UNIVERSITÉ DE POITIERS

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCES SOCIALES

ÉCOLE DOCTORALE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE PIERRE COUVRAT — ED 088

DÉSÉQUILIBRE CONTRACTUEL : LES RÉPONSES DU DROIT DE LA CONCURRENCE

Thèse pour le doctorat en droit privé et sciences criminelles
présentée et soutenue publiquement le 08 Avril 2019
par

Monsieur Elhadji Mamadou SÈNE

DIRECTEUR DE RECHERCHE

Eddy LAMAZEROLLES
Professeur à l'Université de Poitiers

SUFFRAGANTS

Mbissane NGOM (rapporteur)
Professeur à l'Université Gaston Berger de Saint-Louis

Mamoudou NIANE (rapporteur)
Professeur à l'Université Gaston Berger de Saint-Louis

Linda ARCELIN
Professeure à l'Université de la Rochelle

Marianne FAURE-ABBAD
Professeure à l'Université de Poitiers

DÉSÉQUILIBRE CONTRACTUEL : LES RÉPONSES DU DROIT DE LA CONCURRENCE

Résumé

Le constat de l'existence de déséquilibres contractuels est bien le signe que la théorie de l'autonomie de la volonté, en vertu de laquelle les contrats sont présumés équilibrés, est en profond décalage avec la réalité des affaires. Cette injustice contractuelle apparaît aux antipodes d'un certain nombre de principes défendus par le législateur. C'est pour cette raison qu'elle est susceptible d'être appréhendée par le droit commun en général et par le droit de la concurrence en particulier. L'appréhension du déséquilibre contractuel par le droit de la concurrence peut paraître surprenante de prime abord. En effet, à chaque fois qu'on évoque le droit de la concurrence, on pense plus à la régulation du marché qu'à la lutte contre le déséquilibre contractuel. Le droit de la concurrence a pour rôle d'assurer la régulation du marché afin que s'y règne un libre jeu de la concurrence. L'application de ses règles permet de neutraliser les innombrables pratiques abusives des opérateurs économiques. Mais comme la plupart de ces pratiques se réalisent dans un cadre purement contractuel, le contrat ne peut donc pas échapper au contrôle du droit de la concurrence. Ce qui revient à dire que ce corps de règles apporte des réponses au déséquilibre contractuel. L'analyse de ces règles montre que le déséquilibre contractuel n'est sanctionné que lorsqu'il résulte d'un manquement concurrentiel. On comprend bien alors l'inadaptation et l'ineffectivité qui caractérisent de telles réponses au déséquilibre contractuel. Partant de là, cette étude vise à proposer les voies et moyens de leur perfection.

Mots clés

Déséquilibre contractuel — Déséquilibre significatif — Droit de la concurrence — Droit commun des contrats — Avantages sans contrepartie — Rupture brutale des relations commerciales établies — Partenariat commercial — Pratiques anticoncurrentielles — Pratiques restrictives de concurrence — Abus de position dominante — Abus de dépendance économique.

CONTRACTUEL IMBALANCE : COMPETITION LAW SOLUTIONS

Abstract

Contractual imbalance practice is a sign that the theory of will autonomy, under wich contracts are presumed balanced, is in a profound gap with busness reality. This contractual injustice may be in many way contrary to the principles defended bay the legislator. That's why it's likely apprehended by contract law in general and competition law in particular. The apprehension of contractual imbalance by the competition law seems surprising. Competition law deals more with market regulation than protection against contractual imbalance. The role of competition law is to regulate the market in order to establish free competition. The application of its rules can neutralize the countless abusive practices of economic operators. However, most of these practices are deployed in a purely contractuel context, so the contract can't escape the control of competition law. Therefore, competition law can't fail to bring solutions to contractual imbalance. A careful analysis of its components shows the particularity of the sanction of contractual imbalance in competition law. This sanction is conditionned by an competitive fault. It résults that competition law solutions to contractual imbalance can therefore only be inadequate and ineffective. From this point of view, this study aims to propose the ways and means to perfect them.

Keywords

Contractual imbalance — Significant imbalance — Competition law — Contract law — Benefits without counterpartie — Abrupt break in established trade relations — Commercial partnership — Anticompetitive practices — Competition restricting practices — Abuse of a dominant position — Abuse of economic dependance.

ÉQUIPE DE RECHERCHE DE DROIT PRIVÉ (ERDP— EA 1230)

43 Place Charles de Gaulles — TSA 81100 — 86073 Poitiers cedex 9

L'université de Poitiers n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

À ma famille

J'adresse mes sincères remerciements à mon directeur de thèse le Professeur Eddy Lamazerolles, qui a accepté de diriger ce travail avec attention et bienveillance. Sa confiance et ses encouragements ont été de solides appuis. Qu'il veuille bien trouver ici l'expression de ma reconnaissance,

Aux professeurs Linda Arcelin-Lecuyer, Mamoudou Niane, Marianne Faure-Abbad, Mbissance Ngom, qui m'ont fait l'honneur de participer au jury de soutenance,

À tous mes amis et collègues de l'ERDP, en remerciement des très belles années passées ensemble.

SOMMAIRE

INTRODUCTION **15**

PREMIÈRE PARTIE. L'INSUFFISANCE DES RÉPONSES **41**

TITRE I. LEUR INADAPTATION **45**

CHAPITRE I. L'EMPILEMENT DES SANCTIONS 49

CHAPITRE II. LE BOULEVERSEMENT DES RÈGLES DE COMPÉTENCE 87

TITRE II. LEUR INEFFECTIVITÉ **145**

CHAPITRE I. UN CHAMP D'APPLICATION RESTREINT 149

CHAPITRE II. UN DROIT D'ACTION CANTONNÉ 193

DEUXIÈME PARTIE. LA PERFECTIBILITÉ DES RÉPONSES **239**

TITRE I. LEUR DIVERSIFICATION **243**

CHAPITRE I. L'INTENSIFICATION DE LA PROTECTION DU FAIBLE 247

CHAPITRE II. LA HIÉRARCHISATION DES RÉPONSES 281

TITRE II. L'OPTIMISATION DE LEUR MISE EN ŒUVRE **309**

CHAPITRE I. L'OPTION ENTRE LES RÉPONSES 313

CHAPITRE II. LE CUMUL DES RÉPONSES 349

CONCLUSION GÉNÉRALE 387

BIBLIOGRAPHIE **393**

INDEX AVEC NUMÉROS DE PARAGRAPHES **419**

TABLE DES MATIÈRES **426**

LISTE DES ABRÉVIATIONS, DES SIGLES ET DES ACRONYMES

AJ ..... Actualité juridique
AJ contrat ..... Actualité juridique de droit des contrats
AJ pénal ..... Actualité juridique de droit pénal
AJDA ..... Actualité juridique droit administratif
Al. ..... Alinéa
Alii ..... Autres
Art. ..... Article
Art. préc. ..... Article précité
Aut. conc. ..... Autorité de la concurrence
C. civ. ..... Code civil
C. com. ..... Code de commerce
CA ..... cour d'appel
Cah. dr. entr. ..... Cahiers de droit de l'entreprise
Cass. 1er civ. ..... Cour de cassation, première chambre civile
Cass. 2e civ. ..... Cour de cassation, deuxième chambre civile
Cass. 3e civ. ..... Cour de cassation, troisième chambre civile
Cass. ass. plén. ..... Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. com. ..... Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. crim. ..... Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. soc. ..... Cour de cassation, chambre sociale
CE ..... Conseil d'État
Ch. réunies ..... Chambre réunies
Chron. ..... Chronique
Coll. ..... Collection
Comm. ..... Commentaire
Cons. conc. ..... Conseil de la concurrence
Cons. const. ..... Conseil constitutionnel
Contrats, conc. consom. ..... Contrats, concurrence, consommation
D. ..... Dolloz-Sirey (Recueil)
Déc. ..... Décembre
Dir. ..... Direction
Doctr. ..... Doctrine
Dr. et patrimoine ..... Droit et patrimoine
Éd. ..... Édition
Fasc. ..... Fascicule
Févr. ..... Février
Gaz. Pal. ..... Gazette du Palais
Ibid. ..... Ibidem (au même endroit)
In ..... Dans
J.-Cl. ..... Juris-Classeur
Janv. ..... Janvier
JCP E ..... Juris-Classeur édition entreprise
JCP G ..... Juris-Classeur édition générale

Juill. ..... Juillet
LGDJ ..... Librairie générale de droit et de jurisprudence
LME ..... Loi de Modernisation de l'Économie
LPA ..... Les Petites Affiches
n° ..... Numéro
Nov. ..... Novembre
NRE ..... Loi relative aux Nouvelles Régulations Économiques
Obs. ..... Observation
Oct. ..... Octobre
p. ..... Page
Préf. ..... Préface
PUAM ..... Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF ..... Presses universitaires de France
QCP ..... Question prioritaire de constitutionnalité
RDC ..... Revue des contrats
Rev. Lamy dr. affaires ..... Revue Lamy droit des affaires
RID éco. ..... Revue internationale de droit économique
RLC ..... Revue Lamy de la concurrence
RLDA ..... Revue Lamy droit des affaires
RLDC ..... Revue Lamy droit civil
RSC ..... Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD civ. ..... Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. ..... Revue trimestrielle de droit commercial
S. ..... et suivants
Sept. ..... Septembre
T. ..... Tome
Th. ..... Thèse
V. ..... Voir
Vol. ..... Volume

INTRODUCTION

1. **Le déséquilibre contractuel.** Le déséquilibre contractuel n'a pas fait l'objet d'une définition légale. Cela ne constitue pas pour autant un obstacle à la recherche de sa définition. Il ressort de nos investigations que la notion peut faire l'objet de deux définitions : une définition négative qui consiste à l'identifier par rapport à ce qu'il n'est pas et une définition positive qui consiste à l'identifier par rapport à ce qu'il est.

2. **Sa définition négative.** De façon négative, il est possible de désigner une chose par rapport à ce qu'elle n'est pas. Ainsi, le bonheur se présente comme une absence de malheur. La santé, une absence de maladie. La justice, une absence d'injustice[1]. La paix, une absence de guerre. Le déséquilibre contractuel, une rupture de l'équilibre contractuel. L'équilibre contractuel, une absence de déséquilibre contractuel. On parle de déséquilibre contractuel à chaque fois qu'il y ait rupture de l'équilibre contractuel[2]. Par équilibre contractuel, il convient d'entendre une « *composition harmonieuse du contenu du contrat* »[3]. Partant de cette définition, le déséquilibre contractuel peut être défini comme une « *composition non harmonieuse du contenu du contrat, envisagé dans sa globalité* »[4]. Sous cet angle, le déséquilibre contractuel semble trahir la formule de Fouillée exprimant la conception du contrat choisie par les rédacteurs du code civil de 1804, formule selon laquelle « *Qui dit contractuel, dit juste* »[5]. En effet, le droit français a toujours fait reposer le contrat sur la volonté des parties. Le contrat y est toujours perçu comme un acte purement volontaire. De sorte que sans volonté, il ne saurait y avoir de contrat. Le législateur de 1804 estimait que les parties au contrat étaient les mieux placées pour défendre leurs intérêts. Pour cette raison, le contrat librement conclu ne pouvait être qu'équilibré[6]. Dès lors que le contrat était légalement conclu, il devenait par principe intangible[7] et équilibré[8]. C'est ce qui explique la négation au

---

1 N. DISSAUX, « Les clauses abusives : pour une extension du domaine de la lutte », *Dr. et patrimoine* oct. 2014, n° 240.

2 L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, 2002, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, n° 188, p. 134 où l'auteure estime que « *la notion d'équilibre contractuel intervient pour définir un certain nombre de catégories juridiques. C'est par le déséquilibre ou l'équilibre contractuel que la notion juridique existe* ». Selon elle, « *Le déséquilibre se définit par opposition à l'équilibre : il représente une absence d'équilibre* ». Au final, elle tire la conclusion selon laquelle « *c'est la même réalité qui apparaît derrière l'utilisation de ces deux expressions : dans un cas l'équilibre contractuel existe ; dans l'autre, pas* ».

3 *Ibid.*, n° 232, p. 160.

4 *Ibid.*

5 A. FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, 2e éd., 1885, Hachette, p. 410.

6 V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés 1*, 2000, *PUAM*, n° 1, p. 18.

7 F. CHÉNEDÉ, « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *RDC* sept. 2015, n° 3, p. 655 où l'auteur affirme que « *les conventions tiennent lieu de à ceux qui les ont faites, oui, mais uniquement, comme le rappelle l'article 1134, si elles ont été « légalement formées », c'est-à-dire si elles respectent les conditions de validité énoncées à l'article 1108 du code civil. Ces conditions juridiques expriment les deux exigences sociales que le contrat doit satisfaire pour être valable : d'une part, respecter l'intérêt général de la cité, c'est-à-dire ne pas contrevenir à l'ordre public ; d'autre*

… / …

juge d'un pouvoir de contrôle de l'équilibre contractuel. Le juge n'avait pas son mot à dire sur les déséquilibres contractuels[9]. Tout déséquilibre contractuel existant était considéré comme voulu. La volonté constituait la seule mesure de l'engagement[10]. Ce qui explique aussi l'hostilité traditionnelle du droit français des contrats quant à la lésion. En droit français, le contrat lésionnaire reste un contrat valable. Ne faisant pas partie des causes d'irrégularité d'un acte juridique, la lésion n'a, en principe[11], aucune influence sur la validité du contrat. Elle n'entraine ni la nullité, ni la renégociation, ni la révision du contrat[12]. Ce rejet de principe de la lésion ne s'est pas fait *ex nihilo*. Il est d'abord justifié par des considérations tirées du principe de l'autonomie de la volonté. En effet, selon la doctrine philosophique de l'autonomie de la volonté, le contrat est un instrument de justice. Étant libres et égaux, « *les contractants se promettent fidélité et loyauté et sont seules aptes à apprécier leur intérêt* »[13]. La formation du contrat étant placée sous le sceau de la liberté contractuelle, les contractants se trouvent ainsi réputés « *être les meilleurs juges de leurs intérêts et avoir conçu un*

---

part, préserver l'intérêt individuel des parties, c'est-à-dire ne pas léser injustement l'un des cocontractants. Pour cette seconde exigence, la seule qui nous retient aujourd'hui, la question a toujours été la suivante : comment assurer cette justice contractuelle ? La réponse de principe à cette question n'a pas varié d'Aristote à Kant en passant par Grotius, de Justinien à Bigot de Préameneu en passant par Pothier : le juste contractuel s'entend, en principe, de l'équilibre voulu par les parties ».

8 G. DIBANGUE, *La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement : regards croisés entre le droit français et le droit OHADA*, thèse, 2016, Poitiers, n° 1, p. 19.

9 G. PIETTE, *La correction du contrat*, 2004, PUAM, coll. Institut de droit des affaires, n° 25, p. 38 où l'auteur estime que « *[la tradition juridique française], très empreinte de la doctrine de l'autonomie de la volonté, a toujours considéré la correction comme une pratique à proscrire, ou dans le meilleur des cas, comme un mal nécessaire* ».

10 A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 15e éd., 2016, LGDJ, coll. Domat droit privé, n° 184, p. 147 où l'auteur affirme que « *Du principe de la liberté contractuelle, il découle que l'équivalence économique entre les engagements réciproques ne fait l'objet d'aucun contrôle général de l'autorité publique : les parties peuvent librement estimer le prix d'une vente, d'une location ou d'un service, même à une valeur très éloignée de celle du marché. Si leur consentement n'a pas été vicié, un juge ne peut pas annuler un contrat parce qu'il le trouve léonin ni réduire un prix parce qu'il le trouve excessif* ».

11 C'est dans ce sens que s'inscrit l'article 1168 du code civil qui dispose que « *Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement* ».

12 Cass. 3e civ., 18 mars 2009, n° 07-21.260, obs. B. FAGES, « Même pour respecter l'équilibre contractuel, le juge ne peut modifier le contrat », *RTD civ.* 2009, p. 528 où l'auteur affirme que la Cour de cassation ne déroge pas à son attachement au principe d'intangibilité du contrat. Les faits de l'espèce étaient les suivants : « *un bail d'habitation avait été conclu moyennant un loyer mensuel qui tenait compte de ce que le locataire participait à la surveillance du bailleur de jour comme de nuit. Au décès du bailleur, ses héritiers ont assigné la locataire aux fins de voir convertir l'obligation de surveillance en complément de loyer. La cour d'appel d'Aix-en-Provence (18 sept. 2007) accueille leur demande. Elle considère que, si le contrat n'a pas prévu expressément le versement d'un complément de loyer dans le cas où l'obligation de surveillance ne serait plus possible, il convient néanmoins, pour respecter l'équilibre contractuel, s'agissant d'un contrat à exécution successive, de substituer à l'obligation de surveillance, devenue impossible par suite du décès du bailleur, une obligation financière équivalente. Mais la Cour de cassation ne voit pas les choses de cette manière : en statuant ainsi, « alors que le bail ne comportait aucune clause prévoyant la modification des modalités d'exécution du contrat », la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil* ».

13 D. MAZEAUD, « La lésion », *Répertoire de droit civil* mars 2012 (actualisation juin 2016) n° 18.

contrat juste »[14]. En conséquence, ils sont logiquement appelés à assumer la responsabilité d'un éventuel déséquilibre contractuel. La valeur de l'engagement libre l'emportait toujours sur le déséquilibre contractuel. Il suffit juste que les contractants considèrent les prestations convenues comme équivalentes pour que le contrat soit valide au regard du droit[15], peu importe que cette équivalence soit une illusion[16]. Le rejet de la lésion est ensuite justifié par un souci de sécurité juridique. Si la lésion était généralement admise, bon nombre de contrats serait quotidiennement remis en cause. Ce qui saperait logiquement le principe de sécurité juridique. Au final, il convient de retenir que le déséquilibre contractuel correspond à une rupture de l'équilibre contractuel. Bien qu'incomplète, cette définition a le mérite de nous donner un premier aperçu sur la notion. Toutefois, pour mieux comprendre ce phénomène, il convient de l'identifier par rapport à ce qu'il est réellement.

3. **Sa définition positive.** En l'absence d'une définition légale, force est de constater que la définition du déséquilibre contractuel n'est pas chose facile. Le déséquilibre n'étant pas un qualificatif du contrat, quand dira-t-on que tel ou tel autre contrat est ou non déséquilibré ? À cette question, une auteure fournit une réponse qu'elle trouve évidente. Selon elle, « *le contrat déséquilibré est un contrat [qui] présente un déséquilibre au détriment de l'une des parties* »[17]. Partant de cette définition, il est possible d'affirmer qu'il y a déséquilibre contractuel dès lors qu'on est en présence d'un contrat déséquilibré. Cette définition a le mérite de la simplicité. Toutefois, elle ne règle pas le problème. Elle ne fait que le déplacer. Dire que le déséquilibre contractuel renvoie à l'idée d'un contrat déséquilibré, c'est bien mais demeure suffisant. Il serait encore mieux de chercher à trouver dans ces types de contrat, les différentes manifestations du déséquilibre.

4. **Ses manifestations.** Le déséquilibre contractuel peut être saisi à travers ses manifestations. À cet égard, une auteure a réussi à sérier ses différentes manifestations suivant deux approches. Dans une première approche, elle estime que le déséquilibre contractuel peut se manifester dans la valeur des prestations. Dans une seconde approche, elle estime qu'il peut tout de même se manifester dans les pouvoirs détenus par chaque partie au contrat.

5. **Le déséquilibre en valeur.** Le déséquilibre en valeur traduit une discordance entre la valeur des prestations. L'une des parties au contrat donne plus que ce qu'elle reçoit ou

---

14 *Ibid.*

15 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. L'acte juridique*, 14e éd., 2010, Sirey, coll. Sirey université. Série Droit privé, n° 243, p. 224.

16 *Ibid.*

17 V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés 1*, 2000, *PUAM*, n° 18, p. 43.

inversement reçoit moins que ce qu'elle a donné. Ce type de déséquilibre renvoie sans doute à la lésion.

6. **La lésion.** Synonyme de dommage en matière contractuelle, la lésion renvoie au « *préjudice très particulier subi par l'un des contractants du fait du déséquilibre existant, au moment de la formation du contrat, entre les prestations* »[18]. C'est « *le préjudice résultant, pour l'une des parties d'un défaut d'équivalence entre l'avantage qu'elle obtient et le sacrifice qu'elle consent* »[19]. Est lésé, un vendeur qui vend à un vil prix. L'est également, un acheteur qui achète à un prix trop cher. La lésion est un déséquilibre en valeur qui existe au moment de la formation du contrat. C'est pour cette raison qu'elle est assimilée à un « *déséquilibre originel* »[20]. Ce type de déséquilibre n'est pas toujours facile à démontrer. Sur le plan pratique, force est de constater qu'il n'est pas facile de déterminer la valeur exacte des prestations échangées[21]. Si une personne achète une voiture à 1 000 euros, c'est parce qu'elle considère que la voiture en vaut le prix. À partir du moment où elle achète la voiture à ce prix, il ne saurait y avoir de déséquilibre en valeur. Cette interprétation peut être soutenue au regard de l'article 1108 du code civil qui dispose que « *le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit* ». Suivant cette logique, notre acheteur fournit 1 000 euros au vendeur et reçoit en retour la voiture qu'il juge équivalente au prix d'achat. Sur le plan théorique, il existe des contrats pour lesquels un échange économique direct ne se réalise. Il s'agit notamment des « *contrats-d'organisation* ». Dans ces types de contrat, il est très difficile d'apprécier le déséquilibre en valeur. C'est pour cette raison qu'un auteur recommande d' :

> « Appréhender le déséquilibre économique dans un cadre plus vaste que le contrat. En d'autres termes, en élargissant le champ d'analyse, et en utilisant des techniques juridiques telles que l'ensemble contractuel ou l'indivisibilité, appréhender un contrat comme une composante d'une opération économique et apprécier le déséquilibre à ces deux niveaux. »[22]

Au final, il convient de retenir que la lésion est une manifestation du déséquilibre en valeur. Un contrat lésionnaire est forcément un contrat déséquilibré. Cependant, la lésion ne constitue pas la seule manifestation du déséquilibre en valeur. Si la rupture de l'équilibre contractuel peut être concomitante à la formation du contrat, comme c'est le cas pour la lésion, cette rupture peut, à bien des égards, survenir postérieurement à la formation du

---

18 F. TERRÉ, F. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 10e éd., D, 2009, n° 302, p. 317.

19 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 241, p. 222.

20 F. TERRÉ, F. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*

21 G. CHANTEPIE, « La notion d'équilibre du contrat », *Loyers et Copropriété* oct. 2016, n° 10, dossier 6.

22 *Ibid.*

contrat. Dans ce cas de figure, il n'est plus permis de raisonner en termes de lésion. Il faut plutôt raisonner en termes d'imprévision[23].

7. **L'imprévision.** Il y a imprévision lorsque l'équilibre du contrat est rompu ultérieurement à sa formation par suite de circonstances imprévues qui viendraient rendre plus onéreuse[24] l'exécution de l'obligation d'une des parties. En revisitant un peu l'histoire de notre droit privé, il est possible de constater que la Cour de cassation a toujours refusé de réviser le contrat pour cause d'imprévision. Dans un célèbre arrêt, « *arrêt canal de Craponne* », la cour a affirmé, d'une manière on ne peut plus claire que :

> « Dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable puisse apparaître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été acceptées par les contractants. »[25]

Aujourd'hui, force est de constater que l'imprévision n'est plus un motif de refus de la révision du contrat déséquilibré. Elle a fini par être admise dans notre droit actuel des contrats. Qu'en admettant la révision du contrat pour imprévision sur le fondement de l'article 1195[26] du code civil, le législateur fait preuve « *d'audace* »[27] et d'innovation[28]. Au final, il convient de retenir que la lésion et l'imprévision représentent les différentes manifestations du déséquilibre en valeur. Ce faisant, le déséquilibre contractuel ne se résume pas au seul déséquilibre en valeur. Il peut se manifester sous forme de déséquilibre en pouvoir. Dans ce cas de figure, l'équilibre financier du contrat est rompu non pas par

---

23 L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, 2002, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, n° 257, p. 181 affirmant que « *L'évolution du contexte économique et juridique va nécessairement avoir des répercussions sur [le] contenu du contrat. Par conséquent, des éléments extérieurs au contenu du contrat vont tenter de l'influencer et peuvent le bousculer, comme l'équilibriste sur son fil qui risque de perdre son équilibre si le fil bouge* »

24 G. LARDEUX, « Équilibre contractuel et sécurité juridique », in *L'équilibre du contrat*, PUAM, coll. Laboratoire de droit privé & de sciences criminelles, 2012, p. 69 où l'auteure estime que ce type de déséquilibre est « *d'origine non conventionnelle* » pour cause de bouleversement de l'équilibre souhaité initialement par les parties par des circonstances postérieures et extérieures à leur accord.

25 Cass., 6 mars 1876, http://mafr.fr/IMG/pdf/canal_de_craponne.pdf, consulté le 11 avril 2018.

26 L'article 1195 du code civil dispose : « *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 parents peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ».

27 C. WITZ, « Le juge et la révision du contrat : vision du droit français », *LPA* mars 2018, n° 65, p. 10.

28 A. FORTUNATO, « Les circonstances de la révision du contrat », *LPA* janv. 2018, n° 9, p. 6 où l'auteur affirme que « *Depuis le 1er octobre 2016, le code civil permet la renégociation ou la révision du contrat en cas d'imprévision. Désormais, les parties sont soumises, de manière supplétive, à un devoir de renégociation en cas de changement de circonstances, si ce changement est imprévisible lors de la conclusion du contrat et rend l'exécution excessivement onéreuse* ».

des circonstances imprévisibles mais par le fait d'un cocontractant qui abuse de ses pouvoirs.

8. **Le déséquilibre en pouvoir.** « *D'un accord de volontés destiné à produire des effets de droit* »[29], le contrat peut devenir « *un instrument de puissance au profit d'un contractant* »[30], ou un cadre d'exploitation du faible par le fort. En pareille situation, le contrat cesse d'être un outil favorable aux échanges[31] pour devenir un « *lieu de pouvoir* »[32], un « *facteur de déséquilibre économique au détriment d'un contractant* »[33]. Le contractant disposant de « *pouvoirs déséquilibrants* »[34] les utilise à sa guise pour soumettre son cocontractant à des déséquilibres contractuels. C'est le cas d'un professionnel qui use de sa puissance économique pour dicter ses lois à ses partenaires commerciaux[35]. L'usage de ses pouvoirs par le contractant professionnel en situation de puissance économique se manifeste le plus souvent par l'insertion de clauses abusives dans ses rapports avec ses partenaires commerciaux. De telles clauses permettent à son bénéficiaire de ne pas exécuter l'engagement souscrit ainsi qu'il était convenu d'où leur répercussion sur l'équilibre des prestations. C'est également le cas dans le contrat de travail où l'employeur dispose d'importants pouvoirs dont leur mise en œuvre est susceptible d'entrainer des déséquilibres contractuels[36]. C'est enfin le cas dans presque tous les contrats structurellement déséquilibrés[37]. Dans ces genres rapports contractuels, le déséquilibre ne vient pas d'une inéquivalence des valeurs. Il est souvent perçu comme étant la conséquence de l'usage par l'une des parties de ses pouvoirs déséquilibrants. Celle-ci peut mettre à la charge de son cocontractant des obligations manifestement injustifiées ou le soumettre à des déséquilibres significatifs. Le cocontractant victime n'ayant souvent pas d'autre choix que de se soumettre « *à la loi du plus fort* ». En définitive, il convient de retenir que le déséquilibre contractuel traduit une rupture de l'équilibre contractuel. Il peut se manifester par un déséquilibre en valeur. Il peut aussi se

---

29 J. GHESTIN, « La notion de contrat », *D.* 1990, p. 147. Aujourd'hui, l'article 1101 du code civil définit comme « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ».

30 M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, 2004, D., coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, p. 795.

31 L. BOY, « Les utilités du contrat », *LPA* sept. 1997, p. 3.

32 G. CHANTEPIE, *art. préc.*, citant P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, 2004, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 500 p.

33 M. CHAGNY, *op. cit.*, n° 823, p. 793.

34 V. LASBORDES, *op. cit.*, n° 19, p. 44.

35 *Ibid.*

36 *Ibid.*

37 T. REVET, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.* 2015, p. 1217.

manifester par un déséquilibre en pouvoir. Cependant, si l'on tient seulement compte du qualificatif de l'équilibre ou du déséquilibre, la thématique est ipso facto rattachable au droit des contrats. Comme son nom l'indique, le droit des contrats s'applique au contrat. Partant de cette relation, il serait peut-être légitime de se poser la question de savoir quels peuvent être les rapports entre droit de la concurrence et déséquilibre contractuel ? Pour pouvoir valablement répondre à cette question, il faudrait, au préalable, s'accorder sur le sens à donner au droit de la concurrence.

9. **Le droit de la concurrence.** Celui qui se lance dans une entreprise de définition du droit de la concurrence se heurte le plus souvent à une difficulté tenant « *au fait que l'objet de ce droit est constitué par un phénomène économique que le juriste a quelque peine à appréhender avec fermeté scientifique* »[38]. Présentée comme une notion abstraite[39], la concurrence renvoie à l'idée d'une compétition[40]. C'est une réalité économique qui participe de la nature du commerce[41]. Dès lors qu'un marché est ouvert, il va de soi que les entreprises s'y dirigent afin de conquérir la clientèle. La concurrence suppose que deux ou plusieurs entreprises proposent à une même clientèle des produits ou services substituables. Elle permet au destinataire final de l'offre de pouvoir faire un choix entre les différentes offres concurrentes. Dans une logique de concurrence, chaque entreprise essaie de recueillir le choix du destinataire de l'offre. À cette occasion, chacune des entreprises en concurrence développe des stratégies[42] lui permettant d'atteindre ses objectifs afin d'assurer sa survie. Dans une économie de marché, la concurrence doit en principe être libre[43]. Ce principe de libre concurrence présente des

---

38 G. CLAMOUR, S. DESTOURS, « Droit de la concurrence. Droit de la concurrence publique », *JCP A* nov. 2014, fasc. 724-10.

39 J. AZEMA, *Le droit français de la concurrence*, 2e éd., PUF, 1989, p. 16.

40 P. LEHUÉDÉ, *Droit de la concurrence*, 2012, Bréal, coll. Lexifac. Droit, p. 10.

41 Y. REINHARD, S. THOMASSET-PIERRE et C. NOURISSAT, *Droit commercial*, 8e éd., 2012, LexisNexis, coll. Manuel, n° 145, p. 97.

42 P. LEHUÉDÉ, *op. cit.*, p. 10 où l'auteur affirme une pluralité de stratégies envisageable. « *L'une consiste à agir en priorité sur l'acheteur, en cherchant à le convaincre : c'est tout l'objet de la publicité commerciale, plus généralement du marketing. En persuadant l'acheteur potentiel que son ou son service est meilleur que celui de ses concurrents, l'entreprise prend l'avantage sur ces derniers et gagne des parts de marché…L'autre consiste pour l'entreprise à organiser son activité de telle manière que son efficience sera plus grande que celle de ses concurrents : amélioration des réseaux de distribution, regroupements, restructurations (concentrations), action sur les prix, différenciation des politiques commerciales…* ».

43 Y. REINHARD, S. THOMASSET-PIERRE et C. NOURISSAT, *op. cit.*, n°135, p. 90. Selon ces auteurs, la liberté concurrence est une résultante de la liberté d'exploitation en ce sens que « *Entreprendre c'est, dans une économie libérale, affronter les autres entreprises sur un marché. Dans ce jeu entre concurrents, chaque protagoniste tente de gagner des parts de marché par la qualité de ses produits ou services, mais également par les prix proposés. C'est pourquoi, le principe est celui de la liberté des prix, sauf intervention étatique exceptionnelle dans les secteurs où la concurrence est limitée ou lorsque survient une situation de crise* » ; M. KDHIR, « Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : mythe ou réalité ? », *D.* 1994, p. 30 où l'auteur affirme que « *Le principe de la libre concurrence supposant des conditions d'égale compétition, cela implique la non-ingérence des collectivités publiques qui,*

… / …

avantages mais n'est somme toute pas dépourvu d'inconvénients. D'une manière générale, la concurrence est présentée comme un « *bien en soi* »[44]. Le principe de libre concurrence milite en faveur de l'intérêt collectif puisqu' « *en se concurrençant les entreprises s'efforcent de fournir le meilleur produit au meilleur prix* »[45]. Mais, nul besoin de rappeler que trop de liberté dans la concurrence finit par tuer la concurrence[46]. D'où la nécessité d'un droit destiné à réguler la concurrence. Ce droit s'appelle le droit de la concurrence. Le définir n'est pas chose aisée. C'est peut-être pour cette raison que certains ouvrages[47] consacrés à la matière préfèrent à la place présenter ses sources, ses caractères et ses finalités. Quoique difficile, d'autres parviennent quand même à faire des propositions de définition. Le droit de la concurrence se trouve ainsi défini sous plusieurs acceptions.

Dans une acception extensive, il renvoie à :

> « L'ensemble des règles juridiques gouvernant les rivalités entre agents économiques dans la recherche et la conservation d'une clientèle. »[48]

Dans une acception resttrictive, il désigne

> « L'ensemble des règles visant à éviter, et le cas échéant, à réprimer les pratiques de nature à fausser le jeu de la concurrence. »[49]

Dans une acception la plus courante, il correspond à :

> « L'ensemble de ce qu'un usage unanimement suivi appelle règles de concurrence, c'est-à-dire de celles qui ont pour objet le maintien de la libre concurrence entre entreprises sur le marché. Elles visent à sauvegarder des structures d'entreprises et à imposer des comportements qui sont de l'essence de

---

par des privilèges exorbitants dont elles disposent, n'auraient aucun mal à éliminer les concurrents privés. C'est la raison pour laquelle l'activité économique est réservée à l'initiative privée à l'exclusion de l'ingérence de la puissance publique. Par nature, dans une économie libérale, les activités économiques et commerciales sont réservées aux particuliers. Le libre jeu des forces du marché doit être le moins possible altéré par l'interventionnisme de l'État ; ce système d'autorégulation de l'économie est l'affaire de la société civile qui, selon la délicieuse formule de Hobbes, est « le champ de bataille de l'intérêt privé individuel de tous contre tous » ».

44 M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, 6e éd., 2014, Sirey, coll. Sirey université. Droit privé, n° 1, p. 1.

45 *Ibid.*

46 *Ibid.*

47 G. CLAMOUR, S. DESTOURS, *fasc. préc.*, citant « *J. BURST et R. KOVAR, Droit de la concurrence, 1981, Économica, coll. Droit des affaires et de l'entreprise. Série Enseignement ; J.-M. MOUSSERON et V. SELINSKY, Le droit français nouveau de la concurrence, 2e éd., 1988, Litec, coll. Actualités de droit de l'entreprise, 266 p. ; J. AZEMA, Le droit français de la concurrence, op. cit. ; Y. SERRA, Le droit français de la concurrence, 1993, D., coll. Connaissance du droit, 122 p. ; M.-C. BOUTARD-LABARDE et G. CANIVET, Droit français de la concurrence, LGDJ, 1994 ; D. BRAULT, Politique et pratique du droit de la concurrence en France, LGDJ, 2004 ; A. DECOCQ et G. DECOCQ, Droit de la concurrence interne et communautaire, 2e éd., LGDJ, 2004 ; M. MALAURIE-VIGNAL, Droit de la concurrence interne et communautaire, A. Colin, 3e éd., 2005 ; M.-A. FRISON ROCHE et M.-S. PAYET, Droit de la concurrence, Dalloz, 2006* ».

48 C. NOURISSAT, B. DE CLAVIÈRE-BONNAMOUR, *Droit de la concurrence, libertés de circulation : droit de l'union, droit interne*, 5e éd., 2016, D., coll. HyperCours Dalloz, n° 266, p. 305.

49 *Ibid.*

> l'économie de marché. Leur finalité est, par suite, l'intérêt général ; elles n'assurent la protection d'intérêts particuliers que comme un moyen de maintien de la libre concurrence. »[50]

Une telle définition a le mérite d'exclure du champ du droit de la concurrence les règles de droit dont l'objectif n'est rien d'autre que de protéger des intérêts particuliers en préservant la position légitimement acquise sur un marché par une entreprise donnée, comme celles qui sont relatives aux droit intellectuels ou à la lutte contre la concurrence déloyale[51]. C'est cette dernière définition que nous retenons dans le cadre de ce sujet.

10. Son champ d'application. Il est important de mentionner que le droit de la concurrence a un champ d'application bien délimité. Il ressort des termes de l'article L. 410-1 du code de commerce que ce corps de règles « *s'applique à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* ». Une lecture simple de ce texte consiste à dire que le droit de la concurrence s'applique à des activités économiques. Selon un auteur, ce droit est appelé « *à intervenir sur tous les marchés, c'est-à-dire chaque fois que se rencontrent une offre et une demande pour un produit ou un service déterminé* »[52]. Une lecture a contrario de ce texte consiste à dire que le droit de la concurrence ne s'applique pas à des activités non économiques. L'activité économique est donc érigée en critère d'application du droit de la concurrence[53]. Ainsi, dira-t-on que ce droit s'applique à toute activité économique même si celle-ci relève de l'économie numérique[54]. Les activités économiques sont le plus souvent menées par des entreprises. C'est pour cette raison que l'entreprise est perçue comme étant le « *sujet privilégié du droit de la concurrence* »[55]. Celle-ci est le destinataire des règles du droit de la concurrence[56]. La notion d'entreprise au sens du droit de la concurrence a déjà fait l'objet d'une très belle

---

50 A. DECOCQ et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence : droit interne et droit de l'union européenne*, 7e éd., 2016, LGDJ-Lextenso, coll. manuel, n° 1, p. 21.

51 *Ibid.*

52 M.-C BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, *op. cit.*, n° 13, p. 17

53 E. BERNARD, « L'activité économique, un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *RID éco.* 2009, p. 353.

54 M. CHAGNY, « L'adaptation du droit de la concurrence à l'économie numérique », *JCP G* nov. 2015, doctr. 1340 où l'auteur affirme que « *les opérateurs de l'économie numérique sont, comme n'importe qu'elle entreprise, soumis au droit de la concurrence dès lors qu'ils exercent une activité économique sur le marché* ».

55 L. ARCELIN, *Notion d'entreprise en droit interne et européen de la concurrence*, *J.-Cl. Conc. consom.* 1er sept. 2016, fasc. 35.

56 L. ARCELIN, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, 2003, Litec, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise 61, n° 20, p. 21 où l'auteure affirme que « *L'applicabilité du droit de la concurrence est subordonnée à la présence d'une entreprise puisque celle-ci est le sujet du droit de la concurrence : si l'entité ne peut être qualifiée d'entreprise, le droit de la concurrence ne peut s'appliquer. Aussi, en vérifiant si elles sont ou non en présence d'une entreprise, les autorités étendent ou restreignent par la même occasion le champ d'application du droit de la concurrence* »

réflexion[57]. C'est pour cette raison que nous avons jugé inutile d'y revenir. Ce qui est utile de retenir à ce niveau, c'est que notre étude porte sur les réponses que le droit de la concurrence apporte ou est susceptible d'apporter aux déséquilibres contractuels pouvant résulter des rapports entre les entreprises dans l'exercice de leur activité commerciale. Cependant, lorsqu'on évoque le droit de la concurrence, on ne peut s'empêcher de penser en plus du droit interne au droit de l'Union européenne. Mais, dans le cadre de ce travail, seules les réponses du droit interne de la concurrence seront abordées. Une bonne compréhension de ces réponses nécessite une présentation subreptice de l'origine de leur source.

11. **Son origine.** Notre droit interne de la concurrence prend sa source dans l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence. Par l'abrogation des deux ordonnances de 1945, l'ordonnance de 1986 a signé la mort d'une économie administrée pour célébrer la naissance d'une économie régulée. Le principe de la liberté des prix a été consacré dès son premier article. Une nouvelle institution a vu le jour. Il s'agit du Conseil de la concurrence qui est l'ancêtre de l'actuelle Autorité de la concurrence. En tant que nouvel organe de régulation, le Conseil de la concurrence s'est vu conférer un pouvoir juridictionnel : celui de prononcer des amendes et des injonctions. L'ordonnance de 1986 a également consacré la suma divisio[58] dans notre droit de la concurrence en distinguant les pratiques anticoncurrentielles des pratiques restrictives de concurrence. Les premières ne sont sanctionnées que lorsqu'elles portent atteinte au libre jeu de la concurrence (entente, abus de position dominante et abus de dépendance économique). En revanche, les secondes sont sanctionnées per se donc indépendamment de leur effet sur le marché. L'ordonnance de 1986 a enfin fortement dépénalisé notre droit des pratiques anticoncurrentielles[59]. Comme tout autre dispositif, l'ordonnance de 1986 à l'origine de notre de la concurrence a évolué dans le temps.

12. **Les grandes étapes de son évolution.** Notre droit actuel de la concurrence est le fruit de nombreuses réformes depuis l'ordonnance du 1er décembre 1986. Dix ans après celle-ci, la loi n° 96-588 du 1er juillet 1996 sur « *la loyauté et l'équilibre des relations commerciales* » dite la loi "Galland" est venue apporter sa pierre à l'édifice en modifiant les règles relatives à la transparence tarifaire[60] et aux pratiques restrictives de concurrence et en créant une

---

57 *Ibid.*

58 M. MALAURIE-VIGNAL, *op. cit.*, n° 5, p. 3.

59 *Ibid.*

60 V. M. MALAURIE-VIGNAL, « Transparence tarifaire, négociation et liberté des prix au regard de la loi du 1e juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales », *D.* 1996, p. 361.

pratique anticoncurrentielle qui est la pratique des prix abusivement bas[61]. Avec cette loi, le droit pénal a toujours su trouver sa place[62] dans le nouveau dispositif malgré la dépénalisation entreprise depuis l'ordonnance de 1986. L'objectif poursuivi par la loi dite "Galland" n'étant pas entièrement atteint, une nouvelle réforme a vu le jour avec la loi du 15 mai 2001 sur « *les nouvelles régulations économiques* » dite loi NRE[63]. Si le droit de la concurrence se montrait « *moralisateur* » avec la loi Galland, la loi NRE y a rajouté de la « *régulation* »[64]. Selon une auteure, c'est avec cette loi que « *le terme régulation est introduit en droit français* »[65]. En plus de la régulation, la loi NRE se donnait pour objectif la moralisation des pratiques commerciales[66], le renforcement de la lutte contre les pratiques

---

61 Art. 5 loi n° 96-588 du 1e juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales dispose : « *Il est inséré, après l'article 10 de la même ordonnance, un article 10-1 ainsi rédigé : Art. 10-1 : « Sont prohibées les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits. Les coûts de commercialisation comportent également et impérativement tous les frais résultant des obligations légales et réglementaires liées à la sécurité des produits. Ces dispositions ne sont pas applicables en cas de revente en l'état, à l'exception des enregistrements sonores reproduits sur supports matériels* », https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000560166&categorieLien=id, consulté le 13 avril 2018. V. également C. MARÉCHAL, *Les grandes étapes de l'évolution du droit de la concurrence*, *J.-Cl. Conc. consom.* juin 2014, fasc. 25.

62 J.-C FOURGOUX, « La place du droit pénal dans l'administration de l'économie libérale : la loi Galland du 1e juillet 1996 », *RSC* 1997, p. 653 où l'auteur affirme que « *Si l'ordonnance du 1er décembre 1986 a bien dépénalisé le « grand droit de la concurrence » (art. 7 et 8 : entente, abus de position dominante, exploitation de la dépendance économique) en confiant au Conseil de la concurrence qu'elle venait d'instituer la charge de poursuivre et d'appliquer des sanctions administratives aux entreprises e, répression des infractions constatées, le « petit droit de la concurrence » constitué par les pratiques anticoncurrentielles per se, notamment les infractions aux règles aux règles de facturation, à la communication des barèmes ou au délai de paiement maximum imposé pour les achats de produits alimentaires périssables ou de boissons alcooliques, autrement dit les pratiques moins graves, continuaient à faire l'objet de poursuites pénales* ».

63 V. L. IDOT, « la deuxième partie de la loi « NRE » ou la réforme du droit français de la concurrence », *JCP G* 2001, I, 343 ; J.-P. DE LA LAURENCIE, « Loi NRE : régulation de la concurrence », *Rev. Lamy Dr. affaires* 2001, n° 40, p. 21 ; P. ARHEL, « Modernisation du droit français de la concurrence (Loi relative aux nouvelles régulations économiques) », *JCP E* juin 2001, p. 938 ; L. RAPP, « Les nouvelles régulations économiques », *AJDA* 2001, p. 560 ; L. ARCELIN, « Pratiques commerciales et concentrations économiques : les apports de la loi NRE », *Contrats, conc. consom.* 2001, chron. 18 ; J. ROCHFELD, « Nouvelles régulations économiques et droit commun des contrats », *RTD civ.* 2001, p. 671.

64 C. VILMART, « L'effectivité de la lutte contre les pratiques commerciales abusives dans la loi NRE 1. De la création de la Commission des pratiques commerciales à la nullité des clauses abusives », *JCP E* déc. 2001, n° 50, 1994.

65 *Ibid.*

66 V. E. CLAUDEL, « Loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques », *RTD com.* 2001, p. 663 ; R. GOUYET, « La répression des retards de paiement dans les transactions commerciales à travers le prisme de la loi NRE », *Contrats, conc. consom.* mai 2002, n° 5, chron. 11.

anticoncurrentielles et la modification du contrôle des concentrations[67]. Cette loi a permis la création de la Commission des pratiques commerciales et donné aux tribunaux les moyens de prononcer la nullité[68] des actes juridiques qui contreviennent au droit de la concurrence. Par la suite, le dispositif mis en place par la loi NRE a été rénové par la loi du 4 août 2008 dite LME[69]. La « *loi de modernisation de l'économie* » ou la LME a apporté une refonte substantielle et institutionnelle de notre droit de la concurrence[70]. En droit des pratiques restrictives de concurrence, le principe de non-discrimination est finalement supprimé[71]. De nouvelles règles encadrant la négociation commerciale[72] et les délais de paiement ont été instaurées[73]. En droit des pratiques anticoncurrentielles, la LME a créé l'Autorité de la concurrence[74] en substitution du Conseil de la concurrence. La nouvelle institution s'est vue doter des pouvoirs d'enquête élargis[75] et confier le contrôle des concentrations[76], même si le ministre de l'Économie conserve des prérogatives du fait d'un

---

67 V. M. LÉVY, F. MARTUCCI, « Le nouveau droit des concentrations en France », *JCP E* oct. 2001, 1593 ; F. BRUNET, I. GIRGENSON, « Le nouveau régime de contrôle des concentrations : les ambivalences d'une "révolution antitrust" à la française », *JCP E* nov. 2002, 1638.

68 C. VILMART, *art. préc.*, affirmant qu'avant la loi NRE, « *les tribunaux hésitaient à appliquer la sanction de la nullité, sur le fondement d'un article 36 concernant la responsabilité civile* ».

69 Sur les premières réactions, V. M. CHAGNY, « Une (r)évolution du droit français de la concurrence ? À propos de la loi LME du 4 août 2008 », *JCP G* oct. 2008, doctr. 196 ; J.-L. FOURGOUX, « La loi du 4 août 2008, une révolution prometteuse mais ténébreuse », *Gaz. Pal.* sept. 2008, p. 2 ; C. VILMART, E. LEGUIN, « La loi de modernisation de l'économie : une tentative encore inachevée de modernisation du droit français de la concurrence », *JCP E* 2008, 1997 ; D. BOSCO, « Le nouveau droit de la concurrence issu de la loi de modernisation de l'économie », *LEDC* sept. 2008, p. 4 ; P. ARHEL, « Loi de modernisation de l'économie : une nouvelle réforme du droit de la concurrence, *LPA* n° 158, 7 août 2008, p. 3 ; D. BOSCO, « Le nouveau droit de la concurrence issu de la loi de modernisation de l'économie », *LEDC* sept. 2008, p. 4.

70 S. LAVRIC, « Modernisation de l'économie : droit de la concurrence », *D. actu.* juill. 2008 ;

71 M. PICHON DE BURY, C. MINET, « Incidences de la suppression de l'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce et de l'introduction de la notion de « déséquilibre significatif », *Contrats, conc. consom.* déc. 2008, n° 12, étude 13.

72 V. D. BOSCO, « Les clauses abusives entre professionnels : l'étonnante protection accordée par la loi LME », LEDC nov. 2008, p. 1 ; M. MALAURIE-VIGNAL, « La LME affirme la liberté de négociation et sanctionne le déséquilibre significatif », *Contrats, conc. consom.* oct. 2008, n° 10, comm. 238.

73 V. C. ARONICA, « Délais et retards de paiement dans les relations commerciales après l'adoption de la LME », *LPA* févr. 2009, n° 34, p. 3 ; M. MALAURIE-VIGNAL, « Délais de paiement : accords interprofessionnels dérogatoires », *Contrats, conc. consom.* févr. 2009, n° 2, comm. 45.

74 V. D. BOSCO, « La nouvelle Autorité de la concurrence », *Contrats, conc. consom.* nov. 2008, dossier 8 ; C. MALECKI, S. VECCHIONE et G. TOUSSAINT-DAVID, « La LME et la nouvelle Autorité de la concurrence : enjeux et perspectives », *LPA* sept. 2009, n° 187, p. 3.

75 M. DEBROUX, « La création d'une Autorité de la concurrence aux compétences élargies : une réforme majeure et quelques scories », *Contrats, conc. consom.* juill. 2008, n° 7, alerte 45.

76 C. VILMART, « Le transfert du contrôle des concentrations à l'Autorité de la concurrence », *Contrats, conc. consom.* févr. 2009, n° 2, alerte 10.

pouvoir d'évocation[77]. Depuis lors, notre droit de la concurrence ne cesse d'évoluer. De réforme en réforme, chaque nouvelle réforme est qualifiée de majeure[78]. Qu'on le dise ou pas, cela fait partir des plus belles caractéristiques de notre droit de la concurrence.

13. **Ses caractéristiques.** Le droit de la concurrence se présente comme un droit qui doit assurer l'équilibre entre de nombreux objectifs. Comme son nom l'indique, le droit de la concurrence s'applique à la concurrence qui participe de la nature économique des activités commerciales. Il constitue une réponse à la nécessité de réguler le jeu de la concurrence pour éviter que « *la concurrence tue la concurrence* »[79]. Mais son application ne doit pas réduire au néant les principes de liberté du commerce et de l'industrie et de libre concurrence. Autrement dit, l'application du droit de la concurrence n'a de sens que lorsque ces libertés ne sont pas méconnues. En matière de concurrence, le principe qui demeure reste celui du libre jeu de la concurrence. Tant que le jeu de la concurrence n'est pas faussé, le droit de la concurrence n'aura pas vocation à s'appliquer. En revanche, lorsque le libre jeu de la concurrence se trouve fausser, le droit de la concurrence aura vocation à s'appliquer. Dans ce cas de figure, l'application du droit de la concurrence doit être proportionnée à ce qui est nécessaire au rétablissement du libre jeu de la concurrence. Destiné à assurer le libre jeu de la concurrence, le droit de la concurrence doit également se soucier de la protection des consommateurs[80], bien vrai que, ces derniers disposent d'un régime spécifique de

---

77 C. VILMART, « Naissance de l'Autorité de la concurrence : une réforme fondamentale mais inachevée », *JCP E* janv. 2009, n° 4, 1077 où l'auteur affirme que « *Les parlementaires ont expressément limité le pouvoir d'évocation du Ministre à des considérations d'intérêt général étrangères au droit de la concurrence. Si l'on peut comprendre que la décision finale appartienne au pouvoir politique, qui se prononcera sur des critères extérieurs à la concurrence ou à l'efficacité économique tels que les critères sociaux, environnementaux, l'aménagement du territoire, l'indépendance nationale pour des approvisionnements indispensables, la sécurité des entreprises eut été meilleure si le Ministre ne pouvait intervenir que pour autoriser une concentration que l'analyse concurrentielle aurait conduit l'Autorité à interdire. Sans doute, l'inverse sera-t-il rarissime, mais le nouvel article L. 430-7-1 autorise le Ministre à évoquer l'affaire et à prendre une décision différente, même si l'Autorité a autorisé la concentration, dès lors qu'il se fonde sur des considérations d'intérêt général* ».

78 M. MALAURIE-VIGNAL, *op. cit.*, n° 5, p. 3 où l'auteure affirme qu'en matière de droit de la concurrence, « *les réformes pleuvent* ».

79 M. MALAURIE-VIGNAL, *op. cit.*, n° 1, p. 1.

80 L. ARCELIN, *op. cit.*, note 47, p. 14 où l'auteure affirme que « *L'impact de la politique de concurrence sur le consommateur est souligné tant par les autorités (« Bien que la politique de concurrence ne profite pas uniquement aux consommateurs, ceux-ci comptent néanmoins parmi les principaux bénéficiaires de cette politique. Lorsqu'on se trouve dans une situation de concurrence, les producteurs tentent d'attirer les clients en leur offrant des prix plus bas, une meilleure qualité ou un meilleur service que leurs concurrents. Cette situation apporte également des avantages à long terme aux consommateurs, lorsque les efforts engagés par les sociétés pour surpasser leurs concurrents aboutissent finalement à une amélioration de l'innovation et de l'efficience pour certains produits » : Commission européenne, XXXe Rapport sur la politique de la concurrence, p. 45) que par la doctrine : « Dès lors que la concurrence est rétablie entre commerçants, les consommateurs en bénéficient » (J. HERMARD, « L'évolution contemporaine de la réglementation de la concurrence », in Etude Julliot DE LA MORANDIERE, 1964, p. 220) ; « La concurrence, à moins de devenir un dogme pur et simple, ne peut être un but en soi. Elle n'a de signification que dans la mesure où elle améliore le rapport qualité/prix des produits et*

… / …

protection. Une application du droit de la concurrence en deçà de ce qui est nécessaire au maintien du libre jeu de la concurrence peut être de nature a porté atteinte aux consommateurs. De même, une application du droit de la concurrence au-delà de ce qui est nécessaire au maintien du libre jeu de la concurrence peut également porter atteinte aux consommateurs. Le droit de la concurrence doit dès lors concilier l'objectif d'assurer le libre jeu de la concurrence avec celui de protection des consommateurs. Le droit de la concurrence doit enfin concilier l'objectif de libre concurrence avec « *la préservation des intérêts vitaux du pays* »[81].

14. **Ses finalités.** C'est parce qu'il doit concilier tous ces objectifs que le droit de la concurrence s'est retrouvé avec plusieurs finalités[82]. C'est pour cette raison que certains auteurs[83] pensent qu'il est un droit ambivalent. Faisant partie intégrante du droit des affaires[84], le droit de la concurrence est, d'abord et avant tout, « *un droit à finalité économique* »[85]. Il a vocation à s'appliquer à « *l'ensemble des activités économiques à la condition toutefois que la pratique restrictive ou anticoncurrentielle présente un lien de rattachement avec le marché intérieur* »[86].

15. **Sa finalité principale.** Le droit de la concurrence est un droit destiné à la protection de l'ordre public économique[87]. Cette logique de protection est perceptible dans la définition

---

des services mis sur le marché et où, dès lors, elle profite directement ou indirectement aux consommateurs » (J. CALAIS-AULOY, « L'ordonnance du 1er décembre 1986 et les consommateurs », D. 1987, chron., p. 137) ; « La concurrence est le phénomène essentiel de l'ordre économique et rien de ce qui est essentiel, en matière économique, ne peut être étranger aux travailleurs. La relation de concurrence est une relation multidimensionnelle qui n'intéresse pas seulement les « concurrents » mais tous les partenaires économiques. Il n'est plus concevable de couper cette relation de son environnement économique et social à une époque où les problèmes de concurrence, de concentration et de défaillances financières s'interpénètrent totalement. Il existe entre ces problèmes un lien d'indivisibilité qui interdit d'extraire l'un d'entre eux en vue de le résoudre isolément » (A. PIROVANO, « Progrès économique ou progrès social (ou les contradictions du droit de la concurrence », D. 1980, p. 153).

81 P. LEHUÉDÉ, *op. cit.*, p. 13 où l'auteur affirme que « *La liberté de la concurrence n'est pas tout : il convient aussi de préserver un certain ordre économique, ou même ordre tout court. Des préoccupations telles que l'emploi, le maintien de services publics, auxquels la France est par tradition très attachée, mais aussi le maintien de l'indépendance, notamment énergétique, de la France ont justifié des monopoles d'Etat, pour la plupart disparus ou en voie de disparition pour les entreprises assurant un service public* ».

82 Y. REINHARD, S. THOMASSET-PIERRE, *Droit commercial : actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, 8e éd., 2012, LexisNexis, coll. Manuel, p. 99 où les auteurs estiment que « les problèmes que le droit de la concurrence a pour fonction de traiter sont donc multiples et hétéroclites

83 J.-P CHAZAL, T. PICOT et D. WAKED, « L'ambivalence des finalités et des instruments techniques du droit de la concurrence », *Cah. dr. entr.* mai 2013, n° 3, entretien 3.

84 P. LEHUÉDÉ, *op. cit.*, p. 15.

85 *Ibid.*, p. 14.

86 M.-C BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, *op. cit.*, n° 12, p. 17.

87 C'est pour cette raison qu'il est imprégné de notions économiques. Selon un auteur, le droit de la concurrence « *est fils de l'économie, légitime, naturel ou adultérin je ne sais, mais fils assurément* » « (Ph. LETOURNEAU, « Rapport de synthèse », in Droit de la concurrence et droit privé, *op. cit.*, p. 47) ;

… / …

des pratiques qu'il juge illicites. Une simple lecture du droit des pratiques anticoncurrentielles permet de constater que la loi subordonne la prohibition de telles pratiques à la constatation d'une atteinte au marché. Ainsi, les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ne prohibent les ententes et les abus de domination que lorsqu'elles portent atteinte au marché c'est-à-dire « *lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence* ». Une lecture a contrario de ces règles consiste à dire que les ententes et les abus de domination qui ne portent pas atteinte au marché sont licites au regard du droit de la concurrence. Tout est donc question de protection de l'ordre public économique. C'est d'ailleurs au nom de la protection de l'ordre public économique que se justifie le système des exemptions en droit des pratiques anticoncurrentielles. L'article L. 420-4 I, 2° du code de commerce énonce clairement que « *ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratique dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique* ». La recherche de l'efficacité ou plutôt du bien-être économique constitue la sève du droit de la concurrence[88].

16. **Ses autres finalités.** Le droit de la concurrence n'a pas pour seule finalité la protection de l'ordre public économique. Une lecture attentive des dispositions du titre IV du livre IV du code de commerce communément appelées droit des pratiques restrictives de concurrence permet de constater l'ambivalence de ses missions. Certains auteurs[89] ont considéré que ces règles constituaient tout simplement du droit civil. D'autres[90] ont, en revanche, estimé

F. de KIRALY, « Le droit économique, branche indépendante de la science juridique, sa nature, son contenu, son système », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GENY*, Librairie du recueil Sirey, 1934, p. 115 (« *le droit et l'économie se présument l'un l'autre et se fertilisent mutuellement* ») ; M. MALAURIE-VIGNAL, « Droit de la concurrence et droit des obligations, », in *Droit de la concurrence et droit privé, op. cit.*, p. 11 (« *le droit de la concurrence est un droit économique. Et même s'il utilise des concepts de droit commun leur signification est économique – tout au moins les concepts au contenu indéfini tel l'abus, l'abus est compris en droit de la concurrence en terme économique – ce qui ne signifie pas qu'il ne s'identifie pas à l'abus du droit civil* » » le tout cité par L. ARCELIN, *op. cit.*, notes 51, 52 p. 16, 17.

88 L. DONNEDIEU DE VABRES-TRANIÉ, C. MONTET, « Un droit de la concurrence : pour quoi faire ? », *Contrats, conc. consom.* déc. 2006, n° 12, p. 22 où les auteurs affirment que « *la recherche de l'efficacité économique constitue donc le fondement idéal des politiques et du droit de la concurrence. Cependant, depuis son origine, le droit de la concurrence répond à d'autres motivations* ». Parmi ces motivations, ils citent pêle-mêle « *la maximisation du surplus des consommateurs plutôt que celle du surplus collectif, la défense des petites entreprises contre le pouvoir des plus grandes, l'équité entre agents économiques, la liberté économique, ou encore, dans le cas de l'Union européenne, la contribution à l'intégration des marchés* ». Pour ces auteurs, « *chacun de ces objectifs peut paraître louable en soi* ». Mais, leur multiplicité dans le droit français de la concurrence « *tend à faire perdre de vue son objectif naturel qui est de préserver l'économie de marché. Le message est alors brouillé, les objectifs poursuivis n'étant plus clairs ni compréhensibles par les acteurs de la vie économique* ».

89 A.-M. LUCIANI, « L'action du ministre de l'Economie en nullité et en répétition de l'indu déclarée irrecevable pour contrariété à l'article 6 de la convention EDH », *JCP G* nov. 2007, II, 10191 citant « *L. VOGEL, « L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence », RCC n° 155/2000, p. 7 ; J.-C. FOURGOUX, « Inutilité du droit interne de la concurrence », RJC 1989, p. 145* ».

90 *Ibid.*, citant « *F. DREIFUSS NETTER, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », RTD civ. 1990, p. 373 ; M. MALAURIE VIGNAL, Droit interne de la concurrence : A. COLIN, 2003, n° 7 ; J.-L. LESQUIN,*

… / …

qu'en opérant un contrôle du contenu des contrats, le droit de la concurrence ne fait qu'anticiper sur la protection de l'ordre public économique. Quoiqu'on puisse dire, le droit de la concurrence reste un droit ambivalent. Cette ambivalence n'est, somme toute, pas sans utilités dans la mesure où elle peut, à bien des égards, servir de fondement à la spécificité de ses instruments techniques.

17. **Ses instruments techniques.** Notre droit de la concurrence met en place deux systèmes de prohibition de pratiques jugées contraires à l'ordre public économique. Il s'agit du droit des pratiques anticoncurrentielles prévu au titre II du livre IV du code de commerce et du droit des pratiques restrictives de concurrence prévu au titre IV du livre IV du code éponyme. Le droit des pratiques anticoncurrentielles sanctionne les pratiques qui portent atteinte au marché. Quant au droit des pratiques restrictives de concurrence, il sanctionne per se certaines pratiques que le législateur juge illicite. Son application n'est pas conditionnée par la constatation d'une atteinte au marché. Pour atteindre ses objectifs, le droit de la concurrence se démarque parfois des autres corps de règles dans sa manière de qualifier les actes juridiques. Ainsi, une fusion de société régulière au regard du droit des sociétés peut être qualifiée de concentration en droit de la concurrence[91]. Un contrat de franchise ou de cession exclusive respectant les exigences du droit de la distribution peut recevoir la qualification d'entente en droit de la concurrence[92]. Un contrat valablement formé au regard du droit commun des contrats peut également recevoir la qualification d'entente[93] ou simplement être illicite au regard du droit de la concurrence[94]. Le droit de la concurrence utilise donc ses propres instruments techniques. La technicité de ses instruments justifie sans doute la mise en place d'un système institutionnel particulier destiné à veiller à sa bonne application. Ce système fait partie des réponses que le droit de la concurrence apporte ou est susceptible d'apporter au déséquilibre contractuel. Mais

---

L'ordonnance de 1986, la concurrence et la loyauté, RCC n° 85/1995, p. 55 ; N. DECOOPMAN, À propos des autorités administratives indépendantes et de la régulation, in Les transformations de la régulation juridique, (dir.) G.-J. MARTIN, LGDJ, 1998, p. 245 ; M.-A. FRISON-ROCHE*, Le contrat et la responsabilité : consentement, pouvoirs et régulation économique, RTD civ. 1998, p. 48* ».

91 P. LEHUÉDÉ, *op. cit.*, p. 15.

92 *Ibid.*

93 *Ibid.*

94 F. DREFUSS-NETTER, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », *RTD civ.* 1990, p. 369 où l'auteur affirme que le raisonnement en droit de la concurrence diffère du raisonnement en droit commun des contrats. Selon lui, « *la comparaison entre les deux modes de raisonnement, droit commun et droit de la concurrence met en lumière les différences d'appréciation selon le point de vue auquel on se place : dans les relations individuelles, l'enrichissement, même injuste, d'un partenaire par rapport à l'autre trouve une « cause » suffisante dans l'accord de volonté. En revanche, en droit de la concurrence, l'impact de la clause se trouve replacée dans le contexte du marché et évaluée en termes concrets : la clause entraîne des frais au changement de fournisseur « sans contrepartie économique ». La justification juridique ne vaut pas justification économique* ».

avant d'aborder l'ensemble de ces réponses, il serait quand même intéressant de préciser la nature des rapports que le droit de la concurrence entretienne avec le déséquilibre contractuel.

18. Ses rapports avec le déséquilibre contractuel. Le droit de la concurrence semble n'entretenir aucun rapport avec le déséquilibre contractuel. À première vue, il se dégage l'impression d'une certraine indifférence[95]du droit de la concurrence au déséquilibre contractuel. Cette impression peut recevoir deux justifications. La première est que le droit des pratiques anticoncurrentielles conditionne son application à la constatation d'une atteinte au marché. En tant que tel, sa vocation protectrice du marché devient indéniable. La seconde est qu'il est difficile d'exclure des finalités du droit des pratiques restrictives de concurrence la protection de l'ordre public économique après que la Cour de cassation ait affirmé, dans un arrêt en date du 8 juillet 2008, que :

> « L'action du ministre chargé de l'économie, exercée en application de [l'article L. 442-6, III, du code de commerce], qui tend à la cessation des pratiques qui y sont mentionnées, à la constatation de la nullité des clauses ou contrats illicites, à la répétition de l'indu et au prononcé d'une amende civile, est une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs. »[96]

Par cette affirmation, il est possible de tirer la conclusion selon laquelle le droit des pratiques restrictives de concurrence est un corps de règles destiné à assurer la protection du fonctionnement du marché et de la concurrence. Les dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce, siège d'une bonne partie du droit des pratiques restrictives de concurrence, sont, dit-on « *destinées à protéger le marché dans l'intérêt général, mais par le moyen de la protection des droits individuels* »[97]. Le droit de la concurrence, dans son ensemble, milite donc

---

95 L. IDOT, « La protection par le droit de la concurrence », in *Les clauses abusives entre professionnels*, *(dir.)* C. JAMIN et D. MAZEAUD, Économica, coll. Études juridiques 3, 1998, p. 63, 64 où l'auteure affirme que « *L'objectif du droit de la concurrence n'est pas de remédier au déséquilibre contractuel mais de veiller à la régulation des marchés. Dans une approche normalement purement objective, le droit de la concurrence, pour décider de la condamnation, prend en considération le seul effet sur le marché, et tient compte pour l'éventuelle légitimation de la clause de considérations extérieures, dont le pouvoir de marché de l'entreprise qui l'a imposée. C'est normalement le seul effet sur le marché de la clause qui justifie la condamnation, et cela que l'on raisonne au regard des abus de position dominante ou des ententes* ». En s'appuyant sur les rapports du Conseil de la concurrence pour les années 1989, p. XXXIV et 1990, p. XXXVII, l'auteur affirme que le droit français de la concurrence est encore plus révélateur de cette indifférence. En effet, « *pour le Conseil de la concurrence, les comportements d'une entreprise en position dominante ne sont répréhensibles que si deux conditions sont remplies. Non seulement, les pratiques doivent pouvoir être qualifiées d'abusives, et l'on retrouve l'idée du droit communautaire relative à l'utilisation de moyens anormaux, mais de plus elles doivent avoir un effet anticoncurrentiel. Il en résulte que la qualification d'abus est écartée, même si le comportement examiné porte atteinte aux intérêts du cocontractant lorsqu'il est sans incidence sur le jeu de la concurrence sur le marché en cause* ».

96 Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-16.761.

97 A. BALLOT-LÉNA, « Autonomie de l'action du ministre chargé de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence », *JCP E* sept. 2008, 2143.

en faveur de la protection de l'ordre public économique. Cependant, s'agissant d'un droit ambivalent, sa mise en œuvre peut avoir des effets sur l'équilibre des rapports contractuels. Tout d'abord, l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles peut jouer un rôle favorable à l'équilibre des rapports contractuels. Pour s'en rendre compte, il faut revisiter l'esprit de ce corps de règles. Si les pratiques anticoncurrentielles constituent des terreaux d'exercice de pouvoirs déséquilibrants, leur prohibition et leur sanction constituent indirectement un hommage rendu à l'équilibre contractuel. En assurant, le contrôle du pouvoir de marché, c'est-à-dire la capacité d'une entreprise qui dispose d'une part de marché important d'exercer une influence sur ce marché, le droit des pratiques anticoncurrentielles opère indirectement un contrôle de la puissance contractuelle de cette entreprise sur le marché. De sorte, qu'avec ce contrôle, l'entreprise concernée ne pourra plus abuser de sa puissance contractuelle. Elle ne pourra plus imposer une hausse des prix, soumettre ses partenaires commerciaux à des déséquilibres significatifs, exploiter abusivement l'état de dépendance dans lequel se trouvent ses cocontractants ou rompre brutalement les relations commerciales établies avec ses partenaires. Ensuite, si on analyse de fond en comble le droit des pratiques restrictives de concurrence, on ne peut s'empêcher de constater que les règles qui le composent « *ne sont pas dénuées de soucis d'équité, du moins de protection de certains intérêts* »[98]. Ces règles s'intéressent aux comportements des opérateurs et permettent de rétablir l'équilibre des rapports commerciaux, condition d'une protection efficace de l'ordre public économique. Au final, nous pouvons retenir que l'application du droit de la concurrence peut d'une manière ou d'une autre favoriser l'équilibre des rapports contractuels entre professionnels. Ce qui revient donc à dire que le droit de la concurrence comporte des réponses au déséquilibre contractuel.

19. **Ses réponses au déséquilibre contractuel.** Étant un droit ambivalent, il va de soi que le droit de la concurrence puisse disposer de réponses au déséquilibre contractuel. La notion de réponse peut avoir plusieurs significations. Elle peut d'abord signifier « *un éclaircissement en retour à une question* »[99]. Elle peut ensuite signifier « *une réaction écrite ou orale à une sollicitation* »[100]. Ainsi, dira-t-on que tel ministre réagit aux questions qui lui sont adressées par tel membre de l'opposition. Dans le jargon médical, la réponse constitue une réaction. Ainsi, dira-t-on que la réponse immunitaire constitue « *l'ensemble des mécanismes permettant à un*

---

98 D. MAINGUY, M. DEPINCÉ, *Droit de la concurrence*, 2e éd., 2015, LexisNexis, coll. Manuel, n° 34, p. 37.

99 http://dictionnaire.reverso.net/francais-definition/r%C3%A9ponse, consulté le 15 avril 2018.

100 http://www.linternaute.fr/dictionnaire/fr/definition/reponse/, consulté le 15 avril 2018.

organisme de se défendre contre une substance étrangère (antigène) menaçant son intégrité »[101]. À travers ses différentes défintions, l'on peut estimer que si le déséquilibre se perçoit comme une pathologie affectant le contrat, les réponses du droit de la concurrence seraient l'ensemble des mécanismes mis en place pour y remédier. Elles renvoient à l'ensemble des remèdes que le droit de la concurrence apporte ou est susceptible d'apporter au déséquilibre contractuel.

20. **La variété des réponses.** En réalité, les réponses que le droit de la concurrence apporte ou est susceptible d'apporter au déséquilibre contractuel sont variées. Cette variété résulte de l'ambivalence de ses finalités. La première réponse que le droit de la concurrence apporte au déséquilibre contractuel peut être qualifiée de réponse à titre préventif pour la bonne et simple raison qu'en mettant en place un système normatif prohibant un certain nombre de comportements jugés illicites, le droit de la concurrence veille par anticipation à l'équilibre des rapports contractuels. Quant à la seconde réponse, elle peut être qualifiée de réponse curative. Elle n'intervient que lorsqu'il y a violation d'une prohibition posée. L'ensemble de ces réponses s'articule autour du droit des pratiques anticoncurrentielles et du droit des pratiques restrictives de concurrence. En interdisant et en sanctionnant les ententes et les abus de domination, le droit des pratiques anticoncurrentielles agit indirectement sur l'équilibre des rapports commerciaux. De même, en interdisant et en sanctionnant per se certains comportements qu'il juge illicites, le droit des pratiques restrictives de concurrence veille à ce que les contrats passés entre professionnels soient équilibrés. Afin de parvenir à cet objectif direct ou indirect d'équilibre contractuel, le droit de la concurrence fait recours à une diversité de sanctions. La diversité des sanctions en droit de la concurrence est liée au fait que ce corps de règles utilise le plus souvent la technique de l'emprunt. Presque toutes les sanctions existantes dans notre ordre juridique interne sont utilisées par le droit de la concurrence. Pour sanctionner le déséquilibre contractuel, le droit de la concurrence fait d'abord appel aux sanctions civiles. C'est ainsi que le déséquilibre contractuel peut, à bien des égards, être sanctionné par la nullité sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles et par la responsabilité[102] sur le fondement du droit des pratiques restrictives de concurrence. Le droit de la concurrence ne s'en limite pas aux seules sanctions civiles, il fait également appel aux sanctions pénales. Que l'on se situe sur le terrain du droit des pratiques anticoncurrentielles ou sur celui du

---

101 http://www.larousse.fr/encyclopedie/medical/r%C3%A9ponse_immunitaire/15829, consulté le 15 avril 2018.

102 V. M. CHAGNY, « Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles devant la Cour de cassation : en attendant les initiatives européennes ? », *Communication commerce électronique* déc. 2010, n° 12, comm. 122.

droit des pratiques restrictives de concurrence, le déséquilibre contractuel peut toujours être sanctionné par des sanctions pénales. En outre, le droit de la concurrence n'a pas laissé de côté les sanctions administratives car de telles sanctions peuvent, sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles, frapper l'auteur du déséquilibre contractuel. Enfin, le droit de la concurrence fait également recours à l'amende pour sanctionner l'auteur d'un déséquilibre contractuel. Enfin, il convient de retenir que le droit de la concurrence dispose d'une gamme de sanctions pouvant s'appliquer au déséquilibre contractuel. Pour pouvoir mettre en œuvre ces sanctions, le droit de la concurrence prévoit un système juridictionnel à l'image de l'ambivalence de ses missions[103]. Des juridictions spécialisées[104] s'accaparent d'un bon pan du contentieux lié à l'application de certaines règles du droit de la concurrence. Des juridictions répressives entrent également en jeu lorsque la règle violée fait partie intégrante du droit pénal de la concurrence. Des autorités administratives indépendantes interviennent également dans le contentieux lié à l'application de certaines règles du droit de la concurrence. En définitive, il convient de noter que pour répondre au déséquilibre contractuel, le droit de la concurrence prévoit une variété de sanctions devant être appliquées par des juridictions spécialisées.

21. **Problématique.** Cette thèse n'a pas pour objectif de s'interroger sur l'existence ou non au sein du droit de la concurrence de réponses au déséquilibre contractuel. Car étant un « *droit envahissant, applicable à toute activité économique sur le marché* »[105], il va de soi que les faits et pratiques qu'appréhende le droit de la concurrence soient « *multiples et hétéroclites* »[106]. Il est donc assez logique que ce corps de règles soit outillé d'instruments pouvant servir de réponse au déséquilibre contractuel. Partant de ces réponses, cette thèse se donnera pour objectif de s'interroger sur leur qualité. La question qui va nous retenir tout au long de ce travail portera sur l'efficacité des réponses du droit de la concurrence au déséquilibre

---

103 F. DREIFUSS-NETTER, *art. préc.*, où l'auteur explique la logique de la répartition des compétences. Le juge pénal s'approprie de la matière pénale, [le Conseil de la concurrence] l'Autorité de la concurrence s'occupe de « *l'analyse des pratiques collectives supposant un bilan économique d'ensemble* » et le juge civil s'occupe des sanctions civiles.

104 M. CHAGNY, « Restriction de compétence matérielle et droit de la concurrence », *Procédures* avril 2011, n° 4, dossier 10 où l'auteure estime que « *la spécialisation des juridictions est intervenue en deux temps, en droit de la concurrence : après la loi NRE du 15 mai 2001 en arrêtant le principe pour le droit des pratiques anticoncurrentielles, la loi LME du 4 août 2008 a consacré une spécialisation similaire en droit des pratiques restrictives de concurrence, mais en la cantonnant à l'article L. 442-6 du code de commerce. En dépit des différences existant entre ces deux parties du droit de la concurrence, le pouvoir réglementaire a fait le choix d'un périmètre identique (huit ressorts en première instance et une seule cour d'appel* »

105 M. CHAGNY, « Le nouveau droit de la concurrence : quel impact sur les relations contractuelles ? », *Contrats, conc. consom.* déc. 2008, n° 12, alerte 70.

106 Y. REINHARD, S. THOMASSET-PIERRE, C. NOURISSAT, *Droit commercial : actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, 8e éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2012, p. 99.

contractuel. Aux termes de ce travail, s'il apparaît que ces réponses sont satisfaisantes, nous nous en réjouissons. Par contre, s'il apparaît que ces réponses ne sont pas satisfaisantes, cette thèse se proposera d'indiquer les voies et moyens de les parfaire.

22. **Intérêts du sujet.** D'un point de vue théorique, tout comme l'équilibre contractuel, le déséquilibre contractuel est un sujet qui passionne[107]. « *Tel un phénix qui indéfiniment renaît de ses cendres* »[108], la question du déséquilibre contractuel revient au-devant de la scène juridique. Étant une question à la mode, celle-ci fait l'objet de plusieurs réflexions juridiques. Le nombre de thèses qui y est consacré démontre, d'une manière on ne peut plus claire, l'importance qui lui est accordée[109]. Cette importance peut être due au fait que, de nos jours, on assiste à une généralisation de la lutte contre les clauses abusives au nom de la promotion de l'équilibre contractuel. Cette lutte a débuté en droit de la consommation[110]. Elle s'est prolongée en droit de la concurrence[111] avant de faire son

---

107 G. DIBANGUE, *op. cit.*, n° 22, p. 32.

108 G. LARDEUX, « Rapport introductif », in *L'équilibre du contrat*, PUAM, 2012, p. 9.

109 Pour les thèses en préparation : Le déséquilibre contractuel significatif entre professionnels, par A. PAPEGAEY sous la direction de D. MAZEAUD, Paris 2, depuis le 01-10-2014 ; le déséquilibre significatif, par S. CHAUDOUET sous la direction de N. FERRIER, Montpellier, depuis le 02-10-2012 ; le déséquilibre significatif dans le code civil, dans le code de commerce et dans le code de la consommation par S. LASLAMI sous la direction de D. MAZEAUD, Paris 2, depuis le 01-02-2017.

Pour les thèses soutenues : Le déséquilibre contractuel en droit marocain : l'apport du droit de la consommation au droit commun des contrats : approche comparée des droits marocain et français par B. MAHJAD sous la direction de C. JUHEL, Perpignan, soutenue en 2014 ; La protection des professionnels contre les clauses abusives : comparaison franco-brésilienne par F. SABRINNI PEREIRA sous la direction de D. MAZEAUD et de G. TEPEDINO, Paris 2, soutenue le 19-06-2017.

Source : http://www.theses.fr/?q=d%C3%A9s%C3%A9quilibre%20contractuel&fq=dateSoutenance:[1965-01-01T23:59:59Z%2BTO%2B2018-12-31T23:59:59Z]&checkedfacets=&start=0&sort=none&status=&access=&prevision=&filtrepersonne=&zone1=titreRAs&val1=&op1=AND&zone2=auteurs&val2=&op2=AND&zone3=etabSoutenances&val3=&op3=AND&zone4=dateSoutenance&val4a=&val4b=&type=, consulté le 16 avril 2018.

110 Le droit de la consommation a acquis ses lettres de noblesse dans la moitié du 20e siècle. Il est vrai qu'une certaine loi en date de 1905 portant sur la répression des fraudes dans la vente des marchandises et des falsifications des denrées alimentaires et des produits agricoles est le plus souvent présenté comme l'acte fondateur de notre droit de la consommation. Mais, le seul bémol est que le consommateur n'est pas envisagé dans cette loi. Il faut donc attendre les années 1970 pour voir l'arrivée de textes envisageant de façon exclusive le consommateur. Parmi ces textes figurent : « *la loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile ; la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, dite « Royer » ; la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, dite « Scrivener » ; la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services également dite « Scrivener » ; la loi n° 79-596 du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunts dans le domaine immobilier dite « Scrivener 2 » ; la loi n° 83-660 du 21 juillet 1983 relative à la sécurité des consommateurs ; la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, dite « Loi Neiertz* » cité par J.-D. PELLIER, *Droit de la consommation*, 1re éd., 2016, D., coll. Cours Dalloz. Série Droit privé, n° 4, p. 4.

111 L'intégration du déséquilibre significatif dans le code de commerce par la loi de modernisation de l'économie marque une volonté du législateur de prolonger la lutte contre les clauses abusives dans les

… / …

extension en droit commun des contrats[112]. Cette évolution témoigne de la prise en compte du souci de l'équilibre contractuel dans les objectifs du législateur[113]. D'un point de vue pratique, comme le droit de notre époque est marqué par un souci de protection de la partie faible[114], le risque d'assister à une prolifération des dispositifs protecteurs devient réel. À premiere vue, cette prolifération ne semble pas poser problème dès lors qu'ils existent des mécanismes organisant l'articulation des différents dispositifs en place. L'étude de ce sujet permettra sans doute d'envisager l'épineuse et la très attendue question de l'articulation des différentes réponses au déséquilibre contractuel. Cette question n'est pas dépourvue d'intérêts. Car bien penser l'articulation des différentes réponses au déséquilibre contractuel, c'est :

1° offrir aux victimes les voies et moyens de multiplier les chances de succès de leur action en justice ;

2° offrir aux professionnels de la justice, plus particulièrement aux avocats, les voies et

---

rapports entre professionnels. Selon des auteurs (D. MAZEAUD, T. GENICON, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC* janv. 2012, n° 1, p. 276) « *L'existence de la règle nouvelle dans le Code de commerce devrait permettre, dans une assez large mesure, de ne plus exploiter les notions comme la « cause » ou la « faute lourde » que la jurisprudence avait objectivée, pour les besoins de la cause, en oubliant que la caractérisation de la faute lourde […] doit procéder de l'analyse de la gravité du comportement et non de l'objet du manquement. On peut donc espérer qu'avec le texte nouveau, le droit commun sera moins « abîmé », moins exploité de façon opportuniste* ». V. également D. BOSCO, « Les clauses abusives entre professionnels : l'étonnante protection accordée par la loi LME », *LEDC* nov. 2008, p. 1.

112 La lutte contre le déséquilibre contractuel en droit commun des contrats a pris une nouvelle allure avec l'intégration de la notion de déséquilibre significatif dans le code civil. Désormais, le nouvel article 1171 du code civil dispose : « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputé non écrite* ». L'entrée de la clause abusive dans le code civil a fait beaucoup de réactions V. S. GAUDEMET, « Quand la clause abusive fait son entrée dans le code civil », *Contrats, conc. consom.* mai 2016, n° 5, dossier 5 citant parmi les très nombreuses réactions : « *R. BOFFA, « Juste cause (et injuste clause) », D. 2015, p 335 ; S. BROS, « Article 1169 : le déséquilibre significatif », RDC 2015, p. 761 ; F. BICHERON, « N'abusons pas de la clause abusive », Gaz. Pal. 30 avril 2015, p. 24 ; F. CHÉNEDÉ, « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », D. 2015, p. 1226 ; L. LEVENEUR, « Table ronde : faut-il avoir confiance dans la réforme ? », RDC 2015, p. 661, spéc. 663 et 664 ; Réforme à venir du droit des contrats et des obligations – n'oubliez pas la sécurité juridique ! : Contrats, Conc. Consom. 2016, Repère, n° 10 ; E. SAVAUX, « Le contenu du contrat », JCP G 2015, 20, n° 14 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, « Les clauses abusives : on attendait Grouchy... », Dr. et patrimoine oct. 2014, p. 56* ».

113 G. CHANTEPIE, « La notion d'équilibre du contrat », *Rev. Loyers et copropriété* n° 10, oct. 2016, dossier 6. V. aussi S. LE GAC-PECH, « Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du code civil », *LPA* août 2016, n° 162-163, p. 7 où l'auteure estime qu'« *Au postulat volontariste reposant sur l'égalité des contractants, le droit rénové supplante une nouvelle hygiène du contrat. En s'intéressant autant aux parties qu'au contrat lui-même, la réforme mêle subtilement défense du contractant vulnérable et promotion de l'équilibre contractuel. Au moyen de multiples standards tels que « l'onérosité excessive » (C. civ., art. 1195, « l'avantage manifestement excessif » (C. civ., art. 1143), le « déséquilibre significatif » (C. civ., art. 1171) ou l'atteinte à la substance au travers « l'obligation essentielle » du débiteur (C. civ., art. 1170), le texte parvient à juguler le déséquilibre généré par une clause, rétablir l'équilibre rompu à la suite d'un simple changement de circonstances ou sanctionner toute forme d'abus de puissance ou d'exploitation d'un état de dépendance ou fragilité contractuelle* ».

114 V. P. LOKIEC, « *« Qui dit conventionnel dit juste ! »* L'avènement d'un nouveau dogme », *JCP E* mars 2015, 282.

moyens d'une utilisation optimale des réponses en présence pour parvenir à leurs fins ;

3° prouver aux pouvoirs publics que l'efficacité ne rime pas forcément avec la diversité. Celle-ci est plutôt à rechercher dans l'harmonisation des dispositifs existants aux fins d'optimiser leur utilisation. D'un point de vue professionnel, l'étude de ce sujet nous permettra de poser les bases de notre spécialisation en droit de la concurrence et en droit des contrats, deux domaines du droit qui nous ont toujours et tant passionnés et qui continuent de le faire.

23. **Plan.** Le droit de la concurrence ne se donne pas pour mission principale de répondre au déséquilibre contractuel. Toutefois, sa mise en œuvre peut contribuer à la promotion de l'équilibre contractuel dans les rapports entre professionnels. Vu de cette manière, les réponses qu'il apporte au déséquilibre contractuel ne peuvent être qu'insuffisantes. Partant de cette insuffisance, il est possible, par un usage optimal des dispositifs de lutte contre le déséquilibre contractuel en droit français, de parvenir à leur perfectibilité. **Première partie. L'insuffisance des réponses. Deuxième partie. La perfectibilité des réponses**.

PREMIÈRE PARTIE.

L'INSUFFISANCE DES RÉPONSES

24. **Plan.** Le droit de la concurrence a des objectifs[115] autres que la lutte contre le déséquilibre contractuel. Mais, la mise en œuvre de ses règles peut contribuer à l'instauration d'un certain équilibre dans les rapports entre professionnels. Vu sous cet angle, ses réponses au déséquilibre contractuel ne peuvent être qu'insuffisantes. Cette insuffisance se justifie par le fait qu'en droit de la concurrence, la sanction du déséquilibre contractuel est conditionnée par l'existence d'un manquement concurrentiel. À défaut de ce manquement, ce corps de règles reste indifférent au déséquilibre contractuel. Ce qui est sans doute à l'origine de l'inadaptation (Titre I) mais aussi de l'ineffectivité (Titre II) de ses réponses au déséquilibre contractuel.

115 V. J.-C. RODA, « Réflexions sur les objectifs du droit français de la concurrence », *D.* 2018, p. 1504.

TITRE I.

LEUR INADAPTATION

25. **Plan.** En guise de réponse au déséquilibre contractuel résultant d'un manquement concurrentiel, le droit de la concurrence fait appel à une variété de sanctions[116] : administratives, civiles, pécuniaires, pénales. La particularité de ces sanctions réside dans leur inadaptation au traitement du déséquilibre contractuel. À cela s'ajoute les conditions particulières de leur mise en œuvre. Contrairement aux sanctions du droit commun des contrats qui sont mises en œuvre par les juridictions de droit commun qui incarnent le rôle de juge naturel du contrat, celles du droit de la concurrence sont mises en œuvre par des juges spécialisés parfois étrangers à la matière contractuelle. L'inadaptation des réponses du droit de la concurrence au déséquilibre contractuel est donc due à l'empilement de ses sanctions (Chapitre I) et au bouleversement des règles de compétence (Chapitre II).

116 L. et J. VOGEL, « Les sanctions du droit de la concurrence », *JCP E* mars 2013, n° 12, 1168.

CHAPITRE I.

L'EMPILEMENT DES SANCTIONS

26. La fin justifie les moyens. Le droit de la concurrence comporte une diversité de sanctions pouvant servir à la lutte contre le déséquilibre contractuel. Cette diversité tient du fait que ce corps de règles ne se donne pas pour mission d'instaurer l'équilibre contractuel dans les rapports entre professionnels mais plutôt de protéger l'ordre public économique. En ce sens, il sanctionne les atteintes au marché afin que s'y exerce un libre jeu de la concurrence. Mais sachant que la protection de l'ordre public économique ne se limite pas à la seule protection du marché, le législateur a jugé nécessaire d'y intégrer des règles destinées à sanctionner un certain nombre de comportements jugés nocifs pour le bien-être collectif. L'on peut donc retenir que pour sanctionner le déséquilibre contractuel, le droit de la concurrence fait appel à des sanctions administratives, civiles, pénales, et pécuniaires auxquelles il ajoute des mesures de publicité à titre de peine supplémentaire. Pour répondre au déséquilibre contractuel, le droit de la concurrence met en place des sanctions civiles hétérogènes (Section I) auxquelles s'ajoutent d'autres sanctions inadéquates (Section II) au traitement de cette pathologie.

SECTION I.
LE RECOURS À DES SANCTIONS CIVILES HÉTÉROGÈNES

27. La diversité des sanctions civiles. Les sanctions de l'inobservation des règles du droit de la concurrence sont d'une extrême diversité. Cela s'explique par le fait que le droit de la concurrence est un droit d'ordre public. En tant que tel, la violation de ses dispositions est avant tout sanctionnée par la nullité. Celle-ci apparaît comme la sanction la plus habituelle des atteintes à l'ordre public car les effets qu'elle déploie sont à la hauteur de la gravité des comportements prohibés. Cependant, la nullité n'est pas la seule sanction de la violation des règles du droit de la concurrence. Il arrive aussi que cette violation soit sanctionnée par la mise en œuvre de la responsabilité civile de son auteur. Nullité et responsabilité œuvrent toutes deux au service de l'effectivité des règles du droit de la concurrence. Mais cela ne fait d'elles les seules sanctions civiles du droit de la concurrence. La violation des règles du droit de la concurrence est également sanctionnée par la répétition de l'indu et la clause réputée non écrite. À ces sanctions vient s'ajouter l'amende civile qui n'a pour autre rôle que de contribuer à la consolidation de la protection de l'ordre concurrentiel. On retiendra donc que le droit de la concurrence regorge de sanctions civiles pouvant servir au

traitement du déséquilibre contractuel. Cependant, l'efficacité de ce traitement dépend largement de la façon dont ces sanctions sont utilisées.

28. **Leur usage non-optimal.** Le droit de la concurrence sanctionne différemment le déséquilibre contractuel selon qu'on se situe sur le terrain du droit des pratiques anticoncurrentielles ou sur celui du droit des pratiques restrictives de concurrence. Le premier corps de règles met en avant la nullité, laquelle est éventuellement complétée par la responsabilité civile[117]. Le second se distingue nettement du premier en ce qu'il met en avant la responsabilité civile, laquelle est éventuellement complétée par la nullité, la répétition de l'indu et la réputation de non écriture. De part et d'autre, l'accent est plus mis sur la protection de l'ordre public que sur celle contre le déséquilibre contractuel. Ce qui n'est pas sans déteindre sur leur configuration réciproque. La configuration des sanctions du droit des pratiques anticoncurrentielles au déséquilibre contractuel révèle que ce corps de règles fait recours au modèle classique (§ 1) qui met en avant la nullité, laquelle est éventuellement complétée par la responsabilité civile. Celle du droit des pratiques restrictives de concurrence révèle un simple détour de ce modèle (§ 2).

§ 1. LE RECOURS AU MODÈLE CLASSIQUE

29. **Le modèle classique en question.** Il est traditionnellement enseigné en droit des obligations qu'encourt la nullité un contrat qui ne remplit pas les conditions exigées pour sa validité. Cette sanction peut au besoin et sous certaines conditions être complétée par la responsabilité civile de l'auteur du contrat irrégulier. En ce qu'il constitue un vecteur de l'ordre public économique, le droit de la concurrence pose des exigences pour la validité d'un certain nombre de contrats conclus entre professionnels. Tout contrat qui ne respecte pas ses exigences est susceptible d'être annulé sur le fondement de l'une de ses innombrables dispositions. C'est donc dire que le droit de la concurrence fait également de la nullité la sanction de principe des actes juridiques qui ne respecte les exigences qu'il pose. Cette nullité est au besoin complétée par la responsabilité civile de l'auteur du manquement concurrentiel. C'est le modèle nullité sanction principale, responsabilité sanction complémentaire que constitue le modèle classique auquel fait parfois recours le droit de la concurrence.

30. **Son déploiement.** L'étude des sanctions civiles du déséquilibre contractuel en droit de la concurrence montre que le modèle classique de sanction est uniquement d'application en

---

117 F. VETU, « Application de la responsabilité civile pour faute à la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles », *JCP G* nov. 2003, n° 48, II, 10183.

droit des pratiques anticoncurrentielles. En s'alignant sur ce modèle, le législateur a fait de la nullité du droit des pratiques anticoncurrentielles la sanction de principe (A) du déséquilibre contractuel. Cette nullité peut parfois être complétée par la responsabilité civile (B) de l'auteur du manquement concurrentiel.

A. La nullité, sanction de principe

31. **Une sanction inadaptée de par son caractère.** Le non-respect des exigences du droit de la concurrence plus particulièrement du droit des pratiques anticoncurrentielles est sanctionné par la nullité. Étant la sanction d'un acte juridique irrégulier, la nullité permet au juge judiciaire de jouer son rôle de censeur dans le contentieux du droit des pratiques anticoncurrentielles. Comme ces pratiques sont sanctionnées par la nullité, il est possible de prétendre à un traitement du déséquilibre contractuel sur le fondement de l'article L. 420-3 du code de commerce à condition que ce déséquilibre soit la résultante de ces pratriques. Cependant, l'efficacité de ce traitement dépend largement du caractère de la nullité visée par ce texte. En effet, l'article L. 420-3 du code de commerce parle de nullité sans autre évocation sur ses caractères. Il dispose que :

> « Est nul tout engagement, convention ou clause contractuel se rapportant à une pratique anticoncurrentielle. »

Mais, l'imprécision du caractère de cette nullité ne doit pas impressionner[118] celui qui connait les caractéristiques du droit de la concurrence. Étant un droit d'ordre public[119], cette nullité ne peut être qu'absolue[120]. En réalité, l'article L. 420-3 du code de commerce ne fait qu'offrir au juge la possibilité de sanctionner les actes portant atteinte à l'ordre public de direction concurrentiel.

32. **Une réduction des chances de sauvetage du contrat.** Cette nullité étant absolue, son invocation n'est pas uniquement réservée au seul cocontractant[121]. Le droit de critique de

---

118 R. AMARO, *Actions privées en matière de pratiques anticoncurrentielles*, *J.-Cl. Conc. consom.* 3 août 2015, fasc. 317, n° 169 ou l'auteur rappelle qu' « *il est établi en droit positif que la nullité des conventions contraires aux articles 101 et 102 du TFUE et L. 420-1 et suivants du code de commerce est une nullité absolue. La solution a été affirmée par les arrêts Béguelin (CJCE, 25 nov. 1971, aff. 22/71, Rec., p. 949, point 29) et Courage de la Cour de justice mais faisait déjà peu de doute en droit français (Cass. com., 27 févr. 2001, n° 99-15.414, Cass. com., 3 janv. 1996, n° 94-13.169). C'est aussi une nullité de plein droit (CJCE, 9 juill. 1969, aff. 10/69, Portelange, Rec., p. 309, point 10) nonobstant l'imprécision, en droit interne, de l'article L. 420-3 du code de commerce* ».

119 L. IDOT, « Abus de position dominante », *Europe* févr. 2001, n° 2 comm. 62.

120 A. DEBET, « Vente sur internet et distribution sélective : une nouvelle décision condamnant la vente hors réseau » où l'auteure affirme que « *l'article L. 420-3 du Code de commerce précise qu'est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L. 420-1 et L. 420-2 (ententes et abus de position dominante). Cette nullité est une nullité absolue…* ».

121 *Ibid.*

l'acte irrégulier s'élargit et la nullité peut être invoquée par un grand nombre de personnes. Elle peut d'abord être invoquée par les parties au contrat[122]. Elle peut ensuite être invoquée par le ministère public. Elle peut enfin être invoquée par les tiers. Cette possible invocation de la nullité par les tiers a d'ailleurs été rappelée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt en date du 31 mai 2006. Dans cette affaire, la Cour a annulé deux contrats sur les fondements de l'article 81 CE et de l'article L. 420-1 du code de commerce malgré le fait que la société qui invoquait la nullité n'était partie qu'à l'une des conventions[123]. La pluralité des titulaires du droit de critique révèle la volonté du législateur de multiplier les chances de dénonciation de l'acte illicite. L'action en nullité sur le fondement de l'article L. 420-3 du code de commerce est une action « *banale* »[124]. En tant telle, elle incite ses titulaires à agir pour demander la sanction de l'acte juridique contraire au droit des pratiques anticoncurrentielles. Le législateur incite[125] donc les personnes à la dénonciation de l'illicite. Ce qui n'est pas sans causer un certain nombre de risques d'instabilité contractuelle. La sanction du déséquilibre contractuel sur le fondement de l'article L. 420-3 du code de commerce se révèle dès lors inadaptée. Elle ne favorise pas le maintien du contrat mais plutôt son instabilité. Or, le maintien du contrat déséquilibré peut parfois être préférable à son anéantissement. La nullité absolue étant une source d'instabilité contractuelle, la sanction du déséquilibre contractuel sur le fondement de l'article L. 420-3 du code de commerce montre encore une fois de plus que l'objectif poursuivi par le législateur n'est pas de promouvoir le maintien des rapports contractuels mais de parvenir à un libre jeu de la concurrence. C'est au regard de cet objectif que se justifie l'anéantissement des contrats déséquilibrés. Cependant, l'application de cette sanction risque à la longue de provoquer la disparition des entreprises. Or, sans entreprises il ne saurait y avoir de concurrence.

33. **Une sanction inadaptée de par ses effets.** Lorsque la nullité opère, le contrat est anéanti de façon rétroactive. Ce qui est nul ne doit produire aucun effet[126]. On comprend par là que les parties doivent être remises dans l'état dans lequel elles se trouvaient avant la

---

122 Cass. com., 3 janv. 1996, n° 94-13.169 où la Cour de cassation a jugé que « *tout contractant est recevable à invoquer le caractère illicite d'une convention entachée de nullité* ».

123 M. CHAGNY, J. RIFFAULT-SILK, « Actualité du contentieux des dommages concurrentiels », *RLDC* avril 2007, n° 11 citant *« CA.Paris 31 mai 2006 « Mkat c/ Salmon et Interchange* ».

124 Le terme est emprunté à T. D'ALÈS, A. CONSTANS, « Les grands principes de procédure civile française face à la concurrence du droit de l'Union européenne », *JCP E* juin 2014, 1306 qui estiment que « *l'actions en réparation du fait d'une violation du droit de la concurrence est une action banale* ».

125 Inspiré des articles de S. AMRANI MEKKI, « Inciter les actions en dommages et intérêts en droit de la concurrence (1e partie). Le point de vue d'une processualiste », *Gaz. Pal.* mars 2009, p. 5 ; (2e partie), *Gaz. Pal.* mars 2009, p. 4.

126 A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 15e éd., 2016, LGDJ, coll. Domat droit privé, n° 228, p. 194.

conclusion du contrat déséquilibré. Ce qui entraine un certain nombre de restitutions[127]. Cependant, le jeu des restitutions peut quelquefois s'avérer inadapté au traitement du déséquilibre contractuel. Dès lors, il serait préférable pour la victime à ce que le juge applique une sanction autre que la nullité, c'est-à-dire celle la plus adéquate[128] à sa situation. Mais, le problème réside dans le fait que l'article L. 420-3 du code de commerce ne met à sa disposition que la nullité. Ce qui ne lui permet pas de pouvoir choisir la sanction la plus adéquate. La nullité constitue certes l'une des sanctions du déséquilibre contractuel car elle permet d'extraire l'acte illicite de l'ordre juridique. Mais force est de constater qu'elle n'est pas la sanction la plus adéquate[129]. L'annulation d'un contrat peut quelque fois s'avérer dommageable pour l'une des parties. Ainsi, l'annulation d'un contrat déséquilibré par une clause de non concurrence est beaucoup plus dommageable pour le créancier de cette clause que pour son débiteur qui en au contraire en tire profit. C'est pour toutes ces raisons que nous estimons que la nullité est une sanction inadaptée au traitement du déséquilibre contractuel comme en témoigne d'ailleurs la nécessité de recourir à ses alternatives.

34. La nécessité des alternatives à la nullité illustrative de son inadaptation. L'article L. 420-3 du code de commerce ne prévoit que la nullité comme sanction du déséquilibre contractuel. Est-ce à dire que le juge se trouve dans l'impossibilité d'appliquer une sanction autre que la nullité ? En d'autres termes, est-il autorisé à appliquer une sanction plus adéquate que la nullité ? Une lecture textuelle de l'article L. 420-3 du code de commerce permet d'affirmer qu'il est impossible au juge d'appliquer une sanction autre que la nullité. Le recours aux alternatives à la nullité lui est donc impossible. C'est d'ailleurs dans ce sens que s'inscrit un arrêt de la Cour de cassation en date du 29 janvier 2002. Dans cette affaire le juge a, de façon claire, affirmé que :

> « L'illicéité d'une clause instituant une prime dans des conditions contraires à l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, devenu l'article L. 420-1 du code de commerce, ou à l'article 6, 1, 2) du règlement n° 1475/95 de la Commission du 28 juin 1995, ne peut être sanctionnée, le cas échéant, que par la nullité de la clause voire de l'accord tout entier. »[130]

Au regard de cette décision, on pourrait être tenté de dire que le juge se trouve dans l'impossibilité d'appliquer une sanction non prévue par l'article L. 420-3 du code de commerce. Mais à y regarder de près, tel ne semble pas être l'esprit de cette décision.

---

127 C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, 1992, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, n° 927, p. 518.

128 M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, 1974, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, p. 161.

129 K. DE LA ASUNCION PLANES, *La réfaction du contrat*, 2006, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, n° 665, p. 400.

130 Cass. com., 29 janv. 2002, n° 00-11.433.

L'analyse des faits de l'espèce permet de s'en rendre nettement compte. Un contrat de concession conclu à durée indéterminée a été résilié par l'un des cocontractants. S'estimant lésé par cette rupture l'autre cocontractant intente une action en justice en vue de demander la réparation des conséquences dommageables de celle-ci. Pour évaluer l'étendue de son préjudice, le demandeur s'est prévalu d'une clause de « *primes qualité entreprise* » que son cocontractant lui a refusée pour cause d'insuffisance de son volume d'affaires. Cette clause ayant été déclarée illicite, interdiction a par la suite été faite au cocontractant lésé de s'en prévaloir rétroactivement. Non content, celui-ci fait grief à l'arrêt de la cour d'appel de ne pas condamner son cocontractant à lui verser des dommages d'un montant équivalent à celui des « *primes qualité entreprise* » qui lui avaient été refusées. Le demandeur voulait, de façon indirecte, tirer profit d'une clause anticoncurrentielle, en soutenant que le refus de l'en faire bénéficier par son cocontractant constitue une faute de nature contractuelle. La Cour de cassation ne l'a pas suivi dans cette logique. Elle a plutôt refusé sa demande en déclarant la clause nulle parce qu'illicite au regard du droit des pratiques anticoncurrentielles. Comme la clause est nulle, la Cour en tire la conclusion selon laquelle celle-ci est insusceptible de produire des effets juridiques. Cette conclusion ne veut donc pas dire qu'il est impossible au juge de recourir aux alternatives à la nullité. Tel est d'ailleurs l'avis d'un avocat de la Cour de justice qui estime que :

> « La juridiction nationale n'est pas tenue de déduire automatiquement de la nullité des éléments de la décision d'association d'entreprises déclarés nuls par application du paragraphe 2 de l'article 85 que les contrats individuels conclus en application de cette décision sont nuls également. Elle pourra appliquer d'autres sanctions prévues par son droit interne en matière de contrats, telles que l'annulabilité, l'inopposabilité de certaines clauses, la réparation du préjudice ou la répétition de l'indu, si elle juge ces sanctions plus adéquates pour résoudre le cas dont elle est saisie. »[131]

Par analogie, il est donc possible d'affirmer que le mimétisme de l'article L. 420-3 du code de commerce ne doit pas pousser l'interprète à dire que le législateur ait voulu limiter la sanction des contrats anticoncurrentiels à leur nullité. Étant donné que la nullité est inadaptée au traitement du déséquilibre contractuel, il est donc préférable à ce que le juge choisisse la sanction la plus adéquate sur le fondement du droit commun des contrats. Dès lors, une gamme de sanctions s'offre à lui. En lieu et place de la nullité, le juge pourra choisir de remodeler le contrat par des sanctions telles que la résiliation, la caducité, la réfaction ou tout simplement par recours aux injonctions. Le recours à ces sanctions bénéficie d'ailleurs du soutien de la doctrine[132] en raison de leur flexibilité. Ces sanctions

---

131 R. AMARO, « Actions privées en matière de pratiques anticoncurrentielles », *J.-Cl. Conc. consom.* 3 août 2015, fasc. 317, n° 178 où il cite « *D. RUIZ-JARABO COLOMER, concl. présentées le 15 janv. 1998 dans l'aff. Bagnosco et al. C-215/96, point 56* »

132 *Ibid.*, n° 179 citant « *B. OPPETIT, « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence », Rev. sc. mor. pol. 1995/3, p. 241 et s., spéc. p. 245 ; L. IDOT, « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit*

… / …

permettent au juge de maintenir la relation contractuelle en lui séparant de son « *venin contractuel* »[133]. Ce qui permettra d'éviter les conséquences énergiques du prononcé de la nullité. Ainsi par exemple, « *plutôt que d'effacer une clause anticoncurrentielle pour une durée excessive, le juge pourrait en réduire simplement l'efficacité dans le temps, pour lui donner la juste durée, supportable parce que proportionnée à la concurrence* »[134]. Suivant cette logique, rien ne semble interdire au juge de compléter la nullité du droit des pratiques anticoncurrentielles par la responsabilité civile de l'article 1240 du code civil.

B. La responsabilité, sanction complémentaire

35. **Le mimétisme de l'article L. 420-3 du code de commerce.** Le mimétisme est une technique que le législateur utilise le plus souvent en droit de la concurrence. Il est donc normal qu'on la décèle dans la rédaction de l'article L. 420-3 du code de commerce, rédaction qui ne laisse apparaître la nullité que comme seule sanction d'un contrat anticoncurrentiel. Il est vrai que le texte vise la nullité. Mais, cela ne signifie pas pour autant que l'auteur d'un déséquilibre contractuel résultant d'une pratique anticoncurrentielle est immunisé contre toute action en responsabilité civile. Ceux qui s'intéressent au droit commun des contrats savent pertinemment que la responsabilité est le binôme de la nullité en ce qu'elle en constitue le complément naturel. L'article L. 420-3 du code de commerce ne faisant pas mention de la responsabilité civile, rien ne semble a priori interdire à la victime de se rabattre sur les dispositions du droit commun pour engager la responsabilité civile de l'auteur d'un déséquilibre contractuel se rapportant à une pratique anticoncurrentielle[135].

---

du contrat », RDC 2004, p. 882 et s., n° 35 ; C. LUCAS DE LEYSSAC, G. PARLÉANI, « L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat », in Le contrat au début du XXIe siècle : études offertes à Jacques Ghestin, LGDJ 2001, p. 613 ; R. POESY, « Le Conseil de la concurrence, juge du contrat, LPA oct. 2000, n° 240, p. 4 .»

133 M.-A. FRISON-ROCHE, « Contrat, concurrence, régulation », *RTD civ.* 2004, p. 451.

134 *Ibid.*

135 D. FASQUELLE, « La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles », *RTD com.* 1998, p. 763 où l'auteur estime que « *Les raisons du recours à la responsabilité civile de droit commun sont nombreuses. Il faut, tout d'abord, rappeler qu'il existe depuis toujours un lien très fort entre responsabilité et liberté, entre responsabilité et marché. « La responsabilité subjective individuelle est en quelque sorte la figure du libéralisme juridique, faisant pendant au libéralisme économique. À cela, il faut ajouter la vocation universelle de la responsabilité civile, remède aux lacunes du droit et dont le caractère supra-législatif a été consacré par le Conseil constitutionnel. D'ailleurs, la relativité de l'autonomie du droit des affaires à l'égard du droit civil est généralement reconnue de nos jours. Plus que jamais, c'est le droit commun qui s'applique en l'absence de texte spécial du droit des affaires, et par conséquent le droit de la responsabilité civile* ».

36. Le nécessaire recours au droit commun. Le défaut de texte ne constitue pas un prétexte pour que le juge refuse de juger. À ce sujet, l'article 4 du code civil apporte une précision de taille :

> « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. »

Appliqué à notre étude, ce texte interdit au juge de se fonder sur le silence de l'article L. 420-3 du code de commerce pour refuser d'apprécier la demande en responsabilité civile de la victime d'un contrat anticoncurrentiel. En tant que texte de droit spécial, l'article L. 420-3 du code de commerce n'est rien d'autre que le prolongement de l'article 6 du code civil qui précise que :

> « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »

Lorsqu'une convention déroge à ces lois, celle-ci encourt la nullité absolue. Mais indépendamment de la nullité, il est possible à la vicitme de demander la responsabilité civile de l'auteur de l'acte illicite, ce qu'évoque l'article 178 in fine du code civil. Au regard de ce texte, il est possible à la victime d'un déséquilibre contractuel résultant d'une pratique anticoncurrentielle de demander, sous certaines conditions, la responsabilité civile de l'auteur du contrat illicite en complément de sa nullité. Les condtions de la responsabilité civile sont définies à l'article 1240 du code civil. Elles sont au nombre de trois : il faut une faute, un dommage et un lien de causalité entre la faute et le dommage. Pour que la responsabilité civile puisse jouer au regard de l'article 1240 du code civil, il faut avant tout que la victime puisse caractériser l'existence d'une faute. Sans revenir sur les différentes conceptions de la faute, nous pouvons à juste titre retenir qu'en ce qui nous concerne, la faute correspond à une violation du droit des pratiques anticoncurrentielles[136]. Pour qu'on puisse parler de faute, il faudrait qu'on soit en présence d'une pratique anticoncurrentielle. La victime doit donc apporter la preuve de l'existence d'une telle pratique, ce qui n'est pas chose facile. Elle doit ensuite démontrer l'existence d'un dommage subi. Ce dommage qui est le plus souvent matériel[137] doit toujours être direct et certain pour être pris en compte. La victime doit enfin prouver le lien de causalité entre la faute de l'auteur du déséquilibre contractuel et le dommage qu'elle a subi. C'est uniquement à la réunion de ces conditions qu'elle pourra prétendre à la réparation de son préjudice sur le fondement du droit commun des contrats.

---

136 *Ibid.*, précisant que « *le texte violé sera soit de droit interne, soit de droit communautaire* ».

137 *Ibid.*, sur « *la nature du dommage* ».

37. Le rétablissement de l'équilibre contractuel par la responsabilité civile. Le recours à la responsabilité civile a pour finalité de rétablir l'équilibre détruit par la nature anticoncurrentielle du contrat[138] tout en contribuant à l'effectivité des règles du droit des pratiques anticoncurrentielles[139]. La configuration des sanctions du droit des pratiques anticoncurrentielles laisse apparaître la place de choix que peut jouer la responsabilité civile à titre de complément de la nullité. En effet, la responsabilité est une sanction incitative qui interpelle directement les victimes de déséquilibre contractuel résultant d'une pratique anticoncurrentielle. La nullité de l'article L. 420-3 du code de commerce est certes importante en ce qu'elle permet l'anéantissement total ou partiel du contrat anticoncurrentiel. Mais, elle demeure insuffisante dans la mesure où il peut arriver des cas où « *la disparition de l'infraction laisse subsister un passé dommageable* »[140]. Dans ces cas, l'octroi de dommages-intérêts aux victimes ne serait pas sans importances. Étant, les premières à subir les conséquences dommageables des pratiques anticoncurrentielles, les victimes sont les mieux placées à saisir les autorités compétentes pour faire valoir leur droit. Bien qu'elle contribue au renforcement de l'effectivité du droit des pratiques anticoncurrentielles et au rétablissement de l'équilibre contractuel par sa double fonction « *indemnisatrice* » et « *dissuasive* »[141], la responsabilité civile est inadaptée au traitement du déséquilibre. Ce qu'illustre, à bien des égards, la rareté de sa mise en œuvre dans le contentieux du droit des pratiques anticoncurrentielles.

38. La rareté des sanctions illustrative de son inadaptation. Les vicitmes de déséquilibre contractuel sont quelques fois limitées dans leur action en responsabilité civile en raison de la complexité du droit des pratiques anticoncurrentielles. Pour pouvoir engager la responsabilité de l'auteur d'un contrat anticoncurrentiel, il leur faudra impérativement démontrer la nature illicite de ce contrat. Or, sans le secours de l'Autorité de la concurrence, il sera très difficile d'y parvenir. Les victimes de déséquilibre contractuel sont

---

138 V. LASSERRE-KIESOW, « La promotion des sanctions civiles en droit des pratiques anticoncurrentielles », *D.* 2007, p. 2116 où l'auteure précise que « *Réparer un dommage est la première fonction des sanctions civiles. Pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles, la réparation est le rétablissement de l'équilibre détruit par le dommage consistant à replacer, si possible, la victime dans la situation où elle serait si le dommage ne s'était pas produit* ».

139 *Ibid.*, pour qui « *Renforcer l'application du droit de la concurrence, telle est la deuxième fonction des actions civiles. C'est un objectif clair de la Commission européenne. Puisque, dans l'exercice des actions en réparations, la faute est caractérisée par la pratique portant atteinte à la libre concurrence, c'est bien la qualification de pratique anticoncurrentielle au sein de l'ordre juridique concurrentiel qui est déterminante* ».

140 *Ibid.*

141 M. CHAGNY, « La place des dommages-intérêts dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles », *RLC* août 2005 n° 4 citant « *G. CANIVET, « L'expertise en droit de la concurrence », in L'expertise, sous la coordination de M.-A. FRISON-ROCHE et D. MAZEAUD, D. 1995, p. 51 et s., spéc. p. 53* ».

sont également limitées par par la crainte de représailles économiques. Les contrats anticoncurrentiels étant la plupart du temps des contrats de dépendance, la victime qui agit risque de perdre certains avantages liés à la coopération d'avec son partenaire commercial. De ce fait, celle-ci aura plutôt tendance à préférer le déséquilibre contractuel qu'à une rupture de sa relation commerciale. Cependant, l'action des victimes peut être facilitée par la saisine de l'Autorité de l'Autorité de la concurrence par les instances étatiques. Dans ce cas précis, les victimes se contenteront juste de reproduire la décision de l'Autorité de la concurrence comme fondement de leur demande d'indemnisation devant le juge civil. Les faits y seront établis et consacrés. Une sanction de l'auteur du contrat anticoncurrentiel par l'Autorité de la concurrence rendrait facile la démonstration de la faute. Par contre, une décision de non-lieu rendrait quasi impossible toute poursuite civile et la victime qui, malgré tout, souhaiterait engager la responsabilité civile de l'auteur du déséquilibre contractuel, se lancerait dans une « *drôle d'aventure* »[142]. On retiendra que la rareté des cas de responsabilité civile dans le contentieux du droit des pratiques anticoncurrentielles s'explique par la difficulté de démontrer l'existence d'une pratique anticoncurrentielle. Le modèle de sanction du déséquilibre contractuel en droit des pratiques anticoconcurrentielles abordé, il convient de mettre l'accent sur celui du droit des pratiques restrictives de concurrence

§ 2. LE DÉTOUR DU MODÈLE CLASSIQUE

39. **Le détour en question.** Par détour du modèle classique, il convient de retenir une inversion de l'ordre des sanctions. Si l'application du modèle classique consiste à faire de la nullité la sanction principale, laquelle est complétée par la responsabilité civile, son détour consiste à faire de la sanction complémentaire la sanction principale et de la sanction principale celle complémentaire.

40. **Son déploiement.** L'étude des sanctions civiles du déséquilibre contractuel en droit de la concurrence montre que le modèle classique n'est pas d'application en droit des pratiques restrictives de concurrence. Dans ce corps de règles, le législateur fait primer la sanction complémentaire (A) sur les sanctions principales qu'il relègue au second plan (B).

---

142 J.-C. FOURGOUX, « La réparation du préjudice des entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles », *JCP E* déc. 1999, 2016.

A. La primauté de la sanction complémentaire

41. **La responsabilité civile sanction de principe.** La nullité est en droit des pratiques anticoncurrentielles ce que la responsabilité est en droit des pratiques restrictives de concurrence. C'est dire qu'en droit des pratiques restrictives de concurrence, le législateur fait de la responsabilité la sanction principale des pratiques qu'il prohibe. Ce choix traduit la volonté du législateur de faire de cette sanction un véritable outil de régulation de la concurrence. En permettant de sanctionner les comportements abusifs de certains opérateurs économiques, la responsabilité participe à la régulation de par sa finalité « *indemnisatrice* » et « *dissuasive* » en contribuant au rétablissement de l'équilibre contractuel rompu par ces comportements. Elle permet en outre le renforcement du caractère opérationnel des règles du droit des pratiques restrictives de concurrence et permet de décourager la pratique de déséquilibre contractuel dans les rapports entre professionnels. L'idée d'une régulation de la concurrence à travers le regard porté sur le contenu du contrat n'est pas sans importance. La sanction des comportements abusifs par la responsabilité civile est une manière d'anticiper les atteintes à l'ordre concurrentiel. Étant le support des échanges dans un marché, le contrat constitue « *la conséquence automatique de l'organisation concurrentielle de celui-ci* »[143]. Du moment où son contenu traduit la nature « *des comportements individuels et collectifs de marché* »[144], l'encadrement des rapports entre professionnels ne peut être que bénéfique pour le bon fonctionnement de l'ordre concurrentiel. C'est pour cette raison que le législateur autorise le juge à sanctionner par la responsabilité civile un certain nombre de comportements qu'il juge nocifs pour le bon fonctionnement du marché.

42. **Le silence du texte sur la nature de la responsabilité.** La responsabilité de l'article L. 442-6, I, du code de commerce est destinée à sanctionner un certain nombre de comportements jugés abusifs dans les rapports entre professionnels. Ces rapports étant de nature commerciale, l'on suppose bien qu'ils se nouent dans un cadre purement contractuel. Les comportements sanctionnés par l'article L. 442-6, I, du code de commerce sont donc de nature contractuelle. Qu'il s'agisse de l'obtention ou de la tentative d'obtention d'un avantage manifestement disproportionné, de la soumission ou de la tentative de soumission d'un partenaire à des obligations créant un déséquilibre significatif, de la rupture ou de la menace de rupture brutale des relations commerciales, aucun de ces comportements ne peut être exclu du champ contractuel. Lorsqu'on les évoque, on ne peut s'empêcher de penser au contrat. Cependant, il ne faut pas se laisser guider par cette

---

143 M.-A. FRISON-ROCHE, « Contrat, concurrence, régulation », *RTD civ.* 2004, p. 451.

144 *Ibid.*

interprétation puisqu'avec la dépénalisation du droit de la concurrence, le législateur a remplacé les sanctions pénales par des délits civils. Bien que figurant dans la sphère contractuelle, les comportements interdits aux termes de l'article L. 442-6, I, du code de commerce peuvent aussi recevoir la qualification de délits civils[145]. Comme le législateur est silencieux sur la nature de la responsabilité civile de l'article L. 442-6, I, du code de commerce, celle-ci a tour à tour été qualifiée de responsabilité contractuelle et de responsabilité délictuelle.

43. La thèse de la responsabilité contractuelle. La responsabilité prévue par l'article L. 442-6, I, du code de commerce apparaît comme étant de nature contractuelle. Cette qualification peut être justifiée par le fait que le texte qui la prévoit est perçu comme un dispositif de lutte contre les clauses abusives dans les contrats conclus entre professionnels[146]. Or, lorsqu'on raisonne en termes de clauses abusives, on pense tout simplement à la relation contractuelle. La rédaction de l'article L. 442-6, I, du code de commerce renvoie d'ailleurs à la figure contractuelle. Son 1° évoque la notion d'avantage sans contrepartie et lorsqu'on parle d'avantage et de contrepartie, on est sûr de traiter de la matière contractuelle. Son 2° aborde la notion de déséquilibre significatif. Le déséquilibre significatif constitue l'une des manifestations du déséquilibre contractuel. Lorqu'on aborde la question du déséquilibre contractuel, on ne peut s'empêcher de penser à l'équilibre contractuel. Qui pense à l'équilibre contractuel pense forcément au contrat. La soumission d'un partenaire commercial à un déséquilibre significatif n'est rien d'autre que la traduction d'un contrat de dépendance. Par cette formule, le législateur sanctionne l'exploitation par un professionnel de la dépendance dans lequel se trouve à son égard son partenaire commercial Cette idée est confortée par le fait que le législateur lui-même emploie les termes d'obligations et de parties dans le contenu de l'article L. 442-6, I, du code de commerce. Or, ces termes relèvent de la figure contractuelle. Son 3° évoque l'obtention d'un avantage qui n'est pas assorti d'un engagement écrit, ce qui n'est pas sans rappeler l'exigence de proportionnalité dans les rapports contractuels. Son 4° évoque les termes de « *rupture brutale* » ou « *partielle* », de « *conditions manifestement abusives concernant les prix, de délai de paiement* » rappelant le contrat de vente. Son 5° évoque la rupture brutale ou partielle d'une relation commerciale établie sans préavis. Or, une telle rupture peut résulter de la

---

145 O. LEROY, B. RUY, « Contentieux de la concurrence : deux ans de procédure (2008-2009) », *Procédures* mars 2010, n° 3, chron. 1 abordant « *Le caractère délictuel des actions tirées de pratiques restrictives de concurrence* ».

146 D. MAZEAUD, T. GENICON, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC* janv. 2012, n° 1, p. 276 où l'un des auteurs qualifie de « grand soir de la protection contre les clauses abusives » la loi du 4 août 2008 ayant introduit l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce.

modification unilatérale des termes du contrat[147]. En rajoutant que « *les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure* », le législateur ne fait que diriger l'interprète vers la thèse de la responsabilité contractuelle. Le vocabulaire employé dans la rédaction de l'article L. 442-6, I, du code de commerce nourrit davantage la thèse de la responsabilité contractuelle. Les termes « *résiliation, préavis, rupture, inexécution, partie, obligations et force majeure* » renvoient sans aucune ambigüité à la sphère contractuelle[148]. Cette thèse de la responsabilité contractuelle est renforcée par trois arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation[149]dans lesquels il était question de mettre en œuvre une clause attributive de compétence. Dans ces différentes affaires, la Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur la nature de la responsabilité découlant de l'article L. 442-6 du code de commerce. Elle s'est juste contentée de constater l'absence d'obstacle à l'application de la clause attributive de compétence. Ce qui suppose indirectement la nature contractuelle[150] de la responsabilité prévue à l'article L. 442-6 du code de commerce. Si ces arrêts conduisent à la thèse d'une responsabilité contractuelle, d'autres ont consacré sans ambiguïté la thèse de la responsabilité délictuelle.

44. **La thèse de la responsabilité délictuelle.** La responsabilité prévue par l'article L. 442-6, I, du code de commerce apparaît comme étant de nature délictuelle. C'est d'ailleurs cette qualification qui a été retenue dans une affaire dont la première chambre commerciale de la Cour de cassation a été saisie le 6 février 2007. Dans cette affaire, la Cour de cassation a jugé au visa de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce que :

> « Le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit […] engage la responsabilité délictuelle de son auteur. »[151]

---

147 J.-D. BRETZNER, « La nature juridique de la responsabilité résultant de la violation de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce », *RLDA* 1er juill. 2010, n° 51.

148 *Ibid.*

149 D. MAINGUY, « La nature de la responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies : une controverse jurisprudentielle à résoudre », *D.* 2011, p. 1495 citant « *Civ. 1re, 6 mars 2007, n° 06-10946, D. 2007, p. 951, obs. E. CHEVRIER ; JCP E. 2008, p. 1638, obs. D. MAINGUY ; RTD com. 2008, 210, obs. P. DELEBECQUE ; 22 oct. 2008, n° 07-15823, D. 2009, 200, note F. JAULT-SESEKE, p. 684, chron. A. HUET, et p. 2384, obs. S. BOLLÉE ; CCC 2008, n° 270, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; RDC 2009, p. 691, obs. M. BÉHAR-TOUCHAIS ; JCP E 2009, p. 1479, obs. D. MAINGUY ; Rev. crit. DIP 2009. 1, étude D. BUREAU et H. MUIR WATT ; RTD com. 2009, p. 646, obs. P. DELEBECQUE ; 8 juill. 2010, n° 09-67.013, D. 2010, p. 2884, note M. AUDIT et O. CUPERLIER, p. 2544, obs. C. DORANDEU, et p. 2937, obs. T. CLAY ; Rev. crit. DIP 2010, p. 743, note D. BUREAU et H. MUIR WATT* ».

150 *Ibid.*

151 Cass. com., 6 févr. 2007, n° 04-13.178 : D. 2007, p. 653, obs. E. CHEVRIER ; D. 2007, p. 1688, obs. A. BALLOT-LÉNA, E. CLAUDEL, B. THULLIER.

Cette qualification qui a été surprenante pour les magistrats de la cour d'appel de Bordeaux qui ont vu leur décision censurée pour avoir retenu que « *les relations habituelles et stables entre les parties depuis plusieurs années ont créé une situation contractuelle que l'une d'elle ne peut unilatéralement modifier sans engager sa responsabilité contractuelle* », n'est somme toute pas dépourvue de fondements.

45. **Les premiers fondements sont d'ordre théorique.** Ils tiennent du fait que les pratiques prohibées aux termes de l'article L. 442-6, I, du code de commerce sont des obligations légales. En conséquence, leur méconnaissance est sanctionnée par une responsabilité civile délictuelle. Dans le contentieux relatif à l'application ce texte, le motif tiré de la violation d'une obligation contractuelle ne saurait donc porter ses fruits. Ils tiennent aussi du fait que les pratiques prohibées aux termes du texte précité sont réputées abusives. Ces pratiques constituent des fautes dans l'exercice d'un droit contractuel et ne peuvent donner lieu qu'à une responsabilité délictuelle[152]. D'autres considérations théoriques ont également milité en faveur de la qualification délictuelle. Il a en effet été estimé que :

> « La formule d'attaque de l'article L. 442-6, I, 5° (« engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé, le fait […] ») évoquerait une ambiance de responsabilité civile délictuelle. »[153]

Un autre argument en faveur de la qualification délictuelle tient du fait que l'article L. 442-6 ne s'inscrit pas dans une logique contractuelle. Le texte a beau utilisé des termes relevant de la sphère contractuelle mais cela ne fait pas de la responsabilité qu'il prévoit une responsabilité contractuelle. Il vise plutôt des pratiques qui, selon les cas, peuvent se déployer dans le cadre contractuel comme peuvent ne pas s'y déployer[154]. Le législateur n'a d'ailleurs en aucune façon pris le risque d'enfermer les comportements qu'il prohibe dans un cadre purement contractuel[155]. Il est seulement intéressé par l'appréhension de ces pratiques. Leur « *vêtement contractuel* »[156] n'a donc pas trop d'importance pour lui.

46. **Les seconds fondements sont d'ordre pratique.** La qualification délictuelle est une façon pour le juge de rendre solide le régime juridique de la responsabilité civile sur le

---

152 A. BALLOT-LÉNA, E. CLAUDEL, B. THULLIER, « Droit civil de l'entreprise », *D.* 2007, p. 1688 où les auteurs affirment que la rupture brutale d'une relation commerciale établie par un cocontractant est constitutive d'une faute dans l'exercice de son droit de rompre le contrat.

153 D. MAINGUY, « La nature de la responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies : une controverse jurisprudentielle à résoudre », *D.* 2011, p. 1495.

154 J.-S. BORGHETTI, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », *RDC* juill. 2007, p. 731.

155 *Ibid.*

156 *Ibid.*

fondement du droit des pratiques restrictives de concurrence[157]. Cette qualification a permis à la Cour de cassation de rattacher « *ce régime spécial de responsabilité civile délictuelle au droit commun des obligations* »[158]. Aujourd'hui, le débat sur la nature de la responsabilité de l'article L. 442-6 n'est plus d'actualité. La Cour de cassation y a mis un terme depuis qu'elle a jugé dans un arrêt en date du 13 janvier 2009 que la responsabilité prévue à l'article L. 442-6 est de nature délictuelle. C'est cette qualification qui prévaut à l'état actuel de la jurisprudence[159]. Le débat qui semble plutôt être d'actualité est celui portant sur la question de l'efficacité de la responsabilité civile comme sanction de principe du déséquilibre contractuel en droit des pratiques restrictives de concurrence.

47. L'inadaptation de la responsabilité comme sanction de principe. Le droit des pratiques restrictives de concurrence ne reproduit pas le schéma du droit des pratiques anticoncurrentielles en ce qui concerne la sanction du déséquilibre contractuel. Le premier porte son choix sur la nullité tout en bénéficiant de l'apport complémentaire de la responsabilité civile tandis que le second mobilise ses forces sur la responsabilité civile. Le premier met en avant la sanction principale d'un acte juridique irrégulier tandis que le second met en évidence sa sanction complémentaire. Ce qui nous semble inadapté au traitement du déséquilibre contractuel. Cette inadaptation découle du fait que cette sanction opère un rééquilibrage du contrat sans se soucier de la racine du mal. Ce rééquilibrage est certes important. Mais, quand un acte est affecté d'une certaine pathologie, il est beaucoup plus intéressant d'éradiquer la cause de celle-ci que de se contenter d'une élimination de ses symptômes. La disparition des symptômes d'une pathologie ne signifie pas forcément disparition de la pathologie elle-même. Peut-être que la cause de la pathologie s'est repliée pour préparer une contre-attaque. Donc, le choix de la responsabilité comme sanction principale du déséquilibre contractuel ne permet pas de parvenir à un traitement efficace du déséquilibre contractuel sur le fondement de l'article L. 442-6, I, du code de commerce. De par sa finalité indemnisatrice, la responsabilité civile ne contribue qu'à faire disparaître les conséquences financières du déséquilibre contractuel. Elle ne touche pas à sa source. Or, pour un traitement efficace du déséquilibre contractuel, il est nécessaire de s'intéresser d'abord à sa source avant de chercher à faire disparaître ses conséquences financières. La priorité devrait être portée sur l'anéantissement des causes du déséquilibre contractuel

---

157 A. BALLOT-LÉNA, E. CLAUDEL, B. THULLIER, *art. préc.*

158 *Ibid.*

159 Ex. Cass. com., 11 janv. 2017, n° 15-13.780 15-17.548 : « *…l'article L. 442-6,I, 5° du code de commerce, instaurant une responsabilité de nature délictuelle, n'est pas de nature à permettre la cassation de l'arrêt en ce qu'il rejette les demandes fondées sur la responsabilité contractuelle…* ».

avant de songer à la réparation de ses conséquences dommageables. Un tel schéma correspond à la logique du droit commun des contrats qui sanctionne par la nullité un acte juridique qui ne respecte pas les exigences posées pour sa validité. Cette nullité étant éventuellement complétée par la responsabilité civile délictuelle. Cela suppose que le choix de la responsabilité civile comme sanction de principe en droit des pratiques restrictives de concurrence relève de la redondance. Les sanctions choisies à titre secondaire pourraient permettre d'aboutir à ce même résultat. La responsabilité civile étant le complément de la nullité, le législateur pourrait faire l'économie de sa consécration en sanction de principe et suivre la logique du droit commun des contrats pour aboutir à un traitement efficace du déséquilibre contractuel dans les contrats conclus entre professionnels.

B. La relégation des sanctions principales

48. **Propos liminaires.** En droit commun des contrats, encourt la nullité l'acte juridique qui ne respecte pas les conditions posées pour sa validité. La nullité permet d'exclure l'acte irrégulier de l'ordre juridique. Ses effets indésirables et inadaptés au traitement du déséquilibre contractuel ont conduits le législateur à lui trouver des alternatives. Grâces à ces alternatives, il est aujourd'hui possible de sanctionner la source du déséquilibre contractuel sans faire disparaître son support. Lorsqu'on regarde la façon dont le déséquilibre contractuel est sanctionné en droit des pratiques restrictives de concurrence, l'on se rend compte que le législateur, au lieu de mettre en avant les sanctions principales que sont la nullité, la répétition de l'indu, le réputé non écrit et les moyens de correction, a préféré les reléguées au second rang.

49. **La relégation de la nullité.** En faisant de la responsabilité, la sanction principale du déséquilibre contractuel, le législateur n'a fait que relégué la nullité au rang des sanctions complémentaires. L'annulation d'un contrat déséquilibré importe peu pour le législateur si l'on se fie à la configuration du droit des pratiques restrictives de concurrence. Seule compte pour lui la sanction du comportement illicite ayant entrainé le déséquilibre contractuel. Cette idée est confortée par la rédaction de l'article L. 442-6, I, du code de commerce qui engage la responsabilité de l'auteur d'un « *fait* » illicite au regard de cette disposition. Ce style rédactionnel est une manière pour le législateur de préciser aux victimes de déséquilibre contractuel qu'il n'y a à leur disposition que la responsabilité civile pour faire sanctionner celui à l'origine de leur préjudice. Cela est d'autant plus vrai que c'est uniquement cette sanction qui est expressément mise à leur disposition. La nullité n'est pas expressément mise à leur disposition. La rédaction du III de l'article L. 442-6 le justifie largement. Lorsque le texte évoque que « *L'action est introduite* », allusion est faite à l'action en responsabilité. Celle-ci est intentée « *par toute personne justifiant d'un intérêt* », ce qui vise

directement la victime mais aussi indirectement le ministère public, le ministre chargé de l'économie et/ou le président de l'Autorité de la concurrence. Il évoque ensuite « *lors de cette action* », ce qui met la responsabilité en premier rang au titre des demandes, « *le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie* » de mettre un terme à la source du déséquilibre contractuel, d'annuler la clause ou le contrat illicite, de demander la répétition de l'indu ainsi que le prononcé d'une amende civile. La rédaction de cette disposition est assez révélatrice de la volonté du législateur de faire de la nullité une sanction de second plan. L'action en nullité n'est même pas reconnue à la victime du déséquilibre contractuel. Cette action est, à la grande surprise de tous, expressément reconnue au « *ministre chargé de l'économie* » et au « *ministère public* » qui « *peuvent aussi* » demander la nullité des clauses ou du contrat illicite. Par cette formulation, le législateur reconnait une simple faculté à ces autorités. Ce qui revient à dire que lorsque ces dernières introduisent l'action en responsabilité, ils ont la simple faculté de demander l'annulation du contrat déséquilibré. Faire dépendre l'action en nullité de la seule volonté de ces autorités ne milite pas en faveur d'un traitement efficace du déséquilibre contractuel[160]. C'est peut-être pour cette raison que la jurisprudence a estimé nécessaire de reconnaître à la victime une action en nullité sur le fondement de l'article L. 442-6, I, du code de commerce. Ainsi, dans un arrêt en date du 22 février 2017, la cour d'appel de Paris a clairement affirmé que :

> « Les dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce n'empêche pas une partie s'estimant victime de pratiques restrictives de concurrence d'invoquer la nullité. »[161]

En tant que vecteur de l'ordre public économique, la violation du droit des pratiques restrictives de concurrence, en particuliers l'article L. 442-6 ne peut donner lieu qu'à une nullité absolue. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que la reconnaissance à la victime d'une action en nullité absolue sur le fondement de ce texte ne milite pas en faveur d'un traitement adapté du déséquilibre contractuel. Car, lorsque cette sanction opère, ses effets peuvent être beaucoup plus graves que le simple fait de souffrir d'un déséquilibre

---

160 A. PENNEAU, « La sanction civile de contrats commerciaux déloyaux par l'effet de substitution d'une autorité publique », *D.* 2003, p. 1278 où l'auteure estime qu' « *Il est frappant de constater que la loi ne comporte aucune disposition organisant les relations entre l'auteur de l'action de substitution et le contractant faible nécessairement impliqué par ses effets. Il n'est notamment pas précisé s'il dispose de l'opportunité de s'opposer ou de participer à la formulation des requêtes en restitutions et indemnisation, ce qui contrevient au principe latent en droit positif de la liberté pour chacun de disposer de ses droits et pourrait aussi heurter le droit des obligations* ».

161 La Lettre des Réseaux, « Déséquilibre significatif. Article L. 442-6, I, 2° du code de commerce. Panorama de jurisprudence 2016-2017 », https://www.lettredesreseaux.com/P-2305-451-A1-desequilibre-significatif-article-442-6,-i,-2-du-code-de-commerce.html#IVB, 2 oct. 2017, consulté le 29 mai 2018, citant « *CA.Paris, 29 oct. 2014, RG n° 13/11059 ; CA. Paris, 22 févr. 2017, RG n° 16/17924* ».

contractuel. C'est pour cette raison que nous estimons qu'il fallait aussi permettre à la victime de demander des sanctions beaucoup plus adaptées au traitement de la pathologie dont elle souffre.

50. La relégation de la répétition de l'indu. Les pratiques prohibées aux termes de l'article L. 442-6 du code de commerce impliquent l'octroi d'avantages injustifiés. En cela, la répétition de l'indu pourrait être un excellent moyen à ce que les victimes de déséquilibres contractuels puissent récupérer les avantages injustement octroyés. Cette technique leur permet de couvrir l'intégralité des sommes qu'elles ont perdues du fait de la pratique prohibée. Cependant, l'article L. 442-6 ne reconnait pas à la victime cette action d'une importance capitale. L'action en répétition de l'indu est plutôt reconnue au « *ministre chargé de l'économie* » et au « *ministère public* » qui, selon la rédaction de l'article L. 442-6, III, du code de commerce, disposent de la faculté de l'intenter. En plus d'être facultative, la demande en répétition de l'indu est accessoire à l'action en responsabilité. Le ministre chargé de l'économie et le ministère public ne peuvent l'exercer que lorsqu'ils mettent en œuvre la responsabilité de l'auteur de la pratique déséquilibrante. Il aurait été plus efficace de reconnaître une telle action à la victime de déséquilibre contractuel que d'en faire une action facultative pour le ministre chargé de l'économie et le ministère public. L'action en répétition de l'indu ne doit pas être conçue pour la « *protection du fonctionnement du marché et de la concurrence* »[162], elle doit plutôt être mise au service des victimes de déséquilibre contractuel. D'ailleurs, cette action s'apparente plus à une action de protection des victimes qu'à une action de protection du marché. Elle n'est une action de protection du marché que de nom. En réalité, sa finalité consiste à remettre la victime dans ses droits, ce qui n'a rien à voir avec la protection du marché. Le ministre chargé de l'économie ne demande pas la répétition de l'indu à son profit mais aux profits des victimes de la pratique déséquilibrante[163]. C'est d'ailleurs ce qui explique le versement des sommes restituées au Trésor public qui, à son tour, se charge de les redistribuer aux victimes. La reconnaissance aux victimes d'une action en répétition de l'indu aurait permis d'éviter ce « *détour par le Trésor public* »[164]. Dès lors, l'action en répétition de l'indu doit être reconnue aux victimes afin de leur offrir un moyen efficace de correction des conséquences financières du déséquilibre dont elles souffrent. La protection de l'ordre public pouvant être assurée par

---

162 Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547 où la Cour affirme que « *le ministre chargé de l'économie a été habilité par le législateur à demander à la juridiction saisie, sur le fondement de l'article L. 442-6, III, du code de commerce, la répétition de l'indu dans le cadre d'une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence* ».

163 M. MALAURIE-VIGNAL, « Autonomie de l'action du ministre de l'Économie agissant sur le fondement de l'article L. 442-6, III, du code de commerce » ; *Contrats, conc. consom.* févr. 2010, n° 2, comm. 44.

164 *Ibid.*

l'instauration de l'amende civile. Cette sanction qui nous paraît plus adaptée aux réalités du monde des affaires peut en revanche être exclusivement demandée par le ministre chargé de l'économie et le ministère public. À la différence de l'amende pénale qui se heurte au principe de la personnalité des peines, l'amende civile est due même en cas de fusion absorption. C'est d'ailleurs ce qui résulte des observations du Conseil constitutionnel, observations selon lesquelles en définissant l'auteur passible de l'amende civile comme « *tout producteur, commerçant, industriel, ou personne immatriculée au registre des métiers* »[165], le législateur se réfère à des activités économiques, quelles que soient les formes juridiques sur lesquelles elles s'exercent ». En conséquence, « *l'absorption de la société auteur des pratiques illicites par une autre société ne met pas fin à ces activités, qui se poursuivent au sein de la société absorbante* ».

51. **La relégation du réputé non-écrit**. La technique de la réputation de non-écriture est un excellent moyen de correction du déséquilibre contractuel en ce qu'elle permet, sans l'intervention du juge, de « *considérer que la clause litigieuse n'a jamais été inséré dans le contrat* »[166]. Une clause réputée non écrite est une clause qui n'a jamais existé. Par conséquent, elle est insusceptible d'exécution. Cette sanction aurait permis de priver d'effet toutes les clauses « *jugées indésirables* »[167] au maintien de l'ordre public économique. En ne reconnaissant pas expressément aux victimes de déséquilibre contractuel le bénéfice[168] de la technique de réputation de non écriture, le législateur ne fait que reléguer celle-ci en seconde place. Cela est d'ailleurs confirmé par une certaine jurisprudence qui, au-delà de la responsabilité civile, les autorise à se prévaloir de cette technique sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce[169].

---

165 Cons. const., déc. n° 2016-542 QCP du 18 mai 2016.

166 G. PIETTE, *La correction du contrat*, 2004, PUAM, coll. Institut de droit des affaires, vol. 2, 2004, n° 1034, p. 545.

167 J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993, p. 59.

168 H. BARBIER, « De la diversité des sanctions du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : responsabilité pour l'article L. 442-6, I, 2° mais pas de réputé non écrit, et requalification pour les promesses de contrat », *RTD civ.* 2016, p. 852.

169 M. CHAGNY, « L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après », *RTD com.* 2013, p. 500, où l'auteure, à propos des sanctions de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce précise que « *L'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris, le 7 juin 2013, retient quant à lui l'attention en ce qu'il prend nettement position sur une question d'importance intéressant les sanctions auxquelles peut donner lieu l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce. Accueillant la critique dirigée par une société d'avocats sur le fondement de ce texte à l'encontre d'une clause mettant à sa charge une indemnité de résiliation, la cour d'appel énonce que la stipulation litigieuse « doit […] être réputée non écrite par application de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce (CA. Paris, pôle 5, ch. 11, 7 juin 2013, n° 11/08674) ». Une solution en tous points identique avait déjà été retenue par la cour d'appel de Rouen estimant, à propos d'une clause ayant pour effet d'introduire un déséquilibre dans les relations entre les parties, que celle-ci, « contraire aux dispositions d'ordre public de l'article L. 442-6, I, 2°, doit être réputée non écrite (CA. Rouen, ch. civ. 1e, 12 déc. 2012, n° 12/01200) ».*

52. La non-reconnaissance aux victimes d'une demande de cessation de la cause du déséquilibre contractuel. Le droit des pratiques restrictives de concurrence ne reconnait pas à la victime d'un déséquilibre contractuel la possibilité de demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation de la cause du mal dont elle souffre. Cette possibilité est uniquement reconnue au ministre chargé de l'Économie et au ministère public qui, sur le fondement de l'article L. 442-6, III, du code de commerce, peuvent demander à la juridiction saisie, la mise en œuvre de ses pouvoirs d'injonction. En tant que défenseurs de l'ordre public économique, le législateur leur reconnaît cette faculté. Une façon pour lui de nous faire comprendre qu'une telle reconnaissance participe de la protection de l'ordre public économique. La reconnaissance de cette même faculté à la victime aurait permis un meilleur traitement du déséquilibre contractuel en droit des pratiques restrictives de concurrence dans la mesure où elle leur permettra de demander à la juridiction saisie de procéder à une correction du contrat en modifiant[170] ou en supprimant[171] la source du mal. Le législateur doit donc repenser l'organisation des sanctions civiles afin de parvenir à une sanction efficace du déséquilibre contractuel en droit des pratiques restrictives de concurrence. Cela permettra aux victimes d'éviter d'invoquer en plus de ces sanctions civiles les sanctions inadéquates qui viennent s'ajouter au traitement du déséquilibre contractuel.

SECTION II.
LE RAJOUT DE SANCTIONS INADÉQUATES

53. Leur nature. Les sanctions civiles ne constituent pas les seuls remèdes au déséquilibre contractuel en droit de la concurrence. S'agissant d'un droit hybride, il arrive que la violation de ses dispositions donne lieu à des sanctions pénales. Bien qu'affaibli, le droit pénal de la concurrence continue à apporter son soutien au traitement du déséquilibre contractuel. Minime qu'il soit, ce soutien vaut mieux que rien. Ainsi, pour combler le vide laissé par la dépénalisation du droit de la concurrence, le législateur a jugé nécessaire de

---

170 G. PIETTE, *La correction du contrat*, 2004, PUAM, coll. Institut de droit des affaires, vol. 2, 2004, n° 972, p. 517 où l'auteur affirme que « *La modification de l'intensité d'une clause peut être réalisée par deux moyens différents. La technique la plus usitée réside dans l'augmentation ou la réduction de la valeur d'une prestation, afin de rétablir l'équilibre entre celle-ci et la contre-prestation due par le cocontractant. Il existe également une méthode moins employée par le droit positif, qui consiste en la majoration ou la modération d'une obligation, même non pécuniaire, afin de rétablir l'équilibre entre celle-ci et celle du cocontractant* ».

171 *Ibid.*, n° 1033, p. 545 où l'auteur affirme que « *Le droit positif met à la disposition du juge deux techniques pour procéder à la correction du contrat par suppression d'une clause : les clauses réputées non écrites et les nullités partielles* ».

faire recours aux sanctions administratives qui interviennent également au traitement du déséquilibre contractuel.

54. **Leur particularité.** La particularité de ces sanctions réside dans le fait qu'elles sont destinées à assurer une protection efficace[172] du marché contre les manquements concurrentiels de ses acteurs. Elles n'ont pas un impact direct sur la lutte contre le déséquilibre contractuel mais leur mise en œuvre peut contribuer à l'instauration de l'équilibre contractuel dans les rapports commerciaux. Ces sanctions ne visant pas à assurer une protection contre le déséquilibre contractuel, mais, bien plus, « *celle de l'ordre public économique et d'une concurrence non faussée* »[173] donnent au droit de la concurrence une allure de droit « *quasi-pénal* »[174]. En réalité, le droit de la concurrence plus particulièrement le droit des pratiques anticoncurrentielles est un droit quasi pénal. Il repose sur des interdictions dont la violation donne lieu à des amendes et/ou des injonctions prononcées par une autorité administrative indépendante[175]. Cela lui a d'ailleurs valu son assimilation à la matière pénale[176]. Cette assimilation est consolidée par la subsistance des sanctions pénales (§ 1) en son sein, auxquelles viennent s'ajouter une diversité de sanctions administratives (§ 2).

§ 1. LE RAJOUT DE SANCTIONS PÉNALES

55. **L'état du droit pénal de la concurrence**. Depuis la dépénalisation du droit de la concurrence qui a commencé avec l'ordonnance de 1986, le champ d'application droit pénal de la concurrence s'est réduit comme une peau de chagrin. Seule a été maintenue la sanction pénale frappant les personnes physiques ayant pris une part active à la réalisation d'un manquement anticoncurrentiel. Le vide laissé par cette entreprise de dépénalisation a progressivement été comblé par l'accroissement des sanctions administratives et civiles. En droit des pratiques anticoncurrentielles, la dépénalisation du droit de la concurrence a

---

172 J.-L. DEWOST, J.-L. LASSERRE, R. SAINT-ESTEBEN, « L'entreprise, les règles de concurrence et les droit fondamentaux : quelle articulation ? », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* avril 2012, n° 35, p. 187 où les auteurs présentent le droit de la concurrence comme « *un droit « efficace » au service de l'intérêt général* »

173 O. LEROY, B. RUY, « Deux ans de contentieux de la concurrence (2010-2011) », *Procédures* févr. 2012, n° 2, chron. 1.

174 *Ibid.*

175 L. IDOT, « La responsabilité professionnelle quasi-répressive : l'exemple du droit de la libre concurrence », *LPA* juill. 2001, n° 137, p. 34.

176 H. M. SE, « La Convention européenne des droits de l'homme et les droits français et communautaire de la concurrence », *RTD eur.* 1991, p. 335 où l'auteur précise que « *Le droit de la concurrence français, antérieur à 1986, est assimilé par la Commission européenne des droits de l'homme à la matière pénale car elle a estimé que la sanction administrative pécuniaire relève bien …de l'accusation en matière pénale au sens de la Convention* ».

entrainé l'ouverture de la voie du contrôle administratif[177] des pratiques prohibées par ce corps de règles. En droit des pratiques restrictives de concurrence, c'est au regard de la dépénalisation du droit de la concurrence que se justifie le volet important consacré aux pratiques non pénalement sanctionnées qui est régi par les dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce[178].

56. **Son apport dans la lutte contre le déséquilibre contractuel**. La lutte contre le déséquilibre contractuel nécessite des instruments juridiques destinés à protéger la partie faible dans la relation contractuelle. Or, le droit pénal de la concurrence n'est pas assez bien outillé pour permettre une protection efficace de la partie faible. Cela ne révèle d'ailleurs pas de sa mission. La mission du droit pénal de la concurrence consiste à protéger l'ordre public économique des atteintes des opérateurs économiques. La présence de sanctions pénales au sein des réponses que le droit de la concurrence apporte au déséquilibre contractuel ne fait qu'appuyer la thèse de l'inadaptation de ce corps de règles au traitement du déséquilibre contractuel. Les sanctions issues du droit pénal de la concurrence sont inadéquates au traitement du déséquilibre contractuel en particuliers (A) et au monde des affaires en général (B).

A. Leur inadéquation au traitement du déséquilibre contractuel

57. **Des sanctions affaiblies.** L'inadaptation des sanctions pénales du droit de la concurrence est fortement due à la dépénalisation du droit des affaires. Au sortir de cette entreprise, le droit de la concurrence s'en est trouvé « *anémié* »[179]. Les rédacteurs de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ont préféré mettre en place une répression pénale douce. « *Gendarme du droit* », le droit pénal n'est pas absent du droit de la concurrence mais y a perdu sa teneur[180]. Une analyse de son état actuel permet de s'en rendre compte.

58. **L'affaiblissement des sanctions pénales du droit des pratiques anticoncurrentielles.** Cet affaiblissement résulte d'un endurcissement de leurs conditions de mise en œuvre. En effet, l'article L. 420-6 du code de commerce qui constitue le siège des sanctions pénales du droit des pratiques anticoncurrentielles, comporte une infraction dont la particularité de la définition suscite des doutes[181] quant à son éventuelle applicabilité. Le texte punit :

---

177 J.-B. BLAISE, « La sanction pénale », *JCP E* mars 2013, 1170.

178 P. ARHEL, « Transparence tarifaire et pratiques restrictives », *Rép. dr. com.*, sept. 2017, actualisation août 2018, n° 359.

179 P. CONTE, « Droit pénal et concurrence », *Cah. dr. entr.* n° 3, p. 21.

180 *Ibid.*

181 J.-B. BLAISE, « La sanction pénale », *JCP E* mars 2013, 1170.

> « D'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75 000 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 d'une pratique anticoncurrentielle. »

Mais, pour que l'auteur de la pratique puisse être sanctionné, il faut démontrer en premier lieu l'existence d'une pratique anticoncurrentielle. Il faut ensuite démontrer que la personne ait pris frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de la pratique anticoncurrentielle. Il est donc exigé une participation à la fois personnelle et déterminante. La participation personnelle suppose la commission d'une faute personnelle[182]. Cette faute peut être caractérisée par « *la simple adhésion à un projet anticoncurrentiel par la participation à des réunions, lorsque l'entreprise concernée ne s'est pas publiquement distancée du contenu anticoncurrentiel de ses réunions* »[183]. Le texte va plus loin en exigeant une participation déterminante dans la commission de l'infraction. Le législateur ne définit pas ce à quoi renvoie une participation déterminante. Le soin en est comme d'habitude laissé au juge mais ce dernier risque néanmoins de se heurter à un certain nombre de principes du droit pénal tels le principe de légalité et celui de l'interprétation stricte des concepts pénaux. Le texte exige en outre une participation frauduleuse à la conception, l'organisation et la mise en œuvre de la pratique anticoncurrentielle. Tant d'exigences qui font douter de la volonté du législateur de faire de l'article L. 420-6 du code de commerce un dispositif réellement applicable. À ce sujet, l'impression qui se dégage est que le législateur avait juste voulu instaurer un délit en « *trompe-l'œil* », destiné à faire figure dans le droit pénal de la concurrence sans être de nature à encombrer les prétoires[184]. L'endurcissement des conditions de mise en œuvre des sanctions du droit pénal de la concurrence affaiblit considérablement leur rôle dans le traitement du déséquilibre contractuel comme en témoigne d'ailleurs la rareté des décisions de justice sur le fondement de l'article L. 420-6 du code de commerce. Si l'on y ajoute le développement des sanctions administratives, on peut légitimement se poser la question de savoir à quoi sert de maintenir des sanctions dont on est presque sûr de leur non application. En faisant porter à l'article L. 420-6 du code de commerce les germes de sa propre mort, le législateur donne l'impression de favoriser, ne serait-ce que de façon implicite, la voie de répression administrative. Cette impression est d'ailleurs renforcée par la possibilité donnée aux juges de saisir pour avis l'Autorité de la concurrence qui constitue l'instance qui, par sa seule présence, participe à la dévitalisation du droit pénal[185]. Ce

---

182 P. CONTE, *art. préc.*

183 Cass. crim., 17 juin 2009, n° 08-84.482.

184 P. CONTE, *art. préc.*

185 *Ibid.*

concours entre deux modes de répression a entrainé le déclin constant des poursuites pénales. Au surplus, ce déclin est également provoqué par l'attitude des juges qui hésitent à appliquer les sanctions prévues par l'article L. 420-6 du code de commerce notamment à cause de leurs lourdes conséquences[186].

59. L'affaiblissement des sanctions pénales du droit des pratiques restrictives de concurrence. Une répression douce donne lieu à des sanctions douces. L'affaiblissement des sanctions pénales du droit des pratiques restrictives de concurrence est donc largement dû à leur adoucissement. Cet adoucissement s'est traduit par la disparition des peines privatives de liberté. Le droit pénal actuel des pratiques restrictives de concurrence ne permet plus d'emprisonner les auteurs d'un contrat anticoncurrentiel. Les délits qui y sont maintenus ne sont plus punis d'une peine privative de liberté. Alors que sous l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945, la pratique du prix minimum imposé[187] était sanctionnée soit par une peine d'emprisonnement de deux mois à deux ans assortie d'une amende de 60 francs à 200 000 francs soit par l'une de ces deux peines seulement. Cette disparition des peines privatives de liberté a été consacrée pour la première fois par l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 qui disposait dans son article 34 que :

> « Est puni d'une amende de 5 000 à 100 000 francs le fait par toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale. »[188]

En plus d'avoir supprimé la peine privative de liberté, l'ordonnance de 1986 a revu à la baisse le plafond du montant de l'amende qui passe de 200 000 francs à 100 000 francs. Aujourd'hui, en punissant la même pratique déséquilibrante par une amende de 15 000 euros, l'article L. 442-5 du code de commerce ne fait que maintenir[189] le plafond de l'amende fixé sous l'ordonnance de 1986. Le montant de l'amende ainsi maintenu nous paraît faible au traitement du déséquilibre contractuel. Sachant que le plafond de l'amende ne pourra jamais dépasser 15 000 euros, les entreprises ayant une bonne santé financière pourront développer des stratégies consistant à mettre l'argent de côté pour financer une éventuelle violation du droit pénal des pratiques restrictives de concurrence. De par son montant à la fois faible et fixe, l'amende pénale ne fait réellement pas peur. On s'en rend nettement compte lorsqu'on se borne à comparer son montant à celui de l'amende que

---

186 L. VOGEL, « L'intérêt des sanctions civiles et pénales », *Gaz. Pal.* janv. 2003, p. 120.

187 Art. 37, 4°.

188 J.-M. MOUSSERON, V. SÉLINSKY, D. FERRIER, « Le mort saisit le vif. Commentaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence », *JCP E* janv. 1987, 14840.

189 15 000 euros équivaut à environ 100 000 francs : https://www.insee.fr/fr/information/2417794, consulté le 28 mai 2018.

l'Autorité de la concurrence peut infliger aux entreprises en matière de pratiques anticoncurrentielles ou au montant de l'amende prononcée par le juge judiciaire. On voit qu'à la différence de l'amende pénale, le montant des amendes que peuvent prononcer l'Autorité de la concurrence ou le juge judiciaire n'est jamais connu à l'avance car tenant compte de « *la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné* »[190]. Or, le juge pénal ne tient pas compte de ces paramètres pour déterminer le montant de l'amende pénale qui de toute façon ne saurait dépasser 15 000 euros. Il ne tient pas compte du statut juridique de l'auteur des faits. Qu'il soit une personne physique ou une personne morale, le plafond de l'amende reste toujours fixé à 15 000 euros. Or, l'amende infligée par l'Autorité de la concurrence tient toujours compte du statut juridique de l'auteur de la pratique déséquilibrante. S'il s'agit d'une personne physique, son montant est plafonné à 3 million d'euros. En revanche, s'il s'agit d'une entreprise, la détermination du montant de l'amende tient compte du montant de son chiffre d'affaire. Ce montant ne saurait dépasser

> « 10 % du montant de ce chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. »[191]

De sorte que le prononcé de cette amende puisse être de nature à provoquer le dépôt de bilan de l'auteur de la pratique déséquilibrante. La crainte d'une telle tournure des choses et la honte que cela inspire sont favorables au maintien du libre jeu de la concurrence. Ce qui n'est pas sans répercussions sur les rapports entre professionnels. La comparaison qui vient d'être faite laisse apparaître la faiblesse des sanctions du déséquilibre contractuel sur le fondement du droit pénal des pratiques restrictives de concurrence. La particularité de la répression que ce corps de règles permet d'organiser réside dans le fait qu'elle laisse paraître d'importantes traces d'asthénie. Ce qui est d'ailleurs l'une des conséquences majeures de la dépénalisation du droit de la concurrence. Tout comme le droit des pratiques anticoncurrentielles, le droit pénal des pratiques restrictives de concurrence, à son état actuel, n'est pas adapté à la lutte contre le déséquilibre contractuel. Cependant, le fait que ces corps de règles ne puissent pas contribuer efficacement à la lutte contre le déséquilibre contractuel n'est pas aussi surprenant car il est connu de tous que le droit pénal, de par sa configuration, est inadapté aux réalités du monde des affaires.

---

190 C. com., art. L. 464-2 al. 3.

191 C. com., art. L. 464-2 al. 4.

B. Leur inadéquation aux réalités du monde économique

60. **L'existence d'obstacles aux sanctions pénales.** La mise en œuvre des sanctions pénales du droit de la concurrence n'est pas sans rencontrer un certain nombre d'obstacles. Ces derniers sont inhérents aux réalités du monde économique et font perdre à ces sanctions toute leur effectivité. La détermination de ces obstacles permet de mesurer le degré d'inadaptation des sanctions pénales.

61. **Le principe de la personnalité des peines.** Les sanctions pénales du droit de la concurrence plus précisément celles du droit des pratiques anticoncurrentielles se heurtent le plus souvent au principe de la personnalité des peines. Ce principe est consacré à l'article 121-1 du code pénal qui dispose que :

> « Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait. »

Il est reconnu par le Conseil constitutionnel dans une décision où, sur le fondement des articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, lesjuges considèrent que :

> « Nul ne peut être punissable que de son propre fait. »[192]

Le principe de la personnalité des peines constitue un obstacle au succès de la mise en œuvre des sanctions pénales en ce qu'il empêche à ce que le droit pénal de la concurrence puisse sanctionner une personne morale auteur d'un déséquilibre contractuel qui, par suite d'une absorption ou d'une transformation lors d'une fusion, a changé de statut juridique. L'obstacle à la mise en œuvre de la sanction pénale relève du caractère personnel de la responsabilité pénale. De ce caractère personnel est déduite l'absence de responsabilité pénale du fait d'autrui. Seul le fait personnel peut être un facteur de poursuite et de condamnations. Appliqué aux réalités du monde économique, cela aboutirait à l'absence de responsabilité pénale du fait de la possible transformation des sociétés commerciales. Une simple fusion absorption peut induire la disparition de la personnalité morale absorbée. En pareille situation, le principe de la personnalité des peines s'oppose à ce que des poursuites puissent être diligentées auprès de la société absorbante sur le fondement du droit pénal de la concurrence. S'il en est ainsi, c'est parce que la société absorbante n'est pas l'auteur de l'infraction. Celui-ci ayant disparu suite à sa dissolution dans la société absorbante, il ne serait pas possible de le sanctionner sur le fondement du droit pénal de la concurrence.

---

192 Cons. const., déc. n° 2012-239 QCP du 4 mai 2012.

C'est dans cette logique que s'inscrit la jurisprudence[193] de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui juge avec constance que :

> « La société absorbante ne peut pas être pénalement sanctionnée pour des faits commis par la société absorbée avant la fusion. »

La responsabilité pénale étant personnelle, il ne saurait y avoir de transfert de responsabilité d'une société à une autre[194]. Cependant, la Cour de justice de l'Union européenne, faisant fi du principe de personnalité des délits et des peines, a, dans un arrêt en date du 5 mars 2015, admis le transfert de responsabilité de la société absorbée vers la société absorbante. Cette solution a le mérite d'éviter l'absence de responsabilité pénale au motif que la société responsable a été absorbée. Néanmoins, la Cour de l'Union européenne n'a pas défini de façon précise les infractions susceptibles d'être transmises à la société absorbante. Les termes utilisés par les juges de Luxembourg sont si généraux qu'il a été pensé[195] difficile de limiter sa portée aux seules contraventions, aux seules sanctions d'infractions en droit du travail, ni même aux seules sanctions pénales au sens strict. Avec cet arrêt on s'attendait légitimement à une éventuelle adoption de la solution européenne par les juridictions internes. Des juges du fond ont même étaient tentés par le raisonnement de leurs homologues européens. Ainsi, dans un arrêt en date du 18 décembre 2015 la cour d'appel de Rennes a jugé que :

> « Il ressort de la décision du 5 mars 2015 de la Cour de Justice de l'Union européenne que la fusion-absorption entraine la transmission à la société absorbante de la responsabilité pénale de la société absorbée par l'obligation de payer une amende infligée après la fusion pour des infractions commises par la société absorbée avant la fusion. Elle rajoute que conformément à cette décision, il doit être considéré, en l'espèce, que la fusion absorption ainsi opérée, en l'absence de liquidation, ayant pour effet de transférer, en les confondant, le patrimoine et la personnalité juridique de la première à la seconde, entraine la transmission de la responsabilité pénale de façon non contraire aux dispositions des articles 6 du code de procédure pénale et 121-2 du code pénal. La Cour a également précisé que dans le cas d'espèce, cette transmission est d'autant plus avérée par les caractéristiques de l'opération de fusion-absorption par une société qui était propriétaire de près de la moitié de la société absorbée et dont les dirigeants et les biologistes y travaillant étaient en même temps associés de la société absorbante et que cette identité des deux sociétés, absorbée et absorbante, montre que les personnes physiques qui les composent ne pouvaient ignorer, en tant qu'associés de la société absorbante, les agissements des personnes travaillant au sein de la société absorbée. La cour d'appel a

---

193 Cass. crim., 25 oct. 2016, n° 16-80.366 ; Cass. crim., 23 avril 2013, n° 12-83.244 ; Cass. crim., 14 oct. 2003, n° 02-86.376 ; Cass. crim., 20 juin 2000, n° 99-86.742.

194 B. LECOURT, « Les fusions de sociétés et le principe de personnalité de la responsabilité pénale », *Rev. Sociétés* 2015, p. 677.

195 *Ibid.*, citant « *CJUE 5 mars 2015, aff. C-343/13, D. 2015, pp. 735, et 1506, obs. C. MASCALA ; AJ pénal 2015, p. 493, obs. J. Lasserre Capdeville; Rev. sociétés 2015, p. 677, note B. Lecourt; RTD civ. 2015, p. 388, obs. H. Barbier; Bull. Joly 2015, p. 200, note A. Couret, et p. 393, note H. Le Nabasque* ».

déduit de ces considérations que la responsabilité pénale de la société absorbante est susceptible d'être engagée pour des infractions commises par la société absorbée. »[196]

Mais, par un arrêt du 25 octobre 2016 la Cour de cassation[197] s'est montrée ferme dans sa position en estimant :

> « Qu'en se déterminant dans les conditions ci-évoquées, la cour d'appel de Rennes a méconnu le sens et la portée de l'article 121-1 du code pénal qui ne peut s'interpréter que comme interdisant que des poursuites pénales soient engagées à l'encontre de la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée avant que cette dernière perde son existence juridique. »

Cette solution dictée par la rigueur du droit pénal ne tourne pas en faveur d'une lutte efficace contre le déséquilibre contractuel dans la mesure où le droit pénal en général et le droit pénal de la concurrence en particulier ne voient pas dans la fusion absorption une certaine continuité juridique. Au regard du droit pénal de la concurrence, la fusion absorption donne naissance à une nouvelle entité juridique. Elle opère un transfert du patrimoine de l'entité absorbée vers celle absorbante. N'étant pas un élément du patrimoine, la responsabilité pénale ne se transmet pas contrairement à la responsabilité civile[198]. La fusion fait disparaître la société absorbée par sa dissolution dans la société absorbante sans qu'il y ait lieu de procéder à sa liquidation. Suite à cette opération, la société absorbée perd son existence juridique et ne pourra par conséquent plus faire l'objet de poursuites pénales.

62. L'absence d'harmonie entre sanctions pénales et administratives. Le droit de la concurrence met en place une palette de sanctions pour lutter contre le déséquilibre contractuel. L'idée à la base est sans doute de parvenir à une lutte efficace dans ce domainne. Mais, cette lutte ne saurait porter ses fruits que lorsqu'il existe une articulation harmonieuse entre les différents régimes de sanction. Une simple discordance entre deux régimes de sanction peut gravement influer sur l'efficacité de la lutte contre le déséquilibre contractuel. Or, force est de constater que les sanctions pénales peuvent se heurter aux programmes de clémence. En effet, l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle peut, sur le fondement de l'article L. 464-2 du code de commerce, prétendre à la réduction du montant de la sanction pécuniaire s'il ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés. Il peut aussi demander une exonération partielle ou totale des sanctions pécuniaires s'il contribue avec d'autres membres de la pratique anticoncurrentielle à établir la réalité de la pratique

---

196 « Interdiction d'engager des poursuites pénales à l'encontre de la société absorbante pour… », https://www.ah-avocats.fr/interdiction-dengager-des-poursuites-pnales-lencontre-de-la-socit-absorbante-pour/, consulté le 21 avril 2018.

197 Cass. crim., 25 oct. 2016, n° 16-80.366.

198 D. VICH-Y-LLADO, « La responsabilité pénale des personnes morales en cas de fusion », *JCP E* mai 2001, n° 20, 838.

prohibée et à identifier ses auteurs en apportant des éléments d'information dont l'Autorité ou l'administration ne disposaient pas antérieurement. Or, ces considérations ne sont pas prises en compte par le juge pénal. En conséquence, le bénéficie d'une clémence sur le fondement de l'article L. 464-2 du code de commerce ne constitue pas un bouclier contre d'éventuelles poursuites pénales. Pour qu'il y ait donc une lutte efficace contre le déséquilibre contractuel, le législateur doit mettre en harmonie les sanctions pénales avec celles administratives.

§ 2. LE RAJOUT DE SANCTIONS ADMINISTRATIVES

63. **Leur finalité de protection de l'ordre public économique.** Suite à la dépénalisation du droit de la concurrence, on a assisté à un accroissement des sanctions administratives dans ce corps de règles. C'est donc dire que ces sanctions font partie des réponses que le droit de la concurrence apporte au déséquilibre contractuel. Elles partagent la même finalité que les sanctions pénales. La reconnaissance d'importants pouvoirs aux instances de contrôle est une manière pour le législateur de traduire sa volonté de renforcer la protection du libre jeu concurrentiel. Peu importe l'angle sous lequel on se situe, les sanctions administratives sont toujours conditionnées par l'existence d'un dommage à l'économie. Ce qui témoigne de leur finalité de protection de l'ordre public économique.

64. **Leur indifférence au déséquilibre contractuel.** Les sanctions administratives du droit de la concurrence sont orientées vers la protection du libre jeu de la concurrence. En conséquence, elles présentent une certaine indifférence au déséquilibre contractuel. On peut s'en rendre compte en observant leur configuration et les modalités de leur mise en œuvre. Les sanctions administratives du droit de la concurrence ne s'appliquent que lorsqu'il y a une atteinte au libre jeu de la concurrence. Peu importe, la gravité du déséquilibre contractuel, son auteur ne sera pas sanctionné si la pratique en cause n'épouse pas la forme d'un manquement concurrentiel. Dans l'hypothèse où le déséquilibre contractuel résulterait d'un manquement concurrentiel, il est à relever que la victime n'est pas admise à demander aux instances de contrôle l'application des sanctions administratives à l'auteur de la pratique illicite. Il en résulte que seuls les défenseurs naturels de l'ordre public économique peuvent demander au juge compétent la mise en œuvre de ces sanctions. Étant orientées vers la protection de l'ordre public économique (A), les sanctions administratives du droit de la concurrence ne militent pas, a priori, en faveur de la restauration de l'équilibre contractuel (B) dans les rapports entre professionnels.

A. Leur finalité de protection de l'ordre public économique

65. **La protection par la prévention.** Les sanctions administratives, par leur effet dissuasif, permettent de prévenir la réitération du dommage causé à l'économie. Elles sont prononcées par l'autorité administrative de régulation qui, sur le fondement de l'article L. 464-2 du code de commerce, détermine leur montant proportionnellement « *à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées* ». La variabilité du montant de l'amende en fonction des données que les auteurs de contrats anticoncurrentiels ne sont pas susceptibles de maîtriser participe de la volonté du législateur de faire de cette sanction un véritable instrument de prévention des atteintes au marché. Cela résulte même des dispositions du texte précité, lesquelles précisent que le montant de l'amende tient compte de l'éventuelle réitération de la pratique anticoncurrentielle. La réitération s'apparente à une « *circonstance aggravante* »[199] dans la mesure où elle révèle que le précédant constat d'infraction et la sanction pécuniaire dont il était assorti ne parvenaient pas à conduire le contrevenant à respecter les règles du droit des pratiques anticoncurrentielles. En cas de réitération de la pratique illicite, l'Autorité de la concurrence peut augmenter le montant de l'amende. Ce qui fait que l'auteur d'un contrat anticoncurrentiel qui a déjà fait l'objet d'une sanction pécuniaire encourt le risque de se voir infligé une amende beaucoup plus importante s'il remet en œuvre la pratique pour laquelle il a été préalablement sanctionné. La sanction pécuniaire lui impose donc une certaine retenue. Celui-ci prendra minutieusement le temps de bien réfléchir avant de remettre en œuvre une pratique anticoncurrentielle. On voit là que tout a été fait par le législateur pour prévenir les atteintes au marché. Ce qui nous paraît tout à fait raisonnable car « *mieux vaut prévenir que guérir* ». Les sanctions pécuniaires font planer un risque conséquent aux éventuels auteurs de contrats anticoncurrentiels. La contrainte générée par ce risque ne peut être que favorable à la prévention des atteintes au marché en ce qu'elle pousse ses acteurs à plus de retenue que d'action. Par ailleurs, les sanctions pécuniaires peuvent également servir d'instruments de correction des dommages causés à l'économie, et c'est uniquement lorsqu'il y a une atteinte au marché que l'on peut véritablement apprécier ce volet.

66. **La protection par la correction.** La correction des atteintes au marché fait également partir des finalités des sanctions administratives. Il est d'ailleurs impossible d'extraire de ces sanctions cette dimension correctrice. Cette correction se fait de plusieurs façons.

---

199 M. CHAGNY, « Abus de position dominante sur le marché de l'Internet à haut débit : entre sévérité et mansuétude », *Communication commerce électronique* nov. 2007, n° 11, comm. 134.

67. La correction par l'amende. L'article L. 464-2 du code de commerce met à la disposition de l'Autorité de la concurrence le pouvoir de prononcer des amendes. L'amende ainsi mise à la disposition de l'autorité de régulation de la concurrence s'apparente à une sanction financière qui a pour finalité, non pas de rétablir l'équilibre financier du contrat anticoncurrentiel, mais de corriger l'atteinte au marché, c'est-à-dire le dommage causé à l'économie. Cela est d'autant plus vrai que dans la détermination de son montant, il n'est pas tenu compte de l'ampleur des conséquences financières du déséquilibre contractuel sur l'une des parties, mais plutôt de « *la gravité des faits reprochés* », de « *l'importance du dommage causé à l'économie* », de « *la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné* » ou « *du groupe auquel l'entreprise appartient* ». L'appréciation de la gravité de l'atteinte au marché exige à ce que l'autorité de régulation de la concurrence tient compte d'un certain nombre de paramètres en fonction de leur pertinence. De façon concrète, il est tenu compte de la nature des infractions en cause et des faits retenus pour les caractériser, la nature des secteurs et des activités concernées et du poids économique des contrevenants et les différentes caractéristiques de l'infraction. L'appréciation de l'étendu du dommage causé à l'économie ne nécessite pas de la part de l'Autorité de la concurrence de tenir compte de l'équilibre ou non des contrats anticoncurrentiels. Elle nécessite plutôt la vérification de tous les aspects de l'atteinte au marché pour pouvoir faire supporter aux entreprises responsables les conséquences financières de leurs actes. L'article L. 464-2 du code de commerce lui exige aussi de prendre en compte l'ampleur des infractions, les marchés en cause et les conséquences de la pratique sur ces marchés. Il lui est également exigé de prendre en compte la réitération de la pratique anticoncurrentielle pour la détermination du montant de l'amende afin de mieux corriger le dommage causé à l'économie. Au final, il convient de retenir que l'amende prononcée par l'autorité administrative de régulation a pour vocation de corriger les conséquences financières du dommage résultant de la pratique anticoncurrentielle. Le prononcé de cette sanction est souvent accompagné d'injonctions de cessation de la pratique prohibée.

68. La correction par l'injonction. Le rétablissement du libre jeu de la concurrence nécessite de reconnaître aux autorités de contrôle des pouvoirs leur permettant d'ordonner la cessation des pratiques illicites. C'est en ce sens que l'article L. 464-2 du code de commerce reconnaît à l'Autorité de la concurrence d'importants pouvoirs d'injonction. Cette reconnaissance n'est pas dépourvue de sens dans la mesure où les injonctions constituent un excellent moyen de faire cesser les atteintes au marché. Ainsi, l'Autorité de la concurrence se voit reconnaître le pouvoir d'ordonner aux auteurs de contrats anticoncurrentiels de mettre fin dans un délai déterminé aux pratiques illicites en cause. Dans cette logique de protection du marché, il lui est également reconnu le pouvoir

d'imposer à l'auteur des contrats anticoncurrentiels des engagements ou conditions particulières afin que ce dernier se conforme aux règles de jeu du marché. Par là, il faut dire que l'exorbitance des pouvoirs reconnus à l'Autorité de la concurrence est à la hauteur de la gravité des atteintes susceptibles d'être causées au marché.

69. La variété des injonctions. Destinées à « *faire cesser le dommage au processus concurrentiel et à rétablir le bon fonctionnement de ce processus sur le marché en cause* »[200], les injonctions mises à la disposition de l'Autorité de la concurrence peuvent être des « *injonctions de cessation ou d'abstention* » qui impliquent « *des obligations de ne pas faire* », ou des « *injonctions de modification qui imposent des obligations de faire* »[201]. La première catégorie d'injonctions est destinée à faire cesser « *les pratiques manifestement anticoncurrentielles* »[202]. Par ces pratiques, il convient d'entendre celles qu' « *aucune modification ne saurait rendre conforme au droit de la concurrence* »[203]. La deuxième catégorie d'injonctions est destinée à des pratiques susceptibles d'être sauvées par des mesures adaptatives[204].

70. Leur force exécutoire. Les injonctions mises à la disposition de l'Autorité de la concurrence sont globalement dotées d'une force exécutoire immédiate. En conséquence, leur non-exécution expose son auteur à des sanctions pécuniaires supplémentaires. En effet, lorsque l'autorité de régulation de la concurrence constate que sa décision n'est pas exécutée, elle peut, sur le fondement de l'article L. 464-2, alinéa 2, du code de commerce « *infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement* ». Elle peut aussi infliger aux intéressés :

> « Des astreintes dans la limite de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen, par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe, pour les contraindre à exécuter une décision les ayant obligés à mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles, à exécuter une décision ayant imposé des conditions particulières ou à respecter une décision ayant rendu un engagement obligatoire en vertu du I de l'article L. 464-2 du code de commerce. »

L'astreinte constitue donc une mesure efficace à la disposition de l'Autorité de la concurrence pour faire respecter ses décisions[205] afin de mieux assurer le libre jeu du processus concurrentiel. Elle facilite l'exécution de ses décisions et favorise la correction de

---

200 N. DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, 2000, PUP, coll. Collection Études, n° 339, p. 248.

201 *Ibid.*, n° 340, p. 248.

202 *Ibid.*, citant à la note 89 le « *Rapport du Conseil de la concurrence pour 1992, p. 63* ».

203 *Ibid.*

204 *Ibid.*

205 A. SIX, « L'astreinte en droit des affaires : une mesure souvent efficace pour obtenir l'exécution », http://www.village-justice.com/articles/ASTREINTE-droit-des-affaires-une-mesure-souvent-efficace-obtenir-execution,24312.html, 22 févr. 2017, consulté le 16 juin 2017.

l'atteinte au marché. Cependant, l'astreinte n'est pas la seule mesure à pouvoir jouer ce rôle. Les mesures de publication sont également des moyens de correction du dommage causé à l'économie.

71. La correction par les mesures de publication. Après avoir sanctionné les auteurs de pratiques illicites, l'Autorité de la concurrence peut, au frais de la personne intéressée, ordonner sur le fondement de l'article L. 464-2 du code de commerce la publication de sa décision. Cette mesure administrative est laissée à sa libre appréciation. L'Autorité de la concurrence peut l'ordonner si elle l'estime suffisante pour obtenir le rétablissement du processus concurrentiel sur le marché en cause. Ces mesures de publication participent de la correction des atteintes au marché. Pour les entreprises sanctionnées, la mesure de publication est un excellent moyen de les contraindre à adopter un comportement conforme aux règles de jeu de la concurrence contribuant de ce fait au rétablissement du mécanisme concurrentiel. Pour les autres acteurs du marché, la mesure de publication est un moyen de communication qui permet à l'Autorité de la concurrence de les inviter à adopter leur comportement sur le marché s'ils ne veulent pas tomber sous le coup de l'amende prévue à cet effet. Sans doute, les entreprises qui ne souhaitent pas avoir à endosser les conséquences financières de la sanction vont en profiter pour revoir à la norme leur comportement sur le marché. Par ailleurs, les répercussions négatives de la mesure de publication sur l'image de marque d'une entreprise font de cette sanction un excellent moyen de rétablissement de l'ordre concurrentiel. Dire que les sanctions administratives ont pour finlité de protection de l'ordre public économique c'est en partie reconnaître leur indifférence au déséquillibre contractuel

B. Leur indifférence au déséquilibre contractuel

72. L'exclusion de la protection contre le déséquilibre contractuel dans la finalité des sanctions administratives. Les sanctions administratives du droit des pratiques anticoncurrentielles ont pour finalité la préservation du libre jeu de la concurrence. Cela se justifie par le fait que leur mise en œuvre est conditionnée par une atteinte au libre jeu de la concurrence. L'atteinte à la concurrence ne correspondant pas à l'atteinte à l'équilibre contractuel, il en résulte que les victimes de déséquilibres contractuels résultant d'un contrat anticoncurrentiel ne se voient pas reconnaître la possibilité de demander au juge compétent la condamnation du coupable au paiement d'une amende suivie de la publication de la décision dans un quelconque support d'information. Il est vrai qu'en matière pénale, les victimes ont, pour la plupart du temps, le droit de déclencher l'action publique en se constituant partie civile. Cette possibilité est de nature à augmenter l'efficacité des textes répressifs. Mais en droit de la concurrence, force est de constater que

la victime d'un contrat anticoncurrentiel n'est pas admise à demander à ce que son auteur soit condamnée à payer une amende ou à une mesure de publication. Sa demande ne peut porter que sur les sanctions autres qu'administratives. Cela peut paraître gênant dans la mesure où la victime d'une pratique contraire au droit de la concurrence est la mieux placée pour détecter une telle pratique puisque c'est elle qui vit en premier lieu les conséquences dommageables de celle-ci. Le droit de la concurrence ne le conçoit pas de cette manière car la protection du libre jeu de la concurrence l'intéresse plus que celle contre le déséquilibre contractuel. Cela peut être justifié à deux niveaux.

73. **En droit des pratiques anticoncurrentielles.** Il n'est mis à la disposition de la victime d'un déséquilibre contractuel que la seule possibilité de demander la nullité de son contrat, sanction à laquelle s'ajoute éventuellement la responsabilité civile de l'auteur de la pratique déséquilibrante. La victime ne peut en aucune façon demander à la juridiction saisie le prononcé d'une sanction administrative en ce sens que cela relève exclusivement de la compétence de l'Autorité de la concurrence Celle-ci « *peut* », sur le fondement de l'article L. 464-2 du code de commerce

> « Ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé, imposer des conditions particulières et infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions soit en cas de non-respect des engagements qu'elle a acceptés. »

Il en résulte que lorsqu'une victime de déséquilibre contractuel souhaite bénéficier de l'apport des sanctions administratives, elle doit impérativement se départir de son juge naturel du contrat pour saisir l'Autorité de la concurrence, juge par excellence du libre jeu de la concurrence. Mais, le bémol réside dans le fait que l'Autorité de la concurrence n'est pas obligée de prononcer ces sanctions. La victime a beau la saisir, formulé ses demandes de correction et de sanction du déséquilibre dont elle souffre mais l'autorité de régulation n'est pas obligée de donner une suite à sa demande. Le succès de cette demande n'est pas conditionné par l'ampleur des conséquences financières du déséquilibre contractuel sur elle mais par l'ampleur des conséquences du contrat anticoncurrentiel sur le marché en cause. Le prononcé des sanctions administratives est donc conditionné par le degré de l'atteinte au libre jeu de la concurrence. Lorsque l'atteinte au marché est d'une particulière gravité, l'Autorité de la concurrence met en œuvre les sanctions administratives à sa disposition. En revanche, lorsque celle-ci est insignifiante, elle se garde de les mettre en œuvre, peu importe que le contrat anticoncurrentiel en cause soit significativement déséquilibré pour l'une des parties. C'est dire que l'autorité de régulation de la concurrence a pour mission exclusive de veiller à la préservation de l'ordre concurrentiel. La préservation de l'équilibre contractuel ne relève pas de sa mission. C'est d'ailleurs pour cette raison que la loi lui reconnait la faculté de juger de l'opportunité ou des sanctions administratives. Cependant, la mise en

œuvre de ses sanctions administratives n'est pas sans conséquences sur les stipulations contractuelles. En imposant aux auteurs de contrats anticoncurrentiels de se conformer au droit des pratiques du même nom, l'Autorité de la concurrence contribue à sa manière à l'instauration de l'équilibre contractuel. Mais à vrai dire, la mise en œuvre de ces prérogatives concourt plus à la protection de l'ordre public qu'à la protection contre le déséquilibre contractuel. Les injonctions de modification du contenu du contrat anticoncurrentiel répondent à une logique de protection du marché en ce qu'elles recherchent la conformité de ce contrat à l'ordre concurrentiel[206]. Grâce à son pouvoir d'injonction, l'Autorité de la concurrence s'en prend aux stipulations contractuelles qui ne s'y conforment pas. Loin d'instaurer directement un équilibre contractuel, ce pouvoir d'injonction bouleverse à la longue le jeu des relations contractuelles. Il remet en cause certains piliers fondamentaux de notre droit des contrats comme la liberté de contracter ou de ne pas contracter, la liberté de définir librement le contenu du contrat et la force obligatoire qui en découle[207]. L'exorbitance des pouvoirs de l'autorité de régulation de la concurrence est donc justifiée par la nécessité de protéger l'ordre concurrentiel. C'est d'ailleurs pour cette raison que le droit de la concurrence continue à être présenté comme

> « Une machine de guerre dirigée contre le droit des obligations, au moins un ferment dissolution de celui-ci. »[208]

En l'absence d'un trouble à l'ordre public par un contrat déséquilibré, les sanctions administratives du droit de la concurrence n'auront pas vocation à s'appliquer. C'est pour cette raison qu'en droit des pratiques anticoncurrentielles l'application des sanctions administratives est laissée à la libre appréciation de l'Autorité de la concurrence qui tient compte l'ampleur de l'atteinte à la concurrence pour agir.

74. **En droit des pratiques restrictives de concurrence.** Le droit des pratiques restrictives de concurrence est animé par cette même logique en ce qu'il ne reconnait à la victime le pouvoir d'invoquer les sanctions administratives. L'article L. 442-6, I, du code de commerce n'accorde pas à la victime la possibilité d'invoquer le prononcé des mesures administratives. Cette possibilité est accordée au ministre chargé de l'Économie et au ministère public qui, sur le fondement du III du texte précité, dispose de la faculté de demander au juge d'ordonner des injonctions de cessation de l'illicite. La victime d'un déséquilibre contractuel résultant d'une pratique restrictive de concurrence n'est pas

---

206 R. POESY, « Le Conseil de la concurrence, juge du contrat », *LPA* oct. 2000, n° 210, p. 4.

207 *Ibid.*

208 Y. GUYON, « Rapport de synthèse », in *Droit du marché et droit commun des obligations*, RTD com. 1998, p. 121.

habilitée à demander au juge à ce qu'il ordonne la cessation des pratiques déséquilibrantes. Elle n'est non plus habilitée à lui demander le prononcé d'une amende. Or, si le législateur lui avait reconnu ces facultés, cela aurait permis un meilleur traitement du déséquilibre contractuel en ce sens qu'en plus de la responsabilité qui a pour finalité la correction des conséquences financières de la pratique déséquilibrante, la victime pourrait également prétendre à l'éradication des sources de ce déséquilibre. Toutefois, il est possible de faire objection en arguant l'une des causes d'ineffectivité du droit des pratiques restrictives de concurrence qui est le fait que les victimes n'agissent pas pour engager la responsabilité civile de l'auteur des faits illicites par crainte de représailles économiques. Dès lors, si elles n'agissent pas pour demander la réparation des conséquences dommageables du fait illicite, elles ne vont pas a fortiori agir pour demander au juge la condamnation du coupable à une amende ou à ce qu'il ordonne au besoin, la cessation sous astreinte des pratiques déséquilibrantes. Cependant, même s'il est reconnu au ministre chargé de l'Économie un pouvoir d'action, il est à noter que jusqu'à présent ce pouvoir d'action n'a été exercé qu'à l'encontre des grandes enseignes. Il est donc nécessaire de reconnaitre à toutes les victimes la faculté de demander au juge l'application des sanctions administratives en complément des sanctions civile.

Conclusion du chapitre I

75. **Constatations.** Le droit de la concurrence ne souffre pas d'une carence de réponses au déséquilibre contractuel. Les diverses sanctions qu'il prévoit peuvent valablement servir à la lutte contre le déséquilibre contractuel. Mais, la diversité ne rime toujours pas avec l'efficacité. C'est pour cette raison que les réponses qu'il propose manquent parfois d'efficacité.

76. **Perspectives.** La recherche de l'efficacité de ces réponses doit être une préoccupation majeure. Le législateur doit davantage intégrer la protection du faible dans les règles de concurrence. Concrètement, cela doit se traduire par une reconfiguration suivie d'une redistribution des sanctions du droit de la concurrence de façon à lui permettre de poursuivre une double finalité de protection du marché et de ses acteurs. Les sanctions du droit de la concurrence doivent être reconfigurées pour permettre un traitement efficace du déséquilibre contractuel. À la place d'une nullité absolue qui serait à la fois préjudiciable à l'activité économique et à ses acteurs, il serait souhaitable que le législateur développe les alternatives à la nullité, c'est-à-dire ces sanctions qui favorisent le maintien du contrat en le purgeant de son contenu illicite. À ces sanctions protectrices contre le déséquilibre contractuel, doivent s'ajouter celles destinées à la protection de l'ordre public économique comme la responsabilité civile, celle pénale, les amendes et les mesures administratives. À la

place d'une responsabilité comme sanction principale, le législateur doit reconnaître à la victime le pouvoir d'invoquer les alternatives à la nullité histoire de lui offrir un traitement efficace contre le déséquilibre contractuel dont elle souffre. À ces sanctions alternatives doivent s'ajouter la responsabilité civile, la répétition de l'indu, la réputation de non écriture et l'amende civile. Une fois, les sanctions reconfigurées et redistribuées, le législateur doit s'assurer de la cohérence de leur mise en œuvre.

CHAPITRE II.

LE BOULEVERSEMENT DES RÈGLES DE COMPÉTENCE

77. Le juge naturel du contrat fortement dépouillé. La recherche de l'équilibre n'est pas l'apanage des relations contractuelles. Elle a son sens dans tous les aspects de la vie en société. La vie en société doit se faire suivant un certain équilibre. Cet équilibre doit non seulement gouverner les rapports entre les personnes qui la composent mais aussi leur dénouement en cas de conflits. La pertinence du rôle de notre justice réside dans l'équilibre de son organisation. Cet équilibre repose sur un système de monopole conférant un certain nombre de privilèges aux parties[209]. Dès lors qu'un litige porte sur la matière administrative, tous les esprits vont tourner vers le juge administratif qui dispose du monopole de ce contentieux. Dès lors qu'un litige entre particuliers porte sur la matière contractuelle, l'on pense ipso facto au juge de droit commun qui dispose de ce monopole. Dès lors qu'un litige porte sur la matière pénale, l'on sait sans nul doute qu'il relève de la compétence du juge pénal. Ce faisant, le contentieux du droit de la concurrence ne répond pas à cet équilibre organisationnel. La lecture de son organisation révèle un certain bouleversement de l'ordre des choses. Dans le contentieux du droit de la concurrence, il s'opère une sorte de dépouillement des compétences traditionnelles. Ce n'est pas parce que le déséquilibre contractuel a trait à la matière contractuelle qu'il relève forcément du monopole du juge du contrat. Le droit de la concurrence dépouille ce dernier d'un pan important de sa compétence pour l'attribuer à des juridictions dont les compétences sont inadaptées à ce genre de contentieux.

78. Le juge étranger au contentieux du contrat fortement investi. La spécificité du droit de la concurrence peut s'apprécier à travers les juridictions chargées de garantir l'effectivité de la mise en œuvre de ses règles. Vecteur par excellence de l'ordre public économique, le droit de la concurrence fait intervenir dans sa mise en œuvre des instances administratives à compétences variées. En conséquence, une bonne partie du contentieux du déséquilibre contractuel échappe au juge naturel du contrat pour être gérée par une instance de régulation à compétence juridictionnelle. Ce dépouillement de compétence tient du fait que le droit de la concurrence poursuit une mission de protection de l'ordre public et nécessite

---

209 J.-F. LAFAIX, « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », *RFDA* 2010, p. 1089.

la mise sur pied d'une juridiction particulière. Faisant de celle-ci et non du juge judiciaire, le juge naturel du contrat c'est-à-dire celui appelé à connaître du contentieux du déséquilibre contractuel. Ce nouveau juge du contrat s'est vu reconnaître d'importants pouvoirs[210] lui permettant de remodeler à sa guise le contenu du contrat et de participer concrètement à la réécriture de certains contrats[211]. Il a comme collègue le juge pénal qui intervient également dans le contentieux du déséquilibre contractuel pour sanctionner la violation des règles du droit pénal de la concurrence. Il a également comme collègue le juge administratif[212] qui a tendance à prendre une certaine ascension dans ce contentieux à l'origine purement privé. Il en résulte que le droit de la concurrence opère un bouleversement des règles de compétence. Ce bouleversement s'est traduit par une restriction de compétences des juridictions traditionnelles (Section I) suivie d'un partage de compétence avec des juridictions inhabituelles (Section II).

SECTION I.
LA RESTRICTION DE COMPÉTENCE DES JURIDICTIONS TRADITIONNELLES

79. Une restriction en deux temps. S'il y a un adage que les pouvoirs publics français n'ont pas manqué de suivre c'est bien celui selon lequel :

> « Cent fois sur le métier remettra… la spécialisation. »[213]

Cela s'est matérialisé par la prise de deux lois, d'une ordonnance et de deux décrets d'application[214] pour confier le contentieux de la concurrence à un nombre de juridictions bien limité.

---

210 V. R. SALOMON, « Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes en matière économique et financière et les garanties fondamentales, *Droit des sociétés* août 2000, n° 8-9, chron. 17.

211 L. BOY, « Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence », *Contrats, conc. consom.* nov. 2004, n° 11, étude 6.

212 M. CHAGNY, « La résistible ascension du juge administratif dans le droit de la concurrence ? », *AJCA* 2015, p. 289 où l'auteure précise qu' « *À rebours de la volonté législative clairement exprimée, dans le passé, de placer le juge judiciaire, gardien des libertés individuelles, au centre de la mise en œuvre du droit de la concurrence, en lui confiant l'examen des recours formés contre les décisions de l'autorité française de la concurrence, ainsi que de celle, manifestée par le législateur européen, de faire se développer le contentieux civil des pratiques anticoncurrentielles, on assiste, texte après texte, au retour du juge administratif dans le droit français de la concurrence* ».

213 M. CHAGNY, « Restriction de compétence matérielle et droit de la concurrence », *Procédures* avril 2011, n° 4, dossier 10.

214 Décret n° 2005-1756, 30 déc. 2005 fixant la liste et le ressort des juridictions spécialisées en matière de concurrence, de propriété industrielle et de difficultés des entreprises : Journal Officiel du 31 Décembre 2005 ; C. com., art. R. 420-3 et s. Décret n° 2009-1384, 11 nov. 2009 relatif à la spécialisation des juridictions en matière de contestation de nationalité et de pratiques restrictives de concurrence : Journal Officiel du 15 Novembre 2009 ; C. com., art. D. 442-3 et s.

80. **Dans un premier temps.** Le législateur a confié les litiges relatifs au droit des pratiques anticoncurrentielles à des juridictions spécialisées par le biais de la loi dite NRE en date du 15 mai 2001 ayant introduit l'article L. 420-7 dans le code de commerce. Aux termes de cette disposition

> « Tous les litiges relatifs à l'application des règles contenues dans les articles L. 420-1 à L. 420-5 du code de commerce et ceux dans lesquels ces dispositions sont invoquées sont attribués, selon le cas, aux tribunaux de grande instance ou aux tribunaux de commerce dont la liste a été fixée par décret, sans préjudices des articles L. 420-6, L. 420-8, L. 463-1 à L. 463-4, L. 463-6, L. 463-7 et L. 464-1 à L. 464-8 du code de commerce. »[215]

81. **Dans un second temps.** Le législateur a étendu cette spécialisation en droit des pratiques restrictives de concurrence par le biais de la loi dite LME en date du 4 août 2008 ayant donné naissance à l'article L. 442-6, III, du code de commerce selon lequel :

> « Les litiges relatifs à l'application du présent article sont attribués aux juridictions dont le siège et le ressort sont fixés par décret. »

La spécialisation ainsi opérée fonde l'exclusivité de la compétence des juridictions choisies (§ 1). Toute juridiction non choisie n'est pas fondée à connaître du contentieux du droit de la concurrence (§ 2).

§ 1. LA SEULE COMPÉTENCE DES JURIDICTIONS SPÉCIALISÉES

82. **Une compétence exclusive, sujette à contestations.** La reconnaissance d'une compétence exclusive aux juridictions spécialisées a des avantages dans le traitement du déséquilibre contractuel en droit de la concurrence. Elle permet, pour le moins que l'on puisse dire, une simplification du contentieux du droit de la concurrence, lequel est perçu comme étant à la fois complexe et technique car consacrant une large place à l'analyse économique[216]. Elle permet aussi un accroissement de la connaissance mais surtout de l'aptitude[217] des juridictions concernées. Ce qui est favorable à l'effectivité de l'application du droit de la concurrence mais aussi à la « *construction collective de la pratique judiciaire et de la jurisprudenc*e »[218]. La reconnaissance d'une compétence exclusive aux juridictions spécialisées a certes des avantages mais ces avantages ne sauraient masquer ses inconvénients. Le choix

---

215 Cette spécialisation arrêtée dans son principe pour le droit interne de la concurrence a par la suite été étendue en 2004 au droit de l'union européenne par l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 modifiant l'article L. 420-7 du code de commerce ajoutant ainsi dans la compétence des juridictions spécialisées les litiges relatifs à l'application des règles contenues dans les articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne et ceux dans lesquels ces dispositions sont invoquées.

216 M. CHAGNY, « Restriction de compétence matérielle et droit de la concurrence », *Procédures* avril 2011, n° 4, dossier 10.

217 *Ibid.*

218 *Id.*, « Le juge (du fond) est-il régulateur ?, *AJCA* 2015, p. 489.

opéré par les pouvoirs publics de confier le contentieux du droit de la concurrence à des juridictions spécialisées n'est rien d'autre que celui de la « *concentration* »[219]. Le nombre très limité des juridictions choisies et la centralisation des appels devant la cour d'appel de Paris n'ont pas manqué de surprendre[220] ceux qui espéraient le développement au niveau national d'une certaine « *culture de concurrence* »[221]. La restriction de compétence ainsi opérée ne peut aller qu'avec un certain nombre de difficultés liées à sa mise en œuvre.

83. Une compétence exclusive, source de difficultés pour les plaideurs. La reconnaissance d'une compétence exclusive aux juridictions spécialisées peut être à l'origine de lenteurs administratives. En effet, avec la centralisation des appels devant la cour d'appel de Paris, le risque d'assister à un engorgement de cette juridiction devient aussi réel que le risque d'éloigner la justice de ses justiciables[222]. Au-delà, on peut rajouter l'idée selon laquelle la reconnaissance d'une compétence exclusive aux juridictions spécialisées peut être utilisée par certains plaideurs aguerri à des fins dilatoires pour mettre davantage de « *cailloux procéduraux dans les bottes des victimes* »[223] d'abus contractuels. Pour conclure, on retiendra que la spécialisation des juridictions en droit de la concurrence présente indéniablement des avantages (A) même si on lui colle parfois un certain nombre d'inconvénients (B).

A. Les avantages de la spécialisation

84. De façon générale. Dérivée du verbe se spécialiser, la spécialisation est définie comme le fait :

> « D'affecter quelque chose ou quelqu'un à un rôle, à une fonction ou à un usage spécial. »[224]

---

219 M. CHAGNY, « Restriction de compétence matérielle et droit de la concurrence », *Procédures* avril 2011, n° 4, dossier 10.

220 L. IDOT, « Nouvel épisode de l'adaptation du droit français au règlement n° 1/2003 : convergence confirmée, mais surtout centralisation surprenante ! », *Europe* févr. 2006, n° 2, alerte 5.

221 M. CHAGNY, « Restriction de compétence matérielle et droit de la concurrence », *Procédures* avril 2011, n° 4, dossier 10 citant « *C. LEMAIRE, D. BLANC, « Un nouvel essor des relations entre le Conseil de la concurrence et les juridictions en droit de la concurrence », JCP E 2006, 2590 ; C. NOURISSAT, « Les juges lyonnais sont-ils bêtes ? (À propos des décrets du 9 octobre 2009 relatif à la compétence en matière de propriété intellectuelle et du 11 novembre 2009 relatif à la compétence en matière de pratiques restrictives de concurrence), Procédures févr. 2010, n° 2, alerte 6* ».

222 C. BLÉRY et C. ALLEAUME, « Des difficultés causées par le décret du 11 novembre 2009 en matière de compétence territoriale », *JCP E* mars 2012, 1164.

223 R. AMARO, « De quelques cailloux procéduraux dans les bottes des victimes de pratiques anticoncurrentielles…Les questions de compétence matérielle laissées sans réponse », *Contrats, conc. consom.* n° 3, mars 2015, étude 4.

224 http://www.toupie.org/Dictionnaire/Specialisation.htm, consulté le 10 mai 2018.

Elle peut également signifier le fait pour une personne de « *se cantonner dans une branche spéciale d'études ou d'activités* »[225]. C'est ainsi que l'on voit certains étudiants se spécialiser en droit public d'autres en droit privé, des professeurs se spécialiser en droit de la concurrence, d'autres en droit des obligations, des avocats se spécialiser dans le contentieux social, d'autres dans le contentieux environnemental. L'objectif poursuivi étant bien évidemment de développer une certaine compétence dans leur domaine respectif de spécialisation. Ainsi présentée, la spécialisation n'est rien d'autre que :

> « L'action ou le fait de rendre compétent quelqu'un dans un domaine, un travail ou une activité particulière. »[226]

L'étudiant, le professeur ou l'avocat qui se spécialise dans un domaine particulier du droit a pour objectif de « *se rendre compétent dans ce domaine, avec le but de l'approfondir, de le maîtriser, de s'y perfectionner* »[227]. La spécialisation n'est pas l'apanage des juristes. On la retrouve également dans les activités de production. En ce domaine, la spécialisation n'a pour autre objectif que de :

> « Restreindre le domaine ou le champ d'action de quelque chose à une activité spéciale, particulière, en général dans le but de la rendre plus performante dans l'activité choisie. »[228]

Ainsi par exemple, il serait absurde que toutes entreprises présentes sur le territoire d'un même pays se lancent dans la même activité. Ce qui est raisonnable, c'est de trouver dans un pays des entreprises spécialisées dans des activités de productions, d'autres de ventes, d'autres de prestations de services. L'intérêt qu'ont les entreprises de se spécialiser réside dans le fait que la spécialisation « *conduit celles-ci à se focaliser sur un unique domaine d'activité pour en avoir la maîtrise et profiter de l'expérience qu'elle a pu acquérir et des compétences spécifiques et complémentaires dont elle dispose* »[229]. Au sein même des entreprises, la spécialisation constitue le meilleur moyen d'organisation du travail. Elle permet à ce que :

> « Chaque personne, affectée à une machine, y répète la même tâche. »[230]

Ce qui favorise non seulement « *une haute productivité* »[231] mais aussi et surtout l'accroissement des expériences dans le domaine de spécialisation. La spécialisation permet

---

225 *Ibid.*

226 *Ibid.*

227 *Ibid.*

228 *Ibid.*

229 *Ibid.*

230 J.-L. PEAUCELLE, « Vices et vertus du travail spécialisé », *Annales des Mines - Gérer et comprendre*, 2009/3 (N° 97), p. 28-38. DOI : 10.3917/geco.097.0028. URL : https://www-cairn-info.ressources.univ-poitiers.fr/revue-gerer-et-comprendre1-2009-3-page-28.htm.

231 *Ibid.*

d'opérer une division du travail. Elle peut être horizontale tout comme verticale. La spécialisation horizontale :

> « Est le découpage des tâches d'un processus de fabrication en différentes activités selon l'ordre séquentiel de leur réalisation. »[232]

Elle a pour but l'amélioration de la productivité. Celle verticale :

> « Est la séparation stricte des responsabilités entre les activités de production, de conception et de contrôle. »[233]

Ce type de spécialisation renvoie au schéma d'une organisation hiérarchique. Il en résulte que la spécialisation est une nécessité pour la bonne marche de l'économie d'un pays. Même les États sont tenus de se spécialiser dans des domaines de production pour favoriser leurs développements économiques. La spécialisation se révèle donc nécessaire voire incontournable. Il est d'ailleurs enseigné dans la théorie économique que :

> « Un pays a tout avantage à se spécialiser dans la production de biens ou de services où il est le plus compétitif. Il fait ainsi jouer ses avantages comparatifs et prend ainsi bonne place dans la compétition internationale. »[234]

Il relève de l'intelligence économique que pour avoir une place dans la concurrence internationale[235] :

> « Chaque pays doit savoir ce qui se passe sur le marché mondial. Afin de créer de nouveaux avantages comparatifs, chacune de ses entreprises doit connaître à la fois l'évolution des besoins et l'état de la recherche chez ses principaux concurrents. »[236]

Ainsi, chaque pays doit, pour assurer sa survie économique, développer sa propre stratégie de spécialisation. Cette spécialisation constitue :

---

232 http://www.toupie.org/Dictionnaire/Specialisation.htm.

233 *Ibid.*

234 S. MADAULE, « Spécialisation ou diversification économiques ? », *https://www.la-croix.com/Archives/2015-05-12/Specialisation-ou-diversification-economiques-Stephane-Madaule-essayiste-2015-05-12-1311783*, consulté le 10 mai 2018.

235 H. HENNER, « La spécialisation international de l'économie française », *https://www.persee.fr/doc/reco_0035-2764_1976_num_27_1_408248#reco_0035-2764_1976_num_27_1_T1_0031_0000*, consulté le 10 mai 2018 où l'auteur affirme qu' « *il découle des analyses présentées par Ricardo puis par l'école suédoise (Heckscher-Ohlin), qu'un pays participant au commerce international se « spécialisera » en augmentant la production du bien pour lequel il est relativement avantagé (soit de par sa dotation factorielle, soit du fait de la productivité comparée du facteur travail), et délaissera la production pour laquelle il est désavantagé. L'ouverture au commerce mondial tend ainsi à modifier l'allocation des ressources à l'intérieur du pays, et la spécialisation peut être absolue (choix d'une monoproduction dans le cadre d'un modèle à deux biens et deux pays) ou relative (partielle), en fonction des quantités de facteurs libérés du fait de l'abandon progressif de la production désavantagée* ».

236 L. GÉRARD, « Pour une stratégie active de spécialisation », *Revue d'économie politique*, 2005/5 (Vol. 115), p. 657-666. DOI : 10.3917/redp.155.0657, https://www-cairn-info.ressources.univ-poitiers.fr/revue-d-economie-politique-2005-5-page-657.htm.

> « La condition requise pour qu'une économie nationale puisse progresser dans la hiérarchie des pays. Elle élargit sa marge de manœuvre, en élevant le paramètre qui détermine le taux de change réel en fonction de la demande intérieure relative. »[237]

85. **De façon particulière.** La spécialisation des juridictions en droit de la concurrence n'est pas dépourvue d'avantages. Elle se présente comme « *un facteur de progrès* »[238] dans la mise en œuvre du droit de la concurrence. En effet, le droit de la concurrence est un corps de règles à forte coloration économique. Sa mise en œuvre nécessite de la part du juge une ouverture au raisonnement économique. Le juge appelé à mettre en œuvre le droit de la concurrence est confronté à la manipulation de certaines notions économiques telle la notion d'efficience économique, celle de bien-être du consommateur ou d'entente. Or, ce travail nécessite une certaine compétence de sa part. La meilleure façon d'acquérir cette compétence relève de la pratique. Il ne fait pas de doute que plus un juge connaît un contentieux, plus il a tendance à bien le maîtriser. Réserver le contentieux de la concurrence à des juges spécialisés, c'est leur permettre d'être des spécialistes de ce contentieux. L'habitude pour le juge de connaître un contentieux est la meilleure manière d'accroître ses « *connaissances* »[239] et son « *aptitude* »[240]. Car, juger c'est avant tout une question d'aptitude et de connaissance. Un juge sans ces qualités n'inspire pas confiance. Or, nul besoin de fréquenter une faculté de droit pour savoir que :

> « La confiance dans la justice est un élément essentiel dans une démocratie. »[241]

La saper est d'une gravité qu'on ne peut mesurer. La cultiver est d'une importance capitale pour le bien-être de tous. Ainsi, si l'on se met à la place des justiciables, on ne peut que se féliciter de la spécialisation des juridictions en droit de la concurrence car celle-ci permet de renforcer la confiance qu'ils ont dans la justice. La spécialisation des juridictions en droit des pratiques anticoncurrentielles permet au juge de développer des aptitudes dans ce contentieux réputé technique. En effet, la mise en œuvre de ce corps de règles fortement à coloration économique requiert de la part du juge une certaine prouesse. Le juge qui se borne à appliquer le droit des pratiques anticoncurrentielles se heurte au raisonnement économique. Il doit donc pouvoir adopter ce raisonnement pour être à mesure de bien remplir sa mission. La spécialisation s'apparente ainsi comme la meilleure façon de

---

237 *Ibid.*

238 M. CHAGNY, « Restriction de compétence matérielle et droit de la concurrence », *Procédures* avril 2011, n° 4, dossier 10.

239 *Ibid.*

240 *Ibid.*, citant à la note n° 8 « *Simone ROZES, « Un profil nouveau pour les juges », in : Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, D. 1996, p. 435 et s.* ».

241 Propos de J.-B. JACQUIN, journaliste au « Le Monde » répondant aux propos de François Hollande sur la justice et les magistrats, www. lemonde.fr : la confiance dans la justice, consulté le 30 juin 2018.

développer l'aptitude et les connaissances du juge face à cette matière complexe[242]. Elle milite en faveur d'une « *meilleure administration de la justice* »[243]. Par ailleurs, le juge qui se borne à appliquer le droit des pratiques restrictives de concurrence se heurte à la manipulation d'un certain nombre de standards juridiques ayant pour finalité la protection de l'ordre public économique. En effet, la mise en œuvre de l'article L. 442-6 du code de commerce demande une certaine technique juridique car elle nécessite l'interprétation de certaines notions floues comme celles de déséquilibre significatif, d'avantages manifestement disproportionné, et de rupture brutale des relations commerciales. Réserver l'application de ce corps de règles à des juridictions spécialisées, c'est poser les garanties de son effectivité. Cependant, on peut faire objection en évoquant le fait que ce n'est pas parce que le droit des pratiques restrictives de concurrence regorge de standards juridiques qu'il faut forcément réserver sa mise en œuvre à des juridictions spécialisées. Le droit commun des contrats ne regorge-t-il pas autant de standards juridiques[244] que le juge de droit commun est appelé à appliquer ? Cependant, cette objection peut être balayée d'un revers de main lorsqu'on se rappelle que le droit de la concurrence ne se donne pas pour objectif le rétablissement de l'équilibre contractuel. Il a pour mission d'assurer le libre jeu de la concurrence. Son objectif est donc concurrentiel. Mais à côté de cet objectif, il poursuit d'autres objectifs comme « *la politique agricole, l'environnement, la santé, la solidarité* »[245]. La particularité de ces objectifs réside dans le fait qu'ils ne sont pas figés. Ils évoluent dans le temps. Dès lors, le juge ne peut les saisir que par recours « *au jeu des standards* »[246]. Ces standards lui donnent une marge de manœuvre lui permettant de mettre en œuvre les règles du droit des pratiques restrictives de concurrence. La spécificité de ces règles justifie donc la mise en œuvre de juridictions spécialisées. Il a également été soutenu que la création de juridictions spécialisée en droit des pratiques restrictives de concurrence traduit une volonté

---

242 C. PRIETO, « La lutte contre les pratiques anticoncurrentielles : l'élan donné par la loi sur les nouvelles régulations économiques, *Dr. et patrimoine* déc. 2001, n° 99 où l'auteur affirme que « *le droit de la concurrence est complexe, tant du point de vue de la technique juridique de l'analyse économique* ».

243 *Ibid.*

244 N. BLANC, « Le juge et les standards juridiques », *RDC* juin 2016, p. 394 où l'auteur compte « *neuf standards dans l'actuel Code civil, en son titre consacré aux contrats et obligations conventionnelles en général, contre quarante dans les nouveaux textes issus de l'ordonnance, dans le sous-titre 1e relatif au contrat. Evidemment, parmi les quarante, certains se répètent. Sans les doublons, on dénombre tout de même plus de vingt standards parmi lesquels on peut citer, pêle-mêle, la bonne foi, le délai raisonnable, la personne raisonnable, les attentes légitimes, le coût raisonnable, l'abus, l'excès manifeste, le déséquilibre significatif, la disproportion manifeste, la faute lourde, la faute dolosive, les conditions normales ou encore l'inexécution suffisamment grave* ».

245 A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, 2008, LGDJ, coll. Droit et Économie, 883 p, https://www-cairn-info.ressources.univ-poitiers.fr/revue-internationale-de-droit-economique-2008-3-page-395.htm, consulté le 11 mai 2018.

246 *Ibid.*

politique de voir appliquer véritablement l'article L. 442-6 du code de commerce et « *d'encourager un contrôle strict du comportement contractuel* »[247]. Il en résulte que la spécialisation constitue le meilleur moyen d'uniformiser la jurisprudence sur le fondement de ce texte. Elle permet « *d'éviter l'éparpillement du contentieux dans un trop grand nombre de juridictions* »[248], facilite l'action des instances étatiques appelées à agir sur le fondement de l'article L. 442-6 du code de commerce[249] et renforce l'effectivité du droit et la sécurité juridique des relations commerciales[250]. La spécialisation est une belle manière d'assurer l'efficacité de la mise en œuvre du droit de la concurrence. C'est peut-être pour cette raison qu'il a été recommandé de :

> « Poursuivre le mouvement de spécialisation des juridictions dans des matières complexes (propriété intellectuelle, droit de la concurrence, droit des sociétés, droit bancaire). »[251]

Mais, cette entreprise risquerait d'être vaine si elle ne s'accompagne pas « *d'un effort réel et soutenu de formation à l'égard des magistrats qui composent les formations appelées à juger du contentieux concurrentiel au sein de ces juridictions* »[252]. La formation des juges spécialisés est un besoin interne et européen. Au niveau interne, elle permettra sans doute de donner aux juges les moyens de résoudre les délicates questions liées à l'analyse économique du droit. Cette analyse suppose une délimitation du marché, une vérification de l'atteinte au marché, une évaluation du dommage concurrentiel et des mesures appropriées à prendre pour faire cesser les pratiques attentatoires au libre jeu de la concurrence. Au niveau européen, elle donne aux juges les moyens de leur intégration européenne. Aujourd'hui il est impossible d'être juge économique en Europe sans subir les contraintes de la spécialisation[253]. La

---

247 J-L. FOURGOUX, « Concurrence : la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, une révolution prometteuse mais ténébreuse », *Gaz. Pal.* sept. 2008, p. 2.

248 M. CHAGNY, « Restriction de compétence matérielle et droit de la concurrence », *Procédures* avril 2011, n° 4, dossier 10.

249 *Ibid.*

250 J-L. FOURGOUX, *art. préc.*

251 M. C. COINTAT, Quels métiers pour quelle justice, *Rapport d'information n° 345 devant le Sénat*, p. 209. V. https://www.senat.fr/rap/r01-345/r01-345_mono.html#toc248, recommandation n° 37, consulté le 11 mai 2018.

252 C. LEMAIRE, D. BLANC, « Un nouvel essor des relations entre le Conseil de la concurrence et les juridictions en droit de la concurrence », *JCP E* nov. 2006, 2590.

253 G. CANIVET, « Pour une justice économique efficiente en Europe – Réflexions préliminaires », *Gaz. Pal.* août 2008, p. 7. V. également le colloque consacré au thème : Pour une justice économique efficiente en Europe. Enjeux et perspectives d'une harmonisation, http://www.creda.cci-paris-idf.fr/colloques/pdf/2007-UE-juridictions-economiques/juridictions-economiques-actes.pdf, consulté le 21 avril 2018 : « *être juge économique en Europe, c'est bien sûr accepter les contraintes de la spécialisation. Ces contraintes intéressent d'abord la formation. Découvrir et former les juges qui ont les aptitudes et le goût pour les catégories de contentieux de l'économie. Leur proposer les enseignements appropriés, les placer en position d'acquisition d'expérience, les encadrer, les perfectionner. Ces contraintes imposent aussi la sélection des juridictions. Si on admet que la formation a un coût, il est souhaitable de le rationnaliser en limitant au nombre suffisant les juridictions qui jugent de telles affaires de*

… / …

spécialisation ainsi présentée regorge d'avantages. Mais ces avantages ne peuvent pas occulter l'étiquette des inconvénients qu'on lui colle souvent au dos.

B. Ses inconvénients

86. **La confiscation du pouvoir de juger.** La spécialisation des juridictions en droit de la concurrence n'est pas sans nous rappeler les souvenirs du cours de droit constitutionnel abordant les notions de concentration et de déconcentration des pouvoirs. À la scruter de près, elle s'apparente à une concentration du pouvoir de juger entre les mains des juges spécialisés. Leur nombre étant très limité, le risque des lenteurs de procédure devient réel. Soucieuse de cela, une réflexion visant à élargir le nombre de juridictions spécialisées avait été faite par la Commission Guinchard. Dans l'une de leurs propositions d'une pertinence inestimable, les membres de ladite commission avaient invité le garde des Sceaux de l'époque à procéder :

> « Au regroupement du contentieux auprès d'un TGI par ressort de cour d'appel pour connaître du droit de la concurrence, précision étant apportée que la Commission recommande que cette spécialisation s'étende à l'ensemble des demandes présentant un lien de connexité avec la matière dévolue à ces pôles. »[254]

L'objectif poursuivi était bien évidemment de permettre « *un accès assurant une plus grande prévisibilité* »[255]. La proposition d'un TGI par ressort de cour d'appel nous semble être une bonne proposition dans la mesure où elle favorise l'augmentation du nombre de juridictions spécialisées, ce qui n'est pas sans conséquence sur le rapprochement de la justice de ses justiciables. Malheureusement, cette formule n'a pas été retenue. Celle ayant été retenue a préféré miser sur la restriction de compétence. Le contentieux du droit de la concurrence se trouve ainsi réparti entre huit Tribunaux de grande instance et huit Tribunaux de commerce avec une seule cour d'appel compétente. Sous prétexte que le droit de la concurrence donne lieu à un contentieux complexe, le législateur n'a trouvé mieux que de faire de la cour d'appel de Paris la juridiction compétente pour connaître des recours contre les décisions des juridictions de première instance désignées dans le décret

---

manière à localiser et réduire le nombre de ces juges. Qu'ils s'agissent du contentieux des brevets ou de celui du droit de la concurrence, seul un nombre limité de juridictions doit être habilité à en juger ».

254 C. NOURISSAT, « À propos des procédures judiciaires de concurrence : proposition raisonnable au service d'une justice apaisée », *RLC* oct. 2008, n° 17. V. Commission sur la répartition des contentieux : l'ambition raisonnée d'une justice apaisée, *Rapport remis à Mme la garde des Sceaux*, juin 2008, http://www.unhj.pro/site/wp-content/uploads/07-08-2008-RAPPORT-GUINCHARD.pdf, consulté le 11 mai 2018.

255 *Ibid.*

de spécialisation. Cela a entrainé une « *confiscation parisienne* »[256] du contentieux de la concurrence. Cette confiscation qui, nous dit-on, participe d'une meilleure administration de la justice, est, pour la plupart du temps, soutenue par des arguments quelque peu vexatoires.

87. **Une confiscation aux fondements quasi vexatoires.** Pour mettre en place le système de juridictions spécialisées, le législateur a dû faire un choix. Des juridictions ont été choisies, d'autres écartées. Dire aux juges relevant des juridictions choisies que vous avez été choisis parce que le contentieux relatif au droit de la concurrence est un contentieux technique et qu'il nous faut des magistrats capables de bien le gérer, c'est leur faire honneur en reconnaissant leur compétence et talent. En revanche, dire aux juges relevant des juridictions non choisies que nous vous avons écartés parce que nous avons estimé que ce contentieux est trop technique pour vous, c'est leur rappeler leur niveau peu élevé de compétence. C'est en quelque sorte « *une suspicion d'incompétence* »[257]. Ce qui n'est pas sans provoquer des crises de jalousie entre magistrats. Des magistrats qui ont fait la même formation, eu la même spécialisation et ayant réussi le même concours se voient différenciés au nom d'une technicité que l'on accorde parfois à tort au contentieux relatif à l'application du droit de la concurrence.

88. **Une spécialisation à redéfinir pour le contentieux du droit des pratiques anticoncurrentielles.** Il n'est surtout pas question de remettre complètement en cause l'idée de la technicité du droit de la concurrence. Il s'agit plutôt de la relativiser. Le droit des pratiques anticoncurrentielles se présente certes comme étant d'une application complexe. Dès lors, se pose la question de savoir si cette complexité à elle seule suffit à justifier la mise en œuvre de juridictions spécialisées ? Une réponse négative s'impose car la spécialisation ne la fera pas disparaître[258]. Les cas susceptibles de se présenter au juge ne seront jamais les mêmes en raison des appréciations économiques qu'ils exigent. La spécialisation entremise en la matière ne fera que déplacer le problème. À défaut de pouvoir abandonner complètement le système de juridictions spécialisées, nous proposons à la place une spécialisation élargie. L'idée proposée par la Commission Guinchard nous paraît pertinente. « *Un TGI par ressort de cour d'appel* » pourrait permettre d'instaurer le débat judiciaire avec une centralisation des recours vers la cour d'appel de Paris ne serait-ce que

---

256 C. NOURISSAT, « Les juges lyonnais sont-ils bêtes ? (À propos des décrets du 9 octobre 2009 relatif à la compétence en matière de propriété intellectuelle et du 11 novembre 2009 relatif à la compétence en matière de pratiques restrictives de concurrence), *Procédures* n° 2, févr. 2010, alerte 6.

257 P. LEFEVRE, « Les juridictions spécialisées : une nouvelle mode ? », *Gaz. Pal.* juin2007, n° 153, p. 2.

258 C. NOURISSAT, « À propos des procédures judiciaires de concurrence : proposition raisonnable au service d'une justice apaisée », *RLC* n° 17, 1er oct. 2008.

pour réduire les lenteurs de procédure sans négliger l'aspect sécurité juridique[259]. Mais le seul bémol est que cette proposition ne milite pas en faveur du débat judiciaire au niveau des cours d'appel. Reconnaître à la cour d'appel de Paris une compétence exclusive pour connaître des recours contre les jugements des juridictions spécialisées, c'est supprimer tous débats judiciaires entre cours d'appel pour instaurer « *une jurisprudence monolithique et figée* »[260] avec parfois « *des décisions types ne prenant pas en compte la totalité des situations* »[261]. Les débats judiciaires entre cours d'appel doivent rester ouverts. Quoi de plus efficaces les débats entre juridictions de fond pour « *faire avancer la compréhension de la règle de droit* »[262] ? Il ne faut pas avoir peur de la diversité des interprétations. La Cour de cassation jouera de toute façon son rôle d'arbitre afin qu'il y ait une unité en jurisprudence. Il vaut mieux donc une ouverture des débats judiciaires que l'instauration d'un système de pensée unique incarné par un nombre très limité de juges.

89. Une spécialisation inutile pour la mise en œuvre des règles du droit des pratiques restrictives de concurrence. Concernant le droit des pratiques restrictives de concurrence, nous estimons très honnêtement qu'il n'est d'une telle technicité qu'il nécessite pour son application la mise en place de juridictions spécialisées. Ce corps de règles n'est rien d'autre qu'un droit bis des contrats. C'est le droit commun des contrats dans sa version concurrence[263]. Le droit des pratiques restrictives de concurrence n'utilise pas des notions étrangères au juge de droit commun. Il n'utilise également pas de sanctions jamais appliquées par ce juge. Le contentieux relatif à son application est un contentieux purement contractuel qui ne nécessite pas la mise en place de juridictions spécialisées. Dans ce contentieux, force est de constater que la spécialisation ne concerne pas toutes les dispositions de ce corps de règles. Parmi celles-ci, il y en a certaines qui relèvent de la compétence du juge de droit commun : par exemple l'article L. 442-5 du code de

---

259 N. MATHEY, « Mise en œuvre de la spécialisation des juridictions en matière de pratiques restrictives », *Contrats, conc. consom.* déc. 2013, n° 12, comm. 267.

260 P. LEFEVRE, « Les juridictions spécialisées : une nouvelle mode ? », *Gaz. Pal.* juin 2007, p. 2.

261 *Ibid.*

262 C. NOURISSAT, « Les juges lyonnais sont-ils bêtes ? (À propos des décrets du 9 oct. 2009 relatif à la compétence en matière de propriété intellectuelle et du 11 novembre 2009 relatif à la compétence en matière de pratiques restrictives de concurrence), *Procédures* févr. 2010, alerte 6.

263 F. BUY, « Entre droit spécial et droit commun : l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce », *LPA* déc. 2008, p. 3 où l'auteur estime que « *le droit des pratiques restrictives de concurrence est ce droit fort mal nommé, qui ne vise pas tant à préserver la concurrence ou le marché – c'est l'apanage du droit des pratiques anticoncurrentielles – qu'à moraliser ou équilibrer les relations entre partenaires économiques, spécialement dans le secteur de la distribution. Il exprime en d'autres termes, et c'est sa caractéristique première, le souci très « contractuel » d'assurer la protection d'une partie faible, à partir d'un mécanisme d'interdiction per se qui n'est pas tributaire du constat de l'effet ou de l'objet anticoncurrentiel des pratiques concernées* »

commerce. Parmi les dispositions concernées par la spécialisation, il n'y en a pas une seule que le juge de droit commun ne saurait appréhender. Certaines de ces dispositions sont bien connues par le juge de droit commun. Il en est ainsi de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce. Cette disposition sanctionnant la rupture brutale des relations commerciales est « *largement appliquée par toutes les juridictions commerciales et pas seulement dans le monde de la distribution* »[264]. Extraire ce texte de la compétence du juge de droit commun ne fait qu'allonger les distances entre l'entreprise et son « *juge naturel* »[265]. Il en résulte que la spécialisation des juridictions pour l'application du droit des pratiques restrictives de concurrence n'est pas d'une grande utilité. Il serait préférable de rester sur la compétence de droit commun ne serait-ce que pour éviter certains effets pervers de la spécialisation.

90. Des contraintes pour les plaideurs. La spécialisation des juridictions en droit de la concurrence peut être source de contraintes pour les plaideurs. Ces derniers vont encore souffrir des lenteurs des procédures car nul besoin de rappeler qu'avec une confiscation parisienne de tous les recours contre les jugements des juridictions spécialisées, les procédures judiciaires ne peuvent tirer qu'en longueur. À cela s'ajoute mais uniquement pour les opérateurs économiques qui se trouvent dans des ressorts où les juridictions en première ligne en matière de concurrence ne sont pas choisies, de conséquents frais de déplacement et de procédure[266]. La spécialisation ne fait qu'éloigner la justice de ses justiciables amoindrissant du coup l'accès au juge et les chances de rendre effectif le droit de la concurrence. À la longue, elle peut constituer un frein à l'effectivité du droit de la concurrence. Cela est d'autant plus vrai que sa mise en œuvre empêche à ce que les opérateurs économiques puissent raisonner en termes de clauses attributives de compétence dès lors que le contentieux à appréhender relève du droit de la concurrence. Dans un arrêt en date du 13 décembre 2001[267], il a été jugé par la cour d'appel de Rennes qu'une clause attributive de compétence ne saurait faire échec à l'article D. 442-3 du code de commerce qui instaure une compétence d'ordre public. Cependant, ce raisonnement ne doit pas emberlificoter l'analyste car il n'est valable que pour les clauses attributives de compétence. Concernant, les clauses compromissoires, l'exclusion ne semble pas être de

---

264 J.-L. FOURGOUX, « Concurrence : la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, une révolution prometteuse mais ténébreuse », *Gaz. Pal.* sept. 2008, p. 2.

265 *Ibid.*

266 B. RUY, « Contentieux des pratiques restrictives de concurrence : vers une mise en ordre ? », *AJ contrat* 2017, p. 217 qui cite comme exemple « *Les lourdes conséquences d'un appel mal orienté* »

267 CA. Rennes, 3e ch. com., 13 déc. 2011, n° 11/03790, SAS Agres c/ SAS Techneau : JurisData n° 2011-028531, JCP E n° 10, 8 mars 2012, comm. C. BLÉRY et C. ALLEAUME.

mise car d'une part, le droit de la concurrence ne fait pas obstacle au recours à l'arbitrage[268] d'autre part, une clause attribuant la compétence à l'une des huit juridictions spécialisées ne nous semble pas être illicite[269]. À ces contraintes liées à la spécialisation des juridictions viennent s'ajouter d'autres qui tiennent de sa mauvaise utilisation par les parties.

91. L'utilisation de la spécialisation à des fins dilatoires. Le principe de la spécialisation des juridictions en droit de la concurrence peut faire l'objet d'une « *instrumentalisation* »[270] par les parties. Une partie souhaitant retarder son procès peut invoquer les dispositions du droit de la concurrence à des fins dilatoires pour échapper par exemple à la compétence du juge de droit commun. Le contentieux relatif au relevé de prix regorge d'exemples de ce genre. À chaque fois qu'un professionnel ne donnant pas droit au relevé de prix est traduit devant un juge de droit commun, celui-ci invoque ipso facto les dispositions de l'article L. 420-7 du code de commerce pour retarder le procès. L'idée qu'un tel professionnel est susceptible de développer ne présente aucune solidité. Il estime la plupart du temps que le relevé de prix peut, à bien des égards, conduire à une entente sur les prix qu'un tribunal de droit commun n'aurait pouvoir de juger en vertu de l'article L. 420-7 du code de commerce. Cette idée d'une fragilité manifeste peut facilement être battue en brèche car reposant sur « *une pétition de principe, sur de pures suppositions, sur des intentions prêtées au concurrent qui utiliserait nécessairement les informations recueillies à des fins anticoncurrentielles* »[271]. Ce moyen de défense soulevé « *à tout-va* »[272] s'apparente plus à « *un argument dilatoire* »[273] qu'à « *un argument sérieux* »[274]. Le contentieux du droit de la concurrence étant réservé à des juges spécialisés, interdiction d'en connaître est faire aux juges non spécialisés.

---

268 *Ibid.*, citant « Cass. 1er civ., 8 juill. 2010, n° 09-67.013 où la Cour retient que « *le recours à l'arbitrage n'est pas exclu du seul fait que des dispositions impératives, fussent-elles constitutives d'une loi de police, sont applicables* » ». Pour aller plus loin v. W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence : contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé*, th. LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2001, 609 p.

269 *Ibid.*

270 E. LAMAZEROLLES, « Le droit de relever les prix chez un concurrent à la lumière de la jurisprudence », *JCP E* mai 2010, 1471.

271 *Ibid.*

272 O. LEROY, B. RUY, « Deux ans de contentieux de la concurrence (2010-2011) », *Procédures* n° 2, févr. 2012, chron. 1 où les auteurs estiment qu'« *il suffit que l'une quelconque des parties fasse référence au droit des pratiques anticoncurrentielles pour que l'entier litige relève de l'un des huit tribunaux spécialisés. Cette solution, dégagée au sujet de pratiques anticoncurrentielles, s'étend sans difficulté au contentieux, beaucoup plus fréquent, des pratiques restrictives de concurrence, prévues à l'article L. 442-6 du Code de commerce. Si elle apparaît justifiée au regard de l'article 49 du code de procédure civile, les exceptions d'incompétence soulevées à tout-va risquent néanmoins d'y devenir le vecteur de véritables comportement dilatoires* ».

273 E. LAMAZEROLLES, « Le droit de relever les prix chez un concurrent à la lumière de la jurisprudence », *JCP E* mai 2010, 1471.

274 *Ibid.*

§ 2. LE DÉFAUT DE POUVOIR JURIDICTIONNEL DES JURIDICTIONS NON SPÉCIALISÉES

92. La compétence des uns justifie le dessaisissement des autres. « *Le malheur des uns fait le bonheur des autres* ». Appliqué à notre étude, l'on dira que la mise en place d'un système de juridictions spécialisées fonde le dessaisissement des juridictions non spécialisées. En l'absence d'un pouvoir, les juges non spécialisés se voient dépouiller d'un pan important du contentieux du droit de la concurrence. Le manquement au défaut de pouvoir juridictionnel donne lieu à des sanctions.

93. La sanction du non respect de cette règle. L'effectivité de la règle de la spécialisation des juridictions en droit de la concurrence est tributaire de la sanction dont elle est assortie. En la matière, les textes l'ayant instauré n'ont pas précisé avec certitude la sanction de sa méconnaissance. Ce qui a donné lieu à deux thèses concurrentes qu'il convient de décliner dans les développements ultérieurs. On retiendra donc que la spécialisation des juridictions choisies fonde le dessaisissement (A) des juridictions non choisies. Il est toutefois à préciser que ce dessaisissement n'est pas sans souffrir de son caractère non-absolu (B).

A. Leur dessaisissement

94. Le dessaisissement, clé de voute de la spécialisation. Pour mettre en œuvre la spécialisation, le législateur a jugé nécessaire de dessaisir un certain nombre de juges de leur compétence traditionnelle. Cette solution semble relever du bon sens car étant l'unique moyen d'assurer le « *développement d'une certaine expertise judiciaire en cette matière considérée comme « hautement technique »* »[275]. Les travaux parlementaires ayant donné lieu à l'adoption de la loi de modernisation de l'économie ne manquent pas de mentionner[276] combien il était nécessaire de réserver l'application de l'article L. 442-6 du code de commerce, texte d'une certaine technicité, à un nombre restreint de juges. L'objectif n'étant pas d'écarter les juges non spécialisés pour le bon plaisir de le faire mais de poser les bases d'une interprétation homogène de certaines règles du droit de la concurrence. C'est dire que les rédacteurs de la loi LME ont si bien compris que pour atteindre l'objectif de sécurité juridique, il fallait inéluctablement passer par la spécialisation des juridictions, gage de l'effectivité d'un

---

275 A.-C. MARTIN, R. PIHÉRY, *Pratiques restrictives de concurrence. Procédures de contrôle et de sanction*, *J.-Cl. conc. consom.* janv. 2018, fasc. 720.

276 *Ibid.*, où les auteurs affirment que « *L'application de l'article L. 442-6 implique un important travail de qualification par le juge. La spécialisation des juridictions constitue donc la garantie d'une certaine homogénéité de l'interprétation de la loi, à tout le moins en première instance, ainsi que du développement d'une véritable expertise de ce contentieux. Cette proposition de la mission d'information parlementaire devrait renforcer l'effectivité du droit et la sécurité juridique des relations commerciales* ».

nouveau texte porteur de nouvelle notion comme le déséquilibre significatif. Pour s'assurer de la réussite de cette spécialisation, les rédacteurs du texte la consacrant l'ont assorti de sanctions.

95. L'indétermination de la sanction de son irrespect. La saisine d'une juridiction autre que l'une de celles désignées par l'article D. 442-3 du code de commerce entraine de fâcheuses conséquences sur le plan procédural. La loi étant silencieuse sur la sanction de la méconnaissance de la règle de spécialisation, il est possible de s'interroger sur la nature de cette sanction. Est-ce une exception d'incompétence territoriale ou s'agit-il d'une fin de non-recevoir ?

La détermination de la nature de la sanction n'est pas sans importance dans la mesure où elle dicte son régime juridique.

96. La qualification d'exception d'incompétence. À bien creuser dans le décret n° 2009-1384 du 11 novembre 2009 instaurant le principe de spécialisation, force est de constater la récurrence de l'adjectif « *compétent* ». Selon des auteurs[277], ce choix terminologique n'est pas sans pousser l'interprète à qualifier d'exception d'incompétence territoriale la saisine d'une juridiction non spécialisée. Ainsi, il a été jugé dans un arrêt rendu par la 1er chambre civile de la cour d'appel de Colmar le 29 mai 2013 que la saisine d'une juridiction non spécialisée est sanctionnée par une exception d'incompétence[278]. Cinq mois plus tard, c'est au tour de la cour d'appel de Versailles[279] de sanctionner par une exception

---

277 J.-D. BRETZNER, E. DUMINY, « Le contentieux de la rupture du contrat d'affaires. Ombres et lumières autour de l'article D. 442-3 du code de commerce », *AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution* 2015, p. 14.

278 CA Colmar, 1re civ., 29 mai 2013, n° 12/06026. Dans cette affaire, concernant l'exception d'incompétence la cour a constaté que : « *La demande reconventionnelle de LCI est fondée sur la rupture des relations commerciales établies entre les parties. Elle relève de la compétence exclusive du Tribunal de commerce de Nancy par application des articles R. 442-3 et D. 443-3 du code de commerce. Il n'existe pas entre la demande principale tendant au paiement des factures impayées et la demande reconventionnelle tendant au paiement de dommages et intérêt résultant de cette rupture un lien de connexité ou d'indivisibilité tel qu'il serait nécessaire de les juger ensemble, alors surtout que LCI n'a pas à ce jour saisi le tribunal compétent pour en connaître et que le tribunal de grande instance de Strasbourg apparaît en mesure de se prononcer sur le litige qui lui reste soumis, à la fois sur la demande de paiement des factures et sur les griefs relatifs aux défauts affectant les produits livrés.* »

279 CA Versailles, 15 oct. 2013, n° 13/02812. Dans cette affaire, « *sur l'exception d'incompétence soulevée par la société Pharmacie des Healthcare Repartition* » ladite cour a considéré que : « *La société Pharmacie des Halles et maître Legrand, administrateur judiciaire, soutenant la rupture abusive des relations commerciales, ont formé devant le tribunal de commerce de Nanterre une demande reconventionnelle au fondement des dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce ; que la société alliance Healthcare Repartition, rappelant le décret n° 2009-1384 du 11 novembre 2009, relatif à la spécialisation des juridictions en matière de pratiques restrictives de concurrence, a soulevé l'incompétence du tribunal de commerce de Nanterre pour statuer sur cette demande au profit du tribunal de commerce de Paris ; que la société Pharmacie des Halles et maître Legrand font valoir que les demandes principales et reconventionnelle sont intimement liées, de sorte que leur connexité justifierait la compétence du tribunal de commerce de Nanterre pour juger l'ensemble du litige ; or que l'article D. 442-3 du code de commerce résultant du décret précité, applicable à la demande formée par maître Legrand et la société Pharmacie des Halles, attribue compétence*

… / …

d'incompétence la saisine d'une juridiction non spécialisée. Cette qualification entraine l'application du régime juridique de l'exception d'incompétence qu'il convient de rappeler.

97. Le régime juridique de l'exception d'incompétence. L'exception d'incompétence relève de la catégorie des exceptions de procédure. Par exception de procédure, l'article 73 du code de procédure civile recommande d'entendre :

> « Tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours ».

Comme toute autre exception de procédure, l'exception d'incompétence est soumise à « *la double règle d'antériorité et de simultanéité* »[280] posée par l'article 74 du code de procédure civile. Au regard de ce texte, elle doit « *à peine d'irrecevabilité, être soulevée simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. Il en est ainsi alors même que les règles invoquées au soutien de l'exception seraient d'ordre public* ». Cette exigence sert à empêcher le développement des agissements encouragés par un esprit de chicane en ajoutant une dose de moralisation dans le procès. L'exception d'incompétence peut être soulevée par une partie. À cet effet, « *s'il est prétendu que la juridiction saisie en première instance ou en appel est incompétente, la partie qui soulève cette exception doit, à peine d'irrecevabilité, la motiver et faire connaître dans tous les cas devant quelle juridiction elle demande que l'affaire soit portée* », nous dit l'article 75 du code de procédure civile. Elle peut aussi être prononcée par le juge dans certains cas. Selon l'article 76 du code éponyme :

> « L'incompétence peut être prononcée d'office en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution lorsque cette règle est d'ordre public ou lorsque le défendeur ne comparaît pas. »

En matière gracieuse, le juge peut, sur le fondement de l'article 77 du code de procédure civile « *relever d'office son incompétence territoriale* ». En revanche, en matière contentieuse, il ne peut relever d'office son incompétence que « *dans les litiges relatifs à l'état des personnes, dans les cas où la loi attribue compétence exclusive à une autre juridiction ou si le défendeur ne comparaît pas* ». Lorsque le juge saisi s'estime incompétent, il lui revient de désigner la juridiction compétente. « *Cette désignation s'impose aux parties et au juge de renvoi* » précise l'article 81 du même code. Au final, si la saisine d'une juridiction non spécialisée a pu être sanctionnée par

---

exclusive, territoriale et matérielle, en première instance au tribunal de commerce de Paris ; que cette compétence est d'ordre public ; que dans ces circonstances, la société Alliance Healthcare Repartition, qui avait saisi le tribunal de commerce de Nanterre d'une demande en paiement, a justement soulevé l'incompétence de cette juridiction pour connaître de la demande reconventionnelle au titre de la prétendue brutale rupture de la relation commerciale ; que la décision à intervenir sur une éventuelle brutalité de la rupture n'a pas d'incidence sur l'examen de la demande principale tendant au recouvrement des factures impayées ; que les demandes sont distinctes et ne présentent pas de lien de connexité, de sorte que le premier juge s'est exactement déclaré incompétent pour statuer sur la demande reconventionnelle au profit du tribunal de commerce de Paris. »

280 C. CHAINAIS, F. FERRAND et S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, 33e éd., 2016, Dalloz, coll. Précis. Droit privé, n° 365, p. 282.

une exception d'incompétence, il est aussi à préciser que ce même fait a également été sanctionné par une fin de non-recevoir.

98. La qualification de fin de non-recevoir. La fin de non-recevoir est une notion qui brille par son absence du décret n° 2009-1384 du 11 novembre 2009 et de l'article D. 442-3 du code de commerce. Dans ces conditions, il peut paraître risquer de qualifier de fin de non-recevoir la saisine d'une juridiction non spécialisée. Le risque est d'autant plus avéré que dans la définition légale des hypothèses de fins de non-recevoir, il n'est pas fait état de ce cas de figure. Si l'on se borne à lire le contenu de l'article 122 du code de procédure civil, force est de constater qu'au regard de ce texte constitue une fin de non-recevoir :

> « Tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée. »

La saisine d'une juridiction non spécialisée ne faisant pas partie de ces hypothèses, l'un des plaideurs peut dès lors penser à soulever une exception d'incompétence en estimant que la fin de non-recevoir ne peut être soulevée que pour les cas énumérés par le texte. Fort heureusement, une telle interprétation s'est révélée superficielle[281]. Selon des auteurs[282], rien que le style rédactionnel du texte permet d'affirmer que la fin de non-recevoir n'est pas enfermé dans ce carcan textuel. D'autres cas de fin de non-recevoir sont prévus dans un certain nombre de textes de loi[283]. Même sans textes, il arrive à la jurisprudence de créer des cas de fin de non-recevoir[284]. Il en résulte un développement à l'exponentiel[285] des fins

---

281 CA Versailles, 12e ch., 18 décembre 2014, n° 12/02825 où le juge reconnaît le caractère non limitatif de la liste des fins de non-recevoir en ces termes : « *Bien que l'article 122 du code de procédure civile fasse une énumération non limitative des fins de non-recevoir*… ».

282 C. CHAINAIS, F. FERRAND et S. GUINCHARD, *op. cit.*, n° 372, p. 287 où les auteurs relèvent que « *Le caractère très général du début de la phrase « constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui… ». Surtout, l'énumération commence par l'adjectif « tel » (« tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ». On en déduit que les éléments indiqués le sont à titre d'exemples* ».

283 *Ibid.*

284 M. DOUCHY-OUDOT, « Ajout d'une fin de non-recevoir en matière d'état des personnes », *JCP G* n° 3, 19 janv. 2015, p. 49 note sous Cass. 1re civ., 13 nov. 2014, n° 13-21.018. Dans cette affaire, il a été jugé sur le fondement des articles 8 de la Convention EDH, 14 et 125 du code de procédure civile que « *l'action tendant à la reconnaissance d'une ascendance génétique par voie d'expertise, lorsque celle-ci nécessite une exhumation, n'est recevable qu'en présence d'une mise en cause des ayants droit du défunt* »

285 C. CHAINAIS, F. FERRAND et S. GUINCHARD, *op. cit.*, n° 376, p. 292 où les auteurs affirment qu'en vertu de la jurisprudence « *la notion de fin de non-recevoir peut désormais s'étendre à la sanction d'une obligation de loyauté que constitue l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui* » ; N. LESOURD, « Fins de non-recevoir en matière civile », *J.-Cl. Procédures Formulaires* 1er août 2015, fasc. 10, n° 13 où l'auteure estime à propos de l'estoppel que « *La seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir* » en citant à l'appui « Cass. ass. plén, 27 févr. 2009, n° 07-19.841 : comm. de P. CALLÉ, « Une introduction limitée du principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », *JCP G* avril 2009, II, 10073 ; X. DELPECH, « Consécration de la règle de l'estoppel », *D.* 2009, p. 723 ; D. HOUTCIEFF, « Consécration limitée de la règle de l'estoppel », *D.* 2009,

… / …

de non-recevoir. Ce qui donne raison à un auteur qui, il y a de cela une trentaine d'années, estimait qu'ont « *un curieux destin* »[286] les fins de non-recevoir. Il n'est donc guère surprenant que la saisine d'une juridiction non spécialisée soit sanctionnée par une fin de non-recevoir. Certaines cours d'appel ont d'ailleurs opté pour cette qualification. De façon énergique, la cour d'appel de Lyon a, dans un arrêt[287] en date du 23 octobre 2014, jugé que l'article D. 442-3 du code de commerce « *s'analyse en une fin de non-recevoir au sens de l'article 122 du code de procédure civile et non en une question de compétence* ». Deux ans plus tard, c'est au tour de la cour d'appel de Douai de décider dans un arrêt[288] en date du 21 avril 2016 que l'inobservation de l'article D. 442-3 du code de commerce « *est sanctionnée par une fin de non-recevoir et que la cour d'appel, tenue de vérifier la régularité de sa saisine, doit relever d'office le moyen tiré de son défaut de pouvoir juridictionnel* ». Cinq mois plus tard, la cour d'appel de Lyon rend une autre décision[289] dans laquelle elle consolide sa position initiale. Dans cette affaire, la cour rappelle d'une manière on ne peut plus claire que la règle « *investissant la cour d'appel de Paris du pouvoir juridictionnel exclusif de statuer sur les appels formés contre les décisions rendues dans les litiges relatifs à l'application de l'article L. 442-6 du code de commerce* » est une règle d'ordre public. En conséquence, sa violation est sanctionnée par une fin de non-recevoir que le juge doit relever d'office. Les juridictions d'appel ont, dans leur écrasante majorité, opté pour la qualification de fin de non-recevoir. C'est dire que cette sanction vaut son pesant d'or dans le contentieux du droit de la concurrence. S'il en est ainsi, sa finalité et surtout sa nature en sont pour quelque chose.

---

p. 1245 ». Dans cette affaire, la Cour de cassation a estimé au visa de l'article 122 du code de procédure civile que « *pour déclarer les demandes irrecevables, l'arrêt relève qu'il ressort de l'examen des procédures successivement menées en référé puis au fond par la société Sédéa que celle-ci n'a pas cessé de se contredire au détriment de ses adversaires, et retient que ce comportement doit être sanctionné, « en vertu du principe suivant lequel une partie ne peut se contredire au détriment d'autrui (théorie de l'estoppel) » ; Qu'en statuant par ce seul motif, alors qu'en l'espèce, notamment, les actions engagées par la société Sédéa n'étaient ni de même nature, ni fondées sur les mêmes conventions et n'opposaient pas les mêmes parties, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ». Néanmoins, l'auteure a pris le soin de faire le « *constat de la multiplication des cas dans lesquels le principe selon lequel « nul ne peut se contredire au détriment d'autrui » est invoqué avec succès* ». À l'appui de son propos, elle cite notamment « Cass. com., 20 sept. 2011, n° 10-22.888 : note D. HOUTCIEFF, « La consécration de l'interdiction de se contredire », *JCP G* nov. 2011, 1250 ; S. AMRANI-MEKKI et alii, « Droit judiciaire privé », *JCP G* n° 50, 12 déc. 2011, doctr. 1397 ; Cass. 1re civ., 24 oct. 2014, n° 12-29.265 ; Cass. 1re civ., 24 sept. 2014, n° 13-14.534 : note D. HOUTCIEFF, « Principe de cohérence : « Au commencement était le verbe » … », *JCP G* nov. 2014, 1141 ; Cass. com., 10 févr. 2015, n° 13-28.262 : note N. DUPONT, « Estoppel et appel », *JCP E* n° 16, 16 avril 2015, p. 1189 ; N. FRICERO, « La recevabilité des moyens nouveaux en appel ou le droit de se contredire ! », *JCP G* avril 2015, 470 ; H. CROZE, « Recevabilité des défenses au fond et des moyens nouveaux », *Procédures* avril 2015, n° 4, comm. 108 ».

286 J. NORMAND, « Les excroissances des fins de non-recevoir », *RTD civ.* 1981, p. 684.

287 CA Lyon, 23 oct. 2014, n° 14/02390.

288 CA Douai, 21 avril 2016, n° 15/03072.

289 CA Lyon, 15 sept. 2016, n° 14/08382.

99. La finalité et la nature des fins de non-recevoir. La fin de non-recevoir a pour finalité de permettre à la partie qui l'invoque de contester le droit d'action de son adversaire. Elle suppose donc un non-examen du fond de l'affaire. La partie qui soulève la fin de non-recevoir estime que son adversaire n'a pas le droit d'agir. En conséquence, il n'y aura pas lieu à examiner le fond[290] de l'affaire. Cela semble relever de l'évidence. La fin de non-recevoir se présente ainsi comme un rempart naturel contre les divers abus des services de la justice. Elle empêche à un plaideur de faire perdre du temps au juge en soutenant une prétention dont il ne cherche à tirer aucun profit ni avantage[291]. La fin de non-recevoir milite aussi en faveur d'une bonne administration de la justice en ce qu'elle écarte du procès pour défaut de qualité, l'auteur d'une prétention qui n'a rien à voir avec l'objet du litige et qui de toute façon n'est pas concernée par la solution que le juge est appelé à rendre[292]. Ainsi déclinée, la fin de non-recevoir n'est pas sans présenter une « *nature mixte* »[293]. Selon un auteur, elle est à rapprocher de l'exception de procédure dans la mesure où lorsqu'elle est accueillie « *son examen par le juge ne suppose pas un examen du fond même de l'affaire* »[294]. Elle est également à rapprocher à la défense au fond dans la mesure où lorsqu'elle opère « *ses effets énergiques* »[295] sont similaires à ceux d'une défense au fond. Le procès prend définitivement fin et ne peut en principe être recommencé. Elle est aussi à distinguer de l'exception d'incompétence pour la bonne et simple raison que lorsqu'on raisonne en termes de fin de non-recevoir, on ne peut s'empêcher de penser au pourvoir de juger. La fin de non-recevoir se rapporte au pouvoir juridictionnel. Selon un auteur, ce pouvoir renvoie :

> « Au pouvoir propre du juge de trancher les litiges, pouvoir qui lui est accordé par le législateur comme à toute autre juridiction ; indivisible, ce pouvoir ne se pose pas, pour un juge, en termes de concurrence avec celui accordé aux autres juges. Lorsqu'un juge s'interroge sur l'existence de son pouvoir de juger, il ne le fait pas en se posant la question « moi ou un autre », mais en vérifiant si les conditions d'existence de ce pouvoir sont réunies dans l'affaire qui lui est soumise ; ainsi, si le juge de l'exécution connaît des demandes en réparation fondées sur l'exécution ou l'inexécution dommageable des mesures d'exécution forcée, il ne peut connaître de la responsabilité du notaire du fait de l'inaccomplissement de formalités dans la rédaction de l'acte de vente ; dès lors, cette demande étant

---

290 Cass. 2e civ., 12 mai 2016, n° 15-18.019 : note C. BLÉRY, « Qui dit fin de non-recevoir, dit absence d'examen au fond ! », *Gaz. Pal.* août 2016, p. 64.

291 B. DEFFAINS, « Le risque de la preuve du point de vue de l'économiste », in *Droit et économie du procès civil*, LGDJ, coll. Droit & Économie, 2010, p. 181 où l'auteur présentant le procès comme un « *jeu de recherche de rentes* », il serait étrange de voir un plaideur soutenir une prétention dont il ne cherche à tirer aucun profit ni avantage

292 S. JAHLÈL, « Fin de non-recevoir et ordre processuel » in *Mélanges S. GUINCHARD*, D. 2010, p. 723.

293 J.-P. BEGUET, « Étude critique de la notion de fin de non-recevoir en droit privé », *RTD civ.* 1947, p. 133.

294 G. COUCHEZ, X. LAGARDE, *Procédure civile*, 16e éd., Sirey, coll. Sirey Université, n° 164, p. 204.

295 *Ibid.*

étrangère aux conditions d'exécution de la saisie, elle n'entre pas dans le champ des attributions de ce juge et le moyen constitue une fin de non-recevoir. »[296]

La compétence par contre se rapporte à une « *division du travail judiciaire* »[297] : « *Moi ou un autre* »[298]. Partant de ce constat, l'incompétence peut être appréhendée comme impliquant :

> « Une hésitation entre deux juridictions devant lesquelles la même demande aurait pu être portée, en vue de la même fin ; les deux juridictions ont le pouvoir de juger, le pouvoir juridictionnel, mais l'une est incompétente au sens strict et exact du mot, territorialement ou ratione materiae. »[299]

Distincte de l'incompétence[300], la fin de non-recevoir est soumise à un régime juridique qui lui est propre.

100. Le régime juridique des fins de non-recevoir. C'est aux termes des articles 123 et suivants du code de procédure civile qu'il convient de chercher le régime juridique des fins de non-recevoir. Considérée comme des « *dénégations du droit d'action* »[301], l'importance des fins de non-recevoir recommande qu'elles puissent être présentées en tout état de cause. Ainsi, l'article 123 du code précité de disposer que :

> « Les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause. »

De cette disposition résulte que les fins de non-recevoir peuvent être présentées « *à toute hauteur de la procédure* »[302]. Une fin de non-recevoir peut d'abord être soulevée en tout état de cause en première instance[303]. Elle peut ensuite être soulevée pour la première fois en

---

296 S. GUINCHARD, « Fins de non-recevoir », in *Droit et pratique de la procédure civile*, D. action 2017, chap. 193, n° 193.61

297 *Ibid.*

298 *Ibid.*

299 *Ibid.*

300 V. Note sous Cass. 1re civ., 10 juill. 2014, n° 13-11.658 : H. CROZE, « Distinction entre fin de non-recevoir et exception d'incompétence », *Procédures* n° 10, oct. 2014, comm. 261. La fin de non-recevoir est également distincte du vice de procédure. V. Cass. 2e civ., 1er juin 2017, n° 16-15.568 « *le défaut de saisine régulière de la cour d'appel, sanctionné par l'article 930-1 du code de procédure civile, ne constitue pas un vice de forme ou de fond de l'acte d'appel sanctionné par la nullité de l'acte d'appel, mais une fin de non-recevoir de sorte que les dispositions de l'article 2241 du code civil, relatives à l'annulation de l'acte de saisine de la juridiction par l'effet d'un vice de procédure, ne sont pas applicables…* » : note C. BLÉRY, « Attention à ne pas confondre fin de non-recevoir et « vice de procédure » ! », *Gaz. Pal.* oct. 2017, p. 59. La fin de non-recevoir est également à distinguer d'un vice de forme. V. Cass. 2e civ., 19 oct. 2017, n° 16-11.266 *« affectant le contenu de l'acte de saisine de la juridiction et non le mode de saisine de celle-ci, l'irrégularité des mentions de la déclaration de saisine de la juridiction de renvoi après cassation ne constitue pas une cause d'irrecevabilité de celle-ci, mais relève des nullités pour vice de forme* » : note C. BLÉRY, « Bis repetita… : ne pas confondre vice de forme et fin de non-recevoir », *Gaz. Pal.* févr. 2018, p. 46.

301 C. LEFORT, *Procédure civile*, 4e éd., D. coll. Cours Dalloz, 2011, n° 111, p. 88.

302 *Ibid.*, n° 112, p. 89.

303 N. LESOURD, *art. préc.*, n° 35 où l'auteure affirme que « La possibilité de mise en œuvre d'une fin de non-recevoir en tout état de la procédure permet de la soulever après avoir conclu au fond (Cass. com., 7 juill. 1998, n° 96-16.464), au cours de l'audience, lorsque la procédure est orale. Toutefois, dans ce cas,

… / …

appel[304]. Elle peut enfin être soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation[305]. Le fait de pouvoir soulever en tout état de cause une fin de non-recevoir n'est pas sans profiter aux plaideurs qui seraient tentés par des actions dilatoires. Ainsi, pour éviter tout abus de ce genre[306], le législateur donne possibilité au juge de condamner à des dommages-intérêts sur le fondement de l'article 123 du code de procédure civil « *ceux qui seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt* ». Par ailleurs, le plaideur qui soulève une fin de non-recevoir n'a pas à justifier d'un grief[307]. L'article 124 du code de procédure civile précisant à cet effet que :

> « Les fins de non-recevoir doivent être accueillies sans que celui qui les invoque ait à justifier d'un grief et alors même que l'irrecevabilité ne résulterait d'aucune disposition expresse. »

Par contre, lorsque la fin de non-recevoir a un caractère d'ordre public[308], le juge se trouve dans l'obligation de la relever d'office. L'article 125 du code de procédure civile précisant à cet effet que :

> « Les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public…. »

---

il peut être nécessaire que le tribunal renvoie l'affaire à une prochaine audience, pour faire respecter le principe de la contradiction (Cass. com., 10 oct. 1989, n° 87-20.141).

304 V. Cass. 1re civ., 6 nov. 1990, n° 89-14.948 ; Cass. com., 22 févr. 2005, n° 02-11.519 : R. PERROT, « À propos de l'arrêt de la Cour de cassation chambre commerciale du 22 février 2005, JurisData n° 2005-027223, clause de conciliation préalable, inexécution : fin de non-recevoir », *Procédures* n° 5, 2005, comm. 120 ; Cass. 2e civ., 9 oct. 1996, n° 94-16.155 ; Cass. 2e civ., 26 juin 1996, n° 93-18.183.

305 N. LESOURD, *art. préc.*, n° 37 où l'auteure affirme que « *La fin de non-recevoir peut être soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation, mais ce, seulement, lorsqu'elle est d'ordre public, par exemple lorsqu'elle résulte d'une précédente décision passée en chose jugée (Cass. soc., 7 maic1998, n° 96-18.773). À l'inverse, ne présente pas un caractère d'ordre public, et ne peut pas être soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation la fin de non-recevoir tirée : de l'autorité de la chose jugée (Cass. 2e civ., 10 avril 1995, n° 95-60.550), du défaut d'intérêt (Cass. 1re civ., 13 oct. 1998, n° 96-18.881), de l'expiration du délai prescrit par l'article 1648 du code civil (Cass. 1re civ., 5 déc. 1995, n° 94-11.135)* ».

306 Cass. 2e civ., 27 févr. 2003, n° 01-11.975 : note R. PERROT, « Invocation tardive. Risque de condamnation à des dommages-intérêts », *Procédures* n° 5, mai 2003, comm. 111 où l'auteur affirme que « *Ce n'est pas parce qu'une fin de non-recevoir peut-être invoquée en tout état de cause que le défendeur peut se croire en droit d'attendre le dernier moment pour s'en prévaloir. L'article 123 du code de procédure civile fait peser la menace d'une condamnation à des dommages et intérêts sur ceux qui seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de soulever plus tôt la fin de non-recevoir qui aurait pu faire échec à la prétention de son adversaire* ».

307 Cass. 3e civ., 24 janv. 2001, n° 99-13.196 : note J. JUNILLON, « La saisine irrégulière d'une juridiction doit être sanctionnée sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un grief », *Procédures* n° 6, juin 2001, comm. 132 où l'auteur constate que « *La Cour de cassation, depuis plusieurs années, pour échapper à la discussion tenant à l'existence d'un grief en présence d'un vice de forme a développé une notion d'inexistence d'un acte, voire d'absence de saisine de la juridiction. Ceci la conduit à considérer que dès lors qu'une juridiction n'est pas saisie dans les termes prescrits par les textes, il n'y a pas lieu à rechercher l'existence d'un grief. En quelque sorte la saisine irrégulière d'une juridiction équivaut à l'absence d'acte de saisine* ».

308 N. LESOURD, *art. préc.*, n° 47 où l'auteure affirme qu' « *Au-delà des deux cas visés à titre non limitatifs par l'article 125 du code de procédure civile, le caractère d'ordre public d'une fin de non-recevoir peut résulter du fait que la matière en cause relève, en vertu de la loi, de l'ordre public* »

Lorsque la situation ayant provoqué le recours à une fin de non-recevoir a disparu au moment où le juge statue, l'article 126 du code de procédure civile lui recommande d'écarter l'irrecevabilité de la demande.

101. La qualification retenue. Il ressort de nos précédents développements l'existence d'une controverse entre les cours d'appel sur la qualification à donner à la saisine d'une juridiction non spécialisée pour connaître d'une partie du contentieux du droit de la concurrence. La majorité des juridictions d'appels ont estimé que la méconnaissance de l'article D. 442-3 du code de commerce est sanctionnée par une fin de non-recevoir. Cette qualification a, par la suite, été entérinée par la Cour de cassation qui, dans un arrêt en date du 24 septembre 2013[309], a jugé :

> « Qu'il résulte de la combinaison des articles L. 442-6, III, alinéa 5, et D. 442-3 du code de commerce que la cour d'appel de Paris est seule investie du pouvoir de statuer sur les appels formés contre les décisions rendues dans les litiges relatifs à l'application de l'article L. 442-6 du même code et que l'inobservation de ces textes est sanctionnée par une fin de non-recevoir. »

Cette sanction est la même que la Cour de cassation applique en dehors du contentieux de la concurrence lorsqu'un plaideur fait une erreur dans le choix territorial de la juridiction compétente[310]. Intervenant au sujet du contentieux, de l'article L. 442-6 du code de commerce, la Cour de cassation a tout récemment eu l'occasion de préciser davantage la sanction de la saisine d'une juridiction non spécialisée. Dans un arrêt en date du 21 mars 2018[311], la cour a, sur le visa des articles L. 442-6, D. 442-3 et D. 914-2 du code de commerce, ensemble des articles 122, 125 et 620 du code de procédure civile, encore rappelé que « *l'inobservation des articles L. 442-6, III, et D. 442-3 [du code de commerce]* … » est sanctionnée par une fin de non-recevoir que le juge saisi doit relever d'office. La Cour de cassation jouant ainsi sa partition dans la recherche de l'effectivité des règles du droit de la concurrence. La qualification ainsi retenue n'empêche pas aux plaideurs rusés de contourner le système mis en place en exploitant ses limites.

---

309 Cass. com., 24 sept. 2013, n° 12-21.089.

310 Cass. soc., 17 juin 2015, n° 14-14.020 « *Mais attendu que la cour d'appel, tenue de vérifier la régularité de sa saisine, a constaté, par une appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve soumis à son examen et sans dénaturation, que l'appel avait été formé devant la cour d'appel de Paris, alors que la décision attaquée avait été rendue par un conseil de prud'hommes situé dans le ressort d'une autre cour d'appel, ce dont il résultait que les dispositions d'ordre public de l'article R. 311-3 du code de l'organisation judiciaire avaient été méconnues ; qu'elle a exactement décidé, sans méconnaître les exigences de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droit de l'homme, que l'appel n'était pas recevable* » : note C. BLÉRY, « La Cour de cassation persiste : une incompétence sanctionnée par une fin de non-recevoir », *Gaz. Pal.* sept. 2015, p. 29.

311 Cass. com., 21 mars 2018, n° 16-18.594.

B. Ses limites

102. **Généralités.** La recherche de la perfection est le propre de l'Homme. Ce désir à la fois normal et instinctif « *s'accompagne d'une volonté plus ou moins fortes d'éliminer les imperfections* »[312]. En se lançant dans une perpétuelle quête de perfection, l'homme parvient à parfaire ses projets déjà réalisés. En revanche, la recherche des imperfections d'une réalisation permet de trouver les voies et moyens de contourner les règles qui l'encadrent. La mise en place d'un système de juridictions spécialisées pour connaître du contentieux du droit de la concurrence n'est pas une œuvre parfaite. À bien scruter ce système, des limites ne manquent pas d'attirer l'attention de celui qui ne souhaite pas que son action relève de la compétence exclusive des juridictions spécialisées. Celles-ci sont essentiellement au nombre de deux : des limites temporaires et des limites structurelles

103. **Les limites temporaires.** Ces limites découlent de ce qu'une auteure appelle les « *difficultés temporaires de la spécialisation* »[313]. Leurs fondements résident dans le fait qu'elles sont relatives à l'application de la loi dans le temps. Ce sont donc des difficultés éphémères qui, d'une manière ou d'une autre, vont disparaître. Mais tant qu'elles demeurent, elles constituent des limites à la mise en œuvre de la spécialisation des juridictions. Dire que ces limites tiennent à l'application de la loi dans le temps nous oblige à expliquer le principe qui gouverne la matière. Étant des lois nouvelles au moment de leur entrée en vigueur, les décrets instaurant la spécialisation des juridictions en droit de la concurrence ne pourraient donc naturellement pas échapper au principe énoncé par l'article 2 du code civil. Selon ce texte « *La loi ne dispose que pour l'avenir : elle n'a point d'effet rétroactif* ». Appliqué à nos deux décrets qui remplissent toutes les qualités pour recevoir la qualification de lois, ce principe voudrait que ces textes ne s'appliquent pas à des situations antérieures à leur entrée en vigueur. La logique de ce principe de non-rétroactivité des lois est tout à fait simple. Par souci de sécurité juridique, il « *interdit de revenir non seulement sur la constitution passée d'une situation juridique donnée, antérieure à la loi nouvelle, mais encore sur les effets passés d'une situation juridique antérieurement constituée, peu important que cette situation soit légale ou contractuelle* »[314]. Cela va de soi car l'application d'une loi nouvelle à des situations antérieures peut paraître étonnante. C'est une hypothèse qui n'a de sens que dans le cadre d'une fiction où le législateur se voit doter d'un « *superpouvoir* » lui permettant de modifier le passé[315]. Bien qu'étonnante, il arrive

---

312 « La recherche de la perfection, une quête « *humaine* », https://enfantparfait.wordpress.com/category/la-recherche-de-la-perfection/, consulté le 08 mai 2018.

313 M. CHAGNY, « Restriction de compétence matérielle et droit de la concurrence », *Procédures* avril 2011, n° 4, dossier 10.

314 J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit*, 16e éd., 2016, Sirey, Université. Droit privé, n° , p..

315 P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 3e éd., 2015, LGDJ, coll. Manuel, n° , p.

des cas où le législateur ait recours à la fiction juridique afin de pouvoir modifier le passé dans un souci de préservation d'un certain nombre d'intérêts majeurs. Afin de ne pas faire monter la peur de l'insécurité juridique chez les acteurs du monde des affaires, le législateur a prévu des dispositions transitoires dont la finalité n'est rien d'autre qu'une bonne organisation de la spécialisation des juridictions en droit de la concurrence. L'analyse du contenu de ces dispositions est un préalable nécessaire à la compréhension des limites que celles-ci ont apportées à cette spécialisation.

104. Le contenu des dispositions transitoires. La spécialisation des juridictions en droit de la concurrence s'est faite en deux temps. Ce critère chronologique utilisé par le législateur nous servira pour les besoins de la présentation du contenu des dispositions transitoires. L'analyse de l'histoire du contentieux du droit de la concurrence fait ressortir l'information selon laquelle la spécialisation des juridictions appelées à connaître de ce contentieux a vu le jour en droit des pratiques anticoncurrentielles avec le décret n° 2005-1756 du 30 décembre 2005 fixant « *la liste et le ressort des juridictions spécialisées en matière de concurrence, de propriété industrielle et de difficultés des entreprises* ». Ce texte est entré en vigueur le 1er janvier 2006 conformément à son article 23. Cependant, son article 22 apporte une précision de taille susceptible de constituer une limite temporaire à la spécialisation des juridictions en ce sens qu'il précise que :

> « La juridiction compétente primitivement saisie demeure compétente pour statuer sur les procédures introduites antérieurement à la date d'entrée en vigueur du présent décret. »

Cette même démarche a été poursuivie en droit des pratiques restrictives de concurrence avec le décret n° 2009-1384 du 11 novembre 2009 relatif à « *la spécialisation des juridictions en matière de contestations de la nationalité et de pratiques restrictives de concurrence* ». Conformément au premier alinéa de son article 8, ce décret est entré en vigueur « *le premier jour du mois suivant sa publication, à l'exception des articles 5 et 6 qui entrent en vigueur à la date de publication du présent décret* ». L'alinéa 2 de cette même disposition poursuit en précisant que :

> « La juridiction primitivement saisie demeure compétente pour statuer sur les procédures introduites antérieurement à la date d'entrée en vigueur du présent décret. »

Comme on peut le constater, chacun de ces décrets prévoit des dispositions transitoires facilitant sa mise en œuvre. La particularité de ces dispositions réside dans le fait qu'elles consacrent les mêmes formules pour défendre une même cause. Partant de ce constat, leur mise en œuvre ne peut que produire les mêmes effets.

105. La conséquence de leur mise en œuvre. Les dispositions transitoires qui viennent d'être précisées ne sont pas sans entrainer des limites temporaires à l'exclusivité de la compétence des juridictions spécialisées. S'il en est ainsi, c'est parce qu'elles sont susceptibles d'apporter deux solutions contradictoires à un même problème posé par l'application des décrets de

spécialisation. La première solution consiste à appliquer les nouvelles règles de compétence à tout appel postérieur à l'entrée en vigueur des décrets de spécialisation peu importe que l'action soit introduite antérieurement. Une telle interprétation n'est pas nouvelle dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Ainsi, dans un arrêt en date du 3 octobre 2006[316], ladite juridiction a eu à préciser, au visa des articles 2 du code civil et 639 du code de commerce, que :

> « Les voies de recours dont un jugement est susceptible sont régies par la loi en vigueur à la date de celui-ci. »

Il faut dire que cette solution n'est qu'une simple application de l'article 2 du code civil. Comme la loi ne dispose que pour l'avenir, les recours intentés après l'entrée en vigueur des décrets de spécialisation relèvent de la compétence exclusive de la cour d'appel de Paris peu importe l'antériorité de la saisine des juridictions de première instance. Cette solution a le mérite de militer en faveur de l'unification du traitement du contentieux de la concurrence[317]. La seconde solution, différente de la première à bien des égards, consiste à appliquer à la lettre le contenu des dispositions transitoires. L'article 22 du décret du 30 décembre 2005 et l'article 8 du décret du 11 novembre 2009 font référence aux « *procédures introduites antérieurement à la date d'entrée en vigueur du présent décret* ». Or, ces procédures couvrent naturellement les procédures devant les juridictions sans exclure celles devant les juridictions d'appel[318]. Ce qui revient à dire que si une procédure a été entreprise devant les juridictions d'instance antérieurement à l'entrée en vigueur des règles de spécialisation, la cour d'appel de Paris ne sera pas compétente pour connaître du recours contre le jugement de première instance. Cette solution se comprend parfaitement dans la mesure où la cour d'appel de Paris a pour compétence de connaître des recours contre les jugements des juridictions spécialisées. Lorsqu'une juridiction a été saisie avant l'entrée en vigueur des règles de spécialisation, la logique interdit de parler de juridiction spécialisée. La spécialisation des juridictions de première instance conditionnant la compétence de la cour d'appel de Paris, sans celle-ci, il ne saurait y avoir de compétence d'appel. Cette solution a été entérinée par la cour d'appel de Paris qui, dans un arrêt en date du 20 juin 2006[319] relatif au droit des pratiques anticoncurrentielles, a considéré que :

> « Le décret 2005-1756 du 30 décembre 2005, entré en vigueur le 1er janvier 2006, donne dans son article 2, compétence à la cour d'appel de Paris ; que l'article 22 dudit décret prévoit, à titre transitoire,

---

316 Cass. com., 3 oct. 2006, n° 02-13.829.

317 M. CHAGNY, « Restriction de compétence matérielle et droit de la concurrence », *Procédures* avril 2011, n° 4, dossier 10.

318 *Ibid.*

319 CA Paris, 5e ch. A, 20 juin 2006, n° 06/01240, SAS Prim'Co c/ SCA La Madrouques.

> que « la juridiction compétente primitivement saisie demeure compétente pour statuer sur les procédures introduites antérieurement à la date d'entrée en vigueur du présent décret » ; que la présente procédure a bien été introduite devant le tribunal de Mont-de-Marsan antérieurement à cette date, que par conséquent cette juridiction restant compétente pour statuer, l'appel devait dès lors être porté devant la cour d'appel de Pau, la cour de Paris n'ayant été désigné, par le décret précité, comme juridiction d'appel que des seules juridictions de 1er instance spécialisée au nombre desquelles ne figure pas le TGI de Mont-de-Marsan. »

La solution ainsi rendue est dictée par la logique suivante. La cour d'appel de Paris part du postulat selon lequel :

> « Elle n'a été désigné, par le décret n° 2005-1756 du 30 décembre 2005, comme juridiction d'appel que des seules juridictions de 1er instance spécialisée au nombre desquelles ne figure pas le TGI de Mont-de-Marsan. »

Cette logique a été jugée comme étant à la fois fondée et infondée. Fondée dans la mesure où la cour, faisant abstraction du conflit de lois dans le temps, a raison d'estimer que le tribunal saisi ne fait pas partie des heureux élus[320]. Infondée pour la bonne et simple raison que :

> « Lorsque le décret est rentré en vigueur le 1er janvier 2006, la cour d'appel de Pau n'était pas encore saisie au sens de l'article 22 du décret puisqu'appel n'a été interjeté devant elle le 18 janvier 2006. Les appels interjetés les 18 et 19 janvier 2006 étaient donc régis par les textes applicables à ces dates, notamment pour la compétence, ce qui entraînait donc la compétence de la cour d'appel de Paris. »[321]

Cette solution a d'ailleurs été adoptée dans le contentieux du droit des pratiques restrictives de concurrence[322]. Tout cela prouve que la spécialisation des juridictions en droit de la concurrence se trouve limitée. Cependant, il est à noter que ces limites sont temporaires car vouées à disparaître avec le temps. Celles-ci sont à distinguer des limites structurelles qui sont inhérentes à la définition des règles encadrant la spécialisation des juridictions en droit de la concurrence.

106. Les limites structurelles. Elles découlent de la définition des règles encadrant la spécialisation des juridictions en droit de la concurrence. Ces règles sont parfois définies de manières à créer la confusion dans l'esprit de leur destinataire. En ce qui concerne le droit des pratiques anticoncurrentielles, l'imprécision de l'article L. 420-7 du code de commerce,

---

320 A. DESMAZIÈRES DE SÉCHELLES, « Mise en œuvre dans le temps des règles afférentes à la compétence exclusive de la cour d'appel de Paris en droit de la concurrence », *JCP E* mars 2008, 1308.

321 *Ibid.*

322 M. CHAGNY, *art. préc.*, citant « *CA Lyon, 3e ch. civ., sect. A, 8 juin 2010, n° 10/00919, SARL GRL c/ Société Forall Confezioni Spa : JurisData n° 2010-014809 ; CA Amiens, ch. éco., 19 oct. 2010, n° 10/00392, qui fait référence à l'article 8 du décret pour relever, d'une part, l'introduction de la procédure en première instance avant l'entrée en vigueur du décret et, d'autre part, l'absence de disposition dérogatoire aux règles de compétence territoriale des cours d'appel (CPC, art. D. 311-1) avant d'appliquer l'article R. 311-3 du code de procédure civile, selon lequel sauf disposition particulière, la cour d'appel connaît de l'appel des jugements des juridictions situées dans son ressort* ».

règle destinée à encadrer la spécialisation en ce domaine, est d'une particularité troublante. Le texte dispose que :

> « Les litiges relatifs à l'application des règles contenues dans les articles L. 420-1 à L. 420-5 ainsi que dans les articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne et ceux dans lesquels ces dispositions sont invoquées sont attribués, selon le cas et sous réserve des règles de partage de compétences entre les ordres de juridiction, aux juridictions civiles ou commerciales dont le siège et le ressort sont fixés par décret en Conseil d'Etat.»

Sa formulation amoindrit considérablement la portée de la spécialisation. L'emploi des termes « *les litiges relatifs à l'application* » du droit des pratiques anticoncurrentielles réduit comme une peau de chagrin la portée de la spécialisation dans la mesure où il peut parfois s'avérer difficile d'identifier « *le caractère concurrence d'un contentieux mixte* »[323]. Le rajout par la conjonction de coordination "et" des litiges « *dans lesquels ces dispositions sont invoquées* » laisse à croire deux choses : que la spécialisation est de mise peu importe la façon dont ces dispositions sont invoquées, et que de toutes les façons cette spécialisation n'est qu'une question d'invocation de ces dispositions. Une application à la lettre de ce rajout permettrait de considérer que la spécialisation s'applique lorsque le droit des pratiques anticoncurrentielles est invoqué aussi bien à titre principal qu'à titre de défense. Mais autant dire que cette lecture ne correspond pas avec celle de la cour d'appel de Versailles qui, dans un arrêt en date du 24 mai 2007, n° 07/01287, a jugé que ce texte :

> « En ce qu'il constitue une exception aux règles de compétence, doit, comme, toute exception, être interprété de manière restrictive…que la cour d'appel de Paris n'est compétente que dans la mesure où les règles en question sont invoquées à l'appui d'une demande en justice, qu'elle soit principale ou reconventionnelle et non simplement comme un moyen de défense à une demande…qu'en décider autrement reviendrait à permettre à une partie de choisir son juge en soulevant un moyen relevant des pratiques anticoncurrentielles. »[324]

Une telle conception des choses ne fait que rétrécir le champ d'application de la règle de spécialisation. Par ailleurs, en rajoutant les termes « *ceux dans lesquels ces dispositions sont*

---

323 C. VILMART, « De la difficulté d'appliquer la règle de compétence exclusive de la cour d'appel de Paris en droit communautaire de la concurrence, quand ce droit s'oppose à des droits de propriété intellectuelle », *JCP E* nov. 2007, n° 46, 2382 où l'auteur estime que c'est rare que « *le contentieux de concurrence ne relève que de la seule application du droit de la concurrence, puisque ce droit d'ordre public vient nécessairement interférer notamment avec le droit privé des contrats, et plus souvent avec les droits de propriété intellectuelle* ». Pour étayer ses propos, il prend exemple sur les droits des propriétés intellectuelles qu'il qualifie de « *droits exclusifs ayant un champ d'application territorial et [qui] créent au bénéfice de leur titulaire un monopole, qui, même s'il est temporaire, comme c'est le cas en matière de brevets, de dessins et modèles et même de droit d'auteur, se heurte à un droit de la concurrence, qui vise avant tout à éliminer les restrictions à la libre circulation des biens, à garantir un ordre public économique qui doit favoriser le progrès et la diffusion des connaissances pour assurer un marché concurrentiel, au profit des consommateurs* ».

324 M. CHAGNY, *art. préc.*, citant « *CA Versailles, 24 mai 2007, n° 07/01287, SARL Mano Medical c/ SARL Idexx : JurisData n° 2007-346821 ; Europe 2007, comm. 316, obs. L. Idot, affaire dans laquelle le tribunal de commerce avait été saisi d'une action en contrefaçon. – comp., pour une lecture des textes plus respectueuse de la volonté du législateur, CA Poitiers, 2e ch. civ., 27 oct. 2009, n° 09/02574, SAS Distribution Casino France c/ SAS Rocade distribution : JurisData n° 2009-013543* ».

invoquées », le législateur donne l'impression d'amoindrir sans le vouloir la portée de la spécialisation des juridiction en laissant aux demandeurs en justice le choix de la juridiction compétente en raison du ou des textes qu'ils invoquent. Dire que l'invocation du droit des pratiques anticoncurrentielles conditionne la compétence des juridictions spécialisées, c'est donner aux plaideurs les voies et moyens de contourner cette spécialisation en invoquant des dispositions autres que celles du droit de la concurrence. Dans le même sillage, le rajout de ces termes peut favoriser le développement du procédé consistant à « *saucissonner le dossier* »[325], c'est-à-dire le diviser en deux pour ne renvoyer aux juridictions spécialisées que la partie où les dispositions du droit de la concurrence sont invoquées, l'autre partie restant bien évidemment à la compétence du juge de droit commun[326]. C'est dans cette logique que s'inscrit un arrêt de la Cour de cassation rendu le 7 octobre 2014. Dans un attendu[327] rempli d'enseignements, la cour a validé le procédé consistant à « *saucissonner le dossier* ». Cette solution a tout récemment été consolidée dans un arrêt[328] dans lequel la cour affirme que dès lors :

> « (…)que le jugement frappé d'appel avait été rendu sur le fondement de l'article 1134 du code civil et qu'il émanait d'une juridiction située dans son ressort, ce dont il résultait que l'appel formé devant elle était recevable, seules étant irrecevables les demandes nouvellement formées devant elle sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce. »

Le droit des pratiques restrictives de concurrence adoptant la même formule que le droit des pratiques anticoncurrentielles les limites structurelles inhérentes à l'un sont également inhérent à l'autre, d'où l'économie d'un développement supplémentaire sur cette question. Au final, il convient de retenir que l'objectif poursuivi par la spécialisation des juridictions en droit de la concurrence n'est rien d'autre que de parvenir à une bonne application de ce corps de règles. Soucieux d'atteindre cet objectif, le législateur ne s'est uniquement pas contenter de concentrer le contentieux du droit de la concurrence entre les mains d'un nombre limité de juges. Il a en plus opéré un partage de compétence avec des juridictions que l'on n'a pas souvent l'habitude de voir intervenir dans le contentieux contractuel.

---

325 *Ibid.*

326 L. IDOT, « L'activité des juridictions de droit commun en matière de pratiques anticoncurrentielles », *Europe* juin 2008, n° 6, comm. 209 où l'auteure affirme que « *L'application à la fois du règlement n° 1/2003 et du décret du 30 décembre 2005 sur la spécialisation des juridictions de droit commun pour l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles n'est pas chose aisée* ». Pour étayer ses propos, elle met en exergue « *le jugement du TGI de Béthune statuant en chambre commerciale qui, confronté à un problème de droit des pratiques anticoncurrentielles évoqué à titre incident, avait décidé de conserver une partie du dossier et de renvoyer au TGI de Lille la partie concernée par le décret de spécialisation* ».

327 Cass. com., 7 octobre 2014, n° 13-21.086.

328 Cass. com., 1er mars 2017, n° 15-21.798.

SECTION II.
LE PARTAGE DE COMPÉTENCE AVEC DES JURIDICTIONS INHABITUELLES

107. Des compétences variées. Si juger consiste à dire le droit, l'on peut valablement affirmer que le droit de la concurrence regorge de juges en ce que, mis à part le juge judiciaire, des instances administratives[329] sont habilitées à contribuer à sa mise en œuvre effective. Ces dernières disposent d'importantes compétences dans le traitement du déséquilibre contractuel. Tout ce que les juges judiciaires ont perdu en termes de compétence se retrouve entre les mains de ces autorités. Un quasi transfert de compétence s'est réalisé entre les juges civils et ces dernières qui se trouvent investie d'une variété de compétences. La reconnaissance à ces autorités de cette variété de compétences est à inscrire dans une volonté d'assurer une concurrence saine. En effet, le législateur s'est finalement rendu compte que le juge judiciaire ne pouvait plus assurer la protection de la concurrence car s'étant retrouvé affaibli devant un contentieux technique. La rareté des actions civiles devant le juge judiciaire témoigne davantage de l'affaiblissement de ses rôles dans ce contentieux. C'est la raison pour laquelle un pan essentiel de ce contentieux a été confié à des autorités administratives disposant d'un pouvoir réel de sanction[330]. Ce transfert de compétence est la formule que le législateur juge adéquate pour la bonne protection de l'ordre public. Ramenée à notre objet d'étude, cette formule consiste à placer un pan important du contentieux du déséquilibre contractuel entre les mains de ces autorités.

108. Une articulation timide. Le traitement du déséquilibre contractuel en droit de la concurrence nécessite l'intervention du juge judiciaire et celle des autorités administratives. L'importance des pouvoirs de ces dernières leur permet de véhiculer des doctrines[331] sur certains aspects du droit de la concurrence. Mais, ces doctrines ne servent pas à grande chose si leurs bénéficiaires ne sont pas tenus de les suivre. L'articulation existant entre les autorités chargées de traiter le déséquilibre contractuel en droit de la concurrence est timide. Cette timidité peut non seulement entrainer des longueurs de procédure mais aussi

---

329 Pour une distinction entre Autorités administratives et autorités juridictionnelles : J.-M. AUBY, « Autorités administratives et autorités juridictionnelles », *AJDA* 1995, p. 91.

330 F. BRUNET, « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *RFDA* 2013, p. 113.

331 L. VOGEL, « Les tendances actuelles du droit de la concurrence en France Bilan d'une année d'activité du Conseil de la concurrence et de la cour d'appel de Paris, section concurrence », *JCP G* nov. 1990, n° 46, doctr. 3470 où l'auteur précise que « *C'est dans le domaine le plus traditionnel du droit de la concurrence, le droit des ententes, que le Conseil de la concurrence a énoncé un certain nombre de doctrines relatives tant à l'existence de l'entente qu'à son appréciation* ».

des divergences de décisions[332]. Mais, pour le traitement des manquements concurrentiels, la reconnaissance d'une compétence à ces autorités administratives (§ 1) en plus de la reconnaissance d'une compétence au juge pénal (§ 2) ne fait qu'améliorer la gestion du contentieux relatif à l'application du droit de la concurrence.

§ 1. LA COMPÉTENCE DES INSTANCES DE RÉGULATION

109. La nature de ces instances et la variété de leurs compétences. Le traitement du déséquilibre contractuel en droit de la concurrence ne relève pas du monopole des autorités judiciaires. Des autorités d'une autre nature sont susceptibles d'intervenir dans le traitement du déséquilibre contractuel en droit de la concurrence. Il s'agit d'autorités administratives dont leur mission consiste à veiller à la bonne application des règles de concurrence[333]. Ces autorités n'ont pas le statut de juridiction, pour autant le législateur leur reconnait une variété de compétences. Elles disposent chacune d'une compétence consultative leur permettant d'être consultées sur toutes les questions relatives au droit de la concurrence entrant dans leur domaine de prédilection. Par contre, une seule d'entre elles s'est vue reconnaître une compétence contentieuse. La reconnaissance de compétences juridictionnelles à ces instances de régulation n'est pas sans poser un certain nombre de difficultés en pratique.

110. Les conséquences de la compétence des autorités non juridictionnelles. La reconnaissance de compétences aux autorités non juridictionnelles ne va pas sans entrainer un certain bouleversement dans l'organisation traditionnelle de la compétence des autorités juridictionnelles. De cette répartition de compétence découle un éparpillement du contentieux de la concurrence qui se trouve partagé entre autorités juridictionnelles et autorités administratives indépendantes. Cet éparpillement du contentieux de la concurrence peut sans doute mettre les justiciables face à un dilemme. Il peut, en outre, être à l'origine de nombreuses contradictions entre les décisions des autorités juridictionnelles et celles des autorités non juridictionnelles. Il est donc à relever que la

---

332 D. BLANC, « Droit de la concurrence : la dépénalisation n'est pas la solution », *AJ pénal* 2008, p. 69 où l'auteur affirme que « *…le bénéfice de la clémence aux personnes physiques susceptibles d'être poursuivies par le juge pénal…est le point le plus complexe à traiter…la mise en place de la clémence ne s'est pas accompagnée de mécanismes permettant d'articuler l'action de l'autorité administrative et celle du juge pénal. Ainsi, la société qui bénéficie d'une immunité conditionnelle devant le Conseil de la concurrence n'est juridiquement pas à l'abri de poursuites pénales…Dès lors, il apparaît nécessaire de créer des mécanismes d'information réciproques du juge pénal et des autorités de concurrence qui leur permettent de connaître des procédures susceptibles d'avoir un débouché pénal et nécessitant une « extension d'immunité » à des personnes physiques clairement identifiées* ».

333 M.-A. LAFORTUNE, « Les autorités indépendantes de régulation à l'épreuve des principes processuels fondamentaux dans l'exercice de leur pouvoir de sanction des manquements aux règlements du marché économique, financier et boursier », *Gaz. Pal.* sept. 2001, n° 268, p. 12.

reconnaissance de compétences à des autorités non juridictionnelles a un impact considérable dans la lutte contre le déséquilibre contractuel en droit de la concurrence. Mais avant d'étudier la nature de ces compétences reconnues (B), il serait important d'identifier au préalable les instances concernées (A).

A. Les instances concernées

111. **La Commission d'examen des pratiques commerciales.** Issue de la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques, la Commission d'examen des pratiques commerciales apparaît sans doute comme l'une des innovations apportées par cette loi. Elle constitue une réponse au souci croissant de moralisation[334] mais aussi d'apaisement[335] des relations d'affaires qui sont le plus souvent le terreau d'accueil d'innombrables pratiques déséquilibrantes. Placée auprès du ministre de l'Économie, la Commission d'examen des pratiques commerciales veille à « *l'équilibre des relations* »[336] entre les partenaires commerciaux. Son existence s'avère bénéfique pour la régulation de la concurrence mais aussi et surtout pour les professionnels[337] qui peuvent la saisir pour avoir un avis sur une question donnée du droit des pratiques restrictives de concurrence. Elle assure donc une mission consultative qu'il convient d'analyser ultérieurement. Mais à présent, intéressons-nous à sa composition et sa saisine.

112. **Sa composition.** La composition de la Commission d'examen des pratiques commerciales est précisée aux termes de l'article L. 440-1 du code de commerce. On y retrouve « *un député, un sénateur, des membres des juridictions administratives et judiciaires* » et des représentants de professionnels. Les professionnels sont représentés dans leurs différents secteurs d'activité[338]. La commission est composée de façon hétérogène. Une telle composition se comprend aisément si l'on tient compte de l'importance de la mission régulatrice que poursuit qu'elle poursuit. Cette mission justifie également les modalités de désignation de ses membres. L'article L. 440-1 du code de commerce nous révèle que le député et le sénateur sont « *désignés par les commissions permanentes de leur assemblée compétente en matières de*

---

334 M.-E. PANCRAZI, « La moralisation des pratiques commerciales », *Dr. et patrimoine* déc. 2001, n° 99.

335 S. LEBRETON, « La Commission d'examen des pratiques commerciales : une occasion manquée pour la médiation », *LPA* août 2002, n° 170, p. 26.

336 J.-P. DUMAS, « La Commission d'examen des pratiques commerciales », *D.* 2003, p. 1146.

337 R. HAMMADI, « La Commission d'examen des pratiques commerciales, un instrument utile pour les entreprises », *AJ Contrats d'affaires* 2014, p. 298.

338 J.-P. DUMAS, « La Commission d'examen des pratiques commerciales », *D.* 2003, p. 1146 qui affirme que « *sept responsables d'organisations professionnelles de producteurs et fournisseurs, d'une part, et sept autres qui représentent les différentes composantes de notre système de distribution, d'autre part. Autant que faire se peut, la plupart des secteurs d'activité concernés se retrouvent dans la Commission* ».

relations commerciales entre fournisseurs et revendeurs ». Dans ce choix, deux mots suffisent à résumer les critères mis en avant par le législateur : légitimité et spécialisation. Ces critères sont si importants qu'en leur absence la commission ne saurait valablement remplir sa mission. Le député et le sénateur en tant qu'ils incarnent le rôle de représentant du peuple dans leur instance respective bénéficient d'abord d'une certaine légitimité. En tant que membre de la Commission d'examen des pratiques commerciales, ils bénéficient également de la même légitimité puisqu'ils sont désignés de façon démocratique « *par les commissions permanentes de leur assemblée compétente* ». Représentants du peuple dans leur instance respective, ils sont désignés pour représenter l'ensemble des membres de leur instance d'origine. Ils bénéficient donc d'une certaine légitimité. À ce critère s'ajoute celui de la spécialisation. Ce critère a son sens puisque les consultations n'ont d'utilité que lorsque la commission est composée de membres spécialisés dans les domaines sur lesquels elle est consultée. Autrement, personne ne va prendre le risque de la saisir. Ces représentants du peuple au niveau de la commission ont pour collègues des magistrats. L'article L. 440-1 du code de commerce nous précise que ces derniers sont « *membres, éventuellement honoraires, des juridictions administratives et judiciaire*s ». La présence de magistrats à son sein permet à la Commission d'asseoir son autorité[339]. Le choix de la spécialité de ces magistrats ne nous semble pas être le fait du hasard. Il reflète particularité du droit de la concurrence qui est une matière de droit privé qui utilise des mécanismes de droit public[340]. La présence de magistrats au sein de la commission est justifiée par le fait que ces derniers disposent d'une aptitude à décortiquer le sens des règles de droit. Soucieux de la forte connotation économique du droit de la concurrence, le législateur a jugé utile de rajouter au membre de la Commission les représentants du secteur économique. L'article L. 440-1 du code de commerce précise qu'ont leur représentant au sein de la Commission, les personnes relevant « *des secteurs de la production et de la transformation agricole et halieutique, ainsi qu'industrielle et artisanales* ». Sont aussi représentés « *les transformateurs, les grossistes, les distributeurs* » sans oublier les personnes relevant de l'administration. Seuls les consommateurs peuvent se plaindre d'un défaut de représentation au sein de la Commission d'examen des pratiques commerciales[341]. Ce qui peut paraître regrettable[342]. Au rang des membres de la

---

339 L. ARCELIN, « Pratiques commerciales et concentrations économique : les apports de la loi NRE », *Contrats conc. consom.* n° 11, nov. 2001, chron. 18.

340 Le droit de la concurrence est appliqué par des juridictions spécialisées. En plus des sanctions civiles classiques, il utilise beaucoup les sanctions administratives et répressives (amende, astreinte, mesure de publicité, engagement etc.).

341 L. ARCELIN, « Pratiques commerciales et concentrations économique : les apports de la loi NRE », *Contrats conc. consom.* n° 11, nov. 2001, chron. 18.

Commission figurent également certaines « *personnalités qualifiées* ». Une manière pour le législateur de renforcer la connaissance technique des membres de ladite commission, ce qui favorise leur indépendance mais aussi leur prise de recul par rapport à certains conflits[343]. La Commission n'est plus obligatoirement dirigée par un magistrat. Son président est désormais « *désigné parmi ses membres par décret* ». Ainsi, par décret du 3 janvier 2018 « portant nomination du président de la Commission d'examen des pratiques commerciales », Monsieur Benoît Potterie, « député de la 8e circonscription du Pas-de-Calais », est placé à la tête de la Commission[344]. Avec une telle composition, la Commission d'examen des pratiques commerciales est faite pour jouer un rôle non négligeable dans la mise en œuvre du droit des pratiques restrictives de concurrence. Mais, pour qu'elle puisse jouer ce rôle, encore faudra-t-il qu'elle soit valablement saisie.

113. Sa saisine. La saisine de la Commission d'examen des pratiques commerciales est organisée de façon « *très large* »[345]. L'article L. 440-1, IV, du code de commerce précise à cet égard que :

> « La commission est saisie par le ministre chargée de l'économie, par le ministre chargé du secteur économique concerné, par le Président de l'autorité de la concurrence, par toute personne morale, notamment les organisations professionnelles ou syndicales, les associations de consommateurs agréés, les chambres consulaires ou d'agriculture, ainsi que par tout producteur, fournisseur ou revendeur s'estimant lésé par une pratique commerciale. »

Il résulte de la même disposition que la Commission « *peut également se saisir d'office* ». Parmi, les personnes habilitées à saisir la Commission, l'on note la forte présence de l'État. Ainsi, le texte fait mention de la saisine du ministre chargé de l'économie à laquelle il faut rajouter celle du ministre chargé du secteur économique concernée sans parler de la saisine de l'Autorité de la concurrence. En outre, les juridictions peuvent consulter la Commission depuis la loi LME du 4 août 2008. Il résulte de ces considérations une prépondérance de la place de l'Etat dans l'organisation de la saisine de la Commission. Cette prépondérance se

---

342 R. KOVAR, « Politique de concurrence », *Rép. dr. eur.* Août 2005 actualisation avril 2016 où l'auteur précise qu' « *En 1972, dans son premier rapport sur la politique de concurrence, la Commission…affirm[ait] sa foi dans le jeu de la concurrence dans les termes suivants : » La concurrence est le meilleur stimulant de l'activité économique en garantissant à ses participants la liberté d'action la plus large possible. Une politique active de concurrence…facilite l'adaptation continue des structures de la demande et de l'offre à l'évolution des techniques ; par le jeu des mécanismes décentralisés de décision, elle permet d'obtenir, des entreprises, une efficacité sans cesse améliorée qui est la condition de base pour l'amélioration constante des niveau de vie…Elle tend à assurer la meilleure utilisation possible des facteurs de production pour le plus grand profit de l'économie dans son ensemble, et en particulier dans l'intérêt des consommateurs* ».

343 C. VILMART, « L'effectivité de la lutte contre les pratiques commerciales abusives dans la loi NRE. De la création de la Commission des pratiques commerciales à la nullité des clauses abusives », *JCP E* n° 50, 13 déc. 2001, p. 1994.

344 « Benoît POTTERIE nommé président pour la Commission d'examen des pratiques commerciales », *Contrats, conc. consom.* n° 2, févr. 2018, alerte 8.

345 J.-P. DUMAS, « La Commission d'examen des pratiques commerciales », *D.* 2003, p. 1146

justifie par la finalité protectrice de l'ordre public économique que poursuit le droit des pratiques restrictives de concurrence. Celle-ci entraine la relégation au second plan des victimes de déséquilibres contractuels. Ces dernières peuvent saisir pour avis la commission lorsqu'elles sont lésées par une pratique commerciale. Mais, elles ne sont pas les seules à pouvoir la saisir. Des personnes morales ne souffrant d'aucune lésion particulière ou même des associations de consommateurs agréés peuvent tout simplement saisir la Commission pour avis. L'organisation de la saisine de la commission est révélatrice de son inadaptation au traitement du déséquilibre contractuel. La mission de cet organe réside plus dans la protection de l'ordre public économique que dans la protection contre le déséquiliobre contractuel.

114. Les recours en matière de saisine. Saisir la Commission d'examen des pratiques commerciales est une décision non susceptible de recours nous précise l'article L. 440-1, IV, alinéa 3 du code de commerce. Un auteur préconise une lecture extensive de cette disposition. Il estime que lorsque la Commission déclare, par exemple, irrecevable la saisine d'une entreprise victime de déséquilibre contractuel, celle-ci « *ne saurait contester cette irrecevabilité* »[346]. En revanche, lorsque la saisine de cette même entreprise est déclarée recevable, l'auteur du déséquilibre contractuel « *ne peut exercer un quelconque recours* »[347]. Lorsqu'elle est valablement saisie, la Commission rend son avis sur la question qui lui est posée. Son avis dépourvu de force contraignante s'apparente à des lignes directrices à suivre pour rester en conformité avec le droit des pratiques restrictives de concurrence. C'est dire que la Commission n'est pas une « *autorité de concurrence bis* »[348].

115. L'Autorité de la concurrence. L'autorité de la concurrence est « *une autorité administrative indépendante* », nous précise l'article L. 461-1 du code de commerce. Sa mission consiste à veiller « *au libre jeu de la concurrence* » par l'apport de « *son concours au fonctionnement concurrentiel des marchés aux échelons européen et international* ». On remarque que le législateur ne donne pas à l'Autorité de la concurrence une mission de rétablissement de l'équilibre contractuel dans les relations commerciales. Il lui donne une mission de veille au libre jeu de la concurrence[349]. Cette mission est d'une si grande importance pour le législateur qu'il a jugé

---

346 X. DELPECH, « La saisine de la Commission d'examen des pratiques commerciales », *AJCA* 2015, p. 216.

347 *Ibid.*

348 C. VILMART, « L'effectivité de la lutte contre les pratiques commerciales abusives dans la loi NRE. De la création de la Commission des pratiques commerciales à la nullité des clauses abusives », *JCP E* n° 50, 13 déc. 2001, p. 1994.

349 R. POESY, « La nature juridique de l'Autorité de la concurrence », *AJDA* 2009, p. 347 où l'auteur affirme que « *pour les rédacteurs de la loi de modernisation de l'économie, l'important renforcement des pouvoirs de*

… / …

nécessaire d'ériger l'Autorité de la concurrence au rang d'autorité administrative indépendante[350]. Cette qualification est venue mettre un terme au vieux débat sur la nature juridictionnelle du Conseil de la concurrence[351]. Cependant, force est de constater que l'originalité de cette instance régulatrice ne relève pas uniquement de sa nature juridique. Elle relève aussi de sa composition.

116. Sa composition. L'Autorité de la concurrence exerce ses missions grâce à la mise en place d'un collège de membres. L'article L. 461-1, II, du code de commerce précise que ce collège qui est dirigé par un président[352], est composé de « *dix-sept membres* ». Ses membres sont « *nommés pour une durée de cinq ans par un décret pris sur le rapport du ministre chargé de l'économie* ». Leurs mandants sont renouvelables sans limitation, « *à l'exception de celui du président qui n'est renouvelable qu'une seule fois* »[353]. En plus de son président, le collège comprend six membres qui sont des « *membres ou anciens membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation, de la Cour des comptes ou des autres juridictions administratives ou judiciaires* ». L'idée à la base est d'asseoir l'autorité de l'instance régulatrice en plus de garantir sa rigueur et son indépendance. La composition de l'Autorité de la concurrence répond aussi à la nécessité de la spécialisation de ses membres sur les questions à forte connotation économique comme celle portant sur le droit de la concurrence. C'est pour cette raison que le législateur exige que cinq des membres du collège soient des « *personnalités choisies en raison de leur compétence en matière économique ou en matière de concurrence et de consommation* ». Afin de s'assurer de ne pas méconnaître les intérêts des acteurs du monde économique, le législateur fait partir des membres du collège « *cinq personnalités exerçant ou ayant exercé leurs activités dans les secteurs de la production, de la distribution, de l'artisanat, des services ou des professions libérales* ». Les membres de l'Autorité de la concurrence. Les membres de l'Autorité de la concurrence sont soumis à une obligation d'assiduité dont la méconnaissance répétée peut être motif d'exclusion. À ce titre, l'article L. 461-2, alinéa 2 du code de commerce précise qu' « *Est déclaré démissionnaire d'office par le ministre chargé de l'économie tout membre de l'autorité qui n'a pas*

---

l'autorité de régulation de la concurrence en a fait, automatiquement, une autorité administrative indépendante, alors que ce renforcement ne change pas sa nature fondamentalement juridictionnelle ».

350 S. NICINSKI, « L'Autorité de la concurrence », *RFDA* 2009, p. 1237.

351 *Ibid.*, citant à la note 13 « R. *DRAGO, Pour ou contre les autorités administratives indépendantes, Communication à l'Académie des sciences morales et politiques du 29 octobre 2007 ; D. DANET, « Le Conseil de la concurrence : juridiction incomplète ou juridiction innommée ? », RIDE 1993/1. 5 et La nature juridictionnelle du Conseil de la concurrence, Th. Rennes 1990 ; C. LUCAS DE LEYSSAC, « Faut-il faire du Conseil de la concurrence une juridiction ? », RJ com. 1992, p. 273* ».

352 Le président de l'Autorité de la concurrence est assisté de quatre vice-présidents « *désignés parmi les membres du collège, dont au moins deux parmi les personnalités mentionnées aux ° et 3°* » de l'article L. 461-1 du code de commerce.

353 C. com., art. L. 461-1, III.

participé, sans motif valable, à trois séances consécutives ». Pour éviter d'éventuels conflits d'intérêts, le législateur impose à « *tout membre de l'autorité d'informer le président des intérêts qu'il détient ou vient à acquérir et des fonctions qu'il exerce dans une activité économique* »[354]. Pour garantir leur indépendance et leur impartialité, il leur est interdit de « *délibérer dans les affaires où ils ont un intérêt ou ont représenté l'une des parties* »[355]. L'équilibre réalisé dans la composition des instances de régulation du marché confère à celles-ci « *un rôle d'influence et d'expertise en matière de concurrence, tout en assurant le respect des garanties fondamentales dans la mise en œuvre de la procédure* »[356].

117. **Sa saisine.** L'accessibilité du droit de la concurrence est une des conditions d'effectivité de ce corps de règles. Conscient de cela, le législateur a élargi la liste des personnes pouvant saisir l'Autorité de la concurrence[357]. Il ressort des dispositions de l'article L. 462-1 du code de commerce que l'Autorité de la concurrence peut être saisie par un certain nombre d'instances administratives. Il en est ainsi des « *Commissions parlementaires* », du « *Gouvernement* », des « *collectivités territoriales* » etc…Le pouvoir de saisir l'autorité régulatrice n'est pas l'apanage de ces seules instances. Les « *organisations professionnelles et syndicales* », les « *organisations de consommateurs agréées* », les « *chambres d'agriculture* », les « *chambres de métiers* » ou les « *chambres de commerce et d'industrie* », la « *Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet* » se voient aussi reconnaître sur le même fondement textuel la possibilité de saisir l'Autorité de la concurrence. Sur le fondement de l'article L. 462-4 du code de commerce, l'Autorité de la concurrence se voit reconnaître la possibilité « de prendre l'initiative de donner un avis sur toute question concernant la concurrence ». Enfin, sur le fondement de l'article L. 462-5 du code de commerce, le ministre chargé de l'Economie ainsi que les entreprises se voient reconnaître la possibilité de saisir l'Autorité de la concurrence. Lorsqu'elle est valablement saisie, l'Autorité de la concurrence rend soit une décision soit un avis. Seules ses décisions peuvent faire l'objet d'un recours.

118. **Les recours.** Les recours contre les décisions[358] de l'Autorité de la concurrence relèvent de la compétence de la cour d'appel de Paris. Ce transfert de compétence n'est pas sans créer

---

354 C. com., art. L. 461-2 al. 3.

355 C. com., art. L. 461-2 al. 4.

356 J.-J. MENURET, *Autorité de la concurrence, J.-Cl. conc. consom.* oct. 2015, fasc. 60, n° 14.

357 D. BRAULT, *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, 2004, LGDJ, coll. Droit des affaires, n° 1397, p. 602 où l'auteur précise que « *Le pouvoir de saisir l'autorité régulatrice de la concurrence a longtemps été l'apanage du ministre chargé de l'Economie et de ses services* ».

358 P. LE MORE, *Recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence en matière de pratiques anticoncurrentielles*, *J.-Cl.. Conc. consom.* oct. 2016, fasc. 309, n° 13 et s. où l'auteure fait la distinction entre les décisions susceptibles de recours et celles non susceptibles de recours. Pour la première catégorie, elle estime que « *Sont susceptibles de recours les décisions imposant des sanctions, injonctions ou acceptant des engagements, ainsi que celle*

… / …

une certaine indignation[359] notamment en ce qu'il traduit une volonté de « *privatisation du contentieux de l'administration* »[360]. Il est aussi de nature à bouleverser les règles de compétence traditionnelle en ce qu'il opère un partage de compétence[361] entre la cour d'appel de Paris et le Conseil d'État pour connaître des recours contre les décisions prises en matières de droit des pratiques anticoncurrentielles. Un tel partage de compétence est jugé inadapté en ce sens que le contentieux transféré devant la cour d'appel de Paris est un contentieux objectif de pleine juridiction. L'on voit mal comment la cour d'appel de Paris qui est une juridiction judiciaire pourrait mener des analyses analogues à celles de l'Autorité de la concurrence pour pouvoir annuler ou réformer ses décisions. Le partage de compétence ainsi opéré signifie que la cour d'appel de Paris est à mesure de réformer ou d'annuler les décisions de l'instance régulatrice. Il fait de la cour d'appel de Paris une véritable juridiction administrative. Ce qui n'est pas sans déteindre sur l'efficacité du contrôle des pratiques anticoncurrentielles. Si le contrôle de ces pratiques n'est pas bien fait, les chances de voir le droit des pratiques anticoncurrentielles contribuer efficacement à la lutte contre le déséquilibre contractuel se réduisent comme une peau de chagrin. En définitive, dire que la

---

constatant l'absence de pratiques anticoncurrentielles, rejetant la saisine ou prononçant un non-lieu des poursuites (C. com., art. L. 464-8, al. 1er en liaison avec C. com., art. L. 462-8, L. 464-3, L. 464-5, L. 464-6, L. 464-6-1 et L. 752-27). Cette liste est a priori limitative et tout autre type de décision serait insusceptible de recours (CA Paris, 1re ch. H, 12 déc. 2006, n° RG 2006/00048 : JurisData n° 2006-317994, à propos des décisions statuant sur l'application de l'article L. 462-6 du Code de commerce insusceptibles de recours parce que ne figurant pas dans cette liste) ». Pour la seconde catégorie, elle précise qu'« *En revanche, les décisions de jonction de plusieurs affaires ou les décisions de renvoi d'affaires incomplètes à l'instruction, qui sont des actes internes réalisés « pour une bonne administration de la justice » ne sont pas susceptibles de recours (CA Paris, ch. 7, pôle 5, 6 avr. 2010 : Contrats, conc. consom. 2010, comm. 165, obs. G. Decocq. – Cass. com., 7 juin 2011, n° 10-17.044, Bouygues Télécom : JurisData n° 2011-010926 ; JCP E 2011, 1558 ; Bull. civ. 2011, IV, n° 90). De manière analogue, le recours n'est pas ouvert contre les décisions prononçant la disjonction de la saisine initiale (CA Paris, 1re ch. H, 21 sept. 2004 : BOCCRF 8 nov., D. 2004, p. 2789), prises en application de l'article L. 430-9 du Code de commerce (Cass. com., 12 juill. 2004, n° 03-12.409 : JurisData n° 2004-024693 ; Bull. civ. 2004, IV, n° 152, p. 167 ; D. 2004, p. 2374, obs. E. Chevrier) ou décidant de transmettre le dossier au Parquet (CA Paris, 1re ch. H, 26 oct. 2004 : BOCCRF 21 janv. 2005 ; D. 2004, p. 3138. – CA Paris, 12 déc. 2006 : RLC 2007/11, n° 777, obs. C. N)* ».

359 T. PERROUD, « La cour d'appel de Paris est-elle vraiment un juge administratif ? », *Dr. adm.* n° 5, mai 2017, étude 9 citant « *P. DELVOLVÉ, « La nature des recours devant la cour d'appel de Paris contre les actes des autorités boursières », BJS juin 1990, n° 6, p. 499, n° 23 ; P. DELVOLVÉ, « La cour d'appel de Paris, juridiction administrative, Études offertes à J.-M. Auby, D. 1992, pp. 47-70 ; M. SÉNAC DE MONSEMBERNARD, « Le contrôle de la cour d'appel de Paris sur les décisions de l'ART », Dr. adm. 2005, p. 33 ; A. SÉE, « Le juge judiciaire et autorités de régulation », in Le juge judiciaire, Association Française pour la recherche en Droit Administratif-AFDA, D. coll. Thèmes & commentaires, 2016 ; L. RICHER, « Le recours contre les décisions administratives devant le juge judiciaire (Aperçu de droit administratif judiciaire) », CJEG 1990, p. 367 ; Y. GAUDEMET, « Le pouvoir de réformation de la cour d'appel de Paris dans le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence », JCP G 2000, 2241* ».

360 *Ibid.*

361 P. ARHEL, « Le juge administratif, juge de l'application du droit national et du droit communautaire », *RLC* mai 2005, n° 3.

Commission d'examen des pratiques commerciales et l'Autorité de la concurrence peuvent rendre des décisions et/ou des avis, c'est reconnaître la nature de leur compétence.

B. La nature de leurs compétences

119. Une compétence contentieuse exclusive. L'Autorité de la concurrence est dotée d'une compétence contentieuse qui fait d'elle, « *au sein même de la catégorie très hétérogène des autorités administratives indépendantes, une autorité de premier plan, disposant des pouvoirs les plus importants* »[362]. L'importance des pouvoirs qui lui sont reconnus fait d'elle un véritable organe juridictionnel[363] même si le Conseil constitutionnel l'a une fois qualifiée d'« *organe administratif de nature non juridictionnelle* »[364]. L'autorité de la concurrence tire naturellement sa compétence contentieuse de l'article L. 410-1 du code de commerce. Ce texte dispose que :

> « Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public. »

Cette compétence n'est pas exclusive. L'Autorité de la concurrence la partage avec d'autres juridictions. Il en est ainsi du juge judiciaire mais aussi du juge pénal qui interviennent tous deux dans le contentieux lié à ces activités. En plus d'être partagée, la compétence de l'Autorité de la concurrence a la particularité d'être une compétence non absolue. Elle n'est pas absolue dans la mesure où elle ne se limite qu'aux pratiques anticoncurrentielles. C'est à dire les pratiques prohibées aux termes des articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1, L. 420-4, L. 420-5 du code de commerce. En droit des pratiques anticoncurrentielles, la compétence contentieuse de l'Autorité de la concurrence se limite à la constatation des pratiques illicites et au prononcé de sanctions administratives et/ou pécuniaires. L'Autorité de la concurrence ne se voit pas reconnaître la compétence de prononcer la nullité d'une convention illicite[365] ni de prononcer la dissolution d'un groupement d'intérêt économique[366] sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles. Elle n'intervient qu'en cas d'altération du libre jeu de la concurrence. Cependant, elle dispose de prérogatives lui permettant de :

> « Modeler ou remodeler les contrats, nonobstant les volontés et engagements contractuels et d'interférer dans la rédaction des conventions futures comme de priver d'effets des stipulations

---

362 J.-J. MENURET, « Autorité de la concurrence », *J.-Cl. conc. consom.*, 1er oct. 2015, fasc. 60, n° 34.

363 R. MARTIN, « La fonction juridictionnelle du Conseil de la concurrence », *JCP G* nov. 1990, doctr. 3469.

364 *Ibid.*, affirmant que « Le Conseil constitutionnel dans sa décision du 23 janvier 1987 (n° 86-224 D.C) donna au passage un pedigree au Conseil de la concurrence. Il dit qu'il était un « organisme administratif » et précisa plus loin sa « nature non juridictionnelle ».

365 Cons. conc., déc. no 93-D-34, 14 sept. 1993, société Sica Lait Clairval, BOCCRF 6 nov. 1993, p. 303.

366 Paris, 17 sept. 1992, BOCCRF 3 oct. 1992.

> contractuelles, temporairement dans le cas de mesures conservatoires ou, le cas échéant, définitivement lorsqu'il se prononce au fond. »[367]

Dans l'exercice de ses prérogatives, l'Autorité de la concurrence ne tient pas compte de l'éventuel bouleversement de l'équilibre contractuel[368]. Seul l'intéresse le rétablissement du libre jeu de la concurrence. D'où le caractère inadapté de sa compétence dans la lutte contre le déséquilibre contractuel.

120. Son caractère inadapté. La compétence reconnue à l'Autorité de la concurrence n'est pas destinée au traitement du déséquilibre contractuel. Les sanctions que cette instance est habilitée à prononcer ont pour finalité la protection du libre jeu de la concurrence. Elles sont conditionnées au degré d'atteinte à la concurrence. Si cette attaiente ne présente pas une certaine importance, l'Autorité de la concurrence peut même décider de ne pas sanctionner l'auteur de l'acte illicite. C'est dire que l'auteur d'une entente génératrice de déséquilibre contractuel peut échapper à l'amende si l'entente en question ne porte pas une atteinte sensible au marché. Il en résulte que l'Autorité de la concurrence n'est pas un garant de l'équilibre des relations commerciales. Elle est plutôt garant du maintien du libre jeu de la concurrence dans un marché donné. La reconnaissance d'une compétence contentieuse à l'Autorité de la concurrence n'est pas sans entrainer un certain nombre de conséquences dans le contentieux du déséquilibre contractuel. Elle favorise la diversité des sanctions et l'éparpillement de ce contentieux entre autorités judiciaires et autorité administrative indépendante. Ce qui provoque des « *entrelacs de procédures* »[369] susceptibles d'être préjudiciables aux plaideurs qui, on le sait tous, sont tenus à la célérité et à la rapidité qu'exigent le monde des affaires. Mais, si l'on tient compte de la formule employée par l'article L. 461-1 du code de commerce, « *Elle veille au libre jeu de la concurrence* », on se rend vite compte que les pouvoirs dévolus à cette instance régulatrice ne sont pas destinés à la protection contre le déséquilibre contractuel. Ils sont destinés au maintien du bon « *fonctionnement concurrentiel des marchés* ». C'est pour cette raison que l'Autorité de la concurrence ne se voit pas reconnaître la possibilité de prononcer la nullité des actes juridiques méconnaissant le droit des pratiques anticoncurrentielles. La nullité ne peut être prononcée que par une juridiction civile. La nullité prononcée sur le fondement de la violation du droit de la concurrence étant une nullité absolue, destinée à protéger l'intérêt général, rien ne semble pouvoir justifier l'impossibilité pour l'Autorité de la concurrence de

---

367 M. CHAGNY, « Les pratiques contractuelles de l'entreprise en position dominante à l'épreuve du droit de la concurrence », *Communication Commerce électronique* juin 2007, n° 6, comm. 83.

368 *Ibid.*

369 V. LASSERRE-KIESOW, « La promotion des sanctions civiles en droit des pratiques anticoncurrentielles », *D.* 2007, p. 2116.

pouvoir la prononcer. La nullité relève du pouvoir des juridictions de droit commun. Le fait qu'elle relève de la compétence des juges de droit commun est une façon de judiciariser le contentieux du droit des pratiques anticoncurrentielles. Sans la nullité, ce contentieux resterait un contentieux purement administratif avec un juge qui n'a pour autre mission que de garantir le libre jeu de la concurrence d'où l'exorbitance de ses pouvoirs[370]. Cependant, le maintien du libre jeu de la concurrence peut avoir des répercussions sur l'équilibre des relations contractuelles. C'est uniquement sous cet angle que l'on peut affirmer que l'Autorité de la concurrence est susceptible de jouer un rôle dans la lutte contre le déséquilibre contractuel. Mais ce rôle est à la fois indirect et inadapté d'où son insuffisance. L'insuffisance du rôle de l'Autorité de la concurrence dans la lutte contre le déséquilibre contractuel n'est pas seulement due au fait que ses pouvoirs sont destinés à la protection du marché. Elle tient également du fait que celle-ci se voit reconnaître, à côté de sa compétence contentieuse, une compétence consultative au même titre que celle reconnue à la Commission d'examen des pratiques commerciales.

121. Des compétences consultatives partagées. Une compétence consultative est reconnue à la fois à la Commission d'examen des pratiques commerciales et à l'Autorité de la concurrence.

122. La compétence consultative de la commission. La commission tire cette compétence de l'article L. 440-1, V, du code de commerce qui dispose que :

> « La Commission a pour mission de donner des avis ou de formuler des recommandations sur les questions, les documents commerciaux ou publicitaires, y compris les factures et contrats couvert par un secret industriel et commercial, et les pratiques concernant les relations commerciales entre producteurs, fournisseurs et revendeurs, qui lui sont soumis. »

Les avis formulés par la Commission sont destinés à « *éclairer les professionnels sur la compréhension* »[371] des règles du droit des pratiques restrictives de concurrence. Ils servent de guide à l'appréciation de « *la compatibilité des pratiques avec l'article L. 442-6 du code de commerce* »[372]. Ce qui témoigne de sa mission « *essentiellement préventive et consultative* »[373] qui résulte des dispositions de l'avant dernier alinéa de l'article L. 440-1 du code de commerce

---

370 R. POESY, « La nature juridique de l'Autorité de la concurrence », *AJDA* 2009, p. 347 où l'auteur précise que « *La transformation du Conseil de la concurrence en Autorité du même nom s'est accompagnée du renforcement spectaculaire de ses pouvoirs, spécialement en matière d'enquêtes et de contrôle des concentrations* ».

371 A. LE LOCH, « Les quinze ans de la Commission d'examen des pratiques commerciales », *AJCA* 2016, p. 356.

372 E. KERGUELEN, *Le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (pratiques commerciales restrictives), J.-Cl. com.* 15 déc. 2015, fasc. 280.

373 L. ARCELIN, « Pratiques commerciales et concentrations économique : les apports de la loi NRE », *Contrats conc. consom.* n° 11, nov. 2001, chron. 18.

selon lequel « *la Commission exerce, en outre, un rôle d'observatoire régulier des pratiques commerciales, des facturations et des contrats conclus entre producteurs, fournisseurs et revendeurs qui lui sont soumis* ». Ce rôle d'observatoire lui permet aussi de formuler des recommandations et d'établir des rapports d'activité. Les recommandations formulées incitent les professionnels à se conformer à la réglementation en vigueur. Elles ont une « *sorte de valeur doctrinale* »[374]. La Commission formule autant de recommandations et d'avis que le besoin se fait ressentir. Il est donc normal qu'on retrouve en la matière un « *florilège d'avis* »[375] et de recommandations. Enfin, tout comme l'Autorité de la concurrence[376], la Commission publie chaque année un rapport d'activité. Dans ce rapport figurent « *une analyse détaillée du nombre et de la nature des infractions au présent titre [(titre V code de commerce)] ayant fait l'objet de sanctions administratives ou pénales et les décisions rendues en matière civile sur les opérations engageant la responsabilité de leurs auteurs* »[377].

123. La compétence consultative de l'Autorité de la concurrence. L'Autorité de la concurrence tire cette compétence du premier alinéa de l'article L. 462-1 du code de commerce qui donne possibilité aux commissions parlementaires de saisir l'Autorité de la concurrence sur « *les propositions de loi ainsi que sur toute question concernant la concurrence* ». Le second alinéa reconnaît à l'instance de régulation de la concurrence, la possibilité de donner « *son avis sur toute question de concurrence à la demande du Gouvernant* ». Il lui reconnaît également la possibilité de :

> « Donner son avis sur les mêmes questions à la demande des collectivités territoriales, des organisations professionnelles et syndicales, des organisations de consommateurs agréées, des chambres d'agriculture, des chambres de métiers ou des chambres de commerce et d'industrie, de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet, en ce qui concerne les intérêts dont elles ont la charge. »

Pour leur faciliter leur mission consistant à dire le droit, les juridictions compétentes se voient reconnaître sur le fondement de l'article L. 462-3 du code de commerce la possibilité de consulter l'Autorité de la concurrence sur :

> « Les pratiques définies aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 ainsi qu'aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne et relevées dans les affaires dont elles sont saisies. »

---

374 S. LEBRETON, « La Commission d'examen des pratiques commerciales : une occasion manquée pour la médiation », *LPA* août 2002, n° 170, p. 26 où l'auteure cite à la note 27 *« J. BEAUCHARD, Droit de la distribution et de la consommation*, vol. 1, 1996, PUF, coll. Thémis*, p. 351* ».

375 X. DELPECH, « Florilège d'avis de la Commission d'examen des pratiques commerciales », *AJ contrat* 2017, p. 5.

376 D. GUÉVEL, « Quelques aspects de la loi « NRE » en matière de concurrence », Gaz. Pal. mai 2002, p. 36 où l'auteur affirme que « *Comme les Autorités administratives indépendantes, comme les Hautes juridictions et comme bon nombre d'organismes consultatifs, la Commission établit chaque année un rapport d'activité, systématiquement rendu public* ».

377 C. com., art. L. 440-1 *in fine*.

Par ailleurs, sur le fondement de l'article L. 462-4 du code de commerce, l'Autorité de la concurrence se voit reconnaître la possibilité « de prendre l'initiative de donner un avis sur toute question concernant la concurrence. Elle peut également, sur le fondement de ce texte, « *recommander au ministre chargé de l'économie ou au ministre chargé du secteur concerné de mettre en œuvre les mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés* ».

124. Leur caractère inadapté. À première vue, les compétences consultatives reconnues à la Commission d'examen des pratiques commerciales et à l'Autorité de la concurrence semblent jouer un rôle non négligeable dans la prévention et le traitement des manquements concurrentiels. En effet, en permettant aux opérateurs économiques de les saisir pour recueillir des avis sur l'état de la législation applicable en matière de concurrence, le législateur leur donne les moyens d'éviter ou de se prémunir contre certaines pratiques abusives. De même, en permettant aux juges de saisir ces mêmes instances pour recueillir leurs avis sur des pratiques illicites, le législateur semble ajouter une dose d'efficacité dans le traitement des litiges relatifs à l'application du droit de la concurrence. Mais y regarder de plus près, il se dégage le constat selon lequel, les compétences consultatives reconnues à ces instances de régulations ne font que retarder le traitement du déséquilibre contractuel dans le contentieux du droit de la concurrence. Déjà que ce traitement est retardé par le principe de la spécialisation des juridictions. S'il vient y ajouter le temps pour les juges de recueillir avant de rendre leur décision l'avis de ces instances, la procédure ne pourrait être que longue. La diversité des compétences dans le contentieux du droit de la concurrence ne milite pas en faveur d'un traitement efficace du déséquilibre contractuel sur le fondement de ce corps de règles. L'on pourrait dès lors songer à une articulation de ces différentes compétences. Il ne sert à rien de prévoir des mécanismes de consultation des instances de régulation, si les avis qu'elles rendent sont dépourvus de force contraignante. Les juges peuvent les suivre comme ils peuvent ne pas les suivre. Idem pour les entreprises. La compétence consultative des instances de régulations pourrait servir à la réadaptation de la spécialisation des juridictions en droit de la concurrence. Elle pourrait notamment servir à un élargissement du nombre de juridictions compétentes pour connaître du contentieux du droit de la concurrence. La formule un « *TGI par ressort de cour d'appel* » pourrait être intéressante. Chaque juridiction disposant de la faculté de recueillir l'avis des instances de régulation. Toutefois, cette formule ne fait pas disparaître les éventuels conflits de compétence entre le juge judiciaire et les instances de régulations. En réalité, les avis susceptibles d'être rendus par ces instances portent le plus souvent sur la conformité ou non d'une pratique aux règles du droit de la concurrence. Or, dire la conformité ou non d'un acte juridique par rapport à la règle de droit relève par excellence de la compétence du juge. L'instauration du mécanisme de recueil des avis ne fait qu'accroître le risque d'une

différence d'interprétation. Et on est en droit de se poser la question de savoir ce qui va réellement se passer si le juge prend une décision différente de l'avis qui lui est donné par une de ces autorités de régulation. Ceci montre que la superposition des compétences dans le contentieux du droit de la concurrence souffre d'un réel « *problème de crédibilité* »[378]. Ce qui conforte notre propos de base selon lequel les conditions de mise en œuvre des sanctions civiles du droit de la concurrence sont inadaptées au traitement du déséquilibre contractuel. En est-il de même pour les conditions de mise en œuvre des sanctions pénales ? Seule une analyse minutieuse du contentieux du droit pénal de la concurrence permettra de pouvoir répondre valablement à cette question.

§ 2. LA COMPÉTENCE DU JUGE PÉNAL

125. L'inadaptation des pouvoirs du juge pénal. Comme le juge pénal n'est pas le juge de droit commun du contrat, il va de soi qu'il ne dispose de pouvoirs adaptés au traitement dudéséquilibre contractuel dans les rapports entre professionnels. Les causes de l'inadaptation de ses pouvoirs sont multiples. Elles tiennent à leur strict encadrement par les principes directeurs du droit pénal comme le principe de légalité des délits et des peines et ses corollaires. Le juge pénal a toujours besoin d'un support textuel pour asseoir les bases de sa décision. Il ne peut sanctionner le déséquilibre contractuel que s'il résulte d'une violation du droit pénal de la concurrence. Ce qui suppose la définition au préalable des incriminations et leurs sanctions. En cas de réunion des conditions d'une infraction au droit pénal de la concurrence, le juge pénal ne pourra qu'appliquer la sanction qui est expressément prévue par les textes. Il ne peut pas choisir une sanction non prévue par les textes. Or, les juges judiciaires ont cette faculté, ils peuvent appliquer les sanctions prévues par le droit de la concurrence et les compléter au besoin par des sanctions non prévues par le droit de la concurrence. L'inadaptation des pouvoirs du juge pénal n'est pas sans incidence sur la qualité de son apport dans la lutte contre le déséquilibre contractuel.

126. Son faible apport dans la lutte contre le déséquilibre contractuel. La faiblesse de l'apport du juge pénal dans la lutte contre le déséquilibre contractuel est d'une part due à l'inadaptation de ses pouvoirs. Les pouvoirs du juge pénal n'ont pour autre finalité que la protection de l'ordre public économique. La protection contre le déséquilibre contractuel ne rentre pas directement dans leur finalité. La faiblesse de l'apport du juge pénal dans la lutte contre le déséquilibre contractuel est d'autre part due au fait que le juge pénal n'est pas

---

378 C. VILMART, « L'effet de la lutte contre les pratiques commerciales abusives dans la loi NRE – 1 De la création de la commission des pratiques commerciales à la nullité des clauses abusives », *JCP E* déc. 2001, n° 50, 1994.

le seul à intervenir dans le contentieux du droit de la concurrence. Les juges de droit commun et l'autorité de la concurrence se voient également reconnaitre des pouvoirs de sanction du déséquilibre contractuel. En plus d'être entravés (A), les pouvoirs du juge pénal se trouvent fortement concurrencés (B).

A. Des pouvoirs fortement réduits

127. Par le principe de légalité criminelle. Le droit de la concurrence fait intervenir le juge pénal dans la lutte contre le déséquilibre contractuel. Contrairement à son homologue civil, le juge pénal est embastillé dans les geôles du principe de légalité des délits et des peines. Ce principe qui encadre son intervention dans la lutte contre le déséquilibre contractuel est au cœur de notre droit pénal[379]. Il trouve son fondement dans les articles 111-2 et 111-3 du code pénal. Ces textes l'exposent dans ses deux modes d'expressions. Le premier texte le présente de manière positive. Il dispose que :

> « La loi détermine les crimes et délits et fixe les peines applicables à leurs auteurs. Le règlement détermine les contraventions et fixe, dans les limites et selon les distinctions établies par la loi, les peines applicables aux contrevenants. »

Il suppose qu'il ne peut y avoir de manquement au droit pénal sans texte. Tous les manquements au droit pénal doivent être prévus par un texte. Quant au second texte, il le présente dans son acception négative. Il dispose que :

> « Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement. Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention. »

Ces exigences textuelles constituent la base de la répression pénale[380]. Cela suppose qu'il est impossible de punir une personne pour une infraction non prévue par un texte[381]. Ainsi, Portalis de nous apprendre que :

> « La loi qui sert de titre à l'accusation doit être antérieure à l'action pour laquelle on accuse. Le législateur ne doit point frapper sans avertir : s'il en était autrement, la loi, contre son objet essentiel,

---

379 A. GIUDICELLI, « Le principe de la légalité en droit pénal français », *RSC* 2007, p. 509.

380 P. MAISTRE DU CHAMBON, *Loi et responsabilité pénale, J.-Cl. Pénal des affaires* mars 2018, synthèse 10 où l'auteur pense que « *Le droit pénal dans son entier gravite autour du principe de la légalité criminelle et de la notion de responsabilité pénale* ».

381 A. GIUDICELLI, « Le principe de la légalité en droit pénal français », *RSC* 2007, p. 509 où l'auteur nous fait un rappel de « *la fonction substantielle du principe de la légalité qui est de soumettre l'exercice du pouvoir de punir à une prédétermination textuelle des infractions, des peines et de la procédure pénale* ».

ne se proposerait donc pas de rendre les hommes meilleurs, mais seulement de les rendre plus malheureux, ce qui serait contraire à l'essence même des choses. »[382]

De cette affirmation, il est possible de tirer les fondements du principe de légalité qui sont essentiellement au nombre de trois. Le premier fondement résulte du fait que dans un état de droit, seul le législateur dispose du pouvoir de limiter les libertés individuelles au nom de la paix publique. Le pouvoir exécutif ne peut pas exercer ce rôle car il n'émane pas directement de la volonté populaire. Idem pour l'autorité judiciaire dont le rôle ne consiste pas à limiter les libertés individuelles mais plutôt à trancher les litiges dans le respect de la loi. La loi étant l'expression de la volonté générale, il est normal qu'il incombe uniquement au législateur le pouvoir de définir des lois destinées à limiter les libertés individuelles. La nature restrictive de liberté de ces lois exige du législateur une clarté dans leur définition. En d'autres termes, le législateur lui-même ne peut pas s'affranchir du principe de légalité criminelle. Ce principe lui impose d'édicter des lois claires. Méconnait le principe de la légalité criminelle, le texte qui sanctionne un comportement qu'il définit de façon imprécise. Sur cette question, le Conseil constitutionnel ne cesse de rappeler la nécessité de cette exigence[383] dans tous les textes de nature répressive[384]. La précision des textes de nature pénale entraine pour le juge une obligation d'interprétation stricte de la loi pénale[385]. C'est dire que le juge pénal est tenu, au même titre que le législateur, au respect du principe de la légalité criminelle. Le second fondement est d'ordre psychologique. La définition par le législateur d'une loi définissant de façon claire les comportements illicites et les sanctions encourues permettra aux citoyens de savoir ce qui est permis de faire et ce qui ne l'est pas. La loi les avertit aval des éventuelles conséquences de leurs actes. C'est pour cette raison Portalis affirmait la nécessité d'avertir avant de frapper. Le troisième fondement est d'ordre politique. Si les lois ainsi définies par le législateur sont acceptées par les citoyens, c'est parce que celles-ci émanent d'eux-mêmes. La restriction des libertés individuelles n'est

---

382 Extrait du « Discours préliminaire sur le projet de code civil de Jean-Etienne-Marie Portalis », https://ledroitcriminel.fr/la_science_criminelle/penalistes/la_loi_penale/generalites/portalis_discours_code_civil.htm, consulté le 12 mai 2018.

383 B. LAMY, « La conception constitutionnelle de la légalité pénale et les aléas de la jurisprudence de la chambre criminelle », *RSC* 2012, p. 221.

384 P. MAISTRE DU CHAMBON, « Loi et responsabilité pénale », *J.-Cl. pénal des affaires*, 20 mars 2018, synthèse 10 où l'auteur affirme que « *Le Conseil constitutionnel énonce d'ailleurs que « le principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6, et 16 de la Déclaration de 1789 , imposent au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer les règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi » (Cons. const., déc. 29 juill. 2004, n° 2004-500 DC : JurisData n° 2004-400052)* ».

385 F. BOULAN, « Principe de légalité. Interprétation stricte de la loi pénale », *RSC* 1993, p. 553.

concevable que lorsqu'elle est voulue par les destinataires de la loi pénale. Ainsi déclinée, le principe de légalité ne fait que réduire le rôle du juge pénal dans la lutte contre le déséquilibre contractuel.

128. Par la configuration des infractions du droit pénal de la concurrence. Le principe de légalité criminelle amoindrit significativement le pouvoir du juge pénal dans la lutte contre le déséquilibre contractuel en droit de la concurrence. Le droit pénal de la concurrence ne reconnait pas au juge pénal de larges pouvoirs d'interprétation. Or, ces homologues disposent de larges pouvoirs d'interprétation. Plus le juge dispose de larges pouvoirs d'interprétation, plus il est amené à jouer un rôle actif dans la lutte contre le déséquilibre contractuel. Le législateur l'a si bien compris qu'il se contente d'interdire en dehors du droit pénal de la concurrence un certain nombre de pratiques illicites qu'il définit de façon ambiguë. On pense ainsi à l'obtention « *d'un avantage manifestement disproportionné* », à la soumission d'un partenaire commercial à des obligations créant « *un déséquilibre significatif* », à la « *rupture brutale ou menace de rupture brutale d'une relation commerciale* ». Tous ces manquements concurrentiels sont soumis au pouvoir d'interprétation du juge. En la matière, le juge dispose de larges pouvoirs d'interprétation. Ce sont ces pouvoirs qui lui ont permis de sanctionner la lésion sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2°[386] du code de commerce alors que le droit français a toujours été hostile à son égard. Ce sont ces mêmes pouvoirs qui lui ont permis de sanctionner une baisse de commande[387] sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5 qui ne fait mention que de la rupture brutale d'une relation commerciale. Enfin, l'article L. 442-6, I, 2° prévoit la responsabilité comme seule sanction du déséquilibre significatif, la jurisprudence en a rajouté la nullité sans pour autant que cela constitue « *une dénaturation de la volonté du législateur* »[388]. En droit pénal de la concurrence, les manquements sont définis en des termes moins ambigus qu'en droit des pratiques restrictives de concurrence. Mais, cela ne veut surtout pas dire que le juge pénal applique avec aisance ce corps de règles.

129. La configuration de l'article L. 420-6 du code de commerce à titre illustratif. L'analyse de l'article L. 420-6 du code de commerce est la meilleure manière d'illustrer le

---

386 CA Paris, pôle 5, 4e ch., 1er juill. 2015, n° 13/19251, min. de l'Économie c/ Galec : obs. M. CHAGNY, « Le déséquilibre significatif financier sanctionné par la cour d'appel de Paris », *RTD Com.* 2015, p. 492.

387 Cass. com., 21 mars 2018, n° 16-17.146 où la Cour constate que « *la baisse des commandes était inhérente à l'état du marché et ne pouvait être assimilée à une rupture partielle de la relation commerciale* ». Par un raisonnement a contrario, nous pouvons déduire de cette décision qu'une baisse de commande non inhérente à l'état du marché peut valablement être assimilée à une rupture brutale d'une relation commerciale.

388 V. SÉLINSKY, « La nullité des engagements relatifs à des pratiques restrictives visées par l'article L. 442-6 du code de commerce », *RLDC* févr. 2005, n° 2.

caractère limité pour ne pas dire inexistant des pouvoirs du juge pénal dans la lutte contre le déséquilibre contractuel. Le choix de ce texte se justifie par le fait que la répression des pratiques anticoncurrentielles peut parfois coiffer celle des pratiques restrictives de concurrence pénalement sanctionnées (par exemple art. L. 442-5 et L. 443-1 du code de commerce). Sur le terrain du droit pénal de la concurrence et plus précisément sur le fondement de l'article L. 420-6 du code de commerce, le déséquilibre contractuel est susceptible de recevoir une réponse pénale. En effet, ce texte dispose que :

> « Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75 000 euros le fait, pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-2-2. »

La réponse susceptible d'être fournie par le droit pénal de la concurrence suppose la réunion d'un certain nombre de conditions. C'est dire que sa mise en œuvre exige de la part du juge pénal la caractérisation d'une pratique anticoncurrentielle puisque les textes visés dans l'article L. 420-6 renvoient au droit du même nom. Or, il ne fait pas de doute qu'il n'est pas facile même pour un juge civil de caractériser une pratique anticoncurrentielle à plus forte raison pour un juge pénal. Ce dernier doit d'abord caractériser la nature anticoncurrentielle de la pratique avant de pouvoir mettre en œuvre la sanction prévue. Sa tâche peut s'avérer moins contraignante s'agissant de la caractérisation d'une position dominante que de celle d'une entente. S'agissant de la caractérisation d'une position dominante, le juge pénal peut s'appuyer sur un « *faisceau d'indices* »[389]. En revanche, la caractérisation d'une entente n'est pas chose facile pour le juge civil a plus forte raison pour le juge pénal. En l'absence de toute présomption émanant du ministère public ou de la partie civile[390], caractériser une entente relève pour le juge pénal du « *parcours du combattant* ». Toutefois, ces difficultés peuvent être contournées notamment par la possibilité offerte au juge pénal de saisir pour avis l'Autorité de la concurrence sur le fondement de l'article L. 462-3 du code de commerce. Mais sur ce point, il convient de retenir que le texte donne juste une faculté au juge de saisir l'Autorité de la concurrence. Ce dernier n'est pas obligé de le faire. Et s'il décide de le faire, il n'est pas tenu[391] par l'avis qui lui serait rendu. Un avis reste un avis. On en fait ce que l'on veut. Après avoir démontrée le caractère

---

389 A.-S. CHONÉ, *Abus de position dominante*, *J.-Cl. Conc. consom.* 2010, fasc. 560, n° 57 et s. où l'auteure affirme que « *Pour évaluer le pouvoir de marché d'une entreprise, deux séries de critères sont pertinentes : les indices relatifs à la structure concurrentielle du marché sur lequel l'entreprise agit peuvent être complétés par des indices relatifs à l'entreprise en cause* ».

390 P. CONTE, « Droit pénal et concurrence », *Cah. dr. entr.* 2000, n° 3, p. 21.

391 E. CLAUDEL, « Sanctions pénales des pratiques anticoncurrentielles : le printemps de l'article L. 420-6 du code de commerce », *RTD com.* 2003, p. 80.

anticoncurrentiel de la pratique, le juge doit ensuite caractériser la réunion des conditions tenant à la personne poursuivie. Concernant cette dernière, il est important de préciser que le texte ne vise que « *les personnes physiques* ». Mais avec la généralisation de la responsabilité pénale par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite « loi Perben II », le juge pénal peut désormais sanctionner une personne morale sur le fondement de ce texte[392]. Mais encore faudrait-il qu'elle soit reconnue coupable du délit en question. Pour être reconnue coupable la personne doit remplir trois conditions. Elle doit avoir une « *participation personnelle, frauduleuse et déterminante dans la conception, l'organisation et la mise en œuvre de la pratique anticoncurrentielle* »[393]. La première exigence semble être inutile car le droit pénal est respectueux du principe de la personnalité des délits et des peines qui y « *apparaît comme une évidence* »[394]. La deuxième condition est d'interprétation plus délicate que la première, car elle suppose d'exclure la simple négligence de la personne poursuivie. L'utilisation de l'adverbe « *frauduleusement* » rend difficile la mise en œuvre de l'article L. 420-6 du code de commerce. Ce qui consiste à réduire davantage l'action du juge pénal dans la lutte contre le déséquilibre contractuel. Enfin, la troisième condition est présentée comme étant la condition essentielle du délit. Par cette exigence, le législateur recommande au juge de sanctionner le « *cerveau* »[395] du groupe, c'est à dire le leader. Celui à qui revient l'initiative de la pratique, qui a procédé à sa mise en œuvre ou qui l'a tout simplement organisée. L'analyse globale de ces conditions fait ressortir la volonté de législateur de restreindre considérablement la portée de l'infraction. Le texte a été paralysé dès sa conception. « *Tout a été fait* » pour qu'il soit porteur des « *germes de sa propre paralysie* » affirme un auteur[396]. Ramené à l'objet de notre étude, il faut pas s'attendre d'un texte qui ne peut jouer utilement un rôle dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles à ce qu'il puisse apporter quelque chose d'utile dans la lutte contre le déséquilibre contractuel. Sa configuration ne

---

392 F. PRUNET, « Concurrence et responsabilité pénale des personnes morales : un effet inattendu de la loi Perben II », *Gaz. Pal.* nov. 2005, n° 321, p. 2 où l'auteur affirme que « *Par principe, l'article L. 420-6 du code de commerce devient applicable aux personnes morales. Selon les termes de l'article 121-2 nouveau du code pénal, la responsabilité pénale des personnes morales pourra être recherchée pour toute pratique anticoncurrentielle à laquelle les « organes ou représentants » d'une personne morale auront, « pour le compte de cette dernière, pris une part personnelle, déterminante et frauduleuse* ».

393 V. G. DECOCQ, « Précision sur le délit pénal de participation à une entente », *Contrats conc. consom.* avril 2008, n° 4, comm. 110.

394 S. FROSSARD, « Quelques réflexions relatives au principe de la personnalité des peines », *RSC* 1998, p. 703.

395 B. BOULOC, « La sanction judiciaire des pratiques anticoncurrentielles par la voie pénale », *LPA* janv. 2005, p. 11.

396 E. CLAUDEL, « Sanctions pénales des pratiques anticoncurrentielles : le printemps de l'article L. 420-6 du code de commerce », *RTD com.* 2003, p. 80 citant « *P. CONTE, Droit pénal et concurrence, in Droit de la concurrence et droit privé, CDE 2003/3.21* ».

permet pas de sanctionner facilement l'auteur d'un déséquilibre contractuel. La sanction n'est envisageable que lorsque celui-ci a pris une part personnelle, déterminante et frauduleuse dans la mise en œuvre de la pratique illicite. Ce qui revient à considérer que l'auteur d'un déséquilibre contractuel résultant d'une entente ne risque rien si sa participation à l'entente n'est pas déterminante et frauduleuse. Ces exigences nous font dire que, contrairement à ses homologues, le juge pénal n'a presque pas de rôle à jouer dans la lutte contre le déséquilibre contractuel en droit de la concurrence. À ces exigences s'ajoute la forte concurrence de ses pouvoirs

B. Des pouvoirs fortement concurrencés

130. La concurrence par le juge civil. La dépénalisation du droit de la concurrence a provoqué à un amoindrissement des pouvoirs du juge pénal suivi d'un accroissement corrélatif de ceux du juge civil. Cela a fait du droit pénal de la concurrence un droit résiduel[397] laissé à un juge aux pouvoirs anémiques[398]. Ce droit ne subsiste que dans les domaines où l'atteinte à l'intérêt général est moins accusée. En revanche, tous les autres domaines sont protégés par des sanctions autres que pénales. « Injonctions, amendes, astreinte, nullité, responsabilité civile » viennent combler le vide laissé par la dépénalisation. Le choix de ces sanctions ne relève pas du hasard. Il traduit la volonté de l'établissement « *des bases d'une concurrence citoyenne, d'une démocratisation du droit de la concurrence* »[399]. Constatant l'échec de la répression pénale des ententes et des abus de position dominante sous le fondement de l'ordonnance de 1945[400], les pouvoirs publics ont finalement compris que

> « Seule l'effectivité du droit permet de lutter efficacement contre les pratiques anticoncurrentielles à condition de reconnaître les actions privées comme un complément des actions publiques. »[401]

En droit des pratiques anticoncurrentielles, les pouvoirs du juge pénal sont concurrencés par ceux du juge civil. Contrairement au juge pénal, d'importants pouvoirs sont reconnus au juge civil. Le juge pénal est limité par les textes car le principe de la légalité criminelle

---

397 C. LEMAIRE, D. BLANC, « Un nouvel essor des relations entre le Conseil de la concurrence et les juridictions en droit de la concurrence », *JCP E* nov. 2006, 2590.

398 P. CONTE, « Droit pénal et concurrence », *Cah. dr. entr.*, 2000, n° 3, p. 21.

399 V. LASSERRE-KIESOW, « La promotion des sanctions civiles en droit des pratiques anticoncurrentielles », *D.* 2007, p. 2116 où l'auteure justifie son propos en citant le Livre vert de la Commission du 19 déc. 2005 qui comporte dans une de ses disposition l'idée selon laquelle « *En ayant la possibilité d'introduire effectivement une demande d'indemnisation, chaque citoyen européen, que ce soit une entreprise ou un consommateur, deviendra plus proche des règles de concurrence et pourra participer plus activement à leur application* ». Voir le contenu de ce livre en suivant ce lien : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX:52005DC0672, consulté le 13 mai 2018.

400 J. AZÉMA, « La dépénalisation du droit de la concurrence », *RSC* 1989, p. 651.

401 *Ibid.*

n'est pas compatible à la coloration économique du droit de la concurrence[402] et à la lutte contre le déséquilibre contractuel sur son fondement. Le juge pénal ne peut sanctionner un déséquilibre contractuel que lorsqu'il résulte d'une pratique expressément prohibée par l'article L. 420-6 du code de commerce. Or, le juge civil peut le faire même en l'absence de référence textuelle. Cet état des choses amoindrit les pouvoirs du juge pénal. Ce dernier ne dispose pas de marges de manœuvre pour sanctionner la personne poursuivie. En revanche, le juge civil n'est pas enfermé dans un tel carcan. Il se base certes sur les règles du droit de la concurrence quand le législateur les prévoit expressément. À défaut, il part les chercher ailleurs. À titre d'illustrations, nous pouvons citer la possibilité pour le juge de condamner l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle à des dommages et intérêts[403]. L'article L. 420-3 du code de commerce ne vise que la nullité comme la sanction de principe de ces pratiques. Mais, il est loisible au juge civil de recourir à la responsabilité civile délictuelle s'il le constate que les conditions posées par l'article 1240 du code civil sont réunies à savoir l'existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité entre la faute et le dommage. Cette liberté d'action n'est pas reconnue au juge pénal qui, en l'absence de textes, ne peut engager la responsabilité pénale de l'auteur du déséquilibre contractuel. En droit des pratiques restrictives de concurrence, la poursuite de la dépénalisation par la loi dite NRE et celle dite LME a dépouillé le juge pénal d'un pan important de ces pouvoirs. Les pratiques restrictives de concurrence, dans leur grande majorité, font appel à des sanctions civiles variées. Les seules pratiques restrictives de concurrence qui font appel à des sanctions pénales sont les pratiques dites tarifaires tels que

> « Les atteintes à la transparence tarifaire, les prix imposés, la revente à perte, l'augmentation ou à la baisse artificielle du prix des biens ou services ou d'effets publics ou privés, les délais de paiement et le para-commercialisme. »

Le maintien des sanctions pénales dans ces domaines s'explique par le fait que la régulation du prix a toujours occupée une place de choix dans les préoccupations des pouvoirs publics. À côté de ces sanctions pénales résiduelles, le législateur a mis en place une palette de sanctions civiles. Ce changement de stratégie a entrainé un accroissement des pouvoirs du juge civil et par conséquent une réduction de ceux du juge pénal. Le juge pénal ne peut jamais aller au-delà des sanctions pénales prévues par le droit des pratiques restrictives de concurrence. Or, son homologue se voit reconnaître d'importants pouvoirs dans le cadre de la mise en œuvre du droit des pratiques restrictives de concurrence. Ainsi, pour

---

402 M. MALAURIE-VIGNAL, « Que reste-t-il de la dépénalisation voulue par les rédacteurs de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ? Bilan et perspectives », *Contr. conc. consom.* déc. 2006, n° 12, p. 24.

403 « T. Paris, 31 janv. 2012, RG 2009061231, Sté Bottin Cartographes SAS c/ Sté Google France SARL et Google Inc » : comm. G. DECOCQ, « La victime d'un abus de position dominante obtient réparation », *Contrats conc. consom.* mai 2012, comm. 129.

sanctionner le déséquilibre contractuel, le juge civil peut non seulement recourir aux sanctions prévues par les textes mais peut aller piocher dans d'autres sources la sanction à appliquer. L'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce recommande de condamner l'auteur du déséquilibre contractuel à des dommages et intérêts mais il n'est interdit au juge d'annuler le contrat déséquilibré sur le fondement de l'article 6 du code civil. Dans d'autres cas, le juge civil peut se voir reconnaitre la possibilité de recourir au raisonnement analogique. Cette possibilité lui est reconnue par le Conseil constitutionnel[404] pour lui permet de tirer profit de toute la jurisprudence rendue sur le déséquilibre significatif de l'article L. 212-1 du code de la consommation. Cela a provoqué une excroissance des pouvoirs du juge civil dans l'application du droit des pratiques restrictives de concurrence. Au-delà de la responsabilité prévue par l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, le juge peut sanctionner le déséquilibre contractuel par recours à la technique de la clause réputée non écrite. Or, le juge pénal ne peut pas outrepasser les textes pénaux. L'importance des pouvoirs du juge civil provoque la relégation au second plan du juge pénal dans la lutte contre le déséquilibre contractuel. Cette relégation est accentuée par la reconnaissance d'importants pouvoirs à l'Autorité de la concurrence.

131. La concurrence par l'Autorité de la concurrence. Le droit de la concurrence met en place une palette de sanctions pour servir à la lutte contre le déséquilibre contractuel. Or, nul besoin de rappeler qu'une palette de sanctions suppose une pluralité de juges compétents. Ce qui n'est pas sans entrainer une concurrence entre les juges compétents. Le juge pénal est le grand perdant de cette concurrence car la majeure partie de ses pouvoirs sont transférés à l'Autorité de la concurrence[405]. Désormais, la quasi-totalité des recours sont orientés vers cette juridiction[406]. Le juge pénal est rarement saisi[407] puisque l'Autorité

---

404 Cons. const, déc. n° 2010-85 QCP, 13 janv. 2011.

405 D. DE GILLES, « Le droit pénal de la concurrence en Europe. Premier bilan et perspectives en France », *JCP E* janv. 2003, 34 où l'auteur affirme que « *La coexistence du Conseil de la concurrence et des juridictions répressives pour connaître des mêmes pratiques s'est traduite par un déclin constant des poursuites pénales en droit de la concurrence. En effet, l'existence d'une autorité spécialisée semble cannibaliser la voie pénale, voie dont la mission première ne semble pas être de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles* ».

406 M. COMERT, S. NASSER EL DINE-POMAR, « De nouvelles dispositions procédurales en matière de concurrence », *Contrats conc. consom.* mars 2013, n° 3, étude 4 où les auteures affirment que « *l'attractivité de pareille procédure repose uniquement sur le fait que le demandeur de clémence, qui communique des éléments susceptibles de démontrer l'existence d'une entente anticoncurrentielle à laquelle il a lui-même participé, est immunisé contre toute sanction* ».

407 C. LEMAIRE, D. BLANC, « Un nouvel essor des relations entre le Conseil de la concurrence et les juridictions en droit de la concurrence », *JCP E* nov. 2006, 2590 où les auteurs affirment que « *le peu de condamnations prononcées en application [de l'article L. 420-6 du code de commerce], démontrant ainsi que le juge pénal n'entendait pas intervenir activement dans la répression des activités anticoncurrentielles, quasi monopolisées par l'[Autorité] de la concurrence* ».

de la concurrence fait bien le même travail. Cet état des choses s'explique par le fait que la procédure devant l'Autorité de la concurrence est jugée beaucoup plus efficace[408] que celle devant le juge pénal dont les contraintes sont considérées comme inadaptées au traitement du déséquilibre contractuel[409]. La procédure pénale n'est pas conforme au besoin de célérité qu'exige le monde des affaires. En revanche, la procédure administrative est conforme aux exigences du monde des affaires car non seulement elle est rapide et la sanction qui en découle est justement infligée à l'auteur de la pratique illicite. Cette rapidité de procédure s'explique par la volonté des pouvoirs publics de réduire considérablement les délais de traitement. L'efficacité de la sanction réside dans le fait qu'elle n'entraine pas une privation de liberté de l'auteur de la pratique illicite mais une sanction tenant compte de « *la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées* ». Les sanctions susceptibles d'être prononcées par l'Autorité de la concurrence sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction[410]. Elles sont faciles à mettre en œuvre. Or, les sanctions susceptibles d'être prononcées par le juge pénal, sont à la fois difficiles[411] à mettre en œuvre et lourdes de conséquences[412]. Les plaideurs ont plus de chance d'obtenir gain de cause devant l'Autorité de la concurrence que devant le juge pénal. La procédure devant le juge pénal est une procédure susceptible d'être longue. Cet état des choses peut être justifié par la manière dont le contentieux du droit des pratiques anticoncurrentielles est organisé.

---

408 J. PHILIPPE, S. DOMINGUEZ et F.-H. BORET, « L'avènement des procédures de coopération devant le Conseil de la concurrence : clémence, engagements, transaction », *Contrats conc. consom.* déc. 2006, 28.

409 L. VOGEL, « L'intérêt des sanctions civiles et pénales », *Gaz. Pal.* janv. 2003, p. 120.

410 C. LEMAIRE, D. BLANC, « Un nouvel essor des relations entre le Conseil de la concurrence et les juridictions en droit de la concurrence », *JCP E* nov. 2006, 2590 où les auteurs justifient la préférence d'une action devant l'Autorité de la concurrence par l'attractivité des dispositifs mis en place. Ils estiment que les programmes de clémence peuvent inciter « *les membres d'un cartel à venir le dénoncer aux autorités de concurrence afin d'en bénéficier. L'attractivité de ces programmes est susceptible d'être affaiblie si les opérateurs, bien qu'échappant aux sanctions administratives, doivent supporter le paiement d'importants dommages-intérêts. Certes juridiquement cela existe déjà, mais il est aujourd'hui en pratique très faible compte tenu du peu d'actions privées intentées. Leur développement, facilité d'ailleurs par les révélations du demandeur de clémence, pourrait en revanche l'accroître* ».

411 D. DE GILLES, « Le droit pénal de la concurrence en Europe. Premier bilan et perspectives en France », *JCP E* janv. 2003, 34 où l'auteur estime que l'article L. 420-6 du code de commerce est « *un dispositif peu utilisé* » en raison de sa mise en œuvre difficile.

412 *Ibid.*, où l'auteur estime qu'« *En vertu de l'article L. 420-4 du code de commerce, les personnes coupables d'actes d'entente et d'abus de domination peuvent en principe échapper aux sanctions pénales, s'il est établi que la pratique anticoncurrentielle en cause, soit résulte d'un texte législatif ou réglementaire, soit a pour effet d'assurer un progrès économique. Toutefois à notre connaissance, l'article L. 420-4 n'a jamais été appliqué en matière pénale* ». Ce constat a également été fait concernant les sanctions civiles : M. CHAGNY, « L'articulation entre actions privées et actions publiques », *RLC* janv. 2009, n° 18 où l'auteure précise que *« la procédure de clémence, si elle offre à son bénéficiaire une immunité totale ou partielle de l'amende encourue, n'en caractérise pas moins une violation de l'interdiction des ententes et ne le protège aucunement des conséquences civiles* ».

Dans ce contentieux particuliers, le législateur a superposé les procédures en faisant de l'Autorité de la concurrence l'organe régulateur de la concurrence. Tout le contentieux du droit des pratiques anticoncurrentielles tourne autour de cette instance. Le partage de compétence entre le juge pénal et l'Autorité de la concurrence est organisé d'une telle façon qu'on tend à considérer que c'est la seconde instance qui conditionne la compétence de la première. Une lecture de l'article L. 462-6, alinéa 2, du code de commerce permet de se rendre compte que la compétence du juge pénal est asphyxiée par celle de l'Autorité de la concurrence. En disposant que « *Lorsque les faits lui paraissent de nature à justifier l'application de l'article L. 420-6, elle adresse le dossier au procureur de la République* », le législateur donne à l'Autorité de la concurrence les moyens de réduire au néant la compétence du juge pénal en ce qu'elle peut considérer que les faits présentés à sa connaissance ne sont pas de nature à justifier la mise en œuvre de l'article L. 420-6 du code de commerce. Cependant, on peut faire une objection en considérant que lorsque l'Autorité de la concurrence ne transfert par le dossier au parquet, les victimes pourront toujours saisir le juge pénal. Cela est vrai mais une fois saisi, lorsque le juge pénal rencontre des difficultés dans la caractérisation de la pratique anticoncurrentielle, il se retourne vers l'Autorité de la concurrence pour recueillir son avis. Lorsque cette dernière ne caractérise pas une pratique anticoncurrentielle, le juge pénal ne pourra pas mettre en œuvre l'article L. 420-6 du code de commerce. Pour éviter cette longue procédure, les opérateurs économiques portent le plus souvent leur préférence sur la compétence de l'Autorité de la concurrence.

Conclusion du chapitre II

132. Constatations. En droit commun des contrats, les sanctions du déséquilibre contractuel sont mises en œuvre par les juges de droit commun. Ce qui n'est pas le cas en droit de la concurrence. En effet, la mise en œuvre des sanctions du droit de la concurrence est gérée par des juridictions spécialisées. C'est donc dire que le contentieux du déséquilibre contractuel en droit de la concurrence est assuré par un nombre très limité de juges de droit commun auquel l'on ajoute les juges répressifs et un certain nombre d'autorités administratives à qui le législateur reconnait des fonctions juridictionnelles. Ce chamboulement a une part déterminante dans l'inadaptation des réponses du droit de la concurrence au déséquilibre contractuel.

133. Perspectives. À César, ce qui lui appartient, au juge naturel du contrat, son contentieux contractuel. La technicité du droit de la concurrence n'est pas un motif valable pour exclure certaines juridictions du contentieux du déséquilibre contractuel. La spécialisation est indifférente à la complexité de la matière. Celle-ci reste complexe même avec une hyper spécialisation. Au lieu de priver certaines justiciables de leurs juridictions, il aurait été

souhaitable de leur faciliter l'accès à la justice en augmentant le nombre de juridictions spécialisées, ne serait ce que pour le maintien du principe de spécialisation le temps de se forger une jurisprudence solide sur certains aspects complexes du droit de la concurrence. Au-delà, cette spécialisation doit être abandonnée en ce que le juge naturel du contrat n'est pas seul dans le contentieux du droit de la concurrence. Il le partage avec les instances de régulations qu'il peut valablement saisir pour demander des précisions sur certains aspects obscurs des règles de concurrence. Cela nous paraît être la meilleure façon de faire face à la complexité de certaines règles du droit de la concurrence mais aussi de redonner au juge du contrat le contentieux qui lui revient de droit afin qu'il puisse donner une nouvelle tournure au traitement du déséquilibre contractuel en droit de la concurrence.

CONCLUSION DU TITRE I

134. Constatations. L'inadaptation des réponses du droit de la concurrence au déséquilibre contractuel ne doit guère surprendre. En effet, la diversité des sanctions dont dispose ce corps de règles montre d'une manière on ne peut plus claire qu'il est plus destiné à protéger le libre jeu de la concurrence qu'à protéger les professionnels contre le déséquilibre contractuel. C'est cette finalité de protection du libre jeu de la concurrence qui justifie la teneur de ses sanctions administratives, civiles, pécuniaires et pénales. C'est également cette finalité de protection du libre jeu de la concurrence qui justifie l'immixtion de certaines autorités publiques dans son contentieux. C'est enfin cette finalité de protection du libre jeu de la concurrence qui justifie la mise en place d'un système de juridictions spécialisées dans le contentieux relatif à l'application de certaines de ses règles.

135. Perspectives. Une meilleure protection des professionnels contre le déséquilibre contractuel passe par la réorientation des sanctions du droit de la concurrence vers la protection du faible. En réalité, le droit de la concurrence ne manque pas sanctions pouvant lutter efficacement contre le déséquilibre contractuel. Il regroupe en son sein toutes les sanctions du droit commun des contrats. Mais, le seul bémol est qu'il arrive des cas où ces sanctions ne soient pas utilisées de façon efficace. Le droit de la concurrence est ce corps de règles qui se préoccupe de sanctionner l'auteur du déséquilibre contractuel résultant d'un manquement concurrentiel avant de s'occuper de l'anéantissement de la source du déséquilibre contractuel. L'organisation des sanctions du droit des pratiques de concurrence de l'article L. 442-6, I, du code de commerce le prouve à bien des égards. Ce texte fait de la responsabilité, la sanction principale du déséquilibre contractuel résultant d'une pratique restrictive de concurrence et de la nullité la sanction accessoire. Or, pour une lutte efficace contre le déséquilibre contractuel, il aurait été beaucoup plus intéressant de mettre en avant la nullité et de la faire compléter au besoin par l'engagement de la responsabilité civile de l'auteur du manquement concurrentiel. Pour une lutte efficace contre le déséquilibre contractuel, il serait également important de s'interroger sur le maintien de la règle de spécialisation des juridictions en droit de la concurrence. Mis à part, le contentieux du droit des pratiques anticoncurrentielles qui est un contentieux technique puisque nécessitant la mise en œuvre d'une analyse économique du droit, on a du mal à comprendre le maintien de la spécialisation des juridictions pour la mise en œuvre du contentieux relatif à l'application du droit des pratiques restrictives de concurrence de l'article L. 442-6 du code de commerce, lequel n'est rien d'autre qu'un contentieux purement contractuel. En plus de souffrir de leur inadaptation, les réponses du droit de la concurrence au déséquilibre contractuel souffrent également de leur ineffectivité.

TITRE II.

LEUR INEFFECTIVITÉ

136. Plan. En plus d'être inadaptées, les réponses du droit de la concurrence au déséquilibre contractuel sont également ineffectives. Cette ineffectivité est due au caractère restreint de leur champ d'application (Chapitre I) et au cantonnement du droit d'action (Chapitre II) destiné à leur mise en œuvre.

CHAPITRE I.

UN CHAMP D'APPLICATION RESTREINT

137. La forte protection de l'ordre public économique. Le droit de la concurrence mobilise ses outils dans la protection de l'ordre public économique. Ses sanctions sont choisies non seulement pour corriger les atteintes à l'ordre public mais aussi pour sanctionner leurs auteurs afin de les dissuader en même temps que les autres d'une éventuelle atteinte à l'ordre public économique. Son contentieux est également organisé de façon à ce que les auteurs de ces atteintes puissent être dénoncés puis sanctionnés. Il en résulte que le droit de la concurrence ne protège pas efficacement contre le déséquilibre contractuel.

138. La faible protection contre le déséquilibre contractuel. La protection apportée par le droit de la concurrence dans la lutte contre le déséquilibre contractuel est marquée par son caractère résiduel. Ayant pour finalité le maintien d'une concurrence libre, saine et loyale, le droit de la concurrence ne sanctionne les pratiques déséquilibrantes que lorsqu'elles prennent la forme d'un manquement concurrentiel. Le caractère limité de ces manquements réduit considérablement la capacité de ce coprs de règles à faire face au déséquilibre contractuel. Si l'on y ajoute sa mission de régulation qui ne recommande que la sanction des manquements d'une certaine gravité[413], on aboutit à la conclusion selon laquelle le droit de la concurrence n'est pas fait pour le traitement du déséquilibre contractuel. On peut nettement s'en rendre compte lorsqu'on étudie les conditions de sanction du déséquilibre contractuel sur le fondement de ses différentes composantes. En effet, pour que le droit de la concurrence puisse sanctionner le déséquilibre contractuel, il est exigé à ce que la pratique déséquilibrante en cause prenne la forme d'un manquement concurrentiel (Section I) d'une certaine gravité (Section II).

---

413 L. VOGEL, « Droit de la concurrence et puissance d'achat : plaidoyer pour un changement », *JCP E* déc. 1997, 713 où l'auteur estime que toutes les pratiques déséquilibrantes ne sont pas contraires aux objectifs du droit de la concurrence. Parmi celles-ci, il y en a qui « *contribuent, au contraire, à l'accroissement du surplus global au profit des consommateurs, car [elles] mettent finalement à leur disposition des produits moins chers et plus nombreux. Intervenir contre de tels comportements reviendrait à aller à l'encontre des finalités les plus essentielles du droit de la concurrence qui, selon la formule classique du juge américain, n'a pas pour objet la protection des concurrents, mais de la concurrence* ».

SECTION I.
L'EXIGENCE D'UN MANQUEMENT CONCURRENTIEL

139. La notion de manquement concurrentiel. Par manquement concurrentiel, il convient d'entendre une violation du droit de la concurrence. Comme le droit de la concurrence est composé des règles du droit des pratiques anticoncurrentielles et de celles du droit des pratiques restrictives de concurrence, le manquement concurrentiel ne peut consister qu'en une violation de ces règles. Ce manquement dont il s'agit de définir ses rapports avec le déséquilibre contractuel peut prendre, soit la forme d'une pratique anticoncurrentielle, soit la forme d'une pratique restrictive de concurrence.

140. Manquement concurrentiel et déséquilibre contractuel. Certains manquements concurrentiels peuvent ne pas systématiquement porter une atteinte aux droits des opérateurs économiques. Il s'agit bien évidemment des pratiques anticoncurrentielles. Ces pratiques sont réputées constituer des atteintes graves au marché en ce qu'elles y restreignent considérablement la concurrence. En revanche, d'autres manquements concurrentiels peuvent porter des atteintes significatives aux intérêts des opérateurs économiques. Il s'agit des pratiques restrictives de concurrence. Ces pratiques sont réputées être des cas de déséquilibres contractuels et sont sanctionnées per se indépendamment de leur incidence sur le marché. Le droit de la concurrence ne peut donc sanctionner le déséquilibre contractuel que lorsqu'il résulte de ces manquements. Il en résulte que la sanction du déséquilibre contractuel sur son fondement est conditionnée à la double exigence d'une pratique anticoncurrentielle (§ 1) et d'une pratique restrictive de concurrence (§ 2).

§ 1. L'EXIGENCE D'UNE PRATIQUE ANTICONCURRENTIELLE

141. Distinction entre pratiques anticoncurrentielles et déséquilibre contractuel. La notion de pratiques anticoncurrentielles est distincte de celle de déséquilibre contractuel. Elle désigne une pratique de nature à porter une atteinte au marché. Or, la notion de déséquilibre contractuel renvoie à une pratique de nature à porter atteinte aux intérêts de l'un des contractants. Si les pratiques anticoncurrentielles sont prohibées, c'est parce qu'elles représentent des comportements fautifs déloyaux : « *les ententes les plus sévèrement réprimées, celles qui portent sur le prix, ne nuisent à personne en particulier, si ce n'est au marché* »[414]. De ce fait, il ne saurait donc être question d'assimiler les pratiques anticoncurrentielles aux

[414] L. VOGEL, « L'économie, serviteur ou maître du droit ? », in *Une certaine idée du droit*, Mélanges offertes à A. DECOCQ, Paris, Litec, 2004, p. 605. *Adde*, du même auteur, « Le juriste face à l'analyse économique », *Contrats, conc. consom.* juill.-août 2003, n° 134, p. 7 et s spéc. p. 8.

pratiques déséquilibrantes[415]. Le déséquilibre contractuel a une connotation subjective. C'est d'ailleurs pour cette raison que les règles destinées à sa lutte sont recouvertes d'une coloration subjective. À la subjectivité des règles relatives aux sanctions du déséquilibre contractuel qui s'intéressent aux rapports entre contractants, il est fréquent d'opposer l'objectivité du droit des pratiques anticoncurrentielles, lequel endosse le rôle d'un ensemble de règles économiques protégeant l'intérêt général[416]. Finalement, les méthodes du droit des pratiques anticoncurrentielles reposent sur l'analyse économique laquelle ne s'intéresse qu'au marché et aux effets des pratiques sur le marché[417].

142. Intérêts de la distinction. La distinction « pratiques anticoncurrentielles et déséquilibre contractuel » nous permet d'apprécier la pertinence des sanctions du droit des pratiques anticoncurrentielles dans la lutte contre le déséquilibre contractuel. Il est vrai que les sanctions du droit des pratiques anticoncurrentielles peuvent jouer un rôle positif dans la lutte contre le déséquilibre contractuel. En effet, en sanctionnant par la nullité les engagements, conventions ou clauses se rapportant à une pratique anticoncurrentielle, le législateur donne, encore une fois de plus, l'occasion aux juges de pouvoir censurer toute sorte de déséquilibres contractuels se rapportant à une pratique anticoncurrentielle. Si toutes les pratiques anticoncurrentielles généraient des déséquilibres contractuels, le droit des pratiques anticoncurrentielles serait un excellent moyen de combattre ce phénomène. Mais, tel n'est malheureusement pas le cas. En tant que condition de la sanction du déséquilibre contractuel, la notion de pratiques anticoncurrentielles (A) ainsi que ses différentes manifestations (B) méritent une attention particulière.

A. La notion de pratiques anticoncurrentielles

143. Annonce. La notion de pratiques anticoncurrentielles n'a pas fait l'objet d'une définition légale. Mais au regard du droit du même nom, il est possible d'affirmer qu'il s'agit de comportements émanant des entreprises, et qui sont de nature à fausser le libre jeu de la concurrence.

144. Des comportements. Contrairement au droit civil qui n'utilise que très rarement la notion de pratique[418], le droit de la concurrence comprend un nombre important de pratiques qu'il

---

415 P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, 2000, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, n°s 587 et s.

416 G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence : essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, 2006, D., coll. Nouvelles Bibliothèque des thèses, spéc. n°s 42 et s.

417 C. BLOUD-REY, « Loyauté et pratiques anticoncurrentielles, antinomie ? », *LPA* nov. 2011, p. 20.

418 Par exemple : l'article 678 du code civil en fait usage en disposant que « *On ne peut avoir des vues droites ou fenêtres d'aspect, ni balcons ou autres semblables saillies sur l'héritage clos ou non clos de son voisin, s'il n'y a dix-neuf*

… / …

prohibe. C'est ainsi que dans son champ lexical, il est possible de distinguer les pratiques restrictives de concurrence des pratiques anticoncurrentielles. Il s'avère donc nécessaire de nous interroger sur le contenu de la notion de pratique. Les articles L. 420-1 et suivant et l'article L. 442-6 du code de commerce ne comportent aucune définition de la notion de pratique. Pour autant, cela ne constitue pas un obstacle à la découverte de son contenu. De façon générale, lorsqu'on parle de pratique, on fait souvent allusion à « *l'application, l'usage des règles et des principes, par opposition à la théorie, qui en est la connaissance raisonnée* »[419]. Ainsi, un cabinet d'avocat qui pratique le droit de la concurrence est une structure qui applique ou fait usage de ses règles et principes soit pour défendre, soit pour conseiller ses clients. Il va de soi que les pratiques prohibées au regard des textes précités ne soient pas des cas d'application des règles ou principes du droit de la concurrence. Leur prohibition traduit au contraire leur non recommandation. En utilisant la notion de pratique, le droit de la concurrence fait donc allusion à des « *contre-exemples* »[420], c'est-à-dire des faits et gestes constitutifs de manquements concurrentiels. Par pratiques restrictives de concurrence, le droit du même nom fait allusion à des faits. L'article L. 442-6, I du code de commerce ne fait que sanctionner une série de faits illicites, de « *contre-exemples* » jugés incompatibles avec le libre jeu de la concurrence. Pareil pour le droit des pratiques anticoncurrentielles qui ne fait que sanctionner des faits illicites portant atteinte au marché. Par pratique anticoncurrentielle, il convient donc d'entendre « *un comportement qui ne laisse pas place à la concurrence* »[421]. Ce comportement peut avoir lieu dans un cadre contractuel tout comme il peut être exercé en dehors du contrat. Le déséquilibre contractuel ne peut être sanctionné sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles que lorsqu'il résulte d'une pratique du même nom. Mais pour qu'une pratique soit qualifiée d'anticoncurrentielle, il faut qu'elle soit le fait d'entreprises, qu'elle porte atteinte au marché en faussant le libre jeu de la concurrence.

---

décimètres de distance entre le mur où on les pratique et ledit héritage, à moins que le fonds ou la partie du fonds sur lequel s'exerce la vue ne soit déjà grevé, au profit du fonds qui en bénéficie, d'une servitude de passage faisant obstacle à l'édification de constructions » ; Il en est de même de l'article 16-4 al. 2 du code civil selon lequel « *Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite* » et de l'article 373-2-11, 1° qui dispose : « *Lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération la pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure* ».

419 http://www.la-definition.fr/definition/pratique, consulté le 05 juin 2018.

420 A. FORTUNATO, *Clause et pratiques restrictives de concurrence,* thèse, 2016, Lille 2, https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01445943/document, n° 9, p. 24, consulté le 06 juin 2018.

421 M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, D., coll. Précis Dalloz. Droit privé, n° 115, p. 113.

145. Émanant des entreprises. Les comportements que prohibe le droit des pratiques anticoncurrentielles sont le fait des entreprises. Une pratique ne peut porter la marque anticoncurrentielle que lorsqu'elle émane d'une entreprise. C'est dire que l'entreprise est au cœur du droit de la concurrence. Elle en constitue le « *destinataire privilégié* »[422] en ce sens que là où sa qualification fait défaut, il ne saurait y avoir son application[423]. Le droit des pratiques anticoncurrentielles s'adresse de différente façon aux entreprises. L'article L. 420-2 du code de commerce les vise directement en prohibant les abus de domination par l'utilisation des notions d' « *entreprise* » ou de « *groupe d'entreprises* ». L'article L. 420-1 les vise indirectement en prohibant les ententes « *même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implanté hors de France* ». Par entreprise, il convient de retenir « *une entité exerçant une activité économique* »[424]. Cette définition privilégie le critère économique au détriment du critère formel. Il est vrai que lorsqu'on évoque la notion d'entreprise, on pense avant tout à son statut juridique. Cela est d'autant plus vrai que les toutes premières définitions de l'entreprise privilégiaient son statut juridique[425]. Mais en l'état actuel du droit de la concurrence, seule la nature économique de l'activité exercée par l'entité permet la qualification d'entreprise. Peu importe le statut de celle-ci. Cette démarche a l'avantage de militer en faveur de l'effectivité du droit de la concurrence que l'application du critère juridique n'aurait permis d'atteindre. De façon concrète, elle permet au droit de la concurrence d'exprimer son « *impérialisme* »[426] par l'appréhension d'une variété d'entreprises. Ainsi, sont soumises au respect de ses règles les personnes de droit privé comme celles de droit public. Ces dernières peuvent, à bien des égards, être des personnes morales. Mais, le défaut de la personnalité morale n'est pas un obstacle à l'application du droit de la concurrence. Une personne physique exerçant une activité économique est également assujettie au respect des règles du droit de la concurrence. Aucun texte du droit de la concurrence ne limite son application aux personnes morales. De même, aucun texte ne

---

422 L. ARCELIN, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, 2003, Litec, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise 61, n° 23, p. 27.

423 *Ibid*., n° 20, p. 21.

424 M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, D., coll. Précis Dalloz. Droit privé, n° 41, p. 43.

425 L. ARCELIN, « Notion d'entreprise en droit interne et européen de la concurrence », *J.-Cl. Conc. consom.* sept. 2016, fasc. 35 où l'auteure affirme que « *L'entreprise était une personne physique ou morale…On justifiait cette assimilation par des considérations d'ordre procédural : la notification des griefs, les amendes et astreintes devant être adressées à des personnes juridiques, il fallait que l'entreprise, sujet des règles de concurrence, soit elle-même un sujet de droit* ».

426 M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *op. cit.*, n° 41, p. 43 citant à la note 3 « *M. MALAURIE-VIGNAL, p. 47. Et J.-P. DUPUY, « L'individu libéral, cet inconnu », in Individu et justice sociale autour de J. RAWLS, éd. du Seuil, 1988, spéc. p. 73* ».

limite son application aux seules personnes morales de droit privé exerçant une activité économique. Les personnes morales de droit public sont également soumises aux règles du droit de la concurrence lorsqu'elles se bornent à exercer une activité de production, de distribution et de services, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public[427]. Le déséquilibre contractuel ne peut donc être sanctionné par le droit des pratiques anticoncurrentielles que lorsqu'il est le fait d'une entreprise, précision étant fait que ce fait doit toujours être de nature à fausser le libre jeu de la concurrence.

146. Faussant le libre jeu de la concurrence. Une pratique ne saurait être rangée dans la catégorie des pratiques anticoncurrentielles si elle ne fausse pas le libre jeu de la concurrence. Une pratique qui fausse le libre jeu de la concurrence n'est rien d'autre qu'une pratique qui porte atteinte au marché. Cette atteinte peut se faire de plusieurs manières. Par une série d'exemples non limitatifs, l'article L. 420-1 du code de commerce nous renseigne qu'elle peut consister à une limitation de l'accès au marché ou du libre jeu de la concurrence par d'autres entreprises ou encore de la production, des débouchés, des investissements ou du progrès technique. Elle peut également consister au fait de « *faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse* » et/ou de « *répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement* ». En considération de la nature de ces atteintes, la sanction du déséquilibre contractuel résultant d'une pratique anticoncurrentielle ne peut se faire sans une détermination préalable du marché pertinent, c'est-à-dire celui sur lequel s'exerce les pratiques déséquilibrantes. L'atteinte au marché ne s'apprécie pas *ex nihilo*. Son appréciation est conditionnée par une délimitation préalable du marché qui l'a subie. Celle-ci se fait suivant deux critères. Le premier critère est celui de la substituabilité des produits ou services[428]. Le second, un critère géographique. En vertu du premier critère, deux produits ou services forment un même marché lorsqu'ils sont de

---

427 G. MATHIEU, « L'application du droit de la concurrence aux personnes publiques », *D.* 1995, p. 27 où l'auteur rappelle que « *Sous l'empire de l'ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix, les personnes publiques n'étaient pas assujetties au droit commun de la concurrence…L'ordonnance du 1er décembre 1986 a consacré une rupture avec cet état antérieur du droit en soumettant les personnes publiques au droit commun de la concurrence. Son article 53, rédigé en termes généraux, étend en effet le champ d'application du droit de la concurrence aux personnes publiques en ces termes : « Les règles définies à la présente ordonnance s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait des personnes publiques* ».

428 E. DIENY, *Droit français de la concurrence : ententes, abus de domination, concentrations*, *J.-Cl. Conc. consom.*, 1e janv. 2016, synthèse 30 où l'auteur précise que « *Le marché pertinent est « le lieu théorique où se confrontent l'offre et la demande de produits ou de services qui sont considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux mais non substituables aux autres biens ou services offerts » (par exemple, Aut. conc., déc. n° 14-D-08, 24 juill. 2014, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de produits laitiers frais aux Antilles françaises, § 110 : Contrats, conc. consom. 2014, comm. 216 ; Aut. conc. déc. n° 14-D-06, 8 juill. 2014, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Cegedim dans le secteur des bases de données d'informations médicales, § 88 ; Aut. conc. déc. n° 13-D-11, 14 mai 2013, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur pharmaceutique : Contrats, conc. consom. 2013, comm. 161*) ».

nature à répondre aux mêmes attentes d'une clientèle. À défaut, ils forment des marchés distincts. En vertu du second critère, le marché s'entend du territoire « *au sein duquel la concurrence sur les produits s'exerce dans des conditions homogènes* »[429]. La délimitation géographique du marché n'est pas sans importance en ce qu'elle permet de faciliter la mesure du pouvoir de marché de l'entreprise suspectée d'avoir mis en œuvre une pratique anticoncurrentielle. Elle constitue en outre, un excellent critère de répartition des compétences entre droit interne et droit communautaire de la concurrence[430]. C'est uniquement lorsque la pratique déséquilibrante remplit toutes ces conditions qui viennent d'être exposées qu'elle pourra être sanctionnée sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles. Une pratique déséquilibrante qui ne remplit pas ces conditions ne peut se voir attribuer la qualification d'anticoncurrentielle, et sans cette qualification, cette pratique ne pourra jamais être sanctionnée sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles. Ces exigences limitent considérablement la sanction du déséquilibre contractuel sur ce fondement. À cela s'ajoute la manifestation des pratiques anticoncurrentielles, manifestation qui démontre parfois que ces pratiques n'ont pas systématiquement de rapports avec le déséquilibre contractuel.

B. Ses manifestations

147. Des comportements unilatéraux. Le déséquilibre contractuel ne peut être sanctionné sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles que s'il résulte d'une pratique anticoncurrentielle. Celle-ci traduit le comportement unilatéral d'une entreprise en situation de puissance économique, laquelle s'affranchit du libre jeu de la concurrence et dicte ses propres règles à ses partenaires commerciaux. De tels comportements peuvent recevoir deux qualifications sur le fondement de l'article L. 420-2 du code de commerce : abus de position dominante et abus de l'état de dépendance économique.

148. La position dominante. Pour qu'une pratique déséquilibrante puisse être sanctionnée sur le fondement de l'article L. 420-2 du code de commerce, il faut qu'elle émane d'une entreprise en situation de position dominante. À défaut, elle ne saurait être sanctionnée sur le fondement de ce texte. La sanction du déséquilibre contractuel en droit des pratiques anticoncurrentielles nécessite la caractérisation préalable d'une position dominante. Ce qui réduit considérablement la vocation de ce corps de règles à la protection contre le déséquilibre contractuel. La caractérisation de la position dominante n'est pas chose facile.

---

429 M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, D., coll. Précis Dalloz. Droit privé, n° 106, p. 103.

430 *Ibid.*, n° 105, p. 103.

Cela tient du fait que le législateur n'a pas précisé le contenu de la notion de position dominante. C'est au juge qu'il est revenu le soin de la préciser. Ainsi, il a été jugé que :

> « La position dominante ainsi visée concerne une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients, et, finalement, des consommateurs. »[431]

La position dominante qu'il convient de caractériser donne d'importants pouvoirs d'action à l'entreprise qui la détient. Ces pouvoirs peuvent se déployer de façon active et passive. Dans leur déploiement actif, ils procurent à l'entreprise qui les détient la possibilité d'influencer les autres acteurs du marché[432]. La position dominante ne fait que traduire juridiquement le concept économique de pouvoir de monopole ou pouvoir de marché. Ce pouvoir correspond à la part de marché que contrôle l'entreprise en position dominante. Plus cette part est importante, plus l'entreprise qui la détient aura la facilité d'augmenter ses prix sans perdre de clientèle. En revanche, dans leur déploiement passif, ils permettent à l'entreprise qui les détient de se soustraire de l'influence des autres acteurs du marché[433]. Cette dernière disposant d'une indépendance de comportement[434] vis-à-vis de ses concurrents peut à son bon vouloir faire obstacle à la concurrence sur le marché[435].

149. Les formes de la position dominate. Par ailleurs, la position dominante peut revêtir deux formes que la rédaction de l'article L. 420-2 du code de commerce laisse apparaître : une position dominante individuelle et une position dominante collective. La première est en principe détenue par une seule entreprise. La seconde est en revanche détenue par un groupe d'entreprises et renvoie à la situation où des entreprises autonomes, sans être constituées en groupe de sociétés, se comportent néanmoins de la même manière. Elle est donc une situation permettant à plusieurs entreprises de se comporter de façon indépendante de leurs concurrents, de leurs clients et finalement des consommateurs. Il ne peut donc avoir de position dominante collective lorsque les entreprises concernées se livrent à une concurrence normale puisque, par définition, elles ne sont pas en mesure de se comporter de façon indépendante de leurs concurrents.

---

431 CJCE, 13 févr. 1979, Hoffmann-La Roche c. Commission, Lawlex200204107JBJ, Rec., 461, Gaz. Pal. 27-29 janv. 1980, obs. LAURENT.

432 G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit des affaires. Du droit commercial au droit économique*, 19e éd., 2010, LGDJ-Lextenso, n° 853, p. 920.

433 *Ibid.*

434 M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, D., coll. Précis Dalloz. Droit privé, n° 119, p. 119

435 *Ibid.*

150. Les abus de position dominante. Cependant, la position dominante à elle seule ne suffit pas. Pour prétendre sanctionner le déséquilibre contractuel sur le fondement de l'article L. 420-2 du code de commerce encore faudrait-il que l'entreprise qui la détienne en fasse un usage abusif. Concernant la nature de l'abus, il faut dire qu'elle n'est explicitée par le texte qui ne se contente que d'affirmer que ces abus peuvent notamment consister « *en refus de vente, en vente liées ou en conditions de ventes discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées* ». L'analyse de la jurisprudence et de la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence a permis de ressortir deux conceptions différentes de l'exploitation abusive d'une position dominante. Il y a lieu de faire la distinction entre les abus qui faussent le jeu normal de la concurrence et qui sont qualifiés en droit communautaire d'abus de comportement, comme les refus de vente ou de prestations de services[436] et les abus qui ont pour but d'éliminer un concurrent ou à empêcher son arrivée sur le marché qui sont qualifiés d'abus de structure[437].

151. L'état de dépendance économique. Pour qu'une pratique déséquilibrante puisse être sanctionnée sur le fondement de l'article L. 420-2 du code de commerce, encore faudrait-il qu'elle traduise une exploitation abusive d'un état de dépendance économique. L'état de dépendance économique renvoie à la sphère contractuelle. Elle traduit une relation entre un client et son fournisseur. Le premier peut être dépendant du second. Mais, il n'est pas exclu que le second puisse être dépendant du premier. L'état de dépendance économique n'est pas en soi interdit par l'article L. 420-2 du code de commerce car le législateur est conscient de sa normalité dans le cadre des rapports commerciaux. Ce que le texte interdit, c'est plutôt le fait d'abuser de cet état de dépendance. En disposant qu' « *est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur* », l'article L. 420-2, alinéa 2 du code de commerce pose

---

436 Cons. conc. déc. n° 05-D-59, 7 nov. 2005, France Télécom, BOCCRF 14 mars 2006, p. 404.

437 Par exemple : Déc. 18 nov. 1992, « Saisine de la société Biwater », Rapp. 1992, p. 429 : baisses de prix sélectives décidées au coup par coup par le seul fabricant français de canalisations en fonte ductile en vue d'évincer du marché de pose de ces canalisations un fournisseur beaucoup moins puissant que lui ; Cons. conc. n° 04-D-17 du 11 mai 2004 : pratique de prix prédateurs consistant pour un producteur dominant confronté à une politique de prix compétitifs menée par un nouvel entrant à vendre ses produits à des prix inférieurs à ses coûts moyens variables. En effet, cette stratégie conduit ce producteur à accumuler délibérément des pertes qu'il pourrait éviter et ne peut être compatible avec son propre intérêt que s'il espère compenser ces pertes par les profits qu'il pourra réaliser une fois le concurrent disparu et sa position dominante restaurée ; Abus d'exclusif de reproduction afin d'écarter un concurrent : Cons. conc. déc. n° 99-D-85, 22 déc. 1999, Société TF1, Rec. Lamy, n° 812, obs. Robin confirmé par Paris, 21 nov. 2000 et rejet du pourvoi par Cass. com., 26 nov. 1993, n° 00-22.605, Rapp. C. cass. 2003.

trois conditions cumulatives pour que le déséquilibre contractuel puisse être sanctionné sur son fondement. Il faut une dépendance économique, un abus qui en résulte et une atteinte au fonctionnement ou la structure de la concurrence. Il est vrai que le texte, dans sa nouvelle rédaction, ne fournit plus les éléments définitoires de l'état de dépendance économique. C'est à l'autorité de régulation de la concurrence qu'il est revenu de préciser le contenu de la notion. Ainsi, elle a décidé que :

> « Si la nouvelle rédaction de ce texte ne comporte plus de référence explicite à l'absence de solution équivalente, il n'en demeure pas moins que la dépendance économique, au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce, ne peut résulter que de l'impossibilité dans laquelle se trouve une entreprise de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées, soit en qualité de fournisseur, avec une autre entreprise. »[438]

La même solution a été retenue par la Cour de cassation qui, dans un arrêt en date du 3 mars 2004, a jugé 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 techniques et économiques comparables. »[439]

152. **Son exploitation abusive.** De cet état de dépendance doit résulter une pratique abusive pour que son exploitation puisse être sanctionnée. Celle-ci se traduit par l'adoption d'un comportement anormal par l'entreprise en situation de domination économique et peut notamment consister « *en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme* ». Enfin, l'exploitation abusive de cet état de dépendance économique doit avoir des conséquences sur le marché en cause. En définitive pour que ces pratiques unilatérales déséquilibrantes puissent être sanctionnées sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles, il faut impérativement qu'elles constituent, soit une exploitation abusive d'une position dominante, soit une exploitation abusive d'un état de dépendance économique. À défaut, elles ne sauraient être sanctionnées sur le fondement de l'article L. 420-2 du code de commerce, peu importe l'intensité du déséquilibre contractuel qui en résulte.

153. **Des comportements concertés.** Si certaines pratiques anticoncurrentielles se traduisent par des comportements unilatéraux déséquilibrants, il en existe d'autres qui se traduisent par des comportements concertés déséquilibrants. De tels comportements peuvent résulter de ce que l'article L. 420-1 du code de commerce désigne sous le vocable « *d'actions concertées,*

---

438 Cons. conc., 18 août 2003, *Pratiques mises en œuvre par Suzuki et autres sur le marché de la distribution des motocycles*, n° 03-D-42, BOCC, 17 décembre 2003, point 46.

439 Cass. com., 3 mars 2004, n° 02-14.529.

de conventions, d'ententes expresses ou tacites ou coalitions » et que l'on désigne généralement sous le vocable d'entente.

154. La notion d'entente. Il est vrai que le texte précité ne fournit pas une définition de la notion d'entente. Néanmoins, il fournit des éléments pouvant faciliter l'appréhension de sa vraie nature juridique. En visant, les actions concertées, les conventions, les ententes expresses ou tacites, l'article L. 420-1 du code de commerce fait référence à la figure contractuelle[440]. L'entente suppose donc un accorde de volontés[441]. Elle nécessite une certaine collusion entre deux ou plusieurs entreprises indépendantes, laquelle est destinée à instaurer une discipline collective de comportement sur le marché. Cet accord de volontés traduit l'invitation d'une partie à la mise en œuvre d'une pratique anticoncurrentielle et l'acceptation de l'autre à cette invitation[442]. Il en résulte que l'entente ne se conçoit guère sans la participation d'au moins de deux personnes[443]. En tant qu'accord de volontés, l'entente ne déroge pas aux exigences relatives à leurs conditions de validité. La participation à l'entente doit résulter d'une volonté libre de ses membres. Le défaut de ce caractère libre constitue une atteinte à l'intégrité du consentement du membre concerné. C'est pour cette raison qu'il est exigé la preuve d'un élément intentionnelle traduisant la volonté d'adhérer à l'entente. La participation à une seule réunion non suivie d'un comportement identique sur le marché ne suffit pas à prouver une entente[444]. Il en est de même en ce qui concerne un

---

440 Y. GUENZOUI, « Entente et contrat : le trouble notionnel », *RTD com.* 2006, p. 273 : « *Le lien anticoncurrentiel opté par les acteurs économiques est parfois de nature contractuelle ! La confrontation notionnelle avec l'entente est alors inévitable, venant briser toutes les traditions civilistes quant à la position du contrat au sein des catégories juridiques. L'écueil avait pourtant été évité par le législateur, préférant une notion beaucoup plus large que celle de contrat ; mais le juge a semblé emprunter récemment au droit civil les paramètres permettant de « détecter » un contrat pour déceler une entente, ce qui fit dire à la doctrine que l'entente et le contrat font dès lors désormais corps* » ; L. IDOT, « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », *RDC* 1e juill. 2004, n° 3, p. 882 : « *Ententes et contrats, le rapprochement est inévitable* » ; E. CLAUDEL, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, thèse, 1994, Paris X.

441 L'analyse de la jurisprudence fait ressortir l'exigence d'une volonté commune des opérateurs économiques intéressés par l'entente : CA Paris, 11 janv. 2005, recours formé par l'Association Architecture et commande publique et le Conseil régional de l'Ordre des architectes d'Aquitaine. Cons. conc., déc. n° 05-D-66, 5 déc. 2005, Saisine de la SARL Avantage à l'encontre de pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'électronique grand public, spéc. pts. 256 s.

442 CA Paris, 28 janv. 2009, *Sté coopérative de commerçant-détaillants* : Contrats, conc. consom. 2009, comm. 83, note G. DECOQ.

443 M. CHAGNY, *Ententes illicites – Article L. 420-1 du code de commerce*, *J.-Cl. conc. consom.* 1er janv. 2012, fasc. 540.

444 V. E. CLAUDEL, « La participation à une réunion fait-elle la preuve d'une entente : le droit français entre singularité et mimétisme », *RTD com.* 2004, p. 455 ; Cons. conc., déc. n° 04-D-07, 11 mars 2004, *Secteur de la boulangerie dans le département de la Marne*, BOCCRF 4 mai 2004, D. 2004, p. 1082 ; Contrats, conc. consom. mai 2004, p. 24, note M. MALAURIE-VIGNAL ; Cons. conc., déc. n° 03-D-54, 28 nov. 2003, *Marché des énergies renouvelables*, BOCCRF 13 févr. 2004, p. 42, Contrats, conc. consom. avr. 2004, p. 29, note M. MALAURIE-VIGNAL.

simple parallélisme de comportements[445]. Néanmoins, l'autorité de régulation de la concurrence a eu à observer que l'entente peut être démontrée si, à ce parallélisme, s'ajoutent d'autres éléments constituant avec lui un faisceau d'indices graves, précis et concordants[446]. La participation à l'entente doit également résulter d'une volonté exemptée de vices. En effet, l'attente anticoncurrentielle n'est répréhensible que si le consentement à sa mise en œuvre n'est pas vicié. La théorie des vices du consentement vient donc au secours du droit des pratiques anticoncurrentielles avec notamment quelques adaptations. Ce qui fait que le consentement à l'entente ne doit pas être vicié par un dol, une erreur ou une violence. Ainsi, est inopérant[447] un consentement donné sous l'empire de la contrainte. La contrainte irrésistible est une cause d'exonération[448]. En ce sens, il a été jugé que la participation à une entente sous la menace, telle une menace de boycott, est un fait justificatif, alors même que le marché a été affecté[449].

155. La nécessité d'une atteinte à la concurrence. En prohibant l'entente dans toutes ses formes possibles, l'article L. 420-1 du code de commerce met en relief son deuxième élément constitutif à savoir l'entrave à la concurrence. En effet, le texte ne prohibe les ententes que lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché. C'est alors dire que l'entente est un contrat anticoncurrentiel qui confère à ses membres une puissance économique leur permettant par des comportements concertés de dicter leurs lois sur le marché en cause. Ces comportements peuvent notamment se traduire par des clauses destinées à :

> « Limiter l'accès au marché ou le libre jeu de la concurrence par d'autres entreprises, faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse, limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique, répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement. »

On conclura que le déséquilibre contractuel ne peut véritablement être sanctionné sur le fondement de l'article L. 420-1 du code de commerce que lorsqu'il résulte d'une entente. À défaut d'entente ou plus généralement de pratiques anticoncurrentielles, le déséquilibre

---

445 E. CLAUDEL, « Éléments constitutifs de l'entente. Secteur immobilier. Entente. Preuve. Concertation. Parallélisme de comportements. Suffisance (non). Faisceau d'indices. Objet anticoncurrentiel », *RTD com.* 2001, p. 422.

446 Cons. conc., 17 juin 1992, déc. n° 92-D-41, *Secteur de la location du matériel nautique*, Rapp. d'activité pour 1992, ann. 48, p. 366.

447 CA Paris, 9 nov. 1989, *Recours de BP France, Shell et a., aff. des carburants en Corse* : l'un des participants à l'entente "n'a consenti à aligner ses prix que sous la pression de graves menaces".

448 CA Paris, arrêt 17 juin 2003 ; CA Paris, 7 juin 1990 ; Décision n° 07-D-50 du 20 décembre 2007.

449 Cons. conc., 9 oct. 1990, « Vente de véhicules », Rapport 1990, p. 104, n° 40, 1991.

contractuel ne pourrait être sanctionné sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles. La configuration de ce corps de règles réduit considérablement les cas de sanction du déséquilibre contractuel. Cette remarque est aussi valable pour le droit des pratiques restrictives de concurrence qui, pour sanctionner le déséquilibre contractuel, exige qu'il résulte d'une pratique restrictive de concurrence.

§ 2. L'EXIGENCE D'UNE PRATIQUE RESTRICTIVE DE CONCURRENCE

156. Distinction entre pratiques restrictives de concurrence et déséquilibre contractuel. La notion de pratiques restrictives de concurrence n'a pas fait l'objet d'une définition légale. Il est souvent désigné, de manière guère flatteuse, comme relevant du « *faux* droit de la concurrence »[450]. Ce corps de règles a pour caractéristique de regrouper les pratiques qui sont susceptibles d'être sanctionnées sans une analyse préalable du marché. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'on parle parfois de pratiques interdites per se. La prohibition des pratiques restrictives de concurrence a pour but de rétablir un équilibre entre producteurs et distributeurs. Les pratiques restrictives de concurrence peuvent se matérialiser par des déséquilibres contractuels. Les déséquilibres contractuels résultant de pratiques restrictives de concurrence sont des déséquilibres d'une certaine gravité, ce qui peut être vérifié en considération du vocabulaire utilisé par l'article L. 442-6 du code de commerce.

157. Intérêts de la distinction. La distinction « pratiques restrictives de concurrence et déséquilibre contractuel » nous permet d'apprécier la pertinence des sanctions du droit des pratiques restrictives de concurrence dans la lutte contre le déséquilibre contractuel. Il est vrai que les sanctions du droit des pratiques restrictives de concurrence peuvent jouer un rôle positif dans la lutte contre le déséquilibre contractuel. En effet, en sanctionnant à travers des outils variés, les abus contractuels dans les rapports entre professionnels, le droit des pratiques restrictives de concurrence contribue de façon active dans la lutte contre le déséquilibre contractuel dans les rapports entre professionnels. Cette contribution n'est cependant pas sans limites. La principale limite réside dans le fait que pour que le déséquilibre contractuel soit sanctionné sur son fondement, il doit être d'une certaine gravité et niché dans une relation commerciale. En tant que condition de la sanction du déséquilibre contractuel, la notion de pratiques anticoncurrentielles (A) ainsi que ses différentes manifestations (B) méritent une attention particulière.

---

450 V. L. NICOLAS-VULLIERNE, *Droit de la concurrence*, 2e éd., 2011, Vuibert, coll. Dyna'sup. Droit, n° 365 s.

A. La notion de pratiques restrictives de concurrence

158. Ambiguïté de la notion. L'ambiguïté de la notion de pratiques restrictives de concurrence résulte du fait que la finalité des règles qu'elle désigne ne réside pas dans la sanction des restrictions de concurrence mais d'un certain nombre de comportements contractuels ou extracontractuels préjudiciables aux opérateurs économiques. L'appellation pratique restrictive de concurrence est bien trompeuse car les véritables pratiques restrictives de concurrence sont les pratiques anticoncurrentielles. En effet, la particularité d'une pratique anticoncurrentielle réside dans la restriction de concurrence qu'elle opère au sein du marché. Une pratique anticoncurrentielle est donc par nature restrictive de concurrence. Cela ressort même des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce qui vise expressément les pratiques susceptibles de restreindre le jeu de la concurrence sur un marché. Il y a là donc une certaine redondance. Par ailleurs, la notion de pratiques restrictives de concurrence est utilisée dans certains pays étrangers pour désigner les pratiques anticoncurrentielles[451]. Mais dans notre ordre juridique interne, ces pratiques en question ne sont restrictives de concurrence que de nom. Une pratique anticoncurrentielle a beau être restrictive de concurrence, mais cela ne fera pas d'elle une pratique restrictive de concurrence au sens de notre interne de la concurrence. Inscrit au titre II du livre IV du code de commerce, titre intitulé « *Des pratiques anticoncurrentielles* », le droit des pratiques anticoncurrentielles, comme son nom l'indique, est destiné à sanctionner les comportements anticoncurrentiels, c'est-à-dire ceux portant atteinte au marché. Sa mise en œuvre nécessite une analyse préalable du marché. Inscrit au titre IV du livre IV du code de commerce, titre intitulé « *De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées* », le droit des pratiques restrictive de concurrence est composé d'une variété de règles dont la mise en œuvre ne nécessite pas une analyse préalable du marché. Pour cette raison, certains auteurs[452] ayant une conception assez restrictive du droit de la concurrence ont estimé que ce corps de règles n'y a pas sa place. Cependant, même si son nom prête à confusion[453], le droit des pratiques restrictives de concurrence fait partie

---

451 L. NICOLAS-VULLIERME, *Pratiques restrictives de l'article L. 442-6 du code de commerce, J.-Cl. Conc. consom.* sept. 2012, fasc. 290.

452 A. FORTUNATO, *Clause et pratiques restrictives de concurrence*, https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01445943/document, notes 104 et s.

453 L. NICOLAS-VULLIERME, *art. préc.*, qui affirme que « *devant ce manque de clarté, certains auteurs proposent d'autres dénominations telles que "pratiques interdites per se" ou "pratiques abusives" ou encore "pratiques déloyales" (Ch. PECNARD et G. ROBIC, « Les rapports industrie-commerce ou la vaine recherche de l'équilibre parfait », LPA 2005, n° 55, p. 6). Certaines de ces expressions ne sont pas non plus à l'abri de critiques. Affirmer qu'il s'agit de "pratiques interdites per se" permet d'insister sur l'absence de recherche des effets des pratiques sur le marché ou sur des acteurs économiques. Elles sont systématiquement interdites dès lors que les conditions du délit sont remplies. Ce vocable présente le mérite de souligner la différence entre les pratiques anticoncurrentielles du Titre II et les pratiques restrictives du*

… / …

intégrante du droit de la concurrence. Par une lecture extensive du droit de la concurrence, le droit des pratiques restrictives de concurrence s'apparente comme un « *petit droit* » de la concurrence qui, avec le « *grand droit* » de la concurrence (le droit des pratiques anticoncurrentielles), forment le droit de la concurrence[454].

159. Ambiguïté des finalités. Le droit des pratiques restrictives de concurrence dans son état actuel se présente comme étant de nature à préserver un certain équilibre dans les relations commerciales entre professionnels.

160. Une finalité de protection de la partie faible. Certaines règles qui le composent sont animées d'une volonté de protéger la partie la plus faible des abus de la partie la plus forte[455]. L'interdiction des pratiques abusives sur le fondement de l'article L. 442-6 du code de commerce en est une parfaite illustration. À travers cette disposition phare du droit des pratiques restrictives de concurrence, un vibrant hommage est rendu aux parties faibles dans les différents rapports commerciaux entre professionnels.

161. Une finalité de protection de l'ordre public. D'autres règles qui composent le droit des pratiques restrictives de concurrence sont en revanche essentiellement tournées vers la protection de l'ordre public, en ce que leur violation donne lieu à des sanctions pénales. Il s'agit notamment des articles L. 442-2 et L. 442-4 du code de commerce qui répriment la revente à perte que constitue le fait pour tout commerçant de revendre un produit à un prix inférieur à son prix réel. Il s'agit également de l'article L. 442-5 qui sanctionne la pratique de prix minima imposé que constitue le fait par toute personne d'imposer un caractère minimal au prix de revente. Il s'agit enfin de l'article L. 442-8 qui sanctionne les pratiques para-commerciales, c'est-à-dire celles consistant à proposer la vente de biens ou de services dans des conditions irrégulières. L'ensemble des sanctions prévues par ces dispositions sont destinées à protéger l'ordre public. Même si le droit des pratiques restrictives de

---

Titre IV ainsi que les atteintes à la liberté contractuelle. Quant au qualificatif d'"abusif", il se justifiait par son emploi dans les règles sur les pratiques restrictives (A. COURET, L'abus dans le droit des affaires, Dr. et patrimoine, juin 2000). Aujourd'hui, il ne l'est plus de façon explicite, mais il vaut toujours implicitement. Le droit des pratiques restrictives a des points communs avec la théorie de l'abus de droit. L'adjectif "déloyal", qui fut employé par le législateur en 1992 pour préciser ce que l'on devait entendre par refus de vente ("la demande d'un acheteur est présumée présenter un caractère anormal au sens de l'alinéa précédent lorsqu'il est établi que cet acheteur procède à l'une ou l'autre des pratiques déloyales visées par les articles 32 à 37 du présent titre") et dans l'intitulé de la loi Galland de 1996 ("loi sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales"), n'est pas adapté car il entretient une confusion avec le droit de la concurrence déloyale ».

454 C. LUCAS DE LEYSSAC, « Concurrence et compétition », *D.* 2004, p. 1722 où l'auteur estime que « *la distinction a le mérite de relier le grand droit de la concurrence au petit droit de la concurrence…en soulignant que le grand droit de la concurrence garantit l'exercice d'une compétition dont le petit droit de la concurrence…sanctionne souvent les excès* ».

455 D. FERRIER, « Les pratiques restrictives de concurrence, pour quelle finalité ? », *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz 2006, p. 191 s.).

concurrence s'apparente à un droit des rapports contractuels entre professionnels, il est impossible de ne pas lui reconnaître sa dimension de protection de la concurrence. C'est pour cette raison que certains auteurs[456] ont estimé qu'il constitue un prolongement du droit des pratiques anticoncurrentielles, en ce qu'il fait du contrat le vecteur de la politique économique. Il protège le marché en opérant un contrôle des stipulations contractuelles. L'intervention des défenseurs naturels de l'ordre public pour garantir sa mise en œuvre effective en est une parfaite illustration. Si le législateur fait intervenir le ministre chargé de l'Économie dans les litiges relevant du droit des pratiques restrictives de concurrence, c'est parce qu'il estime que c'est la meilleure façon de combattre les déséquilibres contractuels, lesquels peuvent avoir des conséquences drastiques sur l'économie : hausse des prix, disparation des opérateurs économiquement faibles et par conséquent diminution de la concurrence. Le juge à travers ses différentes décisions sur le droit des pratiques restrictives de concurrence, plus précisément sur l'article L. 442-6 du code de commerce semble reconnaître l'ambiguïté des finalités de ce corps de règles. Si l'article L. 442-6 se voit reconnaître une finalité de protection de la partie faible, la Cour de cassation en a rajouté une finalité de protection du « *fonctionnement du marché et de la concurrence* »[457]. Dès lors, le juge qui statue sur son fondement se voit reconnaître d'importants pouvoirs qui se mesurent à la hauteur de cette finalité. Il peut ainsi sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce sanctionner le déséquilibre financier. Ce qu'il ne pourra jamais faire sur le fondement de l'article 1171 du code civil qui exclut la lésion au rang des fondements de la sanction du déséquilibre contractuel. Au final, il convient de retenir que le droit de la concurrence ne sanctionne le déséquilibre contractuel que s'il résulte d'une pratique restrictive de concurrence. La caractérisation d'une telle pratique est le préalable nécessaire au succès de la demande. À son absence, celle-ci ne saurait prospérer. Mais, lorsqu'on évoque les pratiques restrictives de concurrence, on ne peut s'empêcher de penser au cadre de leur déploiement.

---

456 A.-M. LUCIANI, « L'action du ministre de l'Économie en nullité et en répétition de l'indu déclarée irrecevable pour contrariété à l'article 6 de la Convention EDH », *JCP G* nov. 2007, II, 10191 citant « *F. DREIFUSS NETTER, Droit de la concurrence et droit commun des obligations : RTD civ. 1990, p. 373 ; M. MALAURIE VIGNAL, Droit interne de la concurrence, A. COLIN, 2003, n° 7 ; J.-L. LESQUIN, « L'ordonnance de 1986, la concurrence et la loyauté », RCC n° 85/1995, p. 55 ; N. DECOOPMAN, « À propos des autorités administratives indépendantes et de la régulation », in Les transformations de la régulation juridique, (dir.) -G.-J. MARTIN, LGDJ, 1998, p. 245 ; M.-A. Frison-Roche, « Le contrat et la responsabilité : consentement, pouvoirs et régulation économique », RTD civ. 1998, p. 48* ».

457 Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-16.761.

B. Le cadre de leur déploiement

162. Annonce. Le droit des pratiques restrictives de concurrence offre aux professionnels les moyens de se prémunir contre les déséquilibres contractuels. Cependant, les sanctions qu'il prévoit ne visent pas tous les professionnels auteurs de déséquilibre contractuel.

163. Les professions visées. Il est incontestablement admis que l'article L. 442-6 constitue un dispositif pouvant servir à la lutte contre les déséquilibres contractuels. Mais, la circonscription des pratiques qu'il prohibe aux activités économiques en réduit considérablement la portée. En visant « *tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers* », le texte lui-même exige à ce que les pratiques restrictives de concurrence soient cantonnées dans l'exercice des professions commerciales. L'auteur de ces pratiques doit être un professionnel. Par professionnel, le texte recommande d'entendre tout producteur, commerçant, industriel ou un artisan. En effet, si les notions de producteur et d'industriel ne renvoient pas à des catégories juridiques, le fait de les viser en même temps que les commerçants et artisans traduit l'idée selon laquelle seul un professionnel peut être l'auteur d'une pratique restrictive de concurrence. Ce qui revient à dire que la qualification de pratique restrictive de concurrence n'est concevable que dans le cadre de l'exercice d'une profession commerciale.

164. Les professions exclues. En dehors de l'exercice d'une profession commerciale, il ne saurait y avoir de pratiques restrictives de concurrence, donc de sanction du déséquilibre contractuel. Ce qui suppose naturellement que les contrats passés entre les membres d'une profession civile et ceux d'une profession réglementée ne sont pas soumis au contrôle de l'article L. 442-6 du code de commerce.

165. L'exlusion des membres d'une profession civile. Le déséquilibre contractuel niché dans un contrat conclu entre deux ou plusieurs membres d'une profession civile ne peut être sanctionné sur le fondement du droit des pratiques restrictives de concurrence.

166. L'exclusion en principe des associations. Lorsqu'un contrat conclu entre deux associations poursuivant une activité civile comporte des clauses déséquilibrantes, ces clauses ne sauraient recevoir la qualification de pratiques restrictives de concurrence. En conséquence, le déséquilibre contractuel niché dans un tel contrat ne pourrait être sanctionné sur le fondement du droit des pratiques restrictives de concurrence. En outre, lorsqu'une association poursuivant une activité non lucrative soumet une quelconque société à des déséquilibres contractuels, ces déséquilibres ne sauraient être qualifiés de pratiques restrictives de concurrence. En conséquence, la victime ne saurait prétendre à

l'application du droit des pratiques restrictives de concurrence. C'est dans ce sens que s'inscrit un arrêt de la Cour de cassation rendu le 5 janvier 2016[458]. En l'espèce, une association poursuivant une activité à caractère non lucratif avait conclu avec une société commerciale un contrat prenant effet le 1er janvier 2008. Ce contrat avait pour objet de rapprocher les acteurs de la construction d'immeubles et comportait un ensemble de clauses. Parmi celles-ci, il y en avait une qui donnait la possibilité aux parties de se dédire sans indemnité à condition que cela se fasse au moins après la réalisation de six manifestations. Par la suite, l'association s'est prévalue de la clause de dédit pour les manifestations de 2011. La rupture ainsi opérée a été tellement drastique que s'en est suivie la mise en redressement judiciaire de la société partenaire. Cette dernière et son administrateur judiciaire ont par la suite assigné l'association en cause en paiement de dommages et intérêts sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce. Le 21 novembre 2013, la cour d'appel de Paris rejeta leur demande. Non content de cette décision, le liquidateur de l'ancien partenaire de l'association porta l'affaire devant la Cour de cassation. Au soutien de son pourvoi, il invoquait une violation de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce au motif que pour rejeter leur demande, la cour d'appel de Paris avait écarté l'application de ce texte au seul constat que l'association en cause n'était pas un producteur, un commerçant ou un industriel et qu'elle n'était non plus une personne immatriculée au répertoire des métiers. Mais, la Cour de cassation ne l'a pas suivi dans cette logique. Elle a plutôt préféré bénir le raisonnement des juges parisiens au motif qu'il ne faisait pas de doute que l'association en cause n'exerçait point une activité de producteur, de commerçant, d'industriel ou de prestation de services, ou n'était point immatriculée au répertoire des métiers. Par cette décision, la Cour de cassation nous enseigne que le défaut d'une poursuite d'une activité économique purge la qualification de pratique restrictive de concurrence et écarte en conséquence l'application du droit du même nom.

167. L'exclusion des architectes. Partant de cette jurisprudence, on peut aussi considérer que la pratique restrictive de concurrence causée par un architecte dans l'exercice de ses activités ne relève pas du droit des pratiques restrictives de concurrence, en ce sens que celles-ci « *issues d'une création purement intellectuelle et exclusive de toute acquisition antérieure en vue de la revente, constituent une activité par essence civile* ». Telle était la position de la cour d'appel de Paris dans une affaire soumise à son appréciation le 6 juillet 2007. Cette position n'a pas par la suite été validée par la Cour de cassation qui, au contraire, a estimé que

458 Cass. com., 5 janv. 2016, n° 14-15.555.

> « Toute relation commerciale établie, qu'elle porte sur la fourniture d'un produit ou d'une prestation de service, entre dans le champ d'application de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce. »[459]

En l'espèce, les prestations réalisées par l'architecte relèvent donc de la catégorie des activités visées par l'article L. 442-6 du code de commerce car portant sur la fourniture d'un produit ou d'une prestation de service.

168. L'exclusion des membres d'une profession réglementée. Tout comme les rapports entre les membres d'une profession civile, les rapports entre les membres d'une profession réglementée ne relèvent pas du domaine du droit des pratiques restrictives de concurrence.

169. L'exclusion des notaires. Le déséquilibre contractuel niché dans un contrat conclu par un notaire ne peut être sanctionné sur le fondement du droit des pratiques restrictives de concurrence en raison de l'interdiction qui leur est faite de se livrer à des opérations commerciales. La Cour de cassation dans un arrêt en date du 20 janvier 2009 a en effet jugé :

> « Qu'en vertu de l'article 13, 1° du décret du 19 décembre 1945 relatif au statut du notariat, il est interdit aux notaires de se livrer à des opérations de commerce. »[460]

Il ressort de cette jurisprudence que les notaires ne peuvent prétendre à l'application des dispositions protectrices du droit des pratiques restrictives de concurrence.

170. L'exclusion des activités de conseil. Le déséquilibre contractuel niché dans un contrat passé entre professionnels relevant de certaines activités de conseil n'est pas sanctionné par le droit des pratiques restrictives de concurrence. Les comportements déséquilibrants de ces professionnels ne sont pas constitutifs de pratiques restrictives de concurrence. En conséquence, ils ne sont pas soumis à la censure de l'article L. 442-6 du code de commerce. Ainsi, dans un arrêt en date du 3 avril 2013, la Cour de cassation a confirmé l'arrêt d'une cour d'appel qui, après :

> « Avoir énoncé qu'aux termes de l'article L. 422-12 du code de la propriété intellectuelle, la profession de conseil en propriété industrielle est incompatible avec toute activité de caractère commercial *», a retenu que «* l'activité de conseil en propriété industrielle, quand bien même elle serait exercée sous forme de société commerciale, n'est pas une activité commerciale. »[461]

Les deux parties à ce type de contrat n'entretenant pas de relation commerciale, il leur serait impossible de prétendre à l'application du droit des pratiques restrictives de concurrence.

171. L'exclusion des avocats. La réglementation de la profession d'avocat constitue également un obstacle à l'application du droit des pratiques restrictives de concurrence. Un contrat

---

459 Cass. com., 16 déc. 2008, n° 07-18.050 : obs. A.-L. ARCHAMBAULT, *JCP G* févr. 2009, II, 10034.

460 Cass. com., 20 janv. 2009, n° 07-17.556 : obs. N. MATHEY, *Contrats, conc. consom.* avril 2009, comm. 100.

461 Cass. com., 3 avr. 2013, n° 12-17.905 : obs. N. MATHEY, *Contrats, conc. consom.* juin 2013, comm. 131.

passé entre deux cabinets d'avocats ou un cabinet d'avocats avec un avocat collaborateur ne relève pas du champ d'application du droit des pratiques restrictives de concurrence. Dans son arrêt en date du 20 septembre 2017, la cour d'appel de Paris a jugé que le déséquilibre significatif entre professionnels ne s'applique pas à la collaboration entre avocats. En l'espèce l'ancien collaborateur du cabinet s'est estimé victime d'une pratique restrictive de concurrence. À l'appui de sa demande, il soutenait que l'activité des avocats est de nature économique et qu'en conséquence, elle est soumise aux règles interdisant la restriction du jeu de la concurrence. La cour ne l'a pas suivi dans cette logique. Elle a plutôt suivi la logique de son partenaire contractuel, laquelle consistait à dire qu'au regard de l'article 111 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991, la profession d'avocat est incompatible avec toute activité à caractère commercial[462]. Par ailleurs, est également exclu du champ d'application du droit des pratiques restrictives de concurrence, un contrat conclu entre un cabinet d'avocat et une banque. Dans une affaire portant sur la rupture des relations contractuelles entre une société d'avocats et une banque, la Cour de cassation a pris le soin de préciser que celle-ci ne relève pas du domaine du droit des pratiques restrictives de concurrence en raison de l'incompatibilité de la profession d'avocat avec « *toutes les activités de caractère commercial, qu'elles soient exercées directement ou par personne interposée* »[463].

172. L'exclusion des médecins. Tout comme la réglementation de la profession d'avocat, le code de déontologie médicale qui interdit clairement la pratique de la médecine comme du commerce constitue également un obstacle à l'application du droit des pratiques restrictives de concurrence. La Cour de cassation s'est prononcée dans ce sens dans un arrêt en date du 23 octobre 2007 en confirmant la décision d'une cour d'appel ayant exclu deux médecins au bénéfice des dispositions du droit des pratiques restrictives de concurrence. En l'espèce, deux médecins exerçant dans une clinique depuis plus de vingt ans s'étaient vus notifier la cessation de leur relation contractuelle par le président de la structure d'accueil. Estimant cette rupture brutale, les médecins ont porté l'affaire devant une cour d'appel qui rejeta leur demande au motif que l'article 19 du code de déontologie médicale (art. 4217-19 CSP) dispose expressément que :

> « La médecine ne doit pas être pratiquée comme un commerce. »

En conséquence, leur relation avec la clinique ne saurait être de nature commerciale[464]. Ce qui implique pour eux une impossibilité d'invoquer les dispositions protectrices du droit

---

462 CA Paris, 20 sept. 2017, n° 16/23527 : obs. A. PORTMANN, *D. actu.* 17 oct. 2017.

463 Cass. com., 24 nov. 2015, n° 14-22.578 : obs. C. MOULY-GUILLEMAUD, *D.* 2016, p. 462.

464 Cass. com., 23 oct. 2008, n° 06-16.774 : obs. B. FAGES, RTD civ. 2008, p. 105.

des pratiques restrictives de concurrence. En définitive, il ressort de ces considérations que l'application de l'article L. 442-6 du code de commerce est subordonnée à l'existence d'une relation commerciale. En son absence, le déséquilibre contractuel ne pourra pas être sanctionné sur son fondement. Les professionnels exerçant une activité purement civile et ceux exerçant une profession réglementée ne pourront bénéficier des dispositions du droit des pratiques restrictives de concurrence.

173. Les contrats visés. Certaines règles du droit des pratiques restrictives de concurrence exigent pour leur mise en œuvre l'existence d'un partenariat commercial. Il s'agit des 1° et 2° de l'article L. 442-6 du code de commerce. La notion de partenaire commercial est distincte de celle de relation commerciale[465]. Une relation commerciale peut être ponctuelle ou isolée tandis qu'un partenariat commercial suppose « non seulement la durée mais un objectif commun ». Une relation commerciale qui ne s'inscrit pas dans la durée ne peut être qualifiée de partenariat commercial au sens de l'article L. 442-6. Selon la jurisprudence, la notion de partenariat commercial « *implique l'existence de relations commerciales avec l'auteur de la prétendue pratique* »[466]. Ne peuvent donc pas recevoir cette qualification les contrats occasionnels ou les anciens partenaires dont le contrat a été résilié. Le partenaire commercial ne peut donc être un concurrent dans la mesure où la concurrence entre deux entreprises exclut toute idée de partenariat. Le partenaire est plutôt l'opérateur économique à l'égard de qui on est lié directement par un contrat en vue de faire des « *échanges commerciaux* »[467]. C'est donc en toute logique celui à l'égard de qui on peut obtenir des avantages manifestement disproportionnés, des déséquilibres significatifs, des conditions de règlement abusives. C'est aussi celui à l'endroit duquel on rompt brutalement les relations commerciales au motif qu'il refuse de se soumettre à des exigences contractuelles injustifiées. Au regard de ces considérations, le partenaire commercial ne peut être qu'un acheteur ou un vendeur avec qui on entretient des relations commerciales établies[468]. En l'absence d'un partenariat commercial, le droit des pratiques restrictives de concurrence ne pourra pas être invoqué pour demander la sanction du déséquilibre contractuel dans les rapports entre professionnels. Avec cette exigence, un nombre important de contrats conclus entre professionnels échappe du contrôle de l'article L. 442-6 du code de commerce. On retiendra que l'exigence d'un manquement concurrentiel est de nature à

---

465 M. MALAURIE-VIGNAL, « Notion de partenaire commercial », *Contrats, conc. consom.* juin 2016, n° 6, comm. 141.

466 CA Versailles, 7 oct. 2004, n° 03/02078, SA Orange France c/SA Cegetel Entreprise : JurisData n° 2004-256239, JCP E 2005, 1004, § 9, obs. G. DECOCQ.

467 Cass. com., 31 janv. 2018, n° 16-24.063, *Contrat, conc. consom.* juin 2018, obs. N. MATHEY.

468 G. DECOCQ, *art. préc.*

constituer une limite à la lutte conre le déséquilibre contractuel. Le manquement visé ici n'est pas n'importe quel manquement. Seul le manquement d'une certaine gravité rentre dans le viseur des dispositions protectrices du droit de la concurrence.

SECTION II.
UN MANQUEMENT D'UNE CERTAINE GRAVITÉ

174. La preuve de l'exigence de gravité. Le droit de la concurrence ne sanctionne que les manquements d'une certaine gravité. La sanction du déséquilibre contractuel sur son fondement obéit donc à cette exigence. La gravité du manquement concurrentiel est une condition d'application des sanctions du droit des pratiques anticoncurrentielles. La reconnaissance à l'Autorité de la concurrence d'un pouvoir d'appréciation de l'opportunité des poursuites en est une parfaite illustration. La gravité des manquements constitue également une condition d'application des sanctions du droit des pratiques restrictives de concurrence. Le vocabulaire utilisé dans le droit des pratiques restrictives de concurrence en est une parfaite illustration.

175. L'incidence de cette exigence. L'exigence de gravité du manquement concurrentiel n'est pas sans déteindre sur l'efficacité de la lutte contre le déséquilibre contractuel en droit la concurrence. Elle réduit considérablement le nombre de déséquilibres contractuels susceptibles d'être sanctionnés sur ce fondement. Ainsi, la sanction du déséquilibre contractuel à travers les règles du droit des pratiques anticoncurrentielles exige à ce que ce déséquilibre soit niché dans une pratique du même nom portant une atteinte sensible à la concurrence (§ 1). Par ailleurs, pour que ce même déséquilibre puisse être sanctionné sur le fondement du droit des pratiques restrictives de concurrence, il est nécessaire qu'il prenne la forme d'une pratique restrictive de concurrence et se traduise par une atteinte significative aux intérêts du partenaire commercial (§ 2).

§ 1. LA NÉCESSITÉ D'UNE ATTEINTE SENSIBLE À LA CONCURRENCE

176. L'atteinte sensible, une atteinte grave. La sanction du déséquilibre contractuel sur le fondement du droit de la concurrence est conditionnée par l'existence d'un manquement concurrentiel. Sur le terrain du droit des pratiques anticoncurrentielles, ce manquement se matérialise par une atteinte à la concurrence. Pour que le déséquilibre contractuel puisse être sanctionné sur le fondement de ce corps de règles, il faudra démontrer l'existence d'une atteinte à la concurrence. Par cette exigence, on comprend aisément que les règles du droit des pratiques anticoncurrentielles sont édictées non pas dans l'intérêt des opérateurs économiques mais dans l'intérêt général. C'est parce que le législateur croit en l'aptitude de l'économie de marché à assurer le bien commun dans le domaine économique qu'il vise à

travers ces règles le maintien du libre jeu de la concurrence[469]. La réalisation de cet objectif passe par l'interdiction des atteintes sensibles à la concurrence. Ce qui fait de l'atteinte sensible à la concurrence, la condition de mise en œuvre des réponses du droit des pratiques anticoncurrentielles[470] au déséquilibre contractuel. Les atteintes qui ne présentent pas cette caractéristique n'étant pas sanctionnées par les règles du droit des pratiques anticoncurrentielles[471]. Condition de mise en œuvre des réponses du droit de la concurrence, la notion d'atteinte sensible à la concurrence doit être distinguée de celle de déséquilibre contractuel afin de saisir les rapports pouvant exister entre les deux.

177. Les rapports entre l'atteinte sensible à la concurrence et le déséquilibre contractuel. En sanctionnant les atteintes sensibles à la concurrence, le droit des pratiques anticoncurrentielles contribue en même temps à la lutte contre le déséquilibre contractuel. La portée de cette contribution peut être appréciée au regard des rapports entre l'atteinte sensible à la concurrence et le déséquilibre contractuel. Même si elle peut parfois se traduire par des par abus des contractuels, l'atteinte sensible à la concurrence ne renvoie pas forcément à « *une entrave dans la concurrence apportée individuellement à tel ou tel opérateur économique* », elle renvoie plutôt à une entrave au fonctionnement du marché en cause dans son ensemble. Il en résulte que la sanction des atteintes sensibles à la concurrence concourt plus à la protection du marché qu'à celle des opérateurs économiques. L'ineffectivité des réponses du droit des pratiques anticoncurrentielles au déséquilibre contractuel est donc due en partie au fait que ce corps de règles ne permet que la sanction des atteintes sensibles à la concurrence, lesquelles peuvent parfois se traduire par des abus contractuels comme elles peuvent ne pas s'en traduire. Pour avoir une idée précise sur la réalité et la portée de l'apport du droit des pratiques anticoncurrentielles dans la lutte contre le déséquilibre contractuel, il serait important de préciser les atteintes visées (A) et celles exclues (B).

A. Les atteintes visées

178. Des atteintes variables. Le droit des pratiques anticoncurrentielles ne sanctionne que les atteintes d'une certaine gravité. Les atteintes les moins graves sont, soit tolérées, soit exemptées. La lecture des articles L. 420-1 et suivant du code de commerce permet de se

---

469 A. DECOCQ et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence : droit interne et droit de l'union européenne*, 7e éd., 2016, LGDJ-Lextenso, coll. manuel, n° 243, p. 297.

470 V. M.-C. BOUTARD-LABARDE, « Réflexions sur le seuil de « sensibilité » en droit de la concurrence », *JCP E* févr. 1989, 15406.

471 V. Cass. com., 15 juill. 1992, n° 89-20.334.

rendre compte que ce corps de règles ne dresse pas une liste exhaustive de ces atteintes dites graves. Celles-ci peuvent se manifester de plusieurs façons.

179. La limitation de l'accès au marché. C'est parce que le législateur estime que l'accès au marché doit être libre qu'il prévoit la sanction de sa limitation. Cette sanction n'est pas aussi automatique que l'on pourrait la croire, elle dépend de la portée de la limitation de l'accès au marché. L'accès au marché est le plus souvent limité par des clauses de non concurrence. Une clause de non concurrence n'est pas en soi anticoncurrentielle. Elle l'est lorsqu'elle se borne à restreindre le libre jeu de la concurrence. Ce qui est sanctionné par le droit de la concurrence ce n'est pas la clause de non concurrence en tant que telle mais la gravité de l'atteinte qu'elle porte au marché en cause. C'est pour cette raison que certaines de ces clauses sont suspectées en raison de leur effet anticoncurrentiel. C'est le cas d'une clause de non concurrence par laquelle deux entreprises s'engagent réciproquement à ne pas se faire concurrence. Ce type de clause peut être sanctionné sur le fondement du droit des ententes en ce qu'elle permette une répartition des marchés ou des clients[472]. C'est également le cas d'une clause de non-concurrence qui n'est ni limitée dans le temps, ni dans l'espace[473]. En plus de soumettre son débiteur à des déséquilibres manifestes, une telle clause a pour particularité de porter sensiblement atteinte au marché en limitant son accès. Par ailleurs, la limitation de l'accès au marché a fait l'objet d'une interprétation prétorienne extensive. Elle ne concerne pas simplement les limitations se matérialisant par des clauses de non-concurrence mais englobe les restrictions à l'accès d'une profession et les restrictions à l'accès des produits et des services au marché. Les restrictions à l'accès d'une profession sont récurrentes. Elles se font le plus souvent sous couvert d'une réglementation professionnelle avec pour objectif la limitation du nombre de concurrents. Il peut s'agir de l'instauration d'une « *carte accréditive* »[474], d'une demande d'inscription sur une liste[475], de l'exigence d'un certificat d'identification professionnelle[476], d'une certification de la qualité d'une entreprise[477] etc…Quant aux restrictions à l'accès des

---

472 Y. SERRA, « Une clause de non-concurrence peut être analysée comme une entente prohibée. Les conditions de la licéité d'une restriction du droit au retrait d'un syndicat », *D.* 1994, p. 220.

473 *Id.*, « Porte atteinte à la libre concurrence la clause de répartition territoriale contenue dans un protocole de coopération, qui n'est limitée ni dans le temps, ni dans l'espace », *D.* 1995, p. 208.

474 V. Lamy dr. pén. aff. 2016, n° 3222

475 *Ibid.*

476 *Ibid.*

477 *Ibid.*

produits et des services, elles peuvent résulter d'une segmentation artificielle du marché en vue de limiter l'accès aux produits et services[478].

180. L'obstacle à la fixation des prix. C'est parce que le législateur estime que les prix doivent être fixés par le libre jeu du marché qu'il sanctionne sur le fondement de l'article L. 420-1 du code de commerce les actions tendant à faire obstacle à ce procédé de fixation des prix de biens et services sur le marché. L'entrave à la libre fixation du prix est une atteinte grave au libre de jeu de la concurrence. Ce comportement a donné lieu à de nombreuses applications pratiques dans différents secteurs de l'économie. C'est ainsi que des auto-écoles ont été sanctionnées sur le fondement de l'article L. 420-1 pour avoir uniformisé l'augmentation du prix horaire d'enseignement[479]. Une augmentation uniforme du tarif des services liés à la robinetterie du gaz domestique[480] a également été sanctionnée sur le fondement de ce texte. Il en est de même pour la préconisation du prix du pain par un syndicat national de la boulangerie[481].

181. L'entrave à la production et aux débouchés. C'est parce que le législateur estime que la production et les débouchés qui y résultent doivent se faire selon les règles du marché qu'il sanctionne sur le fondement de l'article L. 420-1 du code de commerce l'entrave à la production et aux débouchés. Cette pratique est une atteinte grave au marché qui peut se traduire par des déséquilibres contractuels dans les rapports entre professionnels. Sa sanction sur le fondement de l'article L. 420-1 milite donc en faveur de la protection contre le déséquilibre contractuel. L'entrave à la production est aux débouchés peut se décliner sous plusieurs formes. Il peut prendre la forme d'une entrave à l'innovation ou d'une entrave au progrès technique. Cette pratique est, à bien des égards, à rapprocher de la pratique consistant à répartir les marchés et les sources d'approvisionnement.

182. La répartition des marchés ou sources d'approvisionnement. Cette pratique par nature restrictive de concurrence se traduit le plus souvent par l'insertion de clauses déséquilibrantes dans les rapports entre professionnels. Il s'agit de clauses de non-concurrence ou d'exclusivité territoriale interdisant à ses débiteurs le non exercice

---

478 *Ibid.*, n° 3226 et 3227 où il est précisé que « *Constituent des ententes illicites la mise en place d'une stratégie de l'ordre des experts comptables, afin d'évincer des concurrents du marché (Aut. conc., déc. n° 13-D-06, 28 févr. 2013, JCP E 2013, act. 197, Contrats, conc., consom. 2013, alerte 26, RLC 2013/35, n° 2268, obs. Sélinsky », la décision prise par des entreprises de spectacles afin d'empêcher l'arrivée d'un nouveau concurrent sur le marché (Aut. conc., déc. n° 12-D-27, 20 déc. 2012, Lettre distrib., janv. 2013, JCP E 2013, act. 22, RLC 2013/35, n° 2270, obs. V. Sélinsky ; Contrats. conc. consom., 2013, comm. 62, obs. D. Bosco*) ».

479 CA Paris, 20 avril 1989, Gaz. Pal. 1989, 2, 700.

480 CA Paris, 14 déc. 1989, D. 1990, I. R, p. 39.

481 CA Paris, 10 déc. 1988, D. 1988, I. R., p. 105.

d'une activité professionnelle dans un rayon déterminé. Constitue une atteinte grave à la concurrence l'imposition par un fabricant d'appareils photographiques à ses réparateurs agréés, de clauses leur interdisant non seulement d'exercer leur activité à l'extérieur du secteur concédé mais de réparer des appareils reçus de clients ne résidant pas dans leur zone d'exclusivité[482]. Constitue également une atteinte grave à la concurrence la répartition du marché sans fondement textuel par des groupements professionnels invoquant des « *considérations déontologiques* »[483]. Constitue enfin une atteinte grave à la concurrence la clause ayant pour objet de répartir la clientèle entre les vendeurs ou entre les acheteurs, chaque membre d'une profession s'engageant à ne pas à empiéter sur la clientèle de l'autre[484].

183. Le refus de vente. Le refus de vente ou de prestation de service n'est pas en soi une pratique illicite surtout « *lorsqu'il résulte de l'organisation de la production et de la logistique propre à une entreprise et que cette organisation n'est pas elle-même anticoncurrentielle* »[485]. En revanche au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce, le refus de vente peut porter une atteinte grave à la concurrence lorsqu'il a pour but de limiter ou d'exclure du marché en cause un ou plusieurs concurrents potentiels. C'est le cas du refus de vente portant sur « *une matière première nécessaire à l'activité d'un demandeur sur un marché aval, que l'auteur du refus entend concurrencer* »[486]. En ce qu'il constitue une atteinte grave à la concurrence, le refus de vente est sanctionné au même titre que les pratiques discriminatoires.

184. Les pratiques discriminatoires. La discrimination est prohibée aux termes de l'article L. 420-2 du code de commerce lorsqu'elle porte une atteinte sensible au marché. Par discrimination, il convient d'entendre « *l'application de règles différentes à des situations comparables* » ou « *l'application de la même règle à des situations différentes* »[487]. Lorsqu'elle porte sur le prix, la discrimination constitue un excellent moyen pour écarter un concurrent du marché. Elle produit le même effet sur le marché qu'une rupture brutale des relations commerciales. Mais, celle-ci fera l'objet de développement dans la partie sur les pratiques

---

482 Cons. conc., déc. n° 93-D-36, 28 sept. 1993, Pièces détachées pour appareils photographiques, BOCCRF 6 nov. 1993, p. 305, Recueil Lamy, n° 550, obs. V. SÉLINSKY ; Cons. conc., déc. n° 96-D-63, 29 oct. 1996, Vente de bières, BOCCRF, 8 janv. 1997, p. 12.

483 Aut. conc., déc. n° 09-D-17, 22 avr. 2009, Pharmaciens de Basse-Normandie, Rapp. 2009, p. 186.

484 Cons. conc., déc. n° 2000-D-08, 4 avril 2000, Distribution des peintures pour carrosserie, BOCCRF 23 mai, p. 285, Recueil Lamy, n° 817, note H. MATSOPOULOU ; Aut. conc., déc. n° 10-D-13, 15 avril 2010, Transport de conteneurs au port du Havre ; Aut. conc., déc. n° 12-D-09, 13 mars 2009, JCP E 2012, p. 194

485 J.-B. BLAISE, « Abus de position dominante », *Rép. dr. com.* 2017, n° 245 où l'auteur cite « *Cons. conc., déc. n° 04-D-05, 24 févr. 2004* ».

486 *Ibid.*, citant « *Cons. conc., déc. n° 92-D-26, 31 mars 1992, Rapp. Cons. conc., 1992, p. 248* ».

487 *Ibid.*, citant « *CJCE 14 sept. 1999 [aff. C-391/97], Gschwind, Rec. CJCE I, p. 5451* ».

restrictives de concurrence. Au final, il est à constater que les pratiques anticoncurrentielles peuvent revêtir une pluralité de formes, mais on retiendra d'elles leur effet identique sur le marché.

185. Un effet identique. En principe, une pratique anticoncurrentielle n'est sanctionnée que pour son effet restrictif de concurrence. C'est donc la gravité de cette restriction de concurrence et non la gravité de l'atteinte aux intérêts du partenaire professionnel qui justifie les sanctions du droit des pratiques anticoncurrentielles. En l'absence d'une atteinte grave au marché, le droit des pratiques anticoncurrentielles ne pourra donc servir à la protection contre le déséquilibre contractuel.

B. Les atteintes exclues

186. Les atteintes tolérées. Le droit de la concurrence ne sanctionne pas toutes les atteintes à la concurrence. Parmi celles-ci, il y en a qui sont tolérées. La tolérance d'une atteinte à la concurrence ne signifie pas que le manquement qui en est à l'origine est licite. L'acte conserve son venin anticoncurrentiel mais ne sera pas sanctionné par les autorités de régulation de la concurrence. Cette idée de tolérance est introduite en droit de la concurrence par l'article L. 464-6-1 du code de commerce qui précise à cet égard que l'Autorité de la concurrence peut décider de ne pas poursuivre les auteurs d'une pratique anticoncurrentielle lorsque celle-ci « *ne vise pas des contrats passés en application du code des marchés publics* » et que la part de marché qu'ils détiennent ne dépasse pas soit :

> « 10 % sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre des entreprises ou organismes qui sont des concurrents, existants ou potentiels, sur l'un des marchés en cause ; 15 % sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre des entreprises ou organismes qui ne sont pas concurrents existants ou potentiels sur l'un des marchés en cause. »

Par les seuils qu'il fixe, ce texte offre à l'Autorité de la concurrence le pouvoir d'apprécier l'opportunité des poursuites[488]. Le gardien du libre jeu de la concurrence peut donc décider de ne pas poursuivre une pratique anticoncurrentielle de faible effet sur le marché. Au contraire, rien ne l'empêche aussi de poursuivre une pratique anticoncurrentielle qui ne dépasse pas les seuils fixés par l'article L. 464-6-1 du code de commerce. S'il en est ainsi, c'est parce que l'absence de réunion des critères fixés par ce texte n'est pas un obstacle à la poursuite des auteurs de la pratique illicite. Il ressort d'une décision de la cour d'appel de Paris en date du 23 février 2010, dite affaire Expédia, que :

---

488 M. BAZEX, « Opportunités et limites du contrôle exercé par le Conseil de la concurrence », *Contrats, conc. consom.* mars 2009, n° 3, comm. 77.

> « L'Autorité de la concurrence dispose d'une faculté et non d'une obligation de ne pas poursuivre les pratiques mise en œuvre par des entreprises ne dépassant pas les seuils de parts de marché prévus par l'article L. 464-6-1 du Code de commerce (seuils de sensibilité.) La lettre du texte est suffisamment claire (« peut ») et l'Autorité de la concurrence peut poursuivre une pratique ne produisant pas d'effet sensible sur le marché. »[489].

Cette solution a d'ailleurs été confirmée par la Cour de cassation dans son arrêt en date du 16 avril 2013 où elle réaffirme que « *l'article L. 464-6-1 du code de commerce confère à l'Autorité de la concurrence une simple faculté dont elle est libre de ne pas user* »[490]. La tolérance des atteintes moins graves participe de la régulation du jeu de la concurrence. Elle montre encore une fois de plus que le droit de la concurrence s'intéresse uniquement à l'instauration d'une économie libérale de marché[491]. Ce qui n'exige que la seule sanction des atteintes graves. La configuration de ce système répressif ne milite qu'en faveur de la protection du marché et de la concurrence. Elle peut parfois s'avérer défavorable à la protection des acteurs du marché contre le déséquilibre contractuel.

187. L'incidence de leur tolérance sur la protection contre le déséquilibre contractuel. En ne cherchant qu'à sanctionner les atteintes sensibles au marché, le droit des pratiques anticoncurrentielles exclut de son viseur un grand nombre de déséquilibres contractuels. La tolérance des pratiques anticoncurrentielles d'une faible atteinte au marché implique la tolérance de tous les déséquilibres contractuels y résultant. Une pratique anticoncurrentielle a beau être génératrice de déséquilibre contractuel, mais sa sanction sur le fondement du droit du même nom n'est pas systématique lorsqu'elle a un faible effet sur le marché en cause[492]. Cette tolérance peut amener les entreprises à développer des stratégies consistant à « *placer certains accords, dits d'importance mineure, à l'abri des foudres sanctionnatrices, ménageant une zone de liberté contractuelle jugée tolérable* »[493]. Seule l'Autorité de la concurrence dispose du

---

489 CA Paris, Pôle 5, ch. 5-7, 23 févr. 2010, Sté EXPEDIA Inc et Sté KARAVEL SAS, JurisData n° 2010-051822, Contrats, conc. consom. n° 4, avril 2010, comm. 103, obs. G. DECOCQ ; Communication commerce électronique n° 7-8, juill. 2010, comm. 73, obs. M. CHAGNY.

490 Cass. com., 16 avril 2013, n° 10-14.881.

491 M.-C. BOUTARD LABARDE, R. SAINT-ESTEBEN, « Réflexions sur le seuil de « sensibilité » en droit de la concurrence, *JCP A* n° 5, 2 févr. 1989, 15406 où les auteurs estiment que « *Le droit de la concurrence est le résultat d'un choix fondamental de politique économique : celui de l'économie libérale de marché : confiance est faite aux mécanismes du marché pour réaliser le développement harmonieux des activités économiques…une expansion continue et équilibrée… un relèvement accéléré du niveau de vie…* ».

492 *Ibid.*, où les auteurs affirment que « *le droit de la concurrence est un droit « objectif », qui ne se préoccupe, en tout cas pas à titre principal, des intentions, qu'elles soient coupables ou non, des entreprises en cause, pas plus qu'il n'a pour fonction première de protéger si les intérêts privés en prévenant ou en réparant les préjudices individuels des acteurs de la vie économique. En contrepartie, le droit de la concurrence ne se préoccupera pas davantage de comportements, dénués d'effet sur le marché ou insusceptibles de produire de tels effets. Tel est le cas d'une entente si minime qu'elle n'aura ou ne peut avoir d'effet réel sur le marché* ».

493 E. CLAUDEL, « La règle de minimis, une institution controversée offrant une « zone de sécurité » bien fragile », *RTD com.* 2013, p. 518 citant « M.-C. BOUTARD LABARDE, R. SAINT-ESTEBEN, *art. préc.* »

pouvoir de tolérer une pratique anticoncurrentielle. Mais, lorsque celle-ci décide de ne pas poursuivre l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle génératrice de déséquilibre contractuel, sa décision ne rend nullement licite la pratique en cause. Cette pratique reste illicite et peut donner lieu à la responsabilité de son auteur devant le juge judiciaire ou répressif sur le fondement des articles L. 420-1, L. 420-7 du code de commerce et 1240 du code civil. On retiendra donc que le mécanisme de tolérance prévu par l'article L. 464-6-1 empêche la sanction des déséquilibres contractuels nichés dans des pratiques anticoncurrentielles à faible effet sur le marché en cause. Il est à distinguer de la justification desdites pratiques prévue par l'article L. 420-4 du code de commerce, même si les deux aboutissent en réalité au même résultat pratique.

188. Les atteintes justifiées. Le droit de la concurrence emprunte au droit pénal son mécanisme de fait justificatif. Il arrive des cas où des pratiques foncièrement illicites y soient considérées comme licites. En droit pénal, les faits justificatifs prévus aux termes des articles 122-4, 122-5 et 122-7 du code pénal sont, en quelque sorte, des causes d'irresponsabilité pénale. Parmi ces faits justificatifs, il y en a deux qui suggèrent en réalité la prise en compte d'un intérêt jugé supérieur aux intérêts protégés par la loi pénale. Il s'agit de la légitime défense et de l'état de nécessité prévus aux termes des articles 122-5 et 122-7 du code pénal. La constatation d'un de ces faits justificatifs entraine l'irresponsabilité pénale. C'est ce même schéma qui est reproduit en droit des pratiques anticoncurrentielles. Dans certains cas, le bénéfice d'un fait justificatif y est prévu par un texte légal ou règlementaire qui rend licite une pratique à la base illicite. Dans d'autres cas, il est conditionné à la démonstration d'un réel progrès économique.

189. La justification fondée sur un texte. L'article L. 420-4, I, 1° du code de commerce exclut du champ d'application des articles L. 420-1 et L. 420-2 « *les pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application* ». Pour que joue le mécanisme prévu par ce texte, il faut que la justification émane d'un texte législatif ou règlementaire.

190. La justification fondée sur un texte législatif. Cette justification a pu jouer pour un accord dans le secteur automobile, lequel stipulait « *un taux de cotisation uniforme pour toutes les entreprises de la branche et comportait une clause d'adhésion obligatoire* »[494]. Dans cette affaire, le Conseil d'État avait à juste titre considéré qu'un tel accord entrait dans le champ d'application de l'ancien article L. 912-1 du code de la sécurité sociale et qu'en conséquence, il échappait « *en application des dispositions du 1 de l'article 10 de l'ordonnance du*

494 CE, 7 juill. 2000, n° 198564.

1er décembre 1986, aux dispositions de l'article 7 de cette ordonnance »[495]. Il arrive même que certaines lois prévoient expressément des faits justificatifs au droit des pratiques anticoncurrentielles. On peut citer l'exemple du code rural qui comportait un article (il s'agit de l'ancien article L. 632-14) qui prévoyait expressément que dans le secteur laitier, la pratique qui consistait à « *l'élaboration et à la diffusion d'indices de tendance* » n'était pas soumise aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce.

191. La justification fondée sur un texte réglementaire. Cette justification a fait l'objet d'une application dans plusieurs secteurs. Elle a été appliquée dans le secteur de la santé publique[496] avant d'être appliquée dans celui des taxis parisiens[497]. Pour conclure, on retiendra que seuls sont invocables les textes en vigueur au moment où ont lieu les pratiques en cause. Un texte postérieurement applicable aux faits litigieux ne peut utilement être invoqué[498]. Il peut en revanche servir de motivation pour appuyer une demande de circonstance atténuante[499]

192. La justification fondée sur un progrès économique. L'article L. 420-4, I, 2° du code de commerce exclut du champ d'application des articles L. 420-1 et L. 420-2 « *les pratiques dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique* »[500]. La mise en œuvre de ce texte exige de la part du juge la constatation d'un bilan économique positif. Concrètement, il doit être fait une « *mise en balance des inconvénients* »[501] avec les éventuels bénéfices de la pratique litigieuse. Cette analyse doit en fin de compte « *mener à la conclusion*

---

495 *Id.*

496 CE, 6 juill. 2007, n° 294599.

497 CE, 29 avril 2009, n° 305695.

498 Cons. conc., déc. n° 96-D-15, 12 mars 1996 où le Conseil avait considéré que « *les dispositions des décrets du 29 novembre 1993, relatifs respectivement aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé, aux concours d'architecture et d'ingénierie organisés par les maîtres d'ouvrage publics et à l'application du I de l'article 18 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, n'étaient pas applicables à l'espèce ; que, par suite, l'ordre régional ne peut utilement invoquer aucune de ces dispositions législatives ou réglementaires pour s'exonérer, en application du premier alinéa de l'article 10 de l'ordonnance du 1er décembre 1987, de la prohibition définie par l'article 7 de la même ordonnance* » ; Cons. conc., déc. n° 96-D-59, 8 oct. 1996 où le Conseil avait considéré qu'une partie « *ne saurait utilement invoquer des dispositions du 1 de l'article 10 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 modifiée, ni celles introduites au 2 de l'article 10 de la même ordonnance par l'article 3 de la loi n° 96-500 du 1er juillet 1996, ni celles des décrets n° 96-499 et 96-500 du 7 juin 1996, dès lors que celles-ci ne sont pas applicables aux faits de l'espèce, antérieurs à leur entrée en application* » ; Cons. con., déc. n° 93-D-27, 30 juin 1993 où le Conseil avait considéré qu'une société « *ne saurait utilement se prévaloir de la loi du 31 décembre 1992 susvisée, qui ne s'applique pas aux déménagements et qui n'est, d'ailleurs, devenue applicable que postérieurement aux faits en cause…que, dès lors, les barèmes en cause n'entrent dans les prévisions ni du 1 ni du 2 de l'article 10 de l'ordonnance du 1er décembre 1986* ».

499 CA Paris, 4 févr. 1997, n° 96/11531.

500 D. BRAULT, J. BUHART, « Progrès économique et contrôle de la concentration », *LPA* sept. 2002, p. 9.

501 « Droit applicable à l'exemption individuelle résultant du progrès économique », *Lamy droit économique*, mise à jour janv. 2018, n° 786.

que les aspects positifs de la pratique litigieuses l'emportent sur ses aspects négatifs »[502]. Pour lui faciliter la tâche, le législateur a mis à la disposition du juge des critères lui permettant de procéder efficacement au bilan économique de la pratique en cause. Ces critères sont le plus souvent regroupés en deux grandes catégories : les critères constitutifs de conditions positives et ceux constitutifs de conditions négatives du bilan économique.

193. Les conditions positives. Il est précisé à l'article L. 420-4, I, 2° du code de commerce que le bilan économique suppose la démonstration des effets favorables de la pratique litigieuse sur le marché en cause. Celle-ci doit contribuer au progrès économique par « *la création ou le maintien d'emploi* »[503] et réserver aux utilisateurs « *une partie équitable du profit qui en résulte* »[504].

194. Les conditions négatives. Il est également précisé à l'article L. 420-4, I, 2° que le bilan économique suppose en plus une démonstration des effets nocifs de la pratique en cause. Les restrictions produites par la pratique anticoncurrentielle doivent être nécessaires, en d'autres termes, « *il ne doit pas y avoir d'autres moyens de parvenir à l'obtention des gains d'efficacité* »[505]. Elles ne doivent pas en outre éliminer toute la concurrence sur une partie substantielle du marché en cause. Au final, on retiendra que ces mécanismes du droit de la concurrence font de sorte que la sanction du déséquilibre contractuel n'y soit pas systématique. Ce qui peut avoir de lourdes conséquences dans la protection des professionnels contre le déséquilibre contractuel.

195. L'incidence de leur justification sur la protection contre le déséquilibre contractuel. En faisant un tri sur les pratiques illicites à sanctionner, le droit des pratiques anticoncurrentielles amoindrit considérablement la protection des professionnels contre le déséquilibre contractuel. Étant donné que les pratiques anticoncurrentielles sont susceptibles de générer des déséquilibres contractuels, la sanction des mauvaises pratiques conduit à militer en faveur de la protection contre le déséquilibre contractuel. En revanche, l'exemption ou la tolérance des bonnes pratiques conduit à laisser propager la pratique de déséquilibre contractuel dans les rapports entre professionnels au nom du progrès

---

502 *Id.*

503 D. MAINGUY, M. DEPINCÉ, *Droit de la concurrence*, 2e éd., 2015, LexisNexis, coll. Manuel, n° 353, p. 332 où les auteurs précisent que « *ce premier critère se traduit par l'apparition de gains d'efficacité. Les gains d'efficacité peuvent être de nature quantitative… il peut s'agir de gain de productivité obtenus par exemple par la réduction des frais généraux, un meilleur amortissement des frais de recherche et de développement, une meilleure utilisation d'un procédé de fabrication, une amélioration des techniques…* ».

504 *Ibid.*, où les auteurs estiment que la pratique litigieuse doit « *réserver aux utilisateurs une part équitable de cet effet favorable, du profit qui en résulte. Cette notion de profit est envisagée de manière large : il s'agit du profit financier mesurable, comme une baisse de prix, mais également de tous les autres avantages…* ».

505 *Ibid.*, n° 354, p. 332.

économique. On retiendra que la sanction du déséquilibre contractuel sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles est conditionnée par l'existence d'une atteinte sensible à la concurrence. Le droit des pratiques restrictives de concurrence ne déroge pas à cette exigence car ses dispositions ne permettent en réalité que la sanction des atteintes significatives aux intérêts du partenaire commercial.

§ 2. LA NÉCESSITÉ D'UNE ATTEINTE SIGNIFICATIVE AUX INTÉRÊTS DU PARTENAIRE COMMERCIAL

196. L'article L. 442-6 du code de commerce, un texte aux vocabulaires révélateurs. Il suffit juste de jeter un coup d'œil sur le contenu de l'article L. 442-6 du code de commerce pour se rendre compte des genres de déséquilibres contractuels que ce texte a vocation de sanctionner. Dans ce texte, il est fait emploi des termes d' « *avantage manifestement disproportionné* »[506], de « *déséquilibre significatif* »[507], de « *conditions manifestement abusives* »[508]. Autant de termes qui, à notre sens, témoignent de la gravité des déséquilibres contractuels qu'il se donne pour mission de sanctionner. Cette idée de gravité est accentuée par le champ lexical relatif au rapport de force que le texte emploie pour définir les éléments constitutifs de chacune des pratiques qu'il prohibe. Relèvent de ce champ lexical les termes d' « *obtenir ou tenter d'obtenir* »[509], de « *soumettre ou de tenter de soumettre* »[510], de « *menacer* », de « *rompre brutalement* »[511], d' « *imposer* »[512], de « *refuser* »[513], de « *ne pas communiquer* »[514], d'outrepasser « *le prix convenu* »[515]. C'est parce qu'il y a un rapport de force que le déséquilibre qui y résulte soit d'une certaine gravité. Les professionnels qui sont victimes de ce genre de déséquilibre contractuel rendront un salut au législateur. Ceux victimes d'un déséquilibre contractuel d'un autre genre ne sont pas couverts par les dispositions protectrices du droit des pratiques restrictives de concurrence. En ciblant les déséquilibres contractuels d'une certaine gravité, l'article L. 442-6 du code de commerce semble porter les germes de son ineffectivité.

---

506 C. com., art. L. 442-6, I, 1°.

507 C. com., art. L. 442-6, I, 2°.

508 C. com., art. L. 442-6, I, 4°.

509 C. com., art. L. 442-6, I, 1°, L. 442-6, I, 3° et L. 442-6, I, 4°.

510 C. com., art. L. 442-6, I, 2° et L. 442-6, I, 13°.

511 C. com., art. L. 442-6, I, 5°.

512 C. com., art. L. 442-6, I, 7°.

513 C. com., art. L. 442-6, I, 10°.

514 C. com., art. L. 442-6, I, 9°.

515 C. com., art. L. 442-6, I, 12°.

197. L'article L. 442-6 du code de commerce, un texte porteur des germes de son ineffectivité. Il ne fait pas de doute que l'article L. 442-6 du code de commerce soit un excellent outil de lutte contre le déséquilibre contractuel en ce que la majeure partie des pratiques qu'il prohibe sont de nature à entrainer des déséquilibres contractuels d'une certaine gravité. Il résulte de ce constat que le texte n'a pas vocation à s'appliquer aux simples déséquilibres contractuels. Il en va ainsi de l'obtention ou de la tentative d'obtention d'un partenaire commercial d'un avantage simplement disproportionné, de l'existence d'un simple déséquilibre dans les droits et obligations des parties, de l'obtention ou de la tentative d'obtention, sous la menace d'une rupture non brutale, des conditions simplement abusives ou encore d'une rupture non brutale des relations commerciales. On retiendra que ce texte a un apport très limité dans la lutte contre le déséquilibre contractuel en ce qu'il ne permet que la sanction d'une disproportion manifeste ou d'un déséquilibre significatif (A) peu importe qu'ils résultent ou non d'une rupture brutale des relations commerciales (B).

A. L'exigence de l'obtention d'avantages manifestement injustifiés

198. L'exigence d'une disproportion manifeste. Le droit des pratiques restrictives de concurrence ne s'intéresse qu'aux déséquilibres d'une certaine gravité. La nature des pratiques prohibées aux termes de l'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce en est une parfaite illustration. Au regard de ce texte, est abusive la pratique consistant à obtenir de son partenaire commercial un avantage manifestement disproportionné. Il ne fait donc pas de doute que ce texte sert à sanctionner les déséquilibres d'une certaine gravité. L'avantage manifestement disproportionné en est un exemple. Le déséquilibre qu'il prohibe peut notamment prendre la forme d'une « *participation au financement d'une opération d'animation commerciale* », d'une « *acquisition ou d'un investissement dans le cadre de la rénovation de magasins* » ou encore du « *rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat* » ou de « *la rémunération de services rendus par une centrale internationale regroupant des distributeurs* ». Cette liste, de surcroît non exhaustive, révèle la variété des formes qu'un tel déséquilibre est susceptible de revêtir. À travers ce texte, le législateur entend mener une lutte contre la coopération commerciale fictive. Mais, cette lutte n'est pas en soi une nouveauté puisqu'elle a longtemps été menée sur le fondement de l'article 36, 1 de l'ordonnance de 1986[516]. Ce faisant, la sanction de la coopération commerciale fictive sur le fondement de l'article

[516] D. MAINGUY, « L'esprit et la lettre du nouvel article L. 442-6 du code de commerce », *JCP E* nov. 2002, 1729 où l'auteur estime que « *Le législateur cherche à transformer ces règles en une forme de technique vitaminée de concurrence déloyale, par un singulier bégaiement de l'article L. 442-6, I, 1° qui, paradoxalement, demeure inchangé depuis 1986* ».

L. 442-6, I, 1° du code de commerce est soumise à un certain nombre de conditions. Pour que la responsabilité de l'auteur de la pratique déséquilibrante puisse être engagée, il faut que l'avantage qu'il obtienne de son partenaire soit dépourvu de contrepartie. La caractérisation du défaut de contrepartie relève de l'appréciation du juge. Lorsque ce dernier estime que le service n'est pas effectivement rendu, la valeur qui en résulte est constitutive d'un avantage disproportionné. Par contre, lorsqu'il estime que le service est rendu mais que sa valeur ne correspond pas à la contrepartie consentie, il appréciera la valeur respective de ces deux éléments afin de pouvoir déterminer l'importance de l'avantage obtenu. L'abus ne peut en partie résulter que de la disproportion entre ces deux éléments. Mais, comme l'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce ne sanctionne que les abus d'une certaine gravité. Le juge devra, en outre, apprécier le caractère manifeste de cette disproportion. La loi étant silencieuse sur les modalités d'appréciation de ce déséquilibre, il est revenu à la jurisprudence de dégager les critères permettant d'y parvenir. Ainsi, dans un arrêt en date du 19 janvier 2011, la cour d'appel de Paris a considéré que la disproportion manifeste peut s'apprécier au regard de l'imprécision des services assurés par le distributeur. Mieux, dans son arrêt en date du 27 avril 2011[517], la Cour de cassation a estimé que le caractère manifeste de la disproportion peut s'apprécier au regard d'un ensemble de critères que sont :

> « La faiblesse du chiffre d'affaires réalisé par le distributeur sur le ou les produits concernés par une action de coopération commerciale pendant la période de référence, au regard de l'avantage qui lui a été consenti, ou l'absence de progression significative des ventes pendant cette période de référence, au regard de l'avantage qui lui a été consenti, ou l'absence de progression significative des ventes pendant cette période de référence. »

On conclura que l'exigence d'une disproportion manifeste incite parfois la jurisprudence à assimiler la notion d'avantage manifestement excessif avec celle de déséquilibre significatif. C'est suivant cette logique que la cour d'appel de Paris[518] avait fait une application cumulative des articles L. 442-6, I, 1° et 2° du code de commerce pour annuler des accords de coopération manifestement déséquilibrés.

199. L'exigence d'un déséquilibre significatif. La pratique prohibée aux termes de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce démontre encore une fois de plus que seuls les déséquilibres d'une certaine gravité sont appréhendés par le droit des pratiques restrictives de concurrence. L'emploi de l'adjectif significatif dans le texte traduit la volonté du législateur de lutter contre les déséquilibres graves afin que les rapports entre

---

517 Cass. com., 27 avril 2011, n° 10-13.690, *Contrats, conc. consom.* juillet 2011, comm. 160, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

518 CA Paris, 19 janv. 2011, JurisData n° 2011-000592.

professionnels soient placés sous le sceau de l'équilibre contractuel. Cette lutte que l'on estime nouvelle n'a pourtant jamais été absente du droit de la concurrence. La notion de déséquilibre significatif n'est en réalité qu'une formule de substitution de l'interdiction de « *l'abus de la relation de dépendance* » ou de « *la puissance d'achat ou de vente* » qui donnait lieu à des à des pratiques commerciales d'une certaine gravité. La substitution ainsi opérée n'est pas dépourvue de pertinence car on se rappelle encore de l'attitude de la jurisprudence qui consistait à assimiler la relation de dépendance économique à l'état de dépendance économique de l'article L. 420-2 du code de commerce. Cette assimilation n'était pas tout à fait juste dans la mesure où la relation de dépendance économique était plus large que l'état de dépendance économique et englobait d'autres formes de dépendance, telle que la dépendance technique ou contractuelle. Quant à la sanction de l'état de dépendance économique, force est de reconnaître qu'elle était assujettie à des conditions rigoureuses de sorte que le juge avait peu de chances à la mettre en œuvre. L'introduction de la notion de déséquilibre significatif dans le code de commerce répond donc à une logique de simplification et d'effectivité[519]. Ce nouvel outil de lutte est devenu en un temps record la chose la plus partagée dans notre ordre juridique. On le retrouve dans le code de la consommation à l'ancien article L. 132-1 devenu article L. 212-1. Le code de commerce doit la notion de déséquilibre significatif au code de la consommation. C'est pour cette raison qu'on parle souvent d'une « *inspiration consumériste* »[520]. On le retrouve également dans l'article 1171 du code civil, texte marquant la généralisation de la lutte contre les clauses abusives. Mais, la particularité de l'interdiction du déséquilibre significatif dans le code de commerce réside dans le caractère général de sa formulation[521]. Le choix de ce style

---

519 P. ARHEL, « Loi de modernisation de l'économie : une nouvelle réforme du droit de la concurrence », *LPA* n° 158, 7 août 2008, p. 3 ; J.-L. FOURGOUX, « Concurrence : la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, une révolution prometteuse mais ténébreuse », *Gaz. Pal.* sept. 2008, p. 2.

520 N. MATHEY, « Le déséquilibre significatif : approches civiliste et consumériste », *Contrats, conc. consom.* mai 2013, n° 5, dossier 3. V. également R. AMARO, « Le déséquilibre significatif en droit commun des contrats ou les incertitudes d'une double filiation », *Contrats, conc. consom.* août 2014, étude 8.

521 Une telle généralité pouvant constituer une source d'insécurité juridique, la validité de cette disposition a fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel a considéré que, compte tenu de la nature pécuniaire de la sanction et de la complexité des pratiques que le législateur a souhaité prévenir et réprimer, l'incrimination est définie en des termes suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits et des peines (Cons. const. QCP, 13 janv. 2011, n° 2010-85, RJDA n° 656, 2011, Contrats, conc. consom. 2011, comm. 63, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; Contrats, conc. consom. 2011, comm. 62, obs. N. MATHEY ; Contrats, conc. consom., 2011, étude 5, J.-L. FOURGOUX, JCP E n° 7, p. 2011, comm. 1136, obs. D. MAINGUY, JCP G n° 10, 2011, comm. 274, obs. D. MAINGUY ; RLDA n° 337, 2011/58, obs. A. LECOURT ; D. 2011, p. 415, obs. Y. PICOD ; *RTD civ.* 2011, p. 121, obs. B. FAGES). Quant à la Cour de cassation, elle considère également que la disposition « *ne contredit aucune des autres stipulations de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme* » (Cass. com., 12 juill. 2011, n° 10-21.551, Contrat, conc. consom. 2011, comm. 237, obs. N. MATHEY).

rédactionnel est une manière pour le législateur de permettre au juge de sanctionner le maximum d'abus dans les rapports entre professionnels. Pour cette raison, certains auteurs ont pu craindre une remise en cause du contrat du fait du pouvoir de « *contrôle sans limite* »[522] reconnu au juge. Mais quoiqu'on puisse dire, bon nombre de pratiques déséquilibrantes ont été sanctionnées sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce. L'analyse de la jurisprudence montre que le déséquilibre significatif peut se déduire de l'imposition de conditions contractuelles injustifiées, laquelle traduit une absence de négociation[523]. Il peut également se déduire d'une « *absence totale de réciprocité ou de contrepartie à une obligation, ou encore d'une disproportion importante entre les obligations respectives des parties* »[524]. Il peut enfin se déduire d'une modification unilatérale du contenu du contrat. On conclura que les cas de déséquilibres significatifs susceptibles d'être sanctionnés sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° sont d'une extrême variété[525] d'où l'importance de ce texte dans le dispositif de lutte contre le déséquilibre contractuel en droit de la concurrence.

200. Les autres cas d'exigence de l'obtention d'avantages manifestement injustifiés. Le droit des pratiques restrictives de concurrence poursuit la prohibition des déséquilibres graves en interdisant dans les rapports entre professionnels la pratique consistant à imposer à son partenaire commercial des conditions de référencement abusives. En sanctionnant par la responsabilité civile le fait par un professionnel « *d'obtenir ou tenter d'obtenir de son partenaire un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement*

---

522 M. CHAGNY, « Une (r)évolution du droit français de la concurrence ? À propos de la loi LME du 4 août 2008 », *JCP G* oct. 2008, doct. 196 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « La prise de pouvoir du juge sur les négociations commerciales. À propos de l'arrêt Galec », *JCP G* mars 2017, doctr. 255 ; « Première sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce va-t-il devenir « *une machine à hacher le droit* » Selon l'expression qui avait été employée pour l'enrichissement sans cause, avant que la jurisprudence ne pose les conditions strictes de son application? », *RLC* avril 2010, n° 23.

523 CA Paris, pôle 5, ch. 4, 20 déc. 2017, n° 13/04879, *Contrats, conc. consom.* avril 2018, comm. 68, obs. N. MATHEY.

524 *Ibid.*

525 Il en est ainsi par exemple de la pratique de paiement d'acomptes mensuels sur remises, imposées par un distributeur (T. com. Lille, 6 janv. 2010, RJDA 2010, n° 298, D. 2010, p. 1000, note J. SÉNÉCHAL ; Contrats, conc. consom. 2010, comm. 71, note N. MATHEY ; JCP G n° 18, 2010, chron. n° 516, obs. M. CHAGNY), de la mise en œuvre de clauses de révision de prix prévoyant un traitement différencié de l'augmentation et de la baisse des tarifs du fournisseur (T. com. Lille, 7 sept. 2011, n° 2009/05105, ministre de l'Économie c/ Eurochan, JCP E 2011, p. 1701, note G. CHANTEPIE), de l'absence de réciprocité dans les conditions de mise en œuvre de la révision des tarifs selon que l'initiative en revient au distributeur ou aux fournisseurs (Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525), de la définition unilatérale d'une clause faisant peser le retour des invendus sur les fournisseurs (Cass. com., 29 sept. 2015, n° 13-25.043), la clause pour laquelle des fournisseurs s'engageaient à renoncer à leurs créances résultant de sommes qui devaient leur être restituée. Pourrait être constitutive de déséquilibre significatif l'exigence de garanties financières à hauteur de 75% ou 100% du montant de la commande sous peine de rupture immédiate (CA Paris, pôle 5, ch. 4, 5 juill. 2017, n° 15/05450).

écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit », le législateur vise sans le nommer les contrats de référencement[526]. Ces contrats sont le plus souvent le terreau d'accueil d'un nombre illimité de pratiques déséquilibrantes. La raison en est que les professionnels se trouvant en situation de dépendance économique vis-à-vis de leur partenaire commercial, en l'occurrence les distributeurs, n'ont pas souvent les moyens de résister aux pressions des centrales de référencement qui exigent d'eux des avantages de plus en plus importants sous forme de primes de référencement. Ces primes entrainent de conséquents déséquilibres financiers pour les entreprises référencées qui n'ont pas d'autre choix que de les verser au risque de ne pas voir leurs produits proposés à la vente dans une enseigne. C'est l'obtention ou la tentative d'obtention de telles primes qui est sanctionnée par l'article L. 442-6, I, 3° du code de commerce. En réalité, l'obtention d'une prime de référencement ne constitue pas en soi une pratique abusive si elle est accompagnée d'une contrepartie représentée par un volume d'achat proportionné, sur lequel le distributeur s'est engagé. Cette contrepartie doit être réelle. C'est d'ailleurs pour cette raison que le législateur exige la rédaction d'un écrit mentionnant l'engagement sur le volume d'achat et le service demandé par le fournisseur pour permettre au juge d'opérer un contrôle de la réalité de cette contrepartie. Cependant, la Cour de cassation[527] nous renseigne que le défaut d'écrit n'est pas une cause de nullité du contrat de référencement. Le droit des pratiques restrictives de concurrence poursuit également la prohibition des déséquilibres graves en interdisant aux termes de l'articles L. 442-6, I, 8° du code de commerce la pratique récurrente des distributeurs consistant à soumettre leurs fournisseurs les plus vulnérables à des déséquilibres contractuels se traduisant par des sanctions financières ou matérielles en guise de compensation d'une prétendue inexécution partielle de leurs obligations contractuelles[528]. Cette disposition complète sans doute le dispositif de lutte contre les déséquilibres graves en droit de la concurrence. Mais, il est dommage que la pratique qu'elle vise « *vit relativement à l'ombre des autres* »[529] d'où la rareté de son application[530]. L'atteinte significative aux intérêts

---

526 V. S. RETTERER, « Le contrat de référencement : du droit des obligations au droit de la concurrence », *JCP E* 1999, 1.

527 Cass. com., 17 mars 2004, n° 01-10.103, *Rev. Lamy. dr. aff.* 2004, obs. R. DAVID; *D.* 2004, p. 1233, obs. E. CHEVRIER.

528 C. CARON, G. DECOCQ, « Droit interne de la concurrence », *JCP E* janv. 2006, chron. 1017.

529 C. GRIMALDI, « L'article L. 442-6, I, 8° du code de commerce sur le devant de la scène », *L'ESSENTIEL Droit de la distribution et de la concurrence* 2017, p. 2

530 M. MALAURIE-VIGNAL, « Transparence tarifaire », *Contrats, conc. consom.* juill. 2017, n° 7, comm. 150. Le droit des pratiques restrictives de concurrence regorge d'autres dispositions pouvant servir à la lutte contre le déséquilibre contractuel et qui sont rarement appliquées. Il en est ainsi de l'article L. 442-6, I, 7° et des articles L. 442-6, I, 12° et L. 442-6, I, 13° du code de commerce. La rareté des cas

… / …

du partenaire commercial ne se traduit pas uniquement par l'obtention d'avantages manifestement injustifiés. Elle peut aussi se traduire par un déséquilibre contractuel résultant d'une rupture brutale des relations commerciales. C'est pour cette raison que le droit des pratiques restrictives de concurrence conditionne également la sanction du déséquilibre contractuel par l'exigence d'une rupture brutale des relations commerciales.

B. L'exigence d'un déséquilibre résultant d'une rupture brutale

201. La sanction des déséquilibres contractuels obtenus par menace de rupture brutale. Le législateur a fini par comprendre que la menace de rupture brutale des relations commerciales est un excellent moyen que certains professionnels utilisent pour obtenir de leur partenaire commercial des avantages manifestement injustifiés. C'est pour cette raison qu'il prohibe aux termes de l'article L. 442-6, I, 4° du code de commerce la pratique consistant à « *obtenir ou tenter d'obtenir un avantage, sous la menace d'une rupture brutale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente* ». Ce texte est aussi à inscrire dans le dispositif de lutte contre les déséquilibres d'une certaine gravité dans les rapports entre professionnels. Il permet notamment de faire échec aux « *chantages de déréférencement* », lesquels se traduisent la plupart du temps par des tentatives d'intimidation de la part de certains partenaires dans le cadre des contrats de distribution[531]. Voulant coûte que coûte bénéficier d'avantages manifestement injustifiés, avantages qu'ils savent ne pas pouvoir obtenir par le bais d'une simple négociation, certains professionnels n'hésitent pas à jouer la carte de la menace pour parvenir à leurs fins. La multiplication de ces pratiques a ainsi donné corps à l'article L. 442-6, I, 4° du code de commerce. Mais à vrai dire, l'apport de ce texte dans le dispositif de lutte contre le déséquilibre contractuel nous paraît limité en ce qu'il est fortement concurrencé par les autres dispositions de l'article L. 442-6. La pratique qu'il prohibe peut être rangée dans la catégorie des pratiques visées à l'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce. L'obtention ou de la tentative d'obtention, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives est une sous-catégorie de la pratique prohibée à l'article L. 442-6, I, 1°. En réalité, l'avantage obtenu sous la menace d'une rupture brutale des relations commerciales n'est rien d'autre qu'un avantage manifestement disproportionné car ne correspondant à aucun service rendu. Vu sous cet angle, on pourrait s'interroger sur

---

d'application de ces textes se justifie par le fait que les pratiques qu'ils prohibent peuvent être sanctionnées sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce.

531 S. PETIT, « Réflexions sur l'incrimination de la menace d'une rupture brutale des relations commerciales », *D.* 2010, p. 1813.

l'opportunité de ce texte dans le dispositif de lutte contre le déséquilibre contractuel en droit de la concurrence. Ce texte donne l'impression que le législateur ait voulu rajouter aux innombrables dispositions de l'article L. 442-6 un texte dont l'application est fortement concurrencée par les dispositions qui le précédent. Nous ne pensons pas que cela puisse être son souhait. Mais à force de comparer l'article L. 442-6, I, 4° avec les dispositions qui le précèdent, nous ne pouvons pas ne pas penser le contraire. Dans ce même ordre d'idée, en sanctionnant le fait de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des déséquilibres significatifs, l'article L. 442-6, I, 2° ne semble pas exclure de son champ d'application la pratique prohibée à l'article L. 442-6, I, 4° dans la mesure où cette pratique n'est rien d'autre qu'une des manifestations du déséquilibre significatif. Par ailleurs, l'apport limité de l'article L. 442-6, I, 4° du code de commerce est également dû à sa formulation, laquelle réduit considérablement ses cas d'application. Les termes employés par le législateur ne sont pas assez précis. En voulant cantonner la prohibition sur les déséquilibres d'une certaine gravité, le législateur fait échapper du champ d'application de ce texte un nombre important de pratiques déséquilibrantes. L'emploi de l'adverbe « *manifestement* » laisse à croire que tout avantage obtenu par menace de rupture brutale et qui n'est pas manifestement abusif ne rentre pas dans le viseur de ce texte. Est donc licite l'obtention ou la tentative d'obtention, sous la menace d'une rupture brutale des relations commerciales, de conditions « *simplement* » abusives[532] concernant les prix ou les délais de paiement. Cette lecture est d'ailleurs confirmée par la Commission d'examen des pratiques commerciales qui estime que n'engage pas sa responsabilité civile, l'opérateur qui se contente juste de

> « Menacer des fournisseurs de les déréférencer au terme d'un préavis suffisant, dans le cas où ces fournisseurs n'accepteraient pas de leur consentir des conditions commerciales non manifestement dérogatoires aux conditions générales de vente. »[533]

On voit bien qu'avec cette exigence le texte est lui-même porteur des germes de sa propre ineffectivité. Enfin, le fait de viser la menace d'une rupture brutale peut être de nature à réduire considérablement l'apport de ce texte dans la lutte contre le déséquilibre contractuel dans la mesure où le simple fait de brandir une menace suffit à chasser le caractère brutal

---

532 *Ibid.*, où l'auteur estime que « *l'emploi de l'adverbe « manifestement » réduit-il à notre sens considérablement la portée du texte, ce qui va naturellement à l'encontre de l'objectif affiché par le législateur qui a entendu garantir la loyauté des négociations commerciales et éviter les dérives... Dès lors, le meilleur argument à opposer aux tenants d'une stricte lecture des textes est que tant l'insertion initiale que le maintien de l'adverbe n'étaient nullement nécessaires à la compréhension ainsi qu'à l'application des dispositions légales, la différence de degré s'avérant pour le moins subtile selon que les conditions commerciales seront jugées « abusives » ou « manifestement abusives »* ».

533 Avis n°04-02 du 4 mai 2004, relatif à la conformité de certaines pratiques à l'article L. 442-6 du code de commerce, https://www.economie.gouv.fr/cepc/avis-ndeg04-02-relatif-a-conformite-certaines-pratiques-a-larticle-l-442-6-code-commerce, consulté le 11 juin 2018.

de la rupture. Lorsqu'un partenaire commercial utilise la menace de la rupture comme moyen de chantage, l'autre partenaire est logiquement informé du risque qu'il encourt. S'il refuse de lui consentir des avantages injustifiés et que le contrat est finalement rompu. Cette rupture n'aura rien de brutale parce que le partenaire était prévenu de ce qui l'attendait naturellement. C'est pour cette raison qu'un auteur a estimé utile de repenser la formulation du texte afin de le voir impliqué davantage dans la lutte contre les déséquilibres manifestes. Une telle reformulation aurait l'avantage de permettre de sanctionner l'auteur de la pratique déséquilibrante dès lors qu'il menace son partenaire d'une rupture des relations commerciales. Cette reformulation permettra ainsi de sanctionner

> « Le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir des conditions exorbitantes « sous la menace d'une rupture, totale ou partielle, des relations commerciales ». »[534]

En l'absence d'une telle reformulation, il sera difficile aux victimes de cette pratique déséquilibrante d'engager la responsabilité de son auteur sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 4°. On conclura que mis à part les quelques obstacles inhérents à sa formulation, l'article L. 442-6, I, 4° du code de commerce pourrait davantage servir à la lutte contre les déséquilibres manifestes obtenus sous forme de menace de rupture. Cependant, tous les déséquilibres qui échappent à son champ d'application, c'est-à-dire ceux résultant d'une rupture brutale des relations commerciales, tombent sans doute sous le coup de la prohibition de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce.

202. La sanction des déséquilibres causés par une rupture brutale. La prohibition de la rupture brutale des relations commerciales établies participe également de la lutte contre les déséquilibres manifestes. L'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce a pour rôle de promouvoir le maintien et l'équilibre des relations commerciales. En interdisant la rupture des relations commerciales, ce texte participe de la protection des faibles contre le déséquilibre contractuel.

203. L'exigence d'une relation commerciale établie. Le succès de l'invocation de l'article L. 442-6, I, 5° est subordonné à l'existence d'une relation commerciale. Le texte ne vise pas n'importe quelle relation commerciale. Seules les partenaires liés par une relation commerciale établie rentrent dans son champ d'application. En l'absence de précision sur ce qu'il faut entendre par relation commerciale établie, il est légitime d'interroger la jurisprudence pour en découvrir le sens. L'adjectif établi ne doit pas conduire à considérer que le texte vise n'importe quelle succession de contrats. Dans son arrêt en date du

---

534 S. PETIT, *art. préc.*

16 décembre 2008[535], la Cour de cassation nous apprend qu'une « *succession de contrats indépendants* » ne constitue pas une relation commerciale établie au regard de l'article L. 442-6, I, 5°. Pour recevoir la qualification de relation commerciale établie, il faut qu'il y ait une succession de contrats ponctuels[536]. Cette succession permet de déterminer l'intensité des relations commerciales en cause. Une relation commerciale d'une semaine ne peut être qualifiée de relation établie. Par contre, une relation commerciale de longue durée peut bien l'être[537]. Une fois établie, la relation ne doit pas être rompue brutalement. L'article L. 442-6, I, 5° sert donc à sanctionner les conséquences financières découlant de la brutalité de cette rupture.

204. L'exigence d'une rupture brutale. Pour que l'article L. 442-6, I, 5° puisse sanctionner l'auteur de la pratique qu'il prohibe, il faut que celui-ci rompe de façon brutale la relation commerciale d'avec son partenaire commercial.

205. Les cas de rupture. L'article L. 442-6, I, 5° vise deux cas de rupture : une rupture totale et une rupture partielle. La rupture totale correspond à une rupture définitive de la relation commerciale. En ce qui concerne la rupture partielle, l'analyse de la jurisprudence laisse paraître que celle-ci peut se manifester de plusieurs façons. Dans son arrêt en date du 9 octobre 2012[538], la Cour de cassation nous renseigne qu'une baisse de commande est constitutive d'une rupture partielle d'une relation commerciale établie. Mais au regard de la jurisprudence, cette baisse de commande n'est pas toujours constitutive d'une rupture partielle des relations commerciales. Par un arrêt en date du 14 janvier 2016[539], la cour d'appel de Paris a jugé qu'une baisse de commande justifiée par des considérations tirées de la conjoncture économique ne saurait constituer une rupture partielle au sens de l'article L. 442-6, I, 5°. L'application de ce texte aux ruptures partielles des relations commerciales n'est pas un fait hasardeux. Elle permet d'appréhender certaines pratiques illicites dans le secteur de la grande distribution. En effet, le distributeur peut cibler le déréférencement de certains produits ne s'avérant pas indispensables pour attirer la clientèle mais dont la

---

535 Cass. com., 16 déc. 2008, n° 07-15.589, *Contrats, conc. consom.* mars 2009, comm. 73, obs. N. MATHEY.

536 Cass. com., 15 sept. 2009, n° 08-19.200, *Contrats, conc. consom.* nov. 2009, comm. 265, obs. N. MATHEY.

537 E. CHEVRIER, « La relation établie n'est pas la juxtaposition de contrats indépendants », *D.* 2009, p. 225, citant un arrêt de la cour d'appel de Paris « (*Paris, 29 nov. 2007, D. 2008. Pan. 2196, obs. Ferrier) jugeant qu'il résulte de la succession de contrats prorogés et/ou renouvelés qu'une relation commerciale durable était établie et que, dès lors, le distributeur était recevable à agir, non pas au titre du renouvellement du dernier contrat, mais au titre de la rupture de la relation commerciale établie* ».

538 Cass. com., 9 oct. 2012, n° 11-23.549, *JCP E* janv. 2013, 1004, obs. N. MATHEY.

539 CA Paris, 14 janv. 2016, n° 14/16799, Gaz. Pal. n° 31, p. 17, obs. A. BAILLY et X. HARANGER.

production peut être indispensable à l'équilibre économique et financier du producteur[540]. Un producteur peut également décider d'arrêter la livraison d'un produit leader si le distributeur n'achète pas toute la gamme des produits[541]. C'est pourquoi la référence à la rupture partielle s'avère importante dans la mesure où elle permet la sauvegarde des intérêts de la partie qui subit ses lourdes conséquences.

206. La brutalité de la rupture. L'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce fait de la brutalité de la rupture une condition de mise en œuvre de la sanction qu'il prévoit. Il en résulte que le texte ne sanctionne pas la simple rupture d'une relation commerciale. Il n'engage que la responsabilité de l'auteur d'une rupture brutale[542]. La brutalité de la rupture peut entrainer de conséquents déséquilibres financiers surtout lorsque la relation commerciale établie est partiellement rompue. La brutalité d'une rupture partielle entraine des manques à gagner pour le partenaire victime de cette pratique déséquilibrante. C'est pour cette raison que la jurisprudence érige le caractère brutal de la rupture en une condition nécessaire pour le succès de la demande d'indemnisation. Dans son arrêt en date du 15 mars 2013, la cour d'appel de Poitiers a estimé qu'en l'absence de toute brutalité de la rupture, il est impossible à la victime de prétendre à une réparation faute pour elle d'avoir prouvé son préjudice. La Cour de cassation a pensé exactement la même chose en jugeant dans son arrêt en date du 1er mars 2017[543] que le maintien d'une relation commerciale dans les conditions antérieures pendant la durée du préavis exclu toute idée de rupture brutale préjudiciable aux intérêts de la victime. Par ailleurs, il est précisé que la brutalité de la rupture est caractérisée par l'absence de préavis. La rupture d'une relation commerciale établie sans préavis est sans doute fautive au sens de l'article L. 442-6, I, 5°. En revanche, n'est pas fautive, même si le « *prétexte invoqué pour rompre est fallacieux* »[544], une rupture précédée d'un préavis suffisant. Il est exigé de ce préavis qu'il soit écrit. Son point de départ s'apprécie à la date de notification par l'auteur de la rupture de son intention de rompre[545].

---

540 B. SAINTOURENS, « La notion de rupture brutale de la relation commerciale », *Cah. dr. entr.* janv. 2014, dossier 3.

541 *Ibid.*

542 S. LE GAC-PECH, « Dernière touche au régime de la rupture brutale des relations commerciales », *JCP E* avril 2015, 1180.

543 Cass. com., 1er mars 2017, n° 15-20.848.

544 B. SAINTOURENS, *art. préc.*

545 Cass. com., 5 juill. 2017, n° 16-14.201, *Contrats, conc. consom.* oct. 2017, comm. 201, obs. N. MATHEY.

Conclusion du chapitre I

207. Constatations. La lutte contre le déséquilibre contractuel en droit de la concurrence est limitée par le fait que ce corps de règles ne permet que la sanction des déséquilibres contractuels résultant d'un manquement concurrentiel. On comprend par là que la finalité du droit de la concurrence est plus tournée vers la protection de l'ordre public économique que vers la protection des professionnels contre le déséquilibre contractuel. La sanction du déséquilibre contractuel sur le fondement du droit de la concurrence est conditionnée par la caractérisation d'un manquement concurrentiel. Les manquements visés étant trop limités, la lutte contre le déséquilibre contractuel à travers les dispositions de ce corps de règles ne peut à son tour qu'être limitée.

208. Perspectives. Le droit de la concurrence doit davantage développer sa vocation protectrice contre le déséquilibre contractuel. Cela passe d'abord par une redéfinition puis une reconfiguration de ses sanctions. La grande majeure partie des sanctions aux manquements concurrentiels sont tournées vers la protection de l'ordre public économique. Il est donc nécessaire à ce que le législateur les réoriente un peu vers la protection contre le déséquilibre contractuel. La meilleure façon d'y parvenir est de procéder à leur reconfiguration de façon à ce qu'elles puissent prendre en compte toutes sortes d'atteinte aux intérêts des opérateurs économiques.

CHAPITRE II.

UN DROIT D'ACTION CANTONNÉ

209. Les raisons de ce cantonnement. Le contentieux du droit de la concurrence fait intervenir certaines autorités publiques. En effet, le législateur s'est rendu compte que les victimes des manquements concurrentiels sont frappées d'une certaine inertie quant à la mise en œuvre des actions qu'elles tirent de la violation des règles du droit de la concurrence. Pour pallier cela, il a trouvé utile d'habiliter les défenseurs naturels de l'ordre public économique que sont le ministère public, le ministre chargé de l'Économie et le président de l'Autorité de la concurrence, à agir dans le contentieux relatif à l'application des règles du droit de la concurrence. L'action de ces autorités occupe une place de choix aussi bien dans la mise en œuvre des règles du droit des pratiques anticoncurrentielles que dans la mise en œuvre des règles du droit des pratiques restrictives de concurrence. Cette importance tient du fait que cette action participe du renforcement de la protection de l'ordre public économique. Il ne joue donc pas trop pour la protection contre le déséquilibre contractuel. Dès lors, pour que le droit de la concurrence contribue davantage à la protection contre le déséquilibre contractuel, il faudrait que les actions nées de la violation de ses règles puissent être reconnues expressément aux victimes des manquements concurrentiels qui, en plus de pouvoir agir à titre individuel, se voient reconnaître le bénéfice de la procédure de l'action de groupe.

210. Sa correction. La meilleure façon de combattre l'inertie des victimes est de leur reconnaître le bénéfice de l'action de groupe. L'action de groupe semble être compatible avec la nature des préjudices résultant des manquements concurrentiels. Son intégration en droit de la concurrence pourrait être de nature à contribuer à l'effectivité de ce corps de règles. L'intégration de l'action de groupe en droit de la concurrence permettrait aux victimes de déséquilibres contractuels de pouvoir agir ensemble pour demander la réparation de leurs préjudices. Pour y parvenir, il est important à ce que le législateur s'inspire du modèle consumériste. La reconnaissance d'un droit d'action à certaines autorités publiques (Section I) dans le contentieux du droit de la concurrence est justifiée par une logique de protection de l'ordre public économique. Mais pour que le droit de la concurrence gagne plus en effectivité, il est nécessaire d'y intégrer l'action de groupe (Section II).

SECTION I.
LA RECONNAISSANCE D'UN DROIT D'ACTION AUX AUTORITÉS PUBLIQUES

211. La prééminence de l'action des autorités publiques. Défini comme un accord de volontés générateur d'obligations, le contrat est réputé être l'affaire des parties qu'il place au cœur de son contentieux. Cependant, le droit de la concurrence ne suit pas cette logique. Même si la plupart des pratiques qu'il prohibe se déclinent sous une forme contractuelle, cela ne fait de son contentieux un contentieux purement contractuel interpellant en premier lieu les parties au contrat. En tant que vecteur de l'ordre public économique, le contentieux du droit de la concurrence interpelle en premier lieu les défenseurs naturels de cet ordre public. L'intérêt général étant supérieur aux intérêts personnels des contractants, il en résulte que l'action des autorités publiques prime sur celle des victimes.

212. Le caractère secondaire de l'action des victimes. Ce caractère se déduit de la formulation des textes organisant la mise en œuvre des sanctions aux différents manquements concurrentiels. Qu'il s'agisse des textes organisant la mise en œuvre des sanctions de la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles ou ceux organisant la mise en œuvre des sanctions de la violation du droit des pratiques restrictives de concurrence, le droit d'action est toujours reconnu en premier lieu aux défenseurs naturels de l'ordre public économique. Il arrive même des fois où le droit de la concurrence ne se prononce pas sur la qualité de victime. Conscient du fait qu'il existe des situations dans lesquelles les victimes de ces manquements hésitent à mettre en œuvre les actions qu'elles tirent de la violation du droit de la concurrence, le législateur a jugé nécessaire de suppléer ce risque d'inertie par la reconnaissance d'un droit d'action aux autorités publiques. Même si ce droit d'action est fortement controversé (§ 2), force est de constater qu'il n'est pas dépourvu de fondements (§ 1).

§ 1. SES FONDEMENTS

213. L'action des autorités publiques et la défense de l'intérêt général. La forte présence des autorités publiques dans le contentieux du droit de la concurrence n'est pas un simple fait du hasard. Elle est dictée par une logique de protection de l'ordre public économique. Ces autorités disposent non pas d'une action contractuelle[546] mais d'une « *action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence* »[547], laquelle n'est pas soumise au

---

546 J. RAYNARD, « Le ministre, le juge et le contrat. Réflexions circonspectes à propos de l'article L. 442-6, III, du code de commerce », *JCP A* juill. 2007, 1864.

547 Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-16.761, Contrats, conc. consom. oct. 2008, comm. 237, M. MALAURIE-VIGNAL.

consentement ou à la présence des victimes de déséquilibre contractuel résultant d'un manquement concurrentiel. L'instauration de cette action constitue un véritable palliatif à l'inaction de certaines victimes de déséquilibre contractuel, lesquelles préfèrent le plus souvent continuer à subir des pratiques abusives que de chercher à intenter une action en responsabilité contre le partenaire commercial à l'égard de qui elles se trouvent en situation de dépendance économique[548]. L'action reconnue aux autorités publiques dans le contentieux du déséquilibre contractuel en droit de la concurrence est donc une action destinée à renforcer l'effectivité du droit de la concurrence. Ce qui milite sans doute en faveur d'une meilleure défense de l'intérêt général.

214. L'action des autorités publiques et la défense des intérêts des victimes. Même si elle est globalement orientée vers la défense de l'intérêt général, l'action reconnue aux autorités publiques dans le contentieux du droit de la concurrence peut à bien des égards servir à la défense des intérêts de certaines victimes d'abus contractuels. En considération des prérogatives qui leur sont reconnues[549], il est possible d'affirmer qu'en plus d'assurer la défense de l'intérêt général (A), l'action des autorités publiques dans le contentieux du droit de la concurrence contribue par voie de conséquence à la défense des intérêts de certaines victimes d'abus contractuels(B).

A. La défense de l'intérêt général

215. L'intérêt général, une notion au cœur de notre ordre juridique. L'intérêt général fait partie des notions floues qui n'ont pas fait l'objet d'une définition légale ou jurisprudentielle[550]. Tout comme Saint Augustin du temps, l'intérêt général n'est connu que lorsque sa définition n'est pas demandée. En dépit de cette absence de définition textuelle, l'intérêt général a été défini comme :

> « Ce qui est pour le bien public, à l'avantage de tous. Il est synonyme d'intérêt public. Autrement dit, il regroupe les valeurs jugées essentielles de la société. »[551]

---

548 V. Le Lamy droit économique, L'objectif de l'instauration de l'action du ministre de l'Économie : la préservation de l'ordre public économique, màj janv. 2018, n° 3091.

549 Sur les prérogatives reconnues au ministre de l'Économie : Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547 ; Paris, pôle 5, ch. 4, 21 juin 2017, n° 15/18784, RTD com. 2017, p. 606, obs. M. CHAGNY.

550 D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, 1977, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 125, p. 287 où l'auteur estime que « *Ce qui importe à la jurisprudence, c'est au premier chef, la fonction de la notion d'intérêt général et beaucoup moins son contenu ; elle l'utilise, elle ne la définit pas* ».

551 C. ROUGEAU-MAUGER, « Réflexion sur la nature juridique de l'action en justice du ministre de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence », *RTD com.* 2010, p. 653.

L'intérêt général est au cœur de notre ordre juridique. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'il a été regardé comme étant « *la pierre angulaire de l'action publique, dont il détermine la finalité* »[552]. Il est, en quelques sortes, la « *clef de voûte du droit public français* »[553]. L'intérêt général est la première finalité de l'organisation de la vie en société à travers la norme juridique. Il permet d'expliquer certaines grandes notions du droit et sert à asseoir les régimes juridiques qui vont avec.

216. Intérêt général et droit public. Les grandes notions du droit public tiennent leur définition de l'intérêt général. Il en est ainsi de la notion de domaine public, de travail public, de service public etc. Ces notions ne peuvent être valablement définies sans que ne soit faite une référence à l'intérêt général. De nos jours, on voit se propager dans notre droit public, des textes législatifs ou réglementaires construits autour de la notion d'intérêt général. Ainsi par exemple, référence est faite à l'intérêt général pour décliner le sens de la notion d'utilité publique contenue dans les dispositions de l'article L. 11-1 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique. La cause d'utilité publique est en réalité une cause qui milite en faveur de l'intérêt général. Référence est également faite à l'intérêt général pour donner une base légale aux prérogatives de puissance publique reconnues à l'administration dans le cadre de l'accomplissement de sa mission de service public.

217. Intérêt général et droit privé. De façon générale, certaines règles du droit privé tirent leur raison d'être de la notion d'intérêt général. Il en est ainsi des règles d'ordre public. Ces règles n'ont pour autre finalité que la protection de l'intérêt général en ce qu'elles visent à préserver :

> « L'ensemble des exigences fondamentales considérées comme essentielles au fonctionnement des services publics, ou maintien de la sécurité ou de la moralité publique, à la marche de l'économie ou même à la sauvegarde de certains intérêts particuliers considérés comme primordiaux. »[554]

La violation de ces règles est sanctionnée par une nullité absolue[555]. La nature et le régime juridique de cette sanction se justifient par des considérations tirées de l'intérêt général. La sanction de la violation d'une règle destinée à la sauvegarde de l'intérêt général peut être demandée par toute personne justifiant d'un intérêt, ainsi que par le ministère public[556].

---

552 Réflexions sur l'intérêt général. CE, Rapp. pub. 1999.

553 *Ibid.*

554 C. ROUGEAU-MAUGER, « Réflexion sur la nature juridique de l'action en justice du ministre de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence », *RTD com.* 2010, p. 653.

555 C. civ., art. 1179 al. 1.

556 C. civ., art. 1180.

218. Intérêt général et droit de la concurrence. De façon particulière, les règles du droit de la concurrence sont fortement imprégnées d'une certaine idée de protection de l'intérêt général. La prohibition des pratiques anticoncurrentielles n'a de sens que par référence à la notion d'intérêt général. Les règles du droit des pratiques anticoncurrentielles doivent leur existence à la nécessité de sauvegarder l'intérêt général. La prohibition des pratiques restrictives milite également en faveur de la sauvegarde de l'intérêt général en contribuant à la protection de l'ordre public économique. C'est au nom de cet intérêt général que les pouvoirs publics se sont vus reconnaître d'importants pouvoirs d'action dans le contentieux du droit des pratiques restrictives de concurrence. La reconnaissance d'un pouvoir d'action au ministère public, au ministre chargé de l'Économie et au président de l'Autorité de la concurrence dans un contentieux à forte coloration contractuelle est dictée par une logique de protection l'intérêt général[557]. Par cette reconnaissance, le législateur a entendu chercher l'effectivité du droit des pratiques restrictives de concurrence qui constitue au même titre que le droit des pratiques anticoncurrentielles un vecteur essentiel de l'ordre public économique. Soucieux de l'interdépendance entre l'effectivité d'une norme juridique et la capacité de ses destinataires d'en pouvoir demander la mise en œuvre, le législateur a trouvé comme alternatif à l'inertie des victimes la reconnaissance d'un pouvoir d'action à des tiers au contrat. Ce qui fait qu'en cas d'inertie des victimes par crainte de représailles économiques, les autorités publiques pourront agir au nom de la défense de l'ordre public économique. La cotitularité de l'action prévue aux termes de l'article L. 442-6, III, du code de commerce traduit l'idée selon laquelle la protection de l'ordre public économique préoccupe le législateur. Le choix des autorités publiques habilitées à agir le justifie à bien des égards. Il ne fait point de doute qu'en droit français, le rôle de protection de l'ordre public est par tradition incarné par le ministère public. Le fait de lui reconnaître une action sur le fondement de l'article L. 442-6 n'appelle donc pas de commentaire car relevant de la nature des choses. Mais, si le ministère public incarne déjà ce rôle de protection de l'ordre public[558], en quoi il est nécessaire de reconnaître ce même rôle au ministre chargé de l'Économie et au président de l'Autorité de la concurrence ? En guise de réponse à cette question, des auteurs ont estimé que si le ministre chargé de l'Économie a été choisi, c'est bien en raison de sa « *connaissance du milieu économique dans lequel évoluent les entreprises…son contact avec la réalité économique, son pouvoir d'enquête et l'impartialité de ses*

---

557 A. BALLOT-LÉNA, « Autonomie de l'action du ministre chargé de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence », *JPC E* sept. 2008, 2143 où l'auteure estime que l'action du ministre chargé de l'économie est justifiée « *justifiée par des considérations pragmatiques d'efficacité* ».

558 C. DELATTRE, « Le rôle croissant du ministère public », *Cah. dr. entr.* juill. 2016, dossier 32.

constatations »[559]. Partant de cela, nous pouvons estimer que ce sont les mêmes raisons qui ont conduit au choix du président de l'Autorité de la concurrence. Mais, si tel est vraiment le cas, il serait mal aisé de comprendre qu'en matière de pratiques anticoncurrentielles, parmi les personnes pouvant saisir l'Autorité de la concurrence, seul le ministre chargé de l'Économie est désigné par l'article L. 462-5 du code commerce ? Le président de l'Autorité de la concurrence ne se voit pas reconnaître un tel pouvoir. Toutefois, nous estimons que ce choix est justifié par le fait que, contrairement au juge judiciaire qui ne peut pas se saisir d'office en matière de pratiques restrictives de concurrence, l'Autorité de la concurrence se voit reconnaître le pouvoir de s'autosaisir[560]. On conclura que l'intervention des pouvoirs publics dans le contentieux du droit des pratiques restrictives de concurrence trouve sa justification dans la protection de l'ordre public économique. Pour donner plus de légitimité à cette action, la Cour de cassation a jugé utile de la qualifier en « *une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence* »[561]. De façon générale, il y a lieu de faire le constat de la forte présence des autorités publiques dans le contentieux du droit de la concurrence. Cela laisse paraître l'image d'une politique législative construite sous « *l'impulsion d'un libéralisme empreint de quelques marques de nostalgies dirigistes* »[562]. Quoiqu'il en soit, les autorités publiques agissant sur le fondement de l'article L. 442-6, III, du code de commerce poursuivent une mission d'intérêt général. Une telle mission transcende cependant les intérêts égoïstes des victimes de déséquilibres contractuels.

B. La non-prise en compte de tous les intérêts privés

219. Les intérêts défendus. L'action des autorités publiques habilitées à agir sur le fondement de l'article L. 442-6, III, du code de commerce est une action de protection du marché. Elle contribue à l'instauration d'une discipline de marché dans la mesure où elle permet d'engager la responsabilité civile de l'auteur des pratiques restrictives de concurrence. Cela

---

559 J. GALLOT, « L'intervention du ministre devant le juge civil en matière de relations commerciales », *Rev. Conc. consom.* 2000, n° 115 ; Rapp. E. CLAUDEL, « Projet de loi sur les nouvelles régulations économiques », *RTD com.* 2000, p. 877 s., spéc. 896. V. également C. ROUGEAU-MAUGER, *art. préc.*, qui estime que « *le ministre de l'économie a été choisi en raison de ses attributions, pour assurer la défense d'une fraction de [l'intérêt général], le fonctionnement du marché et de la concurrence, cause qui dépasse les seuls intérêts personnels des opérateurs économiques* ».

560 C. com., art. L. 462-5, III : « *Le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence de se saisir d'office* ». On imagine que sur demande du président, le rapport général peut proposer à l'organe de régulation de s'autosaisir.

561 Cass. com., 16 déc. 2008, n° 08-13.162 ; Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-16.761, *Contrats, conc. consom.* oct. 2008, comm. 237, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

562 A. BALLOT-LÉNA, « Autonomie de l'action du ministre chargé de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence », JCP A n° 38, 18 sept. 2008, 2143 citant « *A. DECOCQ et G. DECOCQ, Droit de la concurrence interne et communautaire, 2e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2004, n° 12* ».

lui a d'ailleurs valu la qualification d' « *action de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence* ». Cependant, circonscrire sa finalité à la seule protection du marché témoigne d'une vision restrictive qu'on a de cette action. En réalité, la finalité de l'action des autorités publiques habilitées à agir sur le fondement de l'article L. 442-6, III, transcende la protection du marché. Car, en protégeant le marché par l'instauration d'une discipline collective à laquelle aucun opérateur économique ne peut déroger sous peine de voir sa responsabilité civile engagée, cette action contribue également à la protection contre le déséquilibre contractuel. Une analyse minutieuse des pratiques pour lesquelles ces autorités ont reçu pouvoir de critiquer laisse d'ailleurs paraître que cette action est avant tout une action de protection contre le déséquilibre contractuel. Dans un système juridique où les contrats sont placés sous le sceau de l'autonomie de la volonté, il serait difficile voire impossible d'envisager l'intervention des tiers dans un contentieux à forte coloration contractuelle. Pour contourner cette difficulté, la Cour de cassation a estimé nécessaire de qualifier cette action d'autonome[563], c'est-à-dire une action qui n'a rien à voir avec le contentieux contractuel, en ce qu'elle est destinée à la « *protection du marché et de la concurrence* ». Mais, cela ne fait pas d'elle une véritable action de protection du marché. L'action des autorités publiques habilitées à agir sur le fondement de l'article L. 442-6, III, est, pour plusieurs raisons, une action de protection contre le déséquilibre contractuel. Cette action permet d'abord de lutter contre les déséquilibres financiers en ce qu'elle contribue à l'application effective de la règle interdisant l'obtention ou la tentative d'obtention d'avantages manifestement disproportionnés. En l'exerçant pour demander la sanction de la mise en œuvre d'une menace de déréférencement en vue d'obtenir des avantages manifestement disproportionnés, les destinataires de cette action contribuent à leur manière à la lutte contre les déséquilibres financiers. De même, en permettant aux victimes de récupérer les fonds indument perdus suite à la mise en œuvre d'une pratique déséquilibrante[564] par leur partenaire commercial, cette action participe à la correction des déséquilibres financiers. L'analyse de la jurisprudence actuelle sur la question laisse paraître que lorsque le ministre agit, les sommes résultant de son action ne lui reviennent pas de droit. Elles reviennent aux victimes des pratiques déséquilibrantes. Telle est d'ailleurs la solution consacrée par l'arrêt de la cour d'appel de Versailles en date du 29 octobre 2009[565].

---

563 M. MALAURIE-VIGNAL, « Question prioritaire de constitutionnalité et article L. 442-6, III, du code de commerce », *Contrats, conc. consom.* mai 2011, n° 5, comm. 115 où l'auteure affirme que « *pour justifier l'action du ministre, il est affirmé que cette action est une action de protection du marché et de la concurrence* »

564 *Ibid.*, où l'auteure estime que « *la protection des victimes est la justification de l'action du ministre* ».

565 CA Versailles, 12e ch., sect. 1, 29 oct. 2009, n° 08/07356, *Contrats, conc. consom.* févr. 2010, comm. 44, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

Cette action permet ensuite de lutter contre les déséquilibres juridiques en ce qu'elle contribue à l'application effective de la règle interdisant à un professionnel de soumettre son partenaire commercial à des déséquilibres significatifs. Aujourd'hui, si le déséquilibre significatif est pris en compte dans la rédaction des contrats d'affaire[566], c'est bien parce qu'il fait encourir d'énormes risques, lesquels sont susceptibles d'être aggravés par l'intervention du ministre chargé de l'Économie. On se rappelle tous des assignations Novelli[567] et de leur forte médiatisation qui avait constitué une peine supplémentaire pour les entreprises poursuivies. Ces assignations ont fortement contribué à l'effectivité de la règle sur le déséquilibre significatif[568] à l'époque où les opérateurs victimes étaient encore beaucoup plus hésitants quant à la mise en œuvre d'une action qui peut leur coûter de fortes et longues représailles économiques. Cette action milite enfin en faveur du maintien des relations commerciales établies en ce qu'elle permet de mettre en œuvre la sanction de la rupture brutale d'une relation commerciale établie. Il en résulte donc que l'action des autorités publiques poursuit une double finalité de protection du marché et de ses acteurs. Cependant, sa forte orientation vers la protection de l'ordre public économique réduit considérablement sa vocation protectrice contre le déséquilibre contractuel.

220. Les intérêts méconnus. L'importance des pouvoirs d'action reconnus au ministre chargé de l'Économie et au président de l'Autorité de la concurrence témoigne de la forte instrumentalisation de l'article L. 442-6, III, du code de commerce au service de la protection de l'ordre public économique. Le rôle que joue cette disposition dans le contentieux de l'article L. 442-6 affiche la préoccupation du législateur de vouloir libérer à tout prix les fournisseurs de leur exploitation abusive par des groupes de distribution. Rien que la configuration de ce texte laisse paraître l'impression selon laquelle le législateur estime qu'à chaque fois qu'il y a des pratiques déséquilibrantes, ce sont les distributeurs querellés qui en sont responsables. Or, tel n'est pas souvent le cas. Il est des cas où les distributeurs n'ont rien à voir avec les pratiques restrictives de concurrence décelées par le ministre chargé de l'Économie. Dans la pratique, il arrive souvent à ce qu'un fournisseur accepte de subir des pratiques déséquilibrantes sur certains produits qu'il rattrape largement

---

566 Y. UTZSCHNEIDER, M. RIVOLLIER, « La rédaction des contrats d'affaires à l'épreuve du déséquilibre significatif : quelles difficultés ? quels conseils ? », *AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution* 2014, p. 113.

567 A. BERG-MOUSSA, « Notion de déséquilibre significatif et action du ministre : point d'étape et nouveaux questionnements », *JCP A* mars 2012, 1139 où l'auteur précise que « *Fin 2009, Hervé Novelli, alors ministre de l'Économie, a lancé plusieurs assignations sur le fondement de l'article L. 442-6 et notamment du déséquilibre significatif, à l'encontre de certains acteurs du secteur de la grande distribution* ».

568 G. CHANTEPIE, « Le déséquilibre significatif au miroir de la Cour de cassation », *AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution* 2015, p. 218.

sur d'autres produits dans le cadre de sa relation commerciale avec son distributeur. Il arrive aussi à ce qu'un fournisseur accepte sur une période donnée des déséquilibres contractuels qu'il est sûr de combler à long terme dans le cadre de sa relation avec son distributeur. Enfin, il est des cas où certains professionnels développent des stratégies commerciales qui, prises isolément comportent quelques déséquilibres contractuels, mais constituent, à long terme, d'excellents moyens pour booster leur chiffre d'affaire. Il est évident que le ministre ne prend pas en compte tous ces paramètres lorsqu'il exerce son action. Ce qui peut tourner en défaveur de ces fournisseurs. Dans un tel cas de figure, l'exercice de cette action les lèse plus qu'il ne les protège. Puisque son action est censée lutter contre les déséquilibres contractuels imposés, le ministre doit privilégier la protection des fournisseurs économiquement dépendants de leurs distributeurs, « *en l'occurrence sur des produits aisément substituables, et susceptibles de faire l'objet de déréférencement indolore pour les grands distributeurs* »[569]. En revanche, il serait impertinent que cette action soit dirigée contre « *les fournisseurs de produits de marques incontournables, à forte valeur ajoutée, pour lesquels la relation contractuelle avec le distributeur n'a rien de léonin* »[570]. L'analyse de la jurisprudence montre parfois que la mise en œuvre de l'action du ministre n'est pas toujours conforme aux intérêts de certaines victimes de déséquilibre contractuel. C'est ce qui semble ressortir d'une décision du tribunal de commerce de Meaux en date du 21 novembre 2006. Dans cette affaire, le ministre chargé de l'Économie reprochait à une centrale de référencement une série de pratiques déséquilibrantes qu'il jugeait illicites au regard de l'article L. 442-6. Ces pratiques consistaient à l'obtention d'avantages sans contrepartie. Le tribunal a rejeté sa demande au motif que :

> « Les fournisseurs en cause n'avaient pas contesté les contrats qu'ils avaient signés, qu'ils ont poursuivi leurs relations avec la centrale de référencement et qu'ils étaient des sociétés jouissant d'une position de force sur le marché alors que la centrale n'était que le 5e opérateur de la distribution en France. »[571]

Dans sa décision du 16 novembre 2005, le tribunal de commerce d'Evry a adopté la même solution. En l'espèce, le ministre reprochait à une enseigne la soumission de ses fournisseurs à des avantages sans contrepartie par la mise en œuvre d'une opération dénommée « *Singularisation* », laquelle consistait à la mise en œuvre de nouveaux critères d'implantation des rayons et de configuration des linéaires de produits. Le ministre estimait

---

569 J. RAYNARD, « Le ministre, le juge et le contrat. Réflexions circonspectes à propos de l'article L. 442-6, III, du code de commerce », *JCP A* n° 27-28, 5 juill. 2007, 1864.

570 *Ibid.*

571 Pratiques restrictives de concurrence : bilan de l'activité contentieuse civile. Du 1er janv. 2004 au 31 décembre 2007, https://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/dgccrf/concurrence/relations_commerciales/bilandecisions_civiles2004_2007anonymisees.pdf, p. 9, consulté le 17 juin 2018.

que cette opération était illicite au regard de l'article L. 442-6, I, 1° pour défaut de contrepartie. Mais, le tribunal a rejeté sa demande au motif que :

> « Le concept de singularisation était constitutif d'un service pour les fournisseurs car sa mise en œuvre allait au-delà des obligations inhérentes à la fonction de distributeur et améliorait les conditions de commercialisation de leurs produits. »[572]

Dans son arrêt en date du 5 décembre 2000, la Cour de cassation a enfin observé que :

> « Le pouvoir d'agir du ministre dans l'exercice de sa mission de gardien de l'ordre public économique ne peut tendre qu'au rétablissement dudit ordre public économique par la seule cessation des pratiques illicites et ne lui donne pas la faculté de se substituer aux victimes des pratiques discriminatoires pour évaluer, à leur place, le préjudice causé par les agissements restrictifs de concurrence et en solliciter la réparation. »[573]

Ces éléments de jurisprudence démontrent parfaitement que l'action du ministre ne milite pas toujours en faveur de la protection de toutes les victimes de déséquilibre contractuel. À force que se développent des mécanismes destinés à assurer l'effectivité du droit des pratiques restrictives de concurrence, se cristallisent des contradictions, incohérences et autres lacunes relatives à leur mise en œuvre. Si l'on s'accorde de façon unanime sur le fait qu'un ordre juridique est un système[574], l'interprétation différenciée de l'article L. 442-6, III, peut parfois être de nature à chambouler la cohérence de notre système juridique. D'où les différentes controverses autour de l'action reconnue à ces autorités.

§ 2. LES CONTROVERSES AUTOUR DE CE DROIT D'ACTION

221. Le silence de la loi sur la nature du droit d'action des autorités publiques. L'article L. 442-6, III, du code de commerce reconnait au ministre chargé de l'Économie au ministère public et au Président de l'Autorité de la concurrence un droit d'action dans le contentieux relatif à l'application du droit des pratiques restrictives de concurrence de l'article L. 442-6. Le silence du législateur sur la nature de ce droit d'action ne peut que nourrir de vives controverses sur la question.

222. La controverse, une conséquence du silence de la loi. Le législateur ne renseigne pas sur la vraie nature du droit d'action des autorités publiques. Pour autant, la définition de la nature de cette action est importante et s'impose. C'est pour cette raison que plaignants et magistrats ne pouvaient pas ne pas être confrontés à l'épineuse question de la nature juridique du droit d'action conféré à ces autorités publiques. La lettre du texte les y invite. Car, d'une part, l'action du ministre chargé de l'Économie et du ministère public tendant à

---

572 *Ibid.*, p. 6.

573 Cass. com., 5 déc. 2000, n° 98-17.705.

574 P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD civ.* 2001, p. 749.

la cessation des pratiques restrictives de concurrence, au prononcé de l'amende civile et à la constatation de la nullité des clauses ou contrats illicites fait sans doute penser à « *une habilitation à agir en défense d'un intérêt général* »[575]. D'autre part, l'action du ministre chargé de l'Économie et du ministère public tendant au versement de dommages-intérêts au profit de la victime des pratiques illicites et déséquilibrantes fait indéniablement penser à « *un cas de substitution processuelle* »[576]. L'objet de la controverse étant identifiable (A), une résolution lui a finalement été apportée (B).

A. Leur objet

223. Entre une action par substitution. L'action des autorités publiques, en l'occurrence celle du ministre de l'Économie, sur le fondement de l'article L. 442-6, III, du code de commerce s'apparente à une action par substitution. Par cette dernière, il convient de retenir une habilitation à agir en justice pour le compte d'autrui[577]. Le but de cette action est de permettre la garantie des droits substantiels d'autrui lorsque ce dernier ne les exerce pas par crainte de représailles ou par simple négligence. La reconnaissance d'un droit d'action au ministre chargé de l'Économie, au ministère public et au président de l'Autorité de la concurrence est donc une manière pour le législateur de poser les garanties de l'effectivité[578] du droit des pratiques restrictives de concurrence. En effet, le législateur s'est rendu compte qu'un fournisseur ordinaire n'est pas suffisamment outillé pour mettre en œuvre les actions prévues aux termes de l'article L. 442-6. Ce qui justifie l'exorbitance des pouvoirs reconnus à ces autorités. Une telle reconnaissance implique l'exercice d'une action par substitution. Cette lecture ressort même du libellé du texte. En disposant que le ministre de l'Économie, le ministère public ou le président de l'Autorité de la concurrence peuvent engager la responsabilité civile de l'auteur d'une pratique déséquilibrante sur le fondement de l'article L. 442-6, l'article L. 442-6, III, ne fait que rappeler le schéma d'une action par substitution. L'idée à la base de ce texte est que les autorités qu'il désigne sont appelées à se substituer aux victimes dès lors que celles-ci n'agissent pas pour quel que

---

575 C. ROUGEAU-MAUGER, « Réflexion sur la nature juridique de l'action en justice du ministre de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence », *RTD com.* 2010, p. 653.

576 *Ibid.*

577 E. JEULAND, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, 1998, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, n° 36 où l'auteur précise que « *la substitution processuelle constitue pour un tiers, le substitué, à exercer l'action en justice appartenant à une autre personne, le substituant, à l'encontre d'une troisième personne, l'insubstitué* ».

578 J. RAYNARD, « Le ministre, le juge et le contrat. Réflexions circonspectes à propos de l'article L. 442-6, III, du code de commerce », *JCP A* n° 27-28, 5 juill. 2007, p. 1864 où l'auteur affirme que « *la possibilité offerte au ministre de l'Économie par le troisième paragraphe de l'article L. 442-6 est présenté comme un gage d'effectivité des dispositions légales* ».

motif que ce soit[579]. Cette lecture a été validée par certains juges du fond[580] à l'image de la cour d'appel de Versailles qui, dans un arrêt en date du 3 mai 2007[581], a retenu cette qualification dans le cadre d'un procès déclenché par le ministre chargé de l'Économie contre des pratiques mises en œuvre par des distributeurs. En l'espèce, le ministre demandait au juge saisi l'annulation de plusieurs conventions conclues entre une société coopérative de groupements d'achat et plusieurs de ses fournisseurs. Les conventions litigieuses comportaient de conséquents déséquilibres contractuels, lesquels se traduisaient par une pluralité de clauses discriminatoires. En plus de la condamnation de la centrale d'achat au paiement d'une amende civile, le ministre demandait également à ce que les sommes indument versées soient restituées aux fournisseurs victimes. Précision étant faite que dans cette affaire, le ministre avait intenté son action sans en informé les principaux concernés, c'est-à-dire les fournisseurs victimes. Il ne les avait même pas associés à sa procédure malgré le désaccord expressément exprimé par certains d'entre eux quant à l'exercice de cette action. Pour retenir la qualification d'action par substitution, les juges de la cour d'appel de Versailles s'étaient arrêtés sur les travaux préparatoires de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001. Ils ont commencé par rappeler que l'article L. 442-6, dans sa version originelle sous l'ordonnance n° 86-1234 du 1er décembre 1986, ne donnait au ministre de l'Économie que le pouvoir d'agir en cessation des pratiques restrictives de concurrence décrites au titre de ce texte. Par la suite, ils ont estimé, lors de l'élaboration de la loi relative aux nouvelles régulations économiques, que :

> « Le législateur a constaté que ce dispositif ne permettait pas au ministre de l'économie de se substituer aux victimes de telles pratiques pour demander la réparation de leur préjudice, ni de solliciter la restitution des prix et valeurs des biens en cause en leur lieu et place ; qu'afin d'y remédier et observant que certaines victimes n'oseraient pas par elles-mêmes introduire l'action, le législateur a entendu élargir les prérogatives du ministre de l'économie, outre du ministère public en leur donnant le droit d'agir à la place des victimes en ce domaine ».

Ils ont enfin abouti à la conclusion selon laquelle l'action reconnue au ministre de l'Économie est une habilitation législative qui lui permet de se substituer aux victimes pour

---

579 D. MAINGUY, « L'esprit et la lettre du nouvel article L. 442-6 du code de commerce », *JCP E* nov. 2002, 1729.

580 CA Versailles, 3 mai 2007, n° 05/09223 et CA Angers, 29 mai 2007, n° 06/00563, D. 2207. AJ 1656, obs. E. CHEVRIER, et Jur. 2433, note M. BANDRAC ; D. 2008. Pan. 2193, obs. D. FERRIER ; J. RAYNARD, « Le ministre, le juge et le contrat. Réflexions circonspectes à propos de l'article L. 442-6, III du code de commerce », *JCP E* 2007, I, p. 1864 ; D. DE BÉCHILLON, C. JAMIN, « La convention européenne des droits de l'homme au supermarché », *D.* 2007, chron. 2313 ; A. PENNEAU, « L'article L. 442-6, III, du code de commerce en question », *D.* 2007, chron. 2630 ; C. CARON, G. DECOCQ, « L'action exercée par le ministre (C. com., art. L. 442-6, III) est-elle conforme à l'article 6, § 1, de la Convention EDH ? », *JCP E* 2007, I, 2303, n° 9, chron. Droit des affaires contrats, Concurrence déloyale et pratiques restrictives.

581 CA Versailles, 3 mai 2007, n° 05/09223, *D.* 2007, p. 2433, obs. E. CHEVRIER.

demander la constatation de la nullité des clauses et contrats illicites, la répétition de l'indu et la réparation du préjudice. Pour ces juges, le ministre de l'Économie « *dispose d'un pouvoir et d'une qualité propre à agir à ces fins* » et exerce « *cette action par substitution à la victime des pratiques en cause dont il met en œuvre les droits privés et non de manière autonome* ». Cette solution a été reprise par la cour d'appel d'Angers dans son arrêt en date du 29 mai 2007[582].

224. L'action par substitution et le contentieux contractuel. Une telle conception n'est pas sans poser de difficultés majeures dans un système juridique où prévaut l'autonomie de la volonté. S'il est établi que le contrat est l'affaire des parties, il ne doit pas faire doute que son contentieux doit leur être réservé[583]. Étant donné que les pratiques restrictives de concurrence se déploient dans un cadre contractuel, l'équilibre du contentieux qui en découle exige une non-immixtion des tiers. Cette cohérence qui est ancrée dans l'esprit de tout ce que le droit des contrats ne laisse pas indifférent risque d'être bafouée par la reconnaissance d'un droit d'action aux tiers. L'article L. 442-6, III, donne pouvoir au ministre de l'Économie, au ministère public et au président de l'Autorité de la concurrence de demander l'annulation des clauses ou contrats illicites. Or, la considération des conditions d'annulation d'un contrat ne doit pas se faire de manière abstraite[584]. Au-delà de la qualité des parties contractantes, le juge doit également prendre en compte leur « *candeur* » ou leur « *duplicité* »[585]. Mais, la reconnaissance d'un droit d'action à ces autorités publiques ne permet pas au juge de prendre en compte toutes ces considérations. Elle suppose que les autorités désignées puissent mener l'instance en l'absence des personnes intéressées. Ce qui conduit soit « *à ignorer les situations particulières de chacun* », soit « *à les discuter en l'absence des intéressés* »[586]. C'est pour cette raison que cette reconnaissance pose de nombreux problèmes dans le contentieux de l'annulation du contrat. Le droit d'être entendu sur le fond d'une prétention appartient à la personne qualifiée. Mais, le jugement rendu suite à la mise en œuvre de l'article L. 442-6, III, tourne au seul profit du tiers intéressé[587]. Ce faisant, si au regard de l'article 1355 du code civil « *l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement* » et qu' « *il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur*

---

582 CA Angers, 29 mai 2007, n° 06/00563.

583 C. ATHIAS, *Droit civil : précis élémentaire de contentieux contractuel*, 3e éd., 2006, Aix-en-Provence, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, n° 1, p. 15.

584 J. RAYNARD, « Le ministre, le juge et le contrat. Réflexions circonspectes à propos de l'article L. 442-6, III du code de commerce », *JCP A* n° 27-28, 5 juill. 2007, p. 1864.

585 *Ibid.*

586 *Ibid.*

587 *Ibid.* citant « *S. GUINCHARD, M. BANDRAC, X. LAGARDE et M. DOUCHY, Droit processuel, Droit commun du procès, D. 2001, n° 707* ».

la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité », il en résulte que l'autorité relative qui s'attache à la nullité obtenue sur le fondement de l'article L. 442-6, III, en l'absence de la victime des pratiques illicites priverait ce dernière de la faculté de se prévaloir de la décision. En conséquence, cette décision ne doit pas lui être opposable[588]. La jurisprudence a d'ailleurs toujours refusé d'admettre la recevabilité d'une action en nullité d'un contrat en l'absence des contractants en l'instance[589]. On conclura que la mise en œuvre du droit d'action reconnue aux autorités publiques risque de se heurter à une pluralité d'obstacles juridiques. Conscient de cela, un certain courant jurisprudentiel a qualifié d'autonome l'action des autorités publiques prévues au titre du III de l'article L. 442-6.

225. Et une action autonome. Quand un texte de loi est silencieux sur une question, il y a de fortes chances qu'il entraine une diversité d'interprétations jurisprudentielles. Tout comme les juges des cours d'appel de Versailles et d'Angers, ceux de la cour d'appel de Reims ont dégagé leur propre opinion sur la question de la nature juridique de l'action reconnue aux autorités publiques sur le fondement de l'article L. 442-6, III. Dans un attendu de principe fort d'enseignements, les juges rémois ont estimé que :

> « L'action exercée par le ministre chargé de l'Économie en vertu de l'article L. 442-6 du code de commerce n'est pas une action en substitution, mais une action autonome visant à la défense de l'ordre public. »[590]

La réponse ainsi donnée est à la fois claire et organisée. Les juges rémois ont clairement écarté la qualification retenue par les juges des cours d'appel d'Angers et de Versailles avant de donner leur propre qualification. Pour ces derniers, le ministre de l'Économie ne poursuit pas la réparation d'un préjudice aux lieux et place de la victime. Son action vise plutôt la cessation d'agissements illicites et la sanction de pratiques abusives qui ont pour effet, si ce n'est pour objet, de porter atteinte à l'exercice de la libre concurrence, et ce, au détriment des consommateurs. Concrètement, cette action répond à une logique de défense de l'ordre public économique et non à une logique de restauration des droits patrimoniaux. Les victimes ne sauraient donc valablement se prévaloir d'une atteinte au droit consacré par l'article 6-1 de la CEDH dans la mesure où le ministre chargé de l'Économie n'exerce pas

---

588 J. RAYNARD, *art. préc.* citant N. FRICERO, qui estime que *« le jugement ne peut étendre son effet substantiel au-delà de la sphère des parties : comment admettre qu'une décision puisse reconnaître définitivement des droits ou imposer des obligations à une personne qui n'a pas figuré à l'instance, parce qu'elle n'y a pas été appelée, et n'a donc pu en débattre contradictoirement ? La chose jugée ne peut ni nuire aux tiers, ni produire des droits à leur profit et ce, même si la décision rendue à l'occasion d'un litige individuel est susceptible de concerner une pluralité de situations similaires* » in *Droit et pratique de la procédure civile*, (dir.) S. GUINCHARD, D. 1998, n° 5000.

589 *Ibid.* citant Cass. com., 17 oct. 1980, Bull. civ. 1980, IV, n° 433.

590 CA Reims, 5 nov. 2007, n° 06/01898.

les droits d'autrui et n'agit pas à leur place. Il n'a donc pas à s'assurer que ces dernières aient donné leur consentement à cette action. Par ailleurs, les juges rémois ont également précisé qu'il n'est pas fondé de soutenir que le ministre chargé de l'Économie agirait pour le compte des fournisseurs au motif qu'il poursuit la restitution des sommes indûment versées alors que cette répétition n'est que la conséquence de la nullité des clauses illicites sur la base desquelles les sommes litigieuses ont été payées. Enfin, ils ont précisé que la circonstance selon laquelle l'action du ministre chargé de l'Économie est susceptible d'abus ne saurait prospérée dans la mesure où la partie qui s'estime victime d'une action arbitraire ou discriminatoire pourra rechercher la responsabilité de l'Etat en réparation du préjudice causé. On conclura que la solution retenue par les juges rémois a le mérite d'être conforme à ce qu'exige l'équilibre du contentieux contractuel.

226. L'action autonome et le contentieux contractuel. Dire que l'action du ministre de l'Économie est une action autonome au service de la défense de l'ordre public économique constitue en quelque sorte un hommage rendu à l'autonomie de la volonté. Cette qualification permet de différencier l'action du ministre de celle des victimes de déséquilibre contractuel. Étant donné que l'action du ministre poursuit une finalité de protection du marché, celle-ci ne se heurtera aucunement aux exigences de l'équilibre contractuel. Les victimes de déséquilibre contractuel disposant de la plénitude de leur action peuvent, si elles n'y trouvent pas d'inconvénients, s'associer de leur propre initiative ou sous l'invitation du ministre à son action afin de faire valoir leur prétention. L'exercice de l'action du ministre de l'Économie ne prive pas les victimes de leur droit d'ester en justice à titre principal sur le même fondement. En effet, le fait que le ministre et les victimes puissent présenter les mêmes demandes n'est pas de nature à rendre irrecevable l'action intentée par ces dernières, même si elle est intentée après celle du ministre. Les victimes peuvent, conformément à l'article 329 du code de procédure civile[591], intervenir à titre principal afin d'élever des prétentions à leur profit, peu importe que leurs demandes soient les mêmes que celles du ministre. Elles peuvent, en outre, conformément à l'article 330 du code de procédure civile[592], se contenter juste d'intervenir à titre accessoire pour appuyer les demandes du ministre. La controverse sur le droit d'action des autorités publiques a finalement été résolue grâce à l'intervention de la Cour de cassation.

---

591 Ce texte dispose que « *L'intervention est principale lorsqu'elle élève une prétention au profit de celui qui la forme. Elle n'est recevable que si son auteur a le droit d'agir relativement à cette prétention* ».

592 Ce texte dispose que « *L'intervention est accessoire lorsqu'elle appuie les prétentions d'une partie. Elle est recevable si son auteur a intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir cette partie. L'intervenant à titre accessoire peut se désister unilatéralement de son intervention* ».

B. Leur résolution

227. La consécration d'une action autonome. Il a fallu l'intervention de la Cour de cassation pour que la controverse sur la nature juridique de l'action exercée par les autorités publiques sur le fondement de l'article L. 442-6, III, tombe aux oubliettes. Par deux arrêts rendus le 8 juillet 2008, la Cour de cassation est venue préciser la vraie nature de cette action.

Dans un premier arrêt, la cour a censuré la qualification retenue par la cour d'appel de Versailles en jugeant dans attendu depuis lors célèbre que :

> « L'action du ministre de l'Économie, exercée en application des dispositions de [l'article L. 442-6, III, du code de commerce] ; qui tend à la cessation des pratiques qui y sont mentionnées, à la constatation de la nullité des clauses ou contrats illicites, à la répétition de l'indu et au prononcé d'une amende civile, est une action autonome de protection du marché et de la concurrence. »[593]

Dans un second arrêt, elle a confirmé une décision de la cour d'appel de Paris en précisant une nouvelle fois que :

> « L'action du ministre chargé de l'Économie, exercée an application des dispositions de l'article L. 442-6, III, qui tend à la cessation des pratiques qui sont mentionnées dans ce texte, à la constatation de la nullité des clauses ou contrats illicites, à la répétition de l'indu et au prononcé d'une amende civile, est une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence. »[594]

Par la consécration de l'autonomie de l'action du ministre de l'Économie, la Cour de cassation cherche à garantir l'effectivité des règles du droit des pratiques restrictives de concurrence, lequel est un corps de règles destiné à la protection de l'ordre public économique. À l'action du ministre, la Cour a façonné une légitimité créée de toute pièce[595].

228. Un régime procédural imprécis. L'apport des arrêts du 8 juillet 2008 dans la mise en œuvre de l'article L. 442-6 est fondamental en ce qu'ils ont permis de résoudre une bonne fois pour toute la question de la qualification et du fondement de l'action du ministre de l'Économie prévue au III de ce texte. En la qualifiant d'autonome, les juges de cassation ont mis fin à la controverse sur sa nature et ont décliné pour de bon sa finalité de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence. Cependant, il est malheureux de constater que ces deux arrêts n'ont pas abordé les éventuelles questions procédurales pouvant résulter de la répartition de l'exercice des actions prévues à l'article L. 442-6. À vrai dire, la Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur la question des

---

593 Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-16.761.

594 Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-13.350.

595 A. BALLOT-LÉNA, « Autonomie de l'action du ministre chargé de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence », *JCP E* sept. 2008, 2143.

titulaires de l'action en responsabilité sur le fondement de ce texte. L'article L. 442-6, I, ne fait ni mention du ministre de l'Économie ni mention de victime. Mais, comme il s'agit de sanctionner l'auteur d'une pratique déséquilibrante, il est difficile d'envisager l'exclusion de des personnes pouvant la mettre en œuvre. La Cour de cassation ne s'est également pas prononcée sur la question de la réalisation concrète de l'action reconnue aux autorités publiques sur le fondement de l'article L. 442-6, III. Comme ce texte prévoit une cotitularité d'action, il ne serait pas impertinent à ce qu'elle ait déterminé concrètement comment celle-ci devrait se décliner. Cela aurait permis une bonne anticipation des problèmes pouvant y résulter[596]. Mais aujourd'hui, force est de constater que les choses ont changé depuis 2008. De nouvelles précisions sont apportées au régime juridique de l'action des autorités publiques en l'occurrence celle du ministre de l'Économie[597].

229. Les précisions apportées. Les arrêts de 2008 n'ont pas permis à la Cour de cassation de régler toutes les questions se rattachant à l'exercice par le ministre de l'Économie de son action qu'il tire des dispositions de l'article L. 442-6, III. Malgré la détermination de sa nature juridique, cette action a continué à poser un certain nombre de problèmes dans le contentieux du droit des pratiques restrictives de concurrence. C'est d'ailleurs pour cette raison que la Cour de cassation avait jugé opportun de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité[598]. Celle-ci consistait à savoir si l'action prévue aux termes de l'article L. 442-6, III, pouvait être déclenchée en l'absence ou sans le consentement des fournisseurs concernés. Précision étant faite que cette question était le seul moyen d'avoir une certitude sur la conformité ou non de la disposition précitée aux droits et libertés garantis, plus particulièrement aux droits de la défense, au droit d'agir en justice et au droit de propriété du fournisseur et du distributeur[599]. Par une décision en date du 13 mai 2011[600], le Conseil constitutionnel a répondu à la question en rappelant pour la première fois que l'action prévue à l'article L. 442-6, III, peut se justifier au regard de l'objectif de préservation de l'ordre public économique poursuivi par le législateur en élaborant ce texte. Dans cette décision, le Conseil a balayé d'un revers de main les griefs se rattachant à la liberté d'entreprendre suivant deux considérations majeures. Il a d'abord considéré :

---

596 *Ibid.*

597 E. GAUTIER et J. DE MORTILLET, « Nouvelles précisions sur les contours de l'action du ministre de l'économie sur le fondement de l'article L. 442-6, III, du code de commerce », *AJ contrat* 2017, p. 38.

598 Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-40.070.

599 A. LECOURT, « Stricte acceptation des modalités d'information des fournisseurs dans le cadre de l'action du ministre de l'économie », *AJCA* 2014, p. 288.

600 Décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011.

> « Qu'il est loisible au législateur d'apporter à cette liberté des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi. »

Il a ensuite considéré :

> « Qu'en adoptant les dispositions contestées, le législateur a attribué à l'autorité publique un pouvoir d'agir pour faire cesser des pratiques restrictives de concurrence mentionnées au même article, constater la nullité de clauses ou contrats illicites, ordonner le remboursement des paiements indus faits en application des clauses annulées, réparer les dommages qui en ont résulté et prononcer une amende civile contre l'auteur desdites pratiques, rétablir un équilibre des rapports entre partenaires commerciaux et prévenir la réitération de ces pratiques. »

Il a enfin rappelé que la préservation de l'ordre public économique que s'est assigné le législateur lui permet d'opérer « *une conciliation entre le principe de la liberté d'entreprendre et l'intérêt général tiré de la nécessité de maintenir un équilibre dans les relations commerciales* »[601].

Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a également balayé les griefs se rattachant au le principe du contradictoire en considérant que :

> « [Que les dispositions de l'article L. 442-6, III,] n'interdisent ni au partenaire lésé par la pratique restrictive de concurrence d'engager lui-même une action en justice pour faire annuler les clauses ou contrats illicites, obtenir la répétition de l'indu et le paiement de dommages et intérêts ou encore de se joindre à celle de l'autorité publique par voie d'intervention volontaire, ni à l'entreprise poursuivie d'appeler en cause son cocontractant, de le faire entendre ou d'obtenir de lui la production de documents nécessaires à sa défense. »[602]

Le Conseil constitutionnel a aussi balayé les griefs se rattachant au droit de propriété en considérant :

> « Qu'en application des dispositions contestées, les sommes indûment perçues et les indemnités sont versées au partenaire lésé ou tenues à sa disposition. »[603]

Mais concernant les griefs se rattachant au droit au recours, le Conseil constitutionnel a émis une réserve d'interprétation en considérant que :

> « Ni la liberté contractuelle ni le droit à un recours juridictionnel effectif ne s'opposent à ce que, dans l'exercice de ce pouvoir, cette autorité publique poursuive la nullité des conventions illicites, la restitution des sommes indûment perçues et la réparation des préjudices que ces pratiques ont causés, dès lors que les parties au contrat ont été informées de l'introduction d'une telle action. »[604]

Cette décision du Conseil constitutionnel a eu un impact considérable sur l'effectivité de l'article L. 442-III, en particulier et sur celle de l'article L. 442-6 en général. C'est pour cette raison que nous estimons qu'il est important d'aborder la question de son incidence sur le contentieux actuel relatif à l'application de ce texte.

---

601 *Ibid.*

602 *Ibid.*

603 *Ibid.*

604 *Ibid.*

230. Leur mise en œuvre. La réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel a un impact considérable dans le contentieux de l'article L. 442-6, III, du code de commerce. Désormais, il est exigé des autorités publiques de tenir informer de l'exercice de leur action les personnes directement intéressées et susceptibles d'intervenir pour défendre leurs propres intérêts. Par un arrêt en date du 9 octobre 2012[605], la Cour de cassation a montré la voie en cassant l'arrêt d'une cour d'appel qui se bornait à évoquer que le ministre de l'Économie n'avait pas à informer les fournisseurs concernés de son action. La cour d'appel de Grenoble l'a suivie dans cette voie en jugeant dans un arrêt en date du 3 juillet 2014 que :

> « À défaut de l'information des fournisseurs, l'action du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie sera déclarée irrecevable. »[606]

Cependant, la Cour de cassation a récemment été amenée à se prononcer sur la question de savoir si l'action du ministre de l'Économie tendant à la demande de cessation des pratiques et au prononcé d'une amende civile devait être soumise, comme la demande en nullité des clauses ou en répétition de l'indu, à l'information préalable des victimes telle qu'exigée par la réserve d'interprétation. Sans méconnaître les exigences de la réserve d'interprétation, la cour a répondu par la négative dans quatre arrêts importants rendus en 2015. Dans ces arrêts, la cour a pris le soin de préciser que l'information des fournisseurs n'était nécessaire que :

> « Lorsque l'action engagée par l'autorité publique tend à la nullité des conventions illicites, à la restitutions des sommes indûment perçues et à la réparation des préjudices que ces pratiques ont causés. »[607]

On conclura que l'action des autorités publiques a beau être mise en œuvre mais ne suffit pas à donner au droit de la concurrence l'effectivité dont il est en perpétuelle quête. Mais lorsqu'à côté on constate la montée en puissance[608] de l'action de groupe, on ne peut que garder bon espoir.

---

605 Cass. com., 9 oct. 2012, n° 11-19.833.

606 CA Grenoble, 3 juill. 2014, n° 09/03013.

607 Cass. com., 29 sept. 2015, n° 13-25.043 ; Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525 ; Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907 ; Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11.387.

608 M. JOSÉ AZAR-BAUD, « L'entrée triomphale (?) de l'action de groupe en droit français », *D.* 2013, p. 1487.

SECTION II.
LA NÉCESSITÉ D'UNE ACTION DE GROUPE

231. L'action de groupe au service de l'effectivité du droit de la concurrence. Le droit de la concurrence, à l'image du droit français en général, n'hésite pas d'accueillir des outils juridiques qui lui sont étrangers[609]. Ont ainsi été intégrés en droit de la concurrence des outils juridiques tirés du droit pénal, du droit administratifs, du droit commun et du droit de la consommation. Pour ne citer que le déséquilibre significatif, il faut dire que cet outil consumériste a fait son entrée dans le code de commerce avant d'être consacré dans le code civil. Parallèlement, l'action de groupe a fait son entrée dans le code de la consommation et doit poursuivre son intégration en droit français. L'intégration de l'action de groupe dans le code de commerce fera du droit de la concurrence un droit complet cohérent et efficace[610]. Elle donnera la possibilité aux victimes de se regrouper afin de mettre en œuvre les actions qu'elles tirent de la violation de ce corps de règles. Reconnaître des droits à ces derniers sans leur donner la possibilité d'agir en groupe est une vaine entreprise. Pour que les règles établies par le droit de la concurrence soient effectives, il est donc nécessaire que leur mise en œuvre soit possible en toute circonstance. Seule l'action de groupe pourrait permettre cela.

232. Une action de groupe de droit de la concurrence. L'action de groupe qu'il convient d'intégrer en droit de la concurrence doit être configurée en tenant compte des spécificités de ce corps de règles. Le déséquilibre significatif du code de commerce a été conçu en fonction des spécificités du droit de la concurrence, la future action de groupe de droit de la concurrence ne devra pas déroger à cette règle. Pour tracer les contours de cette action, il est nécessaire à ce que le législateur s'inspire du modèle consumériste (§ 1) qu'il adapte en fonction des spécificités du droit de la concurrence (§ 2).

§ 1. LE NÉCESSAIRE RECOURS AU MODÈLE CONSUMÉRISTE

233. Le droit de la consommation, berceau de l'action de groupe. La richesse du droit français est due à sa capacité à intégrer des instruments juridiques qui lui sont étrangers[611]. C'est ainsi que l'action de groupe a, par une loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, intégré le code de la consommation. Cette loi a le mérite de faire du code

---

609 M. BACACHE, « Action de groupe et responsabilité civile », *RTD civ.* 2014, p. 450.

610 D. MAINGUY, M. DEPINCE, « L'introduction de l'action de groupe en droit français », *JCP E* mars 2014, 1144.

611 V. M. BACACHE, « Action de groupe et responsabilité civile », *RTD civ.* 2014, p. 450.

de la consommation le berceau de l'action de groupe en droit français. L'objectif recherché est de faciliter aux consommateurs victimes la réparation de leur préjudice et partant de rendre effectif le droit de la consommation. Le droit de la consommation n'a de sens pour le consommateur que si celui-ci dispose les moyens de demander au juge sa mise en œuvre effective[612]. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'il est estimé que l'action de groupe permet d'asseoir les bases d'une « *démocratie économique* »[613] dans la mesure où elle permet aux consommateurs de pouvoir accéder à la justice pour faire valoir leurs droits[614]. La réparation d'un préjudice étant fondamentale dans un Etat de droit, il faut à coup sûr, consolider l'accès des justiciables au juge. C'est dans ce sens que milite l'action de groupe.

234. Le droit de la consommation, modèle d'action de groupe. L'action de groupe issue de la loi Hamon constitue la matrice ou le modèle inspirateur de toutes les autres actions de groupe. Du droit de la consommation, l'action de groupe a vu son cadre légal élargi par la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé. Son article 87 a élargi le domaine de l'action de groupe à la réparation des dommages résultant dans les relations relevant du code du travail. Son article 88, à la réparation des dommages résultant d'une discrimination imputable à un employeur et portée devant la juridiction administrative. Son article 89, à la réparation des dommages résultant d'une atteinte environnementale. Son article 90, en matière de santé[615] et son article 91, en matière de protection des données à caractère personnel. L'extension de l'action de groupe ne doit pas s'arrêter à ce niveau. Son champ d'application mérite d'être élargi pour couvrir tous les dommages résultant de la violation du droit de la concurrence et permettre ainsi aux victimes de ces dommages qu'elles soient consommateurs ou entreprises de pouvoir en bénéficier. Mais avant d'en arriver à la transposition de ce modèle d'action de groupe en droit de la concurrence, il faut avant tout une bonne maitrise de son champ d'application (A) et des conditions de sa mise en œuvre (B).

A. Son champ d'application

235. Une action de groupe de droit de la consommation. L'action de groupe que nous abordons dans cette partie est une action de groupe de droit de la consommation. Elle est

---

612 D. ROSKIS et S. JAFFAR, « L'introduction de l'action de groupe à la française « une justice plus proche des citoyens » ? », *Cah. dr. entr.* juill. 2013, n° 4, dossier 25.

613 D. MAINGUY, « L'action de groupe en droit français après la loi Hamon du 17 mars 2014 », *Gaz. Pal.* 2014, n° 21.

614 M. FAILLET-SBLANDANO, « Les actions de groupes in futurum », *LPA* mai 2016, n° 105, p. 6.

615 S. AMRANI-MEKKI, « L'action de groupe santé. Un nouveau modèle pour de nouveaux préjudices », *JCP E* févr. 2016, 146.

donc à distinguer des autres actions de groupe en droit français. Elle est prévue à l'article L. 623-1 du code de la consommation, disposition qui reconnait à certaines associations de consommation le pouvoir d'agir contre des professionnels pour demander la réparation de leur préjudice résultant du non-respect par ces derniers de leurs obligations légales ou contractuelle. L'action de groupe de droit de la consommation est donc d'application limitée. Elle ne peut être mise en œuvre que par une « *association de défense de consommateurs représentative au niveau national et agrée en application de l'article L. 811-1* »[616] afin de leur permettre d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par les consommateurs dans leurs relations avec les professionnels, à « *l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de service, ou lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles au sens du titre II du livre IV du code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* ». Dès lors qu'un professionnel cause un dommage à un groupe de consommateurs, ces derniers peuvent bénéficier de la procédure de l'action de groupe pour obtenir la réparation de leurs préjudices. De tels préjudices peuvent résulter de fautes commises à l'occasion du processus contractuel[617] comme ils peuvent résulter de la mise en œuvre d'une entente ou d'un abus de domination au sens du droit des pratiques anticoncurrentielles. Pour le dernier cas de figure, la mise en œuvre de l'action de groupe ne pourra se faire que lorsque le manquement au droit des pratiques anticoncurrentielles ait déjà été constaté par un juge[618]. En dehors de ces cas de figure, il n'est pas reconnu aux associations de consommateurs le pouvoir d'intenter des actions de groupe pour la réparation de n'importe quels autres préjudices. On conclura que l'action de groupe n'est simplement ouverte qu'aux relations entre professionnels et consommateurs et se donne pour finalité la réparation des préjudices matériels subis par les consommateurs.

236. Des préjudices subis par des consommateurs. Précision est faite aux termes de l'article L. 623-2 du code de la consommation que « *l'action de groupe ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs* » placés dans une situation similaire ou identique. L'emploi des notions de préjudice et de dommage est une résultante de la consécration par le législateur de la distinction proposée en doctrine entre la notion de dommage et celle de préjudice[619]. Le dommage constitue l'atteinte

---

616 L. FRANÇOIS-MARTIN, I. DAULOUÈDE, « L'introduction de l'action de groupe en droit français : entre risque et incertitude pour les entreprises », *Contrats, conc. consom.* mai 2014, n° 5, dossier 5.

617 V. REBEYROL, « La nouvelle action de groupe », *D.* 2004, p. 940.

618 *Ibid.*

619 *Ibid.*, citant « L. CADIET, « Les métaphores du préjudice », in *Les métaphores de la responsabilité*, PUF 1998, p. 37 s ; P. BRUN, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Litec 2014 ; Y. LAMBERT-FAIVRE et S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel : système d'indemnisation*, 7e éd., 2011, D., coll. Précis, 960 p. ; P. LE

… / …

matérielle subie tandis que le préjudice traduit les conséquences de cette atteinte. La distinction ainsi opérée a pour conséquence d'exclure du champ de l'action de groupe la réparation des conséquences d'un dommage corporel[620]. L'action de groupe de l'article L. 623-1 ne peut en réalité servir que pour la réparation des préjudices patrimoniaux résultant de dommages non corporels. La limitation du préjudice réparable par ce texte n'a pas manqué de soulever des griefs d'inconstitutionnalité. Le projet de loi porteur de ce texte a été suspecté d'inconstitutionnel en ce qu'il réserve aux associations le monopole de l'action de groupe et qu'il opère une limitation de la nature du préjudice réparable. Pour autant, dans sa décision en date du 13 mars 2014[621], le Conseil constitutionnel n'a pas suivi cette voie. Il a en effet considéré que l'action de groupe n'empêche pas en réalité la possibilité de demander la réparation des autres types de préjudices en ce :

> « Qu'elle ne permet simplement pas de bénéficier d'une facilité processuelle identique à celle qui profite à la réparation des préjudices matériels, sans violer donc aucune règle d'égalité ou créer des discriminations. »[622]

Ne dérogeant pas au « *dogme indemnitaire* », la réparation visée par l'action de groupe de droit de la consommation couvre à la fois les « *pertes subies, les gains manqués et les paiements d'intérêts* »[623]. S'agissant d'un contentieux de masse, la question de l'évaluation du préjudice réparable s'est naturellement posée. L'idée d'une « *évaluation approximative* » a été proposée[624] car étant beaucoup plus adaptée à ce type de contentieux. Mais, au regard des textes ayant consacrés l'action de groupe, cette idée semble être admissible[625]. Cette technique d'évaluation est le plus souvent invoquée dans le contentieux des préjudices concurrentiels[626]. En tout état de cause, l'action de groupe de droit de la consommation comme son nom l'indique est uniquement réservé aux consommateurs.

TOURNEAU et *alii*, *Droit de la responsabilité civile et des contrats*, 9e éd., 2012, D., coll. Dalloz action, 2162 p. ».

620 *Ibid.*

621 Cons. const., 13 mars 2014, déc. n° 2014-690 DC.

622 M. DEPINCÉ, D. MAINGUY, *L'introduction de l'action de groupe en droit français, J.-Cl. com.* mars 2014, fasc. 979.

623 L. NICOLAS-VULLIERME et S. PIETRINI, « Action de groupe « à la française », *J.-Cl. conc. consom.* 27 oct. 2016, fasc. 15-10.

624 S. CARVAL, « L'estimation du montant des préjudices concurrentiels », *D.* 2015, p. 1290.

625 M. J. AZAR-BAUD et S. CARVAL, « L'action de groupe et la réparation des dommages de consommation : bilan d'étape et préconisations », *D.* 2015, 2136.

626 B. LEHAIRE, *L'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles : pour un recours effectif des entreprises et des consommateurs en droit français et canadien*, 2014, thèse, Université de la Rochelle, p. 273 s ; S. CARVAL, « L'estimation du montant des préjudices concurrentiels. Un possible apport de la directive n° 2014/104 au droit commun de la responsabilité », *D.* 2015, p. 1290 ; M. CHAGNY et S. CARVAL, « La directive sur les actions en dommages et intérêts en cas de pratiques anticoncurrentielles », *Bulletin de droit économique-Université de Laval* 2015, p. 1, spéc. p. 8

237. Une action limitée aux personnes physiques. La limitation de l'action de groupe aux personnes physiques n'apparait pas à première vue dans le dispositif légal. Elle se déduit de la notion de consommateur employée par le législateur. L'action de groupe étant réservée aux associations de consommateurs, seules les victimes ayant la qualité de consommateur[627] pourront se joindre à la procédure. Au sens de l'article préliminaire de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, est consommateur « *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* »[628]. Toute personne n'ayant pas la qualité de consommateur ne saurait bénéficier de la procédure de l'action de groupe. Ce bénéfice n'est donc pas accordé aux petits professionnels qui auraient certainement besoin de cette faculté processuelle. Cependant, le seul fait de viser les personnes physiques n'est pas un obstacle en soi. Pour le contourner, il suffit juste que les représentants ou les associés d'une société agissent en leur nom propre pour exiger du partenaire professionnel la réparation du préjudice qui leur est personnel dans le cadre de la procédure de l'action de groupe[629].

238. Une action en responsabilité dirigée contre un ou plusieurs professionnels. L'action de groupe de droit de la consommation est une action en justice qui ne peut être dirigée que contre un ou plusieurs professionnels pour l'obtention de la réparation des dommages subis par un groupe de consommateur sur la base de la violation d'une obligation légale ou contractuelle. En tant telle, cette action s'apparente en une action en responsabilité civile[630] dirigée contre un ou plusieurs professionnels. Cette lecture est confortée par les termes de l'article L. 623-1 qui ne vise que des cas de responsabilité civile. Ce texte conditionne le succès de l'action de groupe à l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité. La faute est caractérisée par le manquement d'un professionnel à ses obligations légales ou contractuelles. De cette faute doit naître un dommage causant un préjudice à un groupe de consommateurs. Cette lecture est également confortée par l'article L. 623-4 qui mentionne à deux reprises la « *responsabilité du professionnel* ». L'action de groupe de droit de la consommation est donc une action en responsabilité civile. Dès lors, il se pose la question de savoir si toutes les actions en responsabilité civile dont disposent les consommateurs peuvent donner lieu à des actions de groupe. On pense par exemple à

---

627 A-S. CHONÉ-GRIMALDI et L. RASCHEL, « L'action de groupe à la française : tout vient à point à qui sait attendre ! », *Rep. Civ. et assur.* mai 2014, n° 5, étude 4.

628 https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000028738036&categorieLien=id, consulté le 20 juin 2018.

629 D. MAINGUY, M. DEPINCE, *art. préc.*

630 M. BACACHE, « Action de groupe et responsabilité civile », *RTD civ.* 2014, p. 450.

l'action prévue à l'article L. 216-2 du code de la consommation qui admet le consommateur à prétendre à la résolution et à la restitution du prix payé en cas de manquement du professionnel à son obligation de livraison. On pense également à l'article L. 311-48 du code de la consommation qui, en matière de crédit à la consommation, dispose que le prêteur qui agit sans respecter ses obligations légales est déchu du droit aux intérêts. La particularité de ces actions réside dans le fait qu'elles ne sont pas des actions en responsabilité civile. En conséquence, elles doivent normalement être exclues du champ d'application de l'action de groupe de droit de la consommation. Cependant, des auteurs estiment que :

> « Les termes réparation et de responsabilité qui figurent dans les textes relatifs à l'action de groupe ne doivent pas être pris dans leur sens étroit. »

Ils préconisent en outre d'entendre du mot responsabilité le « *fait, pour le professionnel, de devoir assumer les conséquences civiles de sa faute* », et du mot réparation « *tous les moyens qui permettent de rétablir le consommateur dans ses droits* »[631]. Le champ d'application de l'action de groupe défini, il convient de s'intéresser à sa mise en œuvre.

B. Sa mise en œuvre

239. Les titulaires de l'action de groupe. Seules les associations désignées par l'article L. 811-1 du code de la consommation disposent du monopole de l'action de groupe de droit de la consommation. En conséquence, aucune autre association n'est recevable à exercer cette action. Aujourd'hui, sur le site[632] du ministère de l'Économie figurent 15 de ces associations habilitées à mettre en œuvre l'action de groupe de droit de la consommation. Il en résulte que la mise en œuvre de cette action de groupe est laissée entre les mains d'un petit nombre d'associations. Ce filtre associatif, même s'il ne paraît pas très démocratique[633], permet tout de même de ne pas se confronter aux difficultés constitutionnelles ou conventionnelles liées au principe selon lequel « *nul ne plaide par procureur* »[634]. Le choix exclusif des associations permet en outre d'éviter des demandes fantaisistes ou abusives. Une fois valablement intentée, l'action de groupe est appelée à donner lieu à un jugement qui sera rendu suivant deux procédures : une procédure classique et une autre spécifique

---

631 M. J. AZAR-BAUD et S. CARVAL, *art. préc.*

632 Liste et coordonnées des associations nationales, https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/Liste-et-coordonnees-des-associations-nationales, consulté le 20 juin 2018.

633 F. CABALLERO, « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *RTD civ.* 1985, p. 247.

634 D. MAINGUY et M. DEPINCÉ, *art. préc.*

240. La procédure classique de jugement. La spécificité de l'action de groupe à la française réside dans le fait qu'elle constitue une action unique en son genre. On sait pertinemment qu'en matière d'action de groupe, les différences de modèle sont notables. Si l'on tient compte du modèle américain de la class action ou du recours collectif québécois, deux phases sont à distinguer dans la procédure de jugement de l'action de groupe. La première phase du jugement consiste à l'examen de la recevabilité de l'action alors même que le groupe n'est pas encore constitué. La seconde phase correspond à l'appréciation de l'étendue de la responsabilité et de la réparation que le professionnel doit assumer. Dans cette dernière phase, deux mécanismes sont utilisés pour délimiter le groupe : le mécanisme de l'*opt in* et celui de l'*opt out*. Le premier mécanisme est celui par lequel la participation au groupe nécessite un accord explicite. Le second fait application de l'expression selon laquelle « *qui ne dit mot consent* ». L'action de groupe à la française ne relève d'aucun de ces modèles[635]. Elle constitue un modèle d'action de groupe à part entière. Ce modèle comporte une seule et unique phase. Dans cette phase le juge fait à peu près tout en même temps. Il apprécie la réunion des conditions d'engagement de la responsabilité du professionnel en fonction des cas individuels qui lui sont soumis par l'association requérante. S'il trouve que ces conditions sont réunies, il définit le groupe de consommateurs victimes et en fixe les conditions d'adhésion[636]. Le juge détermine pour chaque consommateur la nature et l'étendue du préjudice susceptible d'être réparé[637] avant de les informer de cette décision par des mesures qu'il juge adaptées et qui sont à la charge du professionnel[638]. Un certain délai est accordé aux consommateurs désireux d'obtenir la réparation de leur préjudice afin qu'ils adhèrent au groupe. Ce délai ne peut en aucune manière être inférieur à deux mois ni supérieur à six mois après la mise en œuvre des mesures de publicité[639]. L'adhésion au groupe est en quelque sorte un mandat « *aux fins d'indemnisation au profit de l'association requérante* »[640]. Cette adhésion ne doit aucunement être comptabilisée au titre des adhésions à l'association. C'est une adhésion pour l'exercice de l'action de groupe. Une fois l'action exercée et les résultats escomptés obtenus, le consommateur ne développe plus aucun lien avec l'association requérante. Le système retenu par le législateur conduit le consommateur, par une manifestation de volonté, à

---

635 N. MOLFESSIS, « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », *D.* 2014, p. 947.

636 Art. L. 623-4 C. consom.

637 Art. L. 623-5 C. consom.

638 Art. L. 623-7 C. consom.

639 Art. L. 623-8 C. consom.

640 Art. L. 623-9 C. consom.

adhérer ou non au groupe « *non pas avant mais après que le juge s'est prononcé sur les modalités de réparation du préjudice* »[641]. C'est une fois après que le groupe soit constitué que le professionnel se trouve dans l'obligation de procéder à la réparation des préjudices individuels subis par chaque consommateur[642]. Le déroulement de l'indemnisation se fera en l'absence du juge[643] tant que les choses se font normalement. L'intervention du juge n'est à supposer que lorsque survient une difficulté portant sur la mise en œuvre du jugement[644] ou lorsque le professionnel refuse sciemment de l'exécuter[645].

241. La procédure spécifique de jugement. À côté de cette procédure dite classique, le législateur a pris le soin de mettre en place une procédure spécifique. En effet, lorsque les manquements reprochés au professionnel se traduisent par une violation du droit des pratiques anticoncurrentielles, l'article L. 623-24 du code de la consommation précise que le succès de la mise en œuvre de la responsabilité du professionnel dans le cadre de l'action de groupe est subordonné au prononcé par les autorités ou juridictions nationales ou communautaires d'une décision non susceptible de recours à l'encontre du professionnel. C'est uniquement à partir de ce jugement que les associations de défense des consommateurs peuvent valablement intenter la procédure de l'action de groupe. Pour cela, il leur est accordé un délai de cinq ans à compter de la date de la décision définitive constatant le manquement au droit des pratiques anticoncurrentielles[646]. Dans la procédure spécifique de l'action de groupe, le schéma mis en place par le législateur témoigne d'un « *renversement de perspectives* »[647] qui se traduit par l'existence d'un lien de subordination entre l'Autorité de la concurrence et le juge judiciaire. Le législateur fait dépendre la décision du juge judiciaire sur celle de l'Autorité de la concurrence. L'action de groupe ne peut connaître une issue heureuse devant le juge judiciaire que lorsque l'Autorité de la concurrence constate un manquement au droit des pratiques anticoncurrentielles. Lorsque les faits reprochés aux professionnels ne sont pas constitutifs d'un manquement au droit des pratiques anticoncurrentielles, le juge judiciaire se trouve contraint de donner une suite défavorable à la procédure de l'action de groupe. Il en résulte qu'en matière d'action de groupe de droit de la consommation, il est incontestablement établi que « *l'autorité*

---

641 N. MOLFESSIS, *art. préc.*

642 Art. L. 623-18 C. consom.

643 A-S. CHONÉ-GRIMALDI et L. RASCHEL, *art. préc.*

644 Art. L. 623-19 C. consom.

645 Art. L. 623-16 C. consom.

646 Art. L. 623-25 C. consom. : « *L'action prévue à l'article L. 623-1 ne peut être engagée au-delà d'un délai de cinq ans à compter de la date à laquelle la décision mentionnée à l'article L. 623-24 n'est plus susceptible de recours* ».

647 N. MOLFESSIS, *art. préc.*

administrative tient le civil en l'état »[648]. Mais à y regarder de près, ce schéma traduit nettement la volonté du législateur de détourner l'action de groupe de sa vocation indemnisation en la mettant au service de la répression des pratiques anticoncurrentielles. Ce point de vue est par ailleurs conforté par l'opinion que se fait l'autorité régulatrice de la concurrence sur les actions privées, opinion selon laquelle :

> « L'action privée doit être un complément positif à l'action publique. En effet, si le développement des actions privées peut contribuer à renforcer la dissuasion à l'encontre des pratiques anticoncurrentielles, en faisant du citoyen, entreprise ou consommateur, un allié dans la lutte contre ces pratiques, cette nouvelle étape ne peut être franchie qu'à la condition de veiller à ce que la mise en œuvre des actions privées ne se fasse pas au détriment de l'efficacité des actions publiques de régulation de la concurrence. »[649]

En dépit du fait que l'Autorité de la concurrence n'est pas une juridiction au sens traditionnel du terme, il convient de noter que le rôle qui lui est dévolu dans le cadre de la procédure de l'action de groupe se limite à la seule constatation des manquements au droit des pratiques anticoncurrentielles. Une fois ce travail fait, tout le reste de la procédure relève de la compétence du juge judiciaire. Ce dernier est appelé à rendre une décision revêtue d'une certaine autorité.

242. L'autorité du jugement. L'action de groupe valablement intentée donne lieu à un jugement revêtu de l'autorité de la chose jugée « *à l'égard de chacun des membres du groupe dont le préjudice a été réparé au terme de la procédure* »[650]. L'autorité de la chose jugée à un effet relatif car elle s'impose uniquement aux membres du groupe dont le préjudice a été réparé. À l'inverse, elle ne s'impose pas aux membres dont le préjudice n'a pas été réparé. Ces derniers peuvent se prévaloir de son absence à leurs égards dans le cadre d'une action individuelle[651]. Elle ne s'impose non plus aux victimes qui n'ont pas adhéré au groupe. L'adhésion au groupe étant volontaire, les victimes qui n'ont pas voulu y procéder disposent d'une action individuelle. Cette action n'est pas reconnue aux membres du groupe qui ont déjà obtenu réparation par la procédure de l'action de groupe. Le succès de l'action de groupe purge le bénéfice de l'action individuelle des membres du groupe. L'action individuelle n'est également pas reconnue à une association ayant déjà obtenu gain de cause. Une association de consommateurs ne peut pas agir deux fois pour une même cause. Il leur est interdit, sous peine d'irrecevabilité, d'intenter une nouvelle action de

---

648 *Ibid.*

649 Cons. conc., Avis relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles, 21 sept. 2006, n° 63, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/classactions.pdf, consulté le 20 juin 2018.

650 Art. L. 623-28 C. consom.

651 Art. L. 623-29 C. consom : « *L'adhésion au groupe ne fait pas obstacle au droit d'agir selon les voies de droit commun pour obtenir la réparation des préjudices n'entrant pas dans le champ défini par la décision du juge* ».

groupe « *qui se fonde sur les mêmes faits, les mêmes manquements et la réparation des mêmes préjudices que ceux ayant déjà fait l'objet de jugement* »[652]. On conclura que l'action de groupe telle que présentée constitue un grand bond en avant en matière de protection des consommateurs. On garde bon espoir à ce que ce « *serpent de mer du droit de la consommation* »[653] vienne se reproduire sous les eaux du droit de la concurrence.

§ 2. LE NÉCESSAIRE RETOUR AU DROIT DE LA CONCURRENCE

243. L'intégration de l'action de groupe, une suite logique. L'exposé du modèle consumériste de l'action de groupe nous a permis de comprendre son déploiement en droit de la consommation. Cet exercice n'est pas dénué de sens dans la mesure où il s'avère indispensable pour asseoir les fondements de l'intégration de l'action de groupe en droit de la concurrence. Le droit de la consommation a inspiré le droit de la concurrence sur la notion de déséquilibre significatif. Cette inspiration ne doit pas s'arrêter à ce niveau. Le droit de la consommation ayant intégré l'action de groupe, la logique voudrait que le droit de la concurrence l'intègre également. Une telle démarche constitue une suite logique. L'action de groupe de droit de la consommation permet sans doute d'assurer l'effectivité des règles consuméristes destinées à la lutte contre les clauses abusives. De la même manière, l'intégration de l'action de groupe en droit de la concurrence permettrait de garantir l'effectivité de la lutte contre les pratiques abusives dans les rapports entre professionnels.

244. L'adaptation de l'action de groupe, la logique de la suite. Comme le droit de la concurrence s'est inspiré du droit de la consommation pour définir son déséquilibre significatif, la logique voudrait qu'il suive la même démarche en ce qui concerne l'action de groupe. Le législateur se doit donc de définir une action de groupe bâtie suivant les réalités du droit de la concurrence. Pour ce faire, il doit prendre le soin de bien définir le champ d'application de l'action groupe en tenant compte de la subdivision du droit de la concurrence en droit des pratiques anticoncurrentielles et droit des pratiques restrictives de concurrence. Il doit également prendre le soin de bien définir la procédure de l'action de groupe afin de la concilier avec celle applicable en droit de la concurrence. Cette tâche ne serait pas vaine car ne faisant que contribuer à l'effectivité du droit de la concurrence en termes de lutte contre les clauses abusives. Ceci étant, nous avons l'intime conviction que l'intégration de l'action de groupe en droit de la concurrence n'est qu'une question de

---

652 Art. 623-30 C. consom.

653 L'expression est empruntée à D. MAINGUY et M. DEPINCÉ, *art. préc.*

temps. Le droit de la concurrence n'étant pas un droit fermé, rien ne semble a priori s'opposer à une éventuelle consécration de l'action de groupe dans ce corps de règles. Par ailleurs, nombreux sont les arguments qui militent en faveur de l'intégration de l'action de groupe au sein de ses règles (A). C'est d'ailleurs pour cette raison que nous avons jugés utile de proposer les modalités de sa future transposition dans ce corps de règles (B).

A. Les arguments en faveur de l'intégration de l'action de groupe

245. Le droit de la consommation, une source d'inspiration. Vingt-cinq ans en arrière, il était hors de question pour un professionnel de prétendre au bénéfice des dispositions protectrices du droit de la consommation. La doctrine de l'époque s'était peu ou prou résignée à ce que :

> « Les mêmes causes, en droit des contrats en général et en matière de clauses abusives en particuliers, ne produisent pas les mêmes effets, ne provoquent pas les mêmes sanctions. »[654]

Les professionnels ne bénéficiaient pas de la protection contre les clauses abusives telle qu'établie dans le code de consommation. Mais, cela ne signifiait pas qu'ils étaient exposés à l'exploitation de leur partenaire en situation de puissance économique. À cette époque leur protection était en partie assurée par le droit de la concurrence et par le droit commun des obligations[655]. Par la suite, la Cour de cassation a amoindri les choses en estimant qu'un professionnel pouvait se prévaloir de la protection accordée par le droit de la consommation dès lors qu'il conclut un contrat en dehors de son activité professionnelle[656]. Pour la Cour de cassation, un professionnel qui agit en dehors de son activité professionnelle est exposé, au même titre qu'un consommateur, à d'éventuels déséquilibre contractuel. Ce professionnel n'a rien de particulier qu'un consommateur et mérite de ce fait le bénéfice des dispositions protectrices du droit de la consommation. Plus le temps passait, plus la question des clauses abusives dans les rapports entre professionnels devenait de plus en plus sérieuse. La protection accordée par le droit des obligations ne pouvait pas couvrir tous les besoins des professionnels en termes de protection contre les clauses abusives. Le caractère illégitime de cette protection auquel s'ajoute son ineffectivité[657] a poussé les pouvoirs publics à faire du droit de la concurrence un véritable

---

654 D. MAZEAUD et T. GENICON, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC* janv. 2012, n° 1, p. 276.

655 P. CRAMIER, « Essai sur la protection du contractant professionnel (en marge du droit de la concurrence 2e partie) », *LPA* juin 2000, n° 117, p. 4.

656 Cass. 1er civ., 24 janv. 1995, Bull. civ. I, n° 54 ; D. 1995, jur. p. 327 note G. PAISANT et somm. p. 221, obs. P. DELEBECQUE (contrat de fourniture d'énergie électrique souscrit par une entreprise d'imprimerie).

657 P. CRAMIER, *art. préc.*

terreau d'accueil des dispositions protectrices contre les clauses abusives. C'est ainsi que la loi du 4 août 2008, dite loi de modernisation de l'économie est, comme son nom l'indique, venue moderniser les règles s'appliquant aux rapports entre professionnels[658]. De cette modernisation est né un article dont la vocation est de sanctionner la pratique de déséquilibre significatif dans les rapports entre professionnels. Il s'agit en effet du très célèbre article L. 442-6, I, 2°, qui engage la responsabilité du professionnel qui soumet ou tente de soumettre son partenaire commercial à des déséquilibres significatifs. Par cette consécration, le législateur a finalement compris que les professionnels ont, au même titre que les consommateurs, besoin d'outils juridiques leur permettant de se prémunir contre les clauses abusives. Par cette consécration, la doctrine n'a pas manqué de souligner l'hommage rendu à la partie faible dans les rapports commerciaux allant même jusqu'à assimiler l'avènement de la loi du 4 août 2008 à « *un grand soir de la protection contre les clauses abusives* »[659]. Le législateur s'est donc inspiré du droit de la consommation pour faire du droit de la concurrence un terreau d'accueil de la protection contre les clauses abusives. L'article L. 442-6, I, 2° n'est rien d'autre que la version [droit de la concurrence] de l'article L. 212-1 du code de la consommation. Ces deux textes partagent la même philosophie. Le texte consumériste tire sa raison d'être du fait que le consommateur, « *en raison de sa situation économique, sociale, voire intellectuelle* », ne peut pas négocier librement le contenu du contrat qui est unilatéralement défini par le professionnel[660]. Cette modalité particulière de conclusion du contrat l'expose à d'éventuels déséquilibres contractuels. Le texte du code de commerce tire sa raison d'être du fait que le professionnel, en raison de sa situation économique, peut se retrouver dans les mêmes situations qu'un consommateur devant un autre professionnel en situation de puissance économique[661]. En l'absence du bénéfice d'une disposition similaire à celle consumériste, ce dernier sera sans doute exposé à d'éventuels déséquilibres contractuels[662]. Par ailleurs, il a juste titre été observé que le texte du code de commerce « *prend son origine dans la volonté de protéger le faible contre le fort, de lutter contre la loi du plus fort* »[663]. Par cette consécration, le législateur nous apprend que désormais les mêmes situations contractuelles appellent le même traitement juridique et que :

---

658 X. DELPECH, « LME : renforcement du mécanisme de lutte contre les clauses abusives », *D.* 2008, p. 2220.

659 D. MAZEAUD et T. GENICON, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC* janv. 2012, n° 1, p. 276.

660 *Ibid.*

661 *Ibid.*

662 Y. UTZSCHNEIDER et A. LAMOTHE, « Que penser d'une règle de protection contre les clauses abusives dans le code de commerce ? », *RDC* juill. 2009, n° 3, p. 1261.

663 D. MAZEAUD et T. GENICON, *art. préc.*

> « Les mêmes causes, quel que soit le statut économique du contractant, produisent les mêmes effets,…les mêmes clauses conduisent aux mêmes sanctions, indépendamment du statut juridique des contractants auxquels la clause litigieuse nuit ou profite. »[664]

Si le législateur s'est inspiré de la politique consumériste de lutte contre les clauses abusives pour élaborer un véritable droit de la concurrence soucieux de la protection du faible, c'est qu'il estime que le droit de la consommation est une source sûre en la matière.

246. Une source sûre. En matière de lutte contre les clauses abusives, le droit de la concurrence dispose d'une source d'inspiration depuis que le Conseil constitutionnel a considéré que

> « La notion de déséquilibre significatif est définie en des termes suffisamment clairs et précis en raison de l'interprétation jurisprudentielle qui en est faite en droit de la consommation *» et «* qu'en outre, la juridiction saisie peut, conformément au sixième alinéa du paragraphe III de l'article L. 442-6 du code de commerce, consulter la commission d'examen des pratiques commerciales composée de représentants des secteurs économiques intéressés. »[665]

Cette décision du Conseil a créé les liens du mariage[666] entre droit de la consommation et droit de la concurrence en termes de lutte contre les clauses abusives. De cette union solennelle est né l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce. Ce texte est à inscrire dans la suite d'une logique de protection du professionnel contre les clauses abusives. Le législateur s'est finalement rendu compte qu'un professionnel peut être dépendant, dominé ou contraint à accepter des déséquilibres contractuels dans des contrats de longue durée[667]. C'est pour cette raison qu'il a mis en place un dispositif le protégeant du début à la fin de son activité commerciale. Ce professionnel est d'abord protégé contre le risque d'entreprendre à travers l'obligation d'information de l'article L. 441-6 du code de commerce. Il est ensuite protégé contre les engagements manifestement disproportionnés à travers l'article L. 442-6, I, 1° et contre les déséquilibres significatifs à travers l'article L. 442-6, I, 2°. Il est enfin protégé contre la menace de rupture et la rupture brutale de sa relation commerciale avec son partenaire commercial à travers les articles L. 442-6, 4° et L. 442-6, 5°. On mesure bien l'évolution de cette logique de protection du faible dans les rapports commerciaux. Cette évolution doit nécessairement poursuivre son cours pour favoriser l'intégration de l'action de groupe en droit de la concurrence. De L'union solennelle entre droit de la consommation et droit de la concurrence doit aussi naître

---

664 *Ibid.*

665 Déc. n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2010-85-qpc/decision-n-2010-85-qpc-du-13-janvier-2011.52179.html#, consulté le 21 juin 2018.

666 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 », *Contrats, conc. consom.* mars 2011, n° 3, étude 5.

667 D. MAZEAUD, T. GENICON, *art. préc.*

l'action de groupe de droit de la concurrence. Le droit de la concurrence a beau œuvré pour son effectivité mais n'y parvient toujours pas. Cela est dû en partie au fait que les destinataires de ses dispositions protectrices hésitent, par crainte de représailles économiques ou pour tout autre motif, à agir contre les auteurs des pratiques abusives. Il n'est donc pas sans importance de mettre à leur disposition la procédure de l'action de groupe afin de leur permettre de se regrouper pour mettre en œuvre ensemble les actions qu'ils tirent de la violation du droit de la concurrence. L'intégration de l'action de groupe en droit de la concurrence est donc utile pour l'efferctivité des règles du droit de la concurrence. Cