprement dite doit être limitée, il est nécessaire que notre droit assimile l'idée que les pressions injustes envers les plus faibles économiquement ne doivent pas être louées, mais sanctionnées. Cela est d'autant plus vrai aujourd'hui, à une époque où certains professionnels doivent faire face à des partenaires implantés dans de nombreux pays et qui ont une totale maîtrise du contrat. Ce plus grand pouvoir contractuel doit être accompagné d'une sévérité plus grande envers ceux qui l'exercent. L'on objectera que la violence économique est une notion extrêmement rare en droit civil qui relève plus de l'hypothèse d'école et en fait un concept relativement désuet¹⁰⁸³. À quoi l'on répondra que la notion reprend une certaine ampleur, non sans l'appui de l'avant-projet de la Chancellerie¹⁰⁸⁴. À la notion de violence économique, certains préfèrent néanmoins l'abus de faiblesse qui dispense la partie faible de rapporter le critère de l'intention¹⁰⁸⁵. Nous ne ferons pas notre ce point de vue. En effet, la démonstration d'un abus et la démonstration d'une intention malveillante posent chacune des difficultés assez proches. De plus, nous avons vu dans une première partie que l'inversion de la charge de la preuve pouvait permettre une caractérisation moins complexe de l'intention de nuire. La notion d'abus de faiblesse conserve néanmoins un intérêt dans la mesure où la faiblesse ne s'entend pas que des seules difficultés économiques.

¹⁰⁸² L. Grynbaum, « Le maintien du contrat : sanction en nature pour violence économique », *RDC*, 2003, p. 290.

¹⁰⁸³ A. Brudier, « Le retrait du projet de loi définissant la notion de ventes agressives : la fin d'un nouveau souffle pour la notion de violence économique ? » *RLDC*, 2007, n°43, p. 69.

¹⁰⁸⁴ J.-P. Chazal, « La violence économique, violence économique ou abus de faiblesse ? ». *Dr. et patrimoine*, 2014, n°240, p. 47. A. Maymont, « La violence économique : une réalité consacrée ? » *RLDC*, 2014, n°120, p. 8.

¹⁰⁸⁵ J.-P. Chazal, « La violence économique : violence économique ou abus de faiblesse ? » *op. cit.* Également H. Barbier, « Le vice du consentement pour cause de violence économique », *Dr. et Patr.*, 2014, n°240, p. 80. Du même auteur, « Violence économique : vers une approche en partie subjective du critère de violence économique ? » *RTD Civ*, 2015, 370.

605. Conclusion du §3. Le recours à la responsabilité civile extracontractuelle pour sanctionner un contrat d'adhésion entre professionnels présente de nombreux avantages. Le premier étant celui de la souplesse. Engager la responsabilité civile du cocontractant, c'est permettre au juge de condamner ce dernier à la somme qui lui semble la meilleure. Ainsi, toutes les clauses injustes du contrat peuvent être compensées par des dommages et intérêts, selon le bon vouloir du juge. Cette solution est le plus souvent utilisée lorsque les parties sont certaines que leurs relations d'affaires ne peuvent plus durer. Donc, si on peut l'approuver en raison de certains avantages qu'elle présente, elle ne saurait cependant suffire entièrement à endiguer le phénomène des contrats d'adhésion entre professionnels.

606. Conclusion de la section. Pour ne pas heurter de façon trop directe le principe d'autonomie de la volonté, le juge dispose d'un certain nombre de fondements. Ces fondements lui permettent de revenir sur le contrat sans mettre en cause le consentement donné de la partie faible. Les techniques sont différentes selon les cas. Ou bien l'on dit que le consentement n'existe pas du tout, et alors le contrat n'existe pas non plus. Ou alors, on dit que le consentement est bien donné, mais l'on permet à la partie faible de recouvrir des compensations sur autre chose que le défaut de consentement. En somme, le juge ne réécrit pas le contrat, directement, mais par une voie de traverse. Que faut-il penser de cette révision judiciaire du contrat qui ne dit pas son nom ? Pourquoi à notre époque, le juge est-il autant amené à bouleverser le contenu du contrat pour protéger une partie faible ? Les professionnels contractants sont-ils moins doués de raison qu'au XIX^{ème} siècle ? La réponse se trouve dans les différences de situations économiques. Certes, les écarts de puissance économiques ne sont pas nouveaux. Ce qui l'est aujourd'hui, c'est un recul du pouvoir exécutif sur l'économie. Ces écarts de puissances économiques n'ont alors plus la même signification. Donc, non seulement les parties fortes ont la possibilité de créer des situations de dépendance en leur faveur, mais elles sont en mesure de prévenir une riposte juridique de la part de la partie dite faible. En effet, dès lors que l'État ne se donne plus les moyens d'interférer dans la relation contractuelle, il est aisément de contourner les moyens juridiques pour reprendre le pouvoir que le contrat avait conféré. Il suffit d'annuler la protection par une clause du contrat, de menacer de représailles, d'instaurer une dépendance trop forte, de retourner la règle de protection en faveur de la partie forte ou encore de recourir à des techniques sociétaires pour que les prévisions du législateur soient déjouées. Or, là où le législateur ne peut plus agir de façon efficace, le pouvoir exécutif ainsi que l'autorité judiciaire doivent prendre le relais. Il ne s'agit pas pour le pouvoir exécutif de prendre sous sa charge chaque opération commerciale. Il ne s'agit pas non plus pour le pouvoir judiciaire de surveiller toute l'économie. Il s'agit simplement pour eux de remarquer les situations flagrantes qui appellent une intervention et de prendre leurs responsabilités pour les corriger.

607. Transition. C'est la raison pour laquelle, notre économie pour garantir la survie des entreprises les plus fragiles, a besoin d'un pouvoir judiciaire efficace. Quitte à ne pas se cacher derrière des justifications théoriques pour laisser croire au mythe de la volonté. Ce

pouvoir ne doit pas être gêné par des stipulations contractuelles inscrites dans le marbre. Il est donc nécessaire de donner au juge du contrat d'affaire, des moyens qui n'hésitent pas à revenir sur le consentement donné.

Section 2 : La possibilité d'une immixtion plus franche du juge dans le contrat.

608. Sur le risque d'outrepasser la liberté contractuelle. Faut-il penser que la notion de contrat disparaît lorsque le juge a le pouvoir d'enfreindre le consentement mutuellement échangé ? Cette vision extrême ne correspond que théoriquement à la réalité du contrat. Le consentement n'est donné que sur le postulat d'une vision partielle de la réalité. Il est donc malaisé d'admettre qu'une partie consent absolument à toutes les conséquences de la lettre du contrat. Surtout pour les contrats de longue durée qui ne peuvent donner lieu à une prévision parfaitement fiable. Cela est d'autant plus vrai en ce qui concerne les affaires qui sont soumises à une multitude d'aléas dont dépend la réussite de l'investissement engagé. Et surtout, les conséquences peuvent être plus fortes pour l'économie en général. Laisser une partie faible professionnelle être asservie par une autre, c'est mettre en péril ses emplois, c'est également mettre en péril les partenaires commerciaux qui dépendent d'elle.

609. La distinction entre contrat modifié ab initio et contrat révisé en cours d'exécution. Le problème n'est pas le même suivant que l'on se trouve en présence d'une injustice existant depuis le début de la relation contractuelle, ou bien si cette injustice est apparue en cours d'exécution du contrat¹⁰⁸⁶. Il ne s'agit pas de la même question dans les deux cas. Dans le premier, l'on sanctionne la soumission d'une partie par une autre ; dans le second, c'est la prévisibilité de l'issue du contrat qui est mise en cause. Nous distinguerons donc ces deux cas : ou bien la modification du contrat opérée par le juge atteint la relation commerciale depuis la conclusion de la convention ; ou bien elle intervient comme modification du contrat en cours d'exécution. C'est-à-dire que nous verrons successivement la lésion (§1) et la révision pour imprévision (§2).

¹⁰⁸⁶ G. Chantepie, « Malformation, inexécution : faut-il maintenir la distinction ? » in S. Le Gac-Pech (dir.), *Remédier aux défaillances du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 11.

610. Une conception non reconnue dans notre droit. Imaginons un juge qui, constatant que les clauses du contrat ne sont pas équitables, mais lèsent une partie, décide de réécrire ce dernier selon des dispositions qu'il estime plus justes. C'est ce que la théorie générale du contrat appelle la rescission pour lésion¹⁰⁸⁷. L'idée n'a pas fait l'unanimité en doctrine. Il faut admettre qu'elle s'inscrit en rupture par rapport à la tradition civiliste qu'a connu la France depuis la première édition du Code civil. La maxime de Fouillée selon laquelle « *qui dit contractuel dit juste* » a encore beaucoup de prise sur la doctrine, en dépit des revers qu'elle a connus. Le courant solidariste au contraire ne voit guère d'inconvénients à introduire cette notion en droit positif. Sans pour autant recueillir l'unanimité des opinions.

611. Les oppositions rencontrées par le courant solidariste. On reproche beaucoup au courant solidariste de sacrifier à une vision irréaliste du contrat, qui viendrait perturber le jeu commercial entre les parties, à cause de son impossibilité à être mis en œuvre. La sécurité juridique est invoquée au premier chef. Beaucoup soulignent qu'elle constitue un pilier à la stabilité de l'économie¹⁰⁸⁸. Les opérateurs pourraient être dissuadés de conclure des contrats puisqu'ils ne sauraient raisonnablement en prédir les conséquences. Un trop fort pouvoir d'équité accordé au juge, lequel n'est pas toujours très bien placé pour apprécier une relation contractuelle complexe, qui de surcroît, peut s'étendre dans le temps et comporter des tenants très variés. Or introduire l'équité dans le droit comme règle de référence, c'est soumettre la justice à l'opinion très subjective d'un individu faillible. D'où l'adage qui matérialise cette crainte : « *Que Dieu nous garde de l'équité des parlements* »¹⁰⁸⁹. Reposant sur le principe d'autonomie de la volonté, le droit des contrats pourrait craindre une mutation trop importante où son fondement deviendrait alors l'équilibre. Et l'équilibre est une réalité dont les contours peuvent être discutés. Nous reviendrons par exemple sur la notion de « *juste prix* ». Finalement, ce que redoutent les adversaires de l'intervention judiciaire dans le contrat, c'est qu'en voulant à tout prix parvenir à une fin économique idéale, ses effets secondaires finissent par la détourner de son objectif et aboutissent à un résultat pire que le mal dénoncé. La recherche de justice contractuelle apparaît alors, non seulement, comme une injustice,¹⁰⁹⁰ mais de surcroît, un danger pour l'économie.

612. Les limites d'une analyse exclusivement fondée sur la compétitivité des entreprises. L'argument de l'attractivité économique du droit n'est cependant pas dirimant.

¹⁰⁸⁷ G. Chantepie, *La lésion*, préf. G. Viney, Paris, LGDJ, 2006.

¹⁰⁸⁸ Sur la question : N. Molfessis, « Droit des contrats : l'heure de la réforme », *JCP G*, 2015, doctr. 199.

¹⁰⁸⁹ Cité par P. Malaurie, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français », *JCP G*, 2002, I, 143.

¹⁰⁹⁰ P. Puig, « Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires », *LPA*, 2009, n°46, p. 93.

D'autant qu'il est en plus difficile à vérifier. À l'inverse, il convient d'analyser ce que peut receler le refus de la lésion. Certes, un certain nombre d'auteurs la perçoivent comme un boulet pour l'économie. Le droit des affaires ne serait guère enclin à créer de la richesse si les entreprises étaient sous la menace constante d'une modification judiciaire du contrat. On pourrait reprocher à cette vision de considérer que seules les entreprises en position de force, d'un point de vue commercial, sont celles qui produisent de la richesse. La protection de l'entreprise dite partie faible est au contraire un moyen de limiter la concurrence déloyale entre les entreprises et de maintenir la compétitivité de ceux qui subissent la loi du marché. L'expérience montre que les excès de la pratique ont plutôt tendance à exister du côté de l'autonomie de la volonté et que l'on rencontre beaucoup moins d'excès de la part du juge modérateur du contrat.

613. Un pas à franchir. Cette efficacité de la lésion se démontre en théorie et se prouve à la lumière de l'expérience. Hormis les dispositions du Code civil qui concernent les incapables, notre droit ne reconnaît pas explicitement la lésion¹⁰⁹¹. Pourtant, de nombreux textes s'en approchent, sans la nommer explicitement¹⁰⁹². Il peut également s'agir de notions prétoriennes. Comme si la lésion ne pouvait exister que par des moyens détournés. Le droit français a-t-il raison de refuser la lésion de façon explicite, tout en profitant de ses effets par des procédés à effet équivalent ? Ou bien faut-il franchir le pas de reconnaître la lésion comme fondement sur lequel le juge peut modifier le contrat ? Pour cela, il faut à la fois faire le bilan des moyens indirects par lequel le juge opère une rescission pour lésion en droit actuel (A). Il faut également évaluer le pour et le contre d'un principe de proportionnalité en droit des contrats (B).

A : Les mécanismes judiciaires de révision du contrat se rapprochant de la lésion.

614. La faible présence de la lésion en droit français. Comme l'indique l'article 1118 du Code civil, il n'y a pas de principe général de rescission pour lésion dans notre droit. Lésion ne peut vicier un contrat que lorsqu'il existe un texte spécial. Il y a aussi des mécanismes épars par lesquels le juge sanctionne un prix trop élevé. La conséquence judiciaire n'est cependant pas la révision du prix par le juge. Pourquoi ? Parce que la relation contractuelle est, en général, éteinte lorsque l'action judiciaire est engagée ; et que la partie faible a pu, si elle a gagné son action en justice, compenser ses pertes par des indemnités.

615. Sur l'intérêt à déterminer un juste prix. Il faut en effet, pour remédier aux questions de moralisation du contrat, considérer qu'un prix est juste ou non. Et non pas

¹⁰⁹¹ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, p. 340, n°302-1.

¹⁰⁹² M. Chagny, « L'article L442-6 I 2° du Code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations », *D*, 2011, 392.

seulement renvoyer les parties à leur consentement pour le déterminer, comme si la valeur d'une chose ne possédait aucune part d'objectivité. Revenons d'abord sur la question du juste prix et les méthodes de calcul de celui-ci. L'on a recours à plusieurs critères : il faut d'abord regarder s'il existe un marché, c'est-à-dire une offre et une demande. L'on porte également attention à l'utilité procurée par la chose objet du contrat. Les efforts fournis par celui qui propose la chose sont également un élément constitutif de sa valeur. Les coûts de production entrent autant en ligne de compte. Et enfin, il faut considérer le statut réciproque de l'acheteur et du vendeur¹⁰⁹³. Saint Thomas d'Aquin, rebondissant sur l'Éthique à Nicomaque d'Aristote, considère que le juste prix doit résulter d'une égalité arithmétique entre les deux parties. Cependant, les circonstances font que l'un peut subir un plus grand préjudice s'il n'acquiert pas la chose que l'autre met en vente. En matière commerciale, en revanche, un bénéfice réalisé sur la prestation n'est pas en lui-même illégitime, mais demeure soumis à un impératif de modération. Il faut de surcroît que le gain ait pour cause les nécessités de la vie et non un profit recherché pour lui-même¹⁰⁹⁴. Karl Marx prend en compte des facteurs semblables, mais les présente de façon un peu différente, lorsqu'il explique que le prix d'une marchandise correspond au travail social apporté par celui qui la propose, constituant ainsi le « *prix naturel* ». À ce dernier, s'oppose le « *prix courant* » qui résulte des fluctuations de l'offre et de la demande. Il est donc nécessaire de faire revenir le produit à son prix naturel pour que celui qui le propose soit équitablement rémunéré¹⁰⁹⁵. La lésion répond à cette logique d'un prix qui dépasse la simple rencontre des variables de l'offre et de la demande. Cette idée que le salaire est le fruit d'un effort social se retrouve – au moins pour partie – dans la notion de « *concurrence par le mérite* » dont nous avons déjà parlé¹⁰⁹⁶. Évidemment, la concurrence par les mérites ne se confond pas avec la notion de juste prix. La concurrence ne raisonne pas en termes de participation à une société, mais à un marché. Le juste prix va plus loin, puisqu'il répond de la notion de « *justice contractuelle* ». Il s'agit de dire que le prix peut résulter, non pas forcément d'un mécanisme objectif et impersonnel, mais essentiellement d'une prestation contractuelle, un mérite social qui implique de conférer à son auteur, la reconnaissance qui lui est due. Autrement dit, celui qui fournit un travail social dont la collectivité profite doit recevoir de cette collectivité une rémunération qui lui confère une place à la hauteur de son effort. Peu importe que la concurrence et l'état du marché rendent son travail substituable par un autre.

616. Transition. Nous avons déjà évoqué la plupart des mécanismes par lesquels le juge peut s'approcher d'une véritable rescission pour lésion. Le but ne sera pas d'en dresser un exposé complet, mais de voir en quoi ils manifestent le besoin d'en venir à une telle mesure et

¹⁰⁹³ P. Jorion, « Le rapport entre la valeur et le prix », <http://www.journaldumauss.net/spip.php?article39>

¹⁰⁹⁴ D. Berthiau, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. J.-L. Sourioux, LGDJ, 1999, Paris, p. 360 et s.

¹⁰⁹⁵ K. Marx, *Salaires, prix, profits*, [trad. C. Longuet], Paris, Giard et Brière, [2^{ème} éd.], 1912, p. 43 à 57.

¹⁰⁹⁶ G. Decocq, *La concurrence par les mérites*, op. cit.,

en quoi la rescission pour lésion peut les compléter efficacement. Il s'agit d'infractions de concurrence (1) et de cause de nullité du contrat (2).

1 : Les infractions de concurrence proches de la lésion.

617. Deux pratiques restrictives de concurrence. La loi LME a réécrit l'article L442-6. Dans cet article, la partie I énonce une liste d'infractions de concurrence pouvant donner lieu à des sanctions. Parmi ces infractions, deux semblent identiques au point de faire doublon : l'infraction de déséquilibre significatif au 2° et l'infraction de l'avantage manifestement disproportionné située au 1°. Le législateur n'a certainement pas entendu une quelconque différence entre ces deux concepts. Il n'y a donc pas à chercher de nuance là où il n'y en a pas. En revanche, la similitude des deux alinéas enseigne l'intérêt nouveau que porte le législateur à contrôler le prix dans certains secteurs de l'économie.

a : La sanction de l'avantage manifestement disproportionné

618. Introduction de la notion dans le droit positif. L'avantage manifestement disproportionné est issu de la loi NRE du 15 mai 2001. Grâce à ce texte, un supermarché a été condamné pour avoir perçu au titre de la coopération commerciale des prestations non réalisées¹⁰⁹⁷. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation¹⁰⁹⁸, non sur la question de la contrepartie, mais parce que les fournisseurs n'avaient pas été informés de l'action du ministre. Il peut également s'agir de la prise en charge par la partie faible de prestations qui ne lui incombent pas comme la surveillance des marchandises ou l'inventaire du magasin, pratique appelée plus globalement « *marge arrière* »¹⁰⁹⁹.

619. La disproportion en question. La notion, guère usitée en jurisprudence, présente beaucoup d'inconvénients. Les éléments nécessaires pour démontrer l'existence d'une contrepartie dérisoire sont assez complexes à rapporter. La jurisprudence a fini par trancher, comme nous allons le voir ci-après, mais laisse quelques insatisfactions. Avant que les juges du Quai de l'Horloge ne se prononcent, les cours d'appel laissaient entendre que les juges devaient se référer à un faisceau d'indices pouvant inclure le chiffre d'affaires réalisé avec le distributeur, la faiblesse des marges commerciales, la lourdeur des obligations figurant au cahier des charges, des pratiques d'offre spéciale à un prix inférieur à celui du marché¹¹⁰⁰... Il appert que ces éléments en eux-mêmes ne sont pas suffisants. La faiblesse du chiffre

¹⁰⁹⁷ Nîmes, 10 mars 2011, n°08-04.995, cité par le Bilan 2011 de la DGCCRF.

¹⁰⁹⁸ Com, 9 octobre 2012, n°11-19.833.

¹⁰⁹⁹ TC Lille, 19 juin 2008, également cité par M. Chagny, Rapport 2008-09 de la CEPC.

¹¹⁰⁰ Nîmes, 8 mars 2012, n°11/00692, RTD Com 2013, 495 note M. Chagny.

d'affaires réalisé par la société distributrice ne peut à elle seule caractériser la disproportion puisque le distributeur n'est pas tenu à une obligation de résultat à l'égard du fournisseur¹¹⁰¹. Devant la cour de renvoi pour ce dernier cas, le ministre de l'Économie s'est de nouveau contenté de montrer la disproportion entre le chiffre d'affaires des producteurs et la rémunération obtenue par Carrefour. Et bien que la disproportion soit très grande (83,54% pour Henkel, 524,81% pour Fromagerie d'Orval), la cour d'appel de renvoi ne se fonde pas sur ce critère et refuse de constater un avantage manifestement disproportionné¹¹⁰². Elle estime, en effet, que le ministre aurait dû comparer le prix payé et la valeur du service abstraitemment considérée comme l'avait demandé la Cour de cassation qui avait cassé le précédent appel¹¹⁰³. Pourtant, lorsqu'il s'agit d'un service de coopération commerciale très spécifique, l'on peut se demander s'il est facile d'en faire une évaluation du prix sans se référer au bénéfice retiré par le producteur.

620. Le pouvoir arbitraire contractuellement prévu. Dans des cas pratiques, la CEPC donne l'exemple d'un bailleur qui ferait stipuler qu'en cas de toute rupture anticipée – même de son fait et sans manquement du locataire à ses obligations – ce dernier devrait payer une indemnité correspondant à la somme des loyers restant à courir jusqu'au terme du contrat ainsi qu'une somme forfaitaire globale par application d'un taux de 10% au montant de ladite indemnité, à titre de clause pénale. Dans cette hypothèse, l'alinéa de l'article L442-6 du Code de commerce sur les avantages manifestement disproportionnés trouverait à s'appliquer¹¹⁰⁴. Cette réprobation de l'arbitraire commercial s'en est ressentie en jurisprudence, une cour d'appel a sanctionné une société de presse pour avoir fait stipuler que l'exploitant d'un kiosque pouvait être révoqué *ad nutum* sans contrepartie sous quarante-huit heures¹¹⁰⁵. Ou encore, ce vendeur qui fait stipuler sans contrepartie que l'acheteur ne peut résilier le contrat ou bien doit payer des dommages et intérêts si le vendeur manque à ses obligations¹¹⁰⁶. L'idée est que la partie forte ne doit pas permettre de faire tourner le contrat à son avantage lorsqu'elle est elle-même auteur de faute mettant en péril le partenariat commercial. À noter qu'il n'est pas nécessaire que l'avantage obtenu par la partie forte soit de nature pécuniaire¹¹⁰⁷. Il demeure que le caractère arbitraire et global de la rémunération peut être considéré comme caractérisant une absence de contrepartie¹¹⁰⁸.

621. Un texte guère aisément à appliquer en justice. On voit cependant que cet article L442-6 I 1° du Code de commerce pose un véritable problème probatoire. La loi Dutreil a simplifié

¹¹⁰¹ Com, 27 avril 2011, n°10-13.690.

¹¹⁰² Orléans, 12 avril 2012, n°11/02284, *Concurrences* 3-2012, p. 139, note M. Chagny.

¹¹⁰³ Com, 27 avril 2011, n°10-13.690.

¹¹⁰⁴ Voir le site de la CEPC : <http://www.economie.gouv.fr/cepc/cas-pratiques>

¹¹⁰⁵ Paris, 27 avril 2011, jurisdata 2011-007393.

¹¹⁰⁶ Bordeaux, 21 novembre 2011, n°10/02746, cité par J.-L. Fourgoux, *Juriscl. Commercial*, fasc. 281, « Transparence et pratiques tarifaires de concurrence », mars 2013, n°165.

¹¹⁰⁷ Com, 18 octobre 2011, n°10-15.296, CCC, 2012, comm. 10, note M. Malaurie-Vignal.

¹¹⁰⁸ Paris, 19 janvier 2011, n°07/22152.

le travail des fournisseurs, en sorte que si la prestation est jugée fictive par ce dernier, c'est au distributeur, désormais, à prouver qu'elle est bien réelle¹¹⁰⁹. Cela ne règle pas tout, puisqu'en ce qui concerne la disproportion des prestations, la preuve demeure encore très difficile à rapporter. Et un certain nombre d'actions ne parviennent pas au résultat espéré par le fournisseur faute de preuve¹¹¹⁰. Dans la mesure où il existe une contrepartie qui n'est pas nulle, mais dérisoire, la preuve devient presque aléatoire. C'est ce que souligne Madame Chagny dans le Rapport de la CEPC 2011-2012¹¹¹¹.

622. *Conclusion du a et transition.* Le droit commercial codifié est une arme autrement plus efficace que le droit civil pour sanctionner la contrepartie dérisoire, en dépit de difficulté sur la caractérisation de la pratique incriminée. Elle permet, non une réfaction du contrat, mais une indemnité. On garde à l'esprit que l'indemnité accordée par la responsabilité délictuelle ou non est parfois un moyen de contourner l'impossibilité de réviser le contrat. Le droit civil de la contrepartie dérisoire est moins généreux envers la victime puisqu'il ne se contente que de la nullité du contrat, bien que les restitutions puissent être relativement importantes¹¹¹². Néanmoins, cet article a le tort de vouloir combattre une pratique sans chercher à lutter contre le problème de fond : l'impossibilité de régler l'économie de la relation contractuelle de façon globale. C'est pourtant l'objectif de l'alinéa suivant du Code de commerce.

b : Le déséquilibre significatif.

Il est inutile de revenir en profondeur sur la description du déséquilibre significatif, déjà abordé¹¹¹³. En revanche, il peut être intéressant de comparer cette notion avec la rescission pour lésion proprement dite.

623. *Une confusion possible en apparence.* A priori, il n'y a guère de différence entre les deux concepts, si ce n'est que la lésion trouve son origine dans la théorie des contrats alors que le déséquilibre significatif est une notion qui a connu un nouvel essor grâce à la LME et dont les contours se discutent encore. Beaucoup d'auteurs mentionnent que le déséquilibre significatif semble être une entrée de la lésion en droit des contrats français¹¹¹⁴. La remarque

¹¹⁰⁹ L. Nicolas-Vullierme, *Juriscl. Concurrence – consommation*, fasc. n°290, Pratiques restrictives de l'article L442-6 du Code de commerce, septembre 2012, n°62, le texte cite un jugement en ce sens : TC Dreux, 9 octobre 2008, voir aussi Com, 11 septembre 2012, préc.

¹¹¹⁰ Paris, 3 octobre 2012, n°10/10308.

¹¹¹¹ Rapport 2011-2012 de la CEPC, préc.

¹¹¹² Par exemple Com, 24 juin 2014, n°12-27.908.

¹¹¹³ V. *supra*, n°233 et s., également, R. Amaro, « Le déséquilibre significatif en droit commun des contrats ou l'incertitude d'une double filiation », CCC, 2014, étu. 8.

¹¹¹⁴ V. par exemple, T. Genicon et D. Mazeaud, « L'équilibre contractuel : trop c'est trop ? » RDC, 2012, 1469. M. Behar-Touchais, « Que penser de l'introduction d'une protection contre

est plus que pertinente, car dans de nombreuses hypothèses jurisprudentielles de déséquilibre significatif, c'est uniquement le montant de la prestation qui sert de base à la sanction du groupe de distribution condamné¹¹¹⁵.

624. La nécessité de revoir la notion de déséquilibre significatif pour lui faire jouer un rôle plus pérenne. La sanction du déséquilibre significatif est-elle une rescission pour lésion qui ne dit pas son nom ? À l'heure actuelle, le bilan de la jurisprudence de l'article L442-6 I 2° du Code de commerce ne permet pas de tirer des conclusions certaines¹¹¹⁶. Peut-être même, serait-il souhaitable que le législateur corrige ses imperfections pour lui donner un avenir plus clair et une application plus cohérente. C'est plutôt de façon passionnelle qu'il a instauré la sanction du déséquilibre significatif en 2008. Il lui a, en effet, donné des contours incertains oscillant entre le droit commercial et un droit quasi pénal et lui a fait correspondre une sanction qui reflète l'esprit passionné des débats qui ont précédé le vote de la loi LME. Le législateur pourrait adopter une démarche plus rationnelle et donner des contours plus justes au déséquilibre significatif. La sanction pourrait être réduite à un simple rééquilibrage des prestations et le volet quasi pénal, même s'il était conservé, ne serait pas appliqué de façon générale, mais uniquement dans la situation où le juge découvre une volonté de nuire évidente de la part de la partie forte. Cette révision législative est d'autant plus importante que la notion de déséquilibre significatif a profité un certain temps de l'impulsion d'une volonté politique, grâce aux « *assignations Novelli* »¹¹¹⁷. Depuis quelques années, si cette tendance a pu s'essouffler¹¹¹⁸, il pourrait être encore plus nécessaire d'inscrire le déséquilibre significatif

les clauses abusives dans le Code de commerce ? » *RDC*, 2009, 1258. C. Kiennefick, « La surprenante histoire de la lésion en droit français et en droit anglais », *RDC*, 2013, 1531.

¹¹¹⁵ M. Chagny, « L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après » *RTD Com*, 2013, 500. G. Chantepie, « La réforme en pratique », *AJCA*, 2015, 121.

¹¹¹⁶ *Le devenir du déséquilibre significatif*, actes du colloque du 25 novembre 2013 in *AJCA* 2014, p. 104 et s. Voir par exemple l'arrêt Paris, 23 mai 2013, n°12/01166 qui énonce « *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. [S'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.* » Néanmoins, dans cet arrêt, les juges refusent de retenir le déséquilibre significatif dans la mesure où l'évolution du prix correspondait à ce qui avait été proposé par la société productrice. La cour d'appel de Paris a pourtant confirmé cette orientation selon laquelle le prix peut constituer un déséquilibre significatif : Paris, 1^{er} juillet 2015, n°13/19251. La Cour de cassation n'a, quant à elle, pas donné son opinion sur ce sujet.

¹¹¹⁷ J.-C. Grall et T. Bussonière, « *Assignations Novelli – Acte II* », *RLC*, 2014, n°39, p. 45, A. Berg-Moussa, « Notion de déséquilibre significatif et action du ministre : point d'étape et nouveaux questionnements », *JCP E*, 2012, n°9, p. 26.

¹¹¹⁸ On relève cependant de nouvelles assignations en avril 2015 à l'encontre d'Intermarché : <http://www.lsa-conso.fr/intermarche-confirme-faire-l-objet-de-poursuites-de-la-dgccrf,208522>

dans une perspective plus durable, afin que la mesure ne soit pas le fait d'une volonté politique éphémère. Une nouvelle impulsion politique pourrait d'ailleurs voir le jour, car la loi « Macron » prévoit en son article 34, dans la version présentée en dernière lecture, une amende équivalente à « *5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédent celui au cours duquel les pratiques [restrictives de concurrence] ont été mises en œuvre.* »¹¹¹⁹ comme indiqué dans la nouvelle version de l'article L442-6 III deuxième alinéa du Code de commerce. Si cela était promulgué, les amendes pourraient atteindre des montants colossaux.

625. *Une similitude incertaine entre lésion et déséquilibre significatif.* Il est donc difficile de dresser la conclusion selon laquelle le déséquilibre significatif serait purement et simplement la promulgation de la lésion en droit français. Le législateur et le juge semblent pris dans un mouvement perpétuel d'hésitation. Nous pensons que cette hésitation devra tôt ou tard être tranchée. Comme nous allons le voir plus loin, la lésion a quelque chose de relativement salutaire dans le droit des contrats même entre professionnels.

626. *Conclusion du 1.* L'on a coutume de dire que le droit de la concurrence ne se préoccupe pas des concurrents, mais de la concurrence¹¹²⁰. En sorte que le pouvoir ne devrait pas chercher à défendre tel ou tel, mais plutôt à donner aux acteurs économiques les moyens de générer le plus de croissance possible. Cette conception connaît ses propres limites. D'abord parce que la création de richesse et le succès commercial ne sont pas forcément corrélés. Ensuite, parce qu'il n'est pas démontré que la libre concurrence génère une répartition équitable de la richesse par les simples mécanismes de marchés, ni même qu'elle la crée. Enfin, parce que la finalité d'une politique publique doit viser les populations qu'elle concerne et non pas le système économique auquel elle se rattache, aussi efficace soit ce dernier. Bien sûr cela n'empêche en rien d'encourager l'initiative économique et la création de richesses. C'est pourquoi le droit de la concurrence ne peut pas s'empêcher de protéger les concurrents. Le législateur ne peut pas faire comme si les entreprises françaises ne le concernaient pas. C'est donc tout naturellement que le droit de la concurrence s'est préoccupé du déséquilibre significatif ou du prix manifestement disproportionné lorsque la pratique a constaté des excès intolérables. Il n'y a rien de choquant à ce que le droit de la concurrence se préoccupe de la disproportion des prix, dès lors qu'il le fait de façon cohérente et lisible. C'est sur ce point que l'on pourrait revoir l'article L442-6 du Code de commerce. Le législateur a-t-il voulu, oui ou non, mettre en place une rescission pour lésion ? Il semble non seulement que l'on s'oriente dans cette direction, mais que ce choix paraît également opportun. Cette lisibilité du droit de la concurrence doit aussi se faire en harmonie avec le droit des contrats.

¹¹¹⁹ Loi du 6 août 2015, n°2015-990, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. M. Behar-Touchais, « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », *JCP G*, 2015, doctr. 603.

¹¹²⁰ E. Combe, Conférence pour la Revue Concurrences, Cycle droit et économie. « Pratiques d'évitement », 27 mai 2014, Cabinet McDermott, Will et Emery, Paris.

C'est pourquoi il faut voir en quoi cette dernière discipline connaît ou non des mécanismes de sanction de la lésion.

2 : La lésion traitée par le droit des contrats en droit positif.

627. *L'inexistence de l'évaluation du prix en droit des contrats contestée.* Nous avons pu dire à quel point le juge et la doctrine se sont très souvent accordés pour dénoncer la lésion comme un dépassement des pouvoirs du juge et le signe patent de la crise du contrat¹¹²¹. Les arrêts qui y ont trait¹¹²² le démontrent de façon flagrante. Dans la récente affaire Société Les Maréchaux¹¹²³, la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler qu'elle n'était pas gardienne de l'équilibre du contrat. L'article 1118 du Code civil est par ailleurs explicite pour justifier cette orientation. À l'exception bien sûr des cas légalement prévus¹¹²⁴, la lésion n'est quasiment pas reconnue en droit français. Pourtant, la Cour de cassation est quasiment parvenue à une solution équivalente sur un terrain un peu différent. Nous avons déjà expliqué les controverses qu'a suscitées la notion de cause en doctrine. Pour certains auteurs, elle a pu prendre le sens de « contrepartie ». Si bien que le caractère dérisoire d'une contrepartie peut, de ce fait, donner lieu à une annulation du contrat, voire à une modification de celui-ci¹¹²⁵.

628. *Des exemples d'immixtion du juge fondés sur la théorie générale du contrat.* Le pas a été franchi avec larrêt Chronopost. Cette fois-ci, la Cour de cassation admet qu'une obligation puisse ne pas avoir de cause, mais également que le contrat reste valide et que seule la clause dépourvue de cause perde sa force exécutoire. Le projet de réforme du droit des obligations prévoit à l'article 1168 que « *toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ». La solution est donc vouée à durer dans notre droit. Un exemple de droit du travail est également significatif : en 2002, la jurisprudence sociale de la Cour de cassation est venue apporter une condition de contrepartie

¹¹²¹ V. *supra*.n°611.

¹¹²² Com, 21 avril 1980, Bull. civ. IV, n°153. Civ. 3^{ème}, 28 octobre 2003, n°02-13.580. Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, D, 2004, 1754, note D. Mazeaud.

¹¹²³ Com, 10 juillet 2007, n° 06-14.768, L. Aynès et P. Stofell-Munck, « Les prérogatives contractuelles et la bonne foi », *Dr. et patrimoine*, 1^{er} juillet 2010, p. 103. F. Chénédé, « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles », *RDC*, 2011, 709. D. Fenouillet, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *RDC*, 2011, 644. D. Houtcierff, « La substantifique moelle contractuelle », *Gaz Pal*, 4 avril 2010, p. 20. M. Mekki, « Doctrine sur l'efficacité des contrats en période de crise », *RDC*, 2010, 383. J. Mestre, « Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé », *RLDC*, 2009, n°58, p. 7.

¹¹²⁴ Parmi lesquels on trouve les articles 435 et suivants du Code civil sur les majeurs protégés, les contrats d'assistance maritime, les contrats de vente d'engrais, etc... V. A. Bénabent, *Droit des obligations*, Paris, LGDJ, [13^{ème} édition], 2013, p. 130, n°168.

¹¹²⁵ Sur la question, voir *supra*, ou J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations*, *op. cit.*, n°255 et s.

financière à la validité d'une clause de non-concurrence dans un contrat de travail¹¹²⁶. Certes, ce n'était pas l'article 1131 du Code civil que la Cour mettait en avant, mais un article du Code du travail modifié depuis. Et même, par la suite, la Cour de cassation en sa Chambre sociale reconnaissait qu'un manquement à cette condition pouvait engager la responsabilité de l'ancien employeur¹¹²⁷. Cela ne semble concerner que le droit des salariés, mais l'on connaît les brèches qui peuvent exister entre le droit social et le droit des affaires¹¹²⁸. Précisément, la doctrine s'interroge sur une possible extension de ce pouvoir du juge et sur l'idée d'une extrapolation aux autres contrats¹¹²⁹. Le 16 mai 2012, la Chambre sociale de la Cour de cassation a refusé au salarié victime d'une clause de non-concurrence dont la contrepartie était quasi nulle, la possibilité d'une révision judiciaire de l'indemnité. Une tentative d'obligation de contrepartie avait vu le jour devant la Cour de cassation¹¹³⁰. Le moyen invoqué était l'enrichissement sans cause. Elle a échoué, car après renvoi, la même chambre est revenue sur la solution antérieure¹¹³¹.

629. *La difficulté à évaluer une contrepartie.* Par ailleurs, la détermination de la contrepartie n'est pas facile. Les nombreuses stipulations d'un contrat de travail peuvent justifier cette clause. La même Chambre sociale de la Cour de cassation a récemment¹¹³² estimé que la contrepartie d'une clause de non-concurrence pouvait résider dans le prix d'acquisition de titre de la société. Ce qui peut poser problème puisque cela invite le juge à établir judiciairement le juste prix des titres de la société. Ou bien il suffit que le contrat mentionne que la contrepartie réside dans le prix des actions de la société. On trouve cependant des précédents concernant la fausse cause comme moyen de lutte contre la contrepartie dérisoire. La Cour de cassation a eu l'occasion d'approuver l'annulation d'un contrat de fourniture exclusive de bière parce que la contrepartie était dérisoire, ce qui équivalait à son inexistence. C'est effectivement au visa de l'article 1131 du Code civil que les juges suprêmes rejettent le pourvoi formé par la société fournissant la bière¹¹³³. Dans cette espèce, plusieurs points ont posé question. L'on peut notamment penser à la constatation judiciaire de l'assistance prévue au contrat, pour vérifier qu'elle constitue bien une « contrepartie ». Une telle entreprise est impossible et ruine en grande partie l'intérêt du fondement. Néanmoins, les faits nous intéressent pour savoir ce que la Cour de cassation appelle « *dérisoire* ». L'assistance qui constituait la contrepartie se composait d'un prêt d'argent et d'un cautionnement. Dans l'affaire Faurecia, pour constater l'existence d'une contrepartie, les juges ont estimé que la clause limitative de responsabilité s'élevait à 203 312

¹¹²⁶ Soc, 10 juillet 2002, préc.

¹¹²⁷ Soc 29 avril 2003, *JCP G*, 2003, IV, 2114.

¹¹²⁸ G. Farjat, *op. cit.*, p. 103.

¹¹²⁹ T. Génicon, « Sanction de la contrepartie dérisoire, exclusion de la révision du contrat », *RDC*, 2013, p. 74.

¹¹³⁰ Com, 9 octobre 2007, n°05-14.118, *RDC*, 2008, 410, note M. Behar-Touchais.

¹¹³¹ Com, 23 octobre 2012, n°11-21.978, *JCP E*, 2013, 1068, note D. Sassolas.

¹¹³² Soc, 27 février 2013, n°11-27.625, *RTD civ*, 2013, p. 371, note B. Fages.

¹¹³³ Com, 8 février 2005, n°03-10.749, *D*, 2005, p. 1085, note T. Lambert.

euros. Or, la somme revendiquée par la société Faurecia s'élevait à environ soixante et un millions d'euros. Le caractère dérisoire doit donc s'apprécier *in abstracto*. L'hypothèse n'est pas nouvelle. Les juges ont régulièrement l'occasion de sanctionner par la nullité pour absence de cause, les contrats de fourniture exclusive de bière. C'est le cas notamment lorsque le fournisseur, au titre de ses obligations, se contente de trouver et de garantir un prêt¹¹³⁴. La question de savoir si cette nullité du contrat due à une contrepartie dérisoire est relative ou absolue fait encore l'objet de discussions doctrinales et même judiciaires puisque la Cour de cassation ne l'a pas encore complètement tranchée¹¹³⁵. Nous ne nous appesantirons cependant pas dessus.

630. Conclusion du 2. Le droit des contrats et de la concurrence du XXI^{ème} siècle est donc relativement ouvert à l'idée que le juge puisse avoir une idée équitable du prix. Le Code civil de 1804, issu de la réflexion du XVIII^{ème} siècle, concevait une vision de la fixation du prix très abstraite, grâce au mythe de la rationalité des individus. De plus en plus d'évolutions inclinent vers une modulation judiciaire du prix, jusqu'au projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats¹¹³⁶. Si l'exercice de fixation du prix par le juge pose encore aujourd'hui des inconvénients, il n'en demeure pas moins que la démarche peut parfois être relativement souhaitable pour parvenir à un niveau normal de justice contractuelle.

631. Conclusion du A. Le droit des contrats et celui de la concurrence ne sont pas forcément des ennemis, dès lors qu'ils fonctionnent à partir de constats semblables et d'analyse des faits compatibles. Comment ne pas voir aujourd'hui que de nombreuses entreprises ne sont pas à même de fixer un prix convenable à leur prestation ? Comment ne pas voir que certaines exercent un pouvoir sur d'autres qu'il ne faut pas laisser dénué de règle ? Si l'on assigne, et au droit des contrats d'affaires, et au droit de la concurrence, l'objectif de justice dans les transactions et de répartition équitable du profit, alors les deux disciplines peuvent parfaitement converger, sans que l'une n'ait rien à craindre de l'autre. Effectivement, l'on voit dès lors apparaître des exceptions au principe de liberté dans la fixation du prix. À mesure que ces exceptions se développent, d'aucuns craignent qu'elles deviennent la règle. Pourtant, elles rendent toutes compte des changements de nature économique que notre société connaît et qui appellent à une plus grande protection des vulnérables. Si le constat peut être fait de l'apparition de certaines exceptions, il convient à présent de voir comment celles-ci peuvent être érigées en règle.

¹¹³⁴ Com, 14 octobre 1997, *D*, 1998, 333. Rouen, 21 mars 1991, *RJDA*, 1991, n°372.

¹¹³⁵ Sur la question, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, « Mars – Novembre 2011 : Discordes et malentendus ». *Dr. et patr.*, 1^{er} février 2012, n°211 p. 64.

¹¹³⁶ La modification judiciaire du prix n'est pas suggérée en tant que telle mais certains articles y tendent comme le deuxième alinéa de l'article 1163 de ce projet d'ordonnance qui prévoit une modification judiciaire du prix en cas d'abus dans la fixation du prix.

632. Une solution opportune. Les exemples sont assez nombreux en droit positif, pour constater que la fixation judiciaire du prix n'est pas une aberration juridique. Dès lors que le juge se tient à ce qui est manifestement disproportionné, l'on ne constate pas que la règle donne lieu, outre mesure, à des solutions choquantes. Le juge est d'ailleurs le premier conscient du danger d'un dirigisme judiciaire. Il n'empêche qu'il est le seul véritablement en position pour rééquilibrer un contrat, et de là, moraliser le droit des affaires. Le seul point sur lequel il convient de s'interroger est de savoir si cette lésion peut être appréciée au cas par cas par le juge ou si le législateur doit donner des consignes à celui-ci pour harmoniser le fondement juridique. Nous choisirons la première option, dans la mesure où la multiplicité des situations ne permet pas d'imposer des règles fixes. L'on sait même que les notions de prix du marché ou de prix équitable ne sont pas le fruit d'une science exacte. Ce n'est d'ailleurs pas tant le prix du marché qui doit servir de référence absolue. Nous choisirons plutôt le « prix juste », dans la mesure où il s'agit de garantir à l'entreprise concernée, et à ses salariés, la possibilité de survivre économiquement. Tout en laissant au juge le loisir de considérer que dans une situation précise (de crise par exemple, qui affecterait la partie prétendument forte), le prix du marché serait la meilleure référence, car même la partie même forte ne peut pas prévenir les fautes de gestion de son cocontractant. Ajoutons que le contrôle de la Cour de cassation pour juger de la disproportion serait tout à fait bénéfique. Même avec une marge de manœuvre laissée aux juges du fond, il conviendrait, à tout le moins, d'apporter une justification crédible. C'est qu'en effet, le choix de rescinder le contrat pour lésion est trop lourd de conséquences pour que sa mise en œuvre ne soit qu'arbitraire.

633. Dans le projet de droit européen de la vente. La condition serait naturellement que la partie qui se prétend faible démontre que ce n'est pas grâce à une négociation équitable qu'elle a donné son consentement. Autrement dit, une introduction de la lésion qualifiée dans notre droit pourrait contribuer de manière efficace à la justice contractuelle. La lésion qualifiée est, en effet, au confluent de plusieurs notions, notamment celle de la violence économique, de la cause subjective, ou du déséquilibre significatif. Sa promulgation serait certes, une nouveauté, car elle n'existe pas en tant que telle dans notre droit, pas plus que le projet d'ordonnance de réforme du droit des contrats n'en parle¹¹³⁷. Elle serait néanmoins dans la continuité de l'évolution du droit depuis plusieurs décennies. Le Professeur Denis Mazeaud fait remarquer que les évolutions de la notion de cause trouvent une forme d'équivalence dans les différents droits européens à travers la lésion qualifiée¹¹³⁸. Le projet de droit commun européen de la vente en son article 51 prévoit que : « *Une partie peut invoquer la nullité du contrat si, lors de la conclusion de celui-ci:* »

¹¹³⁷ <http://reforme-obligations.dalloz.fr/2015/03/31/la-lesion/>

¹¹³⁸ D. Mazeaud, T. Génicon, « L'équilibre contractuel : trop c'est trop ? », *RDC*, 2012, p. 1469.

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 ou inexpérimentée; et

b) que l’autre partie le savait ou pouvait être présumée le savoir et que, à la lumière des circonstances et du but du contrat, elle a exploité la situation de la première partie en retirant du contrat un profit excessif ou un avantage déloyal. »

Il y a donc à la fois une condition d’inaptitude à faire valoir ses intérêts lors de la conclusion du contrat et un déséquilibre dans les prestations.

D’autres auteurs¹¹³⁹ font remarquer que cette notion de lésion qualifiée apparaît, par exemple dans d’autres systèmes étrangers. L’article 138 du BGB allemand va dans un sens similaire, affirmant en son deuxième alinéa : « *Est nul notamment tout acte juridique par lequel une personne se fait promettre ou accorder, soit à elle-même, soit à une autre personne, en contrepartie d'une prestation, des avantages patrimoniaux en disproportion flagrante avec cette prestation, et cela par l'exploitation de l'état de nécessité, de l'inexpérience, du défaut de capacité de jugement ou de la grande faiblesse de caractère d'autrui.¹¹⁴⁰* »

634. Dans les principes UNIDROIT. Les principes UNIDROIT dans leur version de 2010, à l’article 3.2.7 se rapprochent du droit européen de la vente. Les conditions sont cependant beaucoup moins précises et largement laissées à l’appréciation du juge, laissant surtout un faisceau d’indices. Ledit article, intitulé « *avantage excessif* » affirme : *1) La nullité du contrat ou de l’une de ses clauses pour cause de lésion peut être invoquée par une partie lorsqu’au moment de sa conclusion, le contrat ou la clause accorde injustement un avantage excessif à l’autre partie. On doit, notamment, prendre en considération:*

a) le fait que l’autre partie a profité d’une manière déloyale de l’état de dépendance, de la détresse économique, de l’urgence des besoins, de l’imprévoyance, de l’ignorance, de l’inexpérience ou de l’inaptitude à la négociation de la première; et

b) la nature et le but du contrat.

2) Le tribunal peut, à la demande de la partie lésée, adapter le contrat ou la clause afin de le rendre conforme aux exigences de la bonne foi en matière commerciale.

3) Le tribunal peut également adapter le contrat ou la clause à la demande de la partie ayant reçu une notification d’annulation pourvu que l’expéditeur de la notification en soit informé sans tarder et qu’il n’ait pas agi raisonnablement en conséquence. Le paragraphe 2 de l’article 3.2.10 est alors applicable.

L’on retrouve également la double condition de difficulté à défendre ses intérêts et de déséquilibre du prix lors de la conclusion du contrat. Cependant, la souplesse des sanctions et des conditions est plus propice à une meilleure adaptation aux circonstances du contrat.

¹¹³⁹ M. Fontaine, « Table ronde : Le regard des juristes européens », *RDC*, 2009, p. 372.

¹¹⁴⁰ R. Legeais et M. Pédamon (dir.) *Code civil allemand, traduction commentée*, Paris, Juriscope Dalloz, 2010, §138.

635. Conclusion du B. Finalement, il manque simplement à la lésion une volonté politique. Les expériences de contrôle judiciaire du prix se sont montrées dans l'ensemble positives. La doctrine, pour une part importante, admet que l'autonomie de la volonté ne soit pas le dogme que l'on a voulu démontrer autrefois. Il n'empêche que le législateur a du mal à faire le pas, comme s'il craignait que cette révolution ne soit l'ouverture d'une boîte de Pandores juridique. Non seulement nous n'en croyons rien, mais de plus, ce que le législateur a donné, il peut le reprendre, ou du moins, affiner les conditions d'application de la lésion. On comprend d'ailleurs mal pourquoi les réformes qui déconstruisent les systèmes de protection économique (discriminations tarifaires...) se contentent de « *garde-fous* » alors que les réformes plus interventionnistes sont retenues par des certitudes économiques.

§2 : Le déséquilibre survenu en cours d'exécution.

636. Une question en partie distincte de celle du contrat d'adhésion entre professionnels. Le contrat modifié par le juge en cours d'exécution revient à introduire la révision pour imprévision dans notre droit. Le débat largement développé en doctrine mérite d'être présenté de nouveau ici, car l'imprévision peut facilement déséquilibrer un contrat d'adhésion entre professionnels. L'imprévision ne concerne pas forcément les contrats d'adhésion. L'expérience montre qu'une entreprise puissante peut très bien se retrouver victime d'une variation défavorable des prix ou d'une situation malencontreuse. La preuve en est que dans l'arrêt Canal de Craponne, rendu par la Chambre civile de la Cour de cassation le 6 mars 1876¹¹⁴¹, c'était l'entreprise qui irriguait la plaine d'Arles qui demandait la révision, alors que les exploitants agricoles demandaient le maintien du prix. De même, des arrêts qui allaient dans le même sens en 1856 impliquaient des entreprises d'assurance qui trouvaient des remplaçants pour les conscrits qui avaient tiré un mauvais numéro. La guerre de Crimée avait complètement bouleversé leurs prévisions. La Cour de cassation cassa les arrêts d'appel qui avaient prononcé la résiliation desdits contrats d'assurance¹¹⁴². L'on voit donc bien que l'analyse des négociations n'est pas le critère absolu de l'imprévision. Sauf à dire que l'ignorance de l'événement qui bouleverse l'économie du contrat constitue une faiblesse. Ce qui n'est pas pleinement satisfaisant, car cette ignorance est souvent partagée.

637. Une solution particulière dans le projet de réforme du droit des obligations. L'article 1196 du projet de réforme du droit des obligations ne retient pas exactement la révision judiciaire pour imprévision, mais quelque chose qui y ressemble. Le juge ne peut

¹¹⁴¹ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *GAJC, op. cit.*, n°165.

¹¹⁴² Civ, 9 janvier 1856 et 11 mars 1856, cité par F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, 466, p. 516.

modifier le contrat que si les parties le lui permettent, et seulement après tentative de négociation. À défaut, le juge peut toujours prononcer la résolution :

« 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 demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. À défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

Cette solution, qui peut avoir le mérite de concilier les partisans et les adversaires de la révision pour imprévision, pourrait cependant être améliorée en reconnaissant clairement au juge le pouvoir de modifier le contrat sans accord des parties.

638. *Des liens cependant sensibles entre négociations et imprévision.* Pourtant, l'on peut facilement concevoir que la partie forte se mette à l'abri des risques économiques et que l'imprévision affecte beaucoup plus facilement la partie faible. Donc, l'entreprise qui sera plus sujette à une procédure collective sera davantage exposée à une modification de circonstances. À cela, s'ajoute le fait qu'une partie faible aura beaucoup plus de mal à négocier une clause de modification du prix qu'une partie forte, qui pourra pratiquement exiger un pouvoir unilatéral dans le contrat. La question se pose donc de savoir si la révision pour imprévision constitue ou non le remède à une faiblesse contractuelle.

639. *Annonce de plan.* Il sera inutile de reprendre le débat sur la révision pour imprévision de manière exhaustive alors que la doctrine en a déjà abondamment parlé¹¹⁴³. Ce qu'il convient, c'est de voir sur la base de quoi cette révision peut être mise en œuvre et si elle doit résulter d'un déséquilibre au niveau des négociations. Nous allons donc voir en quoi la révision pour imprévision peut constituer une méthode de protection de la partie faible professionnelle (A) et si l'analyse des négociations peut être un critère pertinent pour décider du changement du contenu du contrat en cours d'exécution (B).

¹¹⁴³ L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. Aynès, Paris, Economica, 2011. P. Voirin, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, thèse Nancy, 1922. L. Grynbaum, *Le contrat contingent : l'adaptation du contrat sur habilitation du législateur*, préf. M. Gobert, Paris, LGDJ, 2004. P. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision*, préf. R. Bout, Aix-en-Provence, PUAM, 1994. M. Mekki, « Hardship et révision du contrat », *JCP G*, 2010, doctr. 1219. E. Savaux, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision », *RDC*, 2010, 105. C. Jamin, « Révision et intangibilité », *Dr. et patr.*, mars 1998, 46. H. Lécuyer, « Le contrat acte de prévision », in *Mélanges F. Terré, op. cit.*, p 656.

A : La révision pour imprévision, source de protection de la partie faible ou simple correctif économique ?

640. *Une singularité du droit civil français.* Rappelons d'abord la fermeté de la position de la Cour de cassation sur la question, qui s'est prolongée bien au-delà de l'arrêt Canal de Craponne. Il n'appartient pas au juge de modifier le contrat auquel les parties ont librement consenti, peu importe que les parties ne soient pas du tout dans les mêmes dispositions au moment de la conclusion qu'au moment de l'exécution¹¹⁴⁴. La doctrine avait espéré une évolution de la jurisprudence à cause de deux arrêts très remarqués, mais dont la solution ne s'est pas durablement reproduite. Ce sont les arrêts Huard¹¹⁴⁵ et Chevassus-Marche¹¹⁴⁶. Ces arrêts employaient le fondement de la bonne foi pour dire qu'une partie devait revoir le prix du contrat afin de permettre à l'autre de bien exécuter ses obligations. De même, un frémissement s'est fait sentir de la part de la Chambre commerciale de la Cour de cassation sur le fondement de la disparition de la cause¹¹⁴⁷. Rappelons également que la France est un des rares pays d'Europe occidentale qui n'a pas reconnu la révision pour imprévision dans les contrats entre personnes privées. La Grande-Bretagne, l'Allemagne, l'Espagne et la Suisse ont reconnu cette règle en jurisprudence et le Portugal, l'Italie et la Grèce l'ont fait par le biais du législateur¹¹⁴⁸. Le droit administratif n'a jamais connu de quelconque problème à cause de l'imprévision dans les contrats alors qu'il le reconnaît de longue date¹¹⁴⁹. La reconnaissance de la révision pour imprévision est donc relativement souhaitable. Le projet de réforme du droit des contrats émanant de la Chancellerie proposé en octobre 2013, ne reconnaît que la résiliation pour imprévision, mais pas la révision. La disposition figure à l'article 1196 de ce texte.

Si nous estimons que la révision pour imprévision est souhaitable, c'est parce que le changement de circonstances est souvent source de déséquilibre contractuel. Une partie étant, par nature ou par le contrat, plus exposée aux risques relatifs aux circonstances. En effet, la jurisprudence relative à la force majeure nous montre que rien n'est réellement

¹¹⁴⁴ Civ, 6 juin 1921, *DP*, 1921, I, 73 ; Com, 3 octobre 2006, n°04-13.214, *RTD Civ*, 2007, 340, note J. Mestre ; *D*, 2007, 765, note D. Mazeaud.

¹¹⁴⁵ Com, 3 novembre 1992, J. Mestre, « Une bonne foi franchement conquérante... au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat ! » *RTD Civ*, 1993, 124.

¹¹⁴⁶ Com, 24 novembre 1998, *RTD Civ*, 1999, 98, note J. Mestre. *JCP G*, 1993, II, 22164, note G. Virassamy.

¹¹⁴⁷ Com, 29 juin 2010, n°09-11.841, *D*, 2010, 2481, note D. Mazeaud ; *D*, 2010, 472, note S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *RTD Civ*, 2010, 782, note B. Fages.

¹¹⁴⁸ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, p. 521, n°471. V. aussi. B. Fauvarque-Cosson, « Le changement de circonstances », *RDC*, 2004, 67.

¹¹⁴⁹ CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Lebon, p. 125. V. B. Deffains et S. Ferey, « Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats », *RTD Civ*, 2010, 719.

imprévisible¹¹⁵⁰. L'imprévision est-elle le signe d'une faiblesse contractuelle ? Pour cela, il faut distinguer les changements de circonstances qui caractérisent cette imprévision. Nous en verrons successivement quatre ; la liste n'est pas exhaustive.

1 : La variation du coût des matières premières.

641. Une prise de conscience dans la dernière loi Hamon. Le premier changement de circonstances que l'on peut évoquer, c'est l'évolution du coût des matières premières. Dans les travaux préparatoires de la loi Hamon du 17 mars 2014 figurait une proposition d'obligation de renégociation en cas d'évolution du coût des matières premières¹¹⁵¹. L'idée directrice de cet amendement était que les secteurs agricoles et industriels sont beaucoup plus assujettis au prix des matières premières que les services. L'imprévision peut donc être unilatérale dans certains contrats.

La loi Hamon a donné suite à cette idée. L'article L441-8 du Code de commerce prévoit l'obligation d'introduire dans les contrats de plus de trois mois de commercialisation de produits alimentaires, une clause de renégociation¹¹⁵². L'article est ainsi rédigé dans son premier alinéa : « *Les contrats d'une durée d'exécution supérieure à trois mois portant sur la vente des produits figurant sur la liste prévue au deuxième alinéa de l'article L. 442-9 [du même code], complétée, le cas échéant, par décret, dont les prix de production sont significativement affectés par des fluctuations des prix des matières premières agricoles et alimentaires comportent une clause relative aux modalités de renégociation du prix permettant de prendre en compte ces fluctuations à la hausse comme à la baisse.* »

Le second alinéa définit des mentions, obligatoires ou facultatives que la clause peut ou doit contenir.

L'on peut reprocher à cet article L441-8 du Code de commerce d'ajouter au formalisme plutôt que de véritablement favoriser l'optimisation des prix dans la grande distribution alimentaire¹¹⁵³. Nous avons pu dire dans une précédente partie que le formalisme ne garantit en aucun cas la bonne tenue des négociations¹¹⁵⁴.

¹¹⁵⁰ F. Rome, « SNCF : rien n'est imprévisible, ni irrésistible », *D*, 2007, 1129.

¹¹⁵¹ M. Behar-Touchais, « Quand la théorie de l'imprévision entre par la petite porte : la clause de « hardship » imposée sous peine d'amende administrative », *RDC*, 2013, 1431.

¹¹⁵² J. Mestre et A.-S. Mestre-Chami, « Clause de renégociation : un important renfort législatif », *RLDA*, 2014, n°98, p. 73.

¹¹⁵³ J.-O. Boudin, « La loi Hamon, une réglementation inadaptée au commerce de gros », *AJCA*, 2015, p. 48.

¹¹⁵⁴ V. *supra*.n°152 et s.

2 : L'inflation.

642. Un phénomène indépendant de la faiblesse contractuelle. Le problème de l'inflation concerne-t-il plus certaines entreprises que d'autres ? Nous devons remarquer que les entreprises les plus puissantes sont parfaitement à même d'imposer une clause de révision du prix à leurs cocontractants. Dans ce sens-là, l'inflation peut favoriser une partie forte au détriment d'une partie faible. Néanmoins, une entreprise, même dite partie forte peut très légitimement revendiquer l'imprévisibilité de l'inflation. L'exemple le plus visible est celui de la famille Gallifet dans l'arrêt Canal de Craponne précité.

L'imprévisibilité due à l'inflation n'est donc pas systématiquement l'apanage d'une partie faible, même s'il peut se déduire par intuition que les entreprises les moins à même de négocier y sont plus sujettes.

3 : Les crises et les catastrophes.

643. Un problème universel à toutes les entreprises. Pour ce qui concerne les crises et les catastrophes, il n'y a pas de raison de penser que toutes les entreprises ne soient pas égales devant de tels événements. Cela est visible pour le cas des assureurs. Ceux-sont souvent eux qui réclament la révision pour imprévision. En effet, lorsque les circonstances sont bouleversées, les sinistres qu'ils doivent indemniser n'ont plus rien avoir avec les probabilités qu'ils avaient pu établir lors de la conclusion du contrat. Or les assureurs ne sont pas ordinairement considérés comme des parties faibles. Une telle cause d'imprévision ne trouve donc pas sa source dans la vulnérabilité contractuelle d'une partie, ni même dans un déficit d'information.

644. Des professions plus facilement touchées. À quelques exceptions près cependant : il convient de mentionner les professions agricoles qui doivent prévoir des intempéries ; à l'instar de toutes celles qui dépendent des conditions météorologiques telles que les bailleurs d'installation éolienne. L'on sait également qu'en cas de crise économique, les petites entreprises sont plus vulnérables aux aléas du marché et aux risques systémiques.

4 : Les déconvenues économiques d'une partie, cause peu crédible de révision pour imprévision.

645. Une cause douteuse de révision pour imprévision. Faut-il classer parmi les imprévisions légitimes du contrat, le fait qu'une entreprise connaisse des difficultés économiques ? L'on répondrait aussitôt que son cocontractant n'y est pour rien et qu'elle est elle-même responsable de sa mauvaise gestion. Le caractère imprévisible exigé à titre de condition pour obtenir la révision du contrat s'oppose à ce que les déconvenues du débiteur.

Si une telle affirmation emporte facilement conviction, elle reste à nuancer. Certaines entreprises n'ont pas forcément autant de trésorerie que d'autres. Les PME sont plus fragiles que les grandes entreprises. Elles ne ressentent donc pas la perte d'un client de la même manière. Elles n'ont pas autant de réserve pour amortir le choc de la perte d'un client ou d'un fournisseur. À cet égard, il peut être parfaitement légitime pour une entreprise de petite taille, d'invoquer des difficultés financières qu'elle traverse. Si les délais de grâce prévus aux articles 1244-1 et suivants du Code civil peuvent suffire, l'on pourrait envisager une faveur encore plus grande lorsque la difficulté à exécuter ses obligations est plus grande.

646. Le droit des entreprises en difficulté, une esquisse de révision pour difficultés d'un contractant. Cela concorderait relativement bien avec le droit des entreprises en difficultés, qui reconnaît la possibilité, pour les entreprises en procédure collective, une modification des obligations qui lui incombent. Et ce, peu importe la taille de ladite entreprise. Dans l'arrêt *Cœur Défense*, la Cour de cassation a indiqué que, hors le cas de fraude, une procédure de sauvegarde ne pouvait pas être refusée à un débiteur¹¹⁵⁵. Or, l'article L626-30-2 du Code de commerce, concernant cette procédure, indique que le débiteur avec l'administrateur doit présenter un plan, qui peut même prévoir des remises. Certes, ces remises ne peuvent pas être imposées aux créanciers¹¹⁵⁶. Néanmoins, c'est déjà l'ébauche d'une obligation de négociations à laquelle ces derniers sont contraints.

647. Une tendance de lege ferenda à la renégociation. La loi du 26 juillet 2005 n°2005-845 dite de sauvegarde des entreprises s'est efforcée de mettre les négociations au cœur des procédures collectives. Cette solution n'est donc pas surprenante. Néanmoins, l'on reconnaît que l'imprévision, par le biais de la sauvegarde de justice, a mis un pied dans notre droit, et concerne même les échecs commerciaux de l'entreprise débitrice¹¹⁵⁷.

648. Conclusion du A. Toutes ces causes d'imprévisions sont liées les unes aux autres. Il est donc malaisé de vouloir les distinguer pour savoir si l'imprévision aurait lieu de s'appliquer ou non. Ce qui, en revanche, peut nous intéresser, c'est qu'elles n'ont pas forcément toutes le même effet sur les contrats. Il y a donc des circonstances d'imprévision qui sont le reflet d'une faiblesse contractuelle et d'autres qui sont généralisées à tout type de contrat. À cela, il faut aussi ajouter que la répartition conventionnelle du risque reflète assez facilement la propension de chaque contractant à faire valoir ses droits au cours des pourparlers. Un contractant puissant ne se chargera pas des risques, à moins d'une contrepartie intéressante. Cela combat l'idée que tous les justiciables sont égaux devant

¹¹⁵⁵ Com, 8 mars 2011, n°10-13.988, B. Fages, « *Cœur Défense contre Canal de Craponne ?* », *RTD Civ*, 2011, 351.

¹¹⁵⁶ R. Damman et M. Boché-Robinet, « Le plan « imposé » : les leçons du dossier *Cœur Défense* », *D*, 2013, 2895.

¹¹⁵⁷ A. Diesbecq et P. Roussel-Galle, « La prévision et le droit des entreprises en difficulté », *Gaz Pal*, 30 décembre 2010, p. 8.

l'imprévision. Sur la base de ce constat, nous devons, à présent, apprécier si l'analyse des négociations peut justifier ou non la révision pour imprévision ; ou bien s'il est préférable que celle-ci se fasse sur un autre fondement.

B : La pertinence de l'analyse des négociations comme critère pour accorder l'imprévision.

649. *Plan.* Dans les rares arrêts qui ont bien voulu faire droit à celui qui invoquait l'imprévision, le juge s'est appuyé, soit sur la bonne foi, soit sur la disparition de la cause. Notre point de vue consiste à dire que la révision doit être accordée dès lors qu'elle résulte, pour la partie faible, de l'impossibilité de faire valoir ses droits au cours des négociations. Y a-t-il un fondement préférable ? La révision pour imprévision doit-elle au contraire s'exercer sur la base d'un fondement *sui generis* ? Nous allons d'abord voir la multiplicité des fondements possibles (1), pour ensuite constater que celui de l'analyse des négociations est relativement opportun (2).

1 : Les différents fondements possibles à l'imprévision.

650. *Bonne foi et loyauté précontractuelle : le critère de la possibilité de faire face à la concurrence.* La bonne foi, soulevée par les arrêts Huard et Chevassus-Marche, susmentionnés, fait surtout état de l'impuissance du juge. Ne trouvant pas de fondement pertinent dans le droit des contrats, il se rabat sur une notion incertaine. Ceux qui invoquent la bonne foi prévue à l'article 1134 du Code civil bénéficient d'une absence de définition certaine du concept qui permet d'en faire des usages même parfois contra legem¹¹⁵⁸. C'est le fondement qui a été retenu dans l'arrêt Huard du 3 novembre 1992 précité. Dans l'arrêt Chevassus-Marche, c'était plutôt l'obligation de loyauté. Ce fondement, s'il a pu avoir une certaine utilité n'est jamais qu'un prétexte juridique. C'est plutôt une certaine conception de la justice distributive qui serait à même de justifier la révision pour imprévision. La bonne foi et la loyauté rendent davantage compte des dispositions psychologiques du cocontractant. Sur le long terme, il n'est pas certain que l'on puisse demander au juge de rechercher si la partie forte avait une intention de nuire, chaque fois que les circonstances bouleversent l'économie d'un contrat. Toutefois, l'arrêt Chevassus-Marche est intéressant dans la mesure où il exige que le mandant donne au mandataire les moyens de pratiquer des prix concurrentiels. Cette recherche de l'intérêt commun est louable. Pourtant la formulation n'est pas tout à fait satisfaisante : la possibilité de pratiquer des prix concurrentiels se réfère au marché sur lequel

¹¹⁵⁸ J. Mestre, « Une bonne foi franchement conquérante », *op. cit.* ; S. Le Gac-Pech, « Le retour en grâce de la bonne foi : la régularisation déloyale et brutale équivaut au droit de ne pas payer ses charges », *AJDI*, 2012, 597.

le mandant opère. Or, il ne caractérise aucune obligation pour la partie forte de permettre à l'autre de faire du bénéfice. Il s'agit simplement de laisser l'autre « accomplir la mission qu'on lui a soi-même confiée » en quelque sorte. Il ne s'agit pas de défendre les intérêts dudit contractant à proprement parler. Ce critère de la possibilité de « *faire face à la concurrence* » a été retenu dans un arrêt sur l'abus dans la fixation du prix du 4 novembre 2014¹¹⁵⁹. La logique consistant à empêcher un partenaire de vendre ses produits relève soit du cynisme visant à éliminer une entreprise, soit du suicide, puisque l'entreprise en question défend les intérêts de la partie fixant le prix. Cela ne prend cependant pas en compte la possibilité pour la partie faible de faire du bénéfice. Le critère n'est donc pas assez large.

651. *La cause du contrat.* La cause n'a pas trouvé sa place dans les projets de réforme du droit des contrats. Pourtant, un arrêt lui a donné une nouvelle fonction. Lorsque l'économie du contrat change complètement en raison des circonstances, peut-on dire que le contrat est caduc pour défaut de cause ? L'arrêt en question n'a pas été publié au Bulletin, mais la doctrine l'a suffisamment remarqué pour qu'il puisse être analysé avec attention. Rendu le 29 juin 2010, cet arrêt mentionne que les juges du fond auraient dû constater que les circonstances rendaient l'obligation « *sérieusement contestable* »¹¹⁶⁰. Les perspectives législatives de la cause ne sont pas très grandes. Il semble qu'elle risque de disparaître avec la prochaine réforme du droit des obligations.

652. *Le choix d'un fondement *sui generis*.* Enfin, un fondement *sui generis* est également possible. Et c'est d'ailleurs ce qu'a choisi le projet de réforme du droit des obligations en son article 1196, dans sa dernière version. À ceci près que, ce n'est pas la révision pour imprévision qui est proposée, mais la résiliation. Les contractants n'ont pas l'obligation de modifier le contenu du contrat. L'on comprend bien pourquoi : le législateur ne semble pas trouver de critère certain qui fonctionnerait dans tous les cas pour obtenir la révision. Alors il s'en tient à une solution plus douce. L'on peut toutefois concéder que la solution du fondement *sui generis* est celle qui présente le moins de difficulté.

Ces fondements se passent de l'analyse des négociations. C'est pourtant ce dernier que nous choisissons pour défendre la partie faible professionnelle. Est-ce à dire que la révision pour imprévision n'en relève pas ? C'est ce qu'il convient d'étudier.

¹¹⁵⁹ Com, 4 novembre 2014, *JCP G*, 2014, 1310, note A.-S. Choné-Grimaldi ; *D*, 2015, 183, note J. Ghestin ; *AJCA*, 2015, 78, note S. Bros.

¹¹⁶⁰ Com, 29 juin 2010, n°09-67.369, *RDC*, 2011, 34, note E. Savaux ; *Gaz. Pal*, 12 janvier 2011, p. 22 note D. Houtcief ; *D*, 2010, 2481, note D. Mazeaud ; *D*, 2010, 2108, note S. Le Gac-Pech. A.-S. Choné-Grimaldi, « Vers la consécration de la théorie de l'imprévision ? La Cour de cassation engagée dans une politique de petits pas », *LPA*, 24 décembre 2010, p 7.

653. L'intérêt d'analyser les négociations pour reconnaître une imprévision susceptible d'entraîner la révision du contrat. Si une partie subit un phénomène imprévu qui bouleverse l'économie du contrat, faut-il y voir l'effet d'une négociation déséquilibrée ? La réponse ne peut pas être parfaitement tranchée. Si l'on s'en tient à l'arrêt Canal de Craponne, il va de soi que ce n'est pas un critère à retenir. Il y a pourtant des distinctions à faire au sein de l'imprévision. Il y a d'abord des contrats où l'asymétrie d'information ne fait pas reposer l'imprévision sur les mêmes épaules. Ensuite, l'on peut dire que le risque n'est pas forcément réparti de la même manière dans chaque contrat. Comme nous le disions plus haut, non seulement certaines professions sont, par nature, plus sujettes que d'autres à l'imprévision (comme c'est le cas de l'agriculture par exemple) ; mais de surcroît, la partie forte prévoit le plus souvent au début du contrat que les risques ne pèsent pas sur elle. Sauf à réclamer une contrepartie pouvant être onéreuse. Enfin, l'on peut même ajouter que l'analyse des négociations ne s'entend pas forcément des seules négociations précontractuelles, mais aussi des négociations en cours de contrat. Cela est tout à fait compréhensible dans une économie où les conventions tendent de plus en plus à régir une relation commerciale dans la durée et non plus seulement une opération ponctuelle. La distinction irait cependant trop loin. L'on n'analyse les négociations d'un contrat que dès lors qu'un contrat a été signé où que la rupture de ces négociations a causé un préjudice.

654. La nécessaire consécration d'une dualité de fondements pour l'imprévision. N'est-il pas souhaitable de donner à la révision pour imprévision un double fondement ? L'un, général, admettrait que le contrat soit révisé par le juge, si une partie de mauvaise foi fait une obstruction illégitime à la signature d'une révision, pour profiter de l'avantage que lui confèrent les nouvelles circonstances. Il conviendrait en outre d'ajouter la condition d'appréciation *in concreto* de l'imprévisibilité. En effet, l'imprévision d'un professionnel n'est pas la même que celle d'un consommateur. Enfin, la troisième condition serait le caractère évident de la disproportion. Dans ces circonstances, le juge pourrait modifier le contrat en faisant comme si les parties avaient prévu l'événement perturbateur de l'exécution de la convention.

Les conditions ne seraient pas les mêmes dans le cadre de l'analyse des négociations : il faudrait que la partie faible démontre qu'elle n'a pas été en mesure de demander une répartition du risque équitable au moment de la négociation et qu'elle n'était pas en mesure de prévoir l'événement perturbateur. Dans ces circonstances, la conséquence judiciaire ne peut pas être aussi favorable que pour la première possibilité, car les conditions sont moins strictes. La sanction doit donc être moins sévère. La partie faible ne doit pas pouvoir réclamer que le prix soit réduit à ce qu'elle aurait souhaité, mais simplement qu'il ne soit pas disproportionné. En quelque sorte, il s'agit que le juge réduise le déséquilibre à ce qui est tolérable plutôt qu'à

ce qui est parfaitement équitable. L'on ne retiendra pas l'obligation d'insérer une clause de hardship qui relève davantage du formalisme. Nous prendrons plutôt parti pour une règle susceptible de modifier le contenu du contrat grâce à une action en justice.

655. *Conclusion de la section I.* Que ce soit en modifiant le contrat dès l'origine ou en cours d'exécution, le juge ne doit plus craindre de tenir la plume des parties, ou plus encore, leur imposer des injonctions comportementales. Le législateur ne pouvant au mieux qu'imposer des principes généraux de bonne conduite dans les contrats, le juge est le seul en mesure de parer aux stratégies de dominations des entreprises les plus puissantes. Certes, il convient de réduire ce domaine d'action à l'exception, car on ne saurait imposer une omniprésence du juge dans l'économie. Lequel n'intervient par ailleurs qu'à cause du retrait du pouvoir politique, comme « *garde-fou* ».

656. *Conclusion du chapitre I.* L'on constate que la gamme est large pour assurer à la partie faible une protection. De la simple interprétation *in favorem* à la remise en cause de la lettre du contrat par le juge, sous forme d'injonction comportementale, il convient de savoir dans quelles circonstances le juge doit être strict avec la partie forte ou bien peu regardant sur le déséquilibre. En réalité, l'horizon juridique du droit des contrats entre professionnels s'oriente immanquablement vers une immixtion de plus en plus forte du juge. C'est que les entreprises trouvent toujours des parades contractuelles si le législateur n'est pas assez exigeant sur les négociations déséquilibrées. Cela ne remet pas en cause la force obligatoire des contrats. Ce n'est donc que de manière exceptionnelle qu'une partie à un contrat peut demander que celui-ci soit corrigé *ex ante* ou *ex post*. Le juge est d'ailleurs le garant de ce caractère exceptionnel de la règle du contrat d'adhésion entre professionnels.

Néanmoins, l'immixtion du juge dans le contrat même très rapprochée n'est pas toujours très dissuasive. Cela est dû au fait que les plus grandes entreprises ont en général suffisamment de trésorerie pour payer une partie faible qui aurait l'audace de faire valoir ses droits en justice. Le calcul global que peut effectuer une partie forte joue souvent en faveur de l'abus. D'où l'intérêt de doter le droit des contrats entre professionnels d'une arme au moins quasi répressive.

Chapitre 2 : L'éventualité d'un droit pénal ou quasi pénal pour réprimer les comportements contractuels abusifs.

657. Le paradoxe de la rencontre de deux disciplines éloignées. En quoi le droit pénal est-il lié au droit des contrats ? Ne s'agit-il pas de deux sphères différentes ? N'est-il pas excessif de vouloir résorber un problème d'équilibre du contrat par des mesures coercitives ? Pour répondre à ces questions, il faut analyser le rôle du droit pénal dans un système social. Le droit pénal a une fonction à la fois de défense des valeurs d'une société et de renforcement de l'efficacité d'une règle. C'est pourquoi il s'immisce dans toutes les sphères du droit. Il n'est donc pas possible d'en faire une matière indépendante à l'écart du reste des normes de droit. C'est lui qui rend effectives les autres normes de droit grâce à sa capacité dissuasive. L'Union européenne l'a bien compris en posant le principe d'effectivité du droit de l'Union, qui constraint les États à prendre les mesures, y compris pénales, qui s'imposent pour faire respecter le TFUE. Par exemple, en matière fiscale, même si l'Union européenne n'a pas de compétence pour régir le droit pénal, elle peut exiger que le législateur national prenne des dispositions de type pénal pour rendre effective la norme européenne¹¹⁶¹. La même règle trouve application en droit de l'environnement¹¹⁶² également.

658. Le besoin de lutter contre une forme de violence. S'agit-il seulement de rendre une norme effective ? Ou bien est-il aussi question de protéger les valeurs fondamentales d'une société ? Le rééquilibrage des contrats entre professionnels pourrait n'être qu'une simple gestion des flux économiques qui n'engage aucune « valeur fondamentale ». Pourtant, ce que le droit de la concurrence cherche à réprimer, ce sont souvent des comportements sciemment abusifs qui cherchent à appauvrir indûment des concurrents ou des consommateurs ne pouvant faire face à leur puissance économique. Il existe donc une forme de violence, y compris dans les contrats d'affaires, qui ne se résout pas uniquement avec une compensation pécuniaire ; mais qui doit trouver une réponse ferme pour être objectivement condamnée par le droit. Non que tous les déséquilibres doivent donner lieu à des sanctions coercitives, mais il est souhaitable d'identifier les comportements les plus nuisibles et cyniques économiquement pour assurer une justice contractuelle pérenne. Car la sanction pénale permet de déjouer tout calcul sur la rentabilité du comportement abusif. Dans le même sens, un rapport de

¹¹⁶¹ CJCE, 21 septembre 1989, aff. n° 68/88. V. aussi, F. Tulkens, « Fraudes communautaires : un observatoire pénal européen », *Déviance et société*, 1994, vol. 18, p. 215. http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ds_0378-7931_1994_num_18_2_1341

¹¹⁶² CJCE, 8 juillet 1999, Nunes et De Matos, aff. n°186/98. M. Poelmans, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire* Paris Bruxelles, LGDJ Bruylant, 2004, p. 191.

l'OCDE¹¹⁶³ a mis en avant que seul le droit pénal était assez dissuasif pour assurer une effectivité de la règle économique. En effet, un bilan coûts-avantages sur la rentabilité de la violation de la loi permet parfois de comprendre les avantages qu'il y a à ne pas la respecter¹¹⁶⁴.

659. Une entreprise non dénuée d'inconvénients. La mise en œuvre de ce droit pénal contractuel pose en revanche plus de problèmes. La lourdeur de la sanction doit être accompagnée par des garanties qui en assurent une juste application. La multiplicité des intérêts¹¹⁶⁵ à protéger rend très délicate la possibilité d'une règle parfaite. Certes, si l'on peut louer le droit pénal des affaires en ce qu'il constitue une arme dissuasive évidente, il est nécessaire de se méfier des conséquences non souhaitées que cette arme peut avoir. Il existe, en effet, une multiplicité de règles qui entourent le droit pénal pour protéger la victime, mais également pour en assurer l'effectivité. De ce point de vue, le droit pénal et le droit des affaires sont connus pour être difficilement compatibles, l'un étant strictement encadré dans des concepts définis ; l'autre bénéficiant d'une souplesse due aux impératifs de célérités et de secret.

660. Une double conception du droit répressif. Le droit répressif n'est pas un ensemble uniforme. À côté du droit pénal proprement dit, il existe de nombreux textes répressifs qui, s'ils adoptent les caractéristiques essentielles du droit pénal, s'en distinguent par certains aspects. Le droit pénal, à proprement parler, peut donner lieu à la condamnation des personnes physiques, notamment par le biais d'une privation de liberté. Un tel droit peut être nécessaire lorsque la personne physique, auteur du comportement incriminé, se cache derrière la responsabilité de son entreprise pour ne pas assumer les conséquences de son action. Pour le cas d'un contrat d'adhésion entre professionnels, l'on peut penser au commercial d'une entreprise qui fait subir un déséquilibre significatif à un partenaire sans être personnellement condamné. S'il n'y a pas de droit pénal au sens strict, l'impunité peut parfois trouver sa place chez les personnes physiques.

L'autre conception du droit répressif contient toutes les sanctions de nature punitive que le droit peut infliger sans relever de la matière pénale stricto sensu. L'on peut appeler ce droit de « quasi pénal ». Il ne touche pas les personnes physiques et ne prononce pas de sanction privative de liberté. Il a l'avantage d'infliger des sanctions de nature comminatoire aux auteurs d'abus en sorte que le comportement dit abusif ne soit pas profitable. Pour le cas des contrats d'adhésion entre professionnels, ce droit « quasi pénal » se caractérise par les sanctions telles que les amendes civiles ou administratives.

¹¹⁶³ Report on the Nature and Impact of Hardcore Cartels and Sanctions Against Cartels, under National Competition Laws, § 47 : www.oecd.org cité par M. Malaurie-Vignal, « Que reste-t-il de la dé penalisation voulue par les rédacteurs de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ? » CCC, 2006, 24.

¹¹⁶⁴ E. Combe, « Quelles sanctions contre les cartels », RIDE, 2006-1, p. 11.

¹¹⁶⁵ F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, Paris, LGDJ, [2^{ème} éd], 2009, p. 9.

La Cour européenne des droits de l'homme ne fait pas de distinction entre ces deux droits. Dès lors qu'il existe des sanctions dissuasives, l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme peut trouver à s'appliquer¹¹⁶⁶.

661. Complémentarité des deux conceptions du droit pénal des affaires. Ces deux conceptions sont plus complémentaires qu'opposées. Il s'agit pour nous de profiter des avantages de chacune. Le droit pénal proprement dit permet une véritable politique dissuasive d'autant que, pour le cas de la grande distribution, les enseignes ne peuvent pas surveiller le comportement de leurs acheteurs de manière trop rapprochée. D'où l'importance de sanctionner la personne auteur du comportement plus que son employeur. Cependant, ce type de sanction ne peut pas faire l'objet d'un contentieux abondant comme nous allons le démontrer. Il ne peut que concerner un nombre limité de condamnations et n'être que dissuasif. À l'inverse, le droit que nous appelons « quasi-pénal » présente surtout les avantages de l'efficacité pratique. Nous l'utiliserons pour empêcher de rendre les comportements abusifs profitables.

Idéalement, il faudrait pouvoir opposer un droit pénal dans son sens le plus restrictif. Un article du Code pénal qui prohiberait les contrats entre professionnels trop léonins. Le droit dit « quasi pénal » garde pourtant l'avantage du réalisme. Nous prendrons donc les deux à notre compte.

Il convient dans un premier temps de faire un état des lieux, pour savoir, outre ce qui existe déjà, ce qui marche et dont l'efficacité est vérifiée. Nous allons le voir dans un paragraphe préliminaire : le droit pénal et le droit des affaires ne donnent en général lieu qu'à des applications très ciblées. Certaines pourtant peuvent intéresser notre démarche. Peut-on protéger la partie faible contractuelle avec du droit criminel ? Nous comparerons ensuite le droit pénal au sens strict (section 1) et le droit dit « quasi pénal » (section 2) pour voir comment les comportements contractuels déloyaux peuvent être le mieux réprimés.

¹¹⁶⁶ La Cour européenne des droits de l'homme retient plusieurs critères, notamment la qualification juridique de la mesure, sa nature ainsi, que le degré de sévérité. C'est ce qui ressort de l'arrêt CEDH, Engels c/ Pays-Bas du 8 juin 1976, confirmé par l'arrêt CEDH, Menarini c/ Italie du 27 septembre 2011.

§ Préliminaire. Les infractions existantes en droit pénal des affaires, susceptibles de protéger la partie faible contractuelle.

662. *Plan.* Pour évaluer la faisabilité d'une telle démarche, il convient donc de recenser les différentes hypothèses qui se rapprochent de notre objectif : pénaliser le profit abusif opéré par un contrat commercial nuisible. Elles sont de deux ordres : certaines se situent dans le Code de la consommation, d'autres relèvent du droit de la concurrence. Il s'agit de voir en quoi le droit pénal proprement dit peut sanctionner un contrat d'adhésion entre professionnels. À partir d'infractions qui sont connexes à cette notion, nous pouvons essayer d'esquisser les traits d'une infraction qui dissuaderait les personnes physiques et morales de pratiquer des abus dans les contrats d'affaires.

A : Les comportements contractuels incriminés par le droit de la consommation

Le droit, depuis plusieurs décennies, a fait le choix de séparer les consommateurs, inaptes à défendre leurs intérêts, des professionnels qui n'ont pas à craindre la liberté contractuelle. L'expérience, comme nous l'avons démontré ci-dessus¹¹⁶⁷, révèle que le professionnel n'est pas forcément celui qui sait défendre ses intérêts lorsque la pression économique est trop forte. Ces textes de droit de la consommation ne sont pas forcément sans intérêt pour le droit des contrats d'affaires.

1- L'abus de faiblesse.

663. *Une disposition essentiellement propre au droit de la consommation.* L'abus de faiblesse est défini par le Code de la consommation aux articles L122-8 et L122-9. Il sanctionne le fait d'abuser de la faiblesse d'une personne en la démarchant pour lui faire souscrire un contrat. Sans donner lieu à une jurisprudence très abondante, cette disposition a néanmoins abouti à quelques condamnations, lesquelles pouvant s'élever à neuf ans de prison¹¹⁶⁸. La loi qui l'a insérée dans ce code visait évidemment à protéger les personnes en état de vulnérabilité importante comme les personnes âgées. Et c'est pour cela que la victime présumée doit démontrer cet état de faiblesse et d'ignorance qui l'a poussée à contracter. À défaut d'une telle preuve, la responsabilité pénale n'est pas engagée¹¹⁶⁹. Du côté de l'auteur, il

¹¹⁶⁷ V. *supra*, n°9.

¹¹⁶⁸ A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, Paris, LexisNexis, [3^{ème} éd] 2013, p. 676.

¹¹⁶⁹ Crim, 18 mai 1999, n°97-85.979.

s'agit d'abord de « *faire souscrire un engagement* ». À cela il faut ajouter un *abus*. La rédaction malaisée du texte ne précise pas de façon exacte en quoi constitue cet abus. Ce peut être une *contrainte* ou bien la simple connaissance que la victime n'était pas en mesure de connaître la portée de son engagement.

664. *Comparaison avec le droit anglais.* À cet égard, il apparaît que la notion de « *duress* » en droit anglo-saxon peut se rapprocher de celle d'*abus de faiblesse*. Cette notion se traduit en français par celle de « *violence* ». Certes, la violence économique ne donne pas lieu à une fraction pénale. Néanmoins, si la notion d' « *economic duress* » existe en droit anglo-saxon, il demeure que la frontière entre « *contractual duress* » et « *criminal duress* » reste difficile à cerner. Cela ne permet pas de dire que la violence économique, en Angleterre ou aux États-Unis, est pénalement sanctionnée. L'on peut toutefois affirmer que le caractère mouvant des concepts laisse entrevoir une possible évolution¹¹⁷⁰.

665. *Une transposition difficile en droit des affaires.* S'il est trop tôt en droit anglo-saxon pour identifier une criminalisation de l' « *economic duress* », à plus forte raison, la transposition entre abus de faiblesse et contrat d'adhésion entre professionnels est plus difficile à opérer en droit français. On ne peut pas mettre sur le même plan une personne âgée harcelée par un vendeur téléphonique et une PME qui dépend d'un client unique. Pourtant, la faiblesse est une notion connue du droit des affaires. Et si les critères ne peuvent être parfaitement les mêmes, il y a lieu de s'inspirer du principe. Peut-on abuser de la faiblesse d'un partenaire commercial ? Il ne s'agirait ni plus ni moins que de parler d'*abus de dépendance économique* selon l'article L420-2 du Code de commerce, sans démontrer d'entrave au marché¹¹⁷¹. Alors certes, il faudrait apprécier plus strictement les faits, au risque de transformer en infraction la moindre exigence commerciale envers un partenaire.

2 : Les pratiques commerciales agressives.

666. *Une infraction répondant plus à des objectifs politiques que juridiques.* L'autre infraction mentionnée au Code de la consommation par laquelle nous essayons d'inspirer un droit pénal des contrats est issue de la loi LME du 4 août 2008, précitée. Il s'agit des pratiques commerciales agressives. En vertu de l'article L122-12 du Code de la consommation, elles sont punies d'un an d'emprisonnement et d'une amende pouvant atteindre 300 000 euros. L'alinéa deux de cet article prévoit une amende calculée sur le chiffre d'affaires de

¹¹⁷⁰ F. E. Chapman, Canadian contractual duress and criminal duress : « irrational anomalous, perverse, illogical and fundamentally wrong » or just misunderstood ? *Washington University global law review*, Vol. 11, Issue 2, 2012 http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1309&context=law_globalstudies

¹¹⁷¹ V. *supra*. n°132.

l'entreprise si le profit de l'infraction atteint un tel montant. La rédaction de l'infraction est encore plus vague que celle de l'abus de faiblesse, et rend bien compte du paradoxe dont le législateur souffre. D'une main, il cherche à donner plus de liberté aux entreprises. De l'autre, il cherche à reprendre ce qu'il donne pour éviter les abus. L'abus est très difficile à identifier. Le texte qui le réprime est certes, fort, parce que pourvu d'un domaine d'action très vaste. En revanche, en même temps, son efficacité est contestable dans la mesure où il ne cerne pas vraiment son action. Reprenons donc l'énoncé de l'infraction de *pratique commerciale agressive*. Le grand I de l'article L122-11 affirme que :

Une pratique commerciale est agressive lorsque du fait de sollicitations répétées et insistantes ou de l'usage d'une contrainte physique ou morale, et compte tenu des circonstances qui l'entourent :

- 1° *Elle altère ou est de nature à altérer de manière significative la liberté de choix d'un consommateur ;*
- 2° *Elle vicie ou est de nature à vicier le consentement d'un consommateur ;*
- 3° *Elle entrave l'exercice des droits contractuels d'un consommateur.*

Et le paragraphe suivant fournit une liste de comportements très vagues pour éclairer les justiciables sur leurs droits. Une jurisprudence existe néanmoins : elle condamne le fait, pour un site de comparaison de prix, d'induire en erreur l'internaute sur l'intérêt qu'il a à souscrire à une offre¹¹⁷². Une persistance du vendeur à vouloir imposer l'exécution d'un contrat avec pour effet de bloquer un acompte a donné lieu à une condamnation pour le même chef¹¹⁷³. Enfin, la caractérisation de l'infraction est plus évidente lorsque l'auteur est venu de façon plus qu'assidue chez la victime, prétendant être mandaté par une personne de droit public¹¹⁷⁴.

667. *Une transposition en droit de la concurrence relativement hypothétique.* Peut-on, à partir de ces éléments, dégager les traits d'une infraction qui sanctionnerait les comportements agressifs en droit commercial ? La jurisprudence sur les abus de puissance économique et les abus de domination prouve que l'on peut déterminer des éléments précis pour caractériser un comportement abusif, à condition bien sûr de ne pas exiger d'atteinte au marché. Cela serait impossible à rapporter et à définir précisément. Effectivement, la faiblesse d'un professionnel, si elle ne s'entend pas de la même manière que celle d'un consommateur est bien réelle et identifiable. De plus, l'agressivité d'un professionnel envers un autre professionnel relève de la même logique, même si elle ne se matérialise pas par les mêmes actes.

Le droit de la concurrence peut d'ailleurs nous éclairer sur ce point.

¹¹⁷² Paris, 28 septembre 2011, n°10/08374.

¹¹⁷³ Aix-en-Provence, 12 avril 2012, jurisdata 2012-016094.

¹¹⁷⁴ TC Bobigny, 19 janvier 2010, n°0814280834.

B : Les comportements contractuels sanctionnés pénallement par le droit de la concurrence.

668. *Un corollaire pénal consacré pour les abus de position dominante.* Il existe une application pénale du droit des pratiques anticoncurrentielles. Elle est mentionnée à l'article L420-6 du Code de commerce. C'est par ce texte que le législateur national garantit l'applicabilité du droit européen. Il énonce qu'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 et L 420-2.* ». Cet article ne fait pas l'unanimité¹¹⁷⁵, mais il a le mérite de sanctionner les infractions relatives au droit des affaires autrement que par de simples sanctions pécuniaires qui n'impressionnent pas toujours leurs auteurs. Une valse-hésitation de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 a supprimé les personnes morales de son domaine d'application¹¹⁷⁶. Quel est le bilan judiciaire de cette disposition légale ?

669. *L'abus de position dominante, en pratique jamais sanctionné pénallement.* Selon Monsieur Blaise¹¹⁷⁷, son effet est plutôt négligeable. L'Autorité de la concurrence ne transmet que rarement le dossier au parquet. Seuls les cas d'entente injustifiable y donnent lieu. L'objectif de cet article est évidemment de lutter contre les ententes interdites par l'article L420-1 du Code de commerce, mais des condamnations ont pu être relevées sur le fondement de l'article L420-2. Une action concertée pour bloquer l'accès à un marché entre dans le giron de cet article¹¹⁷⁸. Certains enseignements à son sujet sont donnés par des arrêts a contrario. Par exemple, si la Cour de cassation affirme que la prescription du délit d'abus de position dominante commence à compter du dernier acte d'exécution d'un contrat, il est possible d'en déduire que le contrat en tant que tel peut constituer l'élément matériel de l'infraction¹¹⁷⁹. Un arrêt de la cour d'appel de Paris, constatant que la supposée victime était parfaitement en état de négocier les prix du contrat, affirme qu'elle ne peut revendiquer les dispositions du Code de commerce sur l'abus de dépendance économique¹¹⁸⁰. A contrario, on peut penser que la condamnation aurait éventuellement été prononcée si la victime en question n'avait pas été en état de négocier.

¹¹⁷⁵ C. Lucas de Leyssac, « L'inquiétant article L420-6 du Code de commerce », *Concurrences* 1-2008, version numérique de la revue.

¹¹⁷⁶ F. Dekeuwer-Deffossez, « La responsabilité pénale des personnes morales à la lumière de l'éphémère article 17-1 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la concurrence », *JCP E*, 1994, p. 356.

¹¹⁷⁷ J.-B. Blaise, « La sanction pénale », *JCP E*, 2013, 1170.

¹¹⁷⁸ Crim, 17 juin 2009, n°08-84.482, Jurisdata 2009-049124.

¹¹⁷⁹ Crim, 19 mars 2008, 07-80.473, *Rev. Dr. pénal*, 2008, comm 88, note J.-H. Robert.

¹¹⁸⁰ Paris, 13 septembre 2012, n°08/16012, Mungori c/ Virax.

670. Conclusion du § préliminaire. En réalité, s'il est possible de concevoir une infraction pénale qui sanctionnerait l'usage abusif du pouvoir contractuel, une multitude d'obstacles perturbe la possibilité d'un tel instrument juridique. Le risque étant que l'infraction se retourne contre l'intérêt qu'elle cherchait à défendre. Nous allons donc exposer dans une première section, les questions que pose l'idée d'un droit pénal des contrats visant à protéger la partie faible. Puis dans une deuxième section, nous verrons les solutions qui existent en droit positif pour tempérer les contraintes imposées par le droit pénal.

Section 1 : Le droit pénal stricto sensu, une solution intéressante, mais d'application restrictive.

671. Introduction. Pour voir en quoi le droit des contrats d'affaires peut être, ou non, régi par du droit pénal, il est nécessaire d'analyser la question sous une double grille de lecture. Le premier angle d'analyse s'attachera à voir que le droit pénal des affaires criminalise une source de progrès économique en se plaçant au niveau de l'opportunité factuelle, ce qu'il convient de débattre (§1). Le second angle sera celui des contraintes du droit pénal ; ces contraintes servent à empêcher une application arbitraire du droit pénal, mais peuvent aussi rendre les actions en justice vaines lorsque le droit des affaires est concerné (§2).

§1 : L'opportunité d'un droit pénal des contrats d'adhésion entre professionnels.

672. Présentation du dilemme. Faut-il criminaliser les entreprises ? Faut-il criminaliser les entrepreneurs ? La pratique des affaires implique une certaine dose de risques. Il n'est pas forcément bon de faire peser sur les épaules de ceux qui créent des emplois au risque de leur propre fortune parfois, l'éventualité d'une condamnation pénale. Cette condamnation peut d'ailleurs surgir à cause d'un malentendu ou d'une pression économique qui incitait à enfreindre la loi pour survivre. Il vaudrait d'ailleurs mieux ne pas incriminer de comportement économique, si cela ne servait qu'à nuire aux plus faibles commercialement. Notre ambition est au contraire inverse. Il s'agit d'empêcher les entreprises en position de force, de nuire, en toute impunité, à celles qui subissent une pression économique très contraignante. Cela exige de trouver la manière optimale d'user de la contrainte pénale. Cela ne va pas de soi alors que le droit des affaires a plutôt tendance à connaître une dépénalisation. Nous allons donc d'abord voir quels sont les effets souhaitables ou indésirables d'un droit pénal des contrats d'adhésion entre professionnels (A) et ensuite la

question de la personne qu'il convient le plus de condamner (B).

A : Les effets potentiels d'une incrimination des comportements abusifs dans les contrats d'affaires.

Sur le principe d'un droit pénal des contrats d'affaires déséquilibrés, il existe plusieurs objections qu'il convient de peser. L'une consiste à mettre en avant le fardeau qu'il pose sur le dos des entreprises (1), et l'autre met davantage en exergue l'instrumentalisation néfaste que l'on peut en faire (2).

1 : L'effet nuisible du droit pénal des affaires sur l'esprit d'entreprise.

673. Le droit pénal des affaires, une entrave au processus de création de richesses ? Pourquoi est-ce que la tendance juridique des dernières décennies a plaidé en faveur d'une dépénalisation du droit des affaires ? Les raisons sont multiples. Néanmoins, dans une optique de recherche d'efficacité, le législateur a cherché à soulager les entreprises de la contrainte juridique. La logique porte pourtant plus loin. L'on demande au droit pénal d'être « *adapté à la vie des affaires* »¹¹⁸¹. Cela rend compte, d'une certaine manière, d'un certain primat, dans l'ordre des valeurs, conféré à la logique économique. L'on pressent la volonté, que Ronald Coase appelle de ses vœux, de réduire les coûts de transaction¹¹⁸². Même si cela est à nuancer, l'on devine une certaine prégnance de la loi du marché dans l'élaboration de la norme.

674. Un constat à dépasser. Ce raisonnement, même s'il tient pour beaucoup d'une logique légitime, connaît certaines limites lorsque sa logique est poussée à l'extrême. Il est difficile de concevoir une moralisation du monde des affaires si chaque contrainte imposée à une entreprise est perçue comme une gêne pour l'économie et par conséquent une perte de richesse. La rigidité du droit peut être tout à fait opportune si la valeur défendue par la règle doit être préférée à une plus grande souplesse pour l'entreprise. Peut-on concevoir un droit économique qui se contenterait exclusivement de faciliter le profit des acteurs de marchés ? De plus, la sanction pénale que nous cherchons à mettre en place vise surtout les entreprises qui ont le plus de moyens. Si l'on punit les entreprises qui abusent de leur pouvoir de nuisance sur une autre, c'est précisément pour empêcher les entreprises les plus vulnérables de subir une contrainte qui n'est pas celle du droit, mais qui demeure non moins nuisible.

¹¹⁸¹ R. Dati, *Lettre de mission*, in J.-M. Coulon (dir.), *La dépénalisation du droit des affaires*, Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Paris, La documentation française, 2008 p. 3.

¹¹⁸² I. Lianos et D. Sokol, « The global limits of Competition Law », *Concurrences* 4-2012, version numérique.

2 : Le droit pénal des affaires, une arme à double tranchant contre les comportements abusifs.

675. Le droit pénal des affaires, un outil efficace pour nuire à l'image d'un concurrent. Un autre inconvénient du droit pénal est qu'il est souvent l'outil de manœuvres médiatiques visant à attaquer commercialement un concurrent et entacher son image auprès du public¹¹⁸³. L'argument est évidemment pertinent dans la mesure où le temps judiciaire et le temps médiatique ne sont pas les mêmes. Lorsqu'une entreprise a démontré son innocence à propos de l'infraction pour laquelle sa responsabilité était recherchée, il est déjà trop tard, le mal est fait. Il demeure en théorie possible d'agir en justice contre celui qui a abusivement intenté une action au pénal. Toutefois, l'expérience montre que ces actions n'ont pas de réelle portée économique et ne dissuadent pas les abus¹¹⁸⁴.

676. Un argument qui n'a pas la même portée pour le cas des contrats d'adhésion entre professionnels. Pourtant, l'on constate aujourd'hui que la volonté de sanctionner les entreprises abusant de leur pouvoir contractuel est bien réelle. Le recours de plus en plus fréquent à l'article L442-6 I 2° du Code de commerce montre que la réponse coercitive est souvent une nécessité. La loi Macron¹¹⁸⁵ prévoit d'ailleurs d'élever les amendes civiles infligées sur le fondement du titre IV du livre IV du Code de commerce à 5 % du chiffre d'affaires réalisé en France. Les entreprises qui subissent les pressions économiques les plus fortes sont souvent celles qui ont le moins de visibilité médiatique. Elle ne sont donc pas en mesure de faire du chantage de ce point de vue d'autant qu'une répression pénale des comportements contractuels ne peut pas avoir le même retentissement médiatique que certaines infractions comme la fraude fiscale ou la violation des droits de propriété intellectuelle.

677. Le droit pénal proprement dit, une arme beaucoup plus dissuasive contre les comportements abusifs. En réalité, il convient de se demander ce que le droit pénal apporte de plus que le droit civil ou le droit de la concurrence pour protéger une partie faible. La réponse se trouve naturellement dans la nature de la sanction. Laquelle a un effet beaucoup plus dissuasif lorsqu'il s'agit de droit criminel. Si cela peut être sujet à discussion¹¹⁸⁶, à tout le moins, le caractère dissuasif réside aussi dans le fait que la sanction pénale proprement dite ne touche pas seulement l'entité sociale, mais également l'auteur, personne physique lui-même. Cela présente l'avantage que la conséquence judiciaire de la faute n'est jamais négligeable, à

¹¹⁸³ J-M. Coulon, *op. cit.*, p. 14.

¹¹⁸⁴ B. Bouloc, « Les abus dans le recours à la voie pénale et leurs sanctions », *Concurrences* n°1-2008, p. 43.

¹¹⁸⁵ Loi du 6 août 2015, préc.

¹¹⁸⁶ L. Levènue, « Administrative, vous avez dit administrative ? Comme c'est bizarre... » *CCC*, 2014, repère 8.

l'inverse des sanctions exclusivement pécuniaires que l'on peut écarter par une compensation financière indolore. La condamnation touche la personne condamnée au-delà de ses biens. Cette conséquence mérite donc que l'on évalue jusqu'où il convient d'impliquer la personne physique lorsque l'on cherche à lutter contre des nuisances contractuelles. Car, nous l'avons dit, la frontière peut parfois être mince entre une négociation tendue et une véritable exploitation de la faiblesse commerciale d'autrui.

B : La question de la personne devant être incriminée.

678. *Présentation de la question.* L'arme pénale serait donc plus dissuasive, car elle ne se contente pas d'une simple indemnité qui n'effraie pas systématiquement les entreprises qui ont le plus de trésorerie¹¹⁸⁷. Elle compromet l'auteur aux yeux du public et l'atteint parfois dans sa personne. Faut-il que ce soit la personne physique ou la personne morale qui subisse la condamnation ? Et cela doit-il être vrai dans tous les cas ? Si c'est la personne physique, il est à craindre que l'entité morale fasse porter la faute à un employé qui n'a fait que se conformer aux exigences de sa profession. Si c'est la personne morale, ne risque-t-on pas de faire échapper le véritable auteur à la peine, au détriment d'une personne morale qui ne sert que d'écran ? Surtout lorsqu'elle est installée à l'étranger et que sa responsabilité peut être difficilement recherchée. Nous allons donc procéder en deux temps. Après avoir vu ce que dit le droit positif français et étranger (1), nous essaierons de dégager des critères pour voir dans quelles circonstances l'abus de pouvoir contractuel doit toucher la personne physique (2).

1 : L'agencement *de lege lata* entre la condamnation de la personne physique et la condamnation de la personne morale.

Le droit français offre une solution crédible, mais qui mérite d'être comparée avec les solutions étrangères.

a : Le droit français.

679. *Le scepticisme doctrinal.* Le droit français retient une conception relativement précise de la responsabilité pénale des personnes morales de droit privé. Rappelons que le droit français y a longtemps été opposé, en raison du fait que la personne morale ne

¹¹⁸⁷ Bien que la volonté croissante du gouvernement de sanctionner les auteurs d'abus a conduit dans la jurisprudence récente à affecter profondément certaines entreprises privées. Dans l'affaire des produits d'hygiène et d'entretien, les amendes sont de sept milliards et de quatre milliards sept cents mille euros, ADLC, 14-D-19 du 18 décembre 2014. V. L. Idot, « Procédures « quasi-répressive » en droit de la concurrence », *RSC* 2015, 175.

correspond qu'à une fiction. D'où l'accusation de « *puéril anthropomorphisme* » par le professeur Faivre¹¹⁸⁸. De plus, priver de liberté une personne morale n'aurait pas de sens. Enfin, les opposants à cette théorie ont également mis en avant l'absurdité à prononcer une condamnation pénale à l'encontre d'une personne dénuée de volonté propre¹¹⁸⁹. Et pourtant, la responsabilité pénale des personnes morales a fini par être reconnue par notre droit. C'est l'article 121-2 du Code pénal qui régit la question, affirmant que « *les personnes morales [...] sont responsables pénalement [...] des infractions commises pour leur compte, par leurs organes ou représentants.* » La jurisprudence¹¹⁹⁰, puis le législateur se sont montrés sensibles aux arguments de la doctrine favorable à cette responsabilité. D'abord parce que la jurisprudence s'est mise à accepter les personnes morales, bien plus que comme des fictions¹¹⁹¹. Et de par le fonctionnement de ses institutions, la personne morale peut être amenée à enfreindre la loi par les actes qu'elle pose. À l'argument de la privation de liberté impossible, il est facile de répondre que la personne morale peut être soumise à des peines comme l'amende ou la dissolution¹¹⁹².

680. *La consécration législative.* La possibilité d'une condamnation d'une personne morale de droit privé, si elle a été rendue possible par la loi du 16 décembre 1992 n°92-1336, ne concernait que des infractions spécialement désignées pour cet objectif. Le principe, montrant ses limites, a été abandonné par la loi du 12 juin 2001 n°2001-504. Désormais, toutes les infractions sont susceptibles d'engager la responsabilité d'une personne morale. Plus importante est la question des conditions d'engagement de la responsabilité pénale d'une personne morale de droit privé. L'énoncé de l'article 121-2 du Code pénal laisse clairement apparaître deux conditions cumulatives : une infraction commise par un représentant ou un organe, et la poursuite des intérêts de cette personne. La distinction entre « organe » et « représentant » ne suscite guère de controverse au sein de la doctrine qui tend même à les confondre¹¹⁹³. Le salarié rentre évidemment dans cette catégorie, et le déléguétaire du pouvoir du chef d'entreprise de même¹¹⁹⁴. Le fait du représentant-organe doit à la fois être matériellement effectué, mais aussi psychologiquement voulu. Il n'y a pas lieu à responsabilité d'une société si son représentant n'avait pas connaissance de l'inexactitude des faits qu'il alléguait¹¹⁹⁵.

¹¹⁸⁸ P. Faivre, « La responsabilité pénale des personnes morales », *RSC*, 1958, 547, cité par R. Bernadini, *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, « Personne morale », octobre 2014, point n°9. V. également *supra*.

¹¹⁸⁹ *Id.*

¹¹⁹⁰ Des exceptions sont apparues dès la fin du XIX^{ème} siècle. *Ibid.*, point n°19.

¹¹⁹¹ Civ. 2^{ème}, 28 janvier 1954, *D*, 1954, jurispr., p 217, note G. Levasseur.

¹¹⁹² R. Bernadini, *op. cit.*, points n°14 à 17.

¹¹⁹³ E. Dreyer, *Droit pénal général*, Paris, LexisNexis, 2010, p. 676.

¹¹⁹⁴ *Ibid.*, page suivante.

¹¹⁹⁵ Crim, 2 décembre 1997, n°96-85.484, cité par E. Dreyer, *op. cit.*, p. 682.

681. *L'exclusion du principe dans certains systèmes.* Cette option n'est pas celle de tous les systèmes juridiques européens. En Allemagne, le principe de culpabilité (*Schuldprinzip*), ayant valeur constitutionnelle ne permet pas l'incrimination des personnes autres que physiques¹¹⁹⁶. De même, la Cour constitutionnelle espagnole a longtemps considéré que les responsables pénaux ne peuvent être que les individus seuls¹¹⁹⁷. Le système est aujourd'hui modifié par la réforme de 2011¹¹⁹⁸. En Russie, il n'y a qu'une loi pénale sur le terrorisme qui permette la condamnation des personnes morales, et leur dissolution¹¹⁹⁹. Le système taïwanais raisonne de la même façon, sur le principe *societas delinquere non potest*¹²⁰⁰.

682. *La solution anglaise.* Dans d'autres systèmes juridiques, la condamnation d'une personne morale est prévue par le droit positif, mais elle est soumise à d'autres critères. En Angleterre, le droit considère comme en France que c'est la faute pénale de la personne physique, qui permet celle de la personne morale. Néanmoins, ce n'est pas le lien juridique qui rapproche l'auteur personne physique de la personne morale, mais la volonté de l'auteur personne physique de l'infraction. C'est l'arrêt *Tesco Supermarkets Ltd vs Nattras* qui consacre la solution¹²⁰¹. L'interprétation de cette décision a donné lieu à des discussions en doctrine à cause du désaccord entre les Lords qui se sont prononcés. Cependant, l'on retient davantage l'idée de « l'incarnation ». C'est-à-dire que la personne qui entend agir et parler de l'être même de l'entreprise engage la responsabilité de l'entreprise¹²⁰². Les États-Unis ont depuis longtemps reconnu le principe de responsabilité pénale des personnes morales, mais à deux conditions cumulatives : il faut que la faute soit le fait d'un organe de l'entreprise ou d'un salarié, et qu'il ait entendu agir dans l'intérêt de la personne morale¹²⁰³.

¹¹⁹⁶ J. Pradel, *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, [3^{ème} éd.], 2008 p. 164.

¹¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 165.

¹¹⁹⁸ Sur la réforme espagnole de la responsabilité pénale des personnes morales : <http://www.lepetitjuriste.fr/droit-compare/droit-penal-compare/la-reforme-penale-en-espagne-permet-la-reconnaissance-de-la-responsabilite-penale-des-entreprises>

¹¹⁹⁹ J. Pradel, *op. cit.*, p. 164.

¹²⁰⁰ C. Mauro, « Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales, éléments de droit comparé », in M. Benillouche et M. Daury-Fauveau (dir.), *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales* Paris, PUF, 2009, p. 61.

¹²⁰¹ *Supermarkets Ltd. v. Nattrass* [1972] A.C. 170-171.

¹²⁰² R. Legeais, « Les réponses du droit anglais et du droit allemand aux problèmes de la responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. des sociétés*, 1993, p. 371.

¹²⁰³ C. Mauro, *op. cit.*

683. En droit néerlandais. Le système néerlandais, depuis la loi du 23 juillet 1976¹²⁰⁴, se fonde sur une analyse différente. La responsabilité pénale de la personne morale ne tient pas au fait d'une personne physique, mais les agissements de la personne morale elle-même sont suffisants pour engager sa responsabilité¹²⁰⁵. Ce système présente, par certains aspects, des avantages. En effet, il dispense le juge d'un fardeau probatoire trop important et est plus à même de sanctionner les organismes qui commettent des délits. À cela, il faut objecter qu'il y a tout lieu dans cette situation d'appliquer les critiques qui sont faites par les opposants au principe de la personne morale : une entreprise, une société, ou une association n'a pas de volonté, elle ne peut donc pas commettre d'infraction. D'autant que notre droit connaît le mécanisme juridique de l'infraction « diffuse »¹²⁰⁶. Lequel consiste à dire que si l'on a la conviction qu'un représentant d'une personne morale a commis une infraction, mais que l'identité précise de cette personne physique demeure inconnue, la condamnation de la personne morale demeure possible. Cependant, il semble que le droit moderne est plus à la recherche d'efficacité que d'orthodoxie juridique. Car certains acteurs juridiques profitent souvent de la complexité du droit pour faire jouer une règle secondaire et échapper au chef d'inculpation pour lequel ils étaient poursuivis. C'est la raison pour laquelle l'action du ministre de l'Économie, que nous verrons plus loin, prévue à l'article L442-6 du Code de commerce, sanctionne « *tout producteur, commerçant ou industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers* ». Il n'est pas nécessaire de rechercher le fait d'une personne physique puisque l'on cherche à combattre le profit perçu par la personne morale dans son propre intérêt.

684. La conception européenne de la condamnation des personnes morales. Le droit de l'Union européenne retient une conception mixte de la personne inculpée dans le cadre d'une infraction de concurrence : l'entreprise. Le concept est utilisé pour infliger des amendes administratives, mais l'on peut le transposer au droit pénal, puisque les peines en la matière sont essentiellement financières. Car, le droit européen de la concurrence ne connaît pas la personne morale¹²⁰⁷. Ce droit européen étant davantage soucieux de faire respecter le Traité relatif au fonctionnement de l'Union européenne, il adopte une démarche pragmatique, visant toute entité enfreignant la règle communautaire. Entité qu'il désigne par « *entreprise* ». Peu importe la forme sociale ou autre critère. L'entreprise est définie dans la jurisprudence de la

¹²⁰⁴ S. Geeroms, « Responsabilité pénale de la personne morale : une étude comparative », *RIDC*, 3-1996, p. 537.

¹²⁰⁵ J. Pradel, *op. cit.*, p. 174.

¹²⁰⁶ E. Dreyer, *op. cit.*, p. 735. Parmi les arrêts de la Cour de cassation qui reconnaissent le principe en question : Crim, 25 juin 2008, n°07-80.261, *Dr. pénal*, 2008, comm. 140, (pour des fausses factures).

¹²⁰⁷ L. Idot, « Les leçons du droit européen de la concurrence, » in G. Giudicelli-Delage et S. Manacorda (dir.), *La responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales*, Paris, Société de Législation Comparée, 2013, p. 165. V. également *supra*.

CJUE comme l'entité qui exerce une activité économique, comme l'indique l'arrêt Höfner¹²⁰⁸. Cela ne fait néanmoins que déplacer le problème de la définition de l'activité économique. Une première conception s'est avérée désuète en doctrine par la suite : celle de l' « *activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné* »¹²⁰⁹. Une seconde définition affirme qu'une entreprise est une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels poursuivant de façon durable un but économique déterminé¹²¹⁰. Si le concept a un intérêt pour distinguer l'entreprise du particulier, du consommateur, de l'État, du profane ou d'une autre partie¹²¹¹, il n'en demeure pas moins que le droit pénal des affaires ne peut se passer de la notion de personne, peu importe la nature de celle-ci. En effet, la personnalité est une condition indispensable pour pouvoir être attrait en justice. Il peut être répondu à cela que les auteurs de fraude utilisent cette technique pour que le véritable auteur de l'infraction ne soit pas assigné, comme nous avons pu le mentionner dans une précédente partie¹²¹². L'on peut le voir, par exemple, lorsqu'une pratique est plus le fait d'un groupe d'entreprise que d'une personne juridiquement identifiée. L'on pense aux conglomérats, aux groupes dont les holdings sont en mesure de donner des ordres frauduleux à leurs filiales. S'il faut reconnaître que le juge doit être en mesure de sanctionner le véritable auteur de l'infraction, on ne saurait infliger une sanction pénale à une entité que le droit ne reconnaît pas. Ce qui vaut pour le droit civil et que nous avons préconisé vaut aussi pour le droit pénal. La nature de la personne est évidemment déterminante pour connaître la sanction qui s'applique : si l'on ne déjeune pas avec une personne morale, elle ne peut non plus faire l'objet d'une peine de prison ; de même, on ne peut forcer une personne physique à la dissolution. D'autant que la frontière de la notion d'entreprise reste relativement vague. Il faut s'appuyer sur plusieurs indices parmi lesquels la part sociale de la maison mère dans la filiale, l'emprise économique... Récemment, la Cour de justice de l'Union européenne a estimé que même si une société n'entretenait aucun rapport économique avec sa filiale, elle pouvait toujours être considérée comme l'auteur de l'infraction commise par cette même filiale¹²¹³. Même si la société mère détenait presque la totalité du capital de la filiale, il est possible de s'interroger sur le fondement d'une telle responsabilité qui apparaît alors, quasiment, pour autrui.

¹²⁰⁸ CJCE, 23 avril 1991, C-41/90.

¹²⁰⁹ Par ex. CJCE, 18 juin 1998, aff. C-35/96, §36.

¹²¹⁰ Voir par ex. « Décision de la Commission du 7 juin 2000 relative à une procédure d'application de l'article 81 du Traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE ». Journal officiel, 7 juin 2001, n°L152, p. 24, §442.

¹²¹¹ L. Idot, « La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Frison-Roche, 2003, p. 523-545.

¹²¹² V. *supra*, n°389 et s.

¹²¹³ CJUE, 11 juillet 2013, aff. C-440/11, Commission c/ Stiching Administratiekantoor Portielj et Gosselin Group NV. *RLDA*, 2013, n°85, note : L. Arcelin.

685. *Transition.* Cela nous ramène à nos développements sur les stratégies d'évitement sociétaires, qui ont évidemment des conséquences sur le droit pénal. Nous ne reprendrons pas ici ce qui a été dit plus haut¹²¹⁴. Nous nous contenterons de trouver le point d'équilibre en droit pénal entre sanction contre la personne morale ou la personne physique. Il faut donc, à partir de ces éléments, dégager des critères pour voir, en droit des contrats commerciaux, dans quelle cas il peut être bon de condamner, ou bien la personne physique, ou bien la personne morale.

2 : Les critères de détermination de la juste personne condamnée pour une violence économique dans les relations d'affaires.

686. *Le problème de la juste personne devant être condamnée.* Admettons à présent que le droit reconnaisse un délit consistant à imposer un contrat léonin par chantage commercial à un partenaire. Si le droit cherche à dissuader les personnes physiques de commettre de tels actes, faut-il condamner les salariés, les représentants, les dirigeants ? Parfois, même, c'est l'actionnaire ou le client qui exerce une pression forte sur l'entreprise pour la pousser au chantage commercial de ses partenaires les plus faibles. Qui est réellement à l'origine de l'acte ? Le service juridique ? L'interlocuteur commercial de la partie faible ? Le Conseil d'administration ? Le débat demeure d'actualité et ne concerne pas que les contrats d'adhésion entre professionnels. Le « maillon » de la chaîne qui est le plus en contact avec la victime est le plus sujet à condamnation. Cette question a resurgi dans les procès pénaux impliquant Jérôme Kerviel ou Fabrice Tourre¹²¹⁵. Le personnel entourant le prévenu affirmant en général lors du procès : « je ne savais pas ce qu'il faisait ». La présomption d'innocence requiert cependant que l'on ne condamne pas un prévenu sans avoir acquis la conviction de sa culpabilité. La question n'est pas tant l'agencement entre condamnations des personnes physiques et morales, mais plutôt la personne visée par le texte incriminant le comportement contractuel.

687. *La prise en compte des personnes donneuses d'ordre.* En premier lieu, il convient de montrer que les politiques commerciales violentes sont parfois le fait d'une pression subie. Cette pression peut émaner de la hiérarchie, de la concurrence ou bien de l'actionnariat. L'idée est de ne condamner uniquement ceux qui agissent par cynisme et non ceux qui ne sont que les mains agissantes d'une entité supérieure. C'est pourquoi une condamnation de l'entreprise permet d'éviter une prise de risque judiciaire inappropriée au monde des affaires. Cela permet également de sanctionner une politique globale néfaste plutôt que des faits isolés

¹²¹⁴ V. *supra*, n°389 et s.

¹²¹⁵ R. Mortier, « La juste condamnation en appel de Jérôme Kerviel », *JCP E*, 2012, 1702 à propos de : Paris, 24 octobre 2012. H. de Vauplane, M. Dubertret, « La responsabilité des intermédiaires en matière de produits subprimes : la fin du début ou le début de la fin ? » *D*, 2010, 2447.

dont il est difficile de tirer des conclusions. Néanmoins, si une personne physique doit répondre de ses actes, il est juste que ceux qui prennent la décision d'abuser d'un rapport de force contractuel soient sanctionnés.

688. La politique commerciale comme critère de sanction de l'entreprise. À l'inverse, une personne morale peut être condamnée s'il est démontré que le fait de son salarié est imputable à la bonne ou mauvaise politique de prévention qu'elle a instaurée. La Cour de cassation a récemment annulé la relaxe d'une société dont un salarié avait commis des négligences sur le chantier où il exerçait. Les juges d'appel affirmaient qu'elle n'avait pas fourni à ce salarié une formation adéquate permettant de prévenir le dommage subi par la victime¹²¹⁶. Donc, si la politique menée par l'entreprise a causé la faute du salarié, cette entreprise peut être condamnée. À condition évidemment que la preuve en soit rapportée. Pour condamner la bonne personne, le tout est de trouver à qui est revenue l'initiative du comportement néfaste. Prenons le cas d'une relation entre un agent commercial au service d'un distributeur et un fournisseur. Si l'on veut condamner celui qui exerce le comportement abusif, il faut voir si la violence économique est propre au commercial en question. Admettons par exemple que ses collègues n'agissent pas comme lui et que rien ne fait état d'une volonté de l'entreprise de le conduire à une telle attitude, alors cette personne doit être condamnée personnellement. Si, en revanche, l'entreprise a souhaité que son représentant commette l'infraction, alors la condamnation de l'entreprise sera plus opportune, d'un point de vue moral. C'est donc le critère de l'initiative de la décision qui doit l'emporter¹²¹⁷.

689. Transition. Si le droit pénal semble présenter les avantages de l'efficacité et de la fermeté, face aux droits civil et commercial trop souples pour que la partie forte ne soit pas en mesure de les retourner en sa faveur, cette fermeté se fait en contrepartie de multiples règles qui rendent l'action pénale hasardeuse, voire peu réaliste.

§2 : Les obstacles techniques propres au droit pénal entravant le bon exercice d'un droit pénal contractuel.

690. Des exigences propres à la matière pénale. La matière pénale n'est pas que le bras armé du reste du droit. Elle demeure une discipline autonome qui a acquis des principes régulateurs pas toujours compatibles avec les exigences du droit des affaires ou de la concurrence. L'histoire juridique est riche en idées pour protéger les personnes poursuivies

¹²¹⁶ Crim, 11 avril 2012, n°10-86.974, *RLDA*, 2012, n°73, note B. Bouloc.

¹²¹⁷ L'on retrouve cette idée dans cette décision de Cour de cassation qui indique que la délégation de pouvoir est susceptible d'exonérer un dirigeant si cette délégation est « *effective en pratique* ». Autrement dit, que la décision a été prise ailleurs. Crim, 24 janvier 2012, n°11-84.045, *RLDA*, 2012, n°69.

pénallement contre l'arbitraire judiciaire. Ainsi, la personne poursuivie dispose de droits qu'elle peut faire valoir en justice, à peine d'entraîner le rejet de l'action qui est engagée contre elle. Or en droit pénal des affaires, du fait qu'il s'agit surtout de criminalité astucieuse, l'auteur de l'infraction est souvent plus à même d'utiliser les règles de protection de la personne poursuivie pour échapper à la condamnation. L'on voit cela notamment par des techniques d'obstruction de la procédure et de manœuvres dilatoires.

691. Le risque d'un droit pénal des contrats d'affaires ineffectif. C'est pourquoi l'inefficacité du droit pénal de la concurrence est souvent montrée du doigt. Le Professeur Louis Vogel dénonçait cette situation dans une allocution à l'occasion d'un colloque le 13 février 2002¹²¹⁸. Selon lui, cinq millions de plaintes sont déposées chaque année en France, 84% d'entre elles sont classées sans suite, la moitié de celles qui donnent lieu à des poursuites aboutissent à des condamnations et généralement dans des délais très élevés. Il convient cependant de tempérer cette affirmation par les causes diverses de la faible proportion d'affaires donnant lieu à condamnation en droit de la concurrence. Il faut, bien entendu, prendre en compte les difficultés matérielles qui empêchent les victimes et les autorités de déceler les infractions. D'où une très faible part en droit des affaires de condamnations effectives¹²¹⁹. A cela, il convient d'ajouter le temps pour diligenter une procédure judiciaire et donner lieu à condamnation définitive¹²²⁰. Néanmoins, sur un plan strictement juridique, d'autres objections sont opposées à l'idée d'un droit pénal des contrats d'affaires. C'est le cas des causes qui relèvent de la preuve ou même de la réalité des faits reprochés au prévenu.

Le rapport Coulon émet des propositions en ce sens : allonger le délai de constitution de partie civile au-delà de celui qui permet au procureur d'agir, motiver les classements sans suite, produire des pièces comptables pour fixer la consignation, convertir par principe la consignation en amende civile en cas de non-lieu, le juge pouvant décider la solution contraire¹²²¹. Est-ce que cela suffirait pour réduire les obstacles techniques du droit pénal ? Ce n'est pas sûr. Comme nous allons le voir, ils sont assez nombreux pour dissuader une telle entreprise.

a : La preuve de l'intention

692. L'intention, élément difficile à caractériser en droit pénal des affaires. La responsabilité pénale exige la réunion d'un élément matériel et d'un élément intentionnel. Or,

¹²¹⁸ L. Vogel, « L'intérêt des sanctions civile et pénales », *Gaz. Pal.*, 2003, recueil janvier-février, p. 120.

¹²¹⁹ J.-B. Blaise, *op. cit.*

¹²²⁰ B. Lasserre, « Efficacité des procédures d'urgence et politique préventive du Conseil de la concurrence », *Gaz. Pal.*, 2003, p. 117.

¹²²¹ Rapport Coulon, préc., p. 79 et s.

la délinquance dite « en col blanc » se fait, par définition, de façon silencieuse et secrète. Il est donc difficile d'obtenir la preuve d'une mauvaise intention. Si l'on considère qu'il faut incriminer le chantage contractuel présentant une forme de violence économique, la partie forte pourra toujours répondre qu'elle ne savait pas que les conditions contractuelles qu'elle imposait représentaient une menace pour la survie de son partenaire commercial et trouvera très souvent un prétexte dans son intérêt commercial, prétendument légitime. C'est pourquoi l'intention exigée à l'article 121-3 en son premier aléa du Code pénal donne lieu à des mises en œuvre particulières concernant le droit des affaires. Pour ce qui est de l'abus de biens sociaux, l'élément intentionnel découle de l'élément matériel ; notamment lorsque le cas est flagrant (un dirigeant qui emploie fictivement un membre de sa famille)¹²²². Pour ce qui est de la répression pénale d'un rapport contractuel abusif, la preuve de la mauvaise intention devra cependant être nécessaire. Car autrement, la différence avec un comportement respectueux des intérêts contractuels de l'autre serait presque impossible. Comment cette preuve peut-elle s'établir ? Par les propos échangés entre les acteurs commerciaux ? Cela semble inefficace. En revanche, certains éléments peuvent démontrer la mauvaise foi de l'auteur de l'infraction. Une menace, même feutrée, de rupture des rapports commerciaux dont l'auteur sait qu'ils sont nécessaires à la survie de l'entreprise peut être rapportée pour démontrer que l'auteur ne pouvait ignorer la portée de son geste.

693. L'obligation de diligence, pour présumer une intention. À ce propos, il existe des techniques employées par le juge pour faire face au fardeau de la preuve de l'intention en droit pénal des affaires. Prenons le cas d'un banquier qui encaisserait des sommes d'argent, d'origine illicite, sans vérifier d'où elles viennent. Se rend-il coupable de blanchiment d'argent ? Pour le savoir, le juge va rechercher si le banquier le moins vigilant aurait été en mesure de suspecter l'origine frauduleuse des sommes perçues¹²²³. En droit des contrats d'affaires, la logique est transposable. Un partenaire commercial, même le plus ingénu, était-il en mesure de connaître le tort qu'il causait lorsqu'il exigeait un prix démesuré à son cocontractant en difficulté financière ?

¹²²² J.-P. Zanoto, « L'élément intentionnel dans la délinquance économique au regard du droit pénal », in M. Frison-Roche, J-C. Marin et C. Nocquet (dir.), *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, Paris, Dalloz, 2001, p. 34.

¹²²³ V. Malabat, « Droit pénal et droit des affaires : raisons et évolutions d'un lien traditionnel », in B. Saintourens (dir.), *Dépénalisation, régulation et renouvellement des sanctions en droit comparé des affaires*, Paris, Litec, 2009, p. 1-13, spé. p. 13.

Cette question rejoint celle de la preuve, étudiée plus haut¹²²⁴. Nous en évoquerons quelques aspects ici, car elle prend une tournure beaucoup plus délicate lorsque le droit pénal est en cause.

694. La géométrie variable du principe de présomption d'innocence. On appellera l'importance de la présomption d'innocence en droit pénal et son application en droit pénal des affaires. Monsieur Bouloc explique le problème dans un article consacré à ce sujet¹²²⁵. La présomption d'innocence parfaite n'existe pas, il serait idyllique de penser le contraire. L'on tient nécessairement compte des indices plus ou moins décisifs. C'est généralement la preuve de la bonne foi du sujet de droit qui va permettre de restaurer cette présomption d'innocence perdue. Le même auteur cite les penseurs¹²²⁶ qui mirent en question la présomption d'innocence pour les criminels par tendance et les criminels professionnels. Sans reprendre ces thèses d'un autre temps, il est possible d'admettre que le juge ait moins tendance à faire respecter à la lettre ce principe lorsqu'il se trouve en présence d'un acteur de marché suffisamment puissant. Cet acteur de marché pourrait rendre la preuve de son infraction impossible à rapporter, et amener le juge à se fonder sur des présomptions.

695. Un précédent intéressant en matière de délit boursier. En matière de délit boursier, les juridictions suprêmes ont peu d'égard pour les requérants qui font valoir une atteinte à la présomption d'innocence. Dans cette optique, le Conseil d'État¹²²⁷ a estimé que l'article L621-15 du Code monétaire et financier ne comportait pas d'atteinte à la présomption d'innocence même s'il ne précise pas que seuls sont réprimés les manquements intentionnels constituant des délits boursiers. La Cour de cassation, quant à elle, a refusé de transférer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité sur le manquement boursier pour communication d'information fausse en ce qu'il n'exigeait pas que le manquement soit intentionnel¹²²⁸.

¹²²⁴ V. *supra*n°454 et s.

¹²²⁵ B. Bouloc, « Présomption d'innocence et droit pénal des affaires », *RSC*, 1995, p. 465.

¹²²⁶ Il s'agit de Ferri, *La sociologie criminelle* et Tarde, *La philosophie pénale*, cité par B. Bouloc, « Présomption d'innocence et droit pénal des affaires », *op. cit.*

¹²²⁷ CE, 16 juillet 2010, n°32.1056 Beslay c/ AMF. *RSC*, 2011, p. 116, note F. Stasiark. Sur le sujet : R. Salomon, Colloque, *Les incidences des évolutions constitutionnelles et européennes sur les éléments constitutifs des infractions boursières*, *RLDA*, 2011, n°63 supplément.

¹²²⁸ Com, 15 juin 2010, n°09-14.968. Etrangement la Cour de cassation, dans son attendu de principe ne se réfère pas à un principe constitutionnel ou à une déclaration de droit mais uniquement au règlement de l'AMF. C'est-à-dire qu'elle ne tranche pas réellement vis-à-vis de la Constitution.

C'est dire si ce principe peut souffrir, en dépit de l'importance qu'il revêt, des exceptions en matière commerciale.

c : Le principe « *nullum crimen sine lege* »

696. *Un principe guère appliqué en droit pénal des affaires.* Partant du principe que nous voulons réprimer pénalement le chantage commercial dans les contrats d'affaires, l'incrimination du comportement délictueux en tant que tel pose problème. Le monde des affaires est connu pour savoir déjouer une incrimination en la contournant par un comportement produisant les mêmes effets. Par exemple, les sanctions qui pesaient sur les tarifs imposés aux producteurs dans la grande distribution ont été contournées par les marges arrière que la loi LME a eu du mal à endiguer. L'article L442-2 du Code de commerce prévoyait l'interdiction « *pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif* ». L'alinéa 2 de cet article définit la revente à perte de la façon suivante : « *Le prix d'achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat, minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport.* » Le rapport Vautrin et Gaubert a été obligé de constater que les NIP ou « *nouveaux instruments promotionnels* » ont permis de contourner cette définition¹²²⁹.

697. *Devant les juridictions suprêmes.* Or, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, relatif au procès équitable, ne permet pas qu'une infraction pénale soit définie selon le bon vouloir du juge chargé de l'appliquer. Le droit pénal des affaires, édicté par la loi du 24 juillet 1966 laissait au juge la possibilité d'interpréter l'élément matériel à rapporter. Par exemple le délit d'entrave au fonctionnement du comité d'entreprise rend compte de cette souplesse. Certes, cela a pu être critiqué¹²³⁰, cependant, on ne constate pas à ce jour de sanctions massives du droit pénal des affaires par la Cour européenne des droits de l'homme ou par le Conseil constitutionnel. Un point vient cependant faire exception : l'exemple de la question prioritaire de constitutionnalité sur le harcèlement sexuel¹²³¹. L'expérience a d'ailleurs peut-être dissuadé la Chambre sociale de la Cour de cassation de

¹²²⁹ Rapport AN, n°3322, Vautrin et Gaubert du 6 avril 2011. V. M. Behar-Touchais, « Nouveaux instruments promotionnels (NIP) : Rapport Vautrin et Gaubert, RLC, 2011, p. 39 et s. J.-C. Grall, « La loi de modernisation de l'économie (« LME ») résistera-t-elle jusqu'aux prochaines élections présidentielles ? » RLC, 2011, p. 28.

¹²³⁰ Y. Guyon, « De l'inefficacité du droit pénal des affaires », *Pouvoirs* n°55, 1990, p. 44. Si l'on a pu contester l'opportunité de cette incrimination, elle subsiste cependant toujours en droit positif.

¹²³¹ Cons. constit. QPC, 4 mai 2012, n°2012-240, R. Parizot, « Exit le délit-tautologie de harcèlement sexuel », *LPA*, 24 mai 2012, n°104, p. 3.

transmettre un recours similaire au Conseil constitutionnel à propos du harcèlement moral¹²³². Beaucoup de textes de droit pénal des affaires sont réputés faire l'objet d'une interprétation très libre de la part de la Cour de cassation. Par exemple, le retard dans la production d'une pièce comptable a pu être assimilé à la disparition de document comptable¹²³³. Cette tendance du droit pénal des affaires à la « logique floue » est souvent dénoncée comme une ouverture vers des dérives possibles¹²³⁴.

698. Le dilemme posé par le principe. Faut-il craindre que la promulgation de la constitution prioritaire de constitutionnalité ne fasse disparaître de nombreux délits commis « en col blanc » ? Ou bien n'est-il pas préférable d'admettre que la criminalité astucieuse, notamment dans les rapports entre professionnels (l'expression « droit pénal des affaires¹²³⁵ » étant contestée) doive laisser au juge une marge d'interprétation ? Autrement, ne laisse-t-on pas l'auteur de l'infraction jouer sur les lacunes d'une loi qui ne pourra jamais énumérer matériellement tous les comportements illicites ? D'autant que l'atteinte au principe de légalité des délits et des peines ne présente pas le même risque si elle est exercée à l'encontre d'une personne physique ou d'une personne morale¹²³⁶. Dans ce dernier cas, la privation de liberté n'est guère à craindre. Le principe aurait donc tout lieu d'être tempéré.

699. Un principe qui connaît certains aménagements en droit européen. En ce qui concerne le contentieux de la Cour européenne des droits de l'homme, le principe de légalité des délits et des peines découle de son corollaire prévu à l'article 7 de la Convention à propos de la non-rétroactivité de la loi pénale. La légalité au sens de cette convention ne s'entend pas de la même manière qu'en droit français. La loi n'est pas seulement un acte émanant du pouvoir législatif ou même exécutif. Elle renvoie à l'ensemble du droit en vigueur, comme affirmé dans l'arrêt *Sunday Times c/ Royaume-Uni*¹²³⁷ et appliqué dans l'arrêt *Malone c/ Royaume-Uni*¹²³⁸, à condition que la loi soit accessible, précise et prévisible dans ses conséquences¹²³⁹.

700. Proposition de rédaction d'une telle infraction. Comment une infraction, incriminant une personne physique et susceptible de condamner à des peines privatives de

¹²³² Soc, 11 octobre 2012, n°12-40.066, *Gaz Pal*, 9 avril 2013, n°125, p. 2, note A. Borzeix.

¹²³³ C. Mascala, « Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires », *D*, 2004, p. 3050.

¹²³⁴ A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salmon, *op. cit.*, n°11.

¹²³⁵ Y. Guyon, « De l'inefficacité du droit pénal des affaires », *Pouvoirs* n°55, 1990, p. 41 et s.

¹²³⁶ N. Mathey, « Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales », *RTD Civ*, 2008, p. 205.

¹²³⁷ CEDH, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, 26 avril 1979, n°6538/74.

¹²³⁸ CEDH, *Malone c/ Royaume-Uni*, 2 août 1984, n°8691/79.

¹²³⁹ M. Delmas-Marty, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit pénal des affaires », *DPCI*, 1991, p. 366.

liberté, consistant à soumettre une partie faible à un contrat d'affaires déséquilibré pourrait-elle être rédigée sans porter atteinte au principe de légalité des délits et des peines ? L'idée de « déséquilibre significatif » pourrait être utilisée, car nous avons vu que le Conseil constitutionnel ne voit aucune confusion quant à la signification de cette notion¹²⁴⁰. Toutefois, ce ne pourrait être le seul élément à rapporter. L'auteur de l'infraction devrait « contraindre économiquement un partenaire commercial en situation de dépendance à son égard à un déséquilibre significatif mettant sciemment en péril ses intérêts économiques les plus élémentaires sans que la situation financière de l'auteur ne justifie de telles exigences ». Ou bien plus simplement, il devrait soumettre un partenaire commercial à un « chantage économique non justifié par une nécessité économique ». Donc, il faudrait : outre le déséquilibre contractuel manifeste, un état de fragilité de la victime qui l'empêcherait de renoncer à ce contrat, la connaissance par l'auteur de la détresse économique qu'elle fait subir à son partenaire, et l'absence de raison justifiant un tel déséquilibre. Par exemple, les difficultés économiques que traverse la partie dite forte peuvent justifier que le contrat soit déséquilibré. Ce ne serait pas le cas en revanche en présence d'un partenaire qui jouirait d'une excellente santé économique.

701. *Réponse à une objection.* Il pourrait être objecté qu'une condamnation pénale trop facile en matière économique peut donner lieu à des injustices qui pèsent sur les entrepreneurs. En réalité, la condamnation pénale d'un acteur économique est tellement difficile, comme le disent un certain nombre d'auteurs que nous avons déjà cités¹²⁴¹, que les contraintes procédurales viendraient filtrer le contentieux, mais laisseraient planer la menace d'une sanction sur les entreprises qui prendraient le risque délibéré d'enfreindre la loi.

d : Le principe *non bis in idem*.

702. *L'hypothèse de cumul de procédures.* Nous n'avons pas encore réellement tranché le choix entre sanction administrative ou sanction exclusivement pénale. Dans certains cas, une procédure administrative peut être préférable, dans d'autres, une procédure pénale, dans d'autres, le cumul est souhaitable. Or, les différents secteurs du droit n'étant pas régis de manière uniforme, le cumul est fréquent.

703. *Le choix de l'application stricte du principe dans certains pays.* Nous verrons plus loin qu'en matière d'infraction économique, les procédures administratives sont souvent bien plus efficaces et plébiscitées par la doctrine à cause, notamment, du caractère technique du comportement incriminé. Une juridiction administrative ne prononce jamais de sanction pénale proprement dite, mais elle peut le faire de façon déguisée. Cela ne veut pas dire que la

¹²⁴⁰ V. *supra*, n°236.

¹²⁴¹ V. *supra*, n°691.

Cour européenne des droits de l'homme ne l'interprète pas comme une juridiction pénale au sens de l'article 6§1 de la Convention dont elle est garante¹²⁴². C'est ici que se pose le problème du principe *non bis in idem*, principe fondamental, reconnu au Protocole numéro 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le premier alinéa de l'article 4 de ce texte énonce : « *Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison de l'infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État.* » Au nom de ce principe, certains pays comme l'Espagne refusent de faire coexister l'action administrative et l'action pénale. La procédure administrative doit être suspendue dès lors que la juridiction pénale est saisie. À l'issue de l'instance pénale, la procédure administrative ne peut reprendre son cours qu'à condition qu'elle porte sur des faits distincts de ceux qui ont motivé la sanction pénale ou pour un fondement différent¹²⁴³. Une règle similaire a cours en Allemagne¹²⁴⁴.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a récemment connu un changement important à ce sujet. Si certains indices pouvaient laisser penser que le cumul d'actions était parfaitement possible, la règle s'est peu à peu affirmée en faveur d'un principe *non bis in idem* strictement appliqué. C'est notamment en droit boursier que le problème se posait de manière forte¹²⁴⁵. La France tenait auparavant une position relativement ambiguë sans être la seule à avoir fait ce choix. On trouvait la même entorse au principe *non bis in idem* à propos des délits boursiers en Grande-Bretagne. Le FSA (Financial Service Authority, qui gère le marché bancaire) disposait d'un pouvoir de sanctions pénales et administratives et le cumul des procédures n'était pas interdit¹²⁴⁶. Le Conseil constitutionnel était d'ailleurs assez complaisant, par deux décisions, il avait admis la conformité à la Constitution d'un tel cumul. La première, du 17 janvier 1989¹²⁴⁷ concernait le Conseil supérieur de l'audiovisuel. La seconde décision¹²⁴⁸ rendue la même année en date du 28 juillet concernait la Commission des opérations de bourse devenue aujourd'hui Autorité des marchés financiers. Le cumul des sanctions fut admis sous la seule réserve que le cumul du montant des sanctions ne dépassât pas le montant le plus élevé des deux infractions encourues. L'argument n'est pas probant, le principe *non bis in idem* se trouve *de facto* atteint dès lors qu'il existe deux procédures pour les mêmes faits¹²⁴⁹. La sanction n'est pas nécessaire. Faut-il admettre que le juge constitutionnel passe sous silence un principe fondamental pour donner plus de vigueur à des

¹²⁴² V. *supra*, n°718.

¹²⁴³ Rapport Coulon, *op.cit.*, p. 62.

¹²⁴⁴ *Id.*

¹²⁴⁵ B. Bouloc, « La responsabilité pénale des entreprises en droit français » *RIDC*, vol. 46, n°2 avril-juin 1994, p. 675.

¹²⁴⁶ Rapport Coulon, *op. cit.*, p. 66.

¹²⁴⁷ Cons. constit., DC, 17 janvier 1989, n°88-248.

¹²⁴⁸ Cons. constit., DC, 28 juillet 1989, n°89-260.

¹²⁴⁹ R. Koering-Joulin, « De quelques aspects de la règle *ne bis in idem* », in *De Code en code, Mélanges en l'honneur de Georges Wiederkehr*, Paris, Dalloz, 2009, p. 471.

dispositions plus utiles ? Toujours est-il que le choix du Conseil constitutionnel à propos de l'actuelle AMF n'a pas convaincu pas tout le monde. Si l'on admet qu'elle présente sur le plan pratique de nombreux avantages, d'aucuns ont mis en avant la fragilité de la solution à l'égard du droit des libertés fondamentales¹²⁵⁰.

704. Une tolérance à laquelle a mis fin un arrêt de Cour européenne des droits de l'homme. La solution a désormais fait l'objet d'une décision tranchée de la Cour européenne des droits de l'homme en faveur du principe *non bis in idem*. Il n'est désormais plus possible de faire des concessions au principe de nécessité pour échapper à l'article 4 du Protocole n°7 de la Convention européenne des droits de l'homme. De manière assez nette, la Cour affirme dans l'arrêt Grande Stevens que, s'il existe une identité de faits à ceux qui ont déjà donné lieu à une condamnation définitive, ledit article s'en trouve violé. C'est ce qui ressort des paragraphes 227 et 228 de l'arrêt en question¹²⁵¹. Le Conseil constitutionnel s'est empressé de suivre la règle posée par la Cour de Strasbourg reprochant à certaines dispositions du Code monétaire et financier de « *réprimer les mêmes faits* ». Les articles L465-1 et L621-15 du Code monétaire et financier s'en sont trouvés en partie abrogés. L'on peut reprocher à cette solution de ne pas tenir compte de la nécessité de sanctionner certains comportements de manière suffisante, mettant ainsi en péril le système économique, plus précisément boursier en l'occurrence. La Chambre criminelle de la Cour de cassation s'est également alignée sur ce raisonnement : le 20 mai 2015, dans un arrêt d'annulation sans renvoi, la Cour, estimant que l'article L465-1 du Code monétaire et financier, ayant déjà donné lieu à une condamnation, l'article L621-15 du même code ne pouvait pas donner lieu à une autre condamnation.

La solution se trouve donc bien intégrée dans notre droit, mais il reste à mesurer les conséquences sociales d'une telle application du principe *Ne bis in idem*. Les sanctions servent à dissuader des infractions qui rapportent des montants relativement élevés. Certes, nous verrons plus loin que les moyens ne manquent pas nécessairement pour combattre les fautes lucratives, néanmoins, l'absence de prise en compte des conséquences sociales de l'infraction dans la jurisprudence Grande Stevens a quelque chose d'étonnant. La situation ambiguë que l'on connaissait avant ce revirement ne pouvait perdurer sens cesse, mais le Rapport Coulon mettait en avant que des pouvoirs accrus du Conseil de la concurrence (aujourd'hui devenu Autorité de la concurrence) étaient relativement bénéfiques pour la régulation de l'économie¹²⁵².

705. Conclusion du §2. Il peut être remarqué que les principes protecteurs du droit pénal tels que la nécessité d'une loi incriminant la faute ou la présomption d'innocence ont vu

¹²⁵⁰ M. Nord-Wagner, « La double sanction des infractions boursières à l'épreuve du principe *non bis in idem* », *AJ Pénal*, 2011, p. 67.

¹²⁵¹ CEDH, 4 mars 2014, Grande Stevens et al. c/ Italie, n°18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10.

¹²⁵² L. Idot, « Les leçons du droit européen de la concurrence », *op. cit.*

le jour alors que la responsabilité pénale des personnes morales n'existe pas. Toutes ces précautions doivent leur existence à la gravité de la peine encourue par la personne physique, surtout lorsqu'il s'agit d'une privation de liberté. En matière de condamnation par des autorités administratives, on se situe davantage dans une logique d'arbitrage des marchés. Si les sommes, objet de la condamnation, peuvent être très élevées, elles ne cherchent pas tant à priver de liberté l'auteur du comportement illicite qu'à le dissuader. C'est vraisemblablement pour cette raison que Madame Idot affirme que le droit pénal de la concurrence ne doit être promulgué qu'à l'encontre des personnes physiques¹²⁵³.

706. Conclusion de la section. Le droit pénal, pris dans son sens strict, est donc, par de nombreux aspects, inapproprié au droit des affaires qui a besoin de rapidité et d'efficacité. Cela ne veut pas dire qu'il soit à exclure totalement. Toujours est-il que ses limites doivent être prises en compte. Par ailleurs, l'idée selon laquelle le droit pénal connaît trop de contraintes pour s'appliquer efficacement au droit des affaires ne plaide pas nécessairement en sa défaveur. Le fait que les condamnations soient rares vient compenser le reproche qui lui est fait de sanctionner les entrepreneurs qui prennent des risques. Si les condamnations sont rares, mais bien réelles, cela veut dire qu'il existe un certain nombre de filtres pour parer aux condamnations excessives. C'est pourquoi il demeure souhaitable de sanctionner pénalement les auteurs de violences économiques qui utilisent le contrat à des fins de chantage, mais en tenant compte des impératifs du droit pénal. De telle sorte, les condamnations judiciaires ne sont pas fréquentes, mais peuvent néanmoins dissuader l'impunité commerciale que connaissent certaines relations d'affaires.

707. Transition. Cependant, le législateur a pris acte des lourdeurs du droit pénal des affaires, et s'est davantage rabattu sur un système quasi pénal. Ce système un peu hybride entre le droit commercial et le droit pénal est-il satisfaisant ? Il convient à présent d'en étudier l'intérêt.

Section 2 : L'efficacité d'un droit « quasi pénal ».

708. L'alternative de juridictions « semi pénales ». Face à la complexité du droit pénal, de nombreuses branches du droit ont opté pour une voie alternative qui en garde les avantages sans s'encombrer de ses inconvénients. Ce phénomène a pris une certaine ampleur, au point de devenir une forme moderne d'édition du droit¹²⁵⁴. Il ne s'est pas vraiment réalisé de manière homogène. Ses causes sont d'ailleurs multiples et ses domaines d'applications extrêmement variés. Il semble qu'il soit davantage apparu comme une nécessité ponctuelle

¹²⁵³ L. Idot, « Le droit des États-membres de l'Union européenne », *Concurrences* 1-2008, p. 14, spé. p. 20.

¹²⁵⁴ N. Martial-Braz, J-F. Riffard et M. Behar-Touchais (dir.), *Les mutations de la norme* (colloque), Paris, Economica, 2011.

plutôt que comme une volonté politique de long terme. C'est donc à défaut de pouvoir tirer profit des institutions ordinaires que le droit, d'une manière générale, a eu recours à ce phénomène. Ce phénomène est appelé tantôt « régulateur » ou « autorité administrative indépendante » et la pratique a développé de manière abondante.

709. L'émergence historique des régulateurs administratifs. Est-on passé d'un système reposant sur la séparation des pouvoirs à un système privilégiant l'efficacité ? La Révolution française réprouvait par principe toute ingérence de l'administration dans l'exercice juridictionnel. Les pouvoirs judiciaire et exécutif doivent être séparés. C'est pour cela que l'on trouve un certain nombre d'auteurs du XX^{ème} siècle qui n'admettent pas l'idée d'une justice rendue par l'administration¹²⁵⁵. Dans un courant de pensée convergent, Monsieur Lequette déplore que « *L'État se défausse parfois de ses pouvoirs sur des autorités indépendantes* »¹²⁵⁶. Il faut en effet constater que ce pouvoir de sanction de l'administration ne se fait pas systématiquement par une autorité indépendante. Or le Conseil d'État ne se laisse pas atteindre par ces arguments, puisqu'il affirme qu'il n'y a pas lieu de poser une question prioritaire de constitutionnalité à propos des pouvoirs de police administrative¹²⁵⁷. Dans cette affaire, il s'agissait de mettre en cause le pouvoir, conféré par l'article L332-18 du Code des sports au Premier ministre, après avis d'une commission nationale consultative, de dissoudre un groupement de supporters considérés comme trop violents. La juridiction suprême de l'ordre administratif affirme que la séparation des pouvoirs n'est pas atteinte, puisque cette disposition répond à la nécessité de sauvegarder l'ordre public compte tenu de la gravité des troubles visés, c'est-à-dire des violences de supporters. Là encore, le droit fait une entorse à la séparation des pouvoirs en raison du souci d'efficacité. Il vaut mieux dissoudre une association de supporters de façon expéditive, plutôt que d'engager une procédure judiciaire inefficace. La Cour européenne des droits de l'homme n'est pas non plus opposée en tant que telle au pouvoir de sanctions attribuées à l'administration¹²⁵⁸.

710. Un dérivé des pouvoirs de sanction de l'administration. En réalité, les autorités administratives indépendantes n'ont pas géné la séparation des pouvoirs, car elles n'étaient que des extrapolations de certains pouvoirs revenant à l'administration. C'est en matière fiscale que cette prérogative lui est accordée de façon la plus notoire. Cela figure aux articles

¹²⁵⁵ P. Delvolvé, « La justice hors du juge », *Cah. dr. entre.*, 1984, n°4, p. 16 ; J.-M. Auby, « Les sanctions administratives en matière de circulation automobile », *D*, 1952, chro., p. 111, cité par. H-M. Crucis, *Juriscl. Administratif*, fasc. 108-40, » sanctions administratives », juillet 2015, n°5.

¹²⁵⁶ Y. Lequette, « Ouverture », *RDC*, 2012, p. 262.

¹²⁵⁷ CE, 8 octobre 2010, n°340848, Groupement de fait Brigade sud de Nice.

¹²⁵⁸ CEDH, 23 juin 1981, n°7238/75 et 10 février 1983, n°7496/76, Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique, sur la question : E. Piwnica, « La dévolution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 2010, 915. A. Pietrancosta, « Conformité à la Convention européenne des droits de l'homme de la procédure disciplinaire du CMF », *Dr. bancaire*, 2003, 46.

1727 et suivants du Code général des impôts. Et surtout, l'on pense au pouvoir disciplinaire à l'égard des fonctionnaires. Par extension, ce pouvoir peut être donné au gouvernement lorsque celui-ci accorde une licence dans un domaine particulier à un opérateur de droit privé et qu'il désire en contrôler le bon usage. Ce pouvoir de contrôle a fait pressentir à Léon Duguit sa propension à s'étendre de façon forte : « *Le moment viendra peut-être où la répression disciplinaire se confondra complètement avec la répression pénale ; la chose n'est pas impossible puisqu'au fond, les deux espèces de répression ont le même caractère et reposent sur le même fondement.*¹²⁵⁹ » Les entités administratives dotées de la capacité à arbitrer des conflits apparaissent de façon sporadique dans des domaines reconnus pour leur technicité et la particularité de leurs règles. Elles ne sont pas apparues sur le fonctionnement d'un unique modèle. Néanmoins, plusieurs convergent vers le même principe. Il s'agit le plus souvent d'un garde-fou censé pallier l'État là où celui-ci s'est retiré. Ce fut le cas du Conseil de la concurrence en 1986. L'on comprend cependant aujourd'hui que les pouvoirs de sanctions données à l'Autorité de la concurrence relèvent davantage d'une logique d'efficacité que d'une logique de substitution à l'État.

711. *Une qualification de « quasi pénale » non dénuée de limites.* Nous ne qualifions ce droit de « quasi pénal » que d'un point de vue français. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, notamment avec l'arrêt Engels ne s'en tient pas forcément aux catégories retenues par les droits nationaux¹²⁶⁰. Néanmoins, il ne lui est pas totalement identique. En effet, ce droit quasi pénal ne concerne que les personnes morales. Il ne prononce pas de peine privative de liberté et l'on peut affirmer que sa fonction première est de corriger les déséquilibres d'un secteur donné plus que de défendre des valeurs fondamentales.

712. *Annonce de plan.* Une entité administrative indépendante peut-elle efficacement lutter contre les comportements abusifs ? Il convient d'en analyser les différents aspects pour répondre à cette question. Nous verrons dans un premier temps que le recours à un régulateur du contrat est un moyen à la fois efficace pour dissuader le chantage commercial et assez souple pour éviter la rigidité du droit pénal (§1), mais ses avantages ne doivent pas cacher les imperfections qui réduisent cette même efficacité (§2).

§1 : L'utilité d'une entité administrative indépendante pour dissuader les comportements commerciaux abusifs.

713. *Plan.* L'objectif n'étant pas seulement de punir les auteurs de pratiques abusives, mais également de les dissuader, il pourrait être plus judicieux d'avoir recours à un droit

¹²⁵⁹ L. Duguit, *L'Etat* II p. 469, cité par G. Dellis, *Droit pénal et droit administratif*, Paris, LGDJ, 1997, p. 46.

¹²⁶⁰ V. *supra*. n°718.

semi-pénal à cette fin. Plusieurs arguments plaident dans ce sens : d'abord, il est plus que difficile de recourir au droit pénal, dans un contexte commercial, à cause des règles de protection de la personne poursuivie dont nous avons parlé. Nous verrons que, quoique dans une mesure relativement faible, le droit « quasi pénal » permet quelques écarts vis-à-vis de la rigidité des règles du procès (A), et il est l'outil le plus adéquat pour lutter contre les fautes lucratives (B).

A : L'éventualité d'un assouplissement des règles du procès équitable pour le droit quasi pénal.

714. Une solution très incertaine dans l'état actuel du droit. La Cour européenne des droits de l'homme ne s'arrête pas aux désignations fournies par les États membres pour savoir si le droit pénal trouve à s'appliquer. D'ailleurs, d'une manière générale, il n'y a pratiquement pas de différence entre le droit pénal proprement dit et le droit quasi pénal. Cette distinction n'existe guère dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Néanmoins, la situation n'est pas exactement la même dans les deux cas. Certes, pour le défendeur, il revient au même d'être condamné par une juridiction économique que par une juridiction de droit commun. Néanmoins, une juridiction quasi pénale ne condamne pas les personnes physiques et n'entraîne jamais une peine privative de liberté. Si, à l'instar des juridictions pénales proprement dites, elles ont une fonction dissuasive, elles ont également une fonction technique et économique qui suffit à les différencier des juridictions de droit commun. Elles répondent de manière plus forte à un but de régulation sans lequel leur existence même ne peut pas être comprise.

715. Objection en faveur d'une distinction. N'y a-t-il pas ici la place pour une distinction ? Elle aurait quelque chose de relativement tenu et fragile, mais elle pourrait toutefois exister. L'on trouve d'ailleurs des failles, même infimes, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui permettent de projeter une solution dans ce sens. Il est effectivement nécessaire de regarder la réalité qui s'oppose, de manière générale, à cette distinction (1). En revanche, le réalisme économique pourrait permettre de nuancer, même de manière très encadrée, la rigidité de la solution de la Cour européenne des droits de l'homme (2).

1 : L'inflexibilité de la Cour européenne des droits de l'homme.

Le droit pénal est sans doute un ensemble trop vaste pour que les juges strasbourgeois définissent un principe général qui, au nom de la régulation économique, laisserait les États membres relativement libres d'outrepasser des principes aussi fondamentaux que ceux

contenus dans le premier paragraphe de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits et libertés fondamentales. Il n'y a donc pas de distinction au nom de la nécessité économique (a). De ce fait, les principes se trouvent, de manière globale, appliqués de façon aussi ferme qu'en droit pénal *stricto sensu* (b).

a : L'absence de principe économique susceptible d'assouplir l'application de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

716. *Une souplesse du Conseil constitutionnel écartée par les juges européens.* Ce qui aurait pu laisser croire à une prise en compte des nécessités économiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, c'est le raisonnement tenu par le Conseil constitutionnel depuis de nombreuses années. Depuis 1989¹²⁶¹, les juges de la rue Montpensier, n'enferment pas les principes du procès équitable dans des conditions strictes. Par exemple, ils exigeaient que le principe *Non bis in idem* ne soit pas violé de manière « *disproportionnée* »¹²⁶². Cette souplesse ne se retrouve pas dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui implique ce dernier principe de façon très large depuis le dernier arrêt *Grande Stevens*¹²⁶³. Nous avons, par ailleurs, déjà eu l'occasion de dire que la jurisprudence du Conseil constitutionnel mécontentait une part importante de la doctrine. Cette solution ne pouvait donc perdurer.

717. *Des exceptions n'existant pas pour le droit au procès équitable.* De surcroît, si certains articles de la Convention de sauvegarde des droits et libertés fondamentales permettent un assouplissement de certaines règles (par exemple, le droit à la vie familiale), le premier paragraphe de l'article 6 de cette convention ne tolère d'exception que pour ce qui concerne la publicité des débats. Il n'y a donc pas lieu de rechercher un texte de loi qui contreviendrait au procès équitable pour un motif légitime même appliqué de façon restreinte, comme l'article 8 de cette convention le permet en son deuxième alinéa pour le droit à la vie privée et familiale.

718. *Le caractère économique du droit pénal ignoré.* Enfin, il convient d'ajouter que la notion de « droit pénal économique » n'est pas prise en compte par la Cour européenne des droits de l'homme¹²⁶⁴. En vertu de l'arrêt Engel que nous avons déjà évoqué, le droit est dit pénal dès lors qu'il existe des sanctions répressives d'une certaine importance¹²⁶⁵. Les juges ne prennent donc pas en compte la finalité de la sanction, ni l'objectif recherché par le

¹²⁶¹ Cons. constit., DC, 28 juillet 1989, n°89-260, préc.

¹²⁶² Cons. constit., DC, 17 janvier 1989, n°88-248 et DC, 28 juillet 1989, n°89-260.

¹²⁶³ CEDH, 4 mars 2014, arrêt Grande Stevens et al. c/ Italie, préc.

¹²⁶⁴ Sur la question : F. Sudre, « Le recours aux notions autonomes », in Collectif, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylants 1998.

¹²⁶⁵ CEDH, 8 juin 1976, Engels c/ Pays-Bas, préc.

législateur en instituant un droit « quasi pénal ». De ce fait, l'objectif économique recherché par la juridiction se trouve entravé par des principes, certes fondamentaux, mais dont la défense ne relève pas du même enjeu lorsqu'il s'agit de protéger des personnes morales. Cela résulte assez facilement du principe selon lequel le juge n'a pas à faire de distinction là où la loi (ou plutôt en l'occurrence la Convention) n'en fait pas.

719. *Transition*. Nous allons donc voir que le juge européen se montre relativement strict en matière de protection des droits fondamentaux des personnes morales. Cela n'aide pourtant pas toujours la cause de la partie faible au contrat.

b : Une jurisprudence ferme en matière de protection des droits fondamentaux des entreprises.

Nous verrons dans plusieurs domaines la sévérité avec laquelle la Cour de Strasbourg a pu sanctionner des États qui pensaient que la nécessité économique pouvait permettre de contourner les règles de la Convention de 1950¹²⁶⁶.

a : Le principe *Non bis in idem*.

720. *Le refus de la Cour européenne des droits de l'homme*. En premier lieu, le principe *Non bis in idem*, déjà évoqué, qui a récemment fait l'objet d'un arrêt tranché de la Cour européenne des droits de l'homme montre de manière relativement claire le rejet d'une conception économique du droit processuel qui justifierait un assouplissement de ce principe. Le cas intéresse notre étude, car si l'on veut dissuader les entreprises qui exercent des pressions illégitimes sur leurs partenaires contractuels les plus faibles, cela ne peut pas se cumuler avec une action pénale proprement dite. Or, l'intervention d'une autorité, dite régulatrice, est plus efficace pour régler le litige d'un point de vue technique, que le juge de droit commun. La complexité des situations exige que le régulateur puisse doubler les juridictions ordinaires. Jusqu'à une époque récente, le Conseil constitutionnel se montrait très compréhensif¹²⁶⁷ de même que la Cour de cassation¹²⁶⁸.

¹²⁶⁶ C. Castets-Renard, « L'apport de la Cour européenne des droits de l'homme à la justice civile : une voie de progrès », *RLDA*, HS 2015, n°104, p. 19.

¹²⁶⁷ Cons. constit., DC, 17 janvier 1989, n°88-248 et DC, 28 juillet 1989, n°89-260, préc.

¹²⁶⁸ Elle s'est longtemps contentée de la solution de « proportionnalité » proposée par le Conseil constitutionnel, Constitutionnalité, 8 juillet 2010, n°10-10.965. Cependant, elle a récemment affirmé que le cumul ne pouvait fonctionner pour les sanctions disciplinaires et pénales vis-à-vis des notaires. Civ. 1^{ère}, 9 avril 2015, n°14-50.012, *D*, 2015, 1187 note J.-P. Sudre.

721. *Le changement généré par Grande Stevens.* Désormais, l'arrêt Grande Stevens a levé les ambiguïtés. Cela ne va pas sans inconvenient, car l'on ne sait pas comment pourra être remplacé, le rôle du régulateur. Les faits de la décision concernaient l'équivalent italien de l'Autorité des marchés financiers. La nécessité d'un régulateur qui gère l'aspect technique du problème est pourtant le même en droit de la concurrence. Cela se vérifie par exemple à propos de la nécessité de proportionner la sanction au degré d'affectation du marché par exemple.

β : Le principe de légalité des délits et des peines.

722. *Les concessions du Conseil constitutionnel.* Précisément, à propos de la mesure de la sanction, le principe de légalité des délits et des peines est le point sur lequel l'intervention d'un juge quasi pénal est le plus utile. En effet, le régulateur, exerçant une fonction d'expert sur le marché qu'il doit surveiller, la rigidité du droit pénal (*stricto sensu*) aurait tout lieu d'être modérée par des considérations pragmatiques d'un juge économique. Là encore, les assouplissements espérés n'ont pas eu lieu. S'il existe quelques nuances que nous verrons plus loin, il n'y a pas de prise en compte du caractère économique de l'infraction. Le Conseil constitutionnel, probablement soucieux de l'opportunité¹²⁶⁹, ne s'est pas inquiété de l'imprécision de la définition du déséquilibre significatif¹²⁷⁰. Et pourtant, l'on peut constater que son degré de sévérité envers ce principe est variable. La question prioritaire de constitutionnalité à propos du harcèlement moral n'a pas connu le même sort que celle sur le harcèlement sexuel¹²⁷¹. À propos de certains articles du Code de juridiction financière, le même Conseil constitutionnel a récemment affirmé que ce principe pouvait ne pas s'appliquer aux enquêtes administratives¹²⁷². Il a d'ailleurs énoncé de nouveau la possibilité de cumul des peines sous réserve de ne pas dépasser le montant le plus élevé ; chose surprenante dans la mesure où la jurisprudence Grande Stevens était déjà sortie.

723. *Les incertitudes à propos de la Cour européenne des droits de l'homme.* La Cour européenne des droits de l'homme est sensible à un tel principe, non seulement parce qu'elle ne distingue pas le droit pénal du droit quasi pénal, mais également parce que l'article 7 de la Convention ne fait lui-même aucune distinction. Ce principe exige par exemple que l'on n'applique pas de manière extensive une sanction pénale dont le domaine est rigoureusement défini¹²⁷³. Cela pose problème pour le cas de la lutte contre les contrats déséquilibrés entre

¹²⁶⁹ M. Behar-Touchais, « Le Conseil constitutionnel peut-il vraiment statuer sans se soucier de l'opportunité ? », *op. cit.*

¹²⁷⁰ V. *supra*, n°236.

¹²⁷¹ Sur la constitutionnalité du délit de harcèlement moral : Soc, 11 octobre 2012, n°12-40.066. Sur l'inconstitutionnalité de l'ancienne définition du harcèlement sexuel : Conseil constit., QPC, 4 mai 2012, n°2012-240.

¹²⁷² Cons. constit., QPC, n°2014- 423 du 24 octobre 2014. A. Roblot-Troizier, « Chronique de jurisprudence – droit administratif, droit constitutionnel », *RFDA*, 2014, 1218.

¹²⁷³ CEDH, 22 juin 2000, Coëme c/ Belgique, n°32492/96, 32547/96, 32548/96.

professionnels puisque les abus ne peuvent se circonscrire de façon limitée en droit des affaires. Cela se vérifie lorsque l'on voit la liste non exhaustive que contient l'article L442-6 du Code de commerce en matière de pratiques restrictives. Le déséquilibre significatif lui-même ne donne pas lieu à de véritables certitudes quant à sa définition¹²⁷⁴. Néanmoins, la Cour européenne des droits de l'homme permet que l'infraction puisse faire l'objet de précisions à mesure que la jurisprudence en connaît¹²⁷⁵. Cependant, le cas du déséquilibre significatif est particulier, car l'on ne peut pas dire que l'on voit la notion devenir de plus en plus précise à mesure que les juges traitent d'affaires le concernant¹²⁷⁶.

724. Perspectives d'évolution. Pourquoi nécessairement chercher à outrepasser des droits fondamentaux pour rendre la loi sur le contrat d'adhésion entre professionnels applicable ? Évidemment, il y a toujours un risque à ouvrir une brèche dans ces droits. Il est compréhensible que la Cour de Strasbourg ne baisse pas la garde pour veiller à leur application. Cela est d'autant plus vrai qu'il est relativement difficile de définir une éventuelle notion de « droit pénal de la régulation économique » de façon précise, en sorte que les principes du procès équitable ne s'appliqueraient pas. Pourtant, il serait regrettable que ces principes soient utilisés de manière à échapper à une juste sanction. Ce qu'il convient, c'est de trouver où il existe un motif légitime d'écartier le droit en question pour laisser place à une régulation plus téléologique.

2 : Suggestions de critères pour une application restreinte du droit du procès équitable en matière économique.

Cette inflexibilité de la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas pleinement satisfaisante. La défense de l'économie suppose des impératifs qui ne peuvent pas être négligés, même face à des droits reconnus comme fondamentaux. Nous allons d'ailleurs voir que les droits fondamentaux d'une entreprise multinationale peuvent différer des droits de « l'homme » proprement dit. L'on trouve d'ailleurs des concessions, quoique très éparses dans la jurisprudence qui montrent que l'impératif économique peut justifier que l'on ne considère pas une entreprise comme un être humain.

¹²⁷⁴ V. *supra*, n°238 et s.

¹²⁷⁵ CEDH, 22 mars 2001, Streletz, Kessler et Krentz c/ Allemagne n°34044/96, 35532/97 et 44801/98.

¹²⁷⁶ *Id.*

a : Les raisons de distinguer les droits fondamentaux selon la nature de la personne qui l'invoque.

725. *La question des droits fondamentaux des personnes morales*. En tout premier lieu, il convient de dire que les personnes morales ne défendent pas les mêmes intérêts qu'une personne physique. Nous avons pu expliquer dans une précédente partie que la personne morale est toujours l'instrument pécuniaire d'une cause alors qu'une personne physique n'est l'instrument de rien¹²⁷⁷. C'est précisément parce qu'une personne physique est une fin en elle-même que certains droits fondamentaux lui sont rattachés. Le préambule de la Convention de sauvegarde des droits et libertés fondamentales vise les « *personnes* » sans faire de distinction entre personne physique et personne morale. Il peut toutefois être souligné que l'expression « *droit de l'homme* » dans le préambule et l'intitulé de la Convention reflète davantage la volonté de protéger la dignité humaine. L'on gardera à l'esprit que ceux qui défendent les droits d'une personne morale défendent de manière indirecte les leurs. L'on ne peut donc considérer une personne morale comme dépourvue de droits et d'intérêts à respecter. Il convient pourtant de regarder où se trouve la limite de ces intérêts. À cet égard, la prise en compte des droits de l'homme doit également considérer les droits des personnes que cachent les intérêts des personnes morales. Là où une entreprise revendique le droit de ne pas être condamnée deux fois, certains travailleurs pourraient être lésés dans leur droit à la sécurité économique. Cette différenciation entre personnes physiques et personnes morales par la Cour européenne des droits de l'homme existe déjà : la liberté d'expression défendue à l'article 10 de la Convention est appliquée de manière différente, selon que la personne qui la revendique est une personne physique ou une entreprise. La Cour refuse en effet un droit absolu à la publicité commerciale¹²⁷⁸.

¹²⁷⁷ V. *supra*.n°392.

¹²⁷⁸ La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît que le droit à la liberté d'expression s'applique à la publicité (CEDH, 22 mai 1990, Autronic AG c/ Suisse n°12726/87), il n'y a pas de restriction de cette liberté en raison du caractère commercial du message mais, naturellement, la Cour refuse d'en faire un droit absolu. Elle distingue la publication des photographies qui ont un caractère « *commercial* » ou non, CEDH, 9 mars 2009, Société de conception de presse et d'édition et Ponson c/ France n°26935/05. V. V. Fraissinier-Amiot, « La liberté d'expression des entreprises à l'aune des droits de l'Homme européens », *RLDA*, 2010, n°49, p. 81. M.-L. Niboyet, « Rôle et place des mécanismes fondamentaux du droit civil en droit des affaires », *RTD Com*, 1999, 351. J.-B. Racine, « Droit économique et droits de l'homme : introduction » in, L. Boy, J.-B. Racine et F. Siirianen (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 7, cité par C. Castets-Renard, « L'apport de la Cour européenne des droits de l'homme à la justice économique : une voie de progrès ? », *op. cit.*

C'est pourquoi il ne serait pas choquant que la Cour de Strasbourg fasse une distinction selon que les droits fondamentaux sont revendiqués par une personne physique ou une personne morale¹²⁷⁹.

726. *Les raisons d'un éventuel assouplissement.* Non seulement l'on peut faire une distinction selon que les droits fondamentaux sont invoqués par une personne physique ou une personne morale, mais cela peut aller plus loin. Lorsque les intérêts de la personne morale en question peuvent toucher l'intérêt général. Il ne s'agit pas de dire que les droits fondamentaux peuvent être sacrifiés pour l'intérêt général. L'objection que nous faisons ici ne concerne toujours que les droits des personnes morales. Pour une question de redistribution équitable des richesses, il peut être nécessaire que la régulation économique se fasse selon un mode plus opérationnel. En tenant compte des différences qui sépare les deux situations, l'on peut faire un parallèle avec l'article 1^{er} du Protocole n°1 de la Convention européenne des droits de l'homme qui garantit que « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens* ». L'alinéa 2 du texte prévoit de manière large des exceptions que « *Les États [...] jugent nécessaires*. » Cela montre que le Conseil de l'Europe n'a pas une philosophie parfaitement arrêtée de la propriété intellectuelle. Et de fait, pour la construction d'infrastructures comme des aéroports, la Cour reconnaît la notion « *d'utilité publique* » pour permettre une expropriation, avec un certain nombre de conditions, notamment d'indemnisation¹²⁸⁰. Ne pourrait-on pas recourir à la notion d'utilité publique pour dire que certains actes de régulation peuvent passer outre certaines règles de procédure pour assurer une juste répartition des richesses¹²⁸¹? Cela est d'autant plus visible lorsque l'on considère que le juge « quasi pénal » a autant une fonction économique qu'une fonction de *jurisdictio*.

727. *La technicité de l'infraction.* L'un des éléments majeurs qui fait que le droit de la régulation se heurte souvent aux règles de procédures pénales et aux droits fondamentaux du procès réside dans la technicité de certaines infractions économiques. L'Autorité des marchés financiers, antérieurement appelée Commission des opérations de bourse, en a fait l'expérience. Un tel problème justifie le contournement au moins partiel de certains principes tels que *nullum crimen sine lege* ou *ne bis in idem*. En effet, le recours à un tribunal qui juge l'infraction sous son aspect technique est parfois nécessaire, bien que l'action se cumule avec une autre en responsabilité civile ou pénale devant un juge de droit commun. De même, il exige que l'infraction ne soit pas trop restrictivement prédéfinie.

¹²⁷⁹ X. Dupré de Boulois, « Les droits fondamentaux de la personne morale », 3^{ème} partie : « Jusqu'où », *RDLF*, 2012, chron. n°1. H. Kouamé Koki, *Les droits fondamentaux de la personne morale dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Préf. A. Andriantsimbazovina, Paris, L'Harmattan, 2014, t. I et II.

¹²⁸⁰ CEDH, 21 février 1986, arrêt James et *alii c/ Royaume-Uni* n°8793/79.

¹²⁸¹ Madame Niboyet rappelle avec justesse que la Convention de 1950 n'avait pas pour but de protéger les biens des entreprises mais cherchait à défendre la personne physique dans ses droits les plus essentiels : M.-L. Niboyet, « Rôle et place des mécanismes fondamentaux du droit civil en droit des affaires », *op. cit.*

728. *Transition.* L'on pourrait penser que ces considérations gardent une part d'utopie dans la mesure où il est peu probable qu'un juge des droits de l'homme se laisse fléchir par des arguments économiques. Il n'empêche que certains arrêts ont montré que la règle devait parfois laisser place à l'exception.

b : Quelques exemples de droits fondamentaux partiellement écartés au nom de la nécessité économique.

729. *Le déséquilibre significatif dans la jurisprudence constitutionnelle.* Nous ne reviendrons guère sur le fait que le Conseil constitutionnel prend plus facilement en compte l'opportunité que la Cour européenne des droits de l'homme ne le fait. Par exemple, dans une décision QPC du 13 janvier 2011¹²⁸², il n'a pas hésité à dire que le déséquilibre significatif était parfaitement défini alors que la doctrine cherche encore à donner un sens précis à cette notion. Certes, il ne s'agit pas d'autorité administrative indépendante, mais cependant, l'on est bien en présence d'une justice « quasi pénale » qui sanctionne les comportements économiques par des sanctions uniquement pécuniaires et seulement au détriment des entreprises. Il ne s'agit pas en tant que tel d'un arrêt faisant exception, mais cela démontre bien que les impératifs économiques ne s'accordent pas toujours parfaitement avec les droits fondamentaux du procès.

730. *Tentative d'extrapolation de la jurisprudence sur l'expropriation.* Il est un exemple dont l'extrapolation du principe pourrait permettre de passer outre certaines règles du procès équitable, à cause de la nécessité économique. Nous pensons à la notion « *d'utilité publique* » qui permet de contourner le droit au respect de ses biens prévu par l'article premier du premier protocole additionnel de la Convention de sauvegarde des droits et libertés fondamentales. Rappelons que cette possibilité d'expropriation est prévue par le texte lui-même de l'article qui dispose que : « *les dispositions [du premier alinéa de l'article premier du premier protocole additionnel] ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes.* » De cela, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme déduit qu'il convient de rechercher un équilibre entre le droit de jouir de ses biens

¹²⁸² Décision préc.

propres et la nécessité publique¹²⁸³. La Cour exige à cet égard une indemnisation « *en relation avec la valeur du bien exproprié* »¹²⁸⁴.

Certes, il n'existe pas d'exception textuelle, dans le contenu de la Convention européenne des droits de l'homme, à propos du procès équitable. L'on ne peut donc pas comparer les deux pour transposer au droit au procès équitable, les exceptions qui existent au droit de propriété. Néanmoins, l'on peut retenir que la nécessité économique peut parfois être une cause de dérogation à des droits fondamentaux. D'autant plus que, comme nous le disions plus haut, pour le cas du droit « quasi pénal », il n'est question que de sanctions pécuniaires infligées à des personnes morales. En conséquence, le préjudice porté au justiciable ne peut être que pécuniaire.

731. Conclusion du A. Pourquoi cherche-t-on absolument à contourner les principes du procès équitable pour rendre le droit commercial plus juste ? En réalité, l'on ne pourra jamais vraiment sacrifier les droits fondamentaux au profit d'une justice efficace. Ce serait préférer un système à la dignité humaine, ce qui est le propre des régimes totalitaires. Ce qu'il convient pourtant de voir, c'est que les droits fondamentaux du procès sont souvent invoqués pour empêcher l'effectivité d'une justice économique. Surtout dans l'hypothèse où l'entrepreneur qui revendique une créance causée par un contrat léonin le fait dans la perspective de survivre économiquement. Ne peut-on y voir la défense d'un droit au respect de ses biens ?

C'est précisément à cause du devoir qu'ont les États de protéger les ressortissants les plus faibles que le droit dit « quasi pénal » doit pouvoir assurer de manière efficace la survie économique des entreprises les plus fragiles¹²⁸⁵.

L'autre avantage du droit semi-pénal est qu'il permet une amende dissuasive là où le droit pénal est moins sévère.

¹²⁸³ CEDH, 23 septembre 1982, Sporrong et Lönnroth c/ Suède, n°7151/75 et 7152/75. V. C. Bîrsan et J.-F. Renucci, « La Cour européenne des droits de l'homme précise le droit de propriété », *D*, 2005, 870.

¹²⁸⁴ CEDH, 18 janvier 2005, Organochimika Lipasmata makedonias c/ Grèce, n°73836/01. M. Huyghe, « Expropriation pour cause d'utilité publique », *JCP G*, 2005, I, 152.

¹²⁸⁵ A ce sujet, il n'est pas étonnant que le Conseil constitutionnel ainsi que la Cour de cassation se soient satisfaits de l'information du fournisseur pour permettre l'action du ministre dans le cadre de l'article L442-6 III du Code de commerce. Cons. Constit. QPC, 2011-126 du 13 mai 2011 et Com, 8 juillet 2008, n°07-16. 761. M. Behar-Touchais, « L'action du ministre en condamnation à une amende civile est-elle recevable en l'absence d'information des fournisseurs ? » *RLC*, 2012, n°31, p. 42. C. Rougeau-Mauger, « Réflexion sur la nature juridique de l'action du Ministre de l'économie en matière de pratique restrictive de concurrence », *RTD Com*, 2010, 653. La Cour de cassation estime néanmoins que l'action du ministre est valable quand elle cherche à combattre les clauses litigieuses pour l'avenir : Com 3 mars 2015, n°14-10.907, *CCC*, 2015, comm. 115 note N. Mathey.

B : La possibilité de lutter contre les fautes lucratives.

Il résulte du principe nulle peine sans loi qu'en droit pénal, le montant de la condamnation doit être prévu par le texte qui incrimine le comportement. Cette « contrainte » du droit pénal se distingue des autres, en ce qu'elle permet aux auteurs d'abus de commettre ces derniers, sans craindre la sanction, puisque celle-ci est moindre que le profit rapporté. Autrement dit, la faute est « *lucrative* ». Nous verrons donc la notion de faute lucrative (1) et les sanctions qui y sont appropriées (2).

1 : La notion de faute lucrative.

732. *Le refus traditionnel de reconnaissance par la jurisprudence.* On appelle « faute lucrative » un manquement dont la sanction est moins importante que le bénéfice qui en découle. Autrement dit, il s'agit de fautes « rentables »¹²⁸⁶. Elles couvrent des domaines du droit extrêmement variés, et prolifèrent dès lors qu'il existe une insuffisance de la sanction sur un point de droit déterminé. Soit parce que la sanction est insuffisante, soit parce que la probabilité d'être poursuivi est trop faible, ou encore parce que la procédure pour aboutir à une condamnation est trop contraignante et incertaine pour la victime. On peut penser au droit du travail, en droit commercial, en droit de la propriété intellectuelle ou en droit de la presse¹²⁸⁷. Face à cela, la Cour de cassation refuse, en l'absence de disposition législative qui lui en donnerait la possibilité, de rendre l'infraction moins « rentable ». Certes, le juge essaie parfois de jouer sur le préjudice moral causé par la faute pour dissuader l'auteur, mais la Cour de cassation rappelle toujours avec force que l'indemnisation d'un préjudice ne peut pas donner lieu à un enrichissement de la partie lésée¹²⁸⁸.

733. *Les propositions d'évolution.* Il convient de souligner cependant que l'idée possède un certain soutien en doctrine. La dénomination juridique du concept ne connaît pas encore de contours précis, mais l'idée demeure en germe : restitution des fruits, restitution du profit illicite¹²⁸⁹... Évidemment, il existe des inconvénients à cela : par exemple, il faudrait prouver que le profit illicite était calculé à l'origine de la faute. Et il convient de souligner que

¹²⁸⁶ N. Fournier- de Crouy, *Les fautes lucratives*, thèse sous la direction de M. Behar-Touchais, Paris Descartes, 2015.

R. Mésa, « Le droit de la concurrence déloyale et le parasitisme économique confrontés au problème de la faute lucrative », *Concurrences* 2-2012, p 49.

¹²⁸⁷ R. Mésa, « La consécration d'une responsabilité civile punitive : une solution au problème des fautes lucratives ? » *Gaz Pal*, 21 novembre 2009, p. 15.

¹²⁸⁸ Civ. 2^{ème}, 9 juillet 1981, *Gaz. Pal*, 1982, p. 109 cité par P. Pierre, « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats – rapport français », *RDC*, 2010, p. 1117.

¹²⁸⁹ R. Mésa, « Précision sur la notion de faute lucrative et son régime », *JCP G*, 2012, 625.

la victime qui demande une telle indemnisation n'a rien souffert pour l'obtenir ; elle n'est donc pas méritée. L'idée de dommage et intérêts punitifs subsiste dans plusieurs avant-projets. Ne serait-ce que l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription en son article 1371 qui prévoit que « *l'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages et intérêts compensatoires, à des dommages et intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public* ». La rédaction semble prendre la précaution qui s'impose en évoquant une faute « *manifestement délibérée* », mais cette définition ne tient pas compte du fait que ladite faute a été commise, non seulement volontairement, mais encore, à fin de profit. En effet, un homme qui diffame un autre, hors contexte commercial, peut le faire de façon délibérée, mais animé par une passion irrationnelle. À l'inverse, une entreprise qui diffame une autre en considérant que la réparation judiciaire sera minuscule par rapport à l'effet médiatique attendu, fait preuve de cynisme commercial. Il faudrait donc définir précisément ce « *profit espéré* » par la faute qui dépasse la réparation compensatoire. De plus, on peut s'étonner que le Trésor public ait droit à un pourcentage sur l'amende. Certes, nous avons vu que les dommages et intérêts punitifs ne prennent pas leur source dans le préjudice de la victime ; mais la récolte des fonds par l'État a de quoi interroger. Car il s'agirait, pour ainsi dire, d'une amende pénale au montant indéterminé et dont l'infraction s'y afférent ne serait pas précisément délimitée par le droit.

734. *L'exemple du droit comparé.* Le droit comparé connaît des exemples de dommages et intérêts punitifs, notamment en droit québécois¹²⁹⁰. La Cour suprême du Canada a également admis une telle possibilité¹²⁹¹. La Cour de cassation a d'ailleurs déjà laissé entendre qu'elle peut accorder l'exequatur à une décision étrangère (californienne en l'espèce) qui accordait à la partie lésée des dommages et intérêts dissuasifs, qui s'élevaient au total à plusieurs millions de dollars pour des malfaçons sur un catamaran. Étrangement, la Cour admet l'idée de dommages et intérêts punitifs, mais refuse l'exequatur à cause de la disproportion¹²⁹². Pourtant, c'est bien le propre des dommages et intérêts punitifs d'être très importants puisqu'ils servent à dissuader l'auteur du dommage. Les réticences de la Cour de cassation trouvent néanmoins une justification. La décision du juge californien dans l'arrêt précité se voulait « *exemplaire* ». Peut-être le juge a-t-il été mû par un sentiment qui dépasse la justice et confine à la revanche. Si Aristote nous enseigne que la vertu sait adopter une juste mesure¹²⁹³, il est hasardeux de laisser la passion d'un juge dominer sur la justice. L'on doit

¹²⁹⁰ S. Guillemand, « Survol québécois de la question des dommages-intérêts punitifs », *RLDA*, 2013, n°85. S. Carval, « Vers l'introduction en droit français des dommages-intérêts punitifs ? » *RDC*, 2006, p. 822. L'auteur cite : J-L. Baudoin et P. Deslauriers, *La responsabilité civile*, Québec, Éd. Yvon Blais, [6^{ème} éd.] 2003, §334-355.

¹²⁹¹ *Whiten c/ Pilot Insurance Company*, 22 février 2002, [2002] 1 RCS 595, cité par S. Carval, « Vers l'introduction en droit français des dommages-intérêts punitifs ? », *op. cit.*

¹²⁹² Civ. 1^{ère}, 1^{er} décembre 2010, n°09-13.303, *L'essentiel du droit des contrats*, 1^{er} janvier 2011, n°1, p. 6.

¹²⁹³ Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Livre II, Chapitre VI, 17.

cependant relever que, dans la plupart des cas, la Cour Suprême des États-Unis met des limites aux dommages et intérêts punitifs en considérant qu'ils doivent être appliqués de manière proportionnée¹²⁹⁴. Le droit allemand quant à lui est opposé en principe à l'idée de dommages et intérêts punitifs, mais il existe des tentatives de faire évoluer la situation par des juridictions du fond¹²⁹⁵.

735. *Transition.* Il convient alors de voir en quoi le droit des contrats peut protéger efficacement la partie faible en accordant des dommages et intérêts punitifs en présence d'une faute lucrative.

2 : Les sanctions alternatives proposées par les autorités sanctionnant les comportements économiques déloyaux.

736. *Une nécessité dans le droit contemporain.* L'avantage d'un droit semi-pénal est de cumuler les bienfaits de la responsabilité civile avec la force coercitive du droit pénal. Ce droit se veut plus efficace. À condition bien sûr de répondre à des exigences précises. L'efficacité du droit semi-pénal économique est pourtant une condition *sine qua non* de la politique de concurrence¹²⁹⁶. Il faut que la sanction soit à la hauteur de la puissance économique de la partie dite forte. La responsabilité civile de droit français ne permet que la réparation. Cela est compréhensible, il n'y a pas à tirer profit d'une action en justice, comme si c'était une manière ordinaire de faire du bénéfice. C'est pourquoi une action publique doit permettre de sanctionner les personnes qui jouent sur la rentabilité de leur abus.

Plan. Plusieurs techniques existent, proposées par le droit de la concurrence, français ou étranger : en premier lieu, les dommages et intérêts punitifs doivent être analysés (a) ; ensuite l'on verra s'il est opportun ou non qu'un juge semi-pénal puisse recourir à des injonctions structurelles (b).

a : Sur les dommages et intérêts punitifs.

737. *Les différents cas de figure.* Le choix des dommages et intérêts punitifs imposés par une administration, ou à la demande d'une administration se fait sur la base de plusieurs

¹²⁹⁴ Cour Suprême des Etats-Unis, arrêt BMW of North America Inc 517 UC 559 (1996) c/ Gore.

¹²⁹⁵ P. Klötgen, « L'appréhension des *punitive damages* par le droit allemand », *RLDA*, 2013, n°85.

¹²⁹⁶ S. Ferey, « Dommages punitifs, dissuasion et punition en économie du droit : quelques résultats et paradoxes », *RLDA*, 2013, n°85, p. 112.

critères. Il faut en effet tenir compte de la force de cet outil juridique, qui peut dépasser l'objectif escompté. C'est une arme judiciaire très puissante qui peut aussi avoir des conséquences perverses. Une distinction doit alors être effectuée, selon que les dommages et intérêts sont étalonnés ou non sur le profit illicite.

α : Les dommages et intérêts punitifs purement comminatoires.

738. *Les risques de cette solution extrême.* Les dommages et intérêts punitifs présentent d'emblée un écueil. À trop vouloir protéger la partie faible, l'on prend le risque de la transformer en partie forte, auteur d'abus. Le constat a été fait en droit américain que la possibilité pour les victimes d'obtenir ce type de compensation entraîne nécessairement une activité judiciaire profitable pour les victimes, et des démarches prospectives de la part des avocats qui prospectent auprès des victimes en leur promettant un procès fructueux ; notamment par le biais des « *contingency fees* », c'est à dire des frais d'avocat ajustés au succès de l'action¹²⁹⁷. Ce risque doit être apprécié de façon réaliste. C'est pourquoi la prudence impose que ce type de sanction ne soit pas importé dans notre droit. Ou alors, si une partie l'exige, que le montant de ces dommages et intérêts ne lui revient pas. Autrement dit, l'on y substituera une amende civile.

739. *Une préférence pour l'amende civile.* Là où l'on innoverait, en revanche, c'est que l'amende civile ne serait pas calculée sur le même procédé que l'amende pénale ou administrative : on laisserait plus de marge au juge pour déterminer à quel montant cette amende infligerait une sanction équitable¹²⁹⁸. Et de là, le reproche que nous évoquions plus haut : cela irait à l'encontre du principe *nulle peine sans loi*. À cela, l'on répond que l'amende pénale et l'amende civile n'ont pas la même nature. Certes, elles sont toutes les deux dissuasives. La différence réside en ce que l'amende civile sert à empêcher un trouble social : ici les atteintes délibérées à la juste concurrence.

β : Les dommages et intérêts punitifs étalonnés sur le gain illicite.

740. *Une situation quasi similaire aux dommages et intérêts punitifs.* C'est ce que l'on appelle les « *dommages et intérêts confiscatoires* ». Ils ont l'avantage de la modération puisque, de manière générale, ils sont restreints au gain illicite. Là encore, nous conviendrons que ces indemnités doivent revenir au Trésor public, à moins de servir à financer le *lucrum cessans* de la victime. Dans ce cas-là, et seulement dans ce cas-là, les dommages et intérêts en question peuvent revenir à la victime.

¹²⁹⁷ R. Amaro, « Le contentieux judiciaire des pratiques anticoncurrentielles entre espoirs et déception », *RJ Com*, 1^{er} mai 2014, n°3, p. 157.

¹²⁹⁸ *Contra*, R. Amaro, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préf. M. Behar-Touchais, thèse Paris Descartes, p. 520, n°723.

741. Une solution acceptable pour compenser le lucrum cessans. Que ce soit pour les dommages et intérêts purement comminatoires ou confiscatoires, même si cet argent revient à l'État, il n'en est pas moins utile pour la victime. Il lui permet, si les dommages et intérêts sont assez élevés, de faire perdre à l'entreprise auteur d'un abus, l'avance qu'elle avait gagnée illicitement. La victime peut donc se retrouver à un jeu plus égal avec son adversaire.

742. Intérêt par rapport aux nouvelles dispositions de la loi Macron. C'est précisément ce point de faire perdre de l'avance à l'entreprise auteur d'abus qui doit guider la réflexion sur la sanction. La trésorerie de ces entreprises, qui sont parfois durablement implantées dans le paysage économique, se moque bien souvent de la lourdeur des amendes qui leur sont infligées. Pour redonner une chance aux victimes de pouvoir affronter le marché, l'État doit parfois agir directement sur ce marché. Y compris en se saisissant des biens qui appartiennent à l'entreprise.

La loi Macron a réalisé un premier pas en portant le montant de l'amende à 5 % du chiffre d'affaires réalisé en France, selon le nouvel article L 442-6 du Code de commerce. Il ne fait pas de doute que la lourdeur de cette sanction ne peut rester sans effet sur les pratiques restrictives de concurrence. L'on se permettra cependant une objection : le texte n'est peut-être pas dépourvu de faille. En effet, les 5 % en question sont calculés sur le chiffre d'affaires de l'année précédent la pratique et sur ce qui est réalisé en France. Ne pourrait-on pas imaginer un montage sociétaire par lequel l'entreprise auteur des pratiques créerait une société-écran nouvelle tous les ans pour que le chiffre d'affaires servant d'assiette soit égal à zéro tous les ans ?

De ce cas, il pourrait être opportun de toucher au capital même de l'entreprise, pour un effet plus dissuasif.

b : Les injonctions structurelles.

743. L'évolution de la ligne politique envers l'injonction structurelle. La libre concurrence qui gouvernait l'esprit de la loi de 1986 connaissait une certaine hostilité à l'égard des interventions de l'État dans l'économie. Jusqu'à naguère, la doctrine pouvait exprimer une certaine défiance à l'égard des injonctions structurelles, perçues comme une forme d'intrusion de la part de l'État dans un milieu qui ne le concernait pas¹²⁹⁹. Pourtant, un mouvement semble aller dans le sens d'une augmentation de cette pratique, même si aujourd'hui elle est très peu usitée. Bien que le Conseil constitutionnel¹³⁰⁰ ait porté un coup d'arrêt à l'enthousiasme pour les injonctions structurelles, l'intérêt pour l'institution demeure.

¹²⁹⁹ D. Bosco, « Dernière étape du dirigisme concurrentiel : l'injonction structurelle », *CCC*, 2012, repère 3.

¹³⁰⁰ Cons. constit. DC, 5 août 2015, n°2015-715.

Comme nous allons le voir, elles ont l'avantage d'agir sur les causes du déséquilibre dans le contrat d'adhésion et non pas seulement sur ses effets.

744. Une mesure accessoirement punitive. L'injonction structurelle est un ordre adressé par un juge voire par certaines administrations à une entreprise, partie ou non à un procès, l'obligeant à céder une partie de son capital, ou bien à un tiers, ou bien à l'État. L'objectif de cette mesure peut être multiple. Il peut être punitif, mais non pas exclusivement. Parfois, il consiste simplement à ajuster un marché, en sorte de prévenir les préoccupations de concurrence. Il concerne surtout la macroéconomie, mais son efficacité est tout à fait démontrable dans le droit des contrats entre professionnels. Nous pensons que les contrats d'adhésion peuvent trouver leur solution dans une telle mesure. Évidemment, il ne s'agirait que des cas extrêmes, là où la concurrence est telle que les négociations ne peuvent jamais avoir lieu. Concrètement, il peut être illusoire d'attendre des parties à un contrat qu'elles négocient de manière équitable, lorsque l'une possède un monopole et que l'autre est quasiment invisible sur le marché où elle opère. Lorsqu'il est avéré que les abus se répètent un certain nombre de fois, plutôt que de procéder à des indemnisations de manière continue, le juge pourrait estimer opportun d'agir sur la cause du déséquilibre plutôt que sur ses effets. Non seulement la mesure serait dissuasive, mais de surcroît, elle faciliterait la mise en place d'un marché concurrentiel et de négociations fondées sur de justes bases. L'exemple le plus évident est celui de la grande distribution alimentaire, nous avons déjà mentionné l'oligopole qui regroupe cinq enseignes réparties en quelques centrales d'achat et qui nuisent à la survie économique des producteurs¹³⁰¹.

Nous allons d'abord voir les intérêts que l'injonction structurelle présente et ensuite, comment elle peut être mise en œuvre.

α : Les avantages et inconvénients de l'injonction structurelle.

- Les inconvénients.

745. Une immixtion douteuse des pouvoirs publics dans la sphère économique ? Le premier que l'on peut citer, c'est évidemment que l'injonction structurelle décourage la libre entreprise. En effet, le législateur ne peut pas, d'une main encourager l'expansion économique et de l'autre, menacer les acteurs de cette expansion. Ou bien, il doit contingenter le développement économique, à certains quotas. Cela entre manifestement en contradiction avec les objectifs promus dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. D'ailleurs, la Cour de justice de l'Union européenne le rappelle, même une position dominante, en tant que telle, n'est pas illicite, si elle a été acquise sans abus et si elle n'en

¹³⁰¹ V. *supra*. n°12.

donne pas lieu¹³⁰². À titre d'exemple, on rappellera que la position favorable acquise par le groupe Casino sur le marché de la grande distribution alimentaire à Paris tient à une politique marketing qui a fait le choix de la proximité – là où la concurrence avait misé sur la distance¹³⁰³.

746. *Une solution dépendant de nombreuses contraintes pratiques.* De surcroît, il ne faut pas négliger les inconvénients pratiques. Une injonction structurelle nécessite que l'on trouve des repreneurs. Or, l'on sait par exemple qu'en 2002, lorsque Vivendi dut céder son activité d'édition, elle n'a trouvé comme repreneur que Hachette, qui possédait déjà l'autre moitié du marché, et qui s'est acquis, de fait, un quasi-monopole¹³⁰⁴. À défaut, l'on mettait en péril l'emploi de milliers de salariés. Dans le cadre de la politique de concentration, beaucoup de pays font état d'une difficulté à mettre en œuvre les mesures structurelles et préfèrent les mesures comportementales¹³⁰⁵.

- Les avantages.

747. *Une solution efficace en droit de la concurrence.* Il appert toutefois que les avantages de l'injonction structurelle compensent ses inconvénients, tout simplement parce qu'elle constitue une manière efficace de sortir d'une impasse de concurrence. Les stratégies de certaines entreprises pour acquérir une position dominante sur le marché peuvent relever de l'immoral sans pour autant faire l'objet d'une sanction juridique. Soit parce que la loi ne prévoit pas de sanction contre ledit comportement ; soit parce que l'entreprise y a échappé pour des raisons qui tiennent, par exemple, à la difficulté probatoire. L'exemple le plus patent est celui du gel du foncier commercial. Des entreprises de la grande distribution rachètent l'espace stratégique sans l'utiliser pour empêcher l'arrivée d'un concurrent. La pratique a été relevée par l'Autorité de la concurrence dans un avis de 2010¹³⁰⁶ ainsi que dans un autre de 2007¹³⁰⁷.

¹³⁰² G. Decocq, A. Decocq, *Droit de la concurrence droit interne et droit de l'Union européenne*, Paris, [6^{ème} éd.], LGDJ, 2014, p. 316, n°276.

¹³⁰³ S. Lupieri, *Monoprix : course en tête (1/2)*, site du journal *Les Échos*, 3 avril 2014.

¹³⁰⁴ J. et G. Brémont, *La liberté d'édition en danger*, Le Monde Diplomatique, janvier 2003. Voir le site du journal.

¹³⁰⁵ Compte rendu de la discussion, *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de concurrence*, 2/2005, vol. 7, p. 133. Les intervenants danois et israéliens vont dans ce sens, les intervenants néerlandais et suisse dans l'autre. V. l'intervention de V. Beaumenier, colloque : « Le droit de la distribution en France et en Europe : questions de concurrence », *RLDA*, 2013, n°83, p. 62.

¹³⁰⁶ ADLC, avis n°10-A-26 du 7 décembre 2010. M. Behar-Touchais, « Les affiliés de la grande distribution ont-ils une obligation de mobilité ? » *RDC*, 2011, p. 1267. N. Dissaux, « Avis de tempête sur les contrats d'affiliation dans le secteur de la distribution alimentaire », *JCP G*, 2011, 177. C. Prieto, « L'avis exprimé d'office : nouveau mode de régulation : la

748. Une solution apportant une réponse de long terme aux préoccupations de concurrence. De surcroît, l'on citera quelques situations où l'action sur le fondement de pratiques anticoncurrentielles s'est avérée inefficace, simplement parce que la position dominante ne permettait pas de corriger les abus dans la durée. L'on songe par exemple au cartel sur la téléphonie mobile. L'on ajoutera que ce n'est pas la simple cession d'une partie de l'activité qui est parfois nécessaire. L'État pourrait même aller jusqu'à une recomposition du marché lorsque la situation le requiert.

Il demeure que la mise en œuvre de l'injonction structurelle ne va pas de soi. Nous devons voir les obstacles qui existent et les évolutions possibles du droit.

β : La mise en œuvre des injonctions structurelles

Il existe déjà des solutions en droit, mais qui peuvent être améliorées. Nous commencerons par l'état du droit *de lege lata*, puis *de lege ferenda*.

- *De lege lata*, le droit offre des solutions.

749. La pratique américaine. La France n'est pas pionnière en la matière, nous devons donc analyser le droit comparé. Les États-Unis, depuis le Clayton Act¹³⁰⁸, sont en mesure de sanctionner les entreprises qui enfreignent les règles de concurrence, par des injonctions structurelles. Elles sont faciles à mettre en œuvre et le juge y a parfois recours lorsqu'il constate qu'une entreprise abuse de sa position dominante¹³⁰⁹. Il est vrai, cela ne concerne que des affaires mineures. Le dernier grand cas que la jurisprudence fédérale ait réalisé est l'affaire AT&T¹³¹⁰. Dans ses lignes directrices, le département de la justice affirme que l'injonction structurelle est accordée lorsque l'opportunité économique rend cette solution souhaitable. Il n'y a donc pas de critère spécifique pour interdire au juge de prononcer une telle sanction lorsqu'une infraction de concurrence est constatée¹³¹¹.

750. Une technique rare en droit anglais. Le droit anglais n'a véritablement donné lieu qu'à une seule procédure d'injonction structurelle. L'aéroport de Londres qui avait été

grande distribution alimentaire incitée par l'Autorité française de la concurrence à modifier ses pratiques contractuelles », *RDC*, 2011, 488.

¹³⁰⁷ ADLC, avis n°07-A-12 du 11 octobre 2007.

¹³⁰⁸ Intervention de D. A. Valentine, au colloque *Concurrence déloyale, amende civile ou « dommages punitifs » ? Gaz Pal*, 2002, recueil 2001, p. 1692.

¹³⁰⁹ D. A. Valentine, *op. cit.*

¹³¹⁰ United States vs AT&T, 8 janvier 1982, 552 F supp. 131 DDC 1982, cité par D. Bosco, « Les injonctions structurelles des autorités de régulation », *Cah. Dr. entr.*, 2014, entretien, 5.

¹³¹¹ U.S. Department of Justice, Antitrust Division, *Antitrust Division policy guide to merger remedies*, <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/272350.pdf>

privatisé avait donné lieu à un monopole privé¹³¹². À l'instar des États-Unis, le Royaume-Uni n'est pas tenu par des critères autres que l'opportunité. Ce sont surtout des questions de coût et d'efficacité qui sont prises en compte.

751. *Une intronisation empreinte de timidité en droit français.* Tel n'est pas le cas en France, où les injonctions structurelles, pour être mises en place, doivent répondre à des critères précis qui n'en font véritablement qu'un cas d'école. La mesure est attendue de longue date par la pratique, et a vu le jour grâce à la loi LME du 4 août 2008 qui lui a accordé des dispositions en ce sens. Il existe plusieurs instruments dans le Code de commerce à cet effet, auxquels la loi Lurel, dite aussi loi REOM¹³¹³ est venue ajouter un autre pour les collectivités d'outre-mer. L'on perçoit un double mouvement législatif : à la fois une pratique qui demande véritablement la possibilité que soient prononcées des injonctions structurelles ; et dans le même temps, à cette idée de grandes réticences du législateur qui multiplie les garde-fous du législateur.

752. *Des propositions multiples par la doctrine.* Si aujourd'hui, l'on entrevoit des signes d'évolution, rappelons que l'injonction structurelle est, pour ainsi dire, une sorte d'arlésienne du droit français. Les propositions sans lendemain n'ont pas manqué. Déjà, en 2004, le président Canivet avait préconisé une telle mesure pour la loi en faveur des PME, mais qui n'a pas été retenue¹³¹⁴. Même le rapport Attali¹³¹⁵ a donné lieu à une telle proposition. De même, les représentants de l'Autorité de la concurrence ont eu l'occasion de faire connaître leur intérêt pour la possibilité de prononcer des injonctions à caractère structurel ; notamment dans un avis du 11 janvier 2012¹³¹⁶, et aussi dans un avis du 7 décembre 2010¹³¹⁷.

753. *Des dispositions du Code de commerce complexes à mettre en œuvre.* Cela s'est effectivement traduit par des articles codifiés. L'article L430-9 du Code de commerce permet de revenir sur une autorisation de concentration qui n'a pas donné lieu à une concurrence équitable en dépit des prévisions. Il n'a été mis en œuvre qu'une seule fois depuis la promulgation de la loi LME. C'était pour l'affaire des eaux de Marseille¹³¹⁸. L'autre disposition est située à l'article L752-26 du même code. Il émane de la loi LME, mais a été

¹³¹² S. Kinsella et D. Went, « The use of disvestiture remedies in the UK market investigations : what can be learnt from the BAA saga ? » *Concurrences* 2-2013, p. 27.

¹³¹³ Loi du 20 novembre 2012, n°2012-270, relative à la régulation économique outremer et portant diverses dispositions relatives aux outremer.

¹³¹⁴ Intervention de B. Gaboriau, colloque : *Le droit de la distribution en France et en Europe : questions de concurrence*, op. cit.

¹³¹⁵ J. Attali, op. cit.

¹³¹⁶ ADLC, avis du 11 janvier 2012, 12-A-01, *D*, 2012, p. 961, note M. Malaurie-Vignal.

¹³¹⁷ ADLC, avis du 7 décembre 2010, n°10-A-26, préc.

¹³¹⁸ Cons. conc., 11 juillet 2002, 02-D-44, *CCC*, 2002, n°157, note M. Malaurie-Vignal. *D*, 2012, p. 488, note P. Arhel.

complété par la loi Lurel précitée. L'on peut à tout le moins dire que le législateur n'a pas donné les mains libres au juge pour permettre une injonction structurelle. Il faut d'abord qu'il y ait l'exploitation abusive d'une position dominante ou un état de dépendance économique (et l'on sait que la démonstration de telles infractions peut durer¹³¹⁹). Il faut ensuite qu'il y ait eu des sanctions prévues à l'article L464-2. Il faut que ces sanctions n'aient pas mis fin auxdites infractions (peu importe la constatation d'une infraction nouvelle si elle est différente). Il faut que ce soit le seul moyen pour rétablir la concurrence dans la zone de chalandise considérée. À cela, s'ajoute pour l'Autorité de la concurrence, une obligation de motivation et de consultation. Autant dire que les auteurs d'infraction de concurrence sont à l'abri de telles sanctions¹³²⁰.

754. Une mise en œuvre progressive par plusieurs lois contrariée par le Conseil constitutionnel. La loi Lurel a fait un pas supplémentaire en avant. Prenant acte de ce que le développement des collectivités d'outre-mer ne pouvait pas se faire sur le même modèle que le continent européen, le gouvernement Ayrault a décidé de régir l'économie autrement dans ces régions¹³²¹. Le Code de commerce, avant la loi Macron du 6 août 2015 n°2015-990, contenait des dispositions spéciales à l'ancien article L752-27. Les conditions étaient largement simplifiées par rapport à l'ancien article L752-26. Il suffisait que l'entreprise qui pose des préoccupations de concurrence ne propose pas d'engagement à la hauteur des préoccupations soulevées par l'Autorité. La seule contrainte était la consultation des entreprises intéressées¹³²². Manifestement, les réticences du législateur n'apparaissent plus et cette sanction est, pour ainsi dire, encouragée.

755. L'échec de l'injonction structurelle dans la loi Macron du 6 août 2015. Ladite loi Macron a voulu réécrire l'article 752-26 du Code de commerce. Elle lui a rajouté un II rédigé ainsi : « *L'Autorité de la concurrence peut, par une décision motivée, prise après réception des observations de l'entreprise ou du groupe d'entreprises en cause et à l'issue d'une séance devant le collège, lui enjoindre de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé qui ne peut excéder six mois, tous accords et tous actes par lesquels s'est constituée la puissance économique qui permet les prix ou les marges élevés constatés. Elle peut, dans les mêmes conditions, lui enjoindre de procéder, dans un délai qui ne peut être inférieur à six mois, à la cession d'actifs, y compris de terrains, bâtis ou non, si cette cession constitue le seul moyen permettant de garantir une concurrence effective. L'Autorité de la concurrence peut sanctionner l'inexécution de ces injonctions dans les conditions prévues à l'article L. 464-2.* » Le Conseil constitutionnel n'a pas permis que cette disposition soit promulguée,

¹³¹⁹ V. *supra*, n°132 et s ainsi que 187 et s.

¹³²⁰ T. Picot, « Injonctions structurelles et position dominante : les « glissements progressifs » de l'abus », *LPA*, 16 novembre 2012, p. 5.

¹³²¹ V. Lurel, « Le retour de l'Etat régulateur en outre-mer », *Concurrences* 2-2013, p. 5.

¹³²² E. Claudel, « Les implications procédurales de la loi du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer », *RTD Com*, 2013, p. 506.

se contentant de dire qu'« *eu égard aux contraintes que ces dispositions font peser sur les entreprises concernées et à leur champ d'application, les dispositions de l'article L. 752-26 du code de commerce portent tant à la liberté d'entreprendre qu'au droit de propriété une atteinte manifestement disproportionnée au regard du but poursuivi.* »¹³²³

Il semble à la lecture de ce texte que les injonctions structurelles ne soient pas bannies en tant que telles, mais dans la version que présentait la loi Macron, elles auraient donné lieu à une atteinte disproportionnée au droit de propriété. L'on peut penser que ce considérant permet l'injonction structurelle lorsqu'elle sanctionne, outre une position dominante, des abus avérés et répétés.

756. *Conclusion sur l'injonction structurelle.* Bien que la doctrine se soit, dans l'ensemble, montrée hostile à un tel parti pris¹³²⁴ et que le Conseil constitutionnel partage ses craintes, ce parti pris en question est pourtant bienvenu dans notre droit. Nous ne nous attarderons pas sur la question de l'injonction structurelle infligée à titre préventif, car il ne s'agit pas d'une sanction contractuelle, mais simplement d'un acte de régulation. Les conditions sont largement assouplies : il faut un avis motivé, consulter les personnes concernées et que ce soit le seul moyen de garantir une concurrence effective. Cependant, ces critères demeurent très subjectifs et ne laissent pas prévoir de façon claire comment ils seront appliqués.

- Les perspectives d'avenir de l'injonction structurelle comme sanction contractuelle.

757. *Une évolution perceptible dans le droit économique récent.* Il est encore trop tôt pour évaluer la portée de l'article L752-27 du Code de commerce selon la loi Lurel. Et il est important de constater la particularité des marchés ultramarins, qui ne sont pas forcément comparables avec les marchés métropolitains. Néanmoins, si cette loi venait à faire ses preuves, elle signerait l'échec du dogme concurrentiel. L'on peut discerner dans le réquisitoire de l'Autorité de la concurrence en faveur de l'injonction structurelle ainsi que, dans les lois Lurel et la tentative de la loi Macron, une progression de plus en plus certaine vers un retour de l'administration dans la régulation de l'économie, à condition de respecter de justes limites. Alors, le scepticisme du Conseil constitutionnel pourrait être contourné si les atteintes au droit de propriété n'étaient pas disproportionnées. L'injonction structurelle doit connaître des contours précis pour ne pas sombrer dans l'arbitraire. Si on la réserve pour le domaine des sanctions, il y a tout lieu de penser qu'elles seront appliquées de manière plus appropriée puisque, si l'on doit appliquer une sanction, c'est que le déséquilibre de concurrence est avéré.

¹³²³ Cons. constit., DC, n°2015-715, 5 août 2015.

¹³²⁴ Observations de l'AFEC à propos du projet de loi pour la croissance et l'activité. M. Malaurie-Vignal, « L'injonction structurelle et le projet de loi Macron », *D*, 2015, 690. D. Bosco, « Une nouvelle injonction structurelle décomplexée », *CCC*, 2013, repère 1. V. également, A.-S. Choné-Grimaldi, « Injonction Structurelle : le retour de l'abus quarante ans après *Continental Can ?* », *D*, 2015, 1649.

758. *La contrainte des traités internationaux à respecter.* Il y a quelques réserves à émettre sur l'avenir de l'injonction structurelle comme sanction, même si elles restent de l'ordre de l'hypothèse. Premièrement, les traités dans lesquels la France est engagée ne permettent pas à l'État d'intervenir dans l'économie à n'importe quel prix. Il n'est pas certain que l'Union européenne laisse faire une telle pratique sans poser de limite. L'Union européenne rejette depuis plus de deux décennies le contrôle des structures économiques sauf en cas d'infraction anticoncurrentielle¹³²⁵. Les atteintes à la concurrence ne peuvent dépasser ce qui est nécessaire pour mettre fin au problème ou le compenser¹³²⁶. Sauf à remettre en cause les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, les injonctions ne peuvent concerner que des sanctions.

L'on ne peut pas non plus oublier de faire mention de l'article premier du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. Lequel reconnaît à tout justiciable le droit au respect de ses biens. Le Conseil constitutionnel, dans sa censure de la loi Macron, se réfère effectivement au droit de propriété¹³²⁷. La Cour a eu l'occasion de se prononcer sur cette question, et d'affirmer que ce droit n'est pas absolu¹³²⁸. Cette atteinte doit poursuivre un but légitime, qui peut être une « *politique légitime d'ordre social, économique ou autre* »¹³²⁹. La deuxième exigence, qui est celle de la proportionnalité, implique que les autorités nationales fassent preuve d'une démarche « *raisonnable* ». Cela veut dire que les moyens employés doivent être ajustés au but visé. Dans cette perspective, la Cour reconnaît aux autorités nationales une « *ample latitude* » pour évaluer le montant de l'indemnisation¹³³⁰.

L'on déduira de ces exigences de droit international public que si l'injonction structurelle découle d'un comportement illicite, il n'y a guère de risque à la promulguer en droit positif, et ce, de façon souple et dans des conditions lâches.

759. *Les contingences du marché à prendre en compte.* L'on ne pourra passer outre l'objection que la concurrence ne se décrète pas ; et que le marché ne se dessine pas au crayon. Même en présence d'une injonction structurelle, il n'est pas facile de « fabriquer » l'équilibre concurrentiel. Soit, comme nous l'avons vu, parce que le repreneur n'est pas facile à trouver, soit parce que le repreneur, s'il existe, acquerrait un monopole en rachetant l'actif vendu. Se pose alors la question de savoir si cet acquéreur peut être l'État. L'on abordera dans le sens d'une telle solution. L'idée n'étant pas de construire un système soviétique qui

¹³²⁵ R. Saint-Esteben, « L'injonction structurelle : la rencontre du troisième type du droit de la concurrence », *Concurrences* 2-2013, p. 14.

¹³²⁶ Communication de la Commission du 22 octobre 2008, cité par R. Saint-Esteben, « L'injonction structurelle : la rencontre du troisième type du droit de la concurrence », *op. cit.*

¹³²⁷ Loi du 6 août 2015, préc.

¹³²⁸ V. *supra*, n°730, également : F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, [12^{ème} édition refondue], 2015, p. 847, n°591 et s.

¹³²⁹ CEDH, Arrêt James c/ Royaume-Uni, 21 février 1986, préc.

¹³³⁰ CEDH, Lithgow, 8 juillet 1986, n°9006/80, cité par F. Sudre, *op. cit.*

prendrait en main toute l'économie. Il s'agirait de constater qu'en l'absence d'une concurrence pure et parfaite, l'État est le seul à pouvoir reprendre l'activité sans conférer un monopole à un concurrent. L'on concevrait mal que l'État prenne en charge certains secteurs tels que la construction ou l'alimentation. En revanche, qu'en est-il des aéroports, récemment privatisés qui pourraient générer de véritables contrats d'adhésion entre professionnels ? S'il s'avère que l'entreprise en charge de l'infrastructure (essentielle en l'occurrence) multiplie les abus, une politique publique est-elle absurde, surtout pour le domaine des transports et de leurs infrastructures ?

760. Conclusion du B. Certes, il n'est pas nécessaire de recourir à un régulateur pour prononcer toutes les sanctions que nous avons évoquées ci-dessus. À ceci près que lesdites autorités administratives, comme nous l'avons vu, supportent moins de contraintes juridiques pour appliquer des sanctions. Le régulateur peut soulever le prétexte de sa compétence technique pour dire que la sanction extraordinaire qu'il veut infliger relève d'une nécessité propre à son domaine. Par exemple, l'Autorité de la concurrence peut facilement mettre en avant le fait que les impératifs d'équilibre du marché justifient certains écarts vis-à-vis des règles classiques du droit pénal.

761. Conclusion du §1. Alors, certes, l'autorité administrative indépendante – ou régulateur, selon la dénomination qu'on lui donne – présente beaucoup d'avantages. Cela est dû au fait que le « *régulateur* » est devenu un acteur de l'économie à part entière, et non plus seulement un tiers désintéressé. De moins en moins, le juge ne peut ignorer les conséquences économiques de sa décision en se plaçant dans un schéma abstrait. Sans aller faire du juge de droit commun un pur académicien, l'on peut dire que la croissance du nombre de régulateurs traduit la quintessence de ce phénomène. L'État s'est mis à distance de l'économie, le juge doit donc s'en rapprocher. L'on se réjouit que ce vide soit comblé. Et même, il signe un progrès dans la mesure où le législateur ne peut agir qu'*ex ante* là où le régulateur agit *ex post*. L'efficacité n'en ressort que renforcée. Si bien que l'on ne sait pas vraiment si le régulateur relève de l'autorité réglementaire ou judiciaire. Un certain nombre d'inconvénients découlent de cela, qu'il convient à présent d'aborder.

§2 : Les inconvénients du système dit « quasi pénal » pour régler les litiges des contrats d'adhésion entre professionnels.

762. Un système qui prive le justiciable de nombreuses garanties. Sans chercher à faire une liste exhaustive des failles du système que l'on peut trouver ici ou là, il importe de dire que les autorités administratives indépendantes ont les défauts de leurs qualités. Elles résultent d'un choix politique qui privilégie l'efficacité technique au détriment de la séparation des pouvoirs et le bon sens du régulateur plutôt que celui du politique. Est-ce que

le droit des contrats entre professionnels doit suivre une telle ligne ? À tout le moins, peut-on dire qu'un système de droit général des contrats ne s'accorde pas toujours bien avec un règlement des litiges par le régulateur. En effet, ce dernier est davantage compétent pour les questions qui relèvent du domaine technique et sectoriel. Or, nous avons l'ambition d'appréhender de façon globale le droit des contrats pour conférer un régime spécial au contrat d'adhésion entre professionnels. Qu'est-ce qui justifierait que l'on ait recours à un régulateur même neutre et techniquement renseigné, sinon de favoriser un contentieux efficace? S'il est souhaitable que l'Autorité de la concurrence soit dotée de pouvoirs larges, c'est à l'unique condition de démontrer une nécessité spéciale, qui peut justifier des sanctions exorbitantes du droit commun.

763. Une administration de la justice abandonnée au profit d'un régulateur technicien. L'autre reproche que l'on pourrait faire au système de sanctions par le régulateur serait qu'il ne serve qu'à cacher les lacunes d'un État désengagé. De manière paradoxale, là où l'on a voulu libérer les entreprises des contraintes étatiques, ces mêmes entreprises se voient attribuer d'autres contraintes par le régulateur. En quelque sorte, l'autorité régulatrice rattrape ce que l'État a concédé trop vite. Le fait-elle aussi bien ? Est-ce que pour endiguer le phénomène des contrats déséquilibrés entre professionnels, dans certains secteurs, une direction administrative de l'entreprise serait possible ? Le politique a fait le choix de se défaire de telles compétences, il faut en prendre acte. Néanmoins, si c'est au régulateur neutre de pallier le manque laissé par l'État, il ne pourra le faire qu'en cas de litige et sa jurisprudence laissera forcément une part d'insécurité juridique, puisqu'elle ne traite que du cas par cas.

764. Conclusion de la section. Il est nécessaire d'apporter une réponse crédible au droit des contrats entre professionnels lorsque la pratique, remarquant les failles des sanctions civiles traditionnelles, se met à engendrer des comportements cyniques et à terme, plus que dangereux pour l'économie. Pour autant, l'État ne peut pas exercer de pouvoir coercitif à n'importe quel prix, surtout s'il espère dans le même temps une prospérité économique de la part des grandes entreprises. Les autorités régulatrices (peu importe l'appellation par laquelle on les désigne) semblent répondre de manière juste à ce besoin de sanction. Elles sont comme en équilibre entre la répression et la protection des parties au procès. Cet équilibre est reconnu aujourd'hui comme réel. Aucune jurisprudence ne pourrait mettre en cause le fait que ces régulateurs peuvent contourner des règles du droit pénal pour garantir la bonne marche des affaires au plan macroéconomique. Voilà qui permet de déployer des outils répressifs efficaces contre les abus dans les contrats entre professionnels. Certes, l'administration ne prononcera jamais de privation de liberté, mais elle a à sa disposition de quoi dissuader les comportements délibérément immoraux. Une question se pose pourtant : jusqu'où cette tolérance peut-elle aller ? Car il s'agit bien d'une tolérance, nous avons vu que les justifications données pour contourner les règles du droit pénal peuvent varier, le juge y trouve toujours son compte. Le droit des affaires se réveillera-t-il un jour en se disant que ce

règlement des conflits par l'administration est allé trop loin ? Pour l'heure, l'efficacité des sanctions peut être assurée par une autorité administrative indépendante, et il faut en profiter. À condition bien sûr d'y circonscrire certaines limites pour ne pas permettre n'importe quelle sanction sous prétexte d'efficacité.

765. Conclusion du chapitre. Il est certain que pour affronter un monde des affaires internationalisé où l'État a de moins en moins de prise, les seules règles du droit civil ne sauraient suffire en tant que telles. La lutte contre les abus dans les contrats d'adhésion entre professionnels doit se comprendre dans le contexte de la stratégie juridique qui les sous-tend. Certes, le droit des affaires a peu à voir avec le droit pénal. Il n'empêche que la difficulté doit être surmontée lorsqu'il en va, non seulement de valeurs fondamentales telles que la lutte contre la violence, mais aussi de la survie économique de nombreuses PME génératrices d'emplois. Cette tendance est d'ailleurs confirmée par les secteurs qui ont recours au droit semi-pénal pour assurer la protection de leurs opérateurs.

Doit-on penser que la souplesse du droit semi-pénal nous ferait opter résolument pour ce dernier ? La réponse ne saurait être totalement affirmative. Le droit purement pénal garde l'avantage de dissuader les personnes qui seraient tentées de s'abriter derrière la fortune de leur entreprise pour se jouer des sanctions pécuniaires. Son application doit rester cependant confinée aux cas extrêmes. La violence, même économique, est une réalité que le droit doit prendre en compte comme si elle touchait une personne vulnérable quelconque. Le préjudice peut, en effet, souvent s'apparenter à celui que subit un consommateur, puisque la victime, bien souvent, engage son patrimoine personnel dans les affaires qu'elle mène à bien. Le cas le plus typique est celui de l'entrepreneur qui hypothèque son logement familial ou présente son conjoint comme caution. L'on objectera la quasi-improbabilité d'une telle sanction en justice qui équivaudrait à dissuader le commerce même. À cela, on répond que l'improbabilité de la condamnation compense la lourdeur de la sanction. Si la condamnation devient rare, seuls les abus les plus patents seront réprimés de la sorte.

Quant au droit semi-pénal, il consiste ni plus ni moins à augmenter les pouvoirs de l'Autorité de la concurrence. Non plus seulement comme la surveillante du marché en général, mais aussi des relations microéconomiques, cette autorité doit avoir un rôle proactif pour assurer des échanges équitables. Elle ne doit pas hésiter à infliger des amendes réellement dissuasives et propres à restaurer la concurrence. Le pouvoir de demander de telles sanctions ne doit revenir qu'à une autorité publique et non pas une entreprise privée, car ces sanctions relèvent de l'ordre public économique de direction. D'ailleurs, la souplesse procédurale dont bénéficie le régulateur, si elle profitait à la victime, donnerait lieu de la part de cette dernière à des abus largement prévisibles. Un contentieux de mauvaise foi, à des fins lucratives, pourrait s'instaurer.

Il reste à savoir dans quelles limites il faut contenir la puissance du droit semi-pénal. Certes, la souplesse que le droit lui offre lui permet de prendre des décisions salutaires pour l'économie. Au pouvoir grandissant de certaines entreprises multinationales, doit

correspondre un pouvoir toujours plus fort de la part des pouvoirs publics. Cela pourrait toutefois se faire au détriment de la justice procédurale. Un principe de proportionnalité doit s'instituer dans le prononcé des sanctions et la procédure.

766. *Conclusion du titre premier.* La réponse la plus appropriée aux contrats d'adhésion entre professionnels est manifestement une immixtion de plus en plus forte du juge (ou du régulateur) dans le contrat. Le droit des obligations n'y est pas familier, car, par définition, le contrat est le lieu où les parties décident elles-mêmes de la loi qui va les régir. L'économie globalisée et déréglementée ne permet pas de faire de cette affirmation un dogme. Au contraire, la contrainte de l'État, désormais restreinte, a laissé la place à une contrainte des acteurs privés de l'économie. Faire valoir ses droits par le biais du contrat est devenu coûteux et hasardeux. Il s'agit précisément de retrouver cette liberté économique que certaines entreprises ont perdue dans des partenariats désavantageux. Au-delà même de leur possibilité de faire du bénéfice, c'est également leur faculté à innover et à développer leur propre créativité qui est en jeu. Certaines se conduisent, pour ainsi dire, comme des salariés sans la protection du Code du travail. Le juge, en intervenant dans les contrats d'adhésion entre professionnels, promeut davantage la liberté d'entreprise qu'il ne lui nuit, si, à tout le moins, la volonté de protection de la partie faible est bien respectée.

Il est donc temps de briser les réticences que la doctrine exprime vis-à-vis de l'intervention du juge dans le contrat. Non pas qu'il s'agisse de sacrifier la liberté contractuelle à un dirigisme poussé à l'extrême peu crédible. Ce dont il est question, c'est davantage de considérer qu'il existe un degré de contrainte à partir duquel le juge doit estimer que la liberté contractuelle est un masque qui cache un asservissement évident. Il faut certes compter sur un discernement du juge entre les contraintes bénignes et les situations réellement léonines. Et l'on répondra que ces dernières situations ne peuvent concerner que l'exception. Pourrait-on d'ailleurs considérer que le juge veuille s'encombrer de toutes les relations commerciales du ressort de sa juridiction qui donnent lieu à un défaut de paiement ? Ou bien ne se contentera-t-il pas de remédier aux seules situations les plus choquantes ? Et où est-ce que le juge peut constater cet asservissement ailleurs que dans les négociations ?

Cette démarche n'est donc rien d'autre qu'une nécessaire adaptation du droit aux faits. Il est en effet de plus en plus visible que le déséquilibre du contrat n'est aujourd'hui, plus tant une question de cohérence doctrinale que d'efficacité. Un juge aux pouvoirs forts est donc ce qu'il y a de plus efficace pour rééquilibrer les contrats léonins. La contrainte pénale ou semi-pénale est donc tout à fait opportune, car elle ne se contente pas d'opérer des ajustements dans le texte de la convention, mais elle prend le mal davantage à la racine en identifiant l'intention mauvaise de l'auteur du comportement abusif et en apportant une sanction largement à même de dissuader ce dernier. Le mal est d'autant plus combattu à la racine lorsque le juge est en mesure de toucher l'entreprise dans son capital et renverser un monopole ou un oligopole. Le revers que l'injonction structurelle a connu devant le Conseil constitutionnel ne doit pas mettre fin à toute tentative d'évolution.

767. Transition. L'on peut donc espérer que pour être complète, la protection de la partie faible professionnelle se manifeste par l'action d'un juge, au moins aussi puissant que l'entreprise qui exploite la faiblesse commerciale d'une autre. Pour être encore plus complète, la protection doit aussi prendre en compte les contraintes relatives au procès. La faiblesse commerciale, en effet, ne se manifeste pas qu'au moment des négociations. La procédure est également le lieu de déséquilibres patents.

Titre 2 : L'intervention du juge du contrat d'adhésion entre professionnels et la procédure.

768. Une multitude de contingences qui gênent l'action au fond. Nous avons vu précédemment le contenu de l'équilibre contractuel qu'il convient de réaliser. C'est à dire, la solution considérée abstraitements, en dehors de toute circonstance contraignant l'application de la règle. Malheureusement, le droit ne consiste pas seulement à dire que la solution doit être conforme à l'équité. Il est encore crucial de savoir comment cette équité se met en place. En effet, le procès est un risque. Et qui dit risque, dit des coûts à assumer. Nous avons déjà soulevé les stratégies de contournement qui peuvent être mises en place pour empêcher l'analyse des négociations. Il n'en sera pas question ici. Ce que nous voulons résoudre c'est la faiblesse procédurale, corollaire de la faiblesse contractuelle que nous avions étudiée dans la partie première. Engager un procès, c'est parfois renoncer définitivement à un partenariat sur le long terme avec son cocontractant. C'est également prendre le risque d'échouer. Non pas toujours sur le fond, mais sur des points de droit relativement anodins, qui servent davantage à obstruer le procès qu'à réparer l'atteinte à un droit. De surcroît, puisque nous avons vu que la règle de protection de la partie faible devait être le plus large possible, la contrepartie de ce choix est une certaine insécurité juridique, que tous les contractants peuvent légitimement invoquer. Enfin, la possibilité pour le défendeur d'exercer un recours jusqu'en cassation, ou bien des recours au sein d'une même instance, représente autant de temps perdu, de frais d'avocats, de justice ; à quoi s'ajoute l'impossibilité de poursuivre un contrat. Nous n'avons pas non plus évoqué le discrédit que peut subir la partie faible qui attire une partie forte en justice aux yeux du marché. Elle apparaît immanquablement comme un partenaire procédurier et potentiellement dangereux.

769. Des institutions créées à cet effet en ordre dispersé. Le juriste est parfaitement conscient de toutes ces contingences procédurales qui empêchent que le fond du droit puisse trouver application. Les solutions ne font d'ailleurs pas défaut. Elles se font cependant au gré des réformes successives qui cherchent à inverser la tendance. Elles n'en sont pas pour autant dénuées de défauts. Si leur efficacité peut apparaître au moment de la promulgation de la loi qui les institue, le temps est de bon conseil pour voir leurs limites. L'action du ministre de l'Économie par exemple, jamais vue en droit comme telle, a été bien utile pour faire appliquer l'article L442-6 du Code de commerce grâce aux « *assignations Novelli* ». Le Conseil constitutionnel a toutefois dû jouer avec les concepts juridiques pour ne pas présenter de contradiction avec les principes directeurs du procès¹³³¹. Il n'empêche que cette invention pose un certain nombre de questions si elle devait durablement constituer un mode d'action en justice. Le début du XXI^{ème} siècle a d'ailleurs été riche en inventions procédurales pour protéger la partie faible, comme nous allons le voir.

¹³³¹ V. *infra*. n°236.

770. Division de l'étude. Ces inventions sont-elles efficaces pour redonner à la partie faible professionnelle, la possibilité de faire valoir ses droits en justice ? La réponse est à la fois positive et négative. Il y a des éléments à conserver ; d'autres doivent faire l'objet d'une évolution.

Nous pouvons d'ores et déjà dire que ces techniques procédurales sont de deux sortes, et c'est dans cet ordre que nous les étudierons : certaines sont de nature contraignante, car elles visent à enjoindre quelque chose à la partie forte (chapitre 1) ; d'autres relèvent du droit doux et ont une ambition plus pédagogique (chapitre 2).

Chapitre 1 : Les techniques procédurales de protection de la partie faible à caractère contraignant.

771. L'impératif de célérité. Il a été possible de démontrer que le droit des contrats d'affaires, pour surmonter les inégalités qui peuvent le caractériser, doit donner, en cas d'action judiciaire au fond, les armes nécessaires à la partie faible pour rééquilibrer le contrat. Le juge qui a pu constater que la négociation commerciale n'en était pas vraiment une, peut estimer que le contrat doit être réécrit. Il est juste, en effet, que la lettre du contrat ne retienne pas prisonnier le professionnel qui a signé sans réellement avoir le choix. Nous avons également vu l'intérêt de dissuader les comportements prédateurs ou abusifs par un droit pénal ou semi-pénal. Pourtant, la moralisation du droit des affaires ne peut pas se contenter d'actions sur le fond. Le droit des affaires est un droit qui a besoin de célérité. Et bien souvent le temps ne permet pas à la partie faible de faire valoir ses droits en justice. Et non seulement le temps, mais aussi une multitude de détails matériels. Le procès au fond ne peut que limiter les dégâts en quelque sorte. Il faut donc des actions préventives, ou du moins qui interviennent à temps.

772. Le choix de l'action de groupe ou solitaire. Alors, de deux choses l'une, ou bien l'on considère que la partie faible peut agir seule, et dans ce cas c'est au juge de lui donner les moyens d'agir efficacement. Ou alors, considérant que l'union fait la force, le contentieux du contrat est regroupé et la lourdeur du fardeau procédural s'en trouve allégée grâce à une action collective. Les deux solutions présentent autant d'avantages que d'inconvénients. Le contentieux collectif est intéressant en ce qu'il libère la partie faible des inquiétudes du procès. Le reproche le plus net que l'on peut lui faire est de ne pas pouvoir s'appliquer à tous les abus dans le contrat. Il est nécessaire, en effet, que le défendeur soit systématiquement la même personne, sinon l'ensemble des demandeurs ne partage rien. Alors, seul le juge peut aider le contractant dit faible. À notre sens, c'est l'action en référé qui peut aider l'entreprise dont le litige ne s'inscrit pas dans un contentieux de masse.

773. Annonce de plan. D'où le découpage de notre étude qui traitera dans

un premier temps de l'action en référé en vue de soutenir un plaideur contractant faible (section 1) et l'action collective ayant la même visée (section 2).

Section 1 : L'action en référé au profit du contractant professionnel partie faible.

774. Le référé, pratique courante du droit des contrats d'affaires. Le droit, d'une manière générale, est familier de la procédure de référé. Elle existe déjà de façon abondante pour la matière du droit commercial. Est-elle parfaitement à même de prévenir les abus liés aux contrats déséquilibrés ? En réalité, le référé en droit des affaires recouvre une multitude de situations. Pour assurer l'équilibre contractuel, il faut garantir l'accessibilité à la preuve, entraver les pratiques restrictives dès leur commencement, mais aussi intervenir avant que le déséquilibre contractuel ne vienne causer la ruine financière de la partie faible. En quelque sorte, il faudrait que le juge puisse intervenir à n'importe quel moment du contrat. D'où un fort risque de judiciarisation des relations commerciales. Ce risque doit être soulevé, mais cependant assumé. D'ailleurs, l'utilisation qui est faite aujourd'hui de cet instrument juridique ne dénote pas un quelconque excès. Au contraire, il semble plutôt garantir l'effectivité des droits des justiciables.

Nous allons donc développer notre réflexion en deux points : après avoir discuté de la possibilité pour une action en référé de lutter contre les comportements abusifs des parties fortes dans les contrats d'affaires (§1), nous verrons comment il peut être appliqué idéalement pour résoudre les problèmes de contrats d'adhésion entre professionnels (§2).

§1: L'intérêt d'une action en référé pour parvenir à l'équilibre des contrats entre professionnels.

775. Division du paragraphe. Si l'on donne de larges pouvoirs au juge pour revenir sur le contrat, au fond, il faut être logique. La cohérence juridique impose alors de donner aussi de larges pouvoirs au juge des référés pour revenir sur le contrat. Et non pas seulement sur le contrat, mais sur tout comportement contractuel qui compromettrait la juste répartition de la richesse. Ceci ne va pas sans risques. L'entrée du juge dans le contrat n'est jamais signe de relations commerciales pérennes. Nous verrons donc successivement les avantages (A) et les inconvénients de la procédure de référé pour rééquilibrer le contrat d'affaires (B).

A: Les avantages de la procédure de référés pour contrecarrer les abus dans les contrats entre professionnels.

776. *Une multitude de référés.* En droit des affaires, la procédure de référé est largement utilisée, et ce, pour des situations multiples. Même si l'on ne s'intéresse qu'aux relations strictement contractuelles, on constate que le juge des référés peut intervenir à tous les stades de la relation d'affaires. Ceci est vrai même lorsqu'il n'existe aucune intention d'agir au fond de la part du demandeur. Il semble que, pour la problématique qui nous concerne, à savoir les contrats d'adhésion entre professionnels, il n'y ait pas un seul référé qui prévale, mais une multitude de procédures diverses, et souvent exorbitantes du droit commun.

777. *Plusieurs utilités.* L'on peut distinguer deux utilités à la procédure en référé pour rééquilibrer les contrats entre professionnels : d'abord elle permet de lutter contre les pratiques abusives trop sporadiques pour donner lieu à une action au fond. Certaines pratiques restrictives sont, en effet, tellement petites, que la victime préfère ne pas se donner la peine de former une action en justice. Cela va de soi, cumulés, ces petits abus peuvent rendre compte d'une véritable domination contractuelle. Quelques retards de paiement, additionnés à quelques violations du contrat, additionnées à quelques informations délivrées erronées, peuvent constituer de lourds abus. Et pourtant, l'action en justice au fond est très malaisée, car les faits sont trop difficiles à rapporter et l'issue trop incertaine. Elle peut être plus facile si la partie qui subit l'abus sait répondre par une procédure rapide au bon moment. Le second avantage d'une action en référé est qu'elle peut aider à compenser la faiblesse de la victime. Nous entendons par là qu'elle peut donner lieu à l'octroi en justice d'un pouvoir compensant la faiblesse du contractant subissant l'adhésion. S'engager dans une relation contractuelle ou même dans un litige au fond, cela implique de connaître ses fragilités. Une action en référé peut agir sur ces fragilités pour les rééquilibrer et permettre une issue juste de l'action ou du contrat selon les situations. Par exemple, en délivrant des informations, des moyens financiers ou autres.

1 : Lutter contre les pratiques restrictives sporadiques

On peut regrouper sous cet ensemble les référés dits « *référés mesures* ». Il s'agit, soit d'un référé dit probatoire, parce que la pratique est trop sporadique pour être prouvée (a), ou bien d'un référé pour trouble manifestement illicite (b).

a : Le référé probatoire :

778. *La procédure prévue aux articles 484 et 809 du Code de procédure civile.* La procédure de référé, prévue aux articles 484 ainsi que 809 et suivants du Code de procédure civile trouve application pour des raisons multiples. Il s'agit d'abord de constituer une preuve lorsqu'une partie estime qu'il existe un risque qu'une affaire soit portée au fond et que les circonstances nécessitent que soient constatés certains faits. On ne peut que se réjouir d'une telle procédure, notamment pour le domaine de la distribution où, le contrat s'exécutant, la célérité des transactions et la peur de représailles laissent passer des abus. L'on peut penser à certaines pratiques comme les retards dans les délais de paiement ou la marchandise commandée refusée sans justification au moment de la livraison. Ces abus ne donnent pas lieu à poursuite, car le procès serait bien plus coûteux et bien plus dommageable que l'indemnité due pour la circonstance. Une action au fond nécessiterait, pour laisser espérer un résultat convenable, une multitude de situations de ce genre. Pour des faits de concurrence déloyale, par exemple, le recours à un huissier de justice est un exemple tout à fait pertinent de ce référé probatoire. La jurisprudence l'a déjà affirmé pour le cas de faits de concurrence déloyale¹³³².

779. *L'article 145 du Code de procédure civile.* La procédure prévue à l'article 145 du Code de procédure civile est tout autant opportune. Ce texte énonce que : « *S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé.* » La condition d'urgence a disparu ainsi que celle d'absence de contestation sérieuse. L'article 145 du Code de procédure civile n'exige qu'un « *motif légitime* ». Cette mesure est accordée très fréquemment pour la désignation d'un expert avant tout litige concernant les baux commerciaux¹³³³. Elle est évidemment tout à fait utile pour compenser la faiblesse d'un contractant, pour rapporter une preuve d'un abus par exemple.

b : Le référé pour trouble manifestement illicite, prévu aux articles 808 et suivants et 872 et suivants du Code de procédure civile.

780. *Une procédure parfaitement adaptée à la vie des affaires.* Certaines procédures d'urgence prévues au Code de procédure civile sont parfaitement adaptées pour prévenir une situation injuste. À cet égard, l'on a parlé du succès inespéré de l'article 809 du code en

¹³³² Soc, 29 octobre 2002, n°00-42918, cité par A. Lacabarats, et B. Mathieu, *Les procédures d'urgence en droit des affaires*, Paris, Joly éditions, 2010, n°27. Pour un litige entre une société automobile et son concessionnaire, prétendument victime de discrimination, Lyon, 20 novembre 2012, n°11/05737. V. également, Versailles, 30 juin 2010, n°09/05156.

¹³³³ Parmi de nombreux exemples : Paris, 23 juin 2015, n°15/05025.

question, 872 et suivants pour ce qui concerne les litiges en droit commercial¹³³⁴. S'il constate un trouble manifestement illicite, le demandeur est en mesure d'exiger sa cessation par le juge des référés. L'évolution du contentieux du référé sur le fondement des articles 872 à 873-1 du Code de procédure civile a largement dépassé le simple domaine de l'expertise ; et le droit des contrats d'affaires s'en est trouvé largement concerné. Spécialement dans le domaine de la distribution où un abus passager peut avoir des conséquences très graves, le juge n'hésite pas à qualifier une situation de trouble manifestement illicite si nécessaire¹³³⁵. Par exemple, un distributeur de vêtements peut, par ce moyen, se voir obliger de cesser de déprécier une marque par des « *soldes sauvages* »¹³³⁶. Demeure cependant l'obstacle de « *l'imminence* » du dommage pouvant être subi, comme exigé à l'article 809 du Code de procédure civile. Il faudrait entendre le dommage de façon souple. Car, si l'on est en présence d'une entreprise qui dépasse les délais de paiement ; il ne devrait pas être nécessaire qu'elle justifie une faillite certaine pour pouvoir bénéficier d'une action en référé. D'autant plus que la Cour de cassation se contente essentiellement de la condition de l'obligation non sérieusement contestable.

781. *Une objection surmontable d'immixtion du juge dans la vie des affaires.* On pourrait penser que cette conception du référé est un peu procédurière. Comme si l'on cherchait à immiscer le juge dans la relation d'affaires dans laquelle il ne connaît rien, ou si peu¹³³⁷. À vrai dire, ce reproche a déjà été fait au contentieux des référés pour ce qui concerne le droit des sociétés. La Cour de cassation s'est d'ailleurs parfois élevée contre des tentatives des juges du fond de veiller de trop près à cela¹³³⁸. Si le juge, surtout en référé, n'a pas à aller jusqu'à rechercher les intentions profondes des parties, il n'est cependant pas absurde qu'il s'attache à surveiller les comportements abusifs, même passagers, si les conséquences à terme peuvent être importantes. Nous avons démontré, ci-dessus, que certains contrats de partenariat commercial pouvaient souvent receler une relation identique à celle d'un employeur à son salarié, la protection sociale en moins¹³³⁹. L'on a donc tout lieu de penser que la victime (et même le ministère public) comme nous le verrons, peut demander une ordonnance de référé pour remédier aux injustices qui jonchent le quotidien de la vie des affaires. L'on connaît de surcroît la propension du juge des référés à intervenir dans le cadre d'une relation de

¹³³⁴ A. Lacabarats, *op. cit.*, p. 138. M. Armand-Prévost, « Le référé commercial », in Collectif, *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, Paris, La documentation française, 1998, p. 225 et s.

¹³³⁵ P. Grandjean, « L'évolution du référé commercial », *RJ Com*, 1993, p. 177 et s., spéc. p. 183.

¹³³⁶ Paris, 30 juillet 1992, cité par P. Grandjean, *op. cit.*

¹³³⁷ D. Martin, G. Buge, « L'intérêt social dans le contentieux des ordonnances sur requêtes, en référé et en la forme des référés », *RTD Com*, 2010, 481.

¹³³⁸ Arrêt Flandin, 9 mars 1993, cité par B. Saintourens, « Le juge des référés et la sanction de l'abus de minorité », *Rev. des sociétés*, 1^{er} juillet 2014, p. 426 et s.

¹³³⁹ Voir *supra*.

travail¹³⁴⁰. Si l'on admet que certains contrats d'affaires servent effectivement à contourner cette législation, pourquoi ne pas prolonger la logique de protection de la partie faible jusque dans le droit des contrats commerciaux ?

782. *Conclusion du I et transition.* Le phénomène du contrat d'adhésion aujourd'hui en droit des affaires revêt des causes qui sont propres à notre époque. L'on pourrait presque parler d'une véritable inféodation de certaines entreprises au profit d'autres. Donc, le droit de la procédure commerciale doit offrir une procédure adaptée à cette évolution. Lorsqu'une entreprise, forte d'un pouvoir contractuel qu'elle exerce au détriment d'une autre, se permet de violer les contrats au jour le jour, la procédure au fond n'est pas forcément celle qui convient le plus. La justice contractuelle impose de résoudre le problème de l'abus dans les contrats d'affaires par une réponse à la hauteur de la stratégie commerciale agressive.

2 : Rééquilibrer le rapport de force au sein du contrat et au sein du litige.

783. *Le temps, déterminant du rapport de force commercial.* La gestion du temps est également un moyen de faire sentir à son cocontractant son pouvoir contractuel ; et ce, pour des raisons simples. Les grandes entreprises possèdent plus d'avance de trésorerie, et donc plus de visibilité financière en cas de procès. De ce fait, les plus faibles doivent agir dans l'urgence. Cela entraîne pour eux l'obligation de prendre une décision à contrecœur, sous une forme de contrainte. Si cette urgence n'est pas surmontée, les règles protectrices du droit des contrats et de la concurrence ne servent à rien. L'on peut distinguer deux lieux où ce rapport de force défavorable s'exerce : le contrat et le procès. Dans les deux cas, les procédures de référé sont l'outil le plus approprié pour rééquilibrer le rapport de force. Nous verrons donc successivement le référé comme moyen de surmonter l'inégalité au procès (1), puis le référé comme moyen de surmonter l'inégalité au contrat (2).

a : Le référé, moyen de surmonter l'inégalité face au procès.

784. *L'écueil du coût du procès.* Nous ne sommes pas tous égaux face à la justice. Et bien souvent, obtenir la reconnaissance de son droit peut s'avérer excessivement onéreux. Il n'y a pas que dans la relation d'affaires que le rapport de force entre différentes parties à un contrat se manifeste. Les dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile ne compensent jamais les frais engagés. Le droit n'est pas sans réponse à ce problème. Il

¹³⁴⁰ J. Vuitton, X. Vuitton, *Les référés*, Paris, Litec, LexisNexis, [2^e édition], 2006, p. 248.
M.-A. Mondoloni, *Les interventions préventives du juge des référés dans l'entreprise*, préf. M.-A. Frison-Roche, Aix-en-Provence, PUAM, 2004.

convient de voir en quoi une procédure de référé est utile et dans quelle mesure elle est efficace.

785. *Le référé-provision, instrument de facilitation des actions des entreprises les moins aisées.* Le référé provision figure au Code de procédure civile aux mêmes articles, 809 au deuxième alinéa, et 873, alinéa deux également. Son but premier n'est pas la protection de la partie faible. Il s'agit plutôt du rétablissement en urgence d'une situation constituant un péril imminent. En quelque sorte, le juge, lorsqu'il accorde une provision, en référé, sur le fondement de ces articles, place le demandeur dans la situation dans laquelle il se trouverait s'il avait gagné. Le défendeur est ensuite libre de poursuivre une action au fond pour obtenir la restitution de cet argent. Ce n'est pas là entreprise aisée. Si le juge, statuant en référé, a décidé que cet argent était, même provisoirement, dû, c'est qu'il a constaté « *l'évidence* » de l'obligation, selon les termes du Code de procédure civile¹³⁴¹. Et de fait, en pratique, la partie perdante à une action en référé provision ne tente jamais sa chance au fond pour obtenir annulation de la décision. On pourrait presque croire qu'en référé, le juge serait capable de faire une action tout aussi éclairée qu'au fond¹³⁴². La doctrine a beau s'évertuer à dire que de juger en référé ou au fond ne revient pas au même, en pratique on ne parvient pas à la même distinction¹³⁴³. Le succès du référé provision depuis sa promulgation en 1973 est d'ailleurs manifeste. Il empêche une éventuelle partie forte de recourir à des manœuvres dilatoires pour dissuader les entreprises qui ont le moins de trésorerie d'agir en justice.

786. *La possibilité d'une extension des conditions de cette provision.* Ne pourrait-on pas profiter de ce succès pour étendre encore plus l'utilité de cette institution ? En effet, les manœuvres dilatoires, pour rendre une action en justice désavantageuse, sont bien une réalité dans la pratique du droit des affaires. Non seulement la victime n'est pas assurée de gagner son procès, mais elle a besoin du recours des banques pour mener à bien l'instance. Cela est d'autant plus vrai, lorsque celle-ci se prolonge au-delà du premier niveau de juridiction. La stratégie de « *l'usure* » est bien connue¹³⁴⁴. Dès lors, pourrait être conçu un référé-provision qui ne s'appuie pas forcément sur le caractère évident de l'obligation, mais qui constate que la créance peut hypothétiquement exister et que la partie faible a besoin d'argent pour pouvoir raisonnablement mener à bien son action. Cette provision pourrait évoluer au cours de l'instance. À plus forte raison, si le juge constate que la partie forte multiplie les recours et les manœuvres donnant du retard au procès. Dans ce sens, d'aucuns soulignent que l'absence de contestation sérieuse de la créance n'est pas forcément le critère le plus pertinent pour obtenir

¹³⁴¹ Y. Strickler, *Procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2013, n°429, p. 245 et s.

¹³⁴² J. Normand, « De quelques limites du référé provision », *RTD Civ*, 1999, p. 177.

¹³⁴³ Y. Stricker, *op. cit.*

¹³⁴⁴ A. Masson, M. Shariff, « Les stratégies juridiques des entreprises », *RLDA*, 2010, n°53. J.-F. Lachaume, « Les stratégies de l'urgence et la réponse juridictionnelle », *LPA*, 14 mars 2001, p. 18.

une action préventive en référé¹³⁴⁵. Néanmoins, il est peu envisageable, dans le droit actuel qu'un juge accorde une provision simplement parce qu'il constate un risque de faillite pour une entreprise. Les manœuvres dilatoires sont effectivement sanctionnées par les juges, mais uniquement *a posteriori*. Les sanctions qui interviennent alors ne sont pas forcément suffisantes pour encourager la partie lésée à persévéérer dans son instance, plutôt que de renoncer ou de transiger par une convention peu avantageuse.

787. *Les inconvénients de la proposition.* S'il peut être souhaitable d'étendre le référé provision au problème des manœuvres dilatoires servant à désarçonner les plaideurs les moins fortunés, les risques de cette entreprise doivent être soulignés. Si le juge accorde une provision à la partie faible qui souhaite s'engager dans un procès onéreux, il peut laisser entendre que les recours exercés par l'autre partie relèvent de la manœuvre dilatoire. Il faut donc une conviction solide du juge, que la partie qui se revendique faible, a réellement besoin que l'autre lui verse une avance pour que la lenteur du procès ne soit pas le lieu d'un chantage procédural. On doit donc se trouver en présence d'entreprises dont les moyens de trésorerie sont tout à fait opposés.

788. *Transition.* Enfin, ce n'est pas uniquement sur le plan processuel que le juge des référés peut contribuer à restaurer l'égalité perdue entre les parties. Ce n'est pas simplement dans le cadre d'une action en justice que le temps joue en défaveur de la partie la plus faible. Cette dernière a souvent besoin que le juge vienne à son secours pour l'aider à échapper à un péril qui provient du contrat proprement dit.

b : Le juge des référés, garant de l'égalité contractuelle.

789. *Une technique pour compenser l'inégalité.* Comme nous l'avons dit plus haut, le droit des affaires requiert, relativement souvent, des mesures de célérité. Il peut facilement se comprendre qu'une entreprise, en fonction de sa taille, n'a pas toujours la même capacité d'action en matière de trésorerie. Une défaillance provisoire concernant une rentrée d'argent peut être très coûteuse et lourde de conséquences. Il est donc tout à fait opportun que le juge des référés puisse être facilement accessible lorsqu'une partie à un contrat a été lésée. Il en va de la survie d'une entreprise et de ses emplois, ainsi que des entreprises qui dépendent de son activité. Nous pouvons relever deux cas, *de lege lata*, où le juge peut intervenir pour rééquilibrer en urgence une relation contractuelle : l'octroi de délais de paiement et l'obligation de poursuivre une relation commerciale.

¹³⁴⁵ B. Melin-Soucramanien, « Le juge des référés et le contrat », préf. J. Mestre, Aix-en-Provence, PUAM, 2000, p. 47 et s.

α : L'octroi en référé de délais de paiement.

790. *Une heureuse dose d'équité dans le droit des affaires.* Les délais de grâce accordés par le Code civil aux articles 1244-1 à 1244-3 constituent, de manière indéniable, un retour à l'équité et sonnent comme une entorse à l'esprit général du Code civil¹³⁴⁶. Très parcimonieusement appliqués, ils doivent faire l'objet d'une motivation circonstanciée pour pouvoir donner effet. Cette compétence n'est pas propre au juge des référés, mais l'article 510 du Code de procédure civile la lui accorde¹³⁴⁷.

791. *Une appréciation diverse de la pratique.* Cette mesure est bienvenue en droit commercial. D'aucuns soulèveraient la sécurité des transactions juridiques ; à quoi l'on répondrait que de protéger une entreprise en difficulté, c'est également protéger des emplois et garantir une sécurité financière aux entités les plus fragiles. Par exemple, en droit des baux commerciaux, la clause résolutoire qui est censée mettre fin au bail de façon soudaine est mise en échec par les délais de grâce prévus auxdits articles du Code civil¹³⁴⁸.

792. *Une réussite en droit des affaires.* À peu d'exceptions près, cette possibilité est acceptée par la Cour de cassation assez souplement, dès lors qu'il existe une motivation¹³⁴⁹. Cette possibilité doit être, non seulement maintenue, mais également son utilité doit être davantage encore appréciée. La solvabilité est une condition, non juridique, mais bien réelle pour pouvoir agir en justice¹³⁵⁰. Permettre au débiteur de gagner du temps pour exécuter ses obligations, c'est également lui permettre de faire valoir en justice ses droits.

793. *Transition.* Le législateur a sagement prévu que ces délais de grâce ne peuvent excéder deux années, à l'article 1244-1 du Code civil. En matière commerciale, cette restriction a vocation, sinon à être accentuée, du moins à être maintenue¹³⁵¹.

¹³⁴⁶ A. Sériaux, « Réflexions sur les délais de grâce », *RTD Civ*, 1993, 789. C. Gau-Cabée, « Enchaîné, affranchi, protégé, triomphant », *RTD Civ*, 2012, 33. F. Terré, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, [9^{ème} édition], 2012, n°17.

¹³⁴⁷ P. Soustelle, « Le retour de la compétence du juge des référés pour octroyer un délai de grâce », *D*, 1999, 517.

¹³⁴⁸ F. Kendérian, « Que reste-t-il du caractère automatique de la clause résolutoire ? » *RTD Com*, 2009, 81. À condition que les délais de grâce accordés en référé soient respectés, sinon de nouveaux ne peuvent être accordés : Civ. 3^{ème}, 2 avril 2003, n°01-16.834.

¹³⁴⁹ Un arrêt a même pu estimer que l'octroi de délai de paiement n'a pas besoin d'être motivé par les juges du fond. Civ. 1^{ère}, 29 octobre 2002, n°00-12.703.

¹³⁵⁰ D. Cohen (dir.), *Droit et économie du procès civil*, Paris, LGDJ, 2010.

¹³⁵¹ B. Melin-Soucramanien, *Le juge des référés et le contrat*, préf. J. Mestre, Aix-en-Provence, PUAM, 2000, p. 127.

β : Le maintien forcé des relations commerciales

794. *Une contrainte imposée au créancier.* Cela va dans le même sens que le point vu juste précédemment. Il est possible que le délai de grâce soit perçu comme une solution trop radicale et qu'une trop forte extension nuise aux entreprises. Le maintien forcé des relations commerciales présente à peu près le même inconvénient ; à ceci près qu'il bilatéralise la prolongation des obligations.

795. *Une tactique essentiellement jurisprudentielle.* Il n'existe pas de fondement législatif qui accorde de manière expresse le maintien forcé de la relation contractuelle. Le juge ne s'en est pourtant pas tenu à ce silence de la loi et les parades n'ont pas manqué pour y remédier. L'idée peut paraître embarrassante, dans la mesure où maintenir un contractant dans les liens d'un contrat à exécution successive, c'est essayer de convenir d'un partenariat entre deux adversaires. En fait, la jurisprudence ayant acquis que le contractant pouvait, à ses risques et périls, opposer l'inexécution pour résoudre le contrat *a contrario*, devait maintenir dans les liens contractuels celui qui l'avait résolu sans inexécution¹³⁵². Ce n'est pas le seul cas de maintien forcé du contrat¹³⁵³. Ce maintien peut résulter de l'illicéité de la rupture d'un contrat¹³⁵⁴. Pendant un certain temps, la jurisprudence de la distribution automobile avait laissé croire à une telle possibilité. Une cour d'appel avait procédé à une telle mesure¹³⁵⁵. La Cour de cassation avait cependant donné une solution différente¹³⁵⁶.

796. *Une solution dont l'opportunité varie selon les circonstances.* Maintenir un contrat peut être compréhensible dans le cadre de la jouissance d'un bail immobilier. Il peut susciter plus de réticence lorsqu'il s'agit d'un partenariat commercial qui implique des obligations de faire. Il y a des raisons de penser que le partenariat ne sera pas très fructueux et que la partie qui se sera vue imposer le contrat ne fera pas d'effort pour satisfaire les besoins de son adversaire. Certes, la victime de la rupture abusive d'un contrat peut avoir intérêt à un maintien de celui-ci, même pour des obligations commerciales de faire. Par exemple, pour un contrat de fourniture dans le cadre de la distribution, le fournisseur sera assuré que ses

¹³⁵² Les arrêts en question ont été rendus par Civ. 1^{ère}, 13 octobre 1998 et 20 février 2001. V. J. Rochfeld, « Résolution et exception d'inexécution », in P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2003 p. 213 et s. Sur la solution *a contrario* : Com, 18 novembre 2008, D. Mazeaud, « Sanction de la résolution unilatérale infondée », *RDC*, 2009, 484.

¹³⁵³ Monsieur Mestre fait la distinction entre le juge qui reconnaît un contrat déjà existant et le juge qui crée un lien contractuel à titre de sanction, J. Mestre, « Le juge peut-il imposer une relation contractuelle à titre de réparation ? » *RJ Com*, 2013, n°4, p. 303.

¹³⁵⁴ M.-A. Rokotovahiny, « Le maintien forcé du contrat ou l'éviction de la volonté individuelle », *LPA*, 3 août 2011, p. 6. M.-E. Pancrazi-Tian, *La protection judiciaire du lien contractuel*, préf. J. Mestre, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, p. 226 et s.

¹³⁵⁵ Orléans, 15 juillet 2004, n°04/0163, *RDC*, 2005, 385, note M. Behar-Touchais.

¹³⁵⁶ Com, 28 novembre 2006, n°04-20.734, *RTD Civ*, 2007, 345, note J. Mestre et B. Fages.

produits seront vendus au moins pour une année (à peine d'application de l'article L446 I 5° du Code de commerce) ; il pourra garder une certaine visibilité sur le marché et assurer sa reconversion commerciale plus en douceur. La Cour de cassation a même approuvé une cour d'appel d'avoir procédé ainsi¹³⁵⁷.

797. *Une mesure qui doit être limitée à une juste proportion.* Il est certain que la prolongation judiciaire du contrat ne saurait être perpétuelle. Le constat est encore plus flagrant en matière commerciale où, par convention, l'on admet que la célérité impose des règles plus souples. Néanmoins, pour que la sanction soit équitable et efficace, le temps de prolongation du contrat doit correspondre au temps nécessaire pour se tourner vers la concurrence ou renouveler sa stratégie commerciale¹³⁵⁸. Qu'en est-il exactement en jurisprudence ? Les quelques arrêts que nous avons à notre disposition parlent effectivement, dans leurs motifs de la nécessité de se tourner vers la concurrence. Dans un arrêt du 28 mai 2008¹³⁵⁹ (que la Cour de cassation a refusé de casser dans un arrêt du 10 novembre 2009¹³⁶⁰), le juge parle de « *l'impossibilité pour [la société productrice] de retrouver un partenaire équivalent [à la société de distribution] dans un délai bref* ». Néanmoins, pour évaluer le juste délai, et ainsi prolonger le contrat, le juge préfère se référer aux critères classiques relatifs à l'article L442-6 I 5° du Code de commerce sur la rupture brutale des relations commerciales établies. Parmi ceux-ci, l'on trouve « *l'ancienneté des relations* » au premier chef. Il en va de même dans l'arrêt du 3 mai 2012 rendu par la Cour de cassation¹³⁶¹. En appel, le juge avait estimé que l'article 873 du Code de procédure civile trouvait bien à s'appliquer pour prolonger le contrat à cause de « *l'impossibilité de s'approvisionner dans l'urgence auprès d'un tiers fournisseur* ». Cependant, pour apprécier le délai, plutôt que de regarder l'ancienneté des relations, le juge affirme : « *Il y a lieu d'apprécier la durée du préavis en saisons culturelles et non en mois compte tenu de la spécificité des activités agricoles. Le fournisseur est condamné sous astreinte à reprendre les relations commerciales pour une durée de deux saisons.* » C'est donc le temps de retrouver un partenaire qui est pris en compte et non pas le caractère équitable du préavis.

Le maintien forcé du contrat par le juge des référés n'est donc pas compris ici, tant comme une sanction que, comme une manière de pallier la faiblesse du contractant dénué de trésorerie et qui souhaite agir en justice.

798. *Conclusion du 2.* Le contractant faible aura d'autant plus de mal à faire valoir ses droits en justice que son cocontractant joue sur sa faiblesse financière pour le priver d'accès

¹³⁵⁷ Com, 3 mai 2012, n°10-28.366, CCC, 2012, comm. 173, note N. Mathey. Également Com, 10 novembre 2009, n°08-18.337, préc.

¹³⁵⁸ A. Marais, « Le maintien forcé du contrat par le juge », *LPA*, 2 octobre 2002, p. 7. V. Le Blan-Delannoy, « Le maintien judiciaire du contrat en cas de rupture abusive : l'impasse ? », *LPA*, 24 janvier 2005, n°16, p. 6.

¹³⁵⁹ Versailles, 28 mai 2008, n°07/07198.

¹³⁶⁰ Com, 10 novembre 2009 n°08-18.337, préc.

¹³⁶¹ Com, 3 mai 2012, préc.

au juge. À ce titre, le juge des référés peut rétablir l'égalité en suspendant les droits du créancier pour garantir une réelle possibilité de continuer à exister. Une entreprise ne peut pas s'engager dans un procès si sa survie financière est en jeu. Autrement, elle doit dépendre des crédits que les banques lui accordent pour mener à bien l'action.

799. Conclusion du A et transition. Le facteur temps empêche souvent les parties faibles de faire valoir leurs droits en justice. C'est pourquoi la justice doit répondre de manière efficace à cet écueil. Les actions visant à contrecarrer les stratégies d'élimination par pression financière sont de bon augure pour le bon fonctionnement de la concurrence. Il demeure que les outils utilisés pour contrecarrer ces stratégies sont parfois utilisés à mauvais dessein. Cela ne peut pas être ignoré.

B: Le référé au sein de la relation contractuelle entre professionnels, ferment de paralysie du contrat.

800. L'accélération des procédures judiciaires comme source de déséquilibre. La justice française s'est, à plusieurs reprises, vue rappelée à l'ordre par la Cour européenne des droits de l'homme à propos de la lenteur de son système. Ce ne sont donc pas seulement les contrats d'adhésion entre professionnels qui pâtissent de la lenteur des procès, mais c'est tout le système judiciaire qui a besoin de célérité. À ce titre, on ne manquera pas de mentionner le succès incontesté des procédures d'urgence dans la pratique judiciaire. Or, si la justice est parfois contrainte de prendre son temps, c'est entre autres choses, parce que le fond d'une affaire a besoin d'être étudié « à tête reposée » et que tout ne relève pas de l'évidence. Le droit des affaires aurait tout à craindre d'une justice qui ne se prononcerait que sur l'immédiateté. Cela pourrait même faire le jeu de certaines parties fortes qui, sachant bien que le temps de la communication est aussi celui de l'immédiateté, profiteraient d'une justice trop rapide pour renforcer leur image, par des manœuvres néfastes. D'où l'importance de se demander si, les pouvoirs du juge des référés pour protéger la partie faible contractuelle, ne doivent pas être limités, et si le champ de l'action en référé ne doit pas souffrir, lui aussi, de frontières qui l'encadrent. C'est pourquoi il faut mettre en avant les écueils, en droit commercial, sur lesquels peut déboucher un contentieux de l'urgence trop facilement admis. La raison la plus évidente réside dans les procédés dilatoires et les recours abusifs, même par la partie faible, mais aussi dans le caractère expéditif d'une justice animée par un impératif de rentabilité.

801. Le facteur temps dans l'analyse des négociations. Or, le contentieux des contrats d'adhésion entre professionnels nécessite de regarder comment les négociations se sont déroulées pour aboutir à la situation contractuelle litigieuse. Peut-on, au nom de l'efficacité de la loi, passer outre une analyse approfondie des négociations ? Ce serait sombrer dans des

raccourcis judiciaires hasardeux. Même le caractère excessif ou dérisoire du prix peut faire l'objet d'une justification dans certains cas. À tout le moins, le rendu d'une solution provisoire peut favoriser les actions déloyales.

802. Transition. S'il est question d'élargir le champ d'application des référés en matière de contrat d'adhésion entre professionnels, cela ne peut pas se faire à n'importe quel prix. Nous allons donc voir ce que peut faire un juge des référés, en droit positif, pour garantir l'effectivité des droits de la partie faible contractuelle, et en quoi cela peut faire l'objet d'aménagement.

§2: La façon optimale de protéger le professionnel partie faible par une procédure rapide.

803. Division. Nous avons déjà vu ce en quoi le droit existant du référé pouvait permettre aux contrats d'affaires d'apporter une protection à la partie faible. Il s'agissait surtout de voir les effets escomptés. Nous n'avons pas vu si les conditions requises étaient trop souples ou trop exigeantes. De cela, dépend l'efficacité de la procédure mise en œuvre. Le droit connaît depuis longtemps, un usage surabondant de la procédure de référé. Au point même que l'extension de cet usage a pu paraître problématique, dans la mesure où d'exceptionnel, il devient presque ordinaire¹³⁶². Nous rappellerons brièvement le contenu de ce pouvoir (A) pour ensuite voir les extensions qui peuvent lui être données (B).

A : L'efficacité du pouvoir des juges des référés en droit des affaires.

804. Deux types de référé. Le juge français est assez généreux pour accorder le bénéfice d'une procédure rapide aux contractants qui s'estiment lésés. Les exceptions existent, nous le verrons plus loin ; mais d'ores et déjà, il peut être dit que les tentatives de limites posées par le législateur ont été contournées à cause des malentendus générés par les textes qu'il a édits. Il en résulte que la distinction entre le référé de droit commun et le référé propre au droit de la concurrence n'ont plus qu'une différence de domaine très ténue. Nous analyserons successivement ces deux référés.

¹³⁶² P. Julien et N. Fricero, *Procédure civile*, Paris, LGDJ, [4^{ème} édition], 2011, p. 256, n°528.
409

1: Les procédures de référé de droit commun, une institution qui a fait ses preuves.

805. La distinction législative. Les rédacteurs du Code de procédure civile ont eu un certain sens de la prudence. Dans deux articles nettement distincts, ils ont défini les limites de la procédure de référé. Le juge a profité d'une erreur de rédaction pour repousser les frontières de l'institution et prendre acte des nécessités de la pratique. Les articles 808 et 809 de ce code ont une rédaction distincte, mais qui, finalement, converge. Les articles 872 et 873 toujours de ce même code, en sont l'exacte transposition. Nous en parlerons donc de manière substituable¹³⁶³. La différence résidant seulement dans la juridiction saisie. Étant donné que nous parlons du professionnel au-delà du commerçant, la distinction ne s'impose pas pour notre étude.

a : Les conditions prévues à l'article 808 du Code de procédure civile, des restrictions.

806. Les conditions prévues par les textes. L'article 808 (ou 872 selon les cas) du Code de procédure civile pose en principe deux conditions pour que le demandeur puisse obtenir la satisfaction de sa demande : l'urgence et l'absence de contestation sérieuse.

807. L'urgence, une condition à entendre de manière large. L'urgence dans le cadre d'un contrat d'adhésion entre professionnels peut très bien se manifester par le déréférencement ou le risque de cessation des paiements. D'autant plus que la notion d'urgence peut être entendue de manière très souple. L'imminence d'un péril peut en constituer une définition, mais la doctrine dans son ensemble, affirme que l'imprécision du concept lui permet une plus grande efficacité¹³⁶⁴. Dès lors qu'un retard peut donner lieu à un préjudice pour la victime, la caractérisation de l'urgence ne saurait être totalement exclue. Ce constat est intéressant pour les petites et moyennes entreprises pour qui un défaut de trésorerie même provisoire peut être fatal. Un retard de paiement en défaveur d'un producteur peut donc parfaitement revêtir l'urgence. D'aucuns soulignent d'ailleurs que l'urgence est inhérente à la pratique des affaires¹³⁶⁵. L'on répondra qu'elle est encore plus patente en présence d'un risque de procédure collective.

¹³⁶³ A quelques nuances près, relatives aux compétences des présidents de juridiction, M. Bruschi, *Rép. Dalloz droit commercial*, « Référé commercial », juin 2011, point n°9.

¹³⁶⁴ B. Melin-Soucramanien, *op. cit.*, p. 32.

¹³⁶⁵ J.-J. Bourdillat, *Le référé dans le contentieux du droit des affaires*, Thèse Montpellier I, 1996, p. 62.

808. L'éventualité d'une extension de la notion d'absence de contestation sérieuse.

L'absence de contestations sérieuse, en revanche, peut permettre à la partie forte de priver son cocontractant d'une action rapide. L'exemple le plus connu est la question de l'interprétation des contrats. Traditionnellement, et la jurisprudence ne s'est jamais vraiment écartée de cette règle, lorsque l'on doit interpréter un acte, le juge refuse d'accorder une procédure de référé¹³⁶⁶. Or, lorsque l'on connaît l'obscurité de certains contrats d'adhésion, les parties fortes ne risquent guère de rencontrer des procédures d'urgence. Il suffit de rédiger des prérogatives dans des termes généraux et abscons. À titre d'exemple, la partie forte qui stipulera que le contrat lui donne pouvoir pour imposer à la partie faible « toute mesure urgente qui s'impose », ne pourra être sanctionnée que par une action au fond, avec les risques de lenteur que l'on connaît.

Évidemment cette restriction sur le besoin de clarté de l'acte ne manque pas de justification. L'on comprend bien qu'elles servent à éviter un détournement de la procédure de référé. Pour autant, on objectera que le péril dans lequel se situe l'entreprise, dite partie faible, devrait permettre de contourner, ou du moins d'assouplir cette solution.

809. Transition. Voyons à présent les solutions que l'article 809 du Code de procédure civile peut fournir.

b : Les possibilités d'action pour la partie faible professionnelle offertes par l'article 809 du Code de procédure civile.

810. Présentation. Cet article (ainsi que l'article 873 du même code) reprend les conditions de l'article précédent, mais en soustrait celle de la contestation sérieuse. Il ne valide pourtant pas les hypothèses où il existe une obscurité du contrat. Cela veut dire que l'obscurité du contrat n'est pas liée à la question de la contestation sérieuse, mais est une condition autonome, bien que non mentionnée par les textes¹³⁶⁷.

811. Hypothèse d'une application plus souple pour les contrats d'adhésion entre professionnels. Si l'on essaye d'exploiter au mieux les possibilités offertes par cette action, on peut dire que le droit des contrats d'adhésion entre professionnels recèle un certain nombre de cas de dommage imminent ou de trouble manifestement illicite. Cette procédure a donc tout lieu de servir à notre étude. Un risque de procédure collective rentre dans ce cas, mais une clause abusive, ou un prix disproportionné pourrait également y figurer. *De lege lata*, cela n'est certes, pas possible. La question relève en effet du fond de l'affaire. Pourtant, l'on pourrait admettre que les conséquences économiques de ces troubles seraient de nature à justifier une procédure rapide. La seule chose étant qu'elle devrait être restreinte aux seuls cas

¹³⁶⁶ Dernièrement, Com, 23 septembre 2014, n°13-11.836, *JCP E*, 2015, 1001, note R. Loir.

¹³⁶⁷ G. Couchez, X. Lagarde, *Procédure civile*, Paris, Sirey, [17^{ème} édition], 2014, p. 311, n°284 et s. C. Lefort, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, [5^{ème} édition], 2014, p. 287, n°393.

de faiblesse contractuelle. Ce qui n'est pas aisé à déterminer. L'entreprise présente cependant un certain intérêt puisqu'elle aurait le mérite de rendre effective une protection de la partie faible dans les rapports entre professionnels.

812. Transition vers le référé concurrence. Ou, plutôt que de distinguer les situations contractuelles au sein de l'article 809 du Code de procédure civile, pourquoi ne pas prévoir une procédure spécialement conçue à cet effet ? La question se pose donc d'élargir l'application du recours au référé en droit des affaires à des conditions moins strictes lorsque la faiblesse de l'entreprise est manifeste. Avant de nous y intéresser, il faut d'abord voir si le référé concurrence n'offre pas de possibilité plus facile dans ce sens.

2 : Le référé-concurrence prévu à l'article L464-1 du Code de commerce.

813. Une opportunité de protéger la concurrence insuffisamment exploitée. Il existe de nombreux référés spéciaux, qui ne répondent pas tous aux mêmes besoins. Néanmoins, le référé concurrence a du mal à se démarquer de ceux de droit commun. La sagesse législative, a en effet, encadré les référés généraux dans certaines conditions, pour prévenir les actions intempestives. Les référés spéciaux servent donc à passer outre ces conditions pour faciliter la solution d'un problème spécifique et délimité. Ce n'est pas le cas du référé concurrence, qui ne permet aucun assouplissement des règles prévues aux articles 872 et 873 du Code de procédure civile.

814. À l'origine, une solution jurisprudentielle contestable. Dans sa rédaction, cet article affirme que l'Autorité de la concurrence peut, à la demande de certains intéressés, prendre des mesures conservatoires si elle constate que certains troubles peuvent nuire de façon grave et immédiate à un secteur économique, aux consommateurs ou à une entreprise. Or la Cour de cassation a subordonné son application aux mêmes conditions que l'article 873 du même code précité. Si bien que l'on ne voit plus guère la différence entre cet article et l'article L464-1 du Code de commerce. Le référé-concurrence a même pu être dit mort-né¹³⁶⁸. Cette solution jurisprudentielle contraste non seulement avec l'intention du législateur de veiller à l'application utile et efficace du droit de la concurrence, mais également au souci non moindre de protection de la partie faible manifesté par le juge, par exemple dans le contentieux de l'article L442-6 du Code de commerce. C'est pourtant ce qu'a décidé la Cour de cassation dans un arrêt *Technison contre Serap* du 27 juin 1989¹³⁶⁹. Même les modifications apportées par les lois NRE et LME n'ont rien changé à la solution¹³⁷⁰.

¹³⁶⁸ V. M. Malaurie-Vignal, « Le référé-concurrence », *JCP G*, 1993, I, 3637.

¹³⁶⁹ *Id.*

¹³⁷⁰ M.-C. Lasserre, « Les pouvoirs du juge des référés confronté à la dissolution abusive d'une société : mise en lumière du référé-concurrence », *LPA*, 8 avril 2013, p. 6.

815. Des conditions d'application pouvant être élargies. Et même si l'on passe outre cette exigence fixée par la jurisprudence, la rédaction de ce texte est relativement restrictive dans le sens où seule une atteinte « *grave et immédiate* » justifie l'intervention de l'Autorité de la concurrence pour des mesures conservatoires. Pour autant, le juge concède que ces conditions sont réunies lorsque l'entreprise est menacée dans son existence même¹³⁷¹ ou bien qu'elle risque d'être évincée du marché¹³⁷². Cela n'est cependant pas satisfaisant, la démonstration de cet état de fait par l'entreprise n'est pas aisée. La difficulté à trouver un nouveau partenaire par exemple résulte plus d'une situation particulière de l'entreprise que des chiffres résultant de l'état du marché. De surcroît, une entreprise qui subit la tyrannie commerciale d'une autre peut s'en trouver très affaiblie financièrement et fort peu à même d'affronter des difficultés conjoncturelles¹³⁷³. D'où une triple condition : gravité de l'atteinte, immédiateté du dommage et lien de causalité entre l'atteinte et le dommage¹³⁷⁴.

816. Un résultat contrasté. Le référé-concurrence fait l'objet d'une certaine prudence de la part du juge qui, certainement, pressent les dangers d'une ouverture trop large de cette procédure. Pourtant la lutte contre les pratiques restrictives de concurrence appelle une plus grande importance des pouvoirs du juge. Cette autolimitation peut être saluée en ce qu'elle prévient les actions abusives et l'intrusion excessive du juge dans le contrat. Néanmoins, on peut la critiquer, car elle ne déploie pas toutes les armes nécessaires pour protéger les entreprises vulnérables.

817. Pour un ajustement du référé-concurrence. Or, le rééquilibrage des contrats d'adhésion entre professionnels a certainement besoin de davantage de souplesse procédurale, notamment dans la pratique des référés. Nous allons donc voir comment cette pratique judiciaire peut être améliorée.

B: Les améliorations possibles du référé pour rééquilibrer les contrats d'affaires.

Nous prendrons le parti assumé de renforcer les pouvoirs du juge en matière de référé, quitte à nous voir opposer l'argument du risque de la judiciarisation du droit des affaires. Cet inconvénient découle en effet d'un choix législatif de liberté contractuelle en droit des affaires depuis 1986, qui a engendré un pouvoir économique important, concentré en quelques mains. Ce pouvoir du juge en constitue donc une contrepartie.

¹³⁷¹ ADLC, 30 juin 2010, 10-MC-01, *JCP E*, 2010, act. 388.

¹³⁷² Cons. Conc., 2 mai 2007, 10-MC-02, *JCP E*, 2007, act. 243.

¹³⁷³ P. Desprez et P. Bonnet, « Les exigences probatoires inhérentes à la procédure de mesures conservatoires devant l'Autorité de la concurrence », *JCP E*, 2013, 1299.

¹³⁷⁴ *Id.*

Ces extensions de l'application du référé au contrat d'adhésion entre professionnels concernent aussi bien les conditions que les effets.

1 : Alléger les conditions pour que la partie faible puisse bénéficier d'une procédure de référé en vue du rééquilibrage du contrat.

818. Le choix d'un référé-concurrence plus efficace. Ces conditions devront-elles relever du droit commun, et donc des articles 872 (ou 808) et 873 (ou 809) du Code de procédure civile ou bien le référé-concurrence prévu à l'article L464-1 du Code de commerce est-il préférable ? Il apparaît que cette dernière solution est la meilleure. Plutôt que de donner des applications particulières aux fondements de droit commun du référé, il convient au contraire de donner son plein effet à un texte spécial qui a vocation à déroger au droit commun.

819. Les conditions de cette efficacité. Ces conditions assouplies du référé seront donc, préféablement, jointes à l'article L464-1 du Code de commerce. Elles consisteront en deux points : entendre l'urgence de manière plus souple, et accepter que le juge des référés se livre à l'interprétation du contrat.

a : Entendre l'urgence de manière plus souple.

820. La notion de péril grave et immédiat. Effectivement, le péril « *grave et immédiat* » mentionné à l'article L464-1 du Code de commerce ne doit pas simplement être compris comme la mort commerciale imminente de l'entreprise. Même une grande entreprise, qui n'est pas une PME, si elle se trouve contrainte de procéder à un plan social important, à cause d'un abus dans le contrat, doit pouvoir bénéficier d'une procédure de référé pour parer à une crise interne. Car, protéger l'entreprise, ce n'est pas tant protéger une personne morale, que les personnes physiques qu'elle fait vivre.

821. Une évolution qui découle du texte déjà existant. Il semble que le recours à la loi ne soit pas nécessaire au point de vue théorique. L'immédiateté du péril dont parle le texte de l'article L464-1 du même code n'est pas littéralement la disparition du marché. C'est un choix jurisprudentiel de l'avoir entendu ainsi¹³⁷⁵. Cependant, il est toujours loisible au législateur de revenir lui-même sur cette orientation du juge. Il serait même possible de préciser, par le biais d'une loi, que l'atteinte en question peut consister en une menace pour l'existence de l'entreprise sur le marché ou en tout autre péril susceptible d'affecter structurellement ses intérêts économiques.

¹³⁷⁵ Par exemple : Com, 27 juin 1990, n°88-10.250, *D*, 1990, 107. Également, Paris, 5 février 2015, n°2014/21492 ; Com, 27 février 2007, n°06-12.424.

822. Une manière de rendre au référé concurrence son intérêt. Cette condition n'est pas requise par les articles 809 et 873 du Code de procédure civile. On pourrait donc penser que les entreprises puissent se passer d'un tel changement. En réalité, il s'agit de cumuler les avantages de tous les référés. Le référé de l'article 873 de ce code ne permet que des mesures conservatoires.

b : Permettre au juge des référés d'interpréter le contrat dans certaines circonstances.

823. Une fonction plus grande du juge des référés. Les articles 809 et 873 du Code de procédure civile, s'ils ne requièrent pas forcément l'urgence, à défaut, exigent un trouble manifestement illicite. Les articles 808 et 872 du même code prescrivent qu'il n'y ait pas de contestation sérieuse. Or, le référé concurrence, nous l'avons vu, ne demande pas moins que chacun de ces deux articles. Dans les deux cas, cela empêche le juge des référés de se livrer à une interprétation du contrat. La sagesse judiciaire a permis une telle solution. De ce point de vue, la Cour de cassation est constante dans sa jurisprudence¹³⁷⁶. Rien n'empêche pour autant que l'on conçoive des exceptions dans les situations qui l'imposent. Le juge des référés pourrait, non seulement interpréter le contrat, mais également les négociations.

α : Sur la possibilité pour le juge des référés d'interpréter un contrat d'adhésion entre professionnels.

824. Une manière de parer aux stratégies judiciaires dilatoires. L'obscurité d'un contrat n'est jamais une faveur pour la partie faible. Cela est flagrant dès lors qu'un contrat de consommation obscur s'interprète en faveur du consommateur¹³⁷⁷. Il suffit qu'un contrat-type soit rédigé par la partie forte de façon obscure pour profiter d'un pouvoir contractuel abusif. Il serait alors trop facile de paralyser le juge des référés et de jouer sur la peur de la partie faible à s'engager sur une action judiciaire de trop long terme. En outre, la frontière entre l'évidence du contenu du contrat et l'obscurité est relativement ténue. La Cour de cassation ne laisse même pas, semble-t-il, aux juges du fond la possibilité de constater l'évidence du contenu du contrat¹³⁷⁸. Ne risque-t-on pas de sombrer dans des cas de chicane où le défendeur à une

¹³⁷⁶ Com, 23 septembre 2014, n°13-11.836 ; Civ. 3^{ème}, 9 mars 2011, n°09-70.930 ; Civ. 1^{ère}, 4 juillet 2006, n°05-11.591. Avec une exception lorsque l'interprétation porte sur l'étendue et non pas l'existence de la créance, Civ. 2^{ème}, 11 juillet 2013, n°12-24.722. X. Vuitton, *Juriscl. Procédure civile*, fasc. 471, « Référés, Conditions générales des pouvoirs des juges des référés, Fonctions des juges des référés », novembre 2014, point n°32.

¹³⁷⁷ Cela découle de l'article L133-2 du Code de la consommation. V. M. Lamoureux, « L'interprétation des contrats de consommation », *D*, 2006, 2848.

¹³⁷⁸ Civ. 3^{ème}, 9 mars 2011, n°09-70.930, *AJDI*, 2011, 547, note F. de La Vaissière. Dans cet arrêt, il était question d'occupation illicite d'un lieu après expiration d'une convention de

action en référé peut invoquer une interprétation, même douteuse, du contrat pour lui faire dire ce qu'il veut devant le juge des référés ? Par exemple, dans le cas d'un fournisseur voulant exiger le paiement rapide à un distributeur qui tarde à exécuter celui-ci, que se passe-t-il devant le juge des référés si son contradicteur lui répond que les parties sont convenues d'un délai plus long tacitement ? Certes, il existe un texte législatif à ce sujet¹³⁷⁹, mais l'on peut se placer dans l'hypothèse où ce délai législatif est raccourci conventionnellement. Il y a, par ailleurs, des secteurs économiques où le délai de paiement ne fait l'objet daucun texte de loi.

825. *Transition.* Une exception à la règle devrait être possible. Lorsque l'on est en présence d'une interprétation facile et que le contractant est en situation de vulnérabilité par rapport au défendeur, l'interprétation peut s'avérer nécessaire. Faut-il que cette vulnérabilité du contractant demandeur à l'action en référé soit démontrée ?

β : Sur la possibilité pour le juge des référés d'analyser les négociations et de les interpréter.

826. *Une démarche parfois malvenue pour une procédure de référé.* L'analyse des négociations, si elle était le fait du juge des référés, empiéterait de façon patente sur l'office du juge du fond. Il n'est donc pas nécessaire que le demandeur à l'action démontre sa faiblesse pour obtenir la cessation d'un trouble en référé-concurrence. Cela voudrait-il dire que le référé concurrence ne ferait aucune différence entre les contractants ? Nous avons pu voir que, non seulement l'article L464-1 du Code de commerce faisait acceptation des cas, selon le risque pour la survie de l'entreprise, mais que de surcroît, l'on pouvait l'étendre à toutes les entreprises où il existait un risque manifeste de crise interne.

827. *Une exception possible pour les cas d'absence flagrante de négociation.* L'on pourrait aller encore plus loin, lorsque la négociation a été objectivement inexiste. Nous pensons aux cas où le pouvoir commercial est conventionnellement prévu, notamment en présence d'une faculté unilatérale de fixation du prix. Dans ces circonstances, l'on doit considérer que l'interprétation du contrat peut être plus avancée.

Il s'agit en effet de donner au référé-concurrence tout son intérêt. Le but de ce référé ne doit pas être seulement de rétablir la concurrence, mais également de prévenir les situations tragiques d'un point de vue économique, où un simple abus dans le contrat provoque l'élimination de toute une activité économique. Il ne s'agit pas non plus de faire du

mise à disposition. La cour d'appel avait estimé qu'il n'y avait pas de contestation sérieuse parce qu'il n'y avait pas de renouvellement tacite faute de volonté manifestée dans ce sens. A cela, la Cour de cassation avait répondu qu'il s'agissait d'une interprétation du contrat.

¹³⁷⁹Article L441-6 du Code de commerce.

référé le directeur de l'économie. Cependant, pour garantir une pleine efficacité du droit des pratiques restrictives de concurrence, il doit pouvoir prendre les mesures qui s'imposent.

2 : Donner au référé-concurrence des effets plus forts sur la relation contractuelle entre professionnels.

828. *La nécessité de viser certaines clauses.* Le juge des référés doit-il, *de lege ferenda*, pouvoir toucher au contenu du contrat d'adhésion entre professionnels ? Oui, si la situation l'exige. Certaines clauses abusives sont généralement à l'abri d'une action en justice parce que le temps d'un procès ne permet pas de faire valoir efficacement ses intérêts ; ou tout simplement parce que la clause elle-même paralyse le procès. Il ne s'agit pas de réécrire le contrat, mais de suspendre temporairement l'effet de dispositions contractuelles pour empêcher une situation illicite ou dommageable.

829. *Les clauses de procès, instrument de paralysie de l'action au fond.* L'on pense au premier chef aux clauses de procès que nous avons vues dans les stratégies de contournement¹³⁸⁰. Elles peuvent être parfaitement justifiées dans un contexte d'équilibre contractuel. C'est pourquoi personne ne les interdit *ab initio* dans les rapports entre professionnels. En revanche, elles peuvent également être l'instrument d'un asservissement commercial. De ce point de vue, nous avons pu voir qu'elles ont un effet extrêmement dévastateur pour dissuader une partie faible d'agir en justice. C'est pourquoi le juge des référés, constatant les risques commerciaux qu'elles comportent, doit être en mesure de faire échec à des clauses de conciliation ou d'arbitrage pour une période donnée. L'impécuniosité ou le risque commercial sont des raisons suffisantes pour que le juge de l'urgence s'immisce même dans le contrat.

830. *La possibilité de revenir sur les clauses contractuelles de pouvoir unilatéral par une action en référé.* De surcroît, nous avons vu que la rapidité actuelle des échanges économiques imposait souvent une simplification des négociations, réduites au pouvoir unilatéral d'une partie au contrat. Là encore, cette situation n'est pas en elle-même problématique. C'est plutôt dans ses modalités d'application qu'elle peut être dangereuse. Une action en référé peut être bienvenue pour rétablir l'équilibre contractuel, car, comme nous le disions dans le paragraphe précédent, en présence de prérogatives unilatérales, le défaut de négociations ne fait aucun doute.

831. *Une sanction possible dès lors qu'elle ne s'applique qu'à titre provisoire.* La décision du juge des référés n'a pas autorité de la chose jugée. Elle ne statue que provisoirement. Néanmoins, elle doit pouvoir intervenir aux instants décisifs du déroulement

¹³⁸⁰ V. *supra*, n°420.

contrat et du procès. C'est pourquoi il est tout à fait opportun que ledit juge puisse empêcher, pour une durée déterminée, qu'une clause du contrat librement consentie, puisse recevoir application.

832. *Conclusion du §2.* Il ne fait aucun doute que, tout au long de l'histoire du droit commercial, le juge des référés a eu l'occasion d'intervenir utilement, quitte à ce que sa saisine devienne plus efficace encore que celle du juge du fond. Sa compétence est donc cruciale pour assurer la moralisation du droit des contrats. Y a-t-il quelque chose à ajouter à ce qui existe déjà ? L'on pourrait en effet arguer que la justice est allée, à plusieurs reprises, au-delà de ce que la lettre de la loi semblait délimiter. Il cependant répondu par l'affirmative, dans la mesure où le référent-concurrence instauré par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 n'a pas permis de déployer tout son potentiel de protection. On le perçoit d'autant plus dans une économie qui s'est considérablement déréglementée depuis trente ans. Les rapports de force ne sont pas les mêmes, les techniques contractuelles non plus. C'est pourquoi il faut permettre au juge des référés d'intervenir plus souvent et de façon plus contraignante. Loin de rendre inutile l'action au fond, au contraire, il la faciliterait. En effet, la partie forte est largement à même de contester devant le juge du fond la décision qui a été prise en référé. Au contraire, la partie faible est souvent paralysée par un empêchement de fait (l'effet dissuasif d'un procès long) ou de droit (une clause relative au procès).

833. *Conclusion de la section.* L'objectif d'une telle démarche n'est pas d'imposer un gouvernement judiciaire ni de freiner les échanges contractuels. Il répond simplement aux nouvelles modalités de l'abus dans les contrats entre professionnels. Nous savons désormais que là où le droit de la concurrence laisse une faille, elle est largement exploitée et peut rendre vaines les protections imaginées par le législateur. L'urgence est parfois vitale pour assurer une riposte adéquate aux pratiques d'abus sporadique, de dissuasion procédurale ou financière. Cette urgence n'est toutefois pas la seule réponse à ces problèmes. La solution peut parfois résider dans une action collective contre l'auteur des pratiques abusives. Surtout lorsque le même abus, par le même auteur, se trouve répété dans une multitude de contrats qui pâtissent du même problème. C'est ce que nous allons étudier maintenant.

Section 2 : Les recours collectifs comme soutien processuel à la partie faible.

834. *Une logique de regroupement pas toujours efficace pour les très petites entreprises.* Une partie faible ne peut raisonnablement faire valoir ses droits que si elle essaie de se mettre à niveau des forts. Si elle n'en a pas besoin, c'est que ce n'est pas une partie faible. En matière économique, les entités agricoles reçoivent souvent le conseil d'une plus

grande concentration¹³⁸¹. Il est recommandé aux agriculteurs de se regrouper pour faire le poids face aux acteurs du marché en position dominante. L'Autorité de la concurrence s'est par exemple prononcée pour un regroupement concentratif des producteurs agricoles¹³⁸². La Commission européenne a également formulé des encouragements dans ce sens¹³⁸³. Peu importe la résultante économique de cette stratégie, elle aboutit quoi qu'il en soit à une dilution des entreprises dans de grandes entités et déplace le problème. La PME n'est plus soumise à la loi de son cocontractant, mais à celle du regroupement.

835. *Le recours collectif, un avantage évident.* Néanmoins, une entreprise de petite taille peut défendre ses intérêts sans cesser d'exister juridiquement. Le recours collectif n'implique pas nécessairement le regroupement économique. Le droit processuel, *de lege lata*, et *de lege ferenda*, connaît plusieurs façons de rassembler les intérêts d'un groupe en une seule action. L'intérêt est multiple. Cela permet dans un premier temps de pallier la peur des représailles. Cela rend également le contentieux plus rentable. Une entreprise aura d'autant moins de mal à commettre des abus à l'encontre de son partenaire commercial qu'elle sait que le caractère léger de son abus ne lui vaudra aucune sanction. Tel n'est pas le cas lorsque cet abus est démultiplié sur une quantité très grande de contrats. Il est tout à fait rentable qu'une seule action puisse faire justice d'une multitude de petits abus. Ainsi, les victimes peuvent obtenir réparation sans perdre trop de temps, d'argent ou d'énergie. Enfin, dans la même optique de rentabilité de l'instance, elle élude l'obstacle du coût du procès qui dissuade bon nombre d'entreprises d'engager une action dont elle ignore la durée. La proposition de l'introduction d'une action de groupe à la française n'est pas récente. Le rapport Béteille et Yung en recense un certain nombre, dont la plus ancienne est vraisemblablement celle de Bernard Stasi, qui avait déposé une proposition de loi, instaurant une telle action en 1984-1985¹³⁸⁴. L'intérêt de l'action de groupe fait, pour ainsi dire la quasi-unanimité, à ceci près qu'on lui reproche d'être défavorable aux entreprises¹³⁸⁵.

¹³⁸¹ La concentration en matière agricole est très inégale. 80% des fermes contrôlent 14,5% du foncier agricole. 3% en contrôlent 50%. Sources : multinationales.org. V. également l'étude de l'INSEE : V. Châtelier et N. Delamme, *Les exploitations agricoles européennes et françaises*, 2007, http://www.insee.fr/fr/ffc/docs_ffc/ref/AGRIFRA07g.PDF

¹³⁸² ADLC, 17 février 2014, n°14-A-03, Cons. conc., 7 mai 2008, n°08-A-07, *Concurrences* n°3-2008, p. 89, note M. Debroux. G. Decocq, « Fruits et légumes : il faut distinguer les associations de producteurs concentratives et les associations de plusieurs coopératives », *CCC*, 2008, comm. 183.

¹³⁸³ Comme l'affirme le Comité économique et social européen dans un avis du 13 février 2013 n°NAT/571 sur la grande distribution. Un document de travail du 25 juin 2008 de la Commission européenne sur le Code européen des bonnes pratiques facilitant l'accès des PME au marché public suggère également une telle démarche.

¹³⁸⁴ L. Béteille et R. Yung, *Rapport d'information sur l'action de groupe*, déposé à la présidence du Sénat le 26 mai 2010, n°499. Le texte cite plusieurs exemples allant jusqu'au rapport Attali de 2008.

¹³⁸⁵ L. Béteille et R. Yung, *op. cit.* Le rapport cite l'obstruction parlementaire dont a pu faire l'objet la proposition à cause de l'argument cité.

836. Un processus obstrué par les réticences politiques. Ces avantages ne sauraient cacher les imperfections du concept qui ont pu dissuader, il est vrai, le politique de s'engager dans cette voie et qui suscitent également le scepticisme de certains juristes. Il existe, en effet, certaines dispositions juridiques pour organiser un contentieux sériel. En droit des affaires, l'article L442-6 III du Code de commerce a institué l'action du ministre pour les pratiques restrictives de concurrence. Le Code de la consommation s'est récemment vu ajouter les dispositions sur l'action de groupe à l'article L423-1 en faveur des seuls consommateurs¹³⁸⁶. La tradition juridique française étant peu coutumière de ces notions, a besoin de temps pour les faire siennes. D'autant que certaines incertitudes juridiques ont besoin d'être levées.

837. La spécificité du problème pour les contrats d'adhésion interentreprises. Plus encore, pour notre étude, il semble que d'autres incertitudes viennent s'ajouter pour le contentieux des contrats d'adhésion entre professionnels. Effectivement, l'on peut aisément comprendre que trois mille personnes qui ont acheté une voiture qui souffre du même défaut peuvent mener une action judiciaire conjointe. Il en va autrement dans notre espèce, car, nous cherchons à sanctionner un contrat qui n'aurait pas donné lieu à une négociation idoine. Sachant que chaque négociation est unique, il peut paraître paradoxal de vouloir en faire un contentieux de masse. La question se pose donc d'une manière particulière en droit des contrats d'affaires. Et se pose aussi une autre question : celle de savoir si cette action doit être réservée à ce même domaine des contrats d'affaires ou bien si elle peut aisément s'inscrire dans un contentieux de masse de droit commun. L'on n'a jamais songé par exemple, à étendre l'action du ministre à autre chose que le droit des pratiques restrictives de concurrence, alors que l'hypothèse n'a rien d'inconcevable. En quoi la procédure du contentieux collectif en droit des contrats déséquilibrés entre professionnels se singularise-t-elle du reste du droit ?

838. Annonce du plan. Pour parvenir à lutter efficacement contre les pratiques abusives, il y a donc lieu de regarder en quoi une action de groupe pourrait faciliter les parties faibles professionnelles dans leurs démarches. L'action du ministre est, à ce jour, trop précieuse pour être mise de côté. C'est d'ailleurs quasiment le seul moyen par lequel l'article L442-6 du Code de commerce parvient à être mis en œuvre. Cependant, la promulgation d'une action de groupe pour les litiges entre professionnels amènerait à repenser l'articulation entre les deux procédures. C'est pourquoi nous regarderons dans un premier temps, l'opportunité d'une action de groupe dans les rapports interprofessionnels (§1), pour ensuite analyser la possibilité d'une mise en œuvre d'une telle action afin endiguer le phénomène des contrats d'adhésion (§2).

¹³⁸⁶ A.-S. Choné-Grimaldi, « Action de groupe à la française : tout vient à point pour qui sait attendre ! », *RCA* 2014, n°5 p 7.

§1 : L'opportunité d'une action de groupe cumulée avec l'action du ministre.

839. *Introduction.* L'action du ministre et l'action de groupe (en droit de la concurrence, pour les rapports interprofessionnels) n'ont pas la même vocation. Il n'empêche qu'elles ont l'ambition commune de restaurer l'équilibre dans les contrats entre professionnels. Est-il opportun que les deux actions subsistent ? Cela appelle plusieurs interrogations. Il faut, à la fois, regarder si ces deux actions se superposent totalement pour savoir si le cumul est utile. Si tel est le cas, il convient de voir comment elles se complètent. Il est également nécessaire de savoir si l'action de groupe apportera les résultats escomptés, ou bien si le regroupement des actions est sans effet dissuasif sur les parties fortes professionnelles.

A : L'articulation entre l'action du ministre et l'action de groupe

Si l'action de groupe était ouverte aux professionnels, et leur permettait d'agir sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence, ou plus généralement des abus dans le contrat, il se peut que l'action du ministre fasse double emploi avec elle. À ce titre, l'on peut noter que si l'action de groupe est présente dans de nombreux pays, l'action du ministre est une exception française. Leur cumul est donc difficilement envisageable puisque jamais réalisé.

1 : La vocation de chaque action intentée pour un contentieux sériel

Nous verrons successivement l'action du ministre (a) et l'action de groupe (b).

a : La vocation de l'action du ministre.

840. *L'action du ministre : une exception devenue règle.* L'action du ministre remonte à l'ordonnance du 18 septembre 2000, n°2000-912. Petit à petit, les pouvoirs du ministre se sont accrus au cours des réformes successives. Le contentieux qu'elle a pu générer en quinze ans environ a permis de mettre en lumière ses tenants et aboutissants. Au fil des ans, elle a pris de l'ampleur. Quasi inexistante à l'origine (deux pour la période 2003-2004), selon le dernier rapport de la Commission d'examen des pratiques commerciales, pour la période 2012-2013, elle a fait l'objet de quarante-six décisions (trois jusqu'en cassation, trente-huit

arrêtées en cour d'appel et cinq réglée en première instance)¹³⁸⁷. Si l'on songe que l'ordonnance de 1986 avait pour but de réduire le rôle de l'État dans l'économie, ces chiffres sont significatifs de l'impossibilité de parvenir à une économie totalement autogérée. Là d'où l'État s'est désengagé, il a besoin de revenir pour permettre une bonne répartition des profits accumulés.

841. Les ambiguïtés de l'institution. Les limites de l'action du ministre ont rapidement été mises en lumière. Celui-ci agit-il à la place des parties faibles ? Ou bien représente-t-il l'ordre public économique, et de ce fait, surveille-t-il davantage l'état du marché que la situation contractuelle particulière ? Auquel cas, le procureur n'est-il pas le mieux placé pour mener une action en justice ? La réponse est contrastée. Cela est probablement dû au fait que le domaine de l'économie est trop crucial pour que le gouvernement s'en remette en toute confiance aux mécanismes judiciaires classiques et aux seules règles du Code de procédure civile. Ainsi, il convient de reconnaître que la vocation de l'action du ministre est, au fond, de sauvegarder les intérêts des entreprises les plus fragiles et par là, de protéger l'emploi. Aucun juge ne peut se satisfaire d'un tel constat. À une action en justice, doit correspondre un intérêt à agir réel et non pas de simples raisons d'opportunité. C'est pourquoi les entreprises de la grande distribution ne se sont pas privées de souligner le caractère ambigu du rôle du ministre. Ainsi, le contentieux de l'article L442-6 III a permis d'éclairer le rôle judiciaire de ce texte, indépendamment des simples impératifs économiques.

842. La définition du rôle de l'action du ministre. L'existence d'une action propre au ministre pour le droit des pratiques restrictives a rapidement divisé la doctrine. Naturellement, les auteurs qui y étaient favorables mettaient en avant la nécessité de mettre fin aux pratiques illicites¹³⁸⁸. Autrement, les voix étaient nombreuses pour dénoncer une action qui violait les principes fondamentaux de la procédure civile¹³⁸⁹. Dans un premier temps, une jurisprudence des cours d'appel de Versailles et d'Angers semblait présager l'incompatibilité de l'action du ministre avec la Convention européenne des droits de l'homme¹³⁹⁰. La Cour de cassation ne

¹³⁸⁷ Rapport de la CEPC, 2012-2013, p. 157. Les rapports de la CEPC sont disponibles sur : <http://www.economie.gouv.fr/cepc/Les-rapports-de-la-Commission-d-examen-des-pratiqu>

¹³⁸⁸ J. Barthélémy, L. Boré, « Constitution et action de groupe », *Constitutions* 2011, p. 507. Cet article est postérieur à la décision du Conseil constitutionnel et traite des actions collectives en général.

¹³⁸⁹ M. Behar-Touchais, « A la recherche d'une plus grande effectivité dans la lutte contre les pratiques restrictives de concurrence », *RLC*, 2005, n°2, p. 39. J. Raynard, « Pratiques restrictives de concurrence : l'action du ministre à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *Cah. Dr. entr.*, mai 2007, dossier 14.

¹³⁹⁰ M. Behar-Touchais, « Chronique d'une mort annoncée (à propos de l'action en nullité et en restitution de l'indu exercée par le ministre de l'Économie, après les arrêts des cours d'appels de Versailles du 3 mai 2007 et d'Angers du 29 mai 2007) », *RLC*, 2007, n°12, p. 33. M. Malaurie-Vignal, note sous arrêt, Versailles, 3 mai 2007, *CCC*, 1^{er} août 2007, p. 8.

les a pas suivies sur ce point¹³⁹¹. Et de manière intéressante, elle profite de ce « sauvetage » de l'action du ministre pour en préciser la fonction. Sur le fondement de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, elle estime que l'action du ministre de l'Économie, fondée sur l'article L442-6 du Code de commerce est une action autonome de protection du marché et de la concurrence. Paradoxalement dans le même attendu, elle indique que cette action vise à la répétition de l'indu. Il est malaisé de croire qu'une action en répétition de l'indu concerne le marché tout entier et non pas seulement deux ou trois personnes.

843. Une reconnaissance par les juridictions suprêmes peu convaincante. Le Conseil constitutionnel, dans la décision où un distributeur l'interpellait sur le déséquilibre significatif, s'est aussi prononcé sur l'action du ministre¹³⁹². Il n'a formulé qu'une seule réserve d'interprétation qui consiste à obliger le ministre à informer les parties de son action. En cela, il fait écho à un arrêt de la Cour de cassation en sa Chambre commerciale qui s'est satisfaite de ce que l'action du ministre est une action « autonome »¹³⁹³. Une garantie relativement clémente pour la violation d'un principe qui relève du procès équitable, à savoir : 'nul ne plaide par procureur'. On a pu s'étonner d'une décision relativement indulgente à l'égard d'un texte dont les effets peuvent porter extrêmement loin. Pour ce faire, le Conseil constitutionnel rappelle que la liberté d'entreprendre n'est pas dénuée de limite et que l'atteinte due à l'action du ministre n'est pas disproportionnée, mais poursuit le but légitime de la lutte contre les pratiques restrictives de concurrence. L'on peut comprendre cette justification. Cela veut-il dire qu'une simple lettre d'information au fournisseur rend subitement le principe 'nul ne plaide par procureur' applicable¹³⁹⁴? Toujours est-il que la jurisprudence est solidement établie dans ce sens, en dépit des critiques que l'on peut formuler. L'on peut d'ailleurs s'interroger sur le fait que les distributeurs soulèvent fréquemment le moyen de l'absence d'information. Or cette information ne leur est pas destinée. C'est dire si l'on pressent des imperfections procédurales sur lesquelles le juge constitutionnel se montre peu regardant. Et sans doute, il y a lieu de perfectionner la procédure pour lever ses ambiguïtés.

¹³⁹¹ Com, 8 juillet 2008, n°07-16.761. M. Malaurie-Vignal, CCC, 2008, comm. 237. M. Behar-Touchais, « De la sanction du déséquilibre significatif dans les contrats conclus notamment avec la grande distribution », RLC, 2008, n°17, p. 45.

¹³⁹² Cons. constit., QPC, 13 mai 2011, n°2011-126.

¹³⁹³ Com, 8 juillet 2008, n°07-16.761, préc.

¹³⁹⁴ Sur le sujet : M. Behar-Touchais, « L'action du ministre en condamnation à une amende civile est-elle recevable en l'absence d'information des fournisseurs ? » RLC, 2012, n°31, p. 42. J.-C. Grall, « L'action du ministre de l'économie est déclarée conforme à la Constitution, sous une réserve d'interprétation ! » RLC, 2011, n°28, p. 32. M. Malaurie-Vignal, « Action du ministre contre des pratiques anticoncurrentielles et question prioritaire de constitutionnalité », CCC, 2011, comm. 159.

844. Les insuffisances des positions des cours suprêmes. La jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil constitutionnel nous apprend donc que l'action du ministre représente, non pas les intérêts privés des fournisseurs à qui il se substituerait, mais les intérêts du marché. Cela explique l'appellation « d'autonome » donnée à l'action. Comme si le ministre constituait une forme de parquet contrôlé de plus près par le pouvoir exécutif pour des raisons impérieuses d'ordre public. On constate pourtant que certaines démarches de cette action paraissent, ni plus ni moins, n'être qu'une substitution de l'action des fournisseurs. Si la répétition de l'indu au profit des fournisseurs représente l'ordre public économique, alors on voit mal la frontière entre l'intérêt public et l'intérêt privé.

845. Transition. Il y a également lieu de s'interroger sur les causes de cet écart procédural. Le ministre défend-il des intérêts privés parce qu'il manque, en France, une action de groupe ? Ou bien cette procédure *sui generis* a-t-elle toute sa place dans l'ordre judiciaire, en raison du cas spécifique représenté par les pratiques restrictives de concurrence ? Pour y répondre, il faut regarder la vocation de l'action de groupe, et voir si elle peut donner des solutions appropriées.

b : Le rôle de l'action de groupe.

Une distinction, qui paraît anodine de prime abord, convient d'être effectuée : selon que l'habilitation de l'action de groupe est confiée à tout intéressé (β) ou bien simplement à certaines associations (α).

α : La vocation de l'action de groupe confiée à un nombre limité d'associations

846. L'innovation surprenante de la loi du 17 mars 2014. L'action de groupe n'existe, en droit français, qu'en faveur des consommateurs et sous des réserves strictement encadrées.¹³⁹⁵ Réserves d'ailleurs assez éloquentes sur ce que le législateur a voulu faire de l'action de groupe. Dans la loi Hamon du 17 mars 2014, seules peuvent agir sur le fondement de cette action de groupe, quinze associations spécialement habilitées. D'aucuns font remarquer que ces associations ne sont pas toutes habituées à tous les contentieux de la consommation, et pour certaines, les moyens financiers sont limités¹³⁹⁶. Cela revient à ce

¹³⁹⁵ La possibilité d'une action de groupe en droit de la concurrence est très limitée, elle ne peut intervenir qu'en faveur des consommateurs et uniquement lorsque les entreprises auteurs d'infraction ont été condamnées de manière définitive. Cela figure aux articles L423-17 à L423-19 du Code de la consommation. Cela ne concerne d'ailleurs que les pratiques anticoncurrentielles et non les pratiques restrictives de concurrence.

¹³⁹⁶ Intervention de Y. Utzschneider, au colloque *L'action de groupe à la française face à la « dérive » anglo-saxonne : l'expérience canadienne*, tenu le 15 octobre 2013, préc. K. Haeri,

qu'une ou deux associations sont réellement en mesure de porter efficacement le contentieux de l'action de groupe. Cet oligopole procédural a fait réagir les avocats. L'on se demande si celui-ci est appelé à durer, ou bien s'il n'est qu'une précaution, un moyen provisoire de mettre à l'essai l'action de groupe dans notre pays¹³⁹⁷. Si l'oligopole de l'action de groupe finit par montrer ses limites et devient, par la suite ouvert à tous, on retiendra ce système comme désuet. En revanche, s'il perdure, alors on pourrait voir l'action des associations agréées comme une nouvelle forme de l'action du ministre, déléguée à des personnes privées. En effet, il s'agit d'une action portant sur des préjudices privés visant à établir un certain ordre économique. Cela se vérifie notamment par le fait que les associations en question reçoivent habilitation à agir en vertu d'un décret comme prévu à l'article L411-1 du Code de la consommation. Étrange destin d'institutions à qui l'on a reproché d'avoir été créées sous l'impulsion d'une certaine improvisation, et qui finalement trouvent leur cohérence.

847. Des fonctionnalités convergentes entre l'action du ministre et l'action de groupe réservée aux associations. Dans cette hypothèse, l'action de groupe et l'action du ministre auraient la même vocation : la défense des intérêts du marché ; y compris lorsque les associations agréées réclameraient la restitution de l'indu, la suppression de clauses et des indemnités. Et si l'action de groupe devait s'étendre au droit de la concurrence, avec ce même système d'oligopole procédural, alors elle se rapprocherait de manière significative de l'action du ministre. Et il y a lieu de considérer que le ministre de l'Économie puisse tout à fait remplir le rôle que tiennent lesdites associations agréées en droit de la consommation.

848. Une origine cependant différente. L'on concédera toutefois que l'action du ministre et l'agrément procédural concédé aux associations n'ont pas la même cause. Si la loi NRE a renforcé les pouvoirs du ministre, c'est essentiellement parce que les producteurs craignaient les représailles¹³⁹⁸ de leur distributeur. Si la loi Hamon réserve l'action de groupe à certaines associations, c'est par peur de voir se développer un contentieux néfaste, empreint de chantage judiciaire et de manquement aux règles de déontologie des avocats¹³⁹⁹. Cela n'empêche pas que la pratique trouve, a posteriori, la cohérence de l'ensemble.

« L'action de groupe : entre incertitudes procédurales et instrumentalisation », *Dr. et patrimoine*, 2015, n°243, p. 42.

¹³⁹⁷ Certains auteurs n'hésitent pas à faire part de leur étonnement face au particularisme de l'action de groupe à la française : E. Claudel, « Action de groupe et autres dispositions concurrence de la loi consommation : un dispositif singulier », *RTD Com*, 2014, 339, qui cite un « *ovni juridique* ». P. Hilt, « L'action de groupe consacrée par la loi du 17 mars 2014 : peut-on s'en satisfaire ? » *Gaz. Pal*, 24 février 2014, p. 28. N. Molfessis, « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », *D*, 2014, 947 qui y discerne une institution « [ne relevant] d'aucun modèle juridique connu ».

¹³⁹⁸ P. Le Tourneau, *Juriscl. Contrats - Distribution*, fasc. 1030, « Conditions de validité. – Validité au regard du droit de la concurrence », juillet 2012, point n°70.

¹³⁹⁹ A. Guégan-Lécuyer, « La qualité pour agir exclusivement réservée à certaines associations », *Gaz Pal*, 16 mai 2013, p. 23.

Si la qualité pour agir devait être attribuée, dans le cadre de l'action de groupe en droit de la concurrence, à tout intéressé, alors cette procédure se comprendrait autrement.

β : La vocation de l'action de groupe intentée par tout intéressé.

849. Une vocation à défendre le marché inopérante dans cette circonstance. Si dans une prochaine réforme, le législateur estime qu'il n'y a plus lieu de réservier la qualité pour agir dans le cadre d'une action de groupe, à certaines associations, alors il sera impossible de penser que l'action de groupe sert à défendre l'ordre public économique. Dans les pays où cette action existe, il n'est nullement question d'autre chose que de revendiquer des dommages et intérêts, la répétition d'un indu ainsi que la cessation des pratiques visées.

850. La nuance entre intérêt du groupe et somme des intérêts individuels. Pourtant, cela peut être un peu plus complexe, dans la mesure où, les parties qui se joignent à l'action de groupe ne se trouvent pas parfaitement dans une situation identique. Et comme nous allons le voir¹⁴⁰⁰, l'indemnisation qu'elles reçoivent peut ne pas correspondre parfaitement à ce qu'elles auraient reçu si elles avaient intenté une action individuelle. Prenant cela en considération, l'on peut alors affirmer que l'action de groupe défend plutôt les intérêts du groupe que les intérêts de chaque partie. La situation litigieuse est appréciée globalement par le juge, selon des critères qui conviennent à tous les membres du groupe. Certes, l'objectif est plutôt de réaliser un raccourci procédural que de répondre à un véritable esprit de groupe. Il demeure néanmoins que la vocation de l'action de groupe ne réside pas complètement dans la somme des intérêts individuels.

851. Le cas particulier de la possibilité de faire reconnaître une clause comme abusive. Il y a un élément à prendre en compte, qui pourrait néanmoins donner, à l'action de groupe, une portée qui dépasse les simples intérêts privés et touche à l'intérêt général : en droit de la consommation, les consommateurs, autant que les associations, sont habilités à faire reconnaître une clause comme étant abusive, selon les dispositions de l'article L421-6 du Code de la consommation¹⁴⁰¹. L'on peut très bien imaginer que cette faculté, par une prochaine réforme, soit transférée aux parties agissant dans le cadre d'une action de groupe. Certes, notre étude ne vise pas à faire reconnaître des clauses comme abusives ou non. Ce que nous voulons démontrer, c'est que le contrat entre professionnels peut être modifié en fonction des négociations qui l'ont précédé. Peut-être une action de groupe peut exiger qu'un comportement soit reconnu comme caractéristique d'une négociation injuste.

¹⁴⁰⁰ V. *infra*, n°865 et s.

¹⁴⁰¹ N. Sauphanor-Brouillaud, *Les contrats de consommation, règles communes*, Paris, LGDJ, 2013, n°1060, p. 1064 ; S. Piédelievre, *Droit de la consommation*, Paris, Economica, [2^{ème} édition], 2014, n°791, p. 756.

Donc, il va de soi que, dans l'ensemble, l'action de groupe qui est intentée par tout intéressé représente l'intérêt particulier, à quelques nuances près.

852. *Transition.* Ayant donc montré quels étaient les rôles respectifs de chaque action (action du ministre et action de groupe), nous allons à présent voir comment ces deux techniques juridiques sont appelées à se compléter, s'opposer ou coexister.

2: La pertinence d'une dualité d'action pour autrui en droit français.

853. *La nécessaire clarification.* Le législateur ne peut pas perpétuellement entretenir la confusion institutionnelle. Si l'action de groupe est introduite en droit de la concurrence au bénéfice des professionnels, il devra nécessairement clarifier la distinction entre l'action du ministre de l'Économie et l'action de groupe. Sinon, le risque est que l'entreprise auteur des pratiques anticoncurrentielles oppose le principe *ne bis in idem*, et qu'une entreprise victime accuse l'État de lui avoir fait subir un déni de justice en violation de l'article 4 du Code civil.

854. *Un schéma institutionnel beaucoup plus cohérent.* Dans cette circonstance, il ne serait pas inutile de faire coexister l'action de groupe et l'action du ministre. Et la jurisprudence du Conseil constitutionnel s'en trouverait plus justifiée. En effet, ce dernier prétend que l'action du ministre, comme nous l'avons vu ci-dessus, ne concerne que l'ordre public économique. Ce raisonnement est difficile à tenir alors que cette action a pour but la cessation de certaines pratiques, l'obtention de dommages et intérêts ainsi que la répétition de l'indu. Il y aurait alors tout à gagner à transférer cette compétence du ministre à l'action de groupe. Le ministre de l'Économie garderait alors le soin d'agir contre les auteurs d'abus, et de demander à leur encontre des dommages et intérêts punitifs ou des amendes civiles. Ou encore, son office s'intéresserait plutôt aux questions d'ordre macroéconomique. Le risque d'action abusive, de chantage judiciaire et de prospection des avocats auprès des victimes en serait diminué.

855. *La persistance de la crainte des représailles.* Il persisterait toujours le problème de la peur des représailles. L'action du ministre avait en effet l'avantage d'inquiéter les distributeurs sans impliquer directement les victimes. L'action de groupe permet toujours une parade à la peur des représailles, mais sans doute imparfaite. Si l'on admet que deux entreprises ont l'audace d'intenter une action, par exemple, en déséquilibre significatif, cela suffit pour que d'autres puissent se greffer par la suite, dans la phase de constitution du groupe. À condition bien sûr que le juge définisse le groupe de façon assez large ainsi que le comportement dénoncé. Cela fera l'objet d'autres développements ci-après¹⁴⁰².

¹⁴⁰² V. *infra*.n°868.

856. *Un cumul des deux actions incertain.* À regarder le droit comparé, il appert que les actions de groupe sont beaucoup plus fréquentes que nos actions du ministre¹⁴⁰³. L'on peut raisonnablement penser alors que la première saura très bien suppléer la seconde pour pallier la peur des représailles. Il faut cependant admettre que la notion de rupture brutale des relations commerciales établies et le déséquilibre significatif sont des notions que l'on ne retrouve pas comme telles dans les droits étrangers. Probablement, cela est dû au fait que la situation d'oligopole de la distribution (90% du marché détenu par cinq ou six enseignes¹⁴⁰⁴) ne se retrouve pas dans tous les pays. Si l'on considère cela, il est possible de croire que l'action du ministre de l'Économie répond à un besoin proprement français. Si l'on admet cela, alors la peur des représailles peut constituer un besoin impérieux qui justifie un cumul d'actions entre l'action de groupe et celle du ministre. Au moins, la victime qui aura obtenu gain de cause auprès du ministre ne pourra pas agir de nouveau au sein d'une action de groupe. Cela est évident.

857. *Un cumul néanmoins souhaitable.* Il nous semble donc que l'action du ministre et l'action de groupe doivent coexister. Celle du ministre pour protéger le marché et requérir des amendes civiles et dommages et intérêts punitifs ; celle de groupe pour défendre les intérêts privés, notamment la restitution de l'indu et l'obtention de dommages et intérêts réparateurs. L'habilitation des associations agréées nous semble, dans cette perspective, une formalité superflue. Excepté s'il est considéré que l'action de groupe ne défend pas assez efficacement contre la peur des représailles, dans ce cas, le ministre ou ses associations déléguées doivent avoir un pouvoir renforcé.

858. *Transition.* Pour ce qui est de l'action du ministre, le dispositif législatif est déjà en place, bien qu'il faille évidemment clarifier le domaine *ratione materiae* de cette action comme nous l'avons dit ci-dessus. Par contre, pour ce qui est de l'action de groupe, même le modèle de droit de la consommation ne peut pas être transposé comme tel en droit des contrats entre professionnels. Nous allons donc voir à présent comment doit s'opérer la procédure pour combattre de façon efficace, les abus dans ces contrats.

¹⁴⁰³ F. Bien, « Actions de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles en France et en Allemagne », du colloque « Sur la voie de l'action de groupe », *Gaz Pal*, 16 mai 2013, p. 17. O. Akyurek et C. de Perthuis, « L'action collective à la française : étude de droit comparé entre le droit français et le droit américain », *LPA*, 25 mars 2014, p. 21. F. Hastings et T. J. White, « La class action et ses conséquences sur le cours des affaires », *LPA*, 13 décembre 2007, p. 7. F. Ferrand, « L'action de groupe : l'outil du droit comparé », *RLDC*, 2006, n°32, p. 65.

¹⁴⁰⁴ V. *supra*, n°12.

B : L'efficacité d'une éventuelle action de groupe pour les litiges entre professionnels.

L'action de groupe fait l'objet d'un certain nombre de réticences, lorsqu'il est question de la transposer aux pratiques entre professionnels. Le principal argument opposé est celui de la peur des représailles qui ne serait pas jugulée par le recours collectif. Il y a lieu de discuter cette objection.

1 : L'objection de la peur des représailles

859. Une peur des représailles différée à l'adhésion au groupe. L'action de groupe n'est pas une action anonyme. Ce qu'elle change pour les victimes, c'est que celles-ci n'interviennent qu'à la fin de l'instance, lorsque la faute du défendeur est démontrée. Elles n'ont plus qu'à faire connaître leur préjudice s'il découle du même fait générateur. Est-ce que la peur des représailles est moins forte lorsque la victime n'intervient qu'à la fin du procès. L'on peut à ce titre remarquer que la loi du 17 mars 2014, qui a réécrit l'article L423-1 du Code de la consommation, n'a pas permis qu'une quelconque entreprise soit poursuivie sur le fondement de l'article L442-6 du Code de commerce. Il est vrai que le consommateur est moins impliqué et subit moins les conséquences d'une pratique restrictive de concurrence. Il peut même parfois en profiter. Il peut donc être permis de douter de l'efficacité d'une telle mesure¹⁴⁰⁵.

860. Transition. L'on peut d'ailleurs noter que les propositions pour une action de groupe en droit de la concurrence concernent essentiellement les pratiques anticoncurrentielles. Effectivement, les demandeurs à l'action privée, pour le cas d'une entente, ne sont pas forcément des partenaires contractuels.

2 : Une objection surmontable

Cependant, il y a lieu de penser que l'action de groupe peut facilement s'appliquer pour un contrat d'adhésion entre professionnels.

¹⁴⁰⁵ Sur le sujet : C. Prieto, C. Si Bouazza, « Rapport spécial en droit de la concurrence », in C. Prieto, (dir.) *Cohérence européenne des recours collectifs, réponse à la consultation publique de la Commission européenne*, Paris, Société de Législation comparée, 2011, p. 39 et s., spéc. p. 60.

861. Les précédents du déséquilibre significatif. En premier lieu, certaines actions du ministre ont donné lieu à une indemnisation, alors même que les victimes indemnisées étaient encore sous contrat avec les entreprises auteurs de déséquilibre significatif. C'est le cas dans le jugement du tribunal de commerce de Paris en date du 22 novembre 2011¹⁴⁰⁶ où le Galec avait demandé à ses fournisseurs qu'ils ne perçoivent pas les indemnités que l'action du ministre leur avait accordées. Cela prouve que l'existence des liens contractuels n'est pas de nature à systématiquement dissuader la victime de percevoir son indemnité. D'autant plus que le fournisseur pourrait se voir reprocher par ses actionnaires son refus de faire valoir ses droits en justice. Par exemple, pour le cas d'une action du ministre, refuser de percevoir une indemnité auprès du pouvoir exécutif pourrait être une faute de la part du dirigeant de l'entreprise concernée. L'acte n'est donc pas aussi chargé de conséquence qu'une assignation en justice. L'on pourrait donc transposer cette situation à l'action de groupe pour les contrats déséquilibrés entre professionnels. Il y aurait éventuellement une possibilité de contourner l'obstacle de manière franche, en considérant que l'adhésion au groupe se fait par l'*opt-out*. Ce choix est cependant trop extrême.

862. Une peur des représailles inexisteante pour les contrats instantanés. Le second argument consiste à dire que les contrats de longue durée ne sont pas les seuls qui soulèvent des problèmes de déséquilibres des prestations. Cela tient au fait que la peur des représailles n'est pas le seul obstacle qui gêne la victime dans la défense de ses droits. En effet, l'incertitude du contentieux et le coût de celui-ci peuvent tout autant favoriser l'impunité dans les rapports économiques entre professionnels. Outre le prix des avocats, il y a également le prix des preuves qui est tout à fait lourd pour certaines affaires¹⁴⁰⁷. De plus, les petites entreprises peuvent souffrir, aussi bien qu'un consommateur, d'un contrat de bien ou de service mal exécuté par un partenaire¹⁴⁰⁸. Un contrat de vente est donc susceptible de faire l'objet d'une action de groupe n'impliquant que des professionnels.

863. Transition. Il y a donc un certain nombre de raisons de passer outre les craintes qui supposent que l'action de groupe est un moyen efficace de porter remède aux contrats d'adhésion entre professionnels.

Admettant donc que l'action de groupe est bénéfique pour les rapports entre professionnels et qu'elle peut très bien coexister avec l'action du ministre puisqu'elle ne remplit pas la même fonction, il reste toutefois à discerner comment les contrats d'adhésion entre professionnels peuvent efficacement être rééquilibrés par cette procédure. Ce phénomène des contrats entre professionnels présente en effet des particularités qui appellent à des ajustements s'il doit se traduire en une action de groupe.

¹⁴⁰⁶ TC Paris, 22 novembre 2011, n°2011/058173, RLC, 2012, n°31, p. 44, note M. Behar-Touchais.

¹⁴⁰⁷ M. Leclerc, *Les class actions, du droit américain au droit européen*, préf. J. Monéger, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 252.

¹⁴⁰⁸ C. Prieto, « Rapport introductif », *op. cit.*

§2 : La mise en œuvre d'une action de groupe pour rééquilibrer les contrats d'adhésion entre professionnels.

864. Introduction. La procédure d'action de groupe, nouvelle en droit français emporte de nombreuses interrogations qui concernent le droit de la procédure civile d'une manière générale. Il ne s'agit pas ici de les reprendre toutes dans leur intégralité, mais de voir les problèmes qui sont spécifiques à notre sujet. L'adhérent professionnel n'a pas les mêmes problèmes que l'adhérent consommateur. L'adhérent consommateur se trouve le plus souvent dans une situation générique par rapport aux autres. Et de surcroît, l'adhérent consommateur ne cherche guère à obtenir une modification de son contrat plus qu'une indemnisation. Sur ces quelques nuances, nous verrons donc comment mettre en œuvre l'action de groupe dans un rapport entre professionnels pour qu'elle remédie de manière efficace aux déséquilibres contractuels que subissent les entreprises les plus faibles.

Deux problématiques vont donc être mises en exergue : l'assiette de l'indemnisation (A) et la variété des sanctions possibles (B).

A : L'indemnisation accordée par une action de groupe en faveur de victimes professionnelles.

865. Division de l'étude. L'avantage le plus flagrant de l'action de groupe est de favoriser l'indemnisation des victimes. En droit de la consommation, le préjudice est plus facile à identifier puisque les consommateurs ont généralement reçu des prestations identiques ou quasi identiques. En droit des affaires, les contrats sont souvent négociés individuellement, notamment en droit de la distribution, comme le prévoit l'article L441-7 du Code de commerce. D'autant plus que pour le cas du contrat d'adhésion entre professionnels, nous cherchons à sanctionner un contrat qui n'a pas fait l'objet de négociation individuelle. Les situations sont donc plus difficiles à réunir sous un même ensemble. Il faut donc voir si le droit des contrats d'adhésion entre professionnels se singularise par rapport au droit de la consommation (1) et comment cette singularité peut être surmontée (2).

1 : L'indemnisation de l'action de groupe pour les contrats d'adhésion entre professionnels

866. *La difficulté d'évaluation d'un préjudice global.* Si l'on devait s'en tenir à l'action de groupe entre consommateurs, il n'y aurait guère de problème pour la répartition de l'indemnisation. La loi Hamon a prévu un mécanisme d'indemnisation cohérent¹⁴⁰⁹. Au moment de l'adhésion, la victime envoie tout élément de preuve susceptible de rendre compte de son préjudice. Cela est suffisant lorsque ledit préjudice consiste en une prestation non effectuée, un dommage corporel ou un produit défectueux. Cela n'empêche pas certains auteurs de douter de la parfaite fiabilité du dispositif¹⁴¹⁰. L'on peut très bien imaginer que l'entreprise condamnée invoque pour chaque membre du groupe, des circonstances de nature à atténuer la responsabilité, ou bien même à l'aggraver. Cela est d'autant plus vrai lorsque, pour ce qui nous concerne, nous voulons axer le rééquilibrage à partir de l'analyse des négociations. L'intensité des négociations n'est-elle pas variable d'un contrat à l'autre ?

Par exemple, en ce qui concerne une éventuelle asymétrie informationnelle, faut-il que le juge mesure pour chaque entreprise le degré d'ignorance qui a pu justifier ou non le déséquilibre du contrat ? Et même si l'on n'exige pas pour chaque indemnisation la preuve du même défaut d'information, il subsiste toujours le risque que le défendeur invoque, de manière procédurière ou simplement de bonne foi, une multitude de nuances qui amoindrissent le préjudice et dissuadent d'autres actions de groupe.

867. *Transition.* Cette difficulté appelle sans doute un régime spécial pour l'indemnisation d'un groupe dans le cadre de contrats d'adhésion entre professionnels.

2 : Perspectives de solutions

868. *En principe, une indemnisation similaire à celle des consommateurs.* La répartition des indemnités de l'action de groupe pour le cas des contrats d'adhésion entre professionnels doit faire l'objet d'une procédure exceptionnelle pour pouvoir rendre utile l'action et parer à toutes les manœuvres dilatoires. Certaines techniques appliquées par la

¹⁴⁰⁹ Cela dépend, à vrai dire de la voie choisie par le juge. Lorsque le nombre de consommateurs est limitativement identifié, l'article L423-10 du Code de la consommation permet une procédure relativement raccourcie tandis que dans le cas contraire, les articles L423-3 à L423-9 du même code définissent les étapes de définition du groupe.

¹⁴¹⁰ S. Pellet, « L'indemnisation des consommateurs », *RDC*, 2015, 416. Également, M. Guillaume, « Le rapport sur l'action de groupe », in Collectif, *Les recours collectifs : études comparées*, Paris, Société de Législation comparée, 2006, p. 86, spéc. à partir de p. 91. L. Sinopoli et E. Théocharidi, « Les cas d'individualisation des effets de la décision », in I. Omarjee et L. Sinopoli (dir.), *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel*, Paris, Dalloz, 2014, p. 75 et s.

procédure d'action de groupe en vigueur doivent être conservées. D'autres doivent leur être ajoutées ou suppléées. Il est nécessaire que, comme le prévoit l'article L423-3 du Code de la consommation, les prétendues victimes fassent part d'éléments de preuve pour rapporter un préjudice. Ce n'est qu'après que le juge peut définir les modalités de l'indemnisation due par l'auteur du comportement illicite.

869. *L'impossibilité de calculer précisément chaque préjudice.* Néanmoins, il doit être possible de prendre en compte les différentes situations dans lesquelles se trouvent les différents professionnels. Ou bien l'on considère que l'indemnisation d'un professionnel dans le cadre d'un contrat d'adhésion ne peut être que forfaitaire, et dans ce cas, elle est nécessairement inférieure à une indemnisation obtenue de façon individuelle par une action engagée par la victime en son nom propre.

870. *La possibilité d'une indemnisation forfaitaire.* Une autre possibilité serait que le juge se réfère à des critères tels que le chiffre d'affaires, les parts de marché, le nombre de salariés, etc. pour estimer qu'une entreprise était en position de fragilité beaucoup plus caractérisée¹⁴¹¹. Cela serait possible, mais les critères par lesquelles l'on manifeste l'inégalité dans la négociation ne sont pas tous pris en compte par cette technique. Par exemple, il n'est pas possible de classer les entreprises par leur degré d'information. Il faudrait probablement se contenter d'une indemnisation forfaitaire qui sanctionnerait les déséquilibres de plusieurs contrats de manière générique. L'impossibilité de nuancer de manière individuelle les indemnisations est de nature à favoriser ce type de redistribution.

La définition du préjudice concurrentiel est relativement subjective. Peut-on envisager qu'un juge puisse réaliser une formule qui permette de rembourser les pertes de marge brute ? Nécessairement, le préjudice économique doit s'affranchir de critères purement arithmétiques¹⁴¹². Toutefois, cela est difficilement conciliable avec une logique d'action de groupe.

871. *Transition.* Outre l'évaluation de l'indemnité, l'action de groupe appliquée aux contrats d'adhésion entre professionnels présente le désavantage de ne pas permettre une sanction autre que le versement d'une indemnité.

¹⁴¹¹ A.-L. Sibony, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2008, p. 217.

¹⁴¹² L.-M. Augagneur, « L'évaluation du préjudice concurrentiel à l'ère du Big Data », *JCP E*, 2015, 1295.

B : Les différentes sanctions pouvant être infligées par une action de groupe pour un contrat d'adhésion entre professionnels

872. *Les limites de la seule indemnisation.* L'action de groupe a besoin pour être exercée de situations similaires ou identiques. L'expérience de droit comparé montre qu'en général, il s'agit surtout de responsabilité civile ou éventuellement pénale. Peu importe les secteurs de l'économie concernée, il s'agit toujours de réparer des préjudices qui trouvent leur origine dans un fait générateur commun. Pour notre cas, le fait générateur se trouve dans la décision stratégique commerciale qui s'adresse à tous les partenaires contractuels victimes. Peut-on obtenir autre chose que des dommages et intérêts dans ces conditions ? Cela semble très délicat. Or, nous avons vu dans le titre premier de la deuxième partie¹⁴¹³ qu'il était souhaitable de laisser au juge une palette de sanctions la plus large possible. Dans les actions individuelles, les sanctions vont de la simple interprétation *in favorem* à la lésion ou la révision pour imprévision, en passant par la nullité totale du contrat, la clause réputée non écrite ou la réécriture partielle du contrat. On ne peut pas, par exemple, réécrire un contrat grâce à une action de groupe, ou alors ce n'est plus une action de groupe. Faut-il croire que l'adhérent à une action de groupe renonce à un certain nombre de sanctions ? Le principe de l'autorité de la chose jugée que nous avons vue précédemment empêche que l'adhérent fasse par la suite une action individuelle.

873. *Plan.* Nous nous pencherons donc sur le droit de la consommation pour observer si les expériences passées ne permettent pas de varier les sanctions dans le cadre des actions pour autrui (1), avant de transposer notre étude au droit commercial (2).

1 : En droit de la consommation, l'éventuelle possibilité d'infliger des sanctions variées dans les actions pour autrui.

874. *Les précédents en droit de la consommation.* Le droit de la consommation peut apporter des éléments de réponse. L'expérience de l'action pour autrui dans ce domaine donne des résultats éloquents. L'on sait que, bien avant que les consommateurs n'aient eu accès à l'action de groupe, le législateur leur a donné la possibilité de voir leurs droits défendus par les associations qui les représentent¹⁴¹⁴. Il n'est d'ailleurs pas anodin que les plus proactives d'entre elles aient obtenu l'agrément de la part du pouvoir exécutif pour engager une action de groupe. Est-ce que le système de droit de la consommation peut servir de modèle, pour fournir aux professionnels victimes d'autres sanctions que de simples indemnités ? En réalité, la défense de l'intérêt collectif en droit de la consommation est à

¹⁴¹³ V.*infra*.

¹⁴¹⁴ J. Calais-Auloy, « Les sanctions en droit de la consommation », in *Les droits et le droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris, Dalloz, 2007, p. 75.

l'image de l'action de groupe que la discipline a récemment acquise : certains auteurs parlent de « *maquis* »¹⁴¹⁵ juridique.

875. *La possibilité pour l'association de demander des sanctions pénales.* L'association de consommateurs, lorsque l'action de groupe n'avait pas été mise en place, pouvait d'abord être dotée des mêmes droits que la partie civile pour les faits leur portant des préjudices directs ou indirects, selon les termes de l'article L421-1 du Code de la consommation. C'est ce que la loi Royer du 27 décembre 1973 a énoncé. Ce fondement a principalement permis l'engagement d'instances pénales¹⁴¹⁶ qui visent à sanctionner les pratiques qui relèvent de la matière criminelle. Cela ne reste donc pas confiné à l'obtention de dommages et intérêts¹⁴¹⁷.

876. *La possibilité pour l'association de demander la cessation d'une pratique illicite pour des contrats similaires.* L'article L421-2 du même code va plus loin. Il permet à une association de consommateurs exerçant une action devant une juridiction civile ou pénale d'exiger la cessation d'une pratique illicite. L'article L421-6 de ce même Code de la consommation permet, dans le même ordre d'idées d'obtenir la cessation d'une pratique illicite. La différence réside dans ce que la seconde action est une action autonome¹⁴¹⁸. Dans quelle mesure est-ce qu'un tiers sera fondé à exiger la cessation d'une pratique sanctionnée grâce à une telle action ? L'article L421-6 du Code de la consommation en son troisième alinéa permet que le type de clause soit reconnu illicite dans des contrats similaires. Ce troisième alinéa a cependant été rajouté par la loi du 17 mars 2014, et ne fournit pas encore d'exemple pour savoir ce que recouvre cette similitude. Il y a des raisons non négligeables de penser que les défendeurs mettront en avant toutes les différences, même minimes, pour déjouer l'application du jugement censé s'appliquer à d'autres contrats.

2 : La transposition au droit des contrats entre professionnels.

877. *Des exemples de transposition possible.* Peut-on, à partir de ces constats, esquisser une action de groupe qui ne se contenterait pas de donner des dommages et intérêts ? Il est permis de penser que l'action de groupe peut se contenter par exemple, d'interdire des clauses illicites. Encore faut-il démontrer que les clauses illicites ont été imposées de manière léonine. Si par exemple, une pratique abusive a été imposée à des distributeurs par un courrier envoyé de manière impersonnelle, l'on dira sans hésiter que

¹⁴¹⁵ N. Sauphanor-Brouillaud (dir.), *Les contrats de consommation : règles communes*, Paris, LGDJ, 2013, p. 1010, n°990.

¹⁴¹⁶ D. Fenouillet, « L'action des associations de consommateurs », note sous Crim, 3 mai 2006, *RDC*, 2007, p. 355.

¹⁴¹⁷ S. Piédelièvre, *Droit de la consommation*, op. cit., p. 598.

¹⁴¹⁸ *Id.*

l'action de groupe permet de faire cesser la pratique pour tous les fournisseurs destinataires du courrier. De même, lorsqu'une partie forte imposera un contrat-type, sans respecter les règles de négociations, elle ne pourra revendiquer l'individualité de chaque situation contractuelle.

878. Une transposition cependant limitée pour l'analyse des négociations. On conviendra toutefois que l'action de groupe se prête relativement mal à la modification judiciaire du contrat ; et que l'octroi de dommage et intérêt est une solution qui correspond assez bien à l'impératif d'efficacité, propre à l'action de groupe. Ceci est d'autant plus remarquable que nous mettons en avant la nécessité que chaque contrat entre professionnels fasse l'objet d'une négociation circonstanciée. Le propre de l'action de groupe est d'offrir aux parties un raccourci judiciaire et à ce titre, elle est obligée d'apporter une réponse simple à un problème vaste. C'est pourquoi elle s'arrête peu sur les détails des affaires qu'elle traite.

Précisément, ce faible souci du détail se retrouve aussi au moment du partage des indemnités. Dans une action de groupe concernant des contrats entre professionnels, tous les adhérents ne seraient pas dans la même situation. Une étude détaillée montrerait sûrement que certains adhérents n'ont pas pâti du même préjudice que les autres. Par exemple, le juge ne peut pas enquêter sur la capacité à négocier de chaque adhérent. Pourtant, la nécessité procédurale impose que le juge ne perde pas un temps précieux dans l'analyse individuelle de chaque préjudice. Impératif qui ne va pas sans inconvénient.

879. Conclusion de la section. Le débat sur l'action de groupe ne fait que commencer. Il semble que l'institution se construise peu à peu. La première réforme n'a pas laissé augurer une législation forcément très cohérente ni une attention toute particulière au droit de la concurrence. En effet, non seulement les entreprises sont exclues de l'action, mais de plus, le droit de la concurrence est traité en tout dernier ressort. C'est pourquoi le droit des contrats entre professionnels doit faire valoir sa spécificité pour que les contingences de la réforme ne viennent pas rendre difficile son application.

880. Conclusion du chapitre. I. L'on a donc démontré que le droit des contrats d'adhésion entre professionnels trouvait un prolongement nécessaire dans la procédure qui l'applique ; au risque sinon, de n'être qu'une vaine intention mal relayée en justice. Le seul point est que la procédure civile ne peut pas sacrifier ses principes fondamentaux pour le seul problème des déséquilibres dans les contrats d'affaires. Cela implique que la protection judiciaire du contractant partie faible ne peut pas se faire au détriment de toute la procédure civile. Il y a donc des choix à opérer. Le premier étant de savoir si cette protection judiciaire des professionnels les moins à même de défendre leurs droits, doit s'inscrire dans le cadre d'une procédure spécialement conçue pour cette problématique, ou bien si elle doit se fondre dans un cadre général qui concerne tout le droit des affaires. La spécialisation a, en effet, l'avantage d'être adaptée à un besoin précis, mais le droit des affaires ne peut pas s'encombrer d'une procédure pour chaque problématique qui le concerne ; c'est notoire si ce contentieux est à cheval sur le ressort des juridictions civiles et des juridictions commerciales.

Pour ce qui est de la procédure de référé, la spécialisation semble possible et souhaitable. En effet, le référé-concurrence subit aujourd’hui des contraintes que le législateur n’avait pas prévues : à savoir que l’article L464-1 est soumis aux mêmes conditions que l’article 873 du Code de procédure civile¹⁴¹⁹. Il suffirait de supprimer cette disposition émanant de la jurisprudence pour restituer à ce référé tout l’intérêt que l’ordonnance de 1986 avait voulu lui donner. Pour l’action de groupe, cette spécialisation n’est pas non plus dénuée d’intérêt même si les contraintes sont plus importantes. Une action de groupe, en effet, ne suit pas le même schéma soit qu’elle cherche à réparer une pratique anticoncurrentielle proprement dite, soit un déséquilibre dans les négociations. L’on soulèvera évidemment que ces deux types de litiges sont très étroitement liés. Il est donc hasardeux de vouloir spécialiser à outrance. Il ne peut donc y avoir une action de groupe spécifique pour les contrats d’adhésion entre professionnels. Elle doit donc s’inscrire dans un contexte d’action de groupe de droit civil ou de droit commercial général. L’action du ministre quant à elle, doit se cantonner à la protection du marché.

881. Transition. Si l’on prend le parti d’un droit des contrats d’adhésion entre professionnels relativement strict, pour assurer une protection effective, cette protection au niveau procédural, ne peut s’entendre que par un droit « dur ». De manière visible, plus on cherche à renforcer la protection du professionnel, plus on complexifie le droit. Et plus le droit est complexe, plus il convient d’y apporter une dose de « souplesse » dans son fonctionnement, afin de faciliter l’application de la règle.

¹⁴¹⁹ V. *supra*, n°814.

Chapitre 2 : La procédure « douce »: la possibilité de prévenir le comportement contractuel par la technique de l'avis.

882. *Les effets secondaires de la lutte contre les pratiques abusives sur les entreprises de bonne foi.* La moralisation du contrat d'affaires emporte de nombreux inconvénients qui pourraient presque décourager l'entreprise, surtout à partir du moment où l'on cherche à impliquer le juge dans les relations contractuelles. La critique des contraintes imposées aux entreprises n'est pas nouvelle. Au contraire, c'est peut-être celle qui dissuade le plus les initiatives dans ce sens¹⁴²⁰. Au tout premier chef, il y a l'impossibilité de décrire au préalable, de façon exacte, le comportement dit abusif. En effet, même en droit général des contrats, l'abus n'a pas donné lieu à une conceptualisation précise. C'est que le juge ne veut pas se retrouver encerclé par une définition qui rendrait permis tout comportement légèrement différent. L'on met également en avant la sécurité juridique. En effet, s'impose aux entreprises un choix entre Charybde et Scylla : elles sont prises au piège. Soit elles s'engagent dans une négociation exigeante, et elles prennent le risque de se voir sanctionnées sur le fondement des clauses abusives ou du déséquilibre significatif ; soit elles s'engagent sur une voie commerciale conciliante, mais non dénuée de risque pour elles, notamment des risques de pertes importantes. Ceci n'est que la conséquence d'un choix économique qui consiste à penser que les acteurs économiques sont à même de définir leurs propres intérêts. À l'inverse, le *statu quo* ne saurait, non plus, tenir lieu de solution. Si l'on ne sanctionne pas de manière efficace les contrats qui n'ont pas donné lieu à une véritable négociation, on s'engage dans une logique d'élimination des entreprises les plus faibles. Et si de cela, peut émerger une croissance, c'est forcément une croissance pauvre en création d'emplois, et injuste dans la répartition de la richesse.

884. *L'opportunité d'un droit plus flexible.* S'est développée en doctrine, depuis un certain temps maintenant, l'idée que le droit ne doit pas être composé uniquement de règles rigides, mais aussi de règles souples, pas forcément définies rigoureusement, ni sanctionnées de façon systématique. Les pays anglo-saxons appellent cela la « *soft law* » qui se traduit selon les cas par droit mou, droit doux ou droit flou. Il se manifeste par une multitude d'instruments juridiques semi-constrains : codes de déontologie, questions-réponses des administrations, principes directeurs... l'esprit étant, selon ce concept, plus efficace que la lettre. Une telle tendance juridique viendrait à point nommé dans un système français très

¹⁴²⁰ M. Behar-Touchais, « La mutation de la norme en droit de la concurrence », in N. Martial-Braz, J.-P. Riffard et M. Behar-Touchais, *Les mutations de la norme, le renouvellement des sources du droit*, Paris, Economica, 2011, p. 195.

légicentré. Le domaine économique n'est pas le seul concerné : par exemple, le droit de la médecine s'accommode fort mal des articles de loi, inaptes à régir toutes les situations¹⁴²¹.

885. L'éventualité d'une transposition du concept dans la lutte pour l'équilibre des contrats d'affaires. Qu'en est-il pour le droit des contrats d'adhésion entre professionnels ? Le système déréglementé a éloigné le législateur de la vie économique. Il ne peut donc plus tenir les entreprises dans un cadre par trop contraignant. Les lois qu'il édicte lui valent des reproches d'immixtion et de perturbation du marché. Pourtant, ce qu'il cherche de façon constante à insuffler, c'est un esprit d'honnêteté dans les relations d'affaires. Vœu pieux que les entrepreneurs ont parfois du mal à prendre à leur compte, faute de clarté de la norme. Les inventions juridiques ne manquent pas et la fermeté du législateur est parfois explicite : « *déséquilibre significatif* », « *socle unique des négociations* », les mots sont durs, mais vagues. Une entreprise peut donc parfois commettre des abus en dépit de sa bonne volonté à cause de la difficile lecture de la loi. Il y a pourtant des solutions de droit souple qui existent.

886. Les engagements, une solution inappropriée pour notre matière. Disons d'emblée que certaines techniques de droit souple ne peuvent pas convenir à notre étude. La notion de conformité (« *compliance* » en anglais) est une invention du droit américain, transposée en droit de l'Union européenne, qui a inspiré le droit français. L'idée figure à l'article L464-2 I du Code de commerce et à l'article 9 du règlement d'exemption n°1/2003¹⁴²². Pour endiguer le phénomène des contrats d'adhésion entre professionnels, une politique de contrainte est préférable à une politique de souplesse¹⁴²³. Le droit de l'Union européenne connaît la procédure d'engagements pour ne pas mettre à mal les entreprises créatrices de richesses. Les avantages de cette procédure sont connus et son succès non négligeable : éviter une condamnation cinglante et un procès fastidieux. Nous ne ferons pas notre ce choix, du moins pour les simples abus dans le contrat. Nous ne poursuivons en effet, pas un objectif de croissance ou de stabilisation du marché en tant que tel. Les engagements servent au contraire à substituer à une sanction, un comportement de marché loyal et positif. Or, lorsque

¹⁴²¹ J. Bonneau, « Urgence, médecine et droit », *Gaz Pal*, 23 mars 2000, p. 51.

¹⁴²² M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen*, Paris, Sirey, [5^{ème} édition] 2011, p. 283, n°592.

¹⁴²³ Sur le sujet : P. Kipiani, *Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, analyse des droits français, européen et américain*, Paris, LGDJ, 2014. M. Chagny et I. Luc, « Quels contrôles des contrats d'affaires par les autorités de concurrence ? » *AJCA*, 2015, 112. M. Chagny, « Les dix ans de la procédure française d'engagements : engagez-vous ! « rengagez »-vous ? », *AJCA*, 2014, 145. G. Decocq, « L'acceptation d'engagements par l'ADLC n'est pas une décision par laquelle elle constate la conformité ou non des pratiques incriminées à l'article 102 du TFUE », *CCC*, 2014, comm. 48. L. Idot, « Le régime des engagements en cours de formalisation », *RDC*, 2005, 697. T. Vergé, D. Spector, J.-P. Gunther, « Analyse économique des remèdes en droit de la concurrence », *Concurrences* 3-2011, version numérique de la revue.

l'intention malveillante est caractérisée, le droit se passe de négocier avec les auteurs de l'abus.

De plus, la puissance publique, mise de côté par le processus de déréglementation ne peut pas se placer en position d'égal à égal avec l'auteur d'un abus dans le contrat. L'État n'est pas « l'homologue » de l'entreprise. Il a été répondu à cela que les programmes de conformité ou d'engagement ne sont pas toujours le droit « doux » qu'ils prétendent être¹⁴²⁴. Ils ont certes, un caractère hybride qui oscille entre contrainte étatique et souplesse propice aux entreprises. Leur principal défaut est de ne pas répondre à un déséquilibre dans le contrat, mais simplement à des « *préoccupations de concurrence* ». Autrement dit, il s'agit de solutions à une analyse économique, avec toute la part de subjectivité que cela comporte. La protection de la partie faible dans les contrats entre professionnels est une question d'ordre public de protection et non de direction.

887. L'inutilité des labels, chartes et codes de déontologie comme moyen de lutte contre les pratiques commerciales abusives. Nous ne ferons pas non plus notre l'idée des labels. Nous entendons par là les signes, à l'adresse du consommateur, censés garantir que l'entreprise en cause a respecté une valeur reconnue comme essentielle¹⁴²⁵. Pour équilibrer le droit de la distribution, il a été émis la proposition que les entreprises qui n'auront eu recours qu'à des pratiques commerciales licites recevront une récompense que le consommateur pourra constater. Cette stratégie est tout à fait incertaine, et ceci, à plusieurs titres. D'abord parce que les entreprises les plus aisées rivalisent facilement avec l'administration en matière de procédés de mercatique. Le consommateur étant déjà bien préoccupé par le prix et la qualité de son produit, les « *bonnes pratiques* » du distributeur ne sont pas sa priorité. Cela est d'autant plus vrai s'il doit faire un long trajet pour se tourner vers la concurrence. Ensuite, parce que le label est une garantie fort peu éloquente sur les pratiques de l'entreprise concernée. Le consommateur saura tout juste que quelqu'un approuve ce que fait telle entreprise. Et si l'administration ne communique pas assez, le consommateur ignorera même ce que veut dire le label. Enfin, les contrats d'adhésion entre professionnels ne concernent pas que la grande distribution, mais aussi des partenariats commerciaux invisibles par le consommateur. Qui s'inquiète de ce que telle banque d'affaires exerce des pressions commerciales abusives envers telle entreprise informatique ? Nous ne ferons pas non plus nos les engagements moraux et codes de bonne conduite émanant des professionnels. Si ces derniers sont libres de souscrire les règles qu'ils veulent, la parole donnée au public ne doit pas faire illusion¹⁴²⁶.

¹⁴²⁴ M. Malaurie-Vignal, « Engagements en droit de la concurrence : droit souple ou droit autoritaire ? », CCC, 2011, repère 1.

¹⁴²⁵ Nous verrons ci-après les labels entendus comme une garantie de légalité d'un contrat de partenariat économique, conférée par l'administration à l'adresse du juge.

¹⁴²⁶ *Contra*, M.-P. Blin-Franchomme, « Pratiques commerciales, l'émergence juridique du commerce équitable », RLDA, 2007, n°12, p. 73. Il y est mentionné le succès du label Max Havelaar entre autres.

Les droits américains et européens sont également très vigilants sur les codes de bonne conduite. D'autant qu'ils peuvent consister en une sorte d'entente¹⁴²⁷. Il est permis de douter de la réelle efficacité de ces codes de bonnes pratiques, dans la mesure où ils ne font qu'affirmer une volonté vague et où ils ne disent rien sur le contenu de chaque relation contractuelle précise. Les gestes de bonne volonté de la part des parties, dites fortes, sont toujours les bienvenus. Néanmoins, le droit des contrats d'adhésion entre professionnels doit rester un droit objectif qui ne s'encombre pas des aspirations philosophiques des justiciables¹⁴²⁸

888. *Le choix des avis.* Cependant, une solution de droit souple retiendra notre attention : les avis émis par l'administration. Ils ne constituent pas un mode de publicité de la part de l'entreprise auteur des abus. Ils servent simplement à préciser le sens de la règle et à signifier dans quel sens, celle-ci doit être entendue, pour une situation précise.

889. *L'émergence des avis de l'administration en droit national.* La loi NRE du 15 mai 2001 a tenté de trouver une solution pragmatique, dont il convient de dégager les avantages et les inconvénients. En créant la Commission d'examen des pratiques commerciales, elle a répondu aux incertitudes que les différentes lois économiques successives mettaient en évidence. La loi LME du 4 août 2008 a également donné à l'Autorité de la concurrence, le pouvoir d'émettre des avis¹⁴²⁹. La visée du législateur, par l'instauration de ces deux instances administratives, est double. Il est à la fois question de renseigner les entreprises sur la légalité d'une pratique, mais aussi de favoriser le règlement amiable des conflits. La pratique est pour le moins originale. L'on ne sait vraiment si elle résulte d'une logique globale ou si elle s'est formée au gré des différentes réformes, en trouvant elle-même sa propre raison d'être.

890. *Les fonctions des différents avis.* La fonction des avis peut être très variable. Pour autant, d'une manière générale, l'existence d'avis en droit laisse présumer une question à laquelle le pouvoir exécutif est très attaché, au point qu'il veuille garder la possibilité de s'exprimer, même après la promulgation de la loi. Ou bien les avis existent simplement parce que des compétences techniques sont requises, les textes législatifs et réglementaires ne pouvant décrire le droit par le menu ; on trouve ainsi des avis donnés par des commissions, notamment en matière d'éthique. Ou bien le donneur d'avis n'est qu'un expert qui éclaire

¹⁴²⁷ L. Donnedieu de Vabres-Tranié, « Le subjectivisme de l'éthique d'entreprise à l'épreuve du droit de la concurrence », *RLC*, 2014, n°39, p. 119.

¹⁴²⁸ V. Lefebvre-Dutilleul, « Les normes éthiques », *Archives de philosophie du droit*, n°56.

¹⁴²⁹ P. Spillaert, « Les avis de l'Autorité de la concurrence », *Concurrences* n° 3-2010, p. 58. L. Idot, « L'Autorité de la concurrence, régulateur des industries de réseaux ? », in Collectif, *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot, Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Paris, Litec, Dalloz, 2011, p. 183, et s., spéc. p 205.

l'autorité compétente sur une question technique¹⁴³⁰. Les avis de la CEPC se situent plutôt dans la première catégorie ; en quelque sorte, ils manifestent l'idée que le législateur refuse de faire une confiance totale au juge et préfère garder la possibilité de préciser les contours de la loi même après sa promulgation. Les avis de l'Autorité de la concurrence se placent dans une logique d'*advocacy*, que l'on peut traduire par « promotion » ; le législateur ayant pris acte de la « *pauvreté de la culture de la concurrence en France* »¹⁴³¹ requiert de l'Autorité de la concurrence qu'elle promeuve une telle culture. L'idée émane de la commission présidée par Jacques Attali chargée de la « *libération de la croissance française* ». La décision n°189 de ce rapport suggérait de donner à l'Autorité de la concurrence la possibilité d'attirer l'attention des pouvoirs publics sur des problèmes de concurrence. Ce qui implique l'émission d'avis lorsqu'un problème est mis en exergue. L'*advocacy* de l'Autorité de la concurrence est donc une pédagogie menée pour parvenir à une situation de concurrence réelle¹⁴³². L'Autorité de la concurrence se comporte donc en expert qui va discerner toutes les modalités pratiques à mettre en œuvre pour parvenir à l'idéal projeté par le législateur. Les deux démarches sont originellement différentes, mais se rejoignent.

891. *L'intérêt des avis dans la recherche d'équilibre des contrats d'adhésion entre professionnels.* Ce phénomène a-t-il vocation à prendre de l'ampleur ? Doit-il être amélioré ? Ou bien faut-il revenir sur son principe même ? Il est évident qu'émanant du législateur, ce système répondait à des besoins tout à fait précis. Et, ces besoins évoluant, il est devenu nécessaire de voir comment l'on pouvait y répondre au mieux. Ce qui frappe le plus, c'est la présence de deux instances pour un seul office, qui laisse augurer des évolutions possibles. En conséquence, notre démarche se fera comme suit : dans un premier temps, nous analyserons le phénomène de l'avis préventif des abus dans le contrat (Section 1) ensuite, nous verrons en quoi ce phénomène est appelé à évoluer (Section 2).

Section 1 : Le phénomène de la moralisation en amont des contrats commerciaux par les avis.

Comme nous l'avons dit, l'étude des contrats avant tout procès répond à un certain nombre de besoins. De ces besoins, vont découler une mission assignée aux autorités en charge de ce contrôle. Nous verrons donc de manière plus approfondie en quoi cette mission consiste (§1) et quelle est la force juridique des avis (§2).

¹⁴³⁰ J. Raynard, « Le domaine des avis », in T. Revet (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Paris, Economica, 1998, p. 11.

¹⁴³¹ D. Bosco, « La théodulisation du droit de la concurrence », CCC, 2014, repère 5.

¹⁴³² A. Sée, « Les activités économiques publiques à l'épreuve de l'advocacy de l'Autorité de la concurrence », *Droit administratif*, 2014, comm. 72.

§1 : La mission assignée aux autorités en charge du contrôle en amont des contrats commerciaux.

892. *La spécificité des avis de la CEPC et de l'Autorité de la concurrence.* En France, en matière de concurrence, l'on distingue donc deux instances chargées de donner des « avis » pour permettre une gestion non conflictuelle des contrats déséquilibrés. Certes, il existe une multitude de régulateurs pour des secteurs particuliers, tels que les télécommunications ou les jeux en ligne. Néanmoins, seules la CEPC et l'Autorité de la concurrence ont la possibilité d'émettre des avis à portée globale en considérant l'économie dans son ensemble. Deux questions vont découler l'une de l'autre : quelle est la finalité de ces avis et cette finalité est-elle atteinte ?

A : Les objectifs des autorités de conseil tels que définis par les textes les instituant.

893. *Deux créations de la loi sans rapport apparent l'une avec l'autre.* Ces deux institutions n'ont pourtant pas la même mission. Si l'on s'en tient aux textes, cela est net. La CEPC, placée sous l'égide du ministère de l'Économie, a, selon un auteur, « *pour but d'initier des comportements nouveaux dans les relations producteurs/revendeurs et répond à un souci de moralisation des pratiques commerciales et à une mise en valeur des bons usages commerciaux.* »¹⁴³³ L'Autorité de la concurrence, héritière du Conseil de la concurrence a une mission beaucoup plus globale. Selon l'article L461-1 du Code de commerce, elle a pour fonction de veiller au libre jeu de la concurrence. C'est une autorité administrative indépendante. Leur composition que nous ne verrons que de manière succincte se fait de façon ressemblante. Les deux institutions comprennent des magistrats et des professionnels des secteurs concernés. À ceci près que le bureau la CEPC contient un député et des membres de l'administration¹⁴³⁴. Ces institutions relèvent-elles du même esprit ? Il est permis d'en douter. La CEPC qu'avait instituée la loi NRE se comprenait dans un contexte de lutte contre les pratiques restrictives, notamment la rupture brutale des relations commerciales établies. En revanche, la loi LME n'avait pas que cet objectif. Lorsque cette loi a été votée, il s'agissait aussi d'instaurer une culture de concurrence par les mérites qui ferait, dit-on, tant défaut à l'économie française. De cette dissymétrie entre les deux instances peut-il émerger une vision convergente ?

¹⁴³³ C. Vilmart, « L'effectivité de la lutte contre les pratiques abusives dans la loi NRE », *JCP E*, 2001, p. 1995, cité par L. Nicolas-Vuillerme, Juriscl. *Concurrence-consommation*, fasc. 290. « Pratiques restrictives de l'article L442-6 du Code de commerce », septembre 2012, point n°91. A.-L. Sibony, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, op. cit.

¹⁴³⁴ L. Nicolas-Vuillerme, Juriscl. *Concurrence-consommation*, op. cit., point n°92.

894. Deux missions, à l'origine, nettement distinctes. Pour répondre à cette question, il est nécessaire de comprendre que les « avis » ne sont pas la mission principale des deux organismes. Leurs avis ne portent donc pas, en théorie sur le même domaine. L'Autorité de la concurrence a davantage pour objectif d'optimiser le schéma concurrentiel d'un segment de marché en gérant les différentes dynamiques de ce marché. La Commission d'examen des pratiques commerciales se penche davantage sur telle pratique précise dans tel contrat précis. Il arrive cependant que leurs travaux se rejoignent. Ce n'est que de manière résiduelle que l'Autorité de la concurrence vient critiquer un contrat de manière précise. L'ensemble de ses avis porte surtout sur l'état d'un marché. Sur un secteur économique donné, elle constate les failles techniques, des contingences particulières, des problèmes d'information ou des données géographiques qui doivent donner lieu à des ajustements réglementaires¹⁴³⁵. Et de fait, sur certains marchés, il s'agit de se prononcer sur des clauses contractuelles qui ne peuvent être comprises que dans un certain contexte. En somme, il s'agit de rétablir la concurrence par les mérites dans une situation où celle-ci exige que l'on tienne compte des circonstances précises. Ces circonstances peuvent être à la fois une situation de monopole ou d'oligopole, la détention d'un équipement essentiel par un acteur, un défaut d'information ou un marché configuré de manière originale (biface par exemple). Et pourtant, l'Autorité de la concurrence refuse, comme nous allons le voir, de qualifier une atteinte à la concurrence dans ses avis. En revanche, la CEPC ne cherche qu'à aider les entreprises à pallier le flou juridique. L'on pense tout spécialement à sa jurisprudence sur le déséquilibre significatif.

895. Des convergences qui apparaissent. Les deux missions sont donc à la fois différentes et complémentaires. À vrai dire, elles partent du même constat. Les règles de concurrence ne peuvent pas donner lieu à une codification rigide et précise. Et les conséquences du flou juridique peuvent engager des sommes importantes. D'où la nécessité d'une « soft law » pour donner à la concurrence un cadre souple et circonstancié¹⁴³⁶. L'on ne sait pas encore si leurs objectifs ne pourraient pas finir par concorder. L'on constate toutefois qu'ils se ressemblent. Et des deux, l'on peut tirer une méthodologie pour parvenir à un droit de la concurrence moins conflictuel.

¹⁴³⁵ En 2010, certains observateurs faisaient remarquer que sur cinquante-quatre avis rendus, trente-et-un portaient sur des accords dérogatoires en matière de délai de paiement. On trouve également, parmi les auto-saisines des contrats d'affiliation de magasins indépendants et de gestion du foncier commercial (ADLC, 10-SOA-01 du 25 février 2010) ou du management catégoriel ADLC, 10-SOA-02, 19 mars 2010. M. de Drouas, E. Durand et P. Hubert, « L'Autorité de la concurrence, un an après : points de vue d'usagers », *Concurrences* 2-2010, p. 34.

¹⁴³⁶ C. Lemaire, « Soft law et droit de la concurrence : retour sur l'expérience de l'Autorité de la concurrence », *Concurrences*, 1-2014.

B : La teneur juridique de tels avis.

896. *Quelle sanction pour la violation d'une règle de droit mou ?* C'est ici que se pose le problème principal des avis. Certes, une « soft law » permet de remédier à la complexité des situations, et présente souvent l'avantage de résoudre un conflit avant que celui-ci ne soit engagé sur une voie réellement judiciaire. Mais qui dit « soft law », dit à la fois droit souple et droit doux. À une norme vague, correspond une sanction vague. C'est-à-dire que la sanction ne peut pas être prononcée si l'interdiction de l'abus n'est pas précisée de manière stricte. Autrement, cela poserait le problème de la légalité des délits et des peines et de la sécurité juridique que nous avons déjà abordé à propos des sanctions quasi pénales par les autorités administratives indépendantes.¹⁴³⁷ Or, dans le cas que nous étudions ici, il est question d'avis qui portent sur des comportements déjà adoptés. L'interdiction est donc en quelque sorte postérieure au comportement. Cela enlève-t-il de l'intérêt à l'avis ? Sinon, on considère que l'avis n'est pas conforme et que le juge appréciera lui-même si l'avis est approprié. Y a-t-il un intérêt à donner des avis si c'est pour qu'ils ne tranchent pas une question de droit de façon certaine ? La réponse n'est pas évidente. Un avis même non conforme peut très bien servir, dans la mesure où, même s'il n'est pas suivi au pied de la lettre, il peut donner les critères à prendre en compte pour juger d'une situation. En effet, si une situation est jugée, grâce à un avis, en amont d'un litige, il n'est pas dit que la situation sera identique au moment du litige. Donc, la préservation du caractère facultatif de l'avis dans cette hypothèse est nécessaire. D'où la démarche que nous allons suivre : d'abord constater le degré de force obligatoire que revêtent les avis des différentes instances de concurrence et ensuite mettre en évidence le paradoxe que cette situation recèle.

1 : La force obligatoire d'un avis.

897. *Avis et force obligatoire.* Comme la CEPC dépend du ministère de l'Économie, cela mettrait en cause, de façon flagrante de la séparation des pouvoirs si ses avis étaient obligatoires. Le droit administratif a eu, à bon nombre de reprises, l'occasion de s'intéresser à ses avis, mais aussi à ceux de l'Autorité de la concurrence. La solution est catégorique : les avis de l'Autorité de la concurrence, mais également ceux de la Commission d'examen des pratiques commerciales ne lient pas les instances juridictionnelles ni les parties en cause.

898. *Les « guidelines » de la Commission européenne : une situation peu comparable.* Rappelons d'abord qu'en matière d'avis, le droit européen de la concurrence laisse des précédents d'avis conformes. Cela concerne les « guidelines » ou lignes directrices émises par la Commission européenne. Le cas est en partie différent. Il ne s'agit pas de juger de la

¹⁴³⁷ Voir *supra*.

validité d'un comportement, mais d'évaluer le montant de l'amende imposée à des éventuels contrevenants¹⁴³⁸.

899. *L'Autorité de la concurrence : des avis qui ne portent, a priori, aucun préjudice.* Concernant l'Autorité de la concurrence, la faculté de rendre un avis est récente. À cet égard, l'institution se garde bien de se comporter comme un régulateur en tant que tel. En réalité, l'avis de l'Autorité de la concurrence se veut un avis « *en amont de la loi* », pour reprendre Monsieur Jestaz¹⁴³⁹. L'objectif est en priorité d'éclairer le législateur sur la manière optimale de réguler un marché. Cela n'empêche pas que l'avis, dénonçant une situation, puisse avoir une portée plus lointaine. Il y a d'abord l'écho médiatique généré par le communiqué de l'Autorité de la concurrence. C'est ce que certains appellent la « *sunshine regulation* » ou « *régulation par la réputation* ». Il s'agit de montrer au consommateur que telle entreprise use de pratiques immorales et d'inciter celle-ci à les cesser¹⁴⁴⁰. Cette conception de la politique de concurrence n'est pas dénuée d'avantage. Dans cette perspective, il est compréhensible qu'une entreprise fasse un recours pour ne pas entacher sa réputation. Cependant, l'on imagine mal une instance publique s'engager dans une guerre de communication avec des firmes multinationales. La lutte n'est pas à armes égales. L'avantage de l'atteinte à la réputation n'est donc qu'incident¹⁴⁴¹. D'autant que la dénonciation médiatique d'une politique commerciale peut facilement être compensée par un système de sociétés-écrans qui provoque une confusion dans les enseignes. Sans oublier l'excuse qu'opposerait l'entreprise dominante selon laquelle « tout le monde fait ainsi ».

900. *Des avis non susceptibles de recours.* Aussi, il a été clairement énoncé que les avis de l'Autorité de la concurrence ne pouvaient faire l'objet d'un recours. Les deux arrêts de principe datent du 11 octobre 2012, *Société Casino Guichard-Perrachon et Société ITM entreprise et alii*¹⁴⁴². Le Conseil d'État, en rendant de tels arrêts, laisse clairement entendre que les avis de l'Autorité de la concurrence n'ont pas réellement de valeur juridique ; ce ne

¹⁴³⁸ M. Behar-Touchais, « La mutation de la norme en droit de la concurrence », *op. cit.* V. aussi, E. Nicolas et M. Robineau, « Prendre le droit souple au sérieux ? – A propos de l'étude du Conseil d'Etat pour 2013 », *JCP G*, 2013, doctr. 1116.

¹⁴³⁹ P. Jestaz, « Rapport de synthèse », in T. Revet (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Paris, Economica, 1998, p. 116.

¹⁴⁴⁰ B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presse de Sciences-Po, Dalloz, 2004, p. 486 et s., cité par L. Calandri, « La nature juridique et le régime contentieux des avis de l'Autorité de la concurrence, apport d'une jurisprudence récente », *Rev. de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1^{er} juillet 2013, p. 771.

¹⁴⁴¹ Contra, G. Clamour, « De la contestation contentieuse des avis de l'Autorité de la concurrence », *RLC*, 2013, n°34, p. 55.

¹⁴⁴² CE, 11 octobre 2012, *Société Casino Guichard-Perrachon, et CE, 11 octobre 2012, Société ITM et alii*. Sur la question : C. Favre, E. Claudel et Y. Utzschneider, « L'articulation entre la procédure d'avis et la procédure contentieuse devant l'Autorité de la concurrence », séminaire de la revue *Concurrences*, résumé disponible sur le site de l'Institut du droit de la concurrence.

sont que des opinions. Pour ce qui est des avis de la Commission d'examen des pratiques commerciales, cela va davantage de soi. Il n'y a pas de recours, car il ne s'agit pas à proprement parler d'un procès. Ne serait-ce que parce que toutes les parties ne sont pas convoquées. Il ne s'agit que d'un organe de conseil à disposition du ministère des Finances. Est-ce à dire que ses avis sont totalement innocents ?

901. Une force obligatoire de l'avis suscitant des incertitudes. Là où, aussi bien les avis de la CEPC que ceux de l'Autorité de la concurrence peuvent exercer une véritable influence sur le droit, c'est lorsqu'un juge peut les reprendre à son compte pour rendre une décision qui a force exécutoire. Alors, de deux choses l'une : ou bien l'avis est suivi, et c'est à ce moment que le recours peut être utilement exercé ; ou alors l'avis n'est pas suivi et son utilité peut être remise en cause. Il est nécessaire de trouver une voie moyenne entre ces deux extrêmes. Pour la dessiner, il faut cerner la nature ambiguë de l'avis. Il n'est pas une consigne stricte, et dans le même temps, il n'est pas dénué de sens. Il ne fait qu'expliquer l'état d'esprit dans lequel le législateur se trouve. Et il essaie de faire perdurer cet état d'esprit même lorsque la question n'est plus entre les mains du législateur. Pour que le juge puisse rendre une bonne décision, il n'a pas besoin que le législateur lui tienne la plume. Il doit juste chercher à connaître l'état d'esprit dans lequel se situe ce dernier. En quelque sorte, le donneur d'avis fournit des critères de solution, mais le juge en fait ce qu'il souhaite. Difficile alors de savoir dans quelle mesure l'avis a été utile ou non. C'est-à-dire que dans le droit « *dur* », le juge applique la volonté du législateur, dans le droit « *souple* », le juge agit davantage par induction.

902. Un nouveau type de norme difficile à cerner. Une question peut alors se poser. Sommes-nous, par ce système des « avis », en train de glisser vers un modèle anglo-saxon plus prétorien ? Sans aller jusque là, l'on ne peut que constater l'échec du système purement légitimé dans une culture économique de concurrence. L'avis laisse un dilemme au droit : ou bien l'on renonce à une règle émise par le législateur, ou bien l'on se plie à des critères rigides. C'est toute la difficulté qu'il y a à surmonter le paradoxe des avis.

2 : Le paradoxe de la notion d'avis.

903. Le reflet des hésitations du politique. Le paradoxe de l'avis réside dans ce que l'on rêve d'un droit figé dans une société en constante évolution. Il semble être, au pire un pis-aller qui cache mal l'impossible entreprise de moralisation du contrat d'affaires ; au mieux une recherche d'équilibre dans une équation juridique complexe. Le cœur du problème étant que le législateur, désirant parvenir à un résultat, refuse de lâcher complètement la règle qu'il a créée pour la confier au juge. C'est aussi la conséquence d'une économie qui laisse faire, au nom d'une liberté d'entreprendre, mais qui veut quand même parvenir à un résultat précis.

904. Les avis face à la séparation des pouvoirs. C'est pourquoi la première embûche à laquelle se heurte la question de l'avis est celle de la séparation des pouvoirs. Est-ce qu'une entité dépendante du pouvoir exécutif peut influer sur l'autorité judiciaire pour appliquer la loi dans une certaine situation ? Effectivement, si une entreprise se plaint auprès de la CEPC de tel comportement, c'est que celui-ci est déjà commis par le cocontractant. Et s'il peut faire l'objet d'une incrimination, un repentir actif n'y change rien. L'auteur peut être condamné, et ce sera une décision de l'administration qui aura incité la justice à suivre cette interprétation de la loi. Si la logique était suivie jusqu'au bout, une entreprise pourrait demander l'autorisation d'agir en justice à l'administration, et celle-ci offrirait une garantie de résultat. Si bien que l'on ne voit guère de mal à ce que le gouvernement soit en mesure d'influer sur la justice judiciaire, puisque la justice économique se trouve à la clef. L'on parle à propos des avis de la CEPC d'un « *avis pertinent pour guider la juridiction dans la solution à apporter au litige* »¹⁴⁴³. Monsieur Patrick Ollier, en 2010, alors président de la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale décrivait la CEPC comme un « *soutien* » à l'Autorité de la concurrence (en sa forme contentieuse l'on presume)¹⁴⁴⁴. L'on retrouve des hypothèses en jurisprudence où le juge judiciaire s'est conformé à un avis de la CEPC. Le tribunal de commerce de Lille le 6 janvier 2010¹⁴⁴⁵, dans une décision sur des délais de paiement, s'est tenu à un avis de la CEPC qui reprenait exactement les mêmes faits¹⁴⁴⁶. Dans le même esprit, l'avis de la Commission d'examen des pratiques commerciales qui ne condamnait les contrats-types que s'ils n'avaient pas été l'objet de discussion¹⁴⁴⁷ est repris par la jurisprudence¹⁴⁴⁸.

905. Une entorse au principe de séparation des pouvoirs pour résorber l'incertitude judiciaire de la partie faible. L'on pourrait alors s'interroger pour savoir si les avis de la CEPC ne sont pas de véritables « feux verts » pour les parties à une action contentieuse ou un prélude à l'action du ministre. En quelque sorte, ladite commission permettrait d'établir une probabilité importante sur l'issue du procès et résorberait le risque de représailles de la part de la partie demanderesse. Dans la mesure où le procès est coûteux et signe de fin du partenariat économique, le demandeur ne peut agir que s'il est certain du résultat. Difficile donc, de demander à la Commission d'examen des pratiques commerciales de préciser le domaine de l'abus dans les contrats d'affaires sans soupçonner un empiétement sur le travail du juge. Sinon, on considère que ces avis n'engagent que la CEPC elle-même et que le rôle de celle-ci devient alors moins utile. Il semblerait en réalité qu'un pouvoir de plus se soit inséré dans le

¹⁴⁴³ N. Pétrignet et O. Kuhn, « Quelle réparation en cas de responsabilité avérée ? » *Journal spécial des sociétés*, 1^{er} mars 2011, p. 37.

¹⁴⁴⁴ P. Ollier, « Editorial », *Concurrences* 4-2010, p. 4.

¹⁴⁴⁵ TC Lille, 6 janvier 2010, préc. n°244.

¹⁴⁴⁶ L'exemple est cité par M. Behar-Touchais, « La mutation de la norme en droit de la concurrence », *op. cit.*, p. 209.

¹⁴⁴⁷ CEPC, avis n°09-05 du 1^{er} janvier 2009.

¹⁴⁴⁸ I. Luc, « L'application judiciaire du déséquilibre significatif aux contrats d'affaires », *AJCA*, 2014, 109.

schéma conçu par Montesquieu. Cela ne justifierait pas une entorse à la règle de séparation des pouvoirs, mais montre l'impossibilité de surmonter un problème économique sans un minimum de support de la part de l'exécutif.

906. Une fonction préventive à double tranchant. En opposition à un tel point de vue, l'on pourrait répondre que les avis de la Commission d'examen des pratiques commerciales et de ceux de l'Autorité de la concurrence ont au contraire une fonction préventive. Ils permettent d'anticiper un conflit et de le résoudre de manière amiable. C'est en tout cas ce qu'il conviendrait de faire de manière idéale. Et cela peut trouver à s'appliquer pour les avis de l'Autorité de la concurrence, surtout par exemple lorsque celle-ci regarde les exceptions aux délais de paiement légaux¹⁴⁴⁹. Néanmoins, les avis de la Commission d'examen des pratiques commerciales sont anonymes et permettent généralement au fournisseur d'interroger une institution « dans l'ombre » avant de le faire au grand jour. L'entreprise qui commet un abus sans le savoir ne peut donc pas être avertie de l'illicéité de son comportement. Il serait bon de recentrer l'activité de la CEPC sur un modèle plus préventif, si tant est que chaque partie au contrat y soit prête.

907. Transition. Il faut donc maintenir le système d'avis de la part de l'administration pour donner à la lutte contre les abus commerciaux une dimension plus pragmatique. L'avis doit plus servir à anticiper un conflit qu'à donner un feu vert à la partie victime, même faible, au risque, soit de compromettre la logique démocratique, soit de ne présenter qu'un intérêt relativement faible. Il en va de la fiabilité du système des avis avant conflit.

§2 : La fiabilité des avis rendus par les instances de conseil.

908. Distinction. Que ce soit l'État ou une entreprise privée, l'on ne consulte un organe de conseil que lorsque l'on a confiance dans la fiabilité de la réponse. Autrement, le conseil est sans intérêt. Si la loi NRE a institué la CEPC et la LME les conseils de l'Autorité de la concurrence, c'est sûrement dans l'idée que l'intuition directrice du droit de la concurrence était facilement transmissible. Qu'en est-il plusieurs années après ? La CEPC et l'Autorité de la concurrence sont-elles parvenues à renseigner, de manière utile, les différents acteurs de l'économie sur l'attitude à adopter ? La question se présente sous plusieurs angles. L'on peut se demander si les réponses apportées par les organes de conseil sont précises (a) et si elles sont pertinentes (b).

¹⁴⁴⁹ P. Spillaert, *op. cit.*

A : La précision des avis rendus par les différentes institutions.

La situation n'est pas exactement la même selon que l'on parle de la CEPC ou de l'Autorité de la concurrence.

1 : La Commission d'examen des pratiques commerciales.

909. Une incertitude inhérente à la notion d'avis. Les avis, par définition, ne cherchent pas à agir de manière coercitive. Ils n'exercent aucune injonction sur aucun justiciable – du moins dans leur intention – et ils n'emportent pas de conséquence directe sur une quelconque situation juridique. Ils cherchent simplement à instiller l'état d'esprit dans lequel il faut contracter. Les réponses de la CEPC et de l'Autorité de la concurrence ne prennent donc guère la forme d'ordres, mais plutôt de conseils. Ceci ne permet de dresser qu'une vision extrêmement partielle, pour les entreprises, du comportement à adopter. L'on peut par exemple s'interroger sur la façon dont la Commission d'examen des pratiques commerciales renseigne les acteurs sur les choix stratégiques qu'il leur convient de faire. Le site¹⁴⁵⁰ de la CEPC se présente, entre autres, sous la forme de questions-réponses. Les questions sont posées par les entreprises qui ont bien voulu qu'elles soient publiées. Autrement, le site fournit des recommandations et des études, complétées notamment par des analyses menées par des représentants du monde universitaire¹⁴⁵¹. Peut-on dire que les entreprises soient en mesure de faire face à l'incertitude juridique en matière de pratique restrictive de concurrence ? Il faut au moins remarquer que lorsqu'une entreprise pose personnellement une question, elle peut être certaine que la réponse n'est circonstanciée qu'à la situation qu'elle décrit. Et même si ses avis donnent des critères précis, l'on ne peut jamais être à l'abri d'une nouvelle circonstance que le juge pourrait prendre en compte, dans la phase contentieuse. À ce propos, Madame Vautrin, lorsqu'elle présidait l'institution, avouait la difficulté à définir le déséquilibre significatif de façon exacte¹⁴⁵².

910. Une incertitude en partie désirée par le législateur. Cela peut se comprendre. Comme nous le disions plus haut¹⁴⁵³, la jurisprudence n'a jamais voulu donner une définition de l'abus. Cela permet de garder un instrument jurisprudentiel souple pour traquer les

¹⁴⁵⁰ V. le site de la CEPC : www.economie.gouv.fr/cepc

¹⁴⁵¹ V. à ce sujet, M. Malaurie-Vignal, « Précisions pratiques et analyses doctrinales en matière de pratiques tarifaires et d'abus dans la relation commerciale sous l'égide de la CEPC », *CCC*, 2010, alerte, 1.

¹⁴⁵² Audition de Madame Vautrin, Présidente de la CEPC, à la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale, Séance du 20 octobre 2010, cité par L.-M. Augagneur, « De la jurisprudence en matière de pratiques restrictives à la directive sur les délais de paiement : deux conceptions de l'abus », *JCP E*, 2011, 1555.

¹⁴⁵³ V. *supra*, n°186.

comportements malveillants. Pourquoi alors ferait-elle perdre l'avantage de l'imprécision au déséquilibre significatif ou à la rupture brutale des relations commerciales établies ? Cela pose pourtant un véritable problème. La CEPC est-elle un gage de sécurité juridique et commerciale ou bien n'est-elle qu'un conseiller juridique comme un autre ? Un cabinet d'avocat bien renseigné ne peut-il pas en faire presque autant ? Le dilemme n'est pas simple à surmonter. L'avantage de la CEPC est qu'elle permet une jurisprudence plus abondante que les juridictions proprement dites. Et lorsque ces juridictions jouiront d'une expérience jurisprudentielle abondante, l'existence d'une commission politico-administrative sera-t-elle justifiée ?

2 : L'Autorité de la concurrence

911. Des avis présentant des modalités différentes de ceux de la CEPC. Le problème de la précision des avis de l'Autorité de la concurrence ne se pose pas dans les mêmes termes que ceux de la CEPC. En effet, son rôle n'est pas de traduire la loi dans des faits précis, mais de promouvoir la concurrence. Il ne lui est donc pas demandé de dire de façon certaine à quoi une entreprise doit s'attendre d'une action en justice. Cela dit, elle peut laisser des entreprises dans l'incertitude juridique lorsqu'elle se contente d'exprimer des soupçons d'illégalité sur certaines pratiques, sans en donner une qualification juridique précise. C'est le prix à payer du respect du rôle de l'Autorité judiciaire.

912. Des avis pouvant donner lieu à des réponses particulièrement précises. Aussi, l'on peut remarquer que l'Autorité de la concurrence sait parfois répondre avec une précision étonnante sur des points de droit qui lui sont soumis. Le Président Lasserre affirmait à l'occasion du rapport d'activité de l'Autorité pour l'année 2012, que la fonction consultative de l'Autorité de la concurrence permettait aux entreprises de se conformer au droit de la concurrence en cas d'une action contentieuse sur le même thème¹⁴⁵⁴, et notamment sur les modalités à suivre « *en détail* » pour ne pas se heurter à des sanctions. L'on peut par exemple songer à l'avis n°12-A-01 du 11 janvier 2012 sur la distribution alimentaire à Paris qui décrit avec précision les avantages et les inconvénients concurrentiels. De même, l'on peut prendre exemple sur l'avis n°12-A-21 du 8 octobre 2012¹⁴⁵⁵, sur les pièces de rechange automobile. Hormis les propositions de modification législative, l'Autorité émet des doutes importants sur

¹⁴⁵⁴ B. Lasserre, « Éditorial », *Rapport d'activité de l'Autorité de la concurrence 2012*, p. V, cité par M. Bazex, « La régulation résultant de la mise en œuvre par l'Autorité de la concurrence de sa compétence consultative », *Rev. Dr. Administratif*, n°6, p 42.

¹⁴⁵⁵ S. Destours et J-L. Respaud, note sous avis, *JCP E*, 2013, p. 36, N. Ereseo, « L'Autorité de la concurrence identifie cinq obstacles à une meilleure concurrence sur le marché de l'après-vente automobile et énonce une série de recommandations », *Concurrences* 1-2013, p. 106 ; M. Malaurie-Vignal, « Le tsunami provoqué par l'avis de l'ADLC sur les pièces détachées », comm. 277 ; C. Prieto, « Renforcer la concurrence sur le marché de la réparation automobile : un avis », *RDC*, 2013, p. 593.

la pertinence, dans un contexte de concurrence, des droits de propriété intellectuelle qui pèsent sur les pièces en question. Le caractère contestable de ces droits est d'autant plus souligné que les constructeurs automobiles français ont exercé un recours devant le Conseil d'État¹⁴⁵⁶, qui s'est contenté de rappeler que l'avis en question n'avait pas d'effet juridique. Il prend tout de même le soin de dire que si cet avis donnait lieu à des décisions de justice, c'est seulement à ce moment que le recours pourrait être exercé.

913. Conclusion du A. L'on ne peut exiger de l'Autorité de la concurrence qu'elle dise, dans sa formation consultative, ce que doivent faire exactement les entreprises. Pour autant, certains avis laissent de manière assez claire, apparaître des conseils laissés aux entreprises pour ne pas se trouver en tort vis-à-vis des principes de la concurrence. Il est difficile d'être précis lorsqu'il ne s'agit que d'avis qui ne font pas l'objet d'un véritable procès. Surtout lorsque le temps donné pour rendre un avis est réduit (quelques mois pour l'Autorité de la concurrence comme pour la Commission d'examen des pratiques commerciales). C'est encore autre chose d'être juste. En effet, celui qui donne l'avis n'est pas forcément celui qui tranche la question en matière contentieuse. Il en va de la séparation des pouvoirs comme nous l'avons vu. Peut-on être sûr que l'avis ne soit pas un leurre juridique ? Et s'il ne correspond pas à une certitude juridique, comment l'utiliser à bon escient ?

B : La pertinence des avis.

914. Plan. Les avis, relevant du droit mou ou du droit doux, ne cherchent pas à résulter d'une science exacte. Ce fait ne correspond pourtant guère aux attentes des entreprises qui espèrent plutôt des conseils certains pour pouvoir prendre des décisions profitables. Peut-on imaginer qu'elles n'aient pas intérêt à écouter les avis, même émanant d'organismes publics pour gagner leur procès ? Cela n'est pas inenvisageable, d'abord parce que CEPC et Autorité de la concurrence ne sont pas forcément du même avis (1) ; mais aussi parce que les instances consultatives ne parviennent pas forcément au même résultat que les instances judiciaires (2).

1 : Les contradictions entre les différents organes consultatifs publics.

915. L'exemple des pactes de préférence. Sur la question des pactes de préférence, l'Autorité de la concurrence a rendu plusieurs solutions qui, si elles ne sont pas pleinement contradictoires, ont pu déjouer les prévisions de ceux qui s'y étaient fiés. À plusieurs reprises, l'Autorité a fait part de son scepticisme vis-à-vis des pactes de préférence pratiqués par

¹⁴⁵⁶ CE, 17 juillet 2013, Comité des constructeurs automobile français et *alii*, n°360100-364354.

certaines enseignes de la distribution. Dans un avis du 24 juin 2009, à propos des pactes de préférences qui concernaient les stations-essence, elle avait émis certaines réserves¹⁴⁵⁷. Elle les a exprimées plus clairement dans l'avis sur la grande distribution et les contrats d'affiliation de magasin et le foncier commercial¹⁴⁵⁸. Cela n'a pas suffi pour que l'Autorité de la concurrence elle-même tempère ses propres avis. En effet, une fois saisie en formation contentieuse, elle a pris une décision, non inverse, mais qui prenait lesdits avis à revers. Nous verrons plus loin qu'une décision de la cour d'appel de Paris a certainement contribué à une telle solution¹⁴⁵⁹. Les solutions que l'Autorité de la concurrence avait rendues en matière de pacte de préférence n'étaient pas à appliquer de manière universelle. En tenant compte de certains critères, tels que le montant des pénalités ou la durée du droit de préemption, elle a considéré que les pactes litigieux n'enfreignaient pas la libre concurrence¹⁴⁶⁰.

916. L'exemple du management par catégorie. La grande distribution, à la différence des modalités traditionnelles d'acheminement des marchandises alimentaires, connaît une grande flexibilité dans son mode d'organisation humain comme matériel. Cette caractéristique rend assez complexe une réglementation de son activité dans des lois rigides et écrites. L'on a pu voir par exemple que la notion de franchise est impossible à régir comme telle parce que sa définition ne peut pas être enserrée dans des mots, et par conséquent, pas dans une loi¹⁴⁶¹. Ainsi, les sciences du marketing sont régulièrement à même d'inventer des pratiques, jamais condamnées en elles-mêmes par les textes, mais souvent problématiques. Tel est le cas de la méthode dite du « *management catégoriel* ». L'on peut définir ce concept par une méthode de marketing, consistant à maximiser les ventes, en regroupant les produits, non pas selon le type de bien vendu, mais selon la catégorie à laquelle ils appartiennent¹⁴⁶². Autrement dit, l'on définit une stratégie de vente, en associant les produits à « *l'univers* » auquel ils appartiennent, selon la perception que le client en a. Par exemple, la sauce tomate et les pâtes ne sont pas des produits alimentaires de même nature, mais ils appartiennent à la même catégorie. L'idée n'appelle en soi aucune objection, mais les pratiques qui en découlent peuvent poser problème. Dans la pratique, chaque catégorie est menée par un « *capitaine* », qui donne des consignes précises sur les attentes des consommateurs. Cela devient potentiellement nuisible à la concurrence lorsque le distributeur décide que le capitaine de catégorie sera l'un de ses partenaires. Le fournisseur peut bien sûr en pâtir puisque les exigences du capitaine peuvent aller jusqu'au déréférencement.

¹⁴⁵⁷ ADLC, avis n°09-A-21 du 24 juin 2009.

¹⁴⁵⁸ ADLC, avis n°10-A-26 du 7 décembre 2010.

¹⁴⁵⁹ V. *infra*.n°924.

¹⁴⁶⁰ ADLC, 29 octobre 2013, décision n°13-D-19, *RDC*, 2015, 107, note M. Behar-Touchais ; *RDC*, 2014, 236, note C. Grimaldi.

¹⁴⁶¹ V. *supra*. n°395.

¹⁴⁶² www.marketing-strategique.com/Category-Management.htm , S. Cogitore, F. Guittet,J.-M. Drubay, B. Bourdon, *Le category shopper management*, Paris, Éditions du Sapin d'or, 2012.

917. Une opinion favorable de la part de la Commission européenne. Les divers organes de conseil ont eu l'occasion de s'intéresser à la question. La Commission européenne, dans un tout autre contexte a pu dire ce qu'elle en pensait. Même s'il ne s'agit pas exactement de la même démarche d'avis, il peut être intéressant de voir les différences de points de vue d'une commission à l'autre. La Commission européenne se place d'un point de vue surtout macroéconomique. Elle analyse les répercussions sur l'innovation et la croissance du management catégoriel. Elle note qu'une telle pratique peut gêner l'accès à la concurrence, et évidemment provoquer des déréférencements. Néanmoins, si elle formule des réserves, elle les dépasse assez aisément en les minimisant en partie ; et considère elle que le management catégoriel profite aussi bien aux enseignes qu'aux consommateurs. Ce type de management permet de créer des économies d'échelle favorable à l'économie¹⁴⁶³. On voit donc que la Commission européenne s'en tient à des critères d'équilibre du marché tandis que la CEPC cherche une réponse davantage microéconomique.

918. L'Autorité de la concurrence, une analyse approfondie qui délègue la solution juridique à la CEPC. Lorsque les institutions dispensatrices d'avis en France se sont saisies de la question, leurs réponses avaient des traits communs, entre elles, et avec la décision de la Commission du 15 juillet 2005. Le comparatif des différents avis est intéressant. Même si les craintes vis-à-vis de la pratique du management catégoriel se rejoignent, il est à noter que les politiques préconisées présentent un certain nombre de divergences. C'est surtout par rapport au domaine de l'asymétrie d'information entre les fournisseurs que l'Autorité de la concurrence se montre sceptique. Elle préconise donc que la désignation d'un capitaine de catégorie se fasse de manière officielle et que les distributeurs s'abstiennent de communiquer les indications relatives au suivi des recommandations que leur donnent les données reçues sur les habitudes de consommation des clients¹⁴⁶⁴. L'on voit donc bien que l'Autorité de la concurrence et la Commission européenne remarquent le même danger dans la pratique du management catégoriel. Pour autant, les attitudes que les entreprises de distribution et les fournisseurs « capitaines » de catégorie doivent adopter ne sont pas identiques selon les cas. L'avis a donc une portée intéressante pour discerner les situations où la concurrence est fragile, mais il est beaucoup plus prudent lorsqu'il s'agit d'indiquer une marche à suivre auprès des opérateurs économiques. Au point n°122 de son avis, l'Autorité de la concurrence appelle à une véritable modification des comportements. S'il revient à la CEPC de dire plus précisément ce comportement, l'on peut ici discerner une volonté de guider les négociations. Comme nous allons le voir, l'avis de la CEPC n'est pas allé jusqu'au bout du souhait du régulateur de la concurrence.

¹⁴⁶³ M. Dany, F. Carlin, « Les accords de « category management » et autres pratiques du secteur de la vente au détail des produits de grande consommation », *RLC*, juillet 2006, p 144.

¹⁴⁶⁴ ADLC, avis n°10-A-25 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats de « management catégoriel » ; M. Malaurie-Vignal, « L'ADLC émet un avis prudent sur la pratique du « management catégoriel » », *CCC*, 2012, comm. 30.

919. La CEPC manifeste des préoccupations moins flagrantes à l'égard du management par catégorie. Dans son avis, l'Autorité de la concurrence sollicite de manière instantanée un avis de la Commission d'examen des pratiques commerciales. L'on pourrait qualifier cette attitude comme un respect des rôles assignés à chaque administration. En raison de cela, l'on peut d'ailleurs affirmer que cet avis n'est pas un avis avant sanction¹⁴⁶⁵. Toujours est-il qu'il prend acte d'un problème et pourrait tout à fait servir de support à une autorité judiciaire pour sanctionner des comportements sur le fondement du déséquilibre significatif par exemple. La Commission d'examen des pratiques commerciales, dans sa recommandation du 7 novembre 2011¹⁴⁶⁶ répond en préconisant un certain formalisme pour que le partenariat soit connu du public et que les informations échangées soient strictement prévues par la convention-cadre lorsque le partenariat ne porte pas sur une période ponctuelle. A priori, on pourrait dire qu'il n'y a pas de contradiction flagrante avec l'Autorité de la concurrence. Cependant, l'on constate que certaines inquiétudes de l'Autorité ne trouvent pas de réponse coïncidente dans la recommandation de la Commission. Cette dernière se place plus sur le terrain de l'asymétrie de l'information, mais pas tant sur celui de l'article L420-2 du Code de commerce. À peine effleure-t-elle la nécessité qu'il n'y ait pas une délégation explicite du pouvoir de décision. Elle ne répond pas vraiment non plus à l'inquiétude que manifeste l'Autorité de la concurrence quant à la possibilité pour un fournisseur d'être capitaine de catégorie pour plusieurs enseignes.

920. Une énigme juridique demeurant entière. La tâche de la Commission d'examen des pratiques commerciales n'est pas évidente. Surtout lorsqu'il s'agit de management par catégorie. Cette pratique se définit par sa souplesse de fonctionnement. Et la CEPC doit trouver des critères valables pour toutes les situations. Les divergences que l'on peut trouver entre elle et l'Autorité de la concurrence ne résultent donc pas forcément d'un désaccord frontal, mais plutôt de la difficulté à trouver une réponse adéquate aux points mis en exergue. Il n'en résulte pas moins que les opérateurs se retrouvent face à deux avis qui ont du mal à définir une ligne juridique précise. Au contraire, la recommandation précitée de la CEPC utilise amplement le conditionnel pour ne pas être liée, outre mesure, par des conseils qui ne s'appliquent que dans certaines circonstances. A ce titre, l'on a pu dénoncer la mauvaise lisibilité du droit et l'empilement des recommandations¹⁴⁶⁷. Cet usage du conditionnel par la CEPC et ses réponses parfois inexistantes sur certains aspects du droit à des questions qui lui

¹⁴⁶⁵ MG Grall et associés, *La lettre du cabinet*, janvier-février 2011, p. 4, www.mgavocats.fr

¹⁴⁶⁶ CEPC, 7 novembre 2011, recommandation n°11-01. M. Malaurie-Vignal, « Code de bonne conduite en matière de management par catégorie », CCC, 2012, comm. 8.

¹⁴⁶⁷ M. Malaurie-Vignal, « Code de bonne conduite en matière de management par catégorie », *op. cit.*

sont soumises a été dénoncé dans d'autres circonstances¹⁴⁶⁸. Cela montre la faillibilité des réponses de la Commission.

921. Transition. Donc, la technique de l'avis présente des failles lorsque ces avis sont délivrés par des administrations multiples. Elle est encore moins efficace lorsque le juge judiciaire n'est tient lui-même pas compte.

2 : Les contradictions entre les administrations émettrices d'avis et le juge judiciaire.

922. Une inadéquation sensible entre organes de conseils et institutions judiciaires. Ce qui justifie l'existence d'un avis, c'est de permettre de prévoir l'issue d'un litige lorsqu'un comportement contractuel fera l'objet d'une action en justice. Force est de constater que les juridictions de l'ordre judiciaire ne se sentent pas obligées de suivre les avis des institutions de concurrence à la lettre. Parfois, l'on s'aperçoit même que le juge n'en a cure. Cela n'exclut pas qu'il puisse en tenir compte.

923. La possibilité de recours: perte de l'intérêt de l'avis de l'Autorité de la concurrence ? La première raison concerne l'Autorité de la concurrence. Celle-ci n'est qu'un premier degré de juridiction. En vertu de l'article L464-8 du Code de commerce, ses décisions peuvent faire l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris. Les arrêts rendus par cette dernière, selon le même texte, peuvent donner lieu à un pourvoi. La procédure de droit commun permet également de donner des avis (qui ne sont pas antérieurs au litige, ceux-ci)¹⁴⁶⁹, mais c'est bien la Cour de cassation et non pas les juridictions du premier degré qui les rend. Cela fait perdre, en partie, la fiabilité des avis puisqu'il n'y a pas de garantie que ceux-ci seront suivis par le juge de droit commun. L'on peut répondre à cela que l'Autorité de la concurrence et la Cour de cassation n'ont pas la même mission. Cette dernière est la gardienne du droit, la première est gardienne de la concurrence et exerce une fonction de régulation. De ce fait, la raison d'être de l'Autorité de la concurrence réside surtout dans le permanent changement des faits du monde des affaires, ainsi que dans la compétence spéciale des personnes siégeant dans cette autorité, en matière de concurrence. Pour autant, cela ne surmonte pas la contradiction dans son intégralité. Une entreprise ne sera guère intéressée par l'avis d'une administration qui ne tranchera pas en dernier ressort.

¹⁴⁶⁸ B. Matthieu, « Les conditions générales d'achat d'un constructeur automobile sous les fourches caudines de la Commission d'examen des pratiques commerciales », *AJCA*, 2014, 382.

¹⁴⁶⁹ Comme prévu aux articles 1031-1 du Code de procédure civile et L151-1 du Code de l'organisation judiciaire.

924. Le cas des pactes de préférence. Nous avons déjà évoqué plus haut les avis de l'Autorité de la concurrence qui ont été pris à revers par la formation contentieuse de cette institution¹⁴⁷⁰. En réalité, avant même que l'Autorité de la concurrence ne tempère son propre avis, la cour d'appel de Paris¹⁴⁷¹ avait déjà pris le contrepied du régulateur de la concurrence. Nous avons déjà dit que cette jurisprudence ne constituait pas une contradiction entre l'Autorité de la concurrence et le juge de droit commun. Néanmoins, elle a pu tromper les anticipations de la pratique. Les inquiétudes sur le pacte de préférence demeurent, mais il n'était pas forcément facile de prévoir que le pacte de préférence dans la grande distribution devait se maintenir comme pratique commerciale¹⁴⁷². La Cour de cassation a confirmé que le pacte de préférence pouvait potentiellement être une pratique anticoncurrentielle, mais pas en tant que telle. Dans un arrêt du 4 novembre 2014, la Cour de cassation fixe son attention sur la durée du droit de préemption pour casser la décision d'appel¹⁴⁷³.

925. En dépit d'une jurisprudence suivie : les limites des avis de la CEPC en justice. En ce qui concerne la Commission d'examen des pratiques commerciales, il est visible que ses propositions sont parfois ignorées. Comme si la CEPC était un procureur dont le juge peut, à son choix, suivre les recommandations ou non. Le Conseil constitutionnel, comme nous l'avons pu évoquer, estimait que le terme de « *déséquilibre significatif* » ne posait pas de problème puisque la jurisprudence de droit de la consommation et les avis de la CEPC en donnaient une définition suffisante¹⁴⁷⁴. Nous ne reviendrons pas sur les contestations que cette opinion a subies en raison du caractère polysémique du déséquilibre significatif, qui reçoit une acception de droit de la consommation et une autre en droit des affaires¹⁴⁷⁵. Pour ce qui est de la pratique de la CEPC, ce n'est guère plus satisfaisant bien que les exemples de similitude d'opinion entre elle et le juge judiciaire existent réellement. Nous avons déjà cité plus haut¹⁴⁷⁶ le jugement Castorama dans lequel le tribunal de commerce de Lille s'est conformé à un avis de la Commission d'examen des pratiques commerciale où les faits étaient parfaitement identiques (il s'agissait de l'avis 09-12 du 28 octobre 2009 de la CEPC et du jugement du de ce tribunal du 6 janvier 2010, n°2009-05184). Cette réalité ne se retrouve pas de façon systématique dans les faits.

926. Des frémissements de contradictions. On retrouve en effet des dissonances entre ce que dit la CEPC et les raisonnements que tiennent les juges judiciaires, par exemple, en matière de révision pour imprévision. La Commission d'examen des pratiques commerciales

¹⁴⁷⁰ V. *supra*, n°915.

¹⁴⁷¹ Paris, 13 juin 2012, n°10/25262, *Concurrences* 2012-4, p. 93, note N. Ereseo.

¹⁴⁷² Sur la question : M. Behar-Touchais, « Le droit de priorité d'enseigne reconnu nonobstant l'avis de l'Autorité de la concurrence », *RDC*, 2013, 183.

¹⁴⁷³ Com, 4 novembre 2014, *RJ Com*, 2014, n°6, p. 156, note M. Chagny.

¹⁴⁷⁴ Cons. constit., QPC, 13 janvier 2011, 2010-85, V. *supra*, n°236.

¹⁴⁷⁵ Sur ce sujet, R. Amaro, « Le déséquilibre significatif en droit commun des contrats ou les incertitudes d'une double filiation », *CCC*, 2014, étu. 8.

¹⁴⁷⁶ V. *supra*, n°244.

affirme que le droit positif impose que le changement de circonstances n'exige pas qu'une partie soit contrainte de modifier le prix¹⁴⁷⁷. Le jugement du tribunal de commerce de Lille¹⁴⁷⁸ va dans un sens relativement similaire. En revanche, un arrêt de la cour d'appel de Paris semble aller, de manière implicite, en sens contraire¹⁴⁷⁹. Un fournisseur dunkerquois de canapés qui travaillait pour Ikéa se plaignait d'un déséquilibre significatif prévu à l'article L442-6 I 2° du Code de commerce. Il invoquait entre autres choses que son distributeur n'avait pas prévu de modifier le prix de ses produits en fonction du coût des matières premières. La cour d'appel de Paris n'exclut pas catégoriquement l'idée. Elle lui reproche seulement de ne pas avoir démontré la hausse de ce coût, mais simplement la hausse de ses coûts fixes et variables. Les juges du second degré contrediraient-ils a contrario l'avis de la CEPC ? À tout le moins, l'on peut constater que l'avis ne laisse guère de certitude sur la légalité d'une pratique.

927. *Le désir de liberté de la part du juge judiciaire.* D'autres indices confirment que le juge judiciaire garde une certaine distance entre le raisonnement de la CEPC et le sien. Il a pu être observé que la cour d'appel de Paris ne faisait pas de référence à l'opinion de la Commission d'examen des pratiques commerciales¹⁴⁸⁰. Et même pour les juridictions du premier degré, lorsqu'elle existe, la référence à la CEPC est relativement timide¹⁴⁸¹. Le jugement du tribunal de commerce de Meaux du 24 janvier 2012¹⁴⁸² fait une allusion à la CEPC, mais elle ne figure que dans la partie réservée à l'argumentation du défendeur. Monsieur Mathey fait d'ailleurs remarquer, à propos d'un jugement rendu par le tribunal de commerce de Paris, que le juge ne se livre pas à une démarche analytique (et donc qui se positionnerait par rapport à l'opinion de la CEPC), mais préfère s'en tenir à un constat d'iniquité reposant uniquement sur le « *bon sens apparent* »¹⁴⁸³.

¹⁴⁷⁷ CEPC, avis n°11-06 du 1^{er} juin 2011, ce que condamne la Commission, en revanche, dans cet avis, ce sont les situations déséquilibrées où, une partie peut revendiquer l'imprévision et l'autre non. Un avis de la CEPC semble cependant s'éloigner de cette ligne : CEPC, n°12-07 du 16 mai 2012.

¹⁴⁷⁸ Paris, 23 mai 2013, 12/01166.

¹⁴⁷⁹ *Id.* V. aussi, M. Behar-Touchais, « Quand les juges du second degré viennent contenir le déséquilibre significatif », *RDC*, 2013, p. 411 ; M. Chagny, « L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après. », *op. cit.* ; N. Mathey, « Appréciation et sanction du déséquilibre significatif », *CCC*, 2013, comm. 208.

¹⁴⁸⁰ M. Behar-Touchais, « Quand la cour d'appel de Paris tente de systématiser le déséquilibre significatif », *RDC*, 231, à propos de l'arrêt Paris, 11 septembre 2013, Eurauchan c/ Ministre de l'Économie.

¹⁴⁸¹ N. Mathey, « Le déséquilibre significatif, approche civiliste et consumériste », *CCC*, 2013, comm. 3.

¹⁴⁸² TC Meaux, 24 janvier 2012, n°2009/02296, confirmé par Paris, 4 juillet 2013, préc.

¹⁴⁸³ N. Mathey, « Le déséquilibre significatif, approche civiliste et consumériste », *op. cit.* L'arrêt cité est TC Paris, 22 novembre 2011, n°2011/058173.

928. *L'avenir de l'avis en question.* L'opposition entre l'autorité judiciaire et les administrations qui émettent des avis n'est certes, pas totalement flagrante. Elle réside uniquement dans un certain nombre de failles, bénignes au premier abord. Or, ces administrations qui fournissent des conseils sont appelées à développer une activité croissante. Ces failles pourraient alors devenir plus manifestes, et plus nuisibles à la lisibilité du droit. Il n'existe pas encore, à ce jour, de reproche véritable envers l'Autorité de la concurrence ou la CEPC qui accuserait leurs avis d'être sans rapport avec les décisions judiciaires. Ce reproche pourrait avoir lieu si l'éigme suscitée par le déséquilibre significatif (entre autres controverses de concurrence) n'était pas résolue.

929. *Conclusion de la section.* À quoi bon demander un avis à une administration si, finalement, cette dernière n'est qu'un avocat comme les autres qui propose une position n'engageant que lui-même ? Nous n'irons pas jusqu'à une telle objection. Il serait excessif de négliger la force de l'avis émis par l'administration. Il est en effet, au moins semblable à une question ministérielle. Cependant, des améliorations sont nécessaires pour qu'il puisse, de manière crédible, répondre à sa mission de pédagogie juridique.

Il convient de constater que la notion d'avis, non seulement peut revêtir de multiples aspects en droit. Mais de surcroît, en matière de droit des contrats d'affaires, la fonction de l'avis n'est pas encore bien dessinée. L'on peut au moins faire plusieurs constatations : l'avis en matière de concurrence n'est pas une règle certaine. Il ne se comprend que dans un contexte précis. L'avis ne cherche pas tant à résoudre une question qu'à faire comprendre quel est l'esprit de la loi qui doit s'appliquer. Ce n'est pas exactement ce que souhaiteraient les entreprises qui préfèrent les consignes précises. Il y a donc tout lieu de chercher à creuser le concept d'avis en droit des contrats d'affaires pour lui donner sa conception la plus efficace.

Section 2: Les évolutions possibles de la régulation par les organes consultatifs.

930. *Des propositions d'évolution existant déjà.* Le droit français de la concurrence n'est pas parvenu à l'équilibre parfait. N'est fait le constat, ni d'un recul des pratiques restrictives de concurrence, ni d'une diminution du contentieux de la concurrence. Bien au contraire, Madame Vautrin, dans un rapport de la Commission d'examen des pratiques commerciales, indiquait que les marges arrière avaient résisté à la loi LME du 4 août 2008, ou plus exactement, qu'elles avaient été remplacées par les nouveaux instruments promotionnels¹⁴⁸⁴. La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation¹⁴⁸⁵ n'a pas modifié les

¹⁴⁸⁴ C. Vautrin, Rapport n°3322 déposé auprès de l'Assemblée Nationale, *sur la mise en place de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie*

¹⁴⁸⁵ Loi dite « Hamon » n°2014-344 du 17 mars 2014.

pouvoirs de cette commission. Les pouvoirs de l'Autorité de la concurrence restent également inchangés. Est-il juste d'imputer les insuccès du droit des pratiques restrictives de concurrence aux administrations chargées de fournir des conseils ? À tout le moins, peut-on remarquer que les réformes de la Commission d'examen des pratiques commerciales ont été envisagées plusieurs fois. Le rapport Canivet qui date du mois d'octobre 2004 faisait un certain nombre de propositions dans ce sens¹⁴⁸⁶. Bon nombre de ces propositions ont été reprises, notamment à propos de la possibilité du juge de saisir la Commission d'examen des pratiques commerciales. Ce rapport proposait néanmoins d'aller encore plus loin en dotant l'institution d'une commission de sanction. Plus proche de nous, le nouveau président de la CEPC, Monsieur Hammadi a également fait part de son intention de doter cette institution de moyens nouveaux pour agir plus efficacement contre les pratiques commerciales abusives¹⁴⁸⁷. L'Autorité de la concurrence a pu faire l'objet de nombreuses réformes, mais les propositions qui ont pu la concerner ne concernaient pas tant sa fonction de conseil. L'on pourrait expliquer cela parce qu'elle est dotée d'un organe de sanction qui rend plus sûre son efficacité, et surtout parce que sa fonction de conseil ne touche guère que le législateur et, accidentellement, les entreprises.

931. La difficulté à inventer un renouveau juridique de l'avis. A regarder de plus près, si l'on peut s'accorder à dire que la CEPC a besoin de plus d'efficacité, il convient cependant de faire le bon diagnostic. De quoi souffre-t-elle ? Pourquoi son action n'est-elle pas assez efficace ? S'agit-il d'une question juridique ou bien d'une question de moyens ? Si l'on s'en tient aux propos de Monsieur Hammadi, les propositions d'amélioration de la CEPC vont surtout dans le sens d'un effort de communication (newsletter, rassemblements annuels¹⁴⁸⁸). Certes, l'apport de tels moyens n'est pas négligeable. Cependant, force est de constater que, déjà aujourd'hui, la CEPC ne néglige pas ses efforts pour apporter la réponse la plus juste possible. En effet, dans ses rapports, elle s'en remet souvent à l'analyse de personnalités universitaires éminemment compétentes. Et l'opinion de ces derniers est souvent minutieusement détaillée et justifiée. Il est donc difficile de porter l'analyse plus loin. L'on pourrait alors pressentir que la régulation par le conseil touche à une de ses limites. Dès lors, la question se pose nécessairement de savoir s'il faut aller plus loin que le conseil et renoncer au droit doux et mou. La Commission d'examen des pratiques commerciales n'aurait alors plus de raison d'être, puisque le droit « *dur* » relève alors de la fonction des juges. Dans de telles circonstances, comment renforcer l'efficacité de la fonction de conseil du régulateur du contrat d'affaires si ce n'est pas en lui donnant les pouvoirs de la loi ou du juge ? La solution réside probablement dans une voie médiane qui consiste à rester au stade du conseil, mais tout

¹⁴⁸⁶ G. Canivet, *Restaurer la concurrence par les prix – Les produits de la grande consommation et les relations entre industrie et commerce*, Paris, La documentation française, 2004.

¹⁴⁸⁷ R. Hammadi et A. Farache, « La CEPC : un bilan positif à consolider dans les mois à venir », *RLC*, 2013, n°35, p. 112.

¹⁴⁸⁸ Id. V. aussi, R. Hammadi, « La Commission d'examen des pratiques commerciales, un instrument utile pour les entreprises », *AJCA*, 2014, 298.

en décrivant un processus commercial conseillé plutôt que de décrire négativement les comportements interdits.

932. *Plan.* C'est pourquoi nous verrons d'abord en quoi conférer à la CEPC des pouvoirs législatifs ou judiciaires serait une impasse (§1) et comment l'on peut renforcer son rôle en lui conférant à ses avis une portée plus lointaine (§2).

§1 : Les limites du droit « dur » appliqué aux organes de conseil.

933. *Le droit doux, en quête d'efficacité.* Le législateur est en quelque sorte pris dans ses contradictions. D'un côté il veut instaurer une culture de concurrence, de l'autre il veut en limiter les dégâts. D'un côté il veut, depuis 1986 libéraliser le commerce entre professionnels, de l'autre il en refuse les effets secondaires. D'un côté, il affirme que les négociations libérées sont créatrices de croissance et de richesses, de l'autre il craint qu'elles ne nuisent à la survie des plus petites entreprises. Il cherche donc un juste milieu entre les deux extrêmes. Or, ce juste milieu ne peut pas passer exclusivement par une loi rigide et écrite dans le marbre. En découle le développement de la « *soft law* » qui se manifeste par le recours à des conseils émanant d'autorités administratives. Il est à noter cependant qu'en employant un droit doux, il n'est parfois guère étonnant d'obtenir des résultats trop doux. De cela, la tentation d'employer un droit plus dur découle naturellement.

934. *Distinction.* Il y a deux façons de doter la CEPC de pouvoirs juridiques dits « *durs* ». Ou bien on considère que les avis qu'elle rend ont force obligatoire (A), ou bien la loi la dote de pouvoirs de sanctions (B).

A : L'hypothèse de rendre les avis de la CEPC obligatoires.

935. *Les différentes formes d'avis obligatoires.* L'hypothèse a été plusieurs fois émise de dépasser le stade du simple conseil pour donner à ces avis une véritable valeur que n'importe quel conseiller juridique privé ne pourrait apporter. Cette force de l'avis pourrait se décliner en différents degrés : elle irait de la simple autorisation administrative (1) au rescrit (2).

1 : La technique de l'autorisation administrative pour valoriser les avis de la Commission d'examen des pratiques commerciales.

Le concept doit être apprécié selon l'opportunité (a) et l'efficacité qu'il peut avoir en justice (b).

a : L'opportunité d'un avis de la CEPC ayant valeur d'autorisation administrative.

936. *Le « label CEPC », nouvellement proposé par la Commission d'examen des pratiques commerciales.* L'idée émane du président de la CEPC lui-même qui en parle sous le vocable de « *label CEPC* »¹⁴⁸⁹. En quelque sorte, elle consiste à inverser les rôles. D'ordinaire, les avis de la CEPC sont plutôt le fait d'entreprises qui ont à se plaindre de pratiques abusives. Elles viennent vers l'administration pour savoir si le procès qu'elles s'apprêtent à intenter, par exemple, peut leur donner gain de cause, ou bien si elles peuvent exiger de la part de la partie forte que la pratique cesse. Dans le cas de figure du label, la démarche n'est pas la même. Une entreprise songerait à recourir à une certaine technique contractuelle. Comme elle aurait des doutes sur la légalité de cette pratique, elle viendrait demander auprès du ministère de l'Économie comment ladite pratique serait appréciée en justice, et ce, avant même d'avoir signé quelconque convention. On imagine alors que toutes les entreprises commerciales qui passent des contrats entre professionnels voudraient soumettre tous leurs contrats à la Commission d'examen des pratiques commerciales. L'encombrement de l'administration serait alors certain. Et comme l'on sait que le silence de l'administration peut valoir acceptation¹⁴⁹⁰, l'administration a tout à craindre d'un label comme celui-ci.

937. *Un gage de sécurité pour les entrepreneurs.* Il y aurait pourtant certains avantages non négligeables. Le premier étant naturellement que l'administration serait capable de dispenser un avis que le juge ne pourrait ignorer. Un partenariat commercial labellisé par la CEPC pourrait produire de la richesse sans craindre une menace de procès. Les entrepreneurs auraient donc les mains libres d'autant que les procès engagés par les assignations Novelli concernent des contrats qui constituent de manière flagrante un

¹⁴⁸⁹ R. Hammadi et A. Farache, *op. cit.* La notion se distingue de celle que nous avons vu ci-dessus et qui consiste en un signe adressé au consommateur. V. *supra*. n°887.

¹⁴⁹⁰ Conformément à la loi du 12 novembre 2013, n°2013-1005, les exceptions sont cependant nombreuses : J.-P. Derosier, « La nouvelle règle « le silence vaut acceptation » si rarement applicable », *JCP A*, 2014, 2305.

déséquilibre significatif. Le label CEPC permettrait de désengorger un contentieux judiciaire qui connaît une croissance certaine aujourd’hui¹⁴⁹¹.

938. Un label qui concernerait plus les clauses proprement dites que la négociation. Un argument met cependant en doute, de façon importante l’opportunité de ce label. En effet, de manière constante, dans ses avis, la CEPC rappelle que même lorsque le contrat est équilibré, dans le domaine de la distribution, le fait de l’imposer sans négociation n’est pas légal¹⁴⁹². Or, accorder un label à un contrat, cela revient à ignorer le processus de négociations qui l’a formalisé. Ce qui veut dire que le contrôle de la CEPC ne portera pas sur des négociations, mais bien sur le prix et les prestations convenus. Autrement dit, il s’agit d’une reconnaissance directe de la lésion, ce que le droit n’a pas accordé à ce jour – la jurisprudence sur le déséquilibre significatif n’ayant pas permis de dégager des certitudes à ce jour¹⁴⁹³.

939. Transition. Il n’est donc pas forcément bon d’accorder un label CEPC à des contrats, bien que les entreprises puissent s’en trouver rassurées, ne serait-ce qu’un instant. Il contredit en effet l’esprit qui a donné naissance à cette commission. L’on peut d’autant plus l’affirmer qu’il n’est pas certain qu’il soit très efficace devant une juridiction.

b : L’efficacité en justice d’un avis de la CEPC ayant valeur d’autorisation administrative.

Admettons que la CEPC ou une autre administration estime que tel contrat résiste aux lois sur les pratiques restrictives de concurrence. Le juge peut-il seulement passer outre ? Il semble bien que oui. Non seulement, d’une manière générale, le juge judiciaire est insensible aux autorisations administratives ; mais il existe aussi des précédents en droit de la concurrence qui ont échoué.

a : En droit commun, l’avis de l’administration diversement apprécié par le juge judiciaire.

940. Des cas d’autorisations administratives contredites en justice. La valeur de l’autorisation administrative face au juge judiciaire n’est pas une question tranchée de façon

¹⁴⁹¹ M. Behar-Touchais, « Aucune clause ne résiste à l’article L442-6 I 2° du Code de commerce sanctionnant le déséquilibre significatif », *op. cit.*

¹⁴⁹² Parmi de nombreux exemples, CEPC, avis n°14-09 du 29 octobre 2014, relatif à une demande d’avis d’une entreprise sur un contrat multi-enseigne imposé par des sociétés et des remises liées à des paliers de chiffre d’affaire ; également CEPC, avis n°08-06, du 1^{er} janvier 2009, relatif à la légalité des pratiques qui seraient mises en œuvre par certains distributeurs à l’égard de leur fournisseur.

¹⁴⁹³ V. *supra*, n°238.

nette, tout simplement parce que l'on ne sait pas toujours ce que recouvre cette autorisation. Certes, elle démontre que la chose autorisée ne peut pas être qualifiée comme une faute en tant que telle. Néanmoins, elle ne saurait vraiment mettre à l'abri de toute action judiciaire le détenteur de cette autorisation. En droit social, la jurisprudence affirme que la décision, émanant de l'inspecteur du travail, d'autoriser ou non le licenciement d'un salarié protégé, lie le juge¹⁴⁹⁴. Encore que certains auteurs pensent que la jurisprudence n'est pas totalement ferme sur ce sujet¹⁴⁹⁵. Il en va autrement en matière environnementale par exemple. Une autorisation préfectorale n'empêche en rien le juge judiciaire d'en condamner le détenteur pour trouble anormal du voisinage¹⁴⁹⁶. Cela est tout à fait compréhensible. Si l'administration autorise à faire une chose, ce n'est pas à n'importe quelle condition. Ainsi, si la CEPC autorise une entreprise à stipuler telle clause, cela ne veut pas dire qu'elle l'autorise à le faire dans n'importe quelle circonstance.

β : En droit de la concurrence, le précédent des « accords interprofessionnels ».

941. Une situation différente mais comparable. En droit de la concurrence, un exemple illustre de façon évidente la faible portée des autorisations administratives face au juge judiciaire. Il s'agit des usages et accords interprofessionnels prévus à l'article L442-6 I 5° du Code de commerce, supposés justifier une rupture des relations commerciales établies. La pratique avait longtemps attendu ces accords interprofessionnels, espérant qu'ils viendraient calmer le contentieux de la rupture brutale des relations commerciales établies. Il ne s'agit pas d'une autorisation administrative à proprement parler, car les fédérations professionnelles n'étaient pas des organismes publics. Toutefois, la référence à ces accords dans le texte de l'article L442-6 I 5° du Code de commerce aurait pu faire croire que ces accords avaient une certaine valeur juridique¹⁴⁹⁷. Il en allait d'ailleurs de leur raison d'être : si ces accords ne liaient pas le juge, il n'aurait guère été utile. Rien n'y a fait, tout juste peuvent-ils s'insérer dans un faisceau d'indices pour savoir si la rupture a été ou non brutale. La juridiction doit, même en présence d'un tel accord, vérifier si le délai de rupture est raisonnable¹⁴⁹⁸. La solution est la même pour les usages professionnels¹⁴⁹⁹.

¹⁴⁹⁴ Soc, 8 avril 2014, *Rev. dr. social*, 2014, 679, note J. Mouly.

¹⁴⁹⁵ *Id.*

¹⁴⁹⁶ Par ex, Civ. 3^{ème}, 22 mai 1997, n°93-957, *JCP G*, 1997, I, 4070, obs, G. Viney. Également sur le sujet, F. Nési, « Trouble anormal du voisinage et nuisance industrielle », *Revue juridique de l'économie publique*, 2012, étu. 3.

¹⁴⁹⁷ A vrai dire, la rédaction de l'article L442-6 I 5° du Code de commerce ne permet pas de dire avec certitude que ces accords peuvent lier le juge ou ne pas le lier : « *De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels.* »

¹⁴⁹⁸ Com, 2 décembre 2008 n°08-10.731, M. Behar-Touchais, « Le pouvoir du juge d'apprécier si le délai de préavis fixé par des accords interprofessionnels est suffisant », *RDC*,

Donc, un accord de l'administration ne met jamais une entreprise à l'abri d'une sanction judiciaire, à moins que la loi ne dispose expressément que l'avis de l'administration soit opposable au juge. L'avis dans ce cas, s'appelle un rescrit.

2: La technique de l'avis ayant valeur de rescrit.

942. Une notion connue du droit comparé et de l'histoire du droit. Le rescrit est une notion de droit administratif essentiellement connue en droit fiscal. Il figure aux articles L80 A et L80 B du Livre des procédures fiscales. Il se définit comme « *Une position formelle de l'administration qui lui est opposable sur l'application d'une norme à une situation de fait décrite loyalement dans la demande présentée par une personne et qui ne requiert aucune décision administrative ultérieure.* ¹⁵⁰⁰ » Le concept remonte au droit romain¹⁵⁰¹ lorsque l'empereur répondait aux questions des juges ou des gouverneurs¹⁵⁰². Aujourd'hui, le rescrit est loué en droit comme instrument de sécurité juridique. Cela se remarque au point que le Conseil d'État en a récemment proposé une extension à d'autres domaines du droit, incluant la concurrence¹⁵⁰³. Certains pays européens le pratiquent de manière fréquente, ce qui incite certains juristes français à plaider pour son importation. Les pays scandinaves par exemple, en font une utilisation importante.¹⁵⁰⁴ Le rescrit existe en Suède ; par exemple depuis 1951 il semble que la procédure ne soit pas réellement formalisée sauf en droit de l'urbanisme et en droit de la consommation. Sur ce dernier cas, une loi danoise n°58 du 20 janvier 2012 a instauré une obligation de répondre aux consommateurs¹⁵⁰⁵. Les pays anglo-saxons sont également familiers de ce système qu'ils appellent « *ruling* »¹⁵⁰⁶. En droit italien, la procédure de l'*interpello* va dans le même sens et touche même le droit de la consommation. Le régulateur appelé « AGCOM » peut être sollicité pour dire si une clause est abusive ou non, son silence équivaut à un constat de non illégalité¹⁵⁰⁷.

2009, 647 ; *D*, 2009, 2888 et s., note D. Ferrier ; N. Mathey, « Détermination du préavis raisonnable et calcul du préjudice », note sous Metz, 30 juin 2011, *CCC*, 2011, comm. 212.

¹⁴⁹⁹ Com, 3 mai 2012, *JCP E*, 2012, 1642, note N. Mathey, *JCP G*, 2012, 867, note S. Le Gac-Pech.

¹⁵⁰⁰ C. Wrazen, « Quinze propositions du Conseil d'Etat pour étendre l'utilisation du rescrit », Plate-forme numérique de l'Université Lyon III, Gazette, Juin 2014. www.fdv.univ-lyon3.fr

¹⁵⁰¹ P. Veyne, « Qu'était-ce qu'un empereur romain ? Dieu parce qu'empereur », *Revue Diogène*, n°2002/3, p. 3 et s., spéc. p. 9. E. Andt, *La procédure par rescrit*, thèse Paris, 1920.

¹⁵⁰² P. Cocheteux, « Le rescrit fiscal et la sécurité juridique », *Gaz Pal*, 18 août 2009, p. 2.

¹⁵⁰³ Étude du Conseil d'Etat, *Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets*, Paris, La Documentation française, 2014.

¹⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 175.

¹⁵⁰⁵ *Id.*

¹⁵⁰⁶ F. Perrotin, « Le système des rulings en question », *LPA*, 12 décembre 2014, p. 4.

¹⁵⁰⁷ Étude du Conseil d'Etat, *Le rescrit, op. cit.*, p. 49.

943. L'éventualité d'une transposition en droit des contrats d'adhésion entre professionnels. Peut-on transposer cette institution en droit des contrats d'affaires et de la concurrence ? Il permettrait en tout cas que ce « label » CEPC ne se heurte pas à un refus du juge. De plus, il répond parfaitement au besoin de résoudre les conflits juridiques en amont et non pas par une voie exclusivement contentieuse. Il permet aux entreprises de créer de la richesse sans craindre une éventuelle action en justice à leur encontre. Aux États-Unis d'Amérique, la procédure dite des *rulings* a non seulement contribué à renforcer la sécurité juridique fiscale des entreprises, mais a aussi permis une véritable œuvre de modernisation des affaires¹⁵⁰⁸.

944. La difficulté de réaliser un rescrit pour un processus de négociations. Un obstacle que nous avons vu précédemment resurgit ici. Si c'est bien l'absence de négociation, et non pas le contenu du contrat lui-même qui est sanctionné. L'administration devient donc l'arbitre des prix. Il est difficile de réaliser un rescrit sur un processus contractuel, plus que sur un contrat proprement dit. Le rescrit serait alors davantage à cantonner au domaine des pratiques restrictives de concurrence plutôt qu'à celui de l'analyse des négociations.

945. Le rescrit et la séparation des pouvoirs. Plus encore, la question de la séparation des pouvoirs est engagée. Si c'est bien une administration dépendante du ministère de l'Économie – la CEPC – qui émet des rescrits, alors le juge se retrouve cerné par une décision qu'il n'a pas prise. L'on pense particulièrement au cas du droit des pratiques anticoncurrentielles, qui découle du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Peut-on penser que la Cour de justice de l'Union européenne acceptera de se soumettre à la décision d'une administration française ? Rien n'est moins sûr. En réalité, c'est à l'administration que le rescrit est censé être opposé. Or, le contentieux des contrats d'adhésion entre professionnels n'engage pas que cette dernière. Si le rescrit était, selon un juge, illégal, quelles en seraient les conséquences ? La première possibilité consisterait à dire que l'administration engage sa responsabilité. Cette solution ne serait pas admissible tant elle déplacerait l'insécurité juridique sur le seul État. La deuxième solution, plus crédible, voudrait que les personnes privées puissent invoquer des pratiques restrictives de concurrence, mais pas le ministre de l'Économie, et que l'amende civile ne puisse pas être prononcée. Cette solution est déjà plus intéressante, car elle concilie les différents intérêts : sécurité juridique pour les parties fortes et protection pour les parties faibles. La troisième solution, et c'est aussi une limite du rescrit, consiste à dire que le rescrit ne vaut que pour certaines circonstances décrites dans la demande et que le moindre changement entraîne sa caducité. Il est évident que l'administration jouera sur des différences mêmes minimes, si un réfééré-concurrence lui était opposé. Néanmoins, il n'est pas possible qu'une entreprise utilise à une fin détournée un rescrit censé garantir l'équilibre du contrat. À ce propos, le Conseil constitutionnel ne s'est montré aucunement gêné par la compatibilité du rescrit fiscal avec la

¹⁵⁰⁸ M. Mbwa-Mboma, « L'insécurité fiscale des entreprises et la pratique américaine des *rulings* », *Rev. dr. fiscal*, 2013, 271.

séparation des pouvoirs, mais la décision était antérieure à la promulgation de la QPC. Le Conseil se limitant à dire qu'il n'avait pas à revenir (à l'époque) sur une loi déjà promulguée¹⁵⁰⁹. Quant à une éventuelle QPC, le Conseil d'État a refusé de lui transmettre la question de manière récente, estimant qu'il n'y avait pas de caractère sérieux¹⁵¹⁰.

946. Une transposition émanant du droit fiscal peu soucieuse des particularités du droit de la concurrence. Il est également important de voir que ce qui est vrai pour le droit fiscal ne vaut pas forcément pour les autres branches du droit. L'État étant fondé sur le consentement à l'impôt, le droit lui fait échapper à un certain nombre de principes qu'il considère comme fondamentaux dans d'autres cas. Même la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas voulu faire peser sur le droit fiscal le principe du procès équitable¹⁵¹¹. Il existe aussi dans cette matière un certain nombre de dérogations au principe de loyauté de la preuve¹⁵¹². Si l'on veut transposer de manière brute cette disposition du droit de la concurrence, alors l'on conviendra que le droit de la concurrence est tout aussi fondamental pour la sûreté de l'État que le droit fiscal. Ce qui pourrait se justifier lorsque l'on connaît la place du droit de la concurrence dans l'Union européenne et les règles fondamentales auxquelles il lui arrive de déroger¹⁵¹³. Il est toutefois remarquable que le droit des pratiques restrictives de concurrence est plutôt une création du droit national et non européen.

947. Une sécurité juridique limitée. Enfin, on peut également émettre des doutes sur l'idée que le rescrit apporterait des certitudes juridiques. En effet, comme nous venons de le dire, il est avant tout sujet aux changements de circonstances. Et le droit comparé en montre aussi les faiblesses : même aux États-Unis, un *ruling* peut revenir de manière rétroactive sur un précédent *ruling*¹⁵¹⁴.

948. Une solution au final, peu crédible. Reconnaître que l'avis d'une autorité consultative puisse avoir valeur de rescrit, c'est considérer qu'une entreprise puisse se réfugier derrière une opinion délivrée en quelques mois, là où le procès peut durer beaucoup plus longtemps. L'avis délivré est pris sur la base d'une version des faits énoncée

¹⁵⁰⁹ Conseil constit. DC, 14 décembre 1980, n°80-113.

¹⁵¹⁰ CE, 29 octobre 2010, Limousin, n°339200 et Charles, n°339202.

¹⁵¹¹ Arrêt Ferrazzini c/ Italie, CEDH, 12 juillet 2001, cité par J. Lamarque, O. Negrin et L. Ayraut, *Droit fiscal général*, Paris, LexisNexis, [3^{ème} éd.], 2014, p. 189. La même source cite Com, 12 juillet 2004, qui transpose cette règle en droit national.

¹⁵¹² C. de la Mardiére, *La preuve en droit fiscal*, Paris, Litec – LexisNexis, 2009, p. 11.

¹⁵¹³ Sur la question de la preuve notamment, L. Idot, U. Berkani, E. Durand, « Preuve des cartels : entre permanence des principes et renouvellement des débats », séminaire de la revue Concurrences du 6 novembre 2013, disponible sur www.concurrences.com V. également, M. Baillat-Devers, *La preuve en droit des pratiques anticoncurrentielles*, (dir. M. Behar-Touchais), thèse Paris I, 2014.

¹⁵¹⁴ M. Mbwa-Mboma, « L'insécurité fiscale des entreprises et la pratique américaine des rulings » *op. cit.*

unilatéralement. Or, pour le cas des contrats d'adhésion entre professionnels, la partie faible n'aura pas pu faire valoir ses préentions lors de la délivrance du rescrit. De plus, il subsiste toujours un certain doute au sujet de la séparation des pouvoirs. Et que dire lorsqu'une partie, pensant engager une action en justice contre son cocontractant, ignore que ce dernier détient par-devers lui un rescrit qui garantit l'issue du procès ? Ces inconvénients cumulés empêchent de penser raisonnablement que la matière de la concurrence se prête au rescrit.

949. *Transition*. Donc, nous ne parvenons pas à renforcer le pouvoir de l'avis en lui conférant le statut d'autorisation administrative ou de rescrit, nous pouvons essayer d'aller encore plus loin en donnant des pouvoirs de sanction à l'organisme chargé d'émettre ces mêmes avis.

B : Doter les organes consultatifs de pouvoirs de sanction.

950. *Une solution peu en phase avec l'esprit fondateur de la CEPC*. Il y a assez longtemps que certains auteurs revendentiquent que la CEPC puisse prononcer des sanctions lorsque sa pratique porte à sa connaissance de véritables abus dans les contrats entre professionnels. Le rapport Canivet en 2005 se prononçait pour une telle réforme¹⁵¹⁵. Il voulait créer une section de sanction au sein de la CEPC. L'idée est compréhensible dans la mesure où il considère que seul un véritable pouvoir de sanction est en mesure de rendre pertinents les avis de la Commission d'examen des pratiques commerciales. C'est pourtant aller à l'encontre de l'esprit de cette Commission. Par essence, elle a pour but de privilégier un mode de régulation de la concurrence souple et préventif. Le premier président de la CEPC, Monsieur Dumas avait déjà, lorsqu'il était encore en exercice, exprimé son scepticisme face à une telle solution : d'abord parce que ce n'est pas la vocation exacte de la CEPC, ensuite parce que les saisines de la Commission d'examen des pratiques commerciales se font grâce à l'anonymat qui empêche les éventuelles représailles¹⁵¹⁶.

951. *Un risque de télescopage entre la justice et les institutions de conseil*. L'autre inconvénient qui surgit assez facilement, c'est le télescopage institutionnel qui intervient de fait. L'on ne peut pas doter la Commission d'examen des pratiques commerciales de sanctions sans en retirer aux juridictions de l'ordre judiciaire. On peut tout juste concevoir que la Commission peut faciliter le travail de la victime en l'aiguillant sur la voie judiciaire lorsqu'elle pressent qu'il en va de son intérêt. Sinon, elle pourrait transférer son dossier au ministre de l'Économie qui pourrait réfléchir à une saisine sur le fondement de l'article L442-6 III. Si l'on essaie d'aller encore plus loin, en favorisant la victime tout en respectant le rôle des juridictions judiciaires, l'on pourrait imaginer que la CEPC inflige une sanction qui ne

¹⁵¹⁵ G. Canivet, *Restaurer la concurrence par les prix*, op. cit., p. 91.

¹⁵¹⁶ A. Marchand et J.-P. Dumas, « La CEPC : une force morale non contraignante », *RLC*, 2005, n°2, p. 113.

peut être levée que par une action devant les juges du fond. Une telle procédure aurait l'avantage de soulager la victime des méandres procéduraux qui entrave son action. L'on sait par exemple que les défendeurs, dans les instances concernant le déséquilibre significatif, n'hésitent pas à soulever fréquemment les questions de formes telles que le pouvoir de délégation du représentant du ministre¹⁵¹⁷. Ou alors la formalité en cause ne concerne que la notification à la victime de l'action du ministre. À tel point que, parfois, tout l'édifice processuel s'écroule en cassation à cause de cette formalité¹⁵¹⁸. Néanmoins, cette formule garde le désavantage de favoriser trop fortement une partie et de faire prendre un risque judiciaire inconsidéré à celui qui n'a pas pu faire valoir ses intérêts devant l'institution administrative.

952. *Conclusion du §I.* La CEPC s'est créée sur la volonté de bâtir une pédagogie du droit de la concurrence. Elle doit rester fidèle à cette ambition et ne pas dériver vers un droit « dur » qui n'est pas de son ressort. S'il existe des propositions en faveur d'un renforcement des pouvoirs de sanction, c'est que le problème des pratiques restrictives de concurrence semble persister depuis 1986. L'*imperium* doit pourtant rester le fait des juridictions. Ce qu'il convient, c'est d'associer plus étroitement les organes de conseil à ces juridictions pour que le travail des unes fasse écho à celui des autres.

§2 : Définir des processus commerciaux plus précis.

953. *Pour des organes de conseil, forces de proposition pour les entreprises.* Une voie alternative s'impose pour les organes consultatifs, notamment la Commission d'examen des pratiques commerciales. Actuellement, cette dernière n'est pas en mesure d'assurer la sécurité juridique à laquelle elle aspirait lors de sa création. Il ne convient pas non plus de la doter de pouvoirs de sanction, car elle n'est pas une juridiction. Il est pourtant nécessaire de fournir aux entreprises de véritables certitudes pour que l'institution puisse à la fois survivre et apporter au droit des pratiques restrictives de concurrence un certain équilibre. En réalité, le droit des contrats entre professionnels, par exemple en droit de la distribution, a probablement besoin de processus contractuels prédéfinis. Plutôt que de considérer comme le rapport Attali que la négociation est génératrice de richesse, il faut plutôt encourager la Commission d'examen des pratiques commerciales à tracer des jalons dans le processus de négociations.

¹⁵¹⁷ Nîmes, 17 janvier 2008 n°05/1724, les chefs des services départementaux de la DGCCRF sont dispensés de fournir un pouvoir de représentation spéciale du ministre de l'Économie, cité par L. Nicolas-Vullerme, *Juriscl. Concurrence-consommation*, fasc. 290, « Pratiques restrictives de l'article L442-6 du Code de commerce », 30 septembre 2012.

¹⁵¹⁸ Com, 8 mars 2011, la question a été réglée par une Cons. constit., QPC, 13 mai 2011, *JCP G*, 2011, 1141, note M. Chagny. Egalement, M. Chagny, note sous Com, 9 octobre 2012, n°11-19.833. Sur le sujet : A. Lecourt, « Stricte acceptation des modalités d'information des fournisseurs dans le cadre de l'action du ministre de l'économie », *AJCA*, 2014, 288.

C'est pourquoi elle gagnerait à définir des schémas commerciaux sécurisés. De manière non contraignante, elle pourrait proposer des réponses aux attentes des entreprises en matière de sécurité juridique, voire proposer des contrats-types.

954. Division du paragraphe. Nous verrons donc dans un premier temps le rôle juridique idéal qu'il convient de donner à la Commission d'examen des pratiques commerciales (A) et ensuite un exemple de mise en œuvre (B).

A : L'équilibre optimal du rôle de la Commission d'examen des pratiques commerciales.

955. Des organes de conseil dénués de pouvoir contraignant. Pour que ces organes, et au premier chef la CEPC, puissent agir de manière productive, il est nécessaire qu'ils ne débordent pas sur le travail des juridictions. En effet, le droit des contrats entre professionnels se trouve pris entre deux inconvénients : d'un côté, il impose des sanctions de plus en plus sévères, de l'autre, il émet des lois qui, quoiqu'équitables, ont des contours de moins en moins clairs, au premier chef, le déséquilibre significatif¹⁵¹⁹. Donc, il doit demeurer un droit mou pour ne pas enfermer les entreprises dans un dilemme trop insurmontable. Car, autrement celles-ci ne sauraient jamais que choisir entre risquer une sanction et faire des concessions excessives à leurs partenaires. L'intuition première de la Commission d'examen des pratiques commerciale est pédagogique et doit le rester. Ce qu'il faut faire, c'est dire aux entreprises, non plus seulement ce qu'elles ne peuvent pas faire, mais ce qu'elles peuvent faire sans craindre, au-delà du raisonnable, une sanction judiciaire.

956. Une manière de résorber les effets secondaires de la liberté contractuelle. Il y a, en effet, à l'origine du contrat d'adhésion entre professionnels, un malaise qui remonte sans doute à l'ordonnance de 1986. Auparavant, le processus d'élaboration du contrat était très facile puisque, au moins pour certains secteurs, l'administration définissait les prix. La réforme du 1^{er} décembre 1986 a sonné comme une libération, mais le nombre des lois qui ont dû lui apporter des correctifs prouve que cette libération n'a pas trouvé son équilibre. Si une forme de liberté a pu être mise en place, elle a laissé place à des pratiques restrictives favorisées par une distribution oligopolistique. Dans d'autres secteurs de l'économie que la distribution, il existe des déséquilibres de concurrence qui ne peuvent pas être résolus par une intervention de l'État dans l'économie. L'on imagine mal, par exemple, l'État fixer les prix en matière de construction. Il ne serait donc pas forcément juste de définir le processus contractuel de façon autoritaire.

957. Pour des conseils positifs plus que négatifs. Il reste néanmoins un certain besoin de sécurité juridique. Dans cette perspective, la Commission d'examen des pratiques

¹⁵¹⁹ V. *supra*.n°238.

commerciales doit être là pour définir des processus de négociation sûrs. L'idéal est donc qu'elle propose, de manière optionnelle, une méthodologie pour la négociation et le contenu du contrat. C'est-à-dire qu'au lieu de dire ce qui est interdit ou non, elle indique une démarche qu'elle juge fiable d'un point de vue juridique. Le juge n'a pas forcément à être lié par cette indication, non seulement parce que la Commission d'examen des pratiques commerciales ne saurait prendre sa place, mais parce qu'en plus, la situation décrite peut parfaitement connaître une différence, légère, mais décisive avec la réalité. Cependant, l'absence de garantie par rapport à un éventuel procès ne ruinerait pas l'intérêt du conseil. La partie prétendument forte pourrait toujours alléguer sa bonne foi, du fait qu'elle s'est conformée aux suggestions de l'administration. Cela peut donc fortement atténuer sa responsabilité en cas d'éventuel déséquilibre significatif.

958. Le maintien d'un droit doux. Les entreprises peuvent très bien faire le choix de ne pas suivre le processus que conseillerait la Commission d'examen des pratiques commerciales. Cela est d'autant plus vrai que la concurrence peut appeler à des procédés contractuels nouveaux et que chaque situation microéconomique est unique. Il ne s'agirait donc que d'un encouragement. Toutefois, si elle s'éloignait de la proposition de la CEPC, elle devrait répondre de la justesse de son choix et du caractère équitable du contrat qu'elle fait passer. Il convient également de maintenir les conseils « négatifs » de la Commission d'examen des pratiques commerciales, c'est-à-dire ceux par lesquels elle dénonce l'illégalité sans dire quel serait un processus légal.

959. Une suspicion à l'égard des innovations juridiques. Précisément, il est nécessaire de regarder les innovations commerciales avec vigilance. Il est certains domaines de l'économie qui concernent des besoins tout à fait invariables. Nous pensons au premier chef à la distribution alimentaire. Elle concerne le quotidien le plus élémentaire des citoyens français. L'on peut en effet affirmer que les besoins alimentaires ne changent pas. Si une entreprise innove en matière de distribution alimentaire, il est peu certain qu'elle ajoute un bienfait supplémentaire au consommateur. L'innovation juridique, en la matière, risque donc de profiter surtout à une seule catégorie d'acteur. Si une entreprise emploie des techniques juridiques nouvelles pour satisfaire un tel besoin, le juge doit se montrer très précautionneux vis-à-vis de ladite technique. Il suffit de regarder les « nouveaux instruments promotionnels » qui ont moins généré de richesse qu'ils n'ont servi à répartir de manière inéquitable le profit de la distribution. Il est donc normal que le juge les appréhende avec plus de suspicion. C'est d'ailleurs ce qu'il a fait¹⁵²⁰.

L'exemple du management par catégorie peut d'ailleurs le démontrer de manière plus explicite.

¹⁵²⁰ Sur la question : M. Behar-Touchais, « Nouveaux instruments promotionnels (NIP) : Rapport Vautrin et Gaubert », *RLC*, 2011, n°29, p. 41.

B : Le conseil idéal de la CEPC par l'exemple du management par catégorie.

960. Plaidoyer pour des propositions de la CEPC sur la méthode du management catégoriel. Nous avons déjà évoqué le management par catégorie pour démontrer que la CEPC n'avait que partiellement repris à son compte les préoccupations de l'Autorité de la concurrence¹⁵²¹. Sans doute, l'avis de cette dernière aurait mérité une solution plus précise que l'avis qui avait été rendu par la CEPC. Il n'est pas condamnable que la grande distribution cherche à cerner avec précision le besoin du client. Ce que suspecte l'Autorité de la concurrence, c'est une répartition inégale de l'information et une position trop favorable en faveur du capitaine de catégorie. On aurait pu penser que la Commission d'examen des pratiques commerciales, pour répondre à cette objection, définisse un cadre précis dans lequel les fournisseurs et distributeurs se sentent en sécurité. Elle pourrait même élaborer des contrats-types définissant les rôles joués par chaque entreprise. Au lieu de cela, elle reprend vaguement quelques éléments mis en avant par l'Autorité de la concurrence (comme la nécessité de préserver certaines informations ou de ne pas donner trop de prérogatives au capitaine de catégorie). Il conviendrait donc que la CEPC décrive avec le plus de précision le schéma contractuel d'un management catégoriel. Les entreprises de la distribution auraient le loisir de s'écartier de ce support facultatif, mais en assumant un risque plus grand quant à la légalité de leurs pratiques.

961. Conclusion du §2. Si l'on veut réformer les organes consultatifs de concurrence, et notamment la CEPC, il faut en réformer la mission et pas seulement les techniques de communication. La tentation est alors grande de lui donner des pouvoirs larges à cette commission. Ce serait renoncer à la « *soft law* » et créer une confusion malvenue entre les institutions. Si l'on veut que la CEPC et l'Autorité de la concurrence donnent des conseils efficaces, il faut en rester au domaine du conseil, tout en détaillant le comportement recommandé.

962. Conclusion de la section. Les contrats d'affaires, objets de nombreuses lois depuis 1986, suscitent une insécurité juridique croissante. Les déréglementations successives, dans les différents marchés concernés, estompent la frontière entre le comportement loyal et le comportement abusif. A cela, s'ajoute le fait que l'idéal économique oscille entre la promotion de l'activité économique par une plus grande « *culture de concurrence* » et le souci de protéger les acteurs les plus faibles, au risque de menacer des emplois. Le juge doit donc composer avec des impératifs parfois diamétralement opposés. Pour aider les entreprises dans ce labyrinthe juridique, l'État a voulu faire preuve de pédagogie, grâce au recours à la « *soft law* ». L'idée étant de faire comprendre l'esprit de la loi pour que le justiciable agisse dans ce

¹⁵²¹ V. *supra*.n°919.

même esprit. Or, les entreprises ont davantage besoin de certitude que de la description floue d'un état d'esprit juridique aussi généreux soit-il. Le remède serait donc de leur suggérer un schéma commercial précis, dont elle ne s'écarterait qu'en assumant elles-mêmes l'insécurité juridique. La loi LME du 4 août 2008, n°1008-776 ne fait pas autre chose lorsqu'elle impose une convention unique dont les négociations ont pour socle les conditions générales de vente. Elle se fait même plus contraignante encore. Si ce dirigisme avait pu paraître absurde il y a quelques années, c'est manifestement une voie que le droit commercial prend au fil du temps¹⁵²², comme si le législateur ne voulait pas s'avouer les impasses de la déréglementation. Ce retour à la réglementation, à défaut de revenir complètement au juge, échoit à des organes de conseil, sorte de compromis entre la contrainte économique étatique et la liberté d'entreprendre. Pour que ces organes de conseil soient crédibles, il faut les doter d'une parole efficace. Cela n'est pas toujours le cas aujourd'hui. Il y a un choix à faire de façon catégorique : ou bien les instances de conseil sont utiles et leurs solutions ont une valeur juridique, ou bien l'efficacité institutionnelle impose de s'en passer. Si l'on ne peut en faire de véritables organes réglementaires, il faut au moins qu'elles permettent de présumer de la légalité ou non d'une pratique. Les organes consultatifs n'ont pas à être contraignants. Ils doivent cependant être précis et fiables.

963. *Conclusion du chapitre.* Les institutions françaises avancent généralement droit par des lignes brisées. C'est que le politique doit composer avec une multitude d'objectifs à atteindre, souvent contradictoires. Il ne se soucie guère de la cohérence juridique des lois qu'il crée. On le ressent à ce point que le juge doit, a posteriori faire un tout avec des parties étrangères les unes aux autres. C'est avec le temps que l'ensemble trouve sa forme ; la pratique permettant de trouver, à chaque institution, son utilité. À condition bien sûr que le législateur perçoive l'évolution que suivent ces institutions. Ainsi, les organes de conseils sont tiraillés entre leur fonction pédagogique envers les entreprises et leur aptitude à faire cesser les abus. Tantôt on attend de ces institutions qu'elles expliquent la loi, tantôt on voudrait qu'elles la fassent appliquer. Il y a manifestement un choix à faire pour sortir la CEPC et l'Autorité de la concurrence des contradictions dans lesquelles elles sont prises. Encore que l'Autorité de la concurrence parvient, de manière générale, à équilibrer sa fonction de conseil et sa fonction de juridiction en se contentant, lorsqu'elle est consultée, de donner des avis d'ordre général sur le fonctionnement de la concurrence. Cet équilibre doit donc être maintenu. En revanche, la Commission d'examen des pratiques commerciales doit trouver son équilibre entre des conseils trop vagues et des sanctions qui ne relèvent pas de son ressort. L'idéal serait de lui assigner pour mission de proposer un cadre strict aux processus de partenariat commercial, notamment pour les négociations. Si insécurité juridique il y a, c'est

¹⁵²² P. Marini, « La loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques : un texte qui reste à parfaire », *LPA*, 4 octobre 2001, p. 4. Sur le sujet : M. Chagny et C. Lucas de Leyssac, « Le droit des contrats, instrument d'une nouvelle forme de régulation économique ? » *RDC*, 2009, 1268. H. Narayan-Fourment, « La maîtrise des prix, hors du droit de la concurrence, point de salut », *D*, 2004, 2023.

aussi parce que la déréglementation l'a provoquée. Les cadres juridiques n'existent plus, le processus contractuel légal n'est donc pas facile à définir. Il convient que la CEPC trace un processus contractuel modèle pour que la négociation s'opère sur un modèle équitable et sûr. Ce modèle ne serait certes, pas exclusif ; mais l'innovation juridique ne sert à rien si elle ne consiste qu'à contourner les lois protectrices.

964. Conclusion du titre. S'il convient de protéger la partie faible dans un contrat entre professionnels, par des moyens procéduraux, que peut-on dire de ces moyens ? En quoi consistent-ils ? En réalité, ils correspondent à des besoins multiples. La faiblesse contractuelle engendre de nombreux handicaps lorsque le procès est entamé. Ces obstacles sont en premier lieu de nature financière. Or, l'on peut difficilement concevoir que l'État se charge de financer les procès des entreprises de petite et moyenne taille sous prétexte de défendre la partie faible. L'État lui-même n'est pas aussi riche que certaines multinationales. Il faut donc que ces coûts financiers soient évincés judiciairement plutôt que par le budget de l'État. Ces coûts prennent leur source dans deux phénomènes : le temps et le risque du procès. Le temps est de l'argent selon une citation bien connue de Benjamin Franklin, surtout dans les litiges en droit judiciaire français. La seule possibilité de faire appel ou de saisir la Cour de cassation par un pourvoi oblige chaque partie à s'attendre à un long procès. D'où le risque d'un découragement de la partie faible. Il faut tenir compte, bien entendu, les clauses qui retardent encore plus le procès grâce à des obligations de conciliation préalable fort peu utiles. Le référé doit donc venir au secours de cette inégalité face au temps. Et bien sûr, même au fond, une provision accordée par le juge, en cas d'appel, est bienvenue. En ce qui concerne le risque, ce dernier est de nature double. Il peut s'agir, en premier lieu, d'un risque commercial. C'est-à-dire que la stratégie judiciaire, si elle peut déboucher sur des indemnités intéressantes, est une véritable impasse, non seulement face au contractant plus puissant, mais aussi à l'égard de la concurrence qui le suspecterait d'emblée comme un potentiel adversaire. La solution que le droit a trouvée, c'est de rendre quasi-anonyme la procédure pour que la victime de l'abus puisse se cacher derrière le représentant d'un groupe. Cette technique a fait ses preuves. En doctrine, de longue date, le plaidoyer pour une action de groupe (plus ouverte que celle proposée par la loi du 17 mars 2014) s'appuie sur l'expérience en droit comparé qui est un succès.¹⁵²³ Même l'action du ministre joue un rôle déterminant dans l'équilibre économique du pays. Sinon, le juge constitutionnel se serait montré moins regardant envers l'institution¹⁵²⁴. La deuxième forme du risque est de nature judiciaire. Tout simplement parce qu'une petite entreprise qui agit en justice risque, et c'est normal, de ne pas voir son action prospérer. Il n'y aurait pas d'objection à cela si la défaite judiciaire ne représentait pas un coût pour l'entreprise, qui mettrait en jeu sa survie. La jurisprudence sur le déséquilibre significatif est, nous l'avons vu, relativement téléologique. Il y a, à la clef, un enjeu économique de survie des petites et des moyennes entreprises¹⁵²⁵. Les actions de nature collectives peuvent

¹⁵²³ V. *supra*n°835.

¹⁵²⁴ V. *supra*n°843.

¹⁵²⁵ V. *supra*n°678.

résoudre en partie ce problème. Néanmoins, pas de manière complète : tous les contentieux des contrats d'adhésion entre professionnels ne sont pas des contentieux de masse. La solution qui a été trouvée est de faire œuvre de « *pédagogie* ». Mot relativement séduisant en politique, car il traduit une bienveillance du pouvoir. Cependant, dès qu'il doit se traduire en terme de solution judiciaire, il provoque bien plus de conflits. La pédagogie en question doit donc se traduire par le tracé d'un processus de négociations précis pour standardiser les contrats et les pourparlers autant que les entreprises l'acceptent.

Toutes ces solutions ont, dans l'ensemble, reçu un accueil favorable après leur promulgation. Là où le bât blesse, c'est lorsque l'on découvre leurs effets secondaires sur le droit commun ; notamment le droit commun de la procédure judiciaire. Le droit des pratiques restrictives de concurrence s'est vu, à plusieurs reprises, accusé de détruire les concepts du droit des obligations¹⁵²⁶. Il pourrait être répondu à cela que les impératifs politiques priment sur l'harmonie doctrinale des règles. Cela ne surmonterait pas tous les obstacles. À quoi bon une procédure efficace si elle rend le droit de moins en moins lisible à mesure que les réformes se succèdent ? C'est pourquoi il est des domaines où la protection judiciaire de la partie faible doit se limiter à un droit spécial, et d'autres où elle peut se fondre dans le droit général. L'on peut par exemple imaginer une procédure d'action du ministre qui dépasse le simple cadre des pratiques restrictives de concurrence. Pour ce qui est de l'action en référé, il est temps de donner au référé-concurrence l'utilité qu'une jurisprudence trop peu pragmatique lui a fait perdre. En détachant des conditions du référé de droit commun, l'on permet aux petites entreprises de ne pas être prises au piège des stratégies néfastes de leurs partenaires. L'action de groupe en revanche n'a pas à faire l'objet d'une procédure spéciale, à ceci près que l'analyse des négociations ne permet pas de former un groupe aussi facilement que des contrats publiés en série.

Il s'agit finalement de solutions qui existent déjà, en partie, en droit positif. Le tout étant de les adapter pour les rendre utiles à leur finalité. Cette adaptation, qu'elle se fasse par le biais de la loi ou de la jurisprudence est cependant nécessaire. Un défaut dans la procédure peut se transformer en pertes colossales pour les victimes des abus dans les contrats.

¹⁵²⁶ V. *supra*. n°316. M. Behar-Touchais, « Premières sanctions du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : l'article L442-6, I, 2° du Code de commerce va-t-il devenir « une machine à hacher le droit » ?», *op. cit.*

Conclusion de la Deuxième Partie.

965. Le choix résolu d'un droit des contrats parfaitement modifiable par le juge dans certaines circonstances. C'est une chose d'identifier la faiblesse d'un contractant, c'en est une autre de donner effet à cette faiblesse. La correspondance entre la faiblesse et la solution ne va pas de soi. Il faut apporter un remède qui découle logiquement du mal. Sinon, l'on prend le risque, soit de ne pas être efficace, soit d'apporter une solution empreinte d'effets secondaires indésirables. Quel est le mal auquel l'on cherche à remédier ? Une incapacité à faire valoir ses droits au cours des négociations. Quelle est la solution qui en découle logiquement ? Rétablir le contrat, et plus exactement la répartition des richesses dans l'état dans lequel on aurait trouvé les contractants, si la négociation s'était faite sur un rapport égalitaire. Ce n'est pas tout de le dire. Il s'agit d'imaginer un passé fictif. Comment se seraient trouvées les parties dans le meilleur des mondes où l'on ne commet aucun abus ? Toutes les possibilités sont permises. Est-il dangereux de s'en remettre à l'opinion du juge pour savoir comment doit se faire ce correctif judiciaire ? Nous ne le pensons pas. Les hypothèses d'abus flagrants sont suffisamment nombreuses pour que l'autorité judiciaire sache distinguer une négociation léonine d'un partenariat équitable. La gamme n'est donc pas trop large pour remodeler le contrat dans la version qui conviendra le mieux. Cette souplesse d'action du juge doit d'ailleurs son existence à la créativité juridique des entreprises les plus fortes. À force de mettre des contraintes au remodelage judiciaire des contrats, le législateur laisse une marge de manœuvre à la partie forte dont l'exploitation finit par se généraliser en pratique.

966. Une volonté d'efficacité qui ne peut se contenter des simples règles du droit civil. Faut-il aller plus loin que le simple rééquilibrage du contrat ? La réponse est assurément positive. Tout dépend des modalités d'application de cette sanction. Nous avons esquisqué les traits d'un droit pénal des contrats d'affaires déséquilibrés. Nous avons pu voir qu'au plan théorique, la proposition avait quelque chose de souhaitable, et qu'au plan pratique, les obstacles propres au droit pénal diminuent fortement ses possibilités. Ainsi, en dehors des ententes, le droit de la concurrence ne laisse pratiquement pas de place à des sanctions pénales. L'on pourrait néanmoins s'en satisfaire en pensant que même rarissime, la sanction n'en demeure pas moins dissuasive. Pourtant, la protection des contractants vulnérables doit figurer comme une valeur fondamentale de notre droit. Ce n'est pas seulement de rendre justice à un professionnel lésé ; c'est également assurer une répartition égalitaire de la richesse au niveau macroéconomique. Le législateur a même, à plusieurs reprises, pris à son compte les impératifs de protection des opérateurs, au-delà de la protection du marché. Une faille a d'ailleurs été ouverte en jurisprudence. Sans que l'on en connaisse exactement les causes exactes, un droit semi-pénal, pas toujours bien défini, a trouvé sa place en droit des affaires. Il semble plus adapté pour appliquer la règle punitive au monde des affaires. Un pouvoir sans limites pourrait-il être aussi donné au juge et des indemnités dépassant toute

espérance de la part du demandeur pourraient-elles être permises ? Cette solution n'est pas souhaitable, et il n'y a que le Trésor public qui puisse valablement récupérer l'argent qui ne correspond pas à une réparation.

967. Un objectif de protection qui doit se donner les moyens en justice pour garantir son effet utile. Le problème est que, la protection du contractant « partie faible » ne se réduit pas à ordonner quelques indemnités du haut d'une chair, dans un tribunal. La protection du contractant faible remonte au moins à Saleilles. Jusqu'à la fin du XX^{ème} siècle, la doctrine avait eu le temps de fournir toutes les solutions possibles, avec leurs forces et leurs limites, pour rééquilibrer le contrat en faveur du plus faible. La modulation judiciaire du contrat et le droit quasi pénal semblent constituer un sommet à cet égard. Que faudrait-il de plus ? Il faudrait en fait donner les moyens à ces sanctions de s'appliquer réellement, quitte à opérer de grands changements dans le système judiciaire. Ces changements sont-ils si grands que cela ? À vrai dire, ceux que nous proposons s'appuient sur les institutions qui existent déjà et tentent de les transformer pour leur donner leur plein effet. Il ne s'agit pas tant de bouleverser le système judiciaire, mais plutôt de le rendre effectif. L'on ne voit, par exemple, pas pourquoi le référé concurrence, issu de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, est soumis aux conditions du référé de droit commun. L'on ne voit pas non plus pourquoi l'action de groupe, lorsqu'elle n'est pas réservée qu'aux consommateurs, doit attendre la longue solution de l'action publique ? L'on ne voit pas enfin pourquoi la Commission d'examen des pratiques commerciales ne parvient pas à redonner, aux entreprises, la sécurité juridique qu'elles croyaient avoir perdue.

968. L'objection d'une prétendue contrainte économique susceptible de ruiner l'intérêt d'une protection de la partie faible professionnelle. Une question peut être cependant soulevée cependant. Le droit économique se réduit-il à la simple protection de la partie faible ? C'est en tout cas une dimension majeure qui dépasse la simple moralisation des affaires. Certes, protéger une partie faible ne crée pas de l'innovation et ne crée pas de marge susceptible d'enrichir un intermédiaire. Elle n'ajoute rien au produit intérieur brut. Faudrait-il donc que le droit de la protection du contractant vulnérable se plie sous la loi d'autres impératifs plus rentables ? Faudrait-il laisser certains abus être pratiqués pour qu'il en résulte un bienfait (hypothétique) pour le consommateur ? Au contraire, l'économie n'a rien à gagner à laisser des abus se commettre. Premièrement, parce que l'économie n'a pas tant pour but de faire prospérer un marché que d'assurer le bien-être des personnes qui en sont les opérateurs. En deuxième lieu, la protection est une condition de la prospérité économique. Derrière le professionnel partie faible, se cache, non seulement des emplois, mais également des investissements, tels que des crédits à rembourser, souvent garantis par des personnes privées. Enfin, les plus petites entreprises que nous cherchons à protéger sont largement créatrices de richesse. Leur perte signifierait la réduction de l'offre, la progression des monopoles et oligopoles, mais aussi une baisse de la qualité des produits proposés à la demande. Et par conséquent, la concentration des entreprises conduit le plus souvent à une plus grande

standardisation et donc un choix plus restreint pour le consommateur. Songeons spécialement aux commerçants qui se sont franchisés en espérant augmenter leurs bénéfices, et qui réduisent ainsi le paysage de l'offre, avec plus ou moins de réussite commerciale à la fin.

969. L'objection des lacunes du juge pour rééquilibrer une relation contractuelle. Le juge est-il le plus compétent pour fixer le contenu du contrat que les parties ? Rappelons d'abord que selon notre raisonnement, son immixtion dans le contrat ne peut se faire que dès lors qu'il a surpris un défaut dans les négociations. Il ne s'agit donc pas d'en faire un administrateur du droit commercial. Il ne s'occupera que de ce qui est illicite de façon flagrante. Il ne s'agit donc pas pour lui d'arbitrer un marché, mais une situation précise où des abus sont commis. Peu importe donc que le prix qu'il fixe ne soit pas parfaitement exact s'il restaure la victime d'un abus dans une fourchette de prix raisonnable. DLe recours à un expert judiciaire peut aussi très bien résoudre l'incapacité du juge à équilibrer un contrat.

Ce parti pris d'un droit des affaires orienté vers la protection de la partie faible n'est pas une ligne unanimement partagée en doctrine, elle doit cependant être assumée comme non seulement bénéfique, mais aussi nécessaire. Là où la protection recule, l'abus progresse. Et qui dit abus dit nécessairement injustice et appauvrissement.

CONCLUSION GÉNÉRALE

970. *Un phénomène à appréhender de façon globale.* Le phénomène du contrat d'adhésion entre professionnels est, nous l'avons vu, plus qu'une catégorie juridique. C'est un fait social qui prend la forme d'une lutte entre des entreprises fermement implantées sur le marché où elles opèrent, et des petites entités économiques qui cherchent à assurer modestement une étape de la chaîne de production. Peut-on être certain qu'un jour, les différents secteurs de l'économie auront atteint une réelle stabilité qui réduira considérablement le nombre des abus ? Ce n'est guère envisageable. Les efforts politiques ne parviennent pas à endiguer les déséquilibres relatifs au marché et les phénomènes de dépendance. Il est donc nécessaire que la justice ait toujours un œil vigilant pour prévenir les conséquences, là où les causes sont mal maîtrisées. De cela, nous déduisons qu'il faut un juge du contrat d'affaires qui soit relativement présent, doté d'une capacité à sanctionner le plus de comportements possible, et à imposer les sanctions les plus lourdes lorsque la stratégie de la partie forte est délibérément néfaste. Si l'on ne fournit pas à la justice les moyens d'agir efficacement, d'autres lois peuvent venir se rajouter à celles qui ont déjà été promulguées et dont nous avons déjà parlé¹⁵²⁷.

971. *Une prise de position assumée en faveur d'une économie surveillée par l'État.* On peut comprendre les objections qui peuvent être adressées à une telle vision du contrat d'affaires. La première objection sera celle qui convaincra le moins: l'accusation d'un État trop puissant, signe d'archaïsme économique et de frein à l'expansion. Nous ne voyons guère d'inconvénients à ce que l'État soit doté de pouvoir efficaces, si c'est pour veiller à ce que chaque citoyen puisse gagner la richesse qu'il a légitimement méritée. Au contraire, c'est un des rôles de l'État de veiller à la juste répartition des richesses et non pas seulement de laisser, par une confiance excessive, les entreprises faire du profit toutes seules.

972. *Une protection ne pouvant concerner que les cas extrêmes.* En revanche, l'on pourrait dire qu'une politique trop forte en faveur du professionnel partie faible peut se faire au détriment d'autres objectifs. Par exemple, une présence trop intrusive du juge pourrait générer un contentieux de mauvaise foi. Il revient alors au juge de ne pas sanctionner des situations en deçà d'un certain seuil de disproportion. Le contrat d'adhésion doit demeurer une exception. Il ne s'agit pas de charger le juge de l'équilibre du marché, mais simplement d'assurer à un professionnel la rémunération à laquelle un chantage commercial lui fait échapper. Il faut faire confiance à la sagesse judiciaire pour ne pas laisser d'espoir à ceux qui invoqueraient de mauvaise foi l'absence de négociation. D'ailleurs, le fondement du déséquilibre significatif, comme nous l'avons démontré¹⁵²⁸, concerne surtout des situations

¹⁵²⁷ V. *supra*. n°13.

¹⁵²⁸ V. *supra*.n°246.

flagrantes. Il n'y a donc pas forcément lieu de penser que le juge abuse des fondements protectionnistes que l'on met à sa disposition.

973. Une politique de protection de la partie faible appelée à toucher d'autres branches de la science juridique. Il est une autre question que l'équilibre des contrats d'adhésion entre professionnels peut soulever : le droit vaut-il la peine que l'on oriente toutes ses ramifications à l'unique fin de rééquilibrer les contrats d'adhésion entre professionnels ? En effet, nous avons pu toucher à des principes élémentaires du droit privé tels que la personnalité juridique ou la validité des clauses relatives au procès. La protection de la partie faible professionnelle est-elle à ce point cruciale dans notre droit que même le droit international privé doive se plier à ses exigences ? Cela appelle plusieurs remarques. D'abord, la protection des entreprises les plus petites est une exigence fondamentale de notre droit, comme nous avons pu le dire plusieurs fois. Mais il ne s'agit pas non plus tant de déformer les catégories du droit que d'utiliser celles qui existent déjà. La notion « d'entreprise » en droit de l'Union européenne ne peut pas concerner sans fin que le seul droit des pratiques anticoncurrentielles. L'utilité de ce concept est appelée à irriguer tout le droit des affaires où le recours à une personne morale « de paille » est un moyen relativement connu pour échapper à la responsabilité. De même, les lois de police, que nous souhaitons rendre plus fonctionnelles, ne sont que des instruments de longue date du droit international privé. De plus, l'action de groupe existe déjà en faveur des consommateurs. Et que penser du « référencurrence » dont nous ne réclamons guère que l'application utile¹⁵²⁹ ? Toutes les propositions que nous avons faites, dans leur ensemble, concernent un besoin de donner un effet utile aux lois souhaitant moraliser le droit des affaires. Elles peuvent également être transposées au droit de l'environnement, et elles existent déjà, pour une part importante dans le droit social. Le besoin de protection de la partie faible a d'ailleurs, toujours existé. Simplement, il se décline de façon différente aujourd'hui, les catégories ne survivant pas toujours à l'évolution des faits. Nous avons, à cet égard, démontré plusieurs fois que la franchise pouvait être un moyen relativement pratique pour contourner les règles du droit du travail. C'est pourquoi la protection que nous accordons à la partie faible professionnelle ne s'éloigne pas totalement de celle que le droit social a pu accorder au salarié.

974. Le double objectif de justesse et d'efficacité. Il convient donc de reprendre les propositions que nous avons formulées pour donner un équilibre au phénomène des contrats d'adhésion entre professionnels. Notre but était de traiter, à la fois, le problème de façon juste et efficace. Pour le traiter de façon juste, nous avons émis une proposition principale. Pour le traiter de façon efficace, nous avons appelé de nos vœux d'autres ajustements du droit positif.

975. La réponse à l'objectif de justesse : la modulation du contrat d'affaires par l'analyse des négociations. La proposition principale était de considérer que, pour que les

¹⁵²⁹ Rappelons que la jurisprudence refuse de l'appliquer à des conditions plus souples que le référent commercial de droit commun, v. *supra*.n°814

contrats d'adhésion entre professionnels ne donnent pas lieu à des situations choquantes, il fallait que le juge ait la possibilité de modifier leur contenu, dans la mesure où les négociations qui ont précédé la signature du contrat ne se sont pas faites sur une base équitable. Ainsi, le Code de commerce pourrait contenir cette disposition que nous avons formulée au début de notre étude : « *Si dans un contrat conclu entre deux professionnels, une disposition n'a pas fait l'objet d'une négociation selon des termes équitables, mais a été manifestement imposée par un pouvoir de fait, la partie subissant ce pouvoir de fait est en mesure de demander en justice une modification du contrat selon les termes qui auraient été convenus si la négociation avait été équitable.* » De la sorte, un principe d'équité dans la négociation prendrait place en droit des affaires. Il constituerait une juste synthèse entre divers concepts que le droit connaît déjà en partie tels que la bonne foi, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui ou la proportionnalité. Cela donnerait alors à la négociation une place qu'elle cherche dans notre droit depuis le Code Napoléon de 1804.

Cette disposition aurait l'avantage de résoudre l'éénigme de la partie faible professionnelle, relativement difficile à définir et n'enfermerait pas le juge dans une évaluation systématisée des prestations qui ne relève pas réellement de son office et n'est pas facile à réaliser.

976. La réponse à l'objectif d'efficacité : plusieurs ajustements juridiques en faveur de la partie faible. Si le droit n'était fait que de raisonnements abstraits, cette proposition se suffirait à elle-même. Malheureusement, l'expérience de la protection de la partie faible montre que le rééquilibrage du contrat est un parcours jonché d'obstacles contingents. Indépendamment même d'une mauvaise intention de la part de la partie forte, l'action est, pour la victime, incertaine. Plus encore, elle est une embûche, lorsque le succès de ses prétentions est menacé par des failles juridiques qui n'empêchent en rien que lesdites prétentions soient justes. Elles découragent l'action et annulent l'objectif politique de protection initialement visé. En effet, la victime, peu aisée, se résigne souvent à endurer un contrat désavantageux plutôt qu'un échec fatal à un procès. Ces contingences ne sauraient annuler purement et simplement un principe que nous jugeons crucial pour l'économie. Aussi, une politique de moralisation des affaires doit-elle prendre en compte les différentes parades que la partie forte peut inventer. Pour y parvenir, certaines dispositions législatives doivent être mises en œuvre. Comme nous le disions, elles s'inscrivent dans un contexte global de moralisation des affaires ; on ne saurait souffrir le reproche qu'elles ne concernent que notre étude. En voici la liste :

Il faut premièrement que la notion « d'entreprise », dégagée par le droit de l'Union européenne, soit généralisée à tout le droit des affaires. Non seulement cela permet de désigner le vrai auteur d'un comportement, mais encore cela aide à désigner le juste débiteur de la réparation.

Ensuite, alors que le droit international tend de plus en plus à faciliter la mobilité des litiges, il convient que l'impérativité permette de rendre la loi sur le contrat d'adhésion applicable à tous les litiges impliquant une entreprise opérant sur le marché français. Il ne

s'agit là que de mettre en œuvre le mécanisme des lois de police qui existe déjà en droit positif. En revanche, il faut également que le juge français soit en mesure de retenir le litige qui concerne un tel contrat d'adhésion dans le giron de sa juridiction lorsqu'une simple clause transfère artificiellement cette compétence à un juge étranger moins regardant ou à un arbitre.

En troisième lieu, nous pensons que si l'action de groupe ne saurait lutter contre toutes les pratiques restrictives de concurrence, elle présente néanmoins un intérêt pour certaines circonstances de déséquilibre contractuel entre professionnels. La doctrine a suffisamment fait part de ses revendications à ce sujet¹⁵³⁰ pour que nous insistions particulièrement sur ce point.

Nous avons également émis la proposition d'un droit pénal ou semi-pénal pour rendre effective cette protection du professionnel partie faible. L'objection de criminalisation de l'entreprise est prévisible. La tendance à la dépénalisation du droit des affaires manifeste d'ailleurs une réticence à imposer autre mesure une menace pénale sur la vie commerciale. Nous pensons qu'une infraction pénale aurait le mérite, même symbolique, de donner conscience de leurs limites à certaines entreprises dont le pouvoir dépasse parfois celui de l'État. Un droit semi-pénal, quant à lui, aurait le mérite de lutter contre les fautes lucratives et de dissuader les parties fortes d'un profit subsistant en dépit de l'interdiction.

Toujours au plan judiciaire, nous pensons qu'il faut revenir sur la jurisprudence qui empêche le référé-concurrence de s'appliquer à des conditions plus souples que le référent de droit commun. Que ce soit par une disposition législative ou un revirement de jurisprudence, l'article L464-1 du Code de commerce ne doit pas comporter, pour être appliqué, de condition d'urgence. Et il faut permettre également au juge qui statue, en vertu de ce référent, de pouvoir interpréter le contrat.

Nous croyons également que le fardeau de la preuve peut être assoupli en faveur de la partie faible, si elle démontre des indices patents, laissant à penser que les négociations n'ont pas été justes. Ces indices ne peuvent suffire en eux-mêmes à caractériser l'absence de négociations. Cela vient du fait que les négociations souffrent du défaut d'être difficiles à prouver. Il demeure que ce n'est qu'après avoir montré que la partie adverse était en mesure de défendre ses intérêts que le juge doit débouter le demandeur de ses prétentions.

Enfin, il faut que les organes dépendant des ministères dictent un comportement aux parties contractantes dont elles ne s'écarteraient qu'à leurs risques et périls. Ceci ne peut pas concerner tous les contrats, mais, d'une manière générale, l'on peut regarder comme suspect une innovation commerciale qui n'accorde pas assez de compensation aux partenaires. L'innovation commerciale ne peut pas être une fin en soi. Imposer des processus contractuels aux entreprises permet de surveiller leurs stratégies néfastes, dans la mesure où, si la recherche de leur profit est légitime, celle de leurs cocontractants l'est tout autant. Il faut donc regarder avec une certaine vigilance les stratégies commerciales novatrices. La déréglementation que nos dernières années ont connue a rendu mouvants les schémas contractuels classiques. Le droit a donc eu de plus en plus de mal à appréhender les situations commerciales nouvelles. Si la Commission d'examen de pratiques commerciales fournit un

¹⁵³⁰ V. *supra*. n°835.

schéma type de négociations, elle permet à la fois de donner une sécurité juridique aux entreprises, mais aussi de garantir le respect des intérêts de chaque partie au contrat.

977. L'avenir du traitement du contrat d'adhésion entre professionnels par l'analyse des négociations. Y a-t-il un avenir à de telles propositions ? Les tendances réformatrices opposées semblent survivre aux changements de législature. D'un côté, une tendance relativement interventionniste qui ne craint pas une ingérence judiciaire dans le contrat d'affaires. Il faut, à cet égard, constater que la notion de contrat d'adhésion reste présente dans le projet de réforme du droit des obligations. La protection de la personne vulnérable est d'ailleurs relativement reprise dans diverses branches du droit. De l'autre, l'on perçoit une tendance à contenir cet interventionnisme dans une peur du changement. C'est peut-être pour cette raison que le projet de réforme du droit des obligations refuse de donner des conséquences à cette catégorie de contrat d'adhésion. Il est peut-être nécessaire que la tendance à la protection des personnes vulnérables gagne notre droit. Cela ne voudrait pas dire qu'il n'y aurait aucune limite. Néanmoins, la protection de la partie faible doit demeurer un principe à l'heure où l'incertitude juridique et économique touche les entreprises les plus fragiles.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

I : Dictionnaires, recueils, et encyclopédies

ALLAND (D.) et RIALS (S.), (dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, PUF, Lamy, 2003

ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.), *Grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, Paris, Dalloz, [5^{ème} édition], 2006

ARCELIN-LECUYER (L.), *Juriscl. Concurrence-consommation*, fasc. 35, « Notion d'entreprise en droit interne et européen de la concurrence », juillet 2014

BENABENT (A.) et JOBERT (L.), *Juriscl. Contrats distribution*, fasc. 1450, « Sous-traitance », mars 2001 (mise à jour février 2013)

BERNADINI (R.), *Rép. Dalloz Droit pénal et procédure pénale*, « Personne morale », octobre 2014

BLAISE, (J.-B.), *Rép. Dalloz, droit commercial*, « Abus de position dominante », octobre 2005, (mise à jour janvier 2015)

BRUSCHI (M.), *REP. DALLOZ DROIT COMMERCIAL*, « REFERE COMMERCIAL », JUIN 2011

CORNU (G.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF (Quadrige), [9^{ème} édition] 2014

DELEBECQUE (P.), *Juriscl. Code civil, art. 1146 à 1155*, fasc. 22. « Régime de la réparation », juillet 2013, (mise à jour juin 2014)

Dictionnaire de l'économie, Paris, Albin Michel – Encyclopædia Universalis, 2007

DISSAUX (N.), *Juriscl. Commercial*, fasc. n°256, « Clause de non-concurrence », mars 2014

Encyclopédie Lamy droit du contrat, mars 2014

FERRAND (F.), *Rép. Dalloz Procédure civile*, « Preuve », décembre 2013, (mise à jour avril 2015)

FOURGOUX (J.-L.), *Juriscl. commercial*, fasc 281, « Transparence et pratiques restrictives de concurrence », mars 2013

GAUDEMEL-TALLON (H.), *Rép. Dalloz de droit international*, « Compétence internationale : matière civile et commerciale », avril 2014 (mis à jour avril 2015)

GREENWALD (D.) (dir.), *Encyclopedia of Economics*, Columbus, McGraw-Hill Book Company, 1982

GRYNFOGEL (C.), *Juriscl. Commercial*, fasc. 268 « Abus de position dominante », septembre 2011

GRYNFOGEL (C.), *Juriscl. Commercial*, fasc. 260 : « Droit français des abus de domination », septembre 2011

HONTEBEYRIE (A.), *Rép. Dalloz Droit civil*, « Prescription extinctive », mars 2011

KESSEDJIAN (C.) et Cohen-Elbaz (S.), *Juriscl. Droit international*, fasc. 571-20 « Contrat de distribution. – introduction générale. – Droit international privé », décembre 2010

LAMAZEROLLES (E.), *Juriscl.. Droit commercial*, fasc. 289 « Vente commerciale. Formation » septembre 2012

LE TOURNEAU (P.), *Juriscl. Contrats - Distribution*, fasc. 1030, « Conditions de validité. – Validité au regard du droit de la concurrence », juillet 2012, point n°70

LE TOURNEAU (P.) et POUMAREDE (M.), *Rép. Dalloz Droit civil*, « Bonne foi », janvier 2009 (mise à jour octobre 2014)

LE TOURNEAU (P.) et ZOÏA (M.), *Juriscl. Contrats – distribution*, fasc. 1020, « Concessions, concession libre : la distribution sélective », novembre 2014

LEGEAIS (D.), *Juriscl Banque – Crédit – Bourse*, fasc. 151, « Responsabilité du banquier service du crédit ». Septembre 2008, (mise à jour juin 2015)

LEGEAIS (D.), *Juriscl. Commercial*, fasc. 346, « Responsabilité du banquier fournisseur de crédit », septembre 2013.

MAZEAUD (D.), *Rép. Dalloz, Droit civil*, « Lésion », mars 2012 (mise à jour juin 2014)

MOHAMED SALAH (M. M.), *Rép. Dalloz, Droit commercial*, « Usages commerciaux », octobre 2007 (mise à jour septembre 2011)

Oxford dictionary of quotations, Oxford, Oxford University Press, [8^{ème} édition Press] 2014

PETIT (B.) et ROUXEL (S.), *Juriscl. Code civil*, « article 1109 », septembre 2012 (mise à jour août 2014)

PICOD (Y.), *Rep. Dalloz Droit civil*, « Nullité », mars 2013 (mise à jour juin 2014)

PRIETO (C.), *Juriscl. Europe Traité*, fasc. 1440, « Abus de position dominante », juillet 2014

RAYMOND (G.), *Juriscl. Commercial*, fasc 906 « Clauses abusives », mise à jour 2 avril 2010

ROCHFELD (J.), *Rép. Dalloz Droit civil*, « Cause », septembre 2012, (mise à jour avril 2015)

ROLAND (H.) et Boyer (L.), *Adages du droit français*, Paris, Litec, [4^{ème} édition] 1999

SIMLER (P.), *Juriscl. Code civil*, fasc. 20, « art. 1156 à 1164 », septembre 2009 (mise à jour juin 2015)

SUDRE (F.) et MARGUENAUD (J.-P.) et alii, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, [7^{ème} édition] 2015

VAREILLES-SOMMIERES (P. de), *Rép. Dalloz, Procédure civile*, fac. « Jugement étranger », septembre 2013 (mise à jour avril 2015)

II : Ouvrages généraux, traités, manuels

ABRAHAM-FROIS (G.), *Dynamique économique*, Paris, Dalloz, [9^{ème} édition] 2002

AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Introduction au droit, et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, [15^{ème} édition] 2014

AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français d'après la méthode Zachariae*, Paris, Marchal et Billard, [6^{ème} édition] 1935

AUBRY (C.) et RAU (C.), *Droit civil*, Paris, Paul Esmein, [6^{ème} édition] 1897

AUBY (J.-B.), PERINET-MARQUET (H.) et NOGUELLOU (R.), *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Paris, Montchrestien, [9^{ème} édition] 2012

AUDIT (B.) et d'AVOUT (L.), *Droit international privé*, Paris, Economica, [7^{ème} édition] 2013

AYNES (A.) et VUITTON (X.), *Droit de la preuve*, Paris, LexisNexis, 2013

BACACHE (M.), *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Economica, [2^{ème} édition] 2012

BABANDO (J.-P.), *La sous-traitance dans la construction*, Paris, Litec, [2^{ème} édition] 2005

BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *Les contrats de la distribution*, Paris, LGDJ, 1999

BOURASSIN (M.), BREMOND (V.) et JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), *Droit des sûretés*, Paris, Sirey, [4^{ème} édition] 2014

BUFFELAN-LANORE (Y.) et LARRIBEAU-TERNEYRE (V.), *Les obligations*, Paris, Dalloz, [14^e édition] 2014

BUREAU (D.) et MUIR-WATT (H.), *Droit international privé*, Paris, PUF, [3^{ème} édition] 2014, t. I

CACHARD (O.), *Droit du commerce international*, Paris, LGDJ, [2^{ème} édition] 2011

CARBONNIER (J.), *Droit civil. Introduction*, Paris, PUF, (Thémis), [26^{ème} édition] 1999

COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, [9^e édition] 2011

DAVID (R.) et PUGSLEY (D.), *Les contrats en droit anglais*, Paris, LGDJ, [2^e édition] 1995

DEBEAURAIN (J.), *Le Bail commercial*, Aix-en-Provence, Edilaix, (Coll. Mémenton), 2009

DECOCQ, (A. et G.), *Droit de la concurrence, droit interne et de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, [6^{ème} édition] 2014

DEKEUWER-DEFFOSSEZ (F.) et BLARY-CLEMENT (E.), *Droit commercial*, Paris, Montchrestien, [10^{ème} édition] 2010

FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations I – Contrat et engagement unilatéral*, Paris, PUF 2012

FAGES (B.), *Droit des obligations*, Paris, LGDJ, [4^e édition] 2013

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Droit civil, les obligations, 1, l'acte juridique*, Paris, Sirey, [16^{ème} édition] 2014

GHESTIN (J.), *Traité de droit civil, Le contrat, la formation*, Paris, LGDJ, [4^{ème} édition] 2013

GHESTIN (J.), JAMIN (C.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, Paris, LGDJ, [3^{ème} édition] 2001

GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *Traité de droit civil, La formation du contrat, 2 L'objet et la cause – Les nullités*, Paris, LGDJ, [4^{ème} édition] 2013

GOUBEAUX (G.), GHESTIN (J.) et FABRE-MAGNAN (M.), *Traité de droit civil, introduction générale*, Paris, LGDJ, [4^{ème} édition] 1994

HOUTCIEFF (D.), *Droit commercial*, Paris, Dalloz Sirey, [3^{ème} édition] 2011, (nouvelle édition 2015 à paraître)

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, [trad. C. EISENMANN], Bruxelles et Paris, Bruylant LGDJ 2010

LARROUMET (C.), *Droit civil, Les obligations, le contrat, 1^{ère} partie conditions de formation*, Paris, Economica, [6^{ème} édition] 2007

LARROUMET (C.), AYNES (A.), *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Economica, [6^{ème} édition] 2013

LE TOURNEAU (P.), *Responsabilité civile professionnelle*, Paris, Dalloz, [2^e édition] 2005

LECLERC (F.), *Droit des contrats spéciaux*, Paris, LGDJ Lextenso, [2^e édition] 2012

LEGEAIS (D.), *Sûretés et garanties du crédit*, Paris, LGDJ, [9^{ème} édition] 2013

LEPAGE (A.), MAISTRE DU CHAMBON (P.) et SALOMON (R.), *Droit pénal des affaires*, Paris, LexisNexis, [3^{ème} édition] 2013

LOUSSOUARN (Y.), BOURREL (P.) et VAREILLES-SOMMIERES (P. de), *Droit international privé*, Paris, Dalloz, [10^{ème} édition] 2013

MACKAAY (E.) et ROUSSEAU (S.), *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz 2008

MAINGUY (D.), RESPAUD (J.-L.) et DEPINCE (M.), *Droit de la concurrence*, Paris, Litec [2^{ème} édition] 2015

MALAURIE (P.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.), *Les Obligations*, Paris, Lextenso, [6^{ème} édition] 2013

MALAURIE (P.), AYNES (L.) et CROCQ (P.), *Les sûretés, la publicité foncière*, Paris, Defrénois, [8^{ème} éd] 2014

MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence interne et européen*, Paris, Sirey, [6^{ème} édition] 2014

MALINVAUD (P.) et FENOUILLET (D.), *Droit des obligations*, Paris, LexisNexis, [12^{ème} édition] 2012

MAYER (P.) et HEUZE (V.), *Droit internationale privé*, Paris, LGDJ, [11^{ème} édition] 2014

MENDOZA-CAMINADE (A.), *Droit de la distribution*, Paris, Montchrestien, 2011

MESTRE (J.), PANCRAZI (M.-E.), ARNAUD-GROSSI (I.), MERLAND (L.) et TAGLIARINO-VIGNAL (N.), *Droit commercial, droit interne et aspects de droit international* Paris, LGDJ, [29^{ème} édition] 2012

MESTRE (J.) et RODA (J.-C.) (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Paris, Lextenso, 2011

MORETEAU (O.), *Droit anglais des affaires*, Paris, Dalloz, 2000

NIBOYET (M.-L.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G. de), *Droit international privé*, LGDJ, [4^{ème} édition] 2013

PIEDELIEVRE (S.), Droit de la consommation, Paris, Economica, [2^{ème} édition] 2014

POTHIER (R.-J.), *Oeuvres, Traité de la procédure civile et criminelle*, Paris, Chanson, 1821, t. IV

ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, [2^{ème} édition] 2013

SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), *Les contrats de consommation, règles communes*, Paris, LGDJ, 2013

STASIAK (F.), *Droit pénal des affaires*, Paris, LGDJ, [2^{ème} édition] 2009

TERRE (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, Paris, Dalloz, [11^{ème} édition] 2013

WEILL (A.) et TERRE (F.), Droit civil, *Les obligations*, Paris, Dalloz, [4^{ème} édition] 1986

III : Ouvrages spécialisés, thèses, monographies

ALISSE (J.), *L'obligation de renseignement dans les contrats*, thèse Paris, 1975

AMARO (R.), *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, préf. M. BEHAR-TOUCHAIS, thèse Paris Descartes

ARCELIN-LECUYER (L.), *Droit de la concurrence, Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2013

BAILLAT (M.), *La preuve en droit des pratiques anticoncurrentielles*, préf. M. BEHAR-TOUCHAIS, thèse Paris I, 2014

BAKOUCHE (D.), *L'excès en droit civil*, préf. M. GOBERT, Paris, LGDJ, 2005

BARBIERI (J.-J.), *Vers un nouvel équilibre contractuel*, Thèse USS Toulouse, 1981

BERLIOZ (G.), *Le contrat d'adhésion*, préf. B. GOLDMAN, Thèse Paris, LGDJ, [2^{ème} édition] 1976

BERTHIAU (D.), *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. J.-L. SOURIOUX, LGDJ, 1999, Paris

BOISMAIN (C.), *Les contrats relationnels*, préf. M. FABRE-MAGNAN, Aix-en-Provence, PUAM, 2005

BOUDILLAT (J.-J.), *Le référé dans le contentieux du droit des affaires*, Thèse Montpellier I, 1996

BUSSEUIL (G.), *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*, préf. J.-M. CAMPANA, Paris, LGDJ, 2009

CAFFIN-MOI (M.), *Cession de droits sociaux et droits des contrats*, préf. D. BUREAU, Paris, Economica, 2009

CALAIS-AULOY (J.), *Vers un nouveau droit de la consommation*, rapport de la commission de refonte du droit de la consommation eu secrétaire d'Etat auprès du ministre de l'Economie, des Finances et du Budget chargé de la consommation, Paris, La Documentation française, 1984

CAPITANT (H.), *De la cause des obligations* (contrats, engagements unilatéraux, legs), Paris, Dalloz, 1923

CARBONNIER (J.), *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, [10^{ème} édition] 2001

CATHIARD (A.), *L'abus dans les contrats conclu entre professionnels, l'apport de l'analyse économique du contrat*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006

CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit des obligations*, préf. J. GHESTIN, Paris, Dalloz, (Nouvelle Bibliothèque de Thèses), 2004

CHANTEPIE (G.), *La lésion*, préf. G. VINEY, Paris, LGDJ, 2006

CHEVRIER (G.), *Essai sur l'histoire de la cause en droit des obligations*, thèse Paris, 1929

CHONE (A.-S.), Les abus de domination : essai en droit des contrats et en droit de la concurrence, préf. B. TEYSSIE, Paris, Economica, 2010

CLAVEL (J.), *Le déni de justice économique dans l'arbitrage international, l'effet négatif du principe compétence-compétence*, thèse dactyl. dir. G. KHAIRALLAH Paris II, 2011

COHERIER (A.), *Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation du contrat*, thèse Paris, 1939

CUMYN (M.), *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, préf. de J. GHESTIN, Paris, LGDJ, 2002

DELEBECQUE (P.), *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, thèse Aix-en-Provence, dir. P. BONNASSIES, 1981

ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, Préf : A. LYON-CAEN, Paris, LGDJ, 2000

FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*,

préf. J. GHESTIN, Paris, LGDJ, 1992

FARJAT (G.), *Pour un droit économique*, Paris, PUF, 2004

FAUVARQUE-COSSON (B.), *Droit européen et international des contrats, l'apport des codifications doctrinales (I)*, Paris, Dalloz, 2007

FONTMICHEL (M. de), *Le faible et l'arbitrage*, préf. T. CLAY, Paris, Economica, 2013

FOURNIER- DE CROUY (N.), Les fautes lucratives, thèse sous la direction de M. BEHAR-TOUCHAIS, Paris Descartes, 2015

FISCHER (J.), *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, Paris, PUF, 2004

GARAPON (A) et I. PAPADOPOULOS, *Juger en Amérique et en France*, Paris, Odile Jacob, 2003

GATSI (J.), *Le contrat-cadre*, préf. M. BEHAR-TOUCHAIS, Paris, LGDJ, 1996.

GAUDEMEL (S.), *La clause réputée non écrite*, préf. Y. LEQUETTE, Paris, Economica, 2006

GELOT (B.), *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, aspects théoriques et pratiques*, Paris, LGDJ, 2003

GENICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. LEVENEUR, Paris, LGDJ 2007

GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris, LGDJ, 2006

Girard (F.), *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, Aix-en-Provence, PUAM, 2013, t.1 et 2

GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse Université de Bourgogne, 1912

HELLERINGER (G.), *Les clauses du contrat, essai d'une typologie*, préf. L. AYNES, Paris, LGDJ, 2012

JACQUEMIN (H.), *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Larcier, 2010

JAPIOT (R.), *Des nullités en matière d'actes juridiques, essai d'une théorie nouvelle*, thèse, Dijon, 1909

JULIEN (P.) et FRICERO (N.), *Procédure civile*, Paris, LGDJ, [4^{ème} édition] 2011

LABARTHE (F.), *La notion de document contractuel*, préf. J. GHESTIN, Paris, LGDJ, 1994

LACABARATS (A.), et MATHIEU (B.), *Les procédures d'urgence en droit des affaires*, Paris, Joly éditions, 2010

LAMOUREUX (M.), *L'aménagement du pouvoir des juges par les contractants*, préf. J. MESTRE, Aix-en-Provence, PUAM, 2006

LASBORDES (V.), *Les contrats déséquilibrés*, Aix-en-Provence, PUAM, 2000, t. I et II

LE GAC-PECH (S.), *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. H. MUIR-WATT, Paris, LGDJ, 2000

LE TOURNEAU (P.), *L'éthique des affaires et du management au XXI^{ème} siècle*, Paris, Dalloz, 2000

LECLERC (M.), *Les class actions, du droit américain au droit européen*, préf. J. MONEGER, Bruxelles, Larcier, 2012

LELOUP (J.-M.), *La franchise, droit et pratique*, Paris, Delmas, [4^{ème} édition], 2004

LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération, contribution à la théorie générale du contrat*, préf. de C. BRENNER, Paris, Economica, 2012

LEVASSEUR (A.), *Le contrat en droit américain*, Paris, Dalloz, 1996

LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir*, Paris, LGDJ, 2004

MACNEIL (I. R.), *The New social contract : An inquiry into modern contractual relations*, New Haven, Yale University Press, 1980

MAHER (A.), *De l'autonomie de la volonté individuelle quant aux modifications des contrats*, Montpellier, Thèse Université de Montpellier, 1913

MALAURIE-VIGNAL (M.), *Les restitutions en droit civil*, Paris, Cujas, 1991

MANCINI (A.), *La personnalité juridique dans l'œuvre de Raymond Saleilles*, Paris, Buenos Books International, 2007

MARTIN (M.), *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives*, préf. L. VOGEL, thèse Paris Panthéon Assas, 2009

MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Thèse Toulouse, 1949

MAURIN (L.), *Contrat et droits fondamentaux*, préf. E. PUTMAN, Paris, LGDJ, 2013

MELIN-SOUCRAMANIE (B.), « Le juge des référés et le contrat », préf. J. MESTRE, Aix-en-Provence, PUAM, 2000

MONDOLONI (M.-A.), *Les interventions préventives du juge des référés dans l'entreprise*, préf. M.-A. FRISON-ROCHE, Aix-en-Provence, PUAM, 2004

NAJJAR (I.), *Le droit d'option, étude du droit potestatif*, Paris, LGDJ, 1967

NOBLOT (C.), *La qualité du contractant comme critère légal de protection – essai de méthode législative*, préf. de F. LABARTE, Paris, LGDJ, 2002

PAERELS (H.), *Le dépassement de la personnalité morale, contribution à l'étude des atteintes à l'autonomie des personnes morales en droit privé et droit fiscal français*, préf. de M. COTTINI, Thèse Lille II, 2008

PANCRAZI-TIAN (M.-E.), *La protection judiciaire du lien contractuel*, préf. J. MESTRE, Aix-en-Provence, PUAM, 2002

PARAISO (F.), *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle*, préf. C. ATIAS, Aix-en-Provence, PUAM, 2011

PERELMAN (C.), *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1984

PORUMB (O.), *La rupture des contrats à durée indéterminée par volonté unilatérale, essai d'une théorie générale*, Thèse Paris, 1937

QIN (L.), *L'interprétation du contrat, étude comparative en droits français et chinois*, dir. D. MAZEAUD, thèse Paris II, 2012

RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA (H.), *Le raisonnable en droit des contrats*, préf. J. BEAUCHARD, Paris, LGDJ, 2009

RIPERT (G.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, [2^{ème} édition] 1951

RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, [4^{ème} édition] 1949

ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, préf. J. GHESTIN, Paris, LGDJ, 1999

SABLIER (B.), CARO (J.-E.), et ABBATUCCI (S.), *Sous-traitance dans la construction, Loi du 31 décembre 1975 : analyses et commentaires, Pratique des contrats de sous-traitance, modèles de lettre et actes types*, Paris, Editions Le Moniteur, [7^{ème} édition] 2012

SAILEILLES (R.), *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris, Pichon, 1901

SAILEILLES (R.), *De la personnalité juridique*, Paris, Arthur Rousseau et Cie, 1922

SAVAUX (E.), *Théorie général du contrat, mythe ou réalité*, Paris, LGDJ, 1997

SCHMIDT (J.), *Négociation et conclusion des contrats*, Paris, Dalloz, 1982

SIBONY (A.-L.), *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2008

STOFFEL-MUNCK (P.), *L'abus dans le contrat*, préf. R. BOUT, Paris, LGDJ, 2000

STOFFEL-MUNCK (P.), *Regards sur la théorie de l'imprévision*, préf. R. BOUT, Aix-en-Provence, PUAM, 1994

STRICKLER (Y.), *Procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2013

THIBIERGE (L.), *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. AYNES, Paris, Economica, 2011

TISON (R.), *Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français*, Thèse Paris, Paris, Domat-Montchrestien 1931

VALENTIN (G.), *Le contrat de sous-traitance*, thèse Paris, 1975

VALORY (S.), *La potestativité dans les relations contractuelles*, dir. J. MESTRE, Aix-en-Provence, PUAM, 1999

VINCENSINI (F.-X.), *La commercialité : recherche sur l'identification d'une activité*, Préf. J. MESTRE, Aix-en-Provence, PUAM, 1998

VIRASSAMY (G.), *Les contrats de dépendance*, Paris, LGDJ, 1986

VUITTON (J. et X.), *Les référés*, Paris, Litec, LexisNexis, [2^e édition] 2006

ZENCKER (V.), *Les rapports du droit et de l'économie : contribution à une analyse comparative des théories du droit sur l'économie*, thèse Paris Descartes, 2012

IV : Articles, notes de jurisprudence et contributions

A : Articles

AKERLOF (G. A.), « The Market of « Lemons » : Quality uncertainty and the market mechanism », *Quarterly Journal of economics*, 1970, n°84, p 488-500

ALBERTINI (M.), « Validité et efficacité des clauses limitatives de responsabilité entre professionnels », *JCP E*, 2012, 1760

ALES (T. d'), « L'avocat et la preuve dans le contentieux commercial de la concurrence », *AJCA*, 2015, 206

ALES (T. d') et TERDJMAN (L.), « L'écran sociétaire, rempart face à la mise en cause d'une société mère du fait de sa filiale », *JCP E*, 2014, 1584

AMRANI-MEKKI (S.), « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Defrénois*, 2002, n°37505

AMARO (R.), « Les prix imposés en droit de la concurrence », *AJCA*, 2015, 296

AMARO (R.) « Le déséquilibre significatif en droit commun des contrats ou les incertitudes d'une double filiation », *CCC*, 2014, étu. 8

AMARO (R.), « Le contentieux judiciaire des pratiques anticoncurrentielles entre espoirs et déception », *RJ Com*, 1^{er} mai 2014, n°3, p. 157

ANCEL (P.), « La rétroactivité et la sécurité des tiers », *RDC*, 2008 p. 35

ANCEL (P.), BRUN (P.), FORRAY (V.), GOUT (O.) et PIGNARRE (G.), « Points de vue convergents sur la réforme du droit des contrats », *JCP G*, 2008, I, 213

ARCELIN (L.), « L'alliance raisonnable entre droit de la concurrence et CEDH », *RLC*, 2007, n°11, p 100

ATTUEL-MENDES (L.), « La difficile articulation entre protection classique et protection spéciale du consentement », *JCP G*, 2007, I, 188

AUBERT DE VINCELLES (C.), « Naissance d'un droit européen de la vente et des contrats », *RDC*, 2012, p 457

AUBERT DE VINCELLES (C.), « Pour une généralisation encadrée de l'abus dans la fixation du prix, » *D*, 2006, 2629

AUBERT DE VINCELLES (C.) et SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), « Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur, » *D*, 2014, 879

AUGAGNEUR (L.-M.), « L'évaluation du préjudice concurrentiel à l'ère du Big Data », *JCP E*, 2015, 1295

AUGAGNEUR (L.-M.), « La directive n°2011/7 à la recherche d'une « culture du paiement rapide » », *CCC*, 2011, étu. 16

AUGAGNEUR (L.-M.), « Interdiction, droit et devoir de négocier : retour sur la confrontation entre conditions générales de vente et conditions générales d'achat », *JCP E*, 2010, 1654

AUGAGNEUR (L.-M.), « Transparence tarifaire, opacité législative », *RTD Com*, 2008, p 221

AVOUT (L. d'), « Le sort des règles impératives dans le Règlement Rome I », *D*, 2008, 2165

AVOUT (L. d') et AZZI (T.), « Le règlement n°863/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, dit « Rome II » », *D*, 2009, 1619

AYNES (L.) et STOFELL-MUNCK (P.), « Les prérogatives contractuelles et la bonne foi », *Dr. et patrimoine*, 1^{er} juillet 2010, p 103

AZZI (T.), « Bruxelles I, Rome I, Rome II : regards sur la qualification en droit privé communautaire », *D*, 2009, 1621

BACACHE (M.), « Introduction de l'action de groupe en droit français. – À propos de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 », *JCP G*, 2014, 377

BACACHE (M.), « Action de groupe et responsabilité civile », *RTD Civ*, 2014, 450

BARBET (J.) et ROSHER (P.), « Les clauses de résolution de litige optionnelles », *Rev. de l'arbitrage*, 2010, n°1, p 45

BARBIER (H.), « Violence économique : vers une approche en partie subjective du critère de violence économique ? » *RTD Civ*, 2015, 370

BARBIER (H.), « Le vice du consentement pour cause de violence économique », *Dr. et Patr.*, 2014, n°240, p. 80

BARBIERI (J.-J.), « Pour une théorie spéciale des relations contractuelles », *RDC*, 2006, 621

BARREAU (C.), « La participation française au réseau européen de concurrence après la LME : une inopportun divergence ? » *CCC*, n°10, octobre 2011, étu. 13

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », *JCP G*, 2015, doctr. 603

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Imputabilité d'une pratique anticoncurrentielle de la filiale à sa mère et action privée », *RDC*, 2014, 730

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Quand les juges du second degré viennent contenir le déséquilibre significatif », *RDC*, 2014, p 411

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Quelques pistes pour l'amélioration du droit des pratiques restrictives de concurrence », *RLC*, 2014, n°38, p 36

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Quand la théorie de l'imprévision entre par la petite porte : la clause de « hardship » imposée sous peine d'amende administrative », *RDC*, 2013, p 1431

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Le droit de priorité d'enseigne reconnu nonobstant l'avis de l'Autorité de la concurrence », *RDC*, 2013, 183

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Quand le tribunal d'Evry fait mentir les prévisions : certaines clauses résistent au déséquilibre significatif » *RDC*, 2013, p 979

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Aucune clause ne résiste à l'article L.442-6-I-2° du Code de commerce sanctionnant le déséquilibre significatif », *RLC*, 2012, n°31, p 43

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « L'action du ministre en condamnation à une amende civile est-elle recevable en l'absence d'information des fournisseurs ? » *RLC*, 2012, n°31

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « On en reprend pas aux fournisseurs ce que le ministre leur a « restitué » ! », *RLC*, 2012, n°31, p 44

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Quand la cour d'appel de Paris tente de systématiser le déséquilibre significatif », *RDC* 2011, 231

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Nouveaux instruments promotionnels (NIP) : Rapport Vautrin et Gaubert », *RLC*, 2011, n°29, p. 41

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Le Conseil constitutionnel peut-il statuer sans se soucier de l'opportunité ? », *RLC*, 1^{er} avril 2011, n°27, p 41

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Abus de puissance économique et droit international privé », *RIDE*, 2010, p 37 et s.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « L'article 6 du Règlement Rome II et les pratiques restrictives de concurrence internationales », *RLC*, 2010, n°22, p 31

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Première sanction du déséquilibre significatif dans un contrat entre professionnels, l'article L442-6 I 2^e du Code de commerce va-t-il devenir « *une machine à hacher le droit* » ? », *RLC*, 2010, n°23, p 43

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? », *RDC*, 2009, 1258

BEHAR-TOUCHAIS (M.), De la sanction de l'obligation d'information précontractuelle, *RDC*, 2009, p 1150

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « A la recherche d'une plus grande effectivité dans la lutte contre les pratiques restrictives de concurrence », *RLC*, 2005, n°2, p. 39

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Le « séisme tranquille » du rapport Hagelsteen », *RLC*, 2008, n°15, p 30

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « La rupture d'une relation commerciale établie », *LPA*, 2008, n°203, p 9

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Le nouveau contrat unique conclu entre fournisseur et grand distributeur issu de la loi Chatel du 3 janvier 2008 », *RDC*, 2008, 415

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Internet, entente et abus de position dominante », *CCE*, 2007, étu. 19

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « De la difficile appréciation du délai raisonnable du préavis pour rompre une relation commerciale établie », *RDC*, 2006, 431

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Les rapports industrie-commerce : la loi du 2 août 2005 sur les PME ou la loi Jacob-Dutreil et la circulaire du 8 décembre 2005 relative aux relations commerciales », *RDC*, 2006, 435

BEHAR-TOUCHAIS, « Négociations commerciales : un formalisme accru », *RLC*, 2005, n°3

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Arbitrage et ordre public européen », *Revue des affaires européenne*, 2005, t. 2, p 177 et s

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « À la recherche domaine et de la sanction de l'obligation d'information », *RDC*, 1^{er} décembre 2003, p 158

BEHAR-TOUCHAIS (M.) et AMARO (R.). « A propos du Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non alimentaire interentreprises en Europe (Réponse du réseau Trans Europe Experts) », *RLC*, 2013, n°36, p 35

BEHAR-TOUCHAIS (M.), FAUVARQUE-COSSON (B.), et JACQUEMIN (Z.), « Droit commun européen de la vente : l'unité sans l'uniformisation », *RDC*, 2012, 191

BERG-MOUSSA (A.), « Notion de déséquilibre significatif et action du ministre : point d'étape et nouveaux questionnements », *JCP E*, 2012, n°9, p. 26

BERGE (J.-S.), COURBE (P.) et MACQUERON (P.), « Chronique de droit de l'activité professionnelle », *LPA*, 3 mai 2000, n°88, p 3

BERNHEIM-DESVAUX (S.), « La clause résolutoire », *CCC*, 2012, form. 7

BEYNEIX (I.) et LEMMET (L.-C.), « L'arbitrage international est-il encore véritablement un mode alternatif de règlement des différends ? » *RTD Com.*, 2012, 225

BLAISE (J.-B.), « La sanction pénale », *JCP E*, 2013, 1170

BOCCARA (B.), « Un statut des baux commerciaux, pour quelles raisons ? », *AJDI*, 2000, p 493

BOFFA (R.), « La validité du contrat », *Gaz Pal*, 30 avril 2015, p 18

BOILLOT (C.), « Les clauses relatives au litige », *RTD Com*, 2013, 1

BOSCO (D.), « Les injonctions structurelles des autorités de régulation », *Cah. Dr. entr.*, 2014, entretien 5

BOSCO (D.), « La théodulisation du droit de la concurrence », *CCC*, 2014, repère 5

BOSCO (D.), « Une nouvelle injonction structurelle décomplexée », *CCC*, 2013, repère 1

BOSCO (D.), « Dernière étape du dirigisme concurrentiel : l'injonction structurelle », *CCC*, 2012, repère 3

BOUDIN (J.-O.), « La loi Hamon, une réglementation inadaptée au commerce de gros », *AJCA*, 2015, p. 48

BOULOC (B.), « Agent commercial, indemnités de rupture », *RTD Com*, 2015, 147.

BOUTHINON-DUMAS (H.), « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *RIDE*, 2001, p 339

BOURASSIN (M.), CLAUDEL (E.), DANIS-FATOME (A.) et THULLIER (B.), « Panorama de la législation et de la jurisprudence et droit civil des affaires, Illustrations marquantes des relations entre droit commun et droits spéciaux », *D*, 2006, 1380

BRIGNON (B.), « La « perméabilité » des règles professionnelles », *LPA*, 2 février 2010, n°23, p 5

BROS (S.), « Les contrats interdépendants, actualité et perspective », *D*, 2009, p. 960

BRUDIER (A.), « Le retrait du projet de loi définissant la notion de ventes agressives : la fin d'un nouveau souffle pour la notion de violence économique ? » *RLDC*, 2007, n°43, p. 69

BUREAU (D.), « La loi applicable en matière de rupture des relations commerciales établies », *JCP G*, 2014, 619

BUREAU (D.) et d'AVOUT (L.), Les lois de police étrangères devant le juge français de contrat international », *JCP G*, 2010, 530

BUREAU (D.) et MUIR-WATT (H.), « L’impérativité désactivée ? » *Rev. Crit. DIP*, 2009, p 1

BUY (F.), « Chronique « éthique et entreprise » (novembre 2012 – mars 2014) (suite et fin) », *LPA*, 20 août 2014, n°166, p 6

CABRILLAC (R.), « Le nouveau Code civil québécois », *D*, 1993, 26

CANUT (F.), « Clause de non-concurrence et responsabilité civile de l’employeur » *JCP S*, 2006, 1575

CARBONNIER (J.), « La Transparence, propos introductifs », *RJ Com*, nov 1993, p 13

CARTIER-MARRAUD (M.-L.) et AKYUREK (O.), « Crise économique et révision des contrats », *Gaz Pal*, 16 juin 2009, n°167, p 2

CARVAL (S.), « Vers l’introduction en droit français des dommages et intérêts punitifs ? » *RDC*, 2006, p. 822

CEDRAS (J.), « L’obligation de négocier », *RTD Com*, 1985, p 265

CHAGNY (M.), « Quels progrès en droit de la preuve après la directive du 26 novembre 2014 relative aux actions indemnитaires en droit de la concurrence ? » *AJCA*, 2015, 316

CHAGNY (M.), « La situation de faiblesse des contractants, objet de compétition entre les droits », *AJCA*, 2015, 193

CHAGNY (M.), « Vent de réforme : du contrat à la concurrence et vice et versa ? », *AJCA*, 2015, 145

CHAGNY (M.), « Les dix ans de la procédure française d’engagements : engagez-vous ! « rengagez »-vous ? », *AJCA*, 2014, 145

CHAGNY (M.), « Comment déterminer le(s) responsable(s) et répartir la charge de l’indemnisation : deux questions à ne pas négliger ? », *AJCA*, 2014, 265

CHAGNY (M.), « Le printemps des réformes en France et en Europe ? », *AJCA*, 2014, 49

CHAGNY (M.), « Le déséquilibre significatif devant la cour d’appel de Paris », *RTD Com*, 2014, 785

CHAGNY (M.), « La proposition de directive relative aux actions en dommages-intérêts pour

les pratiques anticoncurrentielles », *D*, 2013, 2532

CHAGNY (M.), « L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après », *RTD Com*, 2013, 500

CHAGNY (M.), « La distribution sélective à l'épreuve du droit de la concurrence », *CCE*, 2012, comm. 135

CHAGNY (M.), « L'article L442-6 I 2° du Code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations », *D*, 2011, 392

CHAGNY (M.), « Regards juridiques sur la modernisation des relations commerciales (Actes II) », *Concurrences*, 2008-I, p 16

CHAGNY (M.), « La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence. Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *JCP G*, 2006, I, 149

CHAGNY (M.) et LUC (I.), « Quels contrôle des contrats d'affaires par les autorités de concurrence ? », *AJCA*, 2015, 112.

CHAGNY (M.) et LUCAS DE LEYSSAC (C.), « Le droit des contrats, instrument d'une nouvelle forme de régulation économique ? » *RDC*, 2009, 1268

CHANTEPIE (G.), « Le déséquilibre significatif au miroir de la Cour de cassation », *AJCA*, 2015, 218

CHANTEPIE (G.), « La réforme en pratique », *AJCA*, 2015, 121

CHANTEPIE (G.), « Le droit d'auteur à l'épreuve des nouvelles technologies », *RLC*, 2007, n°11, p 204

CHAPMAN (F. E.), « Canadian contractual duress and criminal duress : « irrational anomalous, perverse, illogical and fundamentally weong » or just misunderstood ? » *Washington University global law review*, Vol. 11, Issue 2, 2012

CHAZAL (J.-P.), « La violence économique, violence économique ou abus de faiblesse ? ». *Dr. et patrimoine*, 2014, n°240, p. 47

CHAZAL (J.-P.), « L'autonomie de la volonté et la « libre recherche scientifique » », *RDC*, 2004, p 621.

CHAZAL (J.-P.), « Le consommateur existe-t-il ? » *D*, 1997, 260

CHENEDE (F.), « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », *D*, 2015, 1226

CHENEDE (F.), « « Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion (1^{ère} partie) », *RDC*, 2012, 241

CHENEDE (F.), « Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion (2^{ème} partie) », *RDC*, 2012, 1017

CHENEDE (F.), « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles », *RDC*, 2011, 709

CHONE-GRIMALDI (A.-S.), « Injonction Structurelle : le retour de l'abus quarante ans après *Continental Can* ? », *D*, 2015, 1649

CHONE-GRIMALDI (A.-S.), « Action de groupe à la française : tout vient à point pour qui sait attendre ! », *RCA* 2014, n°5, p 7

CHONE-GRIMALDI (A.-S.), La proposition de règlement relatif à un droit européen de la vente, *CCC*, 2012, n°4, p 5

CHONE-GRIMALDI (A.-S.), « Vers la consécration de la théorie de l'imprévision ? La Cour de cassation engagée dans une politique de petits pas », *LPA*, 24 décembre 2010, p 7

CHONE-GRIMALDI (A.-S.), « Précisions sur la nullité des contrats de sous-traitance », *LPA*, 17 mai 2010, p 3

CLAUDEL (E.), « Projet de loi « Macron » : un texte controversé. Brève présentation », *RTD Com*, 2015, 81

CLAUDEL (E.), « Action de groupe et autres dispositions concurrence de la loi consommation : un dispositif singulier », *RTD Com*, 2014, 339

CLAUDEL (E.), « Les implications procédurales de la loi du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer », *RTD Com*, 2013, p. 506

CLAUDEL (E.), « Abus de dépendance économique : la notion se précise », *RTD Com*, 2004, 463

CLAVEL (S.), « De quelques solutions aux problématiques juridiques posées par l'application du droit de la concurrence dans les réseaux transnationaux de distribution », *RLDA*, supplément 2013, n°83, p 49

CLAY (T.), « « Liberté, égalité, efficacité » : la devise du nouveau droit français de l'arbitrage.

Commentaire article par article ». Première partie : *JDI*, 2012, doctr. 4, Deuxième partie. *JDI*, 2012, doctr. 8

COUSIN (M.), « La négociabilité des tarifs et des conditions de vente après la LME, quels garde-fous ? », *JCP E*, 2008, 2288

COUTRELIS (N.), « Amendes, procédures antitrust et CEDH : l'harmonie plutôt que la confrontation », *RLC*, 2011, n°29, p 108

COUTURIER (G.), « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Defrénois*, 15 août 2000, p 880

CRAMIER (P.), « Essai sur la protection du contractant professionnel », *LPA*, 14 juin 2000, p 7

CROCQ (P.), « Mention manuscrite et conclusion du cautionnement donné au profit d'un preneur à bail : rigueur ou rigorisme ? » *RTD Civ*, 2006, 797

CROCQ (P.), « La mention manuscrite : une réincarnation juridique au dépens de la jurisprudence antérieure ! » *RTD Civ.*, 2004, 121

DANY (M.), « Déséquilibre significatif », *Concurrences* 2-2013, p 97

DAUBLON (G.), « Le formalisme du point de vue d'un praticien », *Defrénois*, 15 août 2000, p 929

DE LY (F.), « Les clauses d'interprétation dans les contrats internationaux », *Revue de droit des affaires internationales*, n°6-2000, p 72

DECOCQ (G.), « La concurrence par les mérites », *CCC*, 2010 repère 4

DEJOIE (A.) et PHAN THANH (F.), « Mentions obligatoires dans les cessions de fonds de commerce : la loi du 4 août 2008 apporte-t-elle des évolutions suffisantes ? », *JCP E*, 2009, 1469

DEKEUWER-DEFFOSSEZ (F.), « La responsabilité pénale des personnes morales à la lumière de l'éphémère article 17-1 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la concurrence », *JCP E*, 1994, p. 356

DELPECH (X.), « Un vent de modernité sur le droit des contrats », *AJCA*, 2015, 119

DERRUPE (J.), « Fait-il supprimer le statut des baux commerciaux ? », *AJDI*, 2000, p 510

DISSAUX (N.), « L’information précontractuelle du franchisé : un joyeux anniversaire ? », *JCP G*, 2010, doctr. 134

DONDERO (B.), « L’instrumentalisation du droit des sociétés : la franchise participative », *JCP E*, 2012, 1671

DONNEDIEU DE VABRES-TRANIE (L.), « Le subjectivisme de l’éthique d’entreprise à l’épreuve du droit de la concurrence », *RLC*, 2014, n°39, p. 119

DREIFFUS-NETTER (F.), « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », *RTD Civ.*, 1990, p 369

ESMEIN (P.), « Le fondement de la responsabilité contractuelle », *RTD Civ.*, 1933, p 627

FAGES (B.), « Faut-il avoir de la cause une vision étiquetée ou... plus de vision du tout ? », *RTD Civ.*, 2012, p 113

FAGES (B.), « Manquement à une obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », *RTD Civ.*, 2007, p 567

FAGES (B.) et Mestre (J.), « Droit du marché et droit commun des obligations », *RTD Com*, 1998, p 71

FAUVARQUE-COSSON (B.), « Vers un droit européen de la vente », *D.*, 2012, 34

FAUVARQUE-COSSON (B.), « Quelle protection des consommateurs pour demain ? La Commission européenne hésite et consulte », *D*, 2007, 956.

FAUVARQUE-COSSON (B.), « L’interprétation du contrat : observations comparatives », *RDC*, 2007, p 481

FENOUILLET (D.), « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d’appréhension de l’unilatéralisme ? », *RDC*, 2011, 644

FENOUILLET (D.), « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », *RDC*, 2009, 279

FEREY (S.), « Dommages punitifs, dissuasion et punition en économie du droit : quelques résultats et paradoxes », *RLDA*, 2013, n°85, p. 112

FERRAND (F.), « L'action de groupe : l'outil du droit comparé », *RLDC*, 2006, n°32, p. 65

FERRIER (D.), « L'obligation d'informer le futur franchisé », *RDC*, 2012, p 1068

FONGARO (E.) et SAGOT-DUVAUROUX (J.), « Le détournement et le droit international privé », *Dr. et patr.*, 2011, n°209, p 78 et s.

FOURGOUX (J.-L.), « Droit de la concurrence et contrats de distribution : quelles contraintes ? » *RLDA*, supplément 2013, n°83, p 22

FOURGOUX (J.-L.), « Déséquilibre significatif : une validation par le Conseil constitutionnel qui marie droit de la concurrence et droit de la consommation en matière de clauses abusives », *CCC*, 2011, étu. 5

FOURGOUX (J.-L.), « Europe : de la politique de concurrence à la police de concurrence ou la nécessité de créer une autorité européenne indépendante de la concurrence », *Gaz Pal*, 14 mars 2000, n° 74, p 51.

FOURGOUX (J.-L.) et DJAVADI (L.), « Les clauses contractuelles à l'épreuve du « déséquilibre significatif » : état de la jurisprudence », *JCP E*, 2013, 1691

FOURGOUX (J.-L.), RIFFAULT-SILK (J.), PECNARD (C.), CHAGNY (M.) et TRICOT (D.), « Approches plurielles du déséquilibre significatif », *Concurrences* n°2-2011, article n°35454

FOYER (J.), « La loi 2010-874 du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture et de la pêche. – Propos introductifs –. » *Revue Droit rural*, n°386, octobre 2010, étu. 13

FRANCESKAKIS (P.), « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *Rev. crit., DIP*, 1966, 1

FRANÇON (A), « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », *D*, 1976, chro., p 55

FRISON-ROCHE (M.-A.), « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD Civ.*, 1995, p 573

FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le contrat et la responsabilité : consentement, pouvoir et régulation économique », *RTD Civ.*, 1998, p 43

GALLOIS-COCHEZ (D.), « Micro-entreprise, micro-entrepreneur et auto-entrepreneur après la loi LME », *JCP E*, 2009, 1407

GAU-CABEE (C.), « Enchaîné, affranchi, protégé, triomphant », *RTD Civ*, 2012, p 3

GAUDEMEL-TALLON (H.) et KESSEDJIAN (C.), « La refonte du Règlement Bruxelles I », *RTD Eur*, 2013, 435

GAUTIER (P.-Y.), « Prolégomènes à une théorie générale des contrats spéciaux », *RDC*, 2006, p 610

GENICON (T.), « Théorie de la cause : les vraies raisons pour lesquelles on y revient sans cesse », *RDC*, 2013 p 1321

GENICON (T.), « Sanction de la contrepartie dérisoire, exclusion de la révision du contrat », *RDC*, 2013, p. 74

GENICON (T.) et MAZEAUD (D.), « Protection des professionnels contre les clauses abusives » *RDC*, 1^{er} janvier 2012, p 276

GENICON (T.) et MAZEAUD (D.), « L'équilibre contractuel : trop c'est trop ? » *RDC*, 2012, 1469

GHESTIN (J.), « La notion de contrat », *D*, 1990 p 147

GHESTIN (J.), « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », *JCP G*, n°20, 16 mai 2007, I, 155

GOUTAL (J.-L.), « Multimédia et réseaux : l'influence des technologies numériques sur les pratiques contractuelles en droit d'auteur », *D*, 1997, 357

GRALL (J.-C.), « Le décret Doubin : un texte tant attendu et déjà si contesté », *Gaz Pal*, 13 et 14 décembre 1991, p 2

GRALL (J.-C.) et BUSSONIERE (T.), « Assignations Novelli – Acte II », *RLC*, 2014, n°39, p. 45

GRALL (J.-C.), « La loi de modernisation de l'économie (« LME ») résistera-t-elle jusqu'aux prochaines élections présidentielles ? » *RLC*, 2011, p. 28

GRALL (J.-C.), « L'action du ministre de l'économie est déclarée conforme à la Constitution, sous une réserve d'interprétation ! » *RLC*, 2011, n°28, p. 32

GRALL (J.-C.) et DUCROS (C.), « Présentation du projet de loi relatif à la consommation

adopté en première lecture à l’Assemblée le 3 juillet 2013 », *RLDA*, 2013, n°86

GRANDJEAN (P.), « L’évolution du référé commercial », *RJ Com*, 1993, p. 177 et s., spéc. p. 183

GRIMALDI (C.), « Les maux de la cause ne sont pas qu’une affaire de mots », *D*, 2015 p 814

GRIMALDI (C.), « Des implications de la franchise participative quant à la possibilité pour le franchisé de changer d’enseigne », *RDC*, 2015, 75

GRIMALDI (C.), « Paradoxes autour de l’interprétation des contrats », *RDC*, 2008 p 207

GRIMONPREZ (B.), « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », *Rev. Sociétés* 2009, 715

GRYNBAUM (L.), « Loi « Hamon » : une transposition d’importance », *RLDI*, avril 2014 p 103

GRYNBAUM (L.), « De l’art de la mesure dans la protection du consentement », *RDC*, 2007, p 973

GRYNBAUM (L.), « Le maintien du contrat : sanction en nature pour violence économique », *RDC*, 2003, p. 290

GUILLEMARD (S.), « Survol québécois de la question des dommages-intérêts punitifs », *RLDA*, 2013, n°85

GUILLEMIN (L.), « La défense du distributeur face à son fournisseur dans le contrat de bière », *D*. 2013, 657

GUINERET-BROBBEL DORSMAN (A.), « Le commerçant en droit allemand », *RIDC*, 4-2009, p 785 et s

GUYON (Y.), « De l’inefficacité du droit pénal des affaires », *Pouvoirs* n°55, 1990

HAMMADI (R.), « La Commission d’examen des pratiques commerciales, un instrument utile pour les entreprises », *AJCA*, 2014, 298

HASTINGS (F.) et WHITE (T.-J.), « La class action et ses conséquences sur le cours des affaires », *LPA*, 13 décembre 2007, p. 7

HEUZE (V.), « Arbitrage international : quelles raisons à la déraison ? », *D*., 2011, 2880

IDOT (L.), « La dimension internationale des actions en réparation. Choisir sa loi et son juge : quelles possibilités ? », *Concurrences* 3-2014, p 43

IDOT (L.), « Entrée en vigueur du nouveau règlement d'exemption sur les accords de transfert de technologie », *RDC*, 2014, 483

IDOT (L.), « L'empietement du droit de la concurrence sur le droit des contrats », *RDC*, 2004, 882

JAMIN (C.), « Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés », *D*, 2005, 2342

JAMIN (C.), « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *D*, 2002, p 91

JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), « De l'utilité du droit de la responsabilité pour assurer l'équilibre des intérêts des contractants », *RTD Com*, 1999, p. 327

JUGLART (M. de), « L'obligation de renseignement dans les contrats », *RTD Civ.*, 1945, 1 et s.

KIENNEFICK (C.), « La surprenante histoire de la lésion en droit français et en droit anglais », *RDC*, 2013, 1531

KINSELLA (S.) et WENT (D.), « The use of disvestiture remedies in the UK market investigations : what can be learnt from the BAA saga ? » *Concurrences* 2-2013, p. 27

KLÖTGEN (P.), « L'appréhension des *punitive damages* par le droit allemand », *RLDA*, 2013, n°85

KRONMAN (A. T.), « Mistake, disclosure, revelation, and the Law of Contracts », *Journal of Legal Studies*, 1978, p. 1 et s.

LABARTHE (F.), « Valeur contractuelle des documents publicitaires », *JCP G*, 2010, 1729

LACHAUME (J.-F.), « Les stratégies de l'urgence et la réponse juridictionnelle », *LPA*, 14 mars 2001, p. 18

LAGARDE (X.), « Observations sur l'avant-projet de la Chancellerie », *LPA*, 2009, n°31, p 74

LAGARDE (X.), « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP G*, 1999, I, 170

LAMARCHE (T.), « La notion d’entreprise », *RTD Com*, 2006, 709

LAMBERT (T.), « La spécificité du contrat de bière », *RLDA*, 2008, n°26, p 86

LAMOUREUX (M.), « La clause d’intégralité en droits français, anglais et américain », *RLDC*, 2007, n°35, p 75

LAMOUREUX (M.), « L’interprétation des contrats de consommation », *D*, 2006, 2848

LASSERRE (M.-C.), « Les pouvoirs du juge des référés confronté à la dissolution abusive d’une société : mise en lumière du référé-concurrence », *LPA*, 8 avril 2013, p. 6

LE TOURNEAU (P.), « Principe de non cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle : application à la concurrence déloyale », *AJCA*, 2014, 335

LE TOURNEAU (P.), « Le critères de la qualité de professionnel », *LPA*, 12 septembre 2005, n°181, p 4

LE TOURNEAU (P.), « La rupture des négociations », *RTD Com.*, 1998, p 479

LE GAC-PECH (S.), « Bâtir un droit des contractants vulnérables », *RTD Civ.*, 2014, 581.

LE GAC-PECH (S.), « Le retour en grâce de la bonne foi : la régularisation déloyale et brutale équivaut au droit de ne pas payer ses charges », *AJDI*, 2012, 597

LE GAC-PECH (S.), « Les mystères de l’obligation d’information », *JCP E*, n°51, 22 décembre 2011, 1915

LECOURT (A.), « Stricte acceptation des modalités d’information des fournisseurs dans le cadre de l’action du ministre de l’économie », *AJCA*, 2014, 288

LEGEAIS (D.), « La formule manuscrite du cautionnement encore malmenée », *JCP E*, 2014, 1010

LEGEAIS (D.), « Cautionnement et formalisme : quelle sanction ? », *Rev. Société*, 2013, 479

LEMAIRE (C.), « Soft law et droit de la concurrence : retour sur l’expérience de l’Autorité de la concurrence », *Concurrences*, 1-2014

LESQUINS (J.-L.), « Politique de concurrence et analyse économique », *RLC*, 2013, n°36

LEVENEUR (L.), « Administrative, vous avez dit administrative ? Comme c'est bizarre... » *CCC*, 2014, repère 8

LOIR (R.), « L'information du franchisé sur le futur », *D*, 2012, 1425

LOKIEC (P.), « La décision et le droit privé », *D*, 2008, 2293

LOQUIN (E.), « Rupture brutale de relation d'affaires établie, loi de police et validité de la clause d'arbitrage », *RTD Com*, 2015, 57

LOQUIN (E.), « Les liaisons dangereuses de l'avocat avec l'une des parties », *RTD Com*, 2012

LUC (I.), « L'application judiciaire du déséquilibre significatif aux contrats d'affaires », *AJCA*, 2014, 109

LUCAS DE LEYSSAC (C.), « L'inquiétant article L420-6 du Code de commerce », *Concurrences* 1-2008, version numérique de la revue

MACNEIL (I. R.), « The many futures of contracts », *South Calif. Law Review*, 1974, vol. 47, 691

MAGAR (F.), « Ingénierie juridique : pratique des clauses de rencontre et de renégociation », *D*, 2010, p 1959.

MAGNIER (V.), « La sanction du formalisme informatif », *JCP G*, 2004, I, 106

MAINGUY (D.), « L'erreur sur la rentabilité et le contrat de franchise », *RLDC*, 2012, n°98.

MAINGUY (D.), « La nature de la responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies : une controverse jurisprudentielle à résoudre », *D*, 2011, 1495

MAINGUY (D.), « Pour une théorie générale des contrats spéciaux ? » *RDC*, 2006, p 615

MAINGUY (D.) et RESPAUD (J.-L.), « Comment renforcer l'efficacité de la « Loi Doubin »? », *CCC*, 2003, chron. 4

MALAURIE (P.), « L'interprétation des contrats hier et aujourd'hui », *JCP G*, 2011, 1402

MALAURIE-VIGNAL (M.), « L'injonction structurelle et le projet de loi Macron », *D*, 2015, 690

MALAURIE-VIGNAL (M.), « Faut-il avoir peur du déséquilibre significatif ? », *CCC*, 2015, étu. 9

MALAURIE-VIGNAL (M.), « L'ADLC émet un avis prudent sur la pratique du « management catégoriel » », *CCC*, 2012, comm. 30

MALAURIE-VIGNAL (M.), « Réflexions autour de l'avis n°10-A-26 du 7 décembre 2010 rendu par l'ADLC en matière de distribution alimentaire » *CCC*, 2011, étu. 3

MALAURIE-VIGNAL (M.), « Action du ministre contre des pratiques anticoncurrentielles et question prioritaire de constitutionnalité », *CCC*, 2011, comm. 159

MALAURIE-VIGNAL (M.), « Le déséquilibre significatif pris dans la tourmente de la question prioritaire de constitutionnalité », *CCC*, 2010, comm. 280

MALAURIE-VIGNAL (M.), « Le nouvel article L442-6 I 2° du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle », *CCC*, 2008, dossier 5.

MALAURIE-VIGNAL (M.), « Une discrimination tarifaire non justifiée par des contreparties réelles est-elle constitutive d'une pratique abusive ? » *CCC*, 2007, étu. 10

MALAURIE-VIGNAL (M.), « Le droit des pratiques restrictives est à nouveau réformé », *CCC*, 2005, comm. 170

MALKA (D.), « La loyauté dans la négociation du contrat », *Gaz Pal*, 24 mai 2012, p 61

MARCHADIER (F.), « La suppression de l'exequatur affaiblit-elle la protection des droits fondamentaux dans l'espace judiciaire européen ? » *Journal européen des droits de l'homme* 2013/3, 348

MARCHAND (A.), DUMAS (J.-P.), « La CEPC : une force morale non contraignante », *RLC*, 2005, n°2, p. 113

MARTEL (D.), « A la découverte de la clause attributive de juridiction potestative », *D*, 2012, 2876

MARTINET (L.) et CARTIER-MARRAUD (M.-L.), « Les beaux jours de l'article L442-6 I 5° du Code de commerce », *Gaz Pal*, 2007, p 3671

MASSON (A.) et SHARIFF (M.), « Les stratégies juridiques des entreprises », *RLDA*, 2010, n°53

MATHEY (N.), « Les réseaux de distribution entre marché et organisation », *CCC*, 2015, repère 7

MATHEY (M.), « Rupture brutale des relations commerciales établies et préjudice par ricochet », *JCP E*, 2014, n°20 p. 34

MATHEY (N.), « Déséquilibre significatif, notion encore en construction », *CCC*, 2013, comm. 269

MATHEY (N.), « Le devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur professionnel », *JCP E*, 2011, 1542

MATHEY (N.), « Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales », *RTD Civ.*, 2008, p. 205

MAZEAUD (D.), « Groupes de contrats : liberté contractuelle et réalité économique », *D*, 2011, 566

MAZEAUD (D.) et GENICON (T.), « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC*, 2012, 276

MEKKI (M.), « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D*, 2015, p 816

MEKKI (M.), « L'administration de la preuve : les parties et la charge de la preuve ». *Revue de droit Henri Capitant*, n°6, 30 juin 2013

MEKKI (M.), « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle, première partie », *RDC*, 2006, p 1051, et deuxième partie *RDC*, 2007, p 239

MESA (R.), « Le droit de la concurrence déloyale et le parasitisme économique confrontés au problème de la faute lucrative », *Concurrences* 2-2012, p 49

MESA (R.), « Précision sur la notion de faute lucrative et son régime », *JCP G*, 2012, 625

MESA (R.), « La consécration d'une responsabilité civile punitive : une solution au problème des fautes lucratives ? » *Gaz Pal*, 21 novembre 2009, p. 15

MESTRE (J.), « Le juge peut-il imposer une relation contractuelle à titre de réparation ? » *RJ Com*, 2013, n °4, p. 303

MESTRE (J.), « Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé », *RLDC*, 2009, n°58, p. 7

MESTRE (J.), « L’obligation de renseignement d’un franchiseur sur sa situation juridique », *RTD civ.*, 2000, 829

MESTRE (J.), « Une exigence de proportionnalité dans la formation du contrat », *RTD Civ.*, 1998, p 100

MESTRE (J.), « L’économie du contrat », *RTD Civ.*, 1996, 903

MESTRE (J.), « Une bonne foi franchement conquérante... au service d’un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat », *RTD Civ.*, 1993, 124

MESTRE (J.), « Des usages professionnels dispensant de la preuve écrite », *RTD Civ.*, 1992, 105

MESTRE (J.), « Chronique de droit des obligations », *RTD Civ.*, 1987, p 307

MESTRE (J.) et Fages (B.), « Portée des clauses d’intégralité », *RTD Civ.*, 2006, 111

MESTRE (J.) et FAGES (B.), « Quel risque y a-t-il à entretenir gratuitement l’autre partie dans l’illusion que le contrat sera poursuivi ? » *RTD Civ.*, 2005, 128

MESTRE (J.) et MESTRE-CHAMI (A.-S.), « Prévention et règlement des différends économiques », *RLDA*, 2014, n°98, p 80

MESTRE (J.) et MESTRE-CHAMI (A.-S.), « Clause de renégociation : un important renfort législatif », *RLDA*, 2014, n°98, p. 73

MOLFESSIS (N.), « La formation du contrat » *JCP G, HS*, 25 mai 2015, p 6

MOLFESSIS (N.), « Droit des contrats : l’heure de la réforme », *JCP G*, 2015, doctr. 199

MOLFESSIS (N.), « L’exorbitance de l’action de groupe à la française », *D*, 2014, 947

MONEGER (J.), « Réforme des baux commerciaux : vers une réforme consensuelle a minima », *RTD Com*, 2005, 253

MONTALIVET (P. de), « La « marketisation » du droit », *D.*, 2013, 2923

MOUSSERON (J.-M.), « Les procédures informelles d'échange des consentements », in « l'échange des consentements », *RJ. Com*, 1995, n° spécial, p. 23

MUIZON (G. de), « Les tests de preuve économiques permettant de caractériser une pratique anticoncurrentielle », *Concurrences 4-2012*, p. 25

NAJJAR, (I.) « La potestativité », *RTD Com*, 2012, 601.

NAJJAR (I.), « Les accords de principe », *D*, 1991, 57

NEAU-LEDUC (P.), « La théorie générale des obligations à l'épreuve de la loi Doubin » *Cah. dr. entr.* 1998/4, p 27

NEVEU (Y.), « Le devoir de loyauté pendant la période précontractuelle », *Gaz Pal*, 5 décembre 2000, p 6

NOTTE (G.), « Projet de loi relatif à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises », *JCP E*, 2013, act. 610

NUSSENBAUM (M.), « Prix prédateurs. – Démonstration difficile : l'exemple des vedettes vendéennes », *JCP G*, n°42, 18 octobre 2010, 1041

OUTIN-ADAM (A.), « Réforme du droit des contrats : entre nouvelle vague et dérive... des courants contraires », *AJCA*, 2015, 241

PANSIER (F.-J.), « Yves Rocher entre franchise et contrat de travail », *Cahiers sociaux du barreau de Paris*, 1er mai 2011, p 137

PARLEANI (G.), « Le devenir du déséquilibre significatif », *AJCA*, 2014, 104

PATAUT (E.), « Détachement et fraude à la loi », *Revue Dalloz de droit du travail*, 2014, 23

PEDAMON (M.), « Les abus de domination », *CDE*, 1987/1, p. 15

PELLET (S.), « L'indemnisation des consommateurs », *RDC*, 2015, 416

PERROTIN (F.), « Le système des rulings en question », *LPA*, 12 décembre 2014, p. 4

PFISTER (E.), « Puissance d'achat et politique de concurrence », *Concurrences 1-2009*, p. 34

PICOT (T.), « Injonctions structurelles et position dominante : les « glissements progressifs »

de l'abus », *LPA*, 16 novembre 2012, p. 5

PIERRE (P.), « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats – rapport français », *RDC*, 2010, p. 1117

PIGNARRE (G.), « Les frontières du consentement : de la confrontation du pouvoir aux marges de l'autonomie », *RDC*, 2011 p 611

PIRONON (V.), « Actualité du droit de la concurrence et des pratiques anticoncurrentielles : Les groupes de sociétés en droit des pratiques anticoncurrentielles », *LPA*, 6 octobre 2011, p. 3

PIRONON (V.), « L'entrée du droit de la concurrence dans le Règlement Rome II, une bonne mauvaise idée ? », *Eur*, 2008, étu. 2

POILLOT-PERUZZETTO (S.), « Conflits de loi et conflits de compétence pour les actions privées fondées sur les atteintes aux règles communautaires de concurrence », *RLC*, 2009, n°18, p. 104

POILLOT-PERUZZETTO (S.), « Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire », *Travaux du comité français de droit international privé*, 1^{er} janvier 2005, p. 65

POMART-NOMDEDEO (C.), « Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », *RTD Civ.*, 2010, p 209

PRIETO (C.), « Renforcer la concurrence sur le marché de la réparation automobile : un avis », *RDC*, 2013, p. 593

PRIETO (C.), « L'avis exprimé d'office : nouveau mode de régulation : la grande distribution alimentaire incitée par l'Autorité française de la concurrence à modifier ses pratiques contractuelles », *RDC*, 2011, 488

PRIETO (C.), « Les ajustements apportés dans un jeu sophistiqué de présomptions », *Concurrences* n°3-2010, p 20

PUIG (P.), « Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires », *LPA*, 2009, n°46, p. 93

RAUD (N.) et NOTTE (G.), « Protection du secret des affaires : questions-réponses de l'Autorité de la concurrence », *CCC*, 2010, prat. 1

RAYMOND (G.), « Définition légale du consommateur par l'article 3 de la loi n°2014-344 du

17 mars 2014 », *CCC*, 2014, dossier 3

RAYNARD (J.), « Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial », *RDC*, 2006 p. 597

RAWACH (E.), « La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat », *D*, 2001, p 223

REBILLARD (A.), « La précarité de la loi LME en matière d'urbanisme commercial, Les mutations du droit de l'entreprise », colloque La Rochelle, 5 et 6 juin 2009, *RLDA*, 2010, n°46

REYDELLET (C.), « Contrat international et rupture brutale des relations commerciales établies », *RLDA*, 2015, n°100, p 53

RIERA-THIEBAULT (K.) et COVILLARD (A.), « La notion de déséquilibre significatif visée à l'article L442-6 I 2° du Code de commerce : un nouveau droit des clauses abusives entre professionnels », *Gaz Pal*, 14 février 2013, p 6

RIGAULT (L.), « L'encadrement juridique des pourparlers », *LPA*, 30 mai 2012, n°108, p. 5

ROJOT (J.), « La gestion de la négociation », *RTD Com*, 1998, p. 447

ROKOTOVAHINY (M.-A.), « Le maintien forcé du contrat ou l'éviction de la volonté individuelle », *LPA*, 3 août 2011, p. 6

ROUGEAU-MAUGER (C.), « Réflexion sur la nature juridique de l'action du Ministre de l'économie en matière de pratique restrictive de concurrence », *RTD Com*, 2010, 653

ROUQUET (Y.), « Renonciation contractuelle à l'ordre public applicable aux baux commerciaux », *AJDI*, 2014, p. 91

RUE (R.) et CONTIS (N.), « Cinq ans de jurisprudence sur la notion de « déséquilibre significatif ». – Bilan et perspectives », *JCP G* 2014, 323

SACHS (K.), « La protection de la partie faible en arbitrage », *Gaz Pal*, 17 juillet 2007, n°198, p. 22

SAINT-ESTEBEN (R.), « La question de la responsabilité civile des sociétés mères du fait des infractions aux règles de concurrence commises par leurs filiales : La voix du silence », *Concurrences* 3-2014, p. 5

SAINT-ESTEBEN (R.), « L'injonction structurelle : la rencontre du troisième type du droit de la concurrence », *Concurrences* 2-2013, p. 14

SAINT-ESTEBEN (R.), « L'introduction par la LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation », *RDC*, 2009, p. 1275

SAINT-POL (F. de), Réduire ses franchisés en esclavage en sept leçons, www.blog-franchise.fr 9 juillet 2013

SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), « Les remèdes en droit de la consommation : clauses noires, clauses grises, clauses blanches, clauses proscrites par la jurisprudence et la Commission des clauses abusives », *RDC*, 2009, p 1629

SCHILLER (S.), « La fraude, nécessaire Deus ex machina face à l'évolution du droit des sociétés », *Rev. des sociétés*, 2014, 211

SCHMEIDLER (J.), « La responsabilité de la société mère pour les actes de la filiale », *D*, 2013, 584

SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), « La période précontractuelle en droit français », *RIDC*, 2-1990, p 545

SERAGLINI (C.), « Les parties faibles face à l'arbitrage international, à la recherche de l'équilibre », *Gaz Pal*, 15 décembre 2007, n°349, p. 5

SIBONY (A.-L.), « La Cour de justice est saisie d'une question préjudiciale l'invitant à préciser la portée du critère du concurrent aussi efficace », *Concurrences* 2-2014, p. 105

SINAY-CYTERMANN (A.), « Une disparité étonnante entre le régime des clauses attributives de juridiction et les clauses compromissoires dans le contrat de travail international et le contrat de consommation international », *Rev. Crit. DIP*, 2009, 427

SOUTY (F.), « Droit antitrust, concurrence et innovation : réflexions sur les origines et les objectifs de la politique de concurrence », *RLC*, 2012, n°31

SPILLIAERT (P.), « Les avis de l'Autorité de la concurrence », *Concurrences* n° 3-2010, p. 58

STOFFEL-MUNCK (P.), « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD Com*, 2012, 705

STOFFEL-MUNCK (P.) « Exécution et inexécution du contra », *RDC*, 2009, p 333

STRICKLER (Y.), « La protection de la partie faible en droit civil », *LPA*, 25 octobre 2004, n°213, p. 6

SZUSKIN (L.) et JUHAN (J.-L.), « Quelques clauses originales venues d'ici et d'ailleurs », *RLDC*, suppl. 2006, p. 17

TERRIER (G.) et DONNEDIEU DE VABRES-TRANIE (L.), « La théorie des facilités essentielles constitue-t-elle le meilleur moyen de faire face à la rareté des ressources ? » *RLDA*, 1^{er} décembre 2006, p. 76

TESTU (F.-X.), « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP G*, n°18, 5 mai 1993, I, 3673

TITONE (T.) et COULON (F.), « Premières définitions jurisprudentielles de la notion de déséquilibre significatif dans les relations entre professionnels », *RLDA*, 2012, n°70

THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD Civ*, 1997, p. 357

TRAIN (F.-X.), « Impécuniosité et accès à la justice dans l'arbitrage international », *Revue de l'arbitrage*, 2012, p. 267

TREBULLE (F.-G.), « La réforme du droit de la preuve et le formalisme », *LPA*, 20 avril 2000, p. 10

VAMPARYS (X.), « Extension de la procédure collective aux sociétés d'un groupe et droit de la faillite aux Etats-Unis : La substantive consolidation », *Bull. Joly Soc.* 2006, 437

VAREILLES-SOMMIERES (P. de), « La sentence arbitrale étrangère contraire à une loi d'ordre public du for », *JDI*, juillet 2014, doctr.12

VAREILLES-SOMMIERES (P. de), « Lois de police et politique législative », *Rev. Crit. DIP*, 2011 p. 207

VERGE (T.), SPECTOR (D.) et GUNTHER (J.-P.), « Analyse économique des remèdes en droit de la concurrence », *Concurrences* 3-2011, version numérique de la revue

VOGEL (L.), « L'intérêt des sanctions civile et pénales », *Gaz. Pal*, 2003, recueil janvier-février, p. 120

WILLIAMSON (O. E.), « Transaction-cost economics : the governance of contractual relations », *Journal of law and economics*, vol. 22, 1969, p. 233-261

B : Notes de jurisprudence

AMICO (T.) et MARAMZINE (V.), note sous Com 3 mai 2011, n°10-12.187, *LPA*, 29 avril 2015, p 11

AMRANI-MEKKI (S.), note sous Mixte, 12 décembre 2014, n°13-19.684, *Gaz Pal*, 8 mars 2015

AMRANI-MEKKI (S.) et MEKKI (M.), note sous Com, 4 octobre 2011, n°10-20.956, *D*, 2012, 459

AMRANI-MEKKI (S.) et FAUVARQUE-COSSON, note sous Com, 20 juin 2010, n°09-11.841, *D*, 2010, 472

ANCEL (B.) et MUIR-WATT (H.), note sous Civ. 1^{ère}, 20 février 2007, Cornelissen, *Rev. Crit. DIP*, 2007, 420

ANCEL (M.-E.), note sous CJUE, 19 décembre 2013, C-9/12, Corman-Collins, *Dr. et patr.*, 2014, n°242, p 77

ANCEL (M.-E.), note sous Com, 18 janvier 2011, n°10-11.885, *RJ Com*, 2011, 277

ANCEL (M.-E.), note sous Civ. 1^{ère}, 23 janvier 2007, n°05-21.388, Waeco, *Rev. Crit DIP*, 2008, 561

ANCEL (P.) et COTTIN (M.), note sous Mixte, 14 février 2003, Bull. civ, I, n°1, *D*, 2003, 1386

ARCELIN (L.), note sous CJUE, 11 juillet 2013, aff. C-440/11, Commission c/ Stiching Administratiekantoor Portielj et Gosselin Group NV. *RLDA*, 2013, n°85

ARCELIN-LECUYER (L.), Com, 21 janvier 2014, n°12-29.166, *JCP E*, 2014, 1124

ARCHAMBAULT (A.-L.), note sous Com, 16 décembre 2008, n°07-18.050, *JCP G*, 2009, II, 10034

ARHEL (P.), note sous CJUE, 4 juillet 2013, C-287/11 P, *LPA*, 11 mars 2014, n°50, p 4.

ARHEL (P.), note sous TPICE, 12 décembre 2007, T-112/05, *LPA*, 11 février 2008, n°30, p 5

ARHEL (P.), note sous CJCE, 8 juillet 1999, arrêt Anic, C-49/92, *LPA*, 24 janvier 2000 n°16
p 9

AUQUE (F.), note sous Civ. 3^{ème}, 27 mars 2002, jurisdata 2002-013715, *JCP G*, 2002, II,
10112

AVENA-ROBARDET (V.), note sous Com, 28 avril 2009, n°08-11.616, *D, act*, 12 mai 2009

AVOUT (L. d'), note sous Civ 1^{ère}, 22 octobre 2008, Monster Cable, *JCP G*, 2008, II, 10187

AYNES (L.), note sous Com, 10 juillet 2007, n°06-14768, *RDC*, 2007, 1107

AYNES (L.), note sous A P, 1^{er} décembre 1995, *D*, 1996, 153

AYNES (L.), et STOFFEL-MUNCK (P.), note sous Com, 29 juin 2010, n°09-11.841, *Dr. et Patr.*,
1^{er} février 2011, n°200

BANDRAC (M.), note sous A P, 1^{er} décembre 1995, *JCP E*, 1996, suppl. n°5, p 38

BARBIERI (J.-J.), note sous Com, 22 mars 2011, n°09-72.426, *Rev. droit rural*, 2011, comm 81

BEGUIN (J.), note sous Civ. 1^{ère}, 1^{er} février 2005, n°01-13.742, NIOC c/ Israël, *JCP E*,
2005, 676

BEHAR-TOUCHAIS (M.), note sous Com 21 janvier 201412-29.166, *RDC* 2014, 415

BEHAR-TOUCHAIS (M.), note sous TC Paris, 20 mai 2014 n°2013/070793, *RDC* 2014, 672

BEHAR-TOUCHAIS (M.), note sous TC Lille, 7 septembre 2011, n°2009/05105, *RDC*, 2012,
143

BEHAR-TOUCHAIS (M.), note sous CEPC, avis n°11-06 du 1^{er} juin 2011, *RLC*, octobre 2011,
p 33

BEHAR-TOUCHAIS (M.), note sous Cons constit., QPC, 13 janvier 2011, n°2010-85, *RLC*,
2012 p 338

BEHAR-TOUCHAIS (M.), note sous ADLC, 7décembre 2010, n°10-A-26, *RDC*, 2011, 1267

BEHAR-TOUCHAIS (M.), note sous Com, 21 octobre 2008, n°07-12.336, *RDC*, 2009, 197

BEHAR-TOUCHAIS (M.), note sous Com, 12 février 2008, 07-10.462, *RDC*, 2008, 862

BEHAR-TOUCHAIS (M.), note sous Com, 20 février 2007, n°04-20.449, *RLC*, 2007, n°11, p 38

BEHAR-TOUCHAIS (M.), note sous Civ. 1^{ère}, 23 janvier 2007, n°05-21.388, Waeco, *RDC*, 2007, 842

BEHAR-TOUCHAIS (M.), note sous Orléans, 15 juillet 2004, n°04/0163, *RDC*, 2005, 385

BEHAR-TOUCHAIS (M.), note sous Com, 13 novembre 2003, n°01-14.368 et 28 avril 2004 n°02-18.392, *RDC*, 2004 p 1011

BEHAR-TOUCHAIS (M.), note sous Com, 2 mars 1993, *JCP G*, 1993, II, 22176

BEHAR-TOUCHAIS (M.), note sous Com, 23 juin 1992, n°90-18.951, *JCP G*, 1992, II, 21974

BOILLOT (C.), note sous Civ 3^{ème}, 3 novembre 2011 n°10-26.203, *LPA*, 25 juin 2012, p 7

BOLLEE (S.), note sous CJUE, 13 mars 2014, C-548/12, *D*, 2014, 1967

BOLLEE (S.), note sous Civ. 1^{ère}, 30 janvier 2013, n°11-10.588, *D*, 2013

BOLLEE (S.), note sous Paris, 18 novembre 2004, n°04/08185, *Rev. Crit. DIP*, 2006, 104

BONNEAU (T.), note sous Civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, *Banque et droit*, 1^{er} novembre 2004, p 58

BOSCO (D.), note sous ADLC, 17 décembre 2010, 10-D-37, *CCC*, 2011, comm. 35.

BOSKOVIC (O.), note sous Com, 25 mars 2014, n°12-29.534, *Rev. Crit. DIP*, 1^{er} octobre 2014, p 823 et s

BOUCOBZA (X.) et SERINET (Y.-M.), note sous Civ. 1^{ère}, 26 octobre 2011, n°10-17.708, *RDC*, 2012, p 545

BOULOC (B.), note sous A.P., 1^{er} décembre 1995, *RTD Com*, 1996, 316

BREDIN (J.-D.), note sous Civ, 7 mai 1963, Gosset, Bull n°246, *JDI*, 1964, 82

BROS (S.), note sous Com, 4 novembre 2014, *AJCA*, 2015, 78

BUREAU (D.) et MOLFESSIS (N.), note sous A P, 1^{er} décembre 1995, *LPA*, 27 décembre 1995,

BUY (F.), note sous Mixte, 17 mai 2013, n°11-22.768 et 11-22.927, *JCP G*, 2013, 673

CHAGNY (M.), note sous Com, 12 mai 2015, n°14-10.792, *RJ Com*, 2015, 444

CHAGNY (M.), note sous Com, 4 novembre 2014, n°12-25.419, *RJ Com*, 2014, n°6, p. 156

CHAGNY (M.), note sous TC Paris, 20 mai 2014, n°2013/070793, *Concurrences* n°3-2014, 110

CHAGNY (M.), note sous Com, 21 janvier 2014, n°12-29.166, *Concurrences* 2-2014, 122

CHAGNY (M.), note sous Paris, 15 janvier 2014, n°11/19418

CHAGNY (M.), note sous Com, 24 septembre 2013, n°12-23.353, *Concurrences* 1-2014, 96

CHAGNY (M.), note sous Lyon, 16 mai 2013, n°11/07152, *Concurrences* 3-2013, 96

CHAGNY (M.), note sous Com, 9 octobre 2012, n°11-19.833

CHAGNY (M.), note sous Nîmes, 8 mars 2012, n°11/00692, *RTD Com*, 2013, 495

CHAGNY (M.), note sous jugement TC Meaux, 6 décembre 2011, *Concurrences* 1-2012, 130

CHAGNY (M.), note sous Cons. constit., QPC, 13 mai 2011, *JCP G*, 2011, 1141

CHAGNY (M.), note sous Nîmes ,25 février 2010, n°07/00606, *Concurrences* 4-2010, 146

CHAGNY (M.), note sous Com, 3 mars 2004, *JCP E*, 2004, 1247

CHANTEPIE (G.), note sous TC Lille, 7 septembre 2011, n°2009/05105, *JCP E*, 2011, 1701

CHAZAL (J.-P.), note sous Com, 22 octobre 1996, n° 93-18.632, *JCP G*, 1998, I, 152

CHONE-GRIMALDI (A.-S.), note sous Com, 4 novembre 2014, n°11-14.026, *JCP G*, 2014, 1310

CHRISTOL (R.), note sous Paris, 17 juin 2010, n°09/12774, *RLC*, 2010, n°25 p 60

CLAUDEL (E.), note sous Com, 9 avril 2002, *RTD Com*, 2003, 75

CLAUDEL (E.), note sous Cons. Conc., 04-D-26 du 30 juin 2004, *RTD Com*, 2004, 464

CLAUDEL (E.), note sous Com, 3 mars 2004, *RTD Com*, 2004, 463

CLAY (T.), note sous Civ. 1^{ère}, 28 mars 2013, n°11-27.770, *D*, 2013, 2946

CLAY (T.), note sous Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, n°09-67.013, Doga c/ HTC Sweden, *D*, 2010, 2933

CLAY (T.), note sous Paris, 29 janvier 2004, jurisdata 2004-241196, *D*, 2004, 3182

CLAY (T.), note sous Civ. 1^{ère}, 20 février 2001, n°99-12.574, Cubic, *Rev. de l'arbitrage*, 2001, n°3, p 510

CLAY (T.), et RACINE (J.-B.), note sous CEDH, 3 avril 2008, Regent Company c/ Ukraine, *Rev. arbitrage*, 2009, p 797

CONSTANTIN (A.), note sous Soc, 30 novembre 2011, n°11-12.905 et 11-12.906, *RTD Com*, 2012, 351

DANY (M.), Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, n°09-67.013, Doga c/ HTC Sweden, *Concurrences* n°4-2010, 149

DANY (M.), note sous TC Lille, 6 janvier 2010, *Concurrences* 4-2011, 125

DANY (M.), note sous CEPC, avis n°06-08 du 19 décembre 2008, *Concurrences* 1-2009, 126

DANY (M.), note sous Civ 1^{ère}, 22 octobre 2008, Monster Cable, *Concurrences* 1-2009, 129

DANY (M.) et MICHELLE (M-C.), note sous Paris, 11 septembre 2013, n°11/17941, *Concurrences* 4-2013, 103

DEBET (A.), note sous jur. prox. Dieppe, 7 février 2011, *CCE*, 2011, comm. 37

DECOCQ (G.), note sous Com, 11 juin 2013, jurisdata 2013-011956, *CCC*, 2013, comm. 217

DECOCQ (G.), note sous Paris, 23 mars 2010, *CCC*, 2010, comm. 128

DECOCQ (G.), note sous Paris, 23 octobre 2007, jurisdata 2007-344650, *CCC*, 2007, comm. 306

DELEBECQUE (P.), note sous CJUE, 17 octobre 2013, C-184/12, *RTD Com*, 2014, 457

DELEBECQUE (P.), note sous Civ. 1^{ère}, 30 janvier 2013, *RTD Com*, 2014, 459

DELEBECQUE (P.), note sous Civ 1^{ère}, 22 octobre 2008, Monster Cable, *RTD Com*, 2009, 646

DELEBECQUE (P.), note sous Civ. 1^{ère}, 23 janvier 2007, n°05-21.388, Waeco, *RTD Com*, 2007, 630

DELEBECQUE (P.), note sous Civ. 1^{ère}, 3 juillet 1996, *Defrénois*, 1996, 1015

DELEBECQUE (P.), note sous A.P., 1^{er} décembre 1995, *Defrénois*, 1996, 747

DELEBECQUE (P.) et Simler (P.), note sous Com, 8 octobre 2002, Bull civ IV, n° 136, *JCP G*, 2003, I, 124.

DELEBECQUE (P.), note sous Paris, 4 mai 1993, n°93/016325 et 92/023245, *Bull. Joly Sociétés*, 1993, n°312, p 729

DELPECH (X.), note sous Com, 4 octobre 2011, n°10-20.240, *D*, 2011, 2465

DELPECH (X.), note sous Com, 13 juillet 2010, n°10-12.154 *D*, 2012, 2237

DELPECH (X.), note sous Com, 18 janvier 2011, n°10-11.885, *D*, 2011, 366

DELPECH (X.), note sous Com. 13 février 2007, n° 05-17406, *D*, 2007, 654

DEUMIER (P.), note sous Com, 22 mars 2011, n°09-72.426, *RTD Civ*, 2011, 491

DEUMIER (P.), note sous Com, 13 juillet 2010, n°10-12.154, *RDC*, 2011, 217

DISSAUX (N.), note sous Com., 4 novembre 2014, n°11-14.026, *Rev. dr. rural*, 2015, comm. 67

DISSAUX (N.), note sous Com, 12 juin 2012, n°11-19.047, *D*, 2012, 2079

DISSAUX (N.), note sous Com, 4 octobre 2011, n°10-20.956, *D*, 2012, 3052

FAGES (B.), note sous Com, 12 juin 2012, n°11-19.047, *RTD Civ*, 2012, 724

FAGES (B.), note sous Versailles, 30 juin 2011, n°10/06302, *RTD Civ*, 2013, 758

FAGES (B.), note sous Com, 8 mars 2011, n°10-13.988, *RTD Civ*, 2011, 351

FAGES (B.), note sous Com, 29 juin 2010, n°09-11.841, *RTD Civ*, 2010, 555

FENOUILLET (D.), note sous Civ. 2^{ème}, 13 juillet 2006, n°05-18.104, *RDC*, 2007, 347

FERRIER (D.), note sous Com, 15 juin 2010, n°09-66.761, I, 2011, 540

FERRIER (D.), note sous Reims, 5 novembre 2007, n°06/01898, *D*, 2008, pan 2195

FONTMICHEL (M. de), note sous Paris, 26 février 2013, n°12/12953, Soc. Lola Fleurs c/ Soc. Monceau Fleurs, *LPA*, 27 janvier 2014, n°19 p 9

FOURGOUX (J.-L.), note sous TC Bobigny, 29 mai 2012, RG 2009F01541, *Concurrences*, 3-2012, 138

FOURGOUX (J.-L.), note sous Paris, 7 juin 2013, n°11/08674, *Concurrences* n°3-2013, art. 53991

GALLMEISTER (I.), note sous Civ. 1^{ère}, 20 février 2007, Cornelissen, *D*, 2007, 1115

GAUDEMEL-TALLON (H.), note sous CJCE, 17 juin 1992, Jakob Handte C-26/91, *Rev. Crit. DIP*, 1992, 730

GAUDEMEL-TALLON (H.) et Jault-Seseke (F.), note sous CJUE, 13 mars 2014, C-548/12, *D*, 2014, 1059

GAUTIER (P.-Y.), note sous Civ. 3^{ème}, 24 avril 2003, n°01-17.458, *RTD Civ.*, 2003, 699

GENICON (T.), note sous Com, 3 décembre 2013, n°12-26.412, *RDC*, 2014, 176

GENICON (T.), note sous Com, 4 octobre 2011, n°10-20.956, *RDC*, 2012, 64

GHESTIN (J.), note sous Com, 4 novembre 2014, n°11-14.026, *D*, 2015, 183

GHESTIN (J.), note sous Com, 4 octobre 2011, n°10-20.956, *JCP G*, 2012, 135

GOLDMAN (B.), note sous Civ, 7 mai 1963, Gosset, Bull n°246, *JCP*, 1963, II, 13405

GOURIO (A.), note sous Mixte, 29 juin 2007, n°05.21.104, *JCP G*, 2007, 10146

GOURIO (A.), note sous Com, 3 mai 2006, n°04-15.517, *JCP G*, 2006, 10122

GRIMONPREZ (B.), note sous Com, 5 décembre 2006, n°04-20039, *JCP E*, 2008, 1011

HEMARD (J.), note sous Com, 8 octobre 1969, *RTD Com*, 1970, 474

HEUZE (V.), note sous Civ. 1^{ère}, 21 mai 1997, n°95-11.427, *Rev. Crit. DIP*, 1998, p 87

HOUTCIEFF (D.), note sous Civ. 1^{ère}, 3 mars 2011, n°09-70.754, *Gaz Pal*, 7 avril 2011, p 17

HOUTCIEFF (D.), note sous Com, 18 janvier 2011, n°10-11.885, *Gaz Pal*, 2011, n°96 p 17

HOUTCIEFF (D.), note sous Com, 29 juin 2010, n°09-11.841, *JCP G*, 2010, 787

HOUTCIEFF (D.), note sous Com, 10 juillet 2007, n°06-14768, *JCP G*, 2007, II, 10154

IDOT (L.), note sous Trib. UE, 11 juillet 2014, T-540/08, T-541/08, T-543/08, *Rev. Europe*, 2014, comm. 409

IDOT (L.), note sous CJUE, 19 décembre 2013, C-9/12, Corman-Collins, *Europe*, 2014, n°2, p 50

IDOT (L.), note sous CJUE, 17 octobre 2013, OTP Bank, C-519/12, *Europe*, 2013, comm. 557

IDOT (L.), note sous CJUE, 18 juillet 2013, ÖFAB, C-147/12, *Europe*, comm. 431

IDOT (L.), note sous CJUE, 14 mars 2013, Ceska sporitelna, C-419/11, *Europe*, 2013, n°5, p 40

IDOT (L.), note sous CJUE, 27 mars 2012, C-209/10, *RDC*, 2012, 849 et *Europe*, 2014, étu. 7

IDOT (L.), note sous CJUE, 11 juillet 2013, C-429/11, C-439/11, C-440/11 et C-444/11, *Europe* 2013, comm. 409

IDOT (L.), note sous ADLC, 3 mars 2010, n°10-D-08, *Europe*, 2010, comm. 139.

IDOT (L.), note sous Cons. Conc, 04-D-26 du 30 juin 2004, *Europe*, 2004, comm. 329

JAMIN (C.), note sous Civ 1^{ère}, 7 novembre 2000, n°99-18.576, *D*, 2001, 256

JAUT-SESEKE (F.), note sous Civ. 1^{ère}, 6 octobre 2010 n°09-10.530, *Rev. Crit. DIP* 2011 n°1 p 85

JAUT-SESEKE (F.), note sous Com, 13 juillet 2010, n°10-12.154, *JDI*, 2011-1, 91

JAUT-SESEKE (F.), note sous Civ 1^{ère}, 22 octobre 2008, *Monster Cable, D*, 2009, 200

JOBARD-BACHELIER (M.-N.) et TRAIN (F.-X.), note sous Civ 1^{ère}, 22 octobre 2008, *Monster Cable, JDI*, 2009, 599

JOURDAIN (P.), note sous Civ 1^{ère}, 25 janvier 1997, n°94-19.685, *RTD Civ*, 1997, 434

KENDERIAN (F.), note sous Paris, 20 mai 2009, n°08/02432, *RTD Com*, 2010, 275

LA ASUNCION PLANES (K. de), note sous Mixte, 12 décembre 2014, n°13-19.684, *AJCA* 2015 p 128

LAAZOUZI (M.), note sous CJUE, 19 décembre 2013, C-9/12, Corman-Collins, *RDC*, 2014, 246

LAITHIER (Y.-M.), note sous Com, 10 juillet 2012, n°11-20.060, *RDC*, 2013, 86

LAITHIER (Y.-M.), note sous Com, 12 juin 2012, n°11-16.109, *RDC*, 2012, 1190

LAITHIER (Y.-M.), note sous Com, 29 juin 2010, n°09-11.841, *RDC*, 2010, 1220

LARDEUX (G.), note sous Civ. 1^{ère}, 19 novembre 2014, n°13-13.405, *D*, 2015, 51

LARROUMET (C.), note sous Com, 22 octobre 1996, n° 93-18.632, *D*, 1997, 145

LASSERRE-CAPDEVILLE (J.), note sous Paris, 14 mars 2013, n°11/05758, *L'essentiel du droit bancaire*, 1^{er} mai 2013.

LASSERRE-CAPDEVILLE (J.), note sous Com, 18 janvier 2011, *Gaz Pal*, 17 novembre 2011, n°76, p 14.

LE GAC-PECH (S.), note sous Com, 5 février 2013, *JCP E*, 2013, 1174

LE GAC-PECH (S.), note sous Com, 29 juin 2010, n°09-67.369, *D*, 2010, 2108

LECUYER (H.) et SEUBE (J.-B.), note sous Civ. 1^{ère}, 3 mars 2011, n°09-70.754, *Defrénois*, 30 octobre 2011, n°38, p 1485

LEGEAIS (D.), note sous Com 1^{er} octobre 2013, *JCP E* 2013, 1624

LEGEAIS (D.), note sous Commission des clauses abusives, avis n°13-10, *RTD Com.* 2013 789

LEGEAIS (D.), note sous Com 9 avril 2013, n°12-17.891 ; 12-17.892 ; 12-17893 ;12-14696, *Rev. Sociétés* 2013, 680

LEGEAIS (D.), note sous Civ 1^{ère}, 4 mai 2012, *RTD Com.* 2012, 602

LEGEAIS (D.), note sous Com, 17 juin 1997, *Bull civ IV, JCP E* 1997, 1007

LEGEAIS (D.), note sous Civ 1^{ère}, 27 juin 1995, n°92-19212, *JCP E*, 1996, 772

LEVENEUR (L.), note sous Civ. 3^{ème}, 7 novembre 2012, n°11-18.138, *CCC*, 2013, comm. 27

LEVENEUR (L.), note sous Civ 1^{ère}, 12 juin 2012, 11-18928, *CCC*, 2012, comm. 225

LEVENEUR (L.), note sous Com, 18 janvier 2011, n°09-69.831, *CCC*, 2011, comm. 88

LEVENEUR (L.), note sous Com, 29 juin 2010, n°09-11.841, *CCC*, 2010, comm. 220

LEVENEUR (L.), note sous Com, 20 février 2007, n°05-18.444, *CCC*, 2007, comm. 145

LEVENEUR (L.), note sous Com, 5 décembre 2006, n°04-20039, *CCC*, 2007, comm 87

LEVENEUR (L.), note sous Com, 14 décembre 2004, jurisdata 2004-026348, *CCC*, 2005, comm. 61

LEVENEUR (L.), note sous Com, 30 octobre 2000, n°98-11224, *CCC*, 2001, comm. 21

LEVENEUR (L.), note sous Civ 1^{ère} 3 janvier 1996, n°93-19.322, *JCP E*, 1996, 830

LEVENEUR (L.), note sous A P, 1^{er} décembre 1995, *JCP E*, 1996, 776

LOIR (R.), note sous Com, 23 septembre 2014, n°13-11.836, *JCP E*, 2015, 1001

LUCAS (F.-X.), note sous Com, 8 novembre 2000, n°95-18.331, *Bull. Joly Soc.*, 2001, p 190

MAINGUY (D.), note sous Cons. constit., QPC, 13 janvier 2011, n°2010-85, *JCP G*, 2011, 274

MALAURIE-VIGNAL (M.), note sous Com, 12 février 2013, *CCC*, 2013 comm. 114

MALAURIE-VIGNAL (M.), note sous ADLC, 16 décembre 2011, 11-D-20, *CCC*, février 2012, comm 43

MALAURIE-VIGNAL (M.), note sous Com, 18 octobre 2011, n°10-15.296, *CCC*, 2012, comm. 10

MALAURIE-VIGNAL (M.), note sous ADLC, 3 mars 2010, n°10-D-08, *CCC*, 2010, comm. 123

MALAURIE-VIGNAL (M.), note sous Cons. Conc., 08-D-31, 10 décembre 2008, *CCC*, février 2009, comm 49

MALAURIE-VIGNAL (M.), note sous Civ 1^{ère}, 22 octobre 2008, Monster Cable, *CCC*, 2008, comm. 270

MALAURIE-VIGNAL (M.), Com, 20 février 2007, n°05-18.444, *CCC*, 2007, comm. 124

MALAURIE-VIGNAL (M.), note sous Paris, 8 mars 2006, *CCC*, 2006, n°133

MALAURIE-VIGNAL (M.), note sous Cons. Conc., 04-D-26, du 30 juin 2004, *CCC*, 2004, comm. 140

MALAURIE-VIGNAL (M.), note sous Cons. conc : déc. n°03-D-42, 18 août 2003, *CCC*, 2003, 182

MALAURIE-VIGNAL (M.), note sous Com, 9 avril 2002, *LPA*, 3 juillet 2003, p 16

MALAURIE-VIGNAL (M.), note sous Civ. 3^{ème}, 27 mars 2002, jurisdata 2002-013715, *CCC* 2002, 111

MALAURIE-VIGNAL (M.), « Le référé-concurrence », *JCP G*, 1993, I, 3637

MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST (A.), note sous CJUE, 14 mars 2013, Ceska sporitelna, C-419/11, *RTD Com*, 2013, 379

MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST (A.), note sous CJUE, 13 mars 2014, C-548/12, *RTD Com*, 2014, 446

MARTEL (D.), note sous Civ 1^{ère}, 26 septembre 2012, n°11-26.022, *D*, 2012, 2876

MARTIN-SERF (A.), note sous Com, 3 juin 2009, n°08-16.439, *Rev. des proc. Coll*, novembre 2009, comm 175

MARTY (F.), note sous ADLC, 28 juillet 2010, 10-D-24, *Concurrences* 4-2010, 133.

MATHEY (N.), note sous Com, 3 mars 2015 n°14-10.907 et 3 mars 2015, n°13-27.525

MATHEY (N.), note sous Com, 7 octobre 2014 n°13-20.690 et Com, 7 octobre 2014, n°13-19.692

MATHEY (N.), note sous Com, 20 mai 2014, n°12-20.313, *CCC*, 2014, comm. 192

MATHEY (N.), note sous Paris, 18 mars 2014, n°12/13601, *CCC*, 2014, comm. 128

MATHEY (N.), note sous Paris, 18 décembre 2013, n° 12/00150, *CCC*, 2014, com. 64

MATHEY (N.), note sous Paris, 4 juillet 2013, *CCC*, 2013 comm. 208

MATHEY (N.), note sous Com, 12 juin 2012, n°11-18.852, *CCC*, 2012, comm. 231

MATHEY (N.), note sous Com, 14 février 2012, n°11-10.346, *CCC*, 2012, comm. 150

MATHEY (N.), note sous TC Meaux, 6 décembre 2011, *CCC*, 2011, comm. 62

MATHEY (N.), note sous Versailles, 27 octobre 2011, *CCC*, 2012, comm.42

MATHEY (N.), note sous TC Paris, 22 novembre 2011, *CCC*, 2012, comm. 93

MATHEY (N.), note sous Com, 18 octobre 2011, n°10-28.005, *CCC*, 2012, comm. 9

MATHEY (N.), note sous Com, 4 octobre 2011, n°10-20.240, *CCC*, 2011, 259

MATHEY (N.), note sous Com, 18 janvier 2011, n°10-11.885, *CCC*, 2011, comm. 64

MATHEY (N.), note sous Paris, 28 octobre 2010, jurisdata n°2010-021513, *CCC*, 2011, comm. 32

MATHEY (N.), note sous Com, 15 juin 2010, n°09-66.761, *CCC*, 2012, comm. 125

MATHEY (N.), note sous Com, 13 janvier 2009, n°08-13.971, *CCC*, 2009, comm. 72

MATHEY (N.), note sous Com, 8 juillet 2008, *CCC*, 2008, comm. 229

MAZEAUD (D.), note sous Com, 29 juin 2010, n°09-11.841, *D*, 2010, 1832

MAZEAUD (D.), note sous Com, 29 juin 2010, n°09-67.369, *D*, 2010, 2481

MAZEAUD (D.), note sous Com, 13 janvier 2009, *RDC*, 2009, 1116

MAZEAUD (D.), note sous arrêt Com, 27 mars 2007, n°06-10.452, *RDC*, 1^{er} avril 2008, n°2 p 231

MAZEAUD (D.), note sous Com, 10 juillet 2007, n°06-14768, *RDC*, 2007, 1110

MAZEAUD (D.), note sous Civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, *D*, 2005, 1828

MAZEAUD (D.), note sous Civ 1^{ère}, 7 novembre 2000 n°99-18.576, *D*. 2001, 1137

MAZEAUD (D.), note sous Com, 30 octobre 2000, n°98-11224, *D*, 2001, 3241.

MAZEAUD (D.), note sous Civ. 1^{ère}, 3 juillet 1996, *Defrénois*, 1997, 336

MEMETEAU (G.), note sous Civ 1^{ère}, 17 juin 1997, n°95-14.162, *D*, 1997, 604

MESTRE (J.), note sous Com, 7 mars 2000, *RTD Civ* .2000, 829

MESTRE (J.), note sous Civ 3^{ème}, 17 juillet 1997, n°95-19.166, *RTD Civ*. 1998, 363

MESTRE (J.), note sous A. P., 1^{er} décembre 1995, *RTD Civ*. 1996, 153

MESTRE (J.) et FAGES (B.), note sous Civ 1^{ère}, 15 mars 2005, n°02-13.285, *RTD Civ*, 2005, 393

MESTRE (J.) et FAGES (B.), note sous Civ 3^{ème}, 24 avril 2003, n°01-17.458, *RTD Civ*, 2003, 699

MESTRE (J.) et FAGES (B.), note sous Civ 1^{ère}, 6 mars 2001, n°98-15.502, *RTD Civ*, 2001, 359

MESTRE (J.) et FAGES (B.), note sous Civ 1^{ère}, 7 novembre 2000, n°99-18.576, *RTD Civ*, 2001, 135

MONEGER (J.), note sous Civ 3^{ème}, 27 mars 2002, jurisdata 2002-013715, *RTD Com*, 2003, 723

MOTULSKY (H.), note sous Civ, 7 mai 1963, Gosset, Bull, n°246, *Rev. Crit. DIP*, 1963, 615

MOURALIS (D.), note sous Civ. 1^{ère}, 12 février 2012, n°10-17.076, *JCP G*, 2014, 475

NEAU-LEDUC (P.), note sous Com, 23 novembre 1999, n°96-21869, *JCP E*, 16 mars 2000, 463

NIBOYET (M.-L.), note sous Civ. 1^{ère}, 20 février 2001, Cubic, *Gaz Pal*, 12 décembre 2001, n°346, p 29

NOURISSAT (C.), note sous arrêt Com, 25 mars 2014 et Com, 20 mai 2014, n°12-29.534 et 12-20.313 *JCP E*, 2014, 1501

NOURISSAT (C.), note sous CJUE, 19 décembre 2013, C-9/12, Corman-Collins, *Procédures*, 2014, n°2, p 24

NOURISSAT (C.), note sous Com, 27 avril 2011, n°09-13.524, *JCP E*, 2011, 1745

OPPETIT (B.), note sous Civ 1^{ère}, 4 juillet 1972, Hecht, n°70-14.163, *JDI*, 1972, p 843

PAISANT (G.), note sous CJUE, 14 juin 2012, Banco Español de crédito ». *JCP G*, 2012, 975

PAISANT (G.), note sous Civ. 1^{ère}, 2 avril 2009, n°08-11.231, *JCP G*, 2009, 238

PAISANT (G.), note sous CJCE, 22 novembre 2001, C-541/99, et C-542/99, *JCP G*, 2002, II, 10047

PAISANT (G.), note sous Civ. 1^{ère}, 24 janvier 1995, n°92-18.227, *D*, 1995, 327

PICOD (Y.), note sous Com, 8 mars 2011, *D*, 2011, 1193

PICOD (Y.), note sous Com, 3 mars 2004, *D*, 2004, 1661

PIEDELIEVRE (S.), note sous Com, 6 juillet 2010, *D*, 2010, 2129

PIEDELIEVRE (S.), note sous Mixte, 29 juin 2007 n°05.21.104, *D*, 2007, 2081

PIRONON (V.), note sous CEPC, avis n°13-10 du 16 septembre 2013, *CCE*, 2014, comm 7

POILLOT-PERUZZETTO (S.), note sous Com, 10 juin 1997, n°94-12.316, *JDI*, 1998, 969

PRIETO (C.), note sous CJCE, 26 mars 2009, C-133/07, *JDI*, avril 2010, chro. 3

RACINE (J.-B.), note sous Paris, 25 octobre 2011, n°10/24023, *RDC*, 2012, 563

RACINE (J.-B.), note sous Com, 27 avril 2011, n°09-13.524, *RDC*, 2011, 1294

RAYMOND (G.), note sous Civ. 1^{ère}, 23 juin 2011, n°10-30.645, *CCC*, 2011, comm. 226

RAYMOND (G.), note sous Civ. 2^{ème}, 13 juillet 2006, n°05-18.104, *CCC*, 2006, comm. 209

REMY (B.), note sous, CIRDI, 7 février 2014, Antoine Abou Lahoud et Leila Bounafeh-Abou Lahoud c/. La République Démocratique du Congo, n° ARB/10/4, *JDI*, 2015, chro. 2

RODIERE (P.), note sous A P, 10 juillet 1992, n°88-40.672, 88-40.673, 88-40.674, *JCP G*, 1993, II, 22063

ROMANET (J. de), note sous Com, 12 février 2013, 12-13.603, *RLDA*, avril 2013, p 45

ROMANET (J. de), note sous Civ. 1^{ère}, 30 janvier 2013, n°11-10.588, *RLDA*, 2013, n°81 p 45

SERAGLINI (C.), note sous Civ.1^{ère}, 30 mars 2004, n°02-12.259, *JCP E*, 2005, 676

SERAGLINI (C.), note sous Paris, 17 novembre 2011 n°09/24158, *JCP G*, 2012, doctr. 843

SEUBE (J.-B.), note sous Mixte, 17 mai 2013, n°11-22.768 et 11-22.927, *JCP G*, 2013, 672

SERIAUX (A.), note sous arrêt Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n°05-21.822, *JCP G*, 2008, II, 10133

SERIAUX (A.), note sous Com, 22 octobre 1996, n° 93-18.632, *D*, 1997, 121

SERINET (Y.-M.), note sous Com, 27 mars 2007, 06-10452, *JCP G*, 2007, II, 10119

SERRA (Y.), note sous Soc, 10 juillet 2002, *D*, 2002, 2491

SIBONY (A.-L.), note sous TC Paris, 12 février 2014, SFR, c/ France Télécom, *Concurrences*, n°2-2014, p 88.

SIBONY (A.-L.), note sous CJUE, 14 octobre 2010, *Concurrences* 1-2011, p 91

SIBONY (A.-L.), note sous ADLC, 3 mars 2010, n°10-D-08, *Concurrences* 2-2010, p 79

STOFFEL-MUNCK (P.), note sous Paris, 19 janvier 2011 n°07/22152, *JCP E*, 2011, 1876

STOFFEL-MUNCK (P.), note sous Cons. constit., QPC, 13 janvier 2011, n°2010-85, *JCP G*, 2011, doctr. 435

STOFFEL-MUNCK (P.), note sous Com, 29 juin 2010, n°09-11.841, *JCP E*, 2010, 1790

STOFFEL-MUNCK (P.), note sous Civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, *RDC*, 2005, 275

STOFFEL-MUNCK (P.), note sous TGI Paris, 4 février 2003, Jugement pere-noel.fr jurisdata 2003-204208, *JCP G*, 2003, II, 10079

TAQUET (F.), note sous Nîmes, 21 juin 2011, n°10/01617, *JCP E*, 2011, 1649

TRICOIT (J.-P.), note sous Com, 29 avril 2014, n°12-27.004, *LPA*, 2014, n°181, p 14

VINEY (G.), note sous Com, 22 octobre 1996, n°93-18.632, *JCP G*, 1997, I 4025

C : Contributions.

ANCEL (P.), « L'encadrement de la juridiction par le contrat », in P. ANCEL et M-C. RIVIER (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Paris, Economica 2001, p 6 et s.

ARMAND-PREVOST (M.), « Le référé commercial », in Collectif, *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, Paris, La Documentation française, 1998

AUGUSTIN (J.-M.), « L'adage « Voies de nullité n'ont point de lieu » », in M. BOUDOT et P.-M. VECCHI (dir.), *La théorie des nullités*, Paris et Poitiers, LGDJ - Université de Poitiers, 2008, p 53 et s.

AYNES (L.), « Vers une déontologie du contrat », conférence dans le cadre du cycle *Droit et technique de cassation*, 11 mai 2006. Les interventions du colloque sont disponibles sur le site de la Cour de cassation : http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2006_55/intervention_m_aynes_9141.html

BAILLAT (M.), « Examen des décisions du Conseil de la concurrence », in CREDA *Les PME et le droit de la concurrence : analyse critique, comparative et prospective*, Paris, LexisNexis, 2010, p 71

BALLADUR (E.), « Propos introductifs », in G. CANIVET et L. IDOT (dir.), *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, évolution et perspectives*, Paris, LexisNexis Litec, 2008, p 6

BATIFFOL (H.), « Questions de l'interprétation juridique », in *Choix d'articles*, Paris, LGDJ, 1976, p 409

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Le droit de la preuve devant les autorités de régulation », in M. MEKKI, L. CADIER et C. GRIMALDI (dir.), *La preuve : regards croisés*, Paris, Dalloz, 2015, p 133 et s

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « *Rapport introductif* », in colloque tenu à Paris le 16 novembre 2011: *Information, conseil, mise en garde, compétence, etc. Toujours plus d'obligation à la charge du professionnel*, RDC, 2012, 1041 et s

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « L'équilibre du contrat en droit commercial, » in G. LARDEUX (dir.), *L'équilibre du contrat*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012, p 27, et s

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « La mutation de la norme en droit de la concurrence », in N. MARTIAL-BRAZ, J.-P. RIFFARD, M. BEHAR-TOUCHAIS, *Les mutations de la norme, le renouvellement des sources du droit*, Paris, Economica, 2011, p. 195

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « « Le choc des titans » : existe-t-il des fournisseurs assez puissants pour contrebalancer la puissance d'achat de la grande distribution ? » in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p 53

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Rapport introductif » du colloque du CEDAG, « Existe-t-il un principe de proportionnalité ? », *LPA*, 30 septembre 1998, p 3

BENABENT (A.), « Observations finale », in colloque tenu le 30 novembre 2010 : *Les prérogatives contractuelles*, RDC 2011 p 746

BENABENT (A.), « Les difficultés de la recodification : les contrats spéciaux », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz Litec, 2004, p 245

BERLIOZ (G.), « Exposé introductif », in colloque tenu les 3 et 4 juin 1978 : *Les contrats d'adhésion et la protection du consommateur*, Paris, E.N.A.J., 1978, p 22

CANIVET (G.), « Propos introductifs », in G. CANIVET et L. IDOT (dir.), *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, évolution et perspectives*, Paris, Lexis Nexis Litec, 2008, p 1

CHAGNY (M.), « Le contrôle des abus dans la négociation », in *Rapport d'activité de la CEPC 2007/2008*, Annexe 10

CHANTEPIE (G.), « Malformation, inexécution : faut-il maintenir la distinction ? » in S. LE GAC-PECH (dir.), *Remédier aux défaillances du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 11

CHAZAL (J.-P.), « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in Collectif, *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum, Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p 279

CHONE-GRIMALDI (A.-S.) et GODIVEAU (G.), « L'entreprise, interface des rapports entre l'Union européenne et les États-membres : le droit antitrust », in Colloque : Les dimensions de la sphère publique en droit de la concurrence, Caen, 3 octobre 2014, *RJ Com*, 2014, n°6, p 456

CREPEAU (P.-A.), « Contrat d'adhésion et contrat type », in Collectif, *Problèmes de droit contemporain, Mélanges Louis Baudoin*, Édition Yvon Blais, Québec, p 67

DESHAYES (O.), « Les parties aux négociations contractuelles, réflexions sur le sens de l'acte de négocier », in O. DESHAYES (dir.), *L'avant contrat, actualité du processus de formation des contrats*, Paris, PUF, 2008

DIDIER (P.), « La notion d'entreprise », in Collectif, *Le Droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p 845

FENOUILLET (D.), « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme », in colloque tenu le 30 novembre 2010 : *Les prérogatives contractuelles*, RDC, 2011, p 644

FENOUILLET (D.), « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », in colloque : *La réforme du droit français des contrats en droit positif*, RDC, 1^{er} janvier 2009, p 279

FERRIER (D.), « L'information du candidat à la franchise, la loi « Doubin » : bilan et perspectives », in N. Dissaux et R. Loir (dir.), *La protection du franchisé au début du XXI^{ème} siècle, entre réalités et illusions*, Paris, L'Harmattan, 2009, p 77

FONTAINE (M.), « Rapport de synthèse », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, p 620

IDOT (L.), « Les leçons du droit européen de la concurrence », in G. GIUDICELLI-DELAGE et S. MANACORDA (dir.), *La responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales*, Paris, Société de Législation Comparée, 2013, p. 165

IDOT (L.), « L’Autorité de la concurrence, régulateur des industries de réseaux ? », in Collectif, *Mélanges en l’honneur de Daniel Tricot, Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Paris, Litec, Dalloz, 2011, p. 183

IDOT (L.), « La notion d’entreprise en droit de la concurrence révélateur de l’ordre concurrentiel », in Collectif, *L’ordre concurrentiel, Mélanges en l’honneur d’Antoine Pirovano*, Paris, Édition Frisons-Roche, 2003, p 523

JESTAZ (P.), « Rapport de synthèse », in *La nouvelle crise du contrat*, Paris, LGDJ, 2003

JESTAZ (P.), « Rapport de synthèse », in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L’unilatéralisme et le droit des obligations*, Paris, Economica 1999, p 88

LAFOND (P.-C.), « Pour en finir avec la liberté contractuelle du consommateur », in Collectif, *Problèmes de droit contemporain, Mélanges Baudoin*, Québec, Édition Yvon Blais, 2012, p 483

LAGARDE (P.), « Rapport de synthèse », in S. CORNELOUP et N. JOUBERT (dir.), « Le Règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles », Paris, Litec, 2008, p 201

LECUYER (H.), « La modification unilatérale du contrat », in *L’unilatéralisme et le droit des obligations*, Paris, Economica, 1999, p 48

LEQUETTE (Y.), « Retour sur le solidarisme contractuel : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique » in Collectif, *Mélanges en l’honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris, Dalloz, 2012, p 879

LEQUETTE (Y.), « Bilan des solidarismes contractuels », in Collectif, *Etudes de droit privé, Mélanges offerts à Paul Didier*, Paris, Economica, 2008, p 247

MAURO (C.), « Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales, éléments de droit comparé », in M. BENILLOUCHE et M. DAURY-FAUVEAU (dir.),

Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales Paris, PUF, 2009, p. 61

MAYER (P.), « L'étendue du contrôle, par le juge étatique, de la conformité de la sentence aux lois de police », in Collectif, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques : liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p 459

MAYER (P.), « La protection de la partie faible en droit international privé », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, p 537

MAZEAUD (D.), « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres et des braises... », in Collectif, *Mélanges Jean Hauser*, Paris, LexisNexis, 2012, p 905

MAZEAUD (D.), « Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières ? » in Collectif, *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p 607

MAZEAUD (D.), « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », in Collectif, *Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001

MAZEAUD (D.), « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », colloque : *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, LPA, 30 septembre 1998, p 12

MUIR-WATT (H.), « Les limites du choix : dispositions impératives et internationales du contrat », in S. CORNELOUP et N. JOUBERT (dir.), *Le Règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Paris, Litec, 2011, p 341

MUIR-WATT (H.), « Les pourparlers, de la confiance trompée à la relation de confiance », in P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2003, p 53 et s.

NAU (L.), « Responsabilité pré- ou près contractuelle ? » in X. HENRY (dir.), *Des contrats civiles et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges en l'honneur du doyen Bernard Gross*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 2009 p 130

PIRONON (V.), « Concurrence déloyale et acte restreignant la libre concurrence », in S. CORNELOUP et N. JOUBERT (dir.), *Le Règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Paris, Litec, 2008, p 111

PRIETO (C.), « Rapport introductif », in C. PRIETO, (dir.) *Cohérence européenne des recours collectifs, réponse à la consultation publique de la Commission européenne*, Paris, Société de

Législation comparée, 2011

PRIETO (C.) et SI BOUAZZA (C.), « Rapport spécial en droit de la concurrence », in C. PRIETO, (dir.) *Cohérence européenne des recours collectifs, réponse à la consultation publique de la Commission européenne*, Paris, Société de Législation comparée, 2011, p. 39 et s.

RACINE (J.), « Droit économique et droits de l'homme : introduction » in L. BOY, J.-B. RACINE et F. SIIRIANEN (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 7

REVET (T.), « Propos introductifs », Colloque : *Les prérogatives contractuelles*, RDC, 2011, 639

RIEG (A.), « Contrat type et contrat d'adhésion », *Travaux de recherche de l'institut de droit comparé*, t. XXXIII, 1970, p 111

ROCHFELD (J.), « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in, Collectif, *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p 753

SENECHAL (J.), « Le contenu du contrat », in O. DESHAYES (dir.), *Le droit commun européen de la vente, examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011*, Paris, Société de législation comparée, 2012, p 133

STAROSSELETS (T.), « Effets de la nullité », in P. WERY (dir.), *La nullité des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2006

V : Ouvrages collectifs, colloques et conférences.

A : Ouvrages collectifs :

Collectif, *1804 – 2004, Le Code civil, un passé un présent un avenir*, Paris, Dalloz, 2004

Collectif, *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001

Collectif, *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris, Dalloz, 2003

Collectif, *Chitty on contracts*, vol. 1, *General principles*, Londres, Sweet & Maxwell,

Thomson Reuters, 2012

Collectif, *Études de droit de la consommation, Liber amicorum, Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004

Collectif : *Etudes de droit privé, Mélanges offerts à Paul Didier*, Paris, Economica, 2008

Collectif, *Etudes offertes à Jacques Flour*, Paris, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979

Collectif, *Le contrat au débit du XXI^{ème} siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001

Collectif, *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz PUF Jurisclasseur, 1999

Collectif, *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derrupé*, Paris, Litec, GLN Joly, 1991

Collectif, *Mélanges en hommages à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991

Collectif, *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Édition Frison-Roche, 2003

Collectif, *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris, Dalloz, 2012

Collectif, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996

Collectif, *Problèmes de droit contemporain, Mélanges Baudoin*, Québec, Édition Yvon Blais, 2012

Collectif, *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, t. 1 et 2

Collectif, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques : liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008

ANCEL (P.) et RIVIER (M.-C.) (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Paris, Economica, 2001 Paris

BASEDOW (J.), FRANCQ (S.) et IDOT (L.) (dir.), *International antitrust litigation conflict of law and coordination*, Oxford, Hart Publishing, 2012

BENILLOUCHE (M.) et DAURY-FAUVEAU (M.) (dir.), *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales* Paris, PUF, 2009

BOY (L.), RACINE (J.-B.) et SIIRIANEN (F.) (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier

COHEN (D.) (dir.), Droit et économie du procès civil, LGDJ, 2010, Paris

CORNELOUP (S.) et JOUBERT (N.) (dir.), Le Règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, Paris, Litec, 2008

CREDA, Les PME et le droit de la concurrence, analyse critique, comparative et prospective, Paris, LexisNexis 2010

DESHAYES (O.) (dir.). L'avant contrat, Actualité du processus de formation des contrats, Paris, PUF, 2008,

DISSAUX (N.) et LOIR (R.) (dir.), La protection du franchisé au début du XXI^{ème} siècle entre réalités et illusions, Paris, L'Harmattan, 2009

FAUVARQUE-COSSON (B.) (dir.), Principes contractuels communs, projet de cadre commun de référence, Paris, Société de législation comparée, 2008

FONTAINE (M.) (dir.), Le processus de formation du contrat, Bruxelles, Bruylant, 2002

GRYNBAUM (L.) et NICOD (M.) (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004

JAMIN (C.) et MAZEAUD (D.) (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Paris, Economica 1999

KRAFFT (J.) (dir.), *Le processus de concurrence*, Paris, Economica, 1999

LE DOLLEY (E.) (dir.), *Les concepts émergeants en droit des affaires*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2010, p 395 et s.

LE GAC-PECH (S.) (dir.), *Remédier aux défaillances du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010

LOQUIN (E.) et MANCIAUX (S.) (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, Paris, LexisNexis, 2014

MASSON (A.) (dir.), *Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence*, Bruxelles, Larcier, 2013

OMARJEE (I.) et SINOPOLI (L.) (dir.), *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel*, Paris, Dalloz, 2014

PERELMAN (C.) et FORIERS (P.) (dir.), *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981

PRIETO (C.), (dir.) *Cohérence européenne des recours collectifs, réponse à la consultation publique de la Commission européenne*, Paris, Société de Législation comparée, 2011

REMY-CORLAY (P.) et FENOUILLET (D.) (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2003

SAYAG (A.) (dir.) *Le contrat cadre, La distribution*, Paris, Litec, 1995

TERRE (F.) (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2008

B : Colloques :

Colloque, *Le déséquilibre significatif dans les contrats d'affaires – 5 ans après*, tenu le 25 novembre 2013 organisé par l'Université Versailles Saint Quentin au Cabinet Gide Loyrette Nouel à Paris, AJCA, 2014

Colloque, *L'action de groupe à la française face à la « dérive » anglo-saxonne : l'expérience canadienne*, tenu le 15 octobre 2013 à la Maison du Barreau à Paris.

Colloque, *Sur la voie de l'action de groupe*, Gaz Pal, 16 mai 2013

Colloque, *La franchise : questions sensibles*, tenu à la Cour de cassation le 27 janvier 2012, RLDA, HS n°73, p 29

Colloque, *Information, conseil, mise en garde, compétence, etc. Toujours plus d'obligation à la charge du professionnel*, tenu à Paris le 16 novembre 2011, RDC, 2012, 1041 et s.

Colloque, *Quelle protection pour la caution ?*, tenu le 24 mai 2012 à l'Université Paris Descartes organisé par le CEDAG, Rev. dr. bancaire et financier 2012, dossier 37 et s.

Colloque, *Les mutations de la norme*, N. MARTIAL-BRAZ, J-F. RIFFARD et M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), Paris, Economica, 2011

Colloque, *Les prérogatives contractuelles*, 30 novembre 2010, RDC, 2011, n°2

Colloque, *Existe-t-il un principe de proportionnalité ?*, organisé par le CEDAG sous la direction de M. BEHAR-TOUCHAIS, *LPA*, 30 septembre 1998, p 3 et s.

Colloque, « Vers un code des activités économiques », tenu le 11 mai 2007 à l’Université Paul Cézanne sous la direction de J. MESTRE

Colloque, *La réforme du droit français des contrats en droit positif*, organisé par la Revue des contrats, *RDC*, 1^{er} janvier 2009, p 265

Colloque, *L’interdiction de se contredire au détriment d’autrui*, tenu le 13 janvier 2000 à l’Université Paris Descartes, organisé par le Centre de Droit des Affaires et de Gestion sous la direction de M. BEHAR-TOUCHAIS, Paris, Economica, 2001

Table ronde animée par A.-S. CHONE-GRIMALDI, Quelles règles pour la distribution ? Quelles sanctions ? Quelles institutions ?, *RLDA*, suppl. 2013, 62

C : Conférences :

AYNES (L.), « Vers une déontologie du contrat », cycle *droit et technique de cassation*, 11 mai 2006. Les interventions du colloque sont disponibles sur le site de la Cour de cassation : http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2006_55/intervention_m_aynes_9141.html

COMBE (E.), Conférence pour la Revue Concurrences, Cycle droit et économie. « Pratiques d’évitement », 27 mai 2014, Cabinet McDermott, Will et Emery, Paris

Cycle de conférence de la Cour de cassation 2005-2006, *Droit et technique de cassation*. https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_formations_4/2006_55/

FAVRE (C.), CLAUDEL (E.) et UTZSCHNEIDER (Y.), *L’articulation entre le procédure d’avis et la procédure contentieuse devant l’Autorité de la concurrence*, séminaire de la revue Concurrences, résumé disponible sur le site de l’Institut du droit de la concurrence

V : Jurisprudence

A : Jurisprudence interne

1 : Juridictions de l'ordre judiciaire

a : Juridictions de première instance

- Juridiction de droit commun

TI Avignon, 6 novembre 2007, n°07/00782

TC Bobigny, 29 mai 2012, n°2009F01541, Ministre de l'Économie c/ Darty

TC Bobigny, 19 janvier 2010, n°0814280834

TC Créteil, 13 décembre 2011, n°2009/01017 et 2009/01018 Ministre de l'Économie c/ System U et Ministre de l'Économie c/ GALEC

Jur. Prox, Dieppe, 7 février 2011, Igor D. c/ Priceminister, disponible sur :
http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3102

TC Evry, 6 février 2013, n°2009/F00727, Ministre de l'Économie c/ SNC ITM alimentaire

TC Lille, 7 septembre 2011, n°2009/05105

TC Lille, 6 janvier 2010, n°2009/05105, Ministre de l'Économie c/ Eurauchan

TC Meaux, 6 décembre 2011 n°2009/02269, Ministre de l'Économie c/ Société Provera France

TC Paris, 7 mai 2015, n°j2015000040, Expédia

TC Paris, 20 mai 2014 n°2013/070793, Ministre de l'Économie c/ GALEC

TC Paris, 12 février 2014, SFR c/ France Télécom Concurrences n°2-2014 p 88

TC Paris, 24 septembre 2013, n°2011850615

TC Paris, 22 novembre 2011 jurisdata 2011-032619, Ministre de l'Économie c/ GALEC

TC Paris, 19 septembre 2006, jurisdata 2006-316112, BNP Pariba c/ Houdinet

TGI, Paris 6 août 2008 n°08/56275, Métropole Télévision c/ Wizzgo

TGI, Paris 13 juin 2008, n°07/04080

TGI, Paris 4 février 2003, Jugement pere-noel.fr jurisdata 2003-204208 Familles de France c/ Pere-Noel.fr

TGI, Paris, 17 décembre 1986. Jurisdata 1986-047314 Tardivon c/ Radio Monte-Carlo

TGI, Paris 13 janvier 1967, JCP 1967 II 15096

TC, Rennes, 13 octobre 2009, n°2009-00238

- Autorité de la concurrence ou Conseil de la concurrence :

Décisions :

Cons. conc., 31 août 2001, n°01-D-49, relative à une saisine et demande de mesures conservatoires présentées par la société Concurrence concernant la société Sony

Cons. Conc., 11 juillet 2002, n°02-D-44, relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement

Cons. Conc., 30 juin 2004, n°04-D-26, relative à la saisine de la SARL Reims Bio à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le groupement d'intérêt public Champagne Ardenne

Cons. Conc., 10 décembre 2008, n°08-D-31, relative à une saisine de la société Concurrence

Cons. Conc., 20 janvier 2009, n°09-D-02, relative à une demande de mesures conservatoires présentée par le Syndicat National des Dépositaires de Presse

ADLC, 3 mars 2010, n°10-D-08, relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité

ADLC, 30 juin 2010, 10-MC-01, relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Navx

ADLC, 28 juillet 2010, 10-D-24, relative à des pratiques mises en œuvre par la Caisse Nationale des Allocations Familiales

ADLC, 17 décembre 2010, 10-D-37, relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la cétirizine en comprimés

ADLC, 23 février 2011, 11-D-04, relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire

ADLC, 16 décembre 2011, 11-D-20, relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire

ADLC, 18 décembre 2014, 14-D-19, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps

Avis :

Cons. conc., 7 mai 2008, n°08-A-07, relatif à l'organisation économique de la filière fruits et légumes

Cons. conc., 11 octobre 2007, n°07-A-12, relatif à la législation relative à l'équipement commercial

ADLC, avis, n°09-A-21 du 24 juin 2009, relatif à la situation de la concurrence sur les marchés des carburants dans les départements d'outre-mer

ADLC, 10-SOA-01, 25 février 2010, relative à une saisine d'office pour avis portant sur les contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire

ADLC, 10-SOA-02, 19 mars 2010, relative à une saisine d'office pour avis portant sur les contrats de « management catégoriel » entre les opérateurs de la grande distribution alimentaire et certains de leurs fournisseurs

ADLC, avis n°10-A-25, 7 décembre 2010, relatif aux contrats de « management catégoriel »

ADLC, 7 décembre 2010, n°10-A-26, relatif à la législation relative à l'équipement commercial

ADLC, 11 janvier 2012 n°12-A-01, relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris

ADLC, 29 octobre 2013, n°13-D-19, relative à des pratiques mises en oeuvre par les sociétés Sapec et Weldom dans le secteur du bricolage, des loisirs liés à la maison et de la vente de

matériaux de construction et d'éléments d'équipement de l'habitat

ADLC, 17 février 2014, n°14-A-03, relatif à une saisine de la fédération Les Producteurs de Légumes de France

- Autres organismes à caractère juridictionnel ou consultatif

Avis et recommandations de la Commission d'examen des pratiques commerciales :

CEPC, avis n°08-06 du 19 décembre 2008, relatif à la légalité de pratiques qui seraient mises en œuvre par certains distributeurs à l'égard de leurs fournisseurs

CEPC, avis n°09-05 du 1^{er} janvier 2009, complétant les questions-réponses du 22 décembre 2008 sur la mise en œuvre de la loi de modernisation de l'économie

CEPC, avis n°09-09 du 16 septembre 2009, venant compléter le dispositif de Questions-Réponses relatif à la mise en œuvre de la loi de modernisation de l'économie

CEPC, avis n°11-03 du 9 février 2011, sur un projet d'accord commercial entre un laboratoire pharmaceutique et un grossiste répartiteur

CEPC, avis n°11-06, du 1^{er} juin 2011, relatif à deux questions posées par une fédération professionnelle industrielle

CEPC, recommandation n°11-01, 7 novembre 2011, relative à un code de bonne conduite en matière de management par catégorie

CEPC, avis n°12-07 du 16 mai 2012, relatif à une demande d'avis d'une fédération professionnelle appartenant au secteur du matériel électrique

CEPC, avis n°13-10 du 16 septembre 2013, sur les relations commerciales des hôteliers avec les entreprises exploitant les principaux sites de réservation hôtelière

Commission des clauses abusives :

Recommandation n°95-02 du 7 avril 1995, relative aux contrats proposés par les éditeurs ou distributeurs de logiciels ou progiciels destinés à l'utilisation sur micro-ordinateurs

b : Juridictions d'appel :

Aix-en-Provence, 12 avril 2012, jurisdata 2012-016094, Cuisirev c/ Martini

Aix-en-Provence, 20 décembre 2012, n°10/18506

Basse-Terre, 18 janvier 2010 08/00258

Bastia, 25 janvier 2012, 11/00109

Besançon, 19 décembre 2012, n°11/02445

Bordeaux, 21 novembre 2011, n°10/02746

Douai, 9 mai 2012, n°11/00533

Fort-de-France, 11 mai 2012, 10/00456

Limoges, 13 mars 2013, n°12/00553

Limoges, 22 février 2011, n°09/01499

Lyon, 16 mai 2013, n°11/07152, Eve Monier Fontaine c/ Locam

Lyon, 30 mai 2012, n°11/02342

Lyon, 20 novembre, 2012, n°11/05737

Montpellier 31 janvier 2013, n°11/01763

Montpellier, 13 mai 2009, n°08/03270

Montpellier, 17 mars 2009, jurisdata 2009-008195, Banque Populaire Occitane c/ Nayrolles

Nancy, 13 décembre 2012, n°11/04965

Nîmes, 8 mars 2012, n°11/00692

Nîmes, 10 janvier 2013, n°11/04394

Nîmes, 21 juin 2011, n°10/01617, C. c/ Établissements Roger

Nîmes, 10 mars 2011, n°08-04.995

Nîmes, 25 février 2010, n°07/00606, Ministre de l'Économie c/ Carrefour

Orléans, 15 juillet 2004, n°04/0163, Toyota France c/ Autodiffusion

Orléans, 12 avril 2012, n°11/02284, Ministre de l'Économie c/ Carrefour

Paris, 5 février 2015, n°2014/21492, Le Merre Distri c/ Carrefour Proximité France

Paris, 1^{er} juillet 2015, n°13/19251, Ministre de l'Économie c/ GALEC

Paris, 18 mars 2014, n°12/13601, Sept de cœur c/ Babyjorn

Paris, 15 janvier 2014, n°11/19418, SPBI c/ Boat Developpement

Paris, 18 décembre 2013, n°12/00150, GALEC c/ Ministre de l'Économie

Paris, 12 décembre 2013, n°11/18274

Paris, 18 septembre 2013, n°12/03177, Provera France c/ Ministre de l'Économie

Paris, 11 septembre 2013, n°11/17941, Eurauchan

Paris, 4 juillet 2013, CCC 2013 comm. 208

Paris, 13 juin 2013, n°12/16727

Paris, 7 juin 2013, n°11/08674, Netmarkers c/ Antigone

Paris, 23 mai 2013, n°12/0166, Green Sofa Dunkerque c/ Ikéa

Paris, 14 mars 2013, n°11/05758

Paris, 26 février 2013, n°12/12953, Soc. Lola Fleurs c/ Soc. Monceau Fleurs

Paris, 21 novembre 2012, n°10/08275

Paris, 3 octobre 2012, n°10/10308

Paris, 13 septembre 2012, n°08/16012, Mungori c/ Virax

Paris, 13 juin 2012, n°10/25262

Paris, 2 février 2012, n°09/22350, Carrefour c/ Ministre de l'Économie

Paris, 17 novembre 2011, n°08/06976, EAS Fret c/ DHL International

Paris, 17 novembre 2011, n°09/24158, Société Licensing Project c/ Pirelli

Paris, 25 octobre 2011, n°10/24023

Paris, 28 septembre 2011, n°10/08374

Paris, 24 mars 2011, n°10/02616, Valensi c/ Carrefour

Paris, 19 janvier 2011, n°07/22152, Compagnie des salins du Midi et des salines de l'est c/ Carrefour

Paris, 14 décembre 2010, n°08/09544, CMS c/ Deloitte Finance

Paris, 28 octobre 2010, jurisdata n°2010-021513, Mondo Uomo c/ Staff International SPA

Paris, 17 juin 2010, n°09/12774, Aujourd'hui Sport c/ Prés.

Paris, 23 mars 2010, n°2009/09977, CEGAPE

Paris, 20 mai 2009, n°08/02432

Paris, 23 octobre 2007, jurisdata 2007-344650

Paris, 24 janvier 2007, n°05/24117

Paris, 8 mars 2006, jurisdata 2006-299515, Galerie Sainte-Anne c/ Mendes

Paris, 14 décembre 2005, n°04/24526

Paris, 18 novembre 2004, n°04/08185

Paris, 29 janvier 2004, jurisdata 2004-241196, Serf c/ DV Construction

Paris, 7 mars 1997, jurisdata 1997-020765, Polyburo c/ TR Services

Paris, 4 mai 1993, n°93/016325 et 92/023245

Paris, 5 juillet 1991, D. 1991, IP 247

Paris, 12 janvier 1983, jurisdata 1983-020127

Paris, 12 juillet 1982, jurisdata 1982-024401

Pau, 13 septembre 2012, n°11/02803, Technodent c/ Brenac

Pau, 13 septembre 2010, n°08/02769

Poitiers, 11 janvier 2011, 08/03425

Poitiers, 25 novembre 1981, jurisdata 1981-042241, Delavo c/ Locabail

Reims, 5 novembre 2007, n°06/01898, Ministre de l'Économie c/ Scapest

Riom, 23 janvier 2013, n°12/00046,

Rouen, 19 mars 1987, jurisdata 1987-042705, Egpic c/ Esso

Versailles, 19 décembre 2013, n°12/05035

Versailles, 27 octobre 2011, jurisdata 2011-030371, Dexxon Data Media c/ Fujifilm Recording Media

Versailles, 8 avril 2010, 07/07662

Versailles, 20 mars 2008, n°06/09027

c : Cour de cassation.

Décisions :

Civ, 1^{er} février 1853, DP, 1853, 1, 77

Civ, 14 février 1866, Arrêt disponible sur le site Juricaf (juricaf.org) sous le numéro JURITEXT000006952890, A c/ Z

Civ, 6 mars 1876, *GAJC*, n°165, Canal de Craponne

Civ, 13 mai 1885, *DP* 1885, 1, p 350 ; *S.* 1887, 1, 220

Civ, 1^{er} mars 1887, *S* 1887, 1, 121

Civ, 30 mars 1892, *Bull. civ.*, n°67, p 102

Civ, 6 juin 1921, *DP* 1921, I, 73

Civ, 7 mai 1963, *Bull*, n°246, Gosset

Civ, 1^{ère}, 2 mai 1966, *GAJDIP*, n°44, Galakis

Civ, 1^{ère}, 4 juillet 1972, n°70-14.163, Hecht

Civ, 1^{ère}, 19 janvier 1982, *Bull.*, 1982, I, n°29

Civ, 1^{ère}, 3 janvier 1985, n°83-15.291, GIL c/ X.

Civ. 1^{ère}, 17 décembre 1985, *GAJDIP*, n°72, Compagnie des signaux et d'entreprises électriques c/ Sorelec

Civ. 1^{ère}, 17 mars 1987, *Bull. civ.*, I n°94

Civ. 1^{ère}, 28 avril 1987, n°85-13.674, Abonnement téléphonique c/ Pigranel

Civ. 1^{ère}, 20 décembre 1993, *Bull. civ.*, 1993, I, n° 372, Dalico

Civ. 1^{ère}, 3 juillet 1996, n°94-14.800, Point club vidéo

Civ. 1^{ère}, 21 mai 1997, n°95-11.427, Jaguar

Civ. 1^{ère} ; 5 janvier 1999, *Bull. civ.*, 1999, I, n°2, Zanzi

Civ, 1^{ère}, 16 février 1999, *Bull. civ.*, 1999, I, n°52

Civ. 1^{ère}, 20 février 2001, n°99-12.574, Arrêt Cubic

Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2003, n°01-11.640

Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, *D*, 2004, 1754

Civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, n°01-00.475, BNP c/ X

Civ. 1^{ère}, 1^{er} février 2005, n°01-13.742, NIOC c/ Israël

Civ. 1^{ère}, 8 mars 2005, *Bull. civ.* I n°128

Civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, n°02-13.285, Syndicat départemental du contrôle laitier de la Mayenne c/ ESC

Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2005, n°03-10.115, X c/ Crédit Agricole mutuel Périgord Charente

Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2005, n°03-10.921, X c/ BNP Paribas

Civ. 1^{ère}, 4 juillet 2006, n°05-11.591, CSF c/ Recape

Civ. 1^{ère}, 23 janvier 2007 n°05-21.388, Waeco

Civ. 1^{ère}, 20 février 2007, n°05-15.082 Cornelissen

Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n°05-21.822, X c/ Cetelem

Civ. 1^{ère}, 22 octobre 2008, n°07-15.823, Monster Cable Products Inc c/ AMS

Civ. 1^{ère}, 2 avril 2009, n°08-11.231, SLG Canal CE c/ Dimension Data

Civ. 1^{ère}, 30 avril 2009, n°07-18.334, Y c/ Crédit Lyonnais

Civ. 1^{ère}, 6 mai 2010, n°08-14.461, Y c/ ISCG

Civ. 1^{ère}, 6 octobre 2010, n°09-10.530, JAFF c/ X

Civ. 1^{ère}, 23 juin 2011, n°10-30.645, Syndicat de copropriétaire 68 rue Albert 75013 Paris c/ Somainet

Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, n°09-67.013, Doga c/ HTC Sweden

Civ. 1^{ère}, 1^{er} décembre 2010, n°09-13.303, X c/ Fountain Pajot

Civ. 1^{ère}, 26 octobre 2011, n°10-17.708, CMN c/ PKC

Civ. 1^{ère}, 28 mars 2013, n°11-27.770, Pirelli c/ Société Licensing Project

Civ. 1^{ère}, 19 novembre 2014, n°13-13.405, Brenneke c/ Franco-Badoise

Civ. 1^{ère}, 9 avril 2015, n°14-50.012

Civ. 2^{ème}, 5 janvier 1994, n°92-13.856, Les Productions belles c/ X et French production

Civ. 2^{ème}, 10 octobre 2002, n° 01-03.079, Ville de Bressuire c/ X

Civ. 2^{ème}, 4 mars 2004, n°02-14.022, X c/ Polygram

Civ. 2^{ème}, 13 juillet 2006, n°05-18.104, X c/ Swisslife

Civ. 2^{ème}, 8 octobre 2009, n°08-19.646, Le Cercle c/ Llyods de Londres

Civ. 3^{ème}, 3 mai 1968, n°65-12.906

Civ. 3^{ème}, 15 janvier 1971 ; Bull civ III n°38

Civ. 3^{ème}, 15 décembre 1976, Bull. civ. III n°465

Civ. 3^{ème}, 20 février 1985, Bull civ III, n°38

Civ. 3^{ème}, 27 mars 1990, 88-13.967, X c/ Le Français

Civ. 3^{ème}, 27 mars 2002, jurisdata 2002-013715, Trévisan c/ Bacquet

Civ. 3^{ème}, 24 avril 2003, n°01-17.458, Parking Jean Bart

Civ. 3^{ème}, 28 octobre 2003, n°02-13.580

Civ. 3^{ème}, 8 mars 2006, n°05-11.042

Civ. 3^{ème}, 23, janvier 2008, n°06-19.129, X c/ La Poste

Civ. 3^e, 9 décembre 2009, n°04-19923, Bull. Civ. III n°275

Civ. 3^{ème}, 28 mars 2012, n°11-12.872, Prosol c/SCI Alphonse de Poitiers

Civ. 3^e, 31 mai 2012, n°10-27.125, Le Laitre Le Thil c/ GFA Le Thil

Civ. 3^{ème}, 7 novembre 2012, n°11-18.138, Baudin c/ Frangaz

Civ. 3^{ème} 19 mars 2013, n°12-13.930, Commune de Thiais c/ SCI Les Pépinières

Civ. 3^{ème}, 9 octobre 2013, n°12-23.379, AOA c/ Saint-Marcel Provence

Civ. 3^{ème}, 3 décembre 2013, n°12-22.118

Com, 8 octobre 1969, *Bull. civ.* 1969 IV n°284

Com, 25 janvier 1972, n°70-13.960, Société Nouvelle de Publicité c/ Citroën

Com, 21 avril 1980, *Bull. civ.* IV n°153

Com, 5 décembre 1984, *Bull. civ.* IV n°332

Com, 8 avril 1986 *Bull. civ.* IV n°58

Com, 27 juin 1990, n°88-10.250, Technisom c/ Serap

Com, 31 mars 1992, n°90-14.867, Crédit Agricole mutuel de l'Oise c/ Oise Construction PVC

Com, 23 juin 1992, n°90-18.951, Esso

Com, 15 juillet 1992, n°89-20334, FNAIM

Com, 3 novembre 1992, n°90-18.547, BP c/ Huard

Com, 2 mars 1993, JCP G 1993, II 22176, Nouvelles messageries de la presse parisienne c/ Nitescu

Com, 24 mai 1994, n°92-14.344, FICA

Com, 22 octobre 1996, n°93-18.632, Banchereau c/Chronopost

Com, 18 février 1997, n°94-19.272

Com, 10 juin 1997, n°94-12.316, Société d'importation et de compensation c/ X

Com, 17 juin 1997, *Bull. civ.* IV n°188

Com, 24 novembre 1998, n°96-18.357, Danone c/ Chevassus-Marche

Com, 12 janvier 1999, n°96-21.644

Com, 23 novembre 1999, n°96-21.869, Michenon c/ Art Graphique

Com, 14 décembre 1999, n°97-20.304

Com, 29 février 2000, n°97-15.935, La Voix du Nord c/ Deremetz

Com, 30 octobre 2000, n°98-11.224

Com, 3 juillet 2001, n°99-11.314, Magneti Marelli c/ Société Toulousaine entretien automobile

Com, 9 avril 2002, n°00-13.921, Sintel c/ Lotus

Com, 8 octobre 2002, *Bull civ.* IV n° 136

Com, 13 novembre 2003, n°01-14.368, Lemaire c/ Lerat

Com, 26 novembre 2003, n°91-16-.593, SCI du Mûrier c/ X

Com, 3 mars 2004, n°02-14.529, Concurrence c/ Sony

Com, 28 avril 2004, n°02-18.392, Lamy moto c/ Suzuki

Com, 14 décembre 2004, jurisdata 2004-026348, COVED c/ Frasnier

Com, 8 février 2005, n°03-10.749, Brasserie Saint-Omer

Com, 3 mai 2006, n°04-15.517, Crédit Lyonnais

Com, 3 octobre 2006, n°04-13.214, Soffimat c/ Laiterie de Mayenne

Com, 28 novembre 2006, n°04-20.734, Girodo Le Clézio c/ Nissan

Com, 5 décembre 2006, n°05-12.926, Sony c/ Plaisance

Com, 5 décembre 2006, n°04-20.039, X c/ Diagamter

Com, 20 février 2007, n°04-20.449, Ministre de l'Économie c/ Société Vierzon

Com, 20 février 2007, n°05-18.444, SNPEI c/ DDP

Com, 27 février 2007, n°06-12.424, Messageries Lyonnaises de presse c/ NMLP

Com, 8 juillet 2008, n°07-16.761, Ministre de l'Économie c/ GALEC

Com, 10 juillet 2007, n°06-14.768, Société Les Maréchaux

Com, 9 octobre 2007, n°05-14.118, ETE c/ SFR

Com, 12 février 2008, 07-10.462, Theraform

Com, 21 octobre 2008, n°07-12.336, Auramo c/ GMBH Seith Födertechnik

Com, 2 décembre 2008, n°08-10.731, Castorama France c/ Tomécani-Benettière

Com, 16 décembre 2008, n°07-18.050, X c/ Ubik

Com, 13 janvier 2009, n°08-13.971, Delor Vincent c/ Renault Agriculture

Com, 28 avril 2009, n°08-11.616

Com, 3 juin 2009, n°08-16.439

Com, 13 octobre 2009, n°08-16.634

Com, 10 novembre 2009, n°08-18.337, Carrefour c/ Legal

Com, 7 avril 2010, n°09-11.853, Puériculture c/ Ministre de l'Économie

Com, 8 juin 2010, jurisdata 2010-008939, BNP Pariba lease group c/ Maille

Com, 15 juin 2010, n°09-66.761, GLS c/ TSL

Com, 15 juin 2010, n°09-14.968

Com, 29 juin 2010, n°09-11.841, Faurecia c/ Oracle

Com, 6 juillet 2010, 08-21.760

Com, 13 juillet 2010, n°10-12.154, System U c/ Transbidasoa

Com, 18 janvier 2011, n°10-11.885, Safic-Alcan c/ Coprima

Com, 18 janvier 2011, n°09-69.831, Scm du Dôme

Com, 8 février 2011, n°10-10.847, Chrysler c/ Detroit auto et *alii*

Com, 8 mars 2011, n°10-13.988, Cœur Défense

Com, 27 avril 2011, n°09-13.524, Urmet c/ CS Telecom

Com, 27 avril 2011, n°10-13.690, Carrefour c/ Henkel et *alii*

Com, 3 mai 2011, n°10-12.187, Stitmut c/ Cegedo

Com, 4 octobre 2011, n°10-20.240, Gefco c/ Frigo7-Locatex

Com, 4 octobre 2011, n°10-20.956, Equip’Buro 59 c/ Sodecob

Com, 18 octobre 2011, n°10-15.296, Ministre de l’Économie c/ Carrefour

Com, 14 février 2012, n°11-10.346, IB c/ Oracle

Com, 20 mars 2012, n°10-26220, X c/ Tickner

Com, 3 mai 2012, n°10-28.366, Ammoniac agricole c/ Yara France et Grande Paroisse

Com, 12 juin 2012, n°11-19.047

Com, 12 juin 2012, n°11-18.852, Eurauchan c/ Panda trade

Com, 12 juin 2012, n°11-16.109, PCAS c/ Marketinter

Com, 10 juillet 2012, n°11-20.060, Logica c/ TDF

Com, 9 octobre 2012, n°11-19.833, Angledis c/ Ministre de l’Économie

Com, 23 octobre 2012, n°11-21.978, ETE c/ SFR

Com, 12 février 2013, 12-13.603, X c/ DHL

Com, 12 février 2013, n°12-11.709, CMI c/ Caterpillar

Com, 10 septembre 2013, 12-21.804, Carrefour c/ Ministre de l'Économie

Com, 24 septembre 2013, n°12-23.353, Jambons du Cotentin c/ Eurauchan

Com, 21 janvier 2014, n°12-29.166, Carrefour c/ Ministre de l'Économie

Com, 25 mars 2014, n°12-29.534, Guerlain c/ FGM

Com, 20 mai 2014, n°12-20.313, Vilgo c/ Medilindustry

Com, 20 mai 2014, n°12-26.705, Hélioscreen c/ Chavanoz

Com, 24 juin 2014, n°12-27.908, Centragroup-Fareva c/ OHV

Com, 7 octobre 2014, n°13-20.390, Lapeyre

Com, 7 octobre 2014, n°13-19.692, Oxypharm

Com, 4 novembre 2014, n°11-14.026, Camargo c/ Larzul

Com, 3 mars 2015, n°14-10.907, Provera

Com, 3 mars 2015, n°13-27.525, Eurauchan c/ Ministre de l'Économie

Com, 12 mai 2015, n°14-10.792

Com, 27 mai 2015, n°14-11.387, GALEC

Crim, 18 mai 1999, n°97-85.979

Crim, 19 mars 2008, 07-80.473, Cytec industries

Crim, 17 juin 2009, n°08-84.482, Ernée Viandes

Crim, 12 janvier 2011, jurisdata 2011-001015, AXA France

Crim, 24 janvier 2012, n°11-84.045, X. c/ Carrefour Supermarché

Soc, 10 juillet 2002, 00-45.135D. 2002, 2491, Salembier c/ La Mondiale

Soc, 22 janvier 2003, n°01-40.031 ; Tradivin c/ Maire

Soc, 29 avril 2003, JCP G 2003, IV, 2114

Soc, 30 novembre 2011, n°11-12.905 et 11-12.906, X c/ Deloitte

Soc, 11 octobre 2012, n°12-40.066,

Soc, 27 février 2013, n°11-27.625, Finexis

Mixte, 17 mai 2013, n°11-22.768 et 11-22.927

Soc, 8 avril 2014, n°13-10.969

Mixte, 9 juillet 2004, *Bull. civ. mixt.* n°2

Mixte, 14 février 2003, jurisdata 2003-017812, Poiré c/ Tripier

Req, 28 février 1870, DP 1871, 1 p 61

Req, 20 novembre 1905, S. 1906, I, 24

A.P., 1^{er} décembre 1995, n°95-15.999 et 91-15.578 *GAJC*, t. II, n°152-155

A.P., 8 juillet 2010, n°10-10.965

Avis :

Avis du 10 juillet 2006 n°06-00.006.

2 : Juridiction de l'ordre administratif ou constitutionnel

a : Conseil constitutionnel

DC :

Cons. constit. DC 24 juin 1959, Règlement de l'Assemblée Nationale

Cons. const. DC 17 janvier 1989 n°88-248, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication

Cons. const. DC 28 juillet 1989 n°89-260, Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France

Cons. constit. DC 5 août 2015 n°2015-715, Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques

QPC :

Cons. constit., QPC n°2014- 423 du 24 octobre 2014, M. Stéphane R. et *alii*

Cons. constit., QPC 4 mai 2012 n°2012-240, M. Gérard D

Cons. constit., QPC 13 janvier 2011, n°2010-85, Établissements Darty et fils

Cons. constit., QPC, 2011-126 du 13 mai 2011, Société Système U Centrale nationale et *alii*

b : Conseil d'État :

CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Lebon, p. 125

CE, 8 octobre 2010, n°340848, Groupement de fait Brigade sud de Nice

CE, 16 juillet 2010, n°32.1056 Beslay c/ AMF

CE, 11 octobre 2012, Société ITM et *alii*

CE, 11 octobre 2012, Société Casino Guichard-Perrachon

CE, 17 juillet 2013, Comité des constructeurs automobile français et *alii*,

B : Jurisprudence européenne et internationale

1 : Cour de justice de l'Union européenne

CJCE, 16 décembre 1975, Suiker Unie C-114/73

CJCE, 13 février 1979, Hoffmann-La Roche, aff. 85/76

CJCE, 21 septembre 1989, aff. n° 68/88

CJCE, 21 novembre 1991, Technische Universität Munchén, aff. C-269/90

CJCE, 23 avril 1991, arrêt Höfner, aff. C-41/90 Rec. I-1979

CJCE, 17 juin 1992, Jakob Handte C-26/91

CJCE, 18 juin 1998, aff. C-35/96

CJCE, 8 juillet 1999, arrêt Anic, C-49/92

CJCE, 8 juillet 1999, Nunes et De Matos, aff. n°186/98

CJCE, 27 juin 2000, Arrêt Oceano C-240/98 à C-244/48

CJCE, 22 novembre 2001 C-541/99 et C-542/99

CJCE, 24 octobre 2002, Aéroport de Paris c/ Commission, C-82/01 P

CJCE, 4 décembre 2003, Evans, C-63/01

CJCE, 15 février 2005, C-12/03

CJUE, 12 novembre 2009, C-192/08, Europe 2010

CJUE, 14 octobre 2010, Deutsche Telekom, C280/08

CJUE, 3 mars 2011, AG2R Prévoyance C-437/09

CJUE, 11 juillet 2013, C-429/11

CJUE, 11 juillet 2013, C-439/11

CJUE, 11 juillet 2013, C-444/11, Commission c/ Stiching Administratiekantoor Portielj et Gosselin Group NV

CJUE, 27 mars 2012, C-209/10

CJUE, 14 mars 2013, Ceska sporitelna, C-419/11

CJUE, 4 juillet 2013, C-287/11 P

CJUE, 11 juillet 2013, aff. C-440/11, Commission c/ Stiching Administratiekantoor Portielj et Gosselin Group NV

CJUE, 18 juillet 2013, ÖFAB C-147/12

CJUE, 17 octobre 2013, OTP Bank, C-519/12

CJUE, 17 octobre 2013, C-184/12

CJUE, 19 décembre 2013, C-9/12 Corman-Collins

CJUE, 13 mars 2014, C-548/12

2 : Tribunal de première instance de l'Union européenne ou Tribunal de première instance des communautés européennes :

TPICE, 12 décembre 2007, T-112/05

Trib. UE, le 5 juin 2012, T-214/06

Trib. UE, 17 mai 2013, T-146/09 Parker

Trib. UE, 11 juillet 2014, T-540/08

Trib. UE, 11 juillet 2014, T-541/08

Trib. UE, 11 juillet 2014, T-543/08

3 : Commission européenne :

Commission, 12 décembre 1983, Bramelid et Malmström c/ Suède Déc et rapp. Vol 51 p 83

4 : Cour européenne des droits de l'homme :

CEDH, 21 février 1975, Golder c/ Royaume-Uni

CEDH, 8 juin 1976 Engels, c/ Pays-Bas, n°5372/72

CEDH, 23 juin 1981 n°7238/75, Le Compte , Van Leuven et De Meyere c/ Belgique

CEDH, 23 septembre 1982, Sporrong et Lönnroth c/ Suède, n°7151/75 et 7152/75

CEDH, 10 février 1983, n°7496/76, Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique

CEDH, 21 février 1986, arrêt James et alii c/ Royaume-Uni n°8793/79

CEDH, 8 juillet 1986, Lithgow c/ Royaume-Uni, n°9006/80

CEDH, 22 mai 1990, Autronic AG c/ Suisse n°12726/87

CEDH, 22 juin 2000, Coëme c/ Belgique, n°32492/96, 32547/96, 32548/96

CEDH, 22 mars 2001, Streletz, Kessler et Krentz c/ Allemagne, n°34044/96, 35532/97 et 44801/98.

CEDH, 18 janvier 2005, Organochimika Lipasmata makedonias c/ Grèce, n°73836/01

CEDH, 3 avril 2008, Regent Company c/ Ukraine

CEDH, 9 mars 2009, Société de conception de presse et d'édition et Ponson c/ France n°26935/05

CEDH, 27 septembre 2011, Menarini c/ Italie, n°43509/08

CEDH, 4 mars 2014, Grande Stevens et al. c/ Italie, n°18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10

5 : Décisions étrangères :

Cour suprême des Etats-Unis, 28 juin 1993 Daubert c/Merrel 509 US 979 (1993)

Cour Suprême des Etats-Unis, BMW of North America Inc 517 UC 559 (1996) c/ Gore

Cour suprême des Etats-Unis, United States vs AT&T, 8 janvier 1982, 552 F supp. 131 DDC 1982

1st department NY, 13 août 1998, Brower c/ Gateway 2000 Inc. 676 NYS 2d 569

Chambre des Lords Colpoys v. Colpoys, 1822 Jacob 451

Investors Compensation Scheme Ltd v. West Bromwich Building, [1998] 1 WLR 896

Supermarkets Ltd. v. Nattrass [1972] A.C. 170-171

Cour suprême du Canada : Whiten c/ Pilot Insurance Company, 22 février 2002, [2002] 1 RCS 595

6 : Sentences arbitrales :

CIRDI, 7 févr. 2014, Antoine Abou Lahoud et Leila Bounafeh-Abou Lahoud c/. La République Démocratique du Congo, n° ARB/10/4

VI : Rapports et avant-projets :

A : Rapports :

AGHION (P.), CETTE (G.), COHEN (E.) et LEMOINE (M.), *Crise et croissance, une stratégie pour le France*, Rapport remis au secrétaire d'État chargé du commerce extérieur, disponible sur le site de la Documentation française

ATTALI (J.), (dir.), *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, Paris, La Documentation française, 2008
<http://www.ladocumentationfrançaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000041.pdf>

Autorité de la concurrence, *Rapports annuels*, depuis 2010, disponible sur le site de la Documentation française

CANIVET (G.) (dir.), Rapport déposé auprès du ministre de l'Économie et des Finances, *Restaurer la concurrence par les prix*, 2004
<http://www.ladocumentationfrançaise.fr/rapports-publics/044000494/index.shtml>

CARAYON (B.), Rapport n°4159 de l'Assemblée Nationale, *sur la protection du secret des affaires*.

CHARRIE (J.-P.), Rapport n°908 de l'Assemblée Nationale, *sur le projet de loi de modernisation de l'économie*, 22 mai 2008

COULON (J.-M.) (dir.), Rapport déposé auprès du Garde des Sceaux, *La dépénalisation du droit des affaires*, Paris, La documentation française, 2008

Cour de cassation, Rapports annuels, disponibles sur le site www.courdecassation.fr

Étude du Conseil d'Etat, *Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets*, Paris, La Documentation française, 2014

MATHON (C.) (dir.), La protection du secret des affaires : enjeux et propositions, Mission du haut responsable chargé de l'intelligence économique, 17 avril 2009

GALLOIS (L.), *Pacte pour la compétitivité française*, déposé auprès du Premier Ministre, novembre 2012

<http://www.ladocumentationfrançaise.fr/rapports-publics/124000591/index.shtml>

HAGELSTEEN (M.-D.), Rapport déposé auprès du ministre de l'Économie et des Finances, *La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente*, 12 février 2008

SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), MARTIAL-BRAZ (N.) et ZOLYNSKI (C.), Rapport à l'occasion de la déclaration de la Commission des clauses abusives sur les réseaux sociaux du 7 novembre 2014

VAUTRIN (C.) et GAUBERT (J.), Rapport n°3322 de l'Assemblée nationale, *sur l'application de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie*, 6 avril 2011

BETEILLE (L.), LAMURE (E.) et MARINI (P.), Rapport n°413 de l'Assemblée nationale, annexe au procès verbal de la séance du 24 juin 2008

BETEILLE (L.) et YUNG (R.), Rapport d'information n°499 déposé à la présidence du Sénat, *sur l'action de groupe*, 26 mai 2010

B : Avant-projets :

Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, présenté en Conseil des ministres le 25 février 2015.

http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf

Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, Bruxelles 2011

<http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/11/st15/st15429.fr11.pdf>

CATALA (P.) (dir.), Avant-projet de réforme du droit des obligations

GANDOLFI (G.) (dir.), Académie des privatistes européens, *Avant-projet de Code européen*

des contrats

VII : Textes normatifs :

A : Normes à caractère national

a : Lois

Loi Le Chapelier du 14 juin 1791

Loi n°88-18 du 5 janvier 1988 relative aux renouvellements des baux commerciaux

Loi du 1^{er} juillet 1996 n°96-588 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales

Loi du 15 mai 2001 n° 2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques

Loi du 2 août 2005 n°2005-882 en faveur des petites et moyennes entreprises

Loi du 17 juin 2008, n°2008-561 portant réforme de la prescription en matière civile

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

Loi du 20 novembre 2012 n°2012-270 relative à la régulation économique outremer et portant diverses dispositions relatives aux outremer

Loi du 17 mars 2014 n°2014-344 relative à la consommation

Loi du 24 mars 2014, n°2014-366 relative à l'accès au logement et à un urbanisme rénové

Loi du 6 août 2015, n°2015-990 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques

b : Ordonnances :

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

c : Circulaires :

Circulaire du 8 décembre 2005, JO du 30 décembre 2005, p 20557 relative aux relations commerciales

B : Norme à caractère européen ou international :

a : Directives de l'Union européenne :

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

b : Règlements de l'Union européenne :

Règlement d'exemption du 30 novembre 1988 n° 4087/88 de la Commission européenne

Règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000 n°44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale

Règlement Bruxelles I bis du 12 décembre 2012 n°1215/2012 2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte)

Règlement Rome I du 17 juin 2008 n°593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles

Règlement Rome II du 11 juillet 2007 n°864/2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles.

Règlement d'exemption n°330/2010 du 20 avril 2010 sur les accords verticaux

c : Normes étrangères :

Loi israélienne sur les contrats d'adhésion de 1982

Sherman Antitrust-Act du 2 juillet 1890 aux Etats-Unis

Clayton Antitrust-Act du 15 octobre 1914 aux Etats-Unis

VIII : Sites internet :

Commission d'examen des pratiques commerciales : www.economie.gouv.fr/cepc

Cour de cassation : www.courdecassation.fr

Autorité de la concurrence : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/>

Assemblée Nationale :<http://www.assemblee-nationale.fr/>

OCDE : www.oecd.org

Association Henri Capitant : www.henricapitant.org

Site Dalloz sur la réforme du droit des contrats <http://reforme-obligations.dalloz.fr>

Site de l'INSEE : www.insee.fr

INDEX

Les numéros renvoient aux paragraphes :

A

Abus :

- De dépendance économique : **187** et s., 665, 669.
- De faiblesse : **604**.
- De position dominante : n°132 et s.

Action de groupe : 834 et s.

- Efficacité : 839.
- Indemnisation : 865.
- Mise en œuvre : 864.
- Opportunité : 839.
- Rôle : 839.
- Sanction : 872.

Action du ministre : 836 et s.

- clause de procès : 449.
- Clause pénale (non) : 241.
- Cumul avec action de groupe : 839 et s.
- défendeur : 405.
- Droit international privé : 347.

Agriculture :

- imprévision : 653 et s.
- partenariat agricole : 257 et s.

Amende civile : 691, 738 et s.

Auteur : 274 et s.

Autonomie de la volonté : 41 et s.

- analyse des négociations : 318.
- Cour de cassation : 201.
- Formalisme : 144.
- PME : 307.
- Remise en cause : 49.
- Solidarisme : 611.
- Théorie : 55 et s.

Avantage manifestement disproportionné : 617 et s.

Avis : 417 et s.

- Autorité de la concurrence : 911 et s.
- Commission d'examen des pratiques commerciales : 909 et s.
- contradictions : 915 et s.
- pertinence : 914.
- Précision : 909.
- Recours : 900.
- Proposition d'évolution : 930.

B

Bail commercial :

- domaine : 283.
- Faiblesse : 317.
- Protection : 253 et s.

Bonne foi :

- clause résolutoire : 433 et s.
- devoir d'information : 146.
- Droit commun européen de la vente : 87.
- Loyauté : 650.
- Négociations : 103, 480.
- Prérogatives contractuelles : 196.
- Projet Lando : 91.
- Principes UNIDROIT : 634.
- Révision pour imprévision : 640.
- Rupture des pourparlers : 106.

C

Caducité : 585.

Cause :

- équilibre contractuel : 216.
- Histoire : 221.
- Ensembles contractuels : 398.

Clause :

- abusive : 65, 172, 296, 420, 504, 578, 828, 883.
- Attributive de juridiction : 347 et s.
- compromissoire : 362 et s.
- de conciliation : 443 et s, 829.
- De prescription : 428 et s.
- d'intégralité : 484 et s, 565.
- D'intervention au procès : 449, 471.
- De style : 561 et s.
- Limitative de responsabilité : 222 et s, 437 et s, 600.
- Pénale : 229 et s, 437.
- Réputée non écrite : 578 et s, 628, 872.
- Résolutoire : 430 et s.

Caution :

- Formalisme : 159 et s.
- Proportionnalité : 226 et s.

Commerçant :

- Bail commercial : v. bail commercial
- Notion : 294 et s.

Concurrence pure et parfaite : 121 et s.**Consommateur :**

- Abus : 186.
- Action de groupe : 836.
- Arbitrage : 375.
- Crédit : 270 et s.
- Devoir d'information : 148.
- Droit international privé : 354.
- Droit pénal : 666.
- Notion : 293 et s.
- Partie faible : 249.

Contrat :

- Cadre : 485 et s.
- D'adhésion (notion de) : 18 et s, 56 et s, 73 et s.
- Relationnel : 128 et s.

Coopération commerciale : 163, 245, 466, 618.**Crédit :**

- Information : 150.
- Crédit-bail : 229.
- Faiblesse : 269 et s.

D**Délais de grâce : 790 et s.****Déséquilibre significatif :**

- Action de groupe : 855.
- Appréciation : 23.
- CEPC : 885.
- Clause attributive de juridiction : 353.
- Clause concernée : 420, 429, 442, 449, 484.
- Clause pénale : 438.
- Conseil constitutionnel : 236.
- Droit de la consommation : 235.
- Droit répressif : 660 et s.
- Lésion : 623 et s.
- Loi de police : 345.
- Preuve : 458.
- Projet de réforme : 239.
- Responsabilité : 595.
- Signification : 238, 723, 910.

Droit commun européen de la vente :

- Lésion : 633.
- Négociations : 86 et s.
- PME : 308 et 309.

Dommages et intérêts :

- Compensatoires : 591 et s, 733.
- Punitifs : 594, 733 et s, 853 et s.

- Solution équivalente : 617 et s.

E

Égalité : 34, 304.

Engagement d'honneur : 478 et s.

Entreprise (notion d') : 401 et s, 684 et s.

Exequatur : 358 et s, 754.

Lettre d'intention : 475 et s.

Loi de police : 351 et s.

- Applications : 342, 345.
- Efficacité : 355.
- Notion : 341 et s.
- Règlements communautaires : 344, 356 et s.

F

Franchise :

- Arbitrage : 366.
- Définition : 536.
- Erreur sur la rentabilité : 144, 482.
- Pouvoir unilatéral : 198.
- Statut du franchiseur : 22, 536.

M

Management catégoriel : 916 et s, 960 et s.

Mandat d'intérêt commun : 203 et s.

Marges arrières : 696, 930.

I

Information : 137 et s.

- Action de groupe : 860.
- Auteur : 276 et s.
- Banque : 271 et s.
- Consommateur : 303.
- Des fournisseurs (action du ministre) : 843.
- Documents précontractuels : 481 et s.
- Formalisme : 156 et s, 455 et s.
- Imprévision : 653.
- Management catégoriel : 918, 960.

Injonction structurelle : 743 et s.

Interprétation *in favorem* : 549 et s.

Nullité : 567 et s.

- Clause : 577.
- Conséquences : 575 et s.
- En cascade : 538 et s.
- Notion : 568 et s.

N

Négociations :

- Critère de l'analyse : 97 et s.
- Rupture : 104 et s.

P

Personnalité morale : 386 et s.

PME : 308 et s, 645.

L

Lésion : 610 et s.

- Exclusion d'un principe général : 614.
- Rescission : 632.

Pouvoir contractuel : 175, 193, 670, 783, 824.

Pratique commerciale agressive : 666 et s.

Pratiques restrictives de concurrence :

- Action de groupe : 859 et s.
- Droit doux : 897 et s.
- Droit international privé : 335 et s.
- Évolution : 68 et s.
- Établissement du prix : 239 et s, 617 et s.
- Procès : 513 et s, 723 et s.
- Référentiel : 774 et s, 816.
- Sanction : 742 et s.

Présomption d'innocence : 694 et s.**Preuve :**

- Moyens de : 458 et s.
- Présomptions : 465, 491 et s.
- Standard de : 515 et s.

Principe :

- Legalité des délits et des peines : 696 et s, 727.
- *Non bis in idem* : 702 et s, 853.

Prix :

- Abus dans la fixation : 207 et s, 276, 522, 650.
- imposé : 511, 526.

Procès équitable :

- Arbitrage : 368.
- Droit pénal des affaires : 697 et s.

Professionnel (notion de) : 294 et s.

- Auteur : 275.
- Consommateur : 303.

Proportionnalité :

- Lésion : 632.
- Prix : 214.
- Sanction : 758.

R**Raisonnabilité : 107 et s, 210 et s.****Référentiel : 774 et s.**

- Concurrence : 813 et s.
- Probatoire : 778 et s.
- Provision : 785 et s.
- Trouble illicite : 780 et s.

Réforme du droit des contrats : 24.

- Cause : 224.
- Contrat d'adhésion : 74 et s, 977.
- Interprétation : 554.
- Déséquilibre significatif : 239.
- Obligation essentielle : 628.
- Raisonnable : 210.
- Révision pour imprévision : 637.
- Violence économique : 603.

Règlement :

- Bruxelles I et Bruxelles I bis : 347 et s.
- d'exemption n°1/2003 : 886
- d'exemption n°330/2010 : 413, 506.
- Rome I : 331 et s.
- Rome II : 333 et s.

Rescrit : 942 et s.**Responsabilité (nature de la) :**

- Droit international : 335 et s.
- Droit national : 597 et s.

Révision pour imprévision : 636 et s.

- Cause : 641 et s.
- Fondement : 650 et s.
- Réforme du droit des contrats : 637.

S**Saleilles (Raymond) : 15 et s, 56 et s, 316, 391.****Soft law : 884 et s.****Solidarisme : 7, 16, 107, 196, 592, 611.**

Sous-traitance : 262 et s.

- Droit spécial : 262.
- Domaine : 285.
- Protection : 264.

U

UNIDROIT (principes) :

- Avantage excessif : 634.
- Clause d'intégralité : 565.

Unilatéralisme : 195 et s.

Usages professionnels : 226 et s.

V

Violence économique :

- Clause abusive : 448.
- Droit anglais : 664.
- Droit pénal des affaires : 688.
- Négociations : 93.
- Responsabilité civile : 603 et s.

Vulnérabilité :

- Entreprise : 293, 510
- Violence économique : 765.

TABLE DES MATIÈRES

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	V
SOMMAIRE	VIII
INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	1
PREMIÈRE PARTIE : L'IDENTIFICATION DU CONTRAT D'ADHÉSION ENTRE PROFESSIONNELS.....	17
Introduction Première Partie.....	17
Titre 1 : L'intérêt d'un droit des contrats analysé à travers le prisme de l'intensité des négociations.....	20
Chapitre 1 : L'analyse des négociations en droit positif.....	22
Section 1 : La conception classique de la détermination du consentement.....	23
§ 1 : Le primat de l'autonomie de la volonté.....	24
A : Les théoriciens de l'autonomie de la volonté.....	24
1 : L'origine historique du concept.....	24
2 : Des remises en cause de l'idée d'autonomie de la volonté ne revenant guère sur son autorité.....	26
3 : La remise en cause de l'autonomie de la volonté perçue comme une ingérence dans l'autonomie et la liberté humaine.....	27
B: Le paradoxe de l'autonomie de la volonté.....	29
§ 2 : La contestation du dogme de l'autonomie de la volonté.....	30
A : L'objection de Raymond Saleilles à travers la théorie du contrat d'adhésion.....	31
B : L'accueil réservé par le droit français.....	32
1 : L'échec des propositions de théorie du contrat par Raymond Saleilles.....	32
2 : Le contrat d'adhésion repris par des notions relativement proches.....	35
a : Le droit des contrats général et spécial.....	35
b : Le droit de la concurrence.....	37
3 : L'idée de contrat d'adhésion dans les différents avant-projets de réforme du droit des obligations.....	41
a : Les projets de réformes du droit des obligations au niveau national.....	41
α: Le contrat d'adhésion dans l'avant-projet présenté par la Chancellerie.....	41
β : Les autres projets de droit national.....	43
b : La question d'un contrat d'adhésion dans les projets de réforme du droit des contrats au niveau européen.....	46
α : Le projet de règlement de droit commun européen de la vente.....	47
β : Les projets universitaires européens.....	48
Section 2 : Le critère de la prise en compte des négociations pour faire obstacle au contrat déséquilibré.....	52
§ 1 : L'analyse de la négociation par le comportement des parties au cours de la période précontractuelle.....	53
A : L'analyse de la négociation en observant l'attitude des parties.....	54
1 : Les contractants qui négocient en personne.....	54
a : Exégèse de la jurisprudence sur la rupture des négociations précontractuelles.....	55
b : La jurisprudence sur les clauses de hardship.....	59
2 : La question de la négociation menée par un intermédiaire.....	62
B : Des circonstances démontrant objectivement une négociation faussée.....	63
1 : Les négociations faussées à cause d'un déséquilibre économique	64
a : D'un point de vue macroéconomique, la libre concurrence.....	64
b : Une analyse davantage microéconomique, l'étude de la relation entre les contractants.....	68
α : Le contrat relationnel de Ian MacNeil.....	68
β: La dépendance, facteur d'inégalité contractuelle et de négociations faussées.....	70

2 : Des négociations faussées à cause d'une asymétrie informationnelle.....	73
a : Les différentes doctrines sur la valeur de l'information.....	75
α : Les études économiques sur l'intérêt de l'information.....	75
β : Critère juridique de l'asymétrie informationnelle.....	77
b : Étude de l'état du droit sur la question.....	78
§ 2 : La question d'une analyse de la négociation précontractuelle en fonction du respect du formalisme législatif, une fausse garantie de bonne négociation.....	81
A : Sur la nécessité de recourir au formalisme pour rééquilibrer la relation au moment de la négociation du contrat.....	81
1 : Le phénomène du formalisme en droit classique des contrats	81
2 : Le renouveau du formalisme en droit moderne : une constante observée en doctrine.....	83
B : Deux exemples justifiant de l'inefficacité du formalisme comme critère d'appréciation des négociations précontractuelles	84
1 : L'obligation de la mention manuscrite pour les cautionnements souscrits par une personne physique.....	84
2 : Le formalisme commercial prévu aux articles L441-6 et suivants du Code de commerce.....	86
Conclusion du chapitre 1 :	89
Chapitre 2 : Intérêt d'un rééquilibrage du contrat par l'analyse des négociations.....	91
Section 1 : Protection selon la négociation ou selon le contenu du contrat.....	93
§ 1 : Un contre-pouvoir puissant en présence d'un pouvoir contractuel fort.....	94
A : Une protection efficace dispensant la partie faible d'un fardeau probatoire excessif..	94
a : La difficile protection de la partie faible par la sanction de l'abus de position dominante.....	96
b : Les abus de dépendance économique, la même difficulté à protéger la partie faible	99
B : La nécessité d'une protection efficace en présence d'un pouvoir contractuel unilatéral.	102
a : Appréhension du problème de l'unilatéralisme contractuel.....	102
α : Les incertitudes juridiques à propos de l'unilatéralisme	103
β : Les tentatives de conceptualisation du phénomène.....	104
b : La protection du débiteur du pouvoir contractuel unilatéral.....	106
α : Cas particulier du statut de certaines professions de mandataires.....	107
β : Surmonter le problème de l'unilatéralisme contractuel en combattant « l'abus ».	109
§2 : La protection de la partie faible par le contrôle du prix : nécessité de distinguer les situations « déraisonnables ».....	111
A : Le raisonnable, une notion opportune pour le droit des contrats d'affaires.....	111
1 : L'intérêt de limiter le contrôle objectif du contenu du contrat par le juge aux situations extrêmes.....	112
B : Les exemples d'application de la sanction du déséquilibre par le contenu du contrat.	113
1 : Les sanctions de l'inégalité contractuelle flagrante dégagées par la jurisprudence.	114
a : La sanction de la contrepartie par le recours à la notion de cause.....	114
α : L'émergence de la notion de cause.....	114
β : L'utilisation de cause dans le but de rétablir l'équilibre objectif du contrat	117
b : Appréciation du caractère disproportionné d'un cautionnement par le juge....	119
2 : Les sanctions d'origine purement légale du déséquilibre contractuel.....	120
a : Les clauses pénales.....	121
b : Le déséquilibre significatif prévu à l'article L442-6 I 2° du Code de commerce.	123
α: Les incertitudes sémantiques laissées par le législateur au sujet du déséquilibre significatif entre professionnels	124
β : Le bilan jurisprudentiel de l'article L442-6 I 2°	126

Section 2 : La protection de la partie faible par un statut dérogatoire	133
§ 1 : La protection de la partie faible identifiée dans un contrat spécial.....	134
A : Les raisons d'être de la protection de la partie faible par le droit spécial.....	134
1 : La possession dans le patrimoine de la partie forte d'un bien indispensable à la survie de l'entreprise : l'exemple du bail commercial	135
2 : La fragilité du professionnel causée par des éléments techniques de la prestation qu'il fournit.....	137
a : Les contrats de partenariat agricoles.....	137
b : Les contrats de sous-traitance immobilière.....	139
α : L'intérêt à isoler le sous-traitant dans un régime de droit spécial.....	139
β : La protection offerte par le droit au sous-traitant.....	140
3 : Le professionnel partie forte plus enclin à exercer la fonction commerciale.....	142
a :Les contrats de crédit souscrits par un professionnel.....	142
b : Les contrats de droit d'auteur.....	145
B : Avantages et inconvénients du recours au droit spécial pour protéger la partie faible professionnelle.....	147
1 : Les avantages.....	147
2 : Les inconvénients	148
a : Les limites du droit spécial de la partie faible : un domaine trop restreint <i>ratione personae</i>	149
α : Le cas du bail commercial.....	149
β : La protection du sous-traitant, possibilité d'extension du régime ?	150
b : Un système dont l'efficacité peut ne pas résister aux évolutions techniques....	151
α : Les évolutions juridiques	151
β : Les évolutions technologiques.....	152
§ 2 : Un statut de partie faible transversal à toutes les professions.....	153
A : La définition du professionnel.....	153
1 : Les critères pour définir le professionnel.....	154
2 : La question des notions voisines à celle de professionnel.....	156
B : Tentative d'identification du statut du professionnel partie faible.....	158
1 : La protection du professionnel par une extension du statut de consommateur....	159
2 : Le statut de professionnel partie faible accordé en raison de la petite taille de son entreprise.....	160
a : Les propositions qui existent en ce sens.....	161
b : Discussion autour d'une telle démarche.....	162
Conclusion du Chapitre 2	165
Conclusion Titre 1	167
Titre 2 : La mise en œuvre de l'analyse des négociations des contrats entre professionnels.	
.....	169
Chapitre 1 : Les stratégies de contournement.....	171
Section 1 : Les stratégies de contournement propres au droit international privé	171
§ 1 : La loi étrangère désignée au détriment de la loi protectrice française.....	172
A : Une technique d'évitement de la loi protectrice de la partie faible connue.....	173
1 : La protection de la partie faible dans un contrat entre professionnels en droit international privé.....	173
a : Pour les obligations de nature contractuelle	173
b : Pour les obligations de nature extracontractuelle	174
2 : Le remède de la loi de police, une technique incertaine pour restaurer la protection de la partie faible.....	178
a : Une notion familière du droit international privé	178
b : Une notion aux contours relativement confus.....	180
§ 2 : Le problème de la juridiction chargée de résoudre le litige entre deux professionnels.	
.....	182
A : Le différend soumis à une clause attributive de juridiction	183
1 : La parade efficace de la clause attributive de juridiction.....	184
2 : L'existence de moyen de protection contre les clauses attributives de juridiction	

malveillantes.....	186
a : L'action du ministre comme garantie de l'effectivité des droits des parties faibles	186
b : Les lois de police comme obstacle à la clause de choix de for	187
c : La protection par une juridiction étrangère par les lois de police françaises....	187
d : Le refus d'application d'un jugement étranger refusant une protection à la partie faible professionnelle.....	189
B : Le différend soumis à une clause d'arbitrage	191
1 : La faveur jurisprudentielle pour l'arbitrage.....	191
2 : La protection de la partie faible en droit de l'arbitrage	194
a : Les risques causés par la jurisprudence favorable aux clauses compromissoires.	194
b : Les moyens relatifs au procès équitable comme technique de protection pour la partie faible.	195
α : La possibilité de revenir sur une clause d'arbitrage pour cause d'impécuniosité en jurisprudence.....	196
β : Les perspectives d'évolution.....	198
Section 2 : Les stratégies de contournement de la protection de la partie faible en droit interne.	203
§ 1 : Les stratégies de contournement par des constructions sociétaires.	204
A: Les problèmes soulevés par les techniques sociétaires	205
1 : Le débat sur la personnalité morale.....	205
2 : Les conséquences qui découlent nécessairement du choix de la personnalité juridique.....	207
B : Les remèdes possibles.....	209
1 : Les procédés judiciaires pour contourner les écrans sociétaires.....	209
a : L'autonomie du droit fiscal	210
b : La notion d'entreprise en droit de la concurrence.....	211
α : L'origine européenne de la notion d'entreprise.....	211
β : Application en droit national	214
c : Les autres techniques	216
2 : Les conditions nécessaires pour contourner les techniques sociétaires.....	219
§ 2 : Les clauses relatives au procès	220
A: Les clauses ayant pour fin de faire obstacle au pouvoir du juge	221
1 : Les clauses visant à restreindre l'accès au juge.....	222
a : La clause entraînant une renonciation au procès	222
b : Les clauses encadrant les modalités de l'action en justice.....	223
α: Les clauses de réduction de la prescription	223
β : La clause résolutoire : une technique permettant de renverser la charge de l'action en justice.....	224
2 : Les clauses encadrant le pouvoir de sanction du juge.....	227
a : Les différentes clauses encadrant le pouvoir de sanction du juge.	227
b : Le contrôle optimal de ces clauses afin d'éviter une forme de déni de justice ..	228
B : Les clauses ayant pour fin de dissuader la partie faible d'agir en justice.....	229
1 : La clause de conciliation.....	230
2 : Les clauses à objet purement néfaste	232
Chapitre 2 : La démonstration judiciaire de l'absence de négociations.	236
Section 1 : La possibilité de prouver une négociation équitable.	237
§ 1 : Les usages professionnels, une preuve difficile à constituer.....	238
§ 2 : Les éléments écrits pour prouver la négociation.....	240
A : La possibilité de recourir à des preuves non écrites ou relativement informelles.	240
B : Le recours à des preuves écrites, voire solennelles, pour rendre compte des négociations	245
1 : Les actes par lesquelles les parties jalonnent les négociations.	245
a : La lettre d'intention.....	246
b : L'engagement d'honneur.....	248

2 : Les contrats qui organisent les négociations.....	249
3 : Les documents informellement échangés lors de la négociation.	249
4 : Les contrats-cadres.....	252
Section 2 : Les techniques de facilitation de la preuve accordées à la partie faible	254
§ 1 : Le renversement de la charge de la preuve par des présomptions	255
A : Les raisons du changement de fardeau de la preuve.....	256
1 : Un fardeau de la preuve adapté à l'opportunité.....	257
a : Opportunité en fonction du doute.	257
b : Opportunité en fonction du risque financier.	258
2 : Un fardeau de la preuve adapté à la capacité des justiciables à produire une preuve.	259
3 : La présomption choisie en fonction des conséquences.	260
B: Les critères les plus justes pour renverser la charge de la preuve.....	262
1 : Les présomptions fondées sur le comportement d'une partie.	262
a : Les présomptions pouvant être déduites des stipulations contenues dans le contrat.....	263
α : Quelques exemples de présomptions focalisées sur une pratique en droit de la concurrence.....	263
β: Le critère de la pratique comme élément déterminant une présomption de contrat d'adhésion dans une relation interprofessionnelle.	264
b : Les présomptions déduites du comportement d'une partie.....	266
2 : La présomption choisie en fonction de la personne concernée.	266
§ 2 : Le standard de preuve comme raccourci judiciaire pour faciliter le travail probatoire.	268
A : L'analyse du concept.....	269
B : L'utilité du concept pour protéger le contractant professionnel faible.....	271
1 : Les avantages.....	271
2 : Une notion imparfaite pour régler les déséquilibres dans les contrats entre professionnels.	272
Conclusion Première partie :	277
Deuxième Partie : Le traitement judiciaire des contrats d'adhésion entre professionnels.....	278
Introduction Deuxième Partie :	278
Titre 1 : L'intervention du juge du contrat d'adhésion entre professionnels et le fond du droit.....	281
Chapitre 1 : Le rééquilibrage judiciaire des obligations au sein d'un contrat d'adhésion entre professionnels.....	283
Section 1 : Les techniques respectueuses de la volonté des parties.....	284
§1 : L'interprétation <i>in favorem</i> du contrat, remède à l'injustice contractuelle.	285
A : Discussion sur le caractère neutre de l'interprétation <i>in favorem</i>	286
1 : L'interprétation d'un texte.....	286
2 : La difficulté à caractériser un contrat comme étant clair ou obscur.....	288
B : L'interprétation <i>in favorem</i> , un pis-aller pour prévenir les excès du contrat d'adhésion.	291
1 : Une technique en apparence bénigne.....	291
2 : Une technique pouvant dévier vers l'intervention du juge dans le contrat	293
a : La qualification d'une clause comme de style.....	294
b : L'interprétation du contrat en contradiction avec une clause d'interprétation.	296
§2 : La sanction du contrat d'adhésion entre professionnels par la nullité.	298
A : Les contours du concept de nullité en droit des contrats traditionnel.....	298
1 : L'élaboration du concept de nullité du contrat au cours de l'histoire du droit.	299
2 : La difficulté contemporaine à cerner le concept de nullité.	300
B : Les conséquences de la nullité d'un acte juridique sur les relations d'affaires.....	302
1 : La limite d'un système fondé sur le principe du « tout ou rien ».	303
a : De la nullité du contrat à la nullité d'une simple clause.....	303

b : La nullité de tout ou partie de l'acte, une manière déguisée de revenir sur le contrat ?.....	305
2 : Les limites fondées sur les conséquences de la sanction de la nullité.....	306
a : L'extension de la nullité aux autres contrats.....	306
b : Les problèmes relatifs à la restitution des prestations	307
§3 : La réparation du dommage causé par un contrat déséquilibré.....	309
A : Les obstacles théoriques à l'existence de dommages et intérêts trouvant leur source dans un contrat d'adhésion	310
B : La justification d'une éventuelle responsabilité délictuelle ayant pour fait générateur le contrat d'adhésion.....	313
1 : La nécessité de ne pas lier la partie faible aux clauses relatives à l'action en responsabilité.....	314
2 : La violence économique, à l'origine du caractère délictuel de cette responsabilité.	315
Section 2 : La possibilité d'une immixtion plus franche du juge dans le contrat.....	318
§1 : Le déséquilibre originalaire	319
A : Les mécanismes judiciaires de révision du contrat se rapprochant de la lésion.	320
1 : Les infractions de concurrence proches de la lésion.....	322
a : La sanction de l'avantage manifestement disproportionné	322
b : Le déséquilibre significatif.....	324
2 : La lésion traitée par le droit des contrats en droit positif.	327
B : La possibilité d'une rescission pour lésion en droit des contrats.	330
§2 : Le déséquilibre survenu en cours d'exécution.....	332
A : La révision pour imprévision, source de protection de la partie faible ou simple correctif économique ?	334
1 : La variation du coût des matières premières.....	335
2 : L'inflation.	336
3 : Les crises et les catastrophes.....	336
4 : Les déconvenues économiques d'une partie, cause peu crédible de révision pour imprévision.....	336
B : La pertinence de l'analyse des négociations comme critère pour accorder l'imprévision.....	338
1 : Les différents fondements possibles à l'imprévision.	338
2 : La possibilité de fonder la révision pour imprévision sur la base de l'analyse des négociations.	340
Chapitre 2 : L'éventualité d'un droit pénal ou quasi pénal pour réprimer les comportements contractuels abusifs.....	342
§ Préliminaire. Les infractions existantes en droit pénal des affaires, susceptibles de protéger la partie faible contractuelle.....	345
A : Les comportements contractuels incriminés par le droit de la consommation.....	345
1- L'abus de faiblesse.	345
2 : Les pratiques commerciales agressives.....	346
B : Les comportements contractuels sanctionnés pénalement par le droit de la concurrence.....	348
Section 1 : Le droit pénal stricto sensu, une solution intéressante, mais d'application restrictive.....	349
§1 : L'opportunité d'un droit pénal des contrats d'adhésion entre professionnels.....	349
A : Les effets potentiels d'une incrimination des comportements abusifs dans les contrats d'affaires.	350
1 : L'effet nuisible du droit pénal des affaires sur l'esprit d'entreprise.	350
2 : Le droit pénal des affaires, une arme à double tranchant contre les comportements abusifs.	351
B : La question de la personne devant être incriminée.....	352
1 : L'agencement de <i>lege lata</i> entre la condamnation de la personne physique et la condamnation de la personne morale.	352
a : Le droit français.....	352

b : Le droit comparé	354
2 : Les critères de détermination de la juste personne condamnée pour une violence économique dans les relations d'affaires	357
§2 : Les obstacles techniques propres au droit pénal entravant le bon exercice d'un droit pénal contractuel	358
a : La preuve de l'intention.....	359
b : La présomption d'innocence.....	361
c : Le principe « <i>nullum crimen sine lege</i> ».....	362
d : Le principe <i>non bis in idem</i>	364
Section 2 : L'efficacité d'un droit « quasi pénal ».....	367
§1 : L'utilité d'une entité administrative indépendante pour dissuader les comportements commerciaux abusifs	369
A : L'éventualité d'un assouplissement des règles du procès équitable pour le droit quasi pénal	370
1 : L'inflexibilité de la Cour européenne des droits de l'homme	370
a : L'absence de principe économique susceptible d'assouplir l'application de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme	371
b : Une jurisprudence ferme en matière de protection des droits fondamentaux des entreprises	372
α : Le principe <i>Non bis in idem</i>	372
β : Le principe de légalité des délits et des peines.....	373
2 : Suggestions de critères pour une application restreinte du droit du procès équitable en matière économique	374
a : Les raisons de distinguer les droits fondamentaux selon la nature de la personne qui l'invoque.....	375
b : Quelques exemples de droits fondamentaux partiellement écartés au nom de la nécessité économique	377
B : La possibilité de lutter contre les fautes lucratives.....	379
1 : La notion de faute lucrative.....	379
2 : Les sanctions alternatives proposées par les autorités sanctionnant les comportements économiques déloyaux.....	381
a : Sur les dommages et intérêts punitifs.....	381
β : Les dommages et intérêts punitifs étalonnés sur le gain illicite.....	382
b : Les injonctions structurelles.....	383
α : Les avantages et inconvénients de l'injonction structurelle.....	384
β : La mise en œuvre des injonctions structurelles	386
§2 : Les inconvénients du système dit « quasi pénal » pour régler les litiges des contrats d'adhésion entre professionnels	391
Titre 2 : L'intervention du juge du contrat d'adhésion entre professionnels et la procédure	396
Chapitre 1 : Les techniques procédurales de protection de la partie faible à caractère contraignant	397
Section 1 : L'action en référé au profit du contractant professionnel partie faible	398
§1: L'intérêt d'une action en référé pour parvenir à l'équilibre des contrats entre professionnels	398
A: Les avantages de la procédure de référés pour contrecarrer les abus dans les contrats entre professionnels	399
1 : Lutter contre les pratiques restrictives sporadiques	399
a : Le référé probatoire	400
b : Le référé pour trouble manifestement illicite, prévu aux articles 808 et suivants et 872 et suivants du Code de procédure civile	400
2 : Rééquilibrer le rapport de force au sein du contrat et au sein du litige	402
a : Le référé, moyen de surmonter l'inégalité face au procès	402
b : Le juge des référés, garant de l'égalité contractuelle	404
α : L'octroi en référé de délais de paiement	405
β : Le maintien forcé des relations commerciales	406

B: Le référé au sein de la relation contractuelle entre professionnels, ferment de paralysie du contrat.....	408
§2: La façon optimale de protéger le professionnel partie faible par une procédure rapide.....	409
A : L'efficacité du pouvoir des juges des référés en droit des affaires.....	409
1: Les procédures de référé de droit commun, une institution qui a fait ses preuves.....	410
a : Les conditions prévues à l'article 808 du Code de procédure civile, des restrictions.....	410
b : Les possibilités d'action pour la partie faible professionnelle offertes par l'article 809 du Code de procédure civile.....	411
2 : Le référé-concurrence prévu à l'article L464-1 du Code de commerce.....	412
B: Les améliorations possibles du référé pour rééquilibrer les contrats d'affaires.....	413
1 : Alléger les conditions pour que la partie faible puisse bénéficier d'une procédure de référé en vue du rééquilibrage du contrat.....	414
a : Entendre l'urgence de manière plus souple.....	414
b : Permettre au juge des référés d'interpréter le contrat dans certaines circonstances	415
α : Sur la possibilité pour le juge des référés d'interpréter un contrat d'adhésion entre professionnels.....	415
β : Sur la possibilité pour le juge des référés d'analyser les négociations et de les interpréter.....	416
2 : Donner au référé-concurrence des effets plus forts sur la relation contractuelle entre professionnels.....	417
Section 2 : Les recours collectifs comme soutien processuel à la partie faible.	418
§1 : L'opportunité d'une action de groupe cumulée avec l'action du ministre.....	421
A : L'articulation entre l'action du ministre et l'action de groupe	421
1 : La vocation de chaque action intentée pour un contentieux sériel	421
a : La vocation de l'action du ministre.....	421
b : Le rôle de l'action de groupe.....	424
α : La vocation de l'action de groupe confiée à un nombre limité d'associations ...	424
β : La vocation de l'action de groupe intentée par tout intéressé.....	426
2: La pertinence d'une dualité d'action pour autrui en droit français.....	427
B : L'efficacité d'une éventuelle action de groupe pour les litiges entre professionnels.	429
1 : L'objection de la peur des représailles.....	429
2 : Une objection surmontable	429
§2 : La mise en œuvre d'une action de groupe pour rééquilibrer les contrats d'adhésion entre professionnels.....	431
A : L'indemnisation accordée par une action de groupe en faveur de victimes professionnelles	431
1 : L'indemnisation de l'action de groupe pour les contrats d'adhésion entre professionnels	432
2 : Perspectives de solutions	432
B : Les différentes sanctions pouvant être infligées par une action de groupe pour un contrat d'adhésion entre professionnels	434
1 : En droit de la consommation, l'éventuelle possibilité d'infliger des sanctions variées dans les actions pour autrui.....	434
2 : La transposition au droit des contrats entre professionnels.....	435
Chapitre 2 : La procédure « douce »: la possibilité de prévenir le comportement contractuel par la technique de l'avis.....	438
Section 1 : Le phénomène de la moralisation en amont des contrats commerciaux par les avis.....	442
§1 : La mission assignée aux autorités en charge du contrôle en amont des contrats commerciaux.....	443
A : Les objectifs des autorités de conseil tels que définis par les textes les instituant....	443
B : La teneur juridique de tels avis.....	445

1 : La force obligatoire d'un avis.....	445
2 : Le paradoxe de la notion d'avis.....	447
§2 : La fiabilité des avis rendus par les instances de conseil.....	449
A : La précision des avis rendus par les différentes institutions.....	450
1 : La Commission d'examen des pratiques commerciales.....	450
2 : L'Autorité de la concurrence.....	451
B : La pertinence des avis.....	452
1 : Les contradictions entre les différents organes consultatifs publics.....	452
2 : Les contradictions entre les administrations émettrices d'avis et le juge judiciaire.....	
	456
Section 2: Les évolutions possibles de la régulation par les organes consultatifs.....	459
§1 : Les limites du droit « dur » appliqué aux organes de conseil.....	461
A : L'hypothèse de rendre les avis de la CEPC obligatoires.....	461
1 : La technique de l'autorisation administrative pour valoriser les avis de la Commission d'examen des pratiques commerciales.....	462
a : L'opportunité d'un avis de la CEPC ayant valeur d'autorisation administrative.....	462
b : L'efficacité en justice d'un avis de la CEPC ayant valeur d'autorisation administrative.....	463
α : En droit commun, l'avis de l'administration diversement apprécié par le juge judiciaire.....	463
β : En droit de la concurrence, le précédent des « accords interprofessionnels ».....	464
2: La technique de l'avis ayant valeur de rescrit.....	465
B : Doter les organes consultatifs de pouvoirs de sanction.....	468
§2 : Définir des processus commerciaux plus précis.....	469
A : L'équilibre optimal du rôle de la Commission d'examen des pratiques commerciales.....	470
B : Le conseil idéal de la CEPC par l'exemple du management par catégorie.....	472
Conclusion de la Deuxième Partie.....	476
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	479
BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE	484
INDEX.....	572
TABLE DES MATIÈRES.....	577

Résumé : Le professionnel que l'on croyait capable de défendre ses intérêts, par opposition au salarié ou au consommateur, s'est révélé tout autant victime de contrats déséquilibrés depuis quelques décennies. L'apparition de puissantes entreprises privées dans différents secteurs entraîne, de toute évidence, une inégalité entre les professionnels. Notre étude souligne la complexité de trouver un juste critère pour identifier de manière juste ce qu'est un professionnel partie faible. Il n'est pas possible de dire si, de manière générale, telle entreprise est plus puissante qu'une autre, car la personne morale partie au contrat peut cacher des intérêts difficiles à cerner au premier abord. Le juge ne peut pas non plus être l'arbitre autoritaire des prix sans risquer un détournement de sa fonction. Nous développerons le parti suivant : un contrat entre professionnels est dit d'adhésion lorsque celui-ci n'a pas donné lieu à une négociation idoine ; le juge doit alors s'efforcer de regarder le processus de pourparlers ainsi que les circonstances qui ont précédé la convention. De multiples critères peuvent aider le juge, tels que la taille de chaque entreprise, les parts de marché, les propos échangés par les parties, leur bonne ou mauvaise foi ou encore les efforts engagés par elles. Si le choix de l'analyse des négociations nous apparaît ultimement le plus juste, nous tiendrons cependant compte de ses limites. Il serait illusoire de penser que le juge peut toujours parvenir de manière certaine à connaître l'intégralité des circonstances antérieures au contrat. C'est pourquoi nous ajouterons à l'analyse des négociations un système de présomptions – quoique réfragables – lorsque la disproportion des prestations ou la différence de taille des entreprises ne laisse pas de place au doute. Nous mettrons enfin en lumière les stratégies employées par les parties fortes pour contourner cette analyse des négociations, comme des stipulations néfastes ou une tactique d'internationalisation. Il sera donc préféré une impérativité renforcée en droit national ainsi qu'en droit international.

Une fois l'analyse des négociations effectuée, nous essayerons de proposer des sanctions à la hauteur du phénomène. Le juge, selon nous, doit être en mesure de modifier le contrat de façon souple, aussi bien de manière rétroactive que par un changement en cours d'exécution du contrat. Le caractère extrême de certains comportements contractuels nous incite à réfléchir à la possibilité d'un droit pénal plus dissuasif ou bien un droit « quasi pénal » sanctionnant ces comportements de manière plus appropriée. Néanmoins, c'est surtout au niveau de la procédure que se joue la protection contractuelle des professionnels. Un référendum ajusté à cet objectif a tout lieu de répondre aux exigences de célérité qui gênent les parties faibles dans leurs démarches. Nous soulignerons aussi l'importance d'un système d'actions collectives qui surmontent efficacement l'écueil du coût du procès. À l'inverse, la sécurité juridique des entreprises nous conduira à proposer une procédure de protection par un système de droit doux.

Mots-clefs : Abus – Action collective - Arbitrage – Autonomie de la volonté – Clause attributive de juridiction – Clause de choix de loi - Clause de procès - Concurrence – Conseil - Contrat d'adhésion – Déséquilibre significatif – Disproportion - Droit pénal des affaires – Droit spécial – Équilibre contractuel – Entreprise – Filiale – Injonction structurelle - Interprétation - Lésion- Négociations - Nullité – Ordre public – Partie faible – Personnalité morale - PME – Pouvoir de négociation - Pratiques restrictives de concurrence - Preuve – Référendum – Régulation - Rescrit – Responsabilité - Révision pour imprévision -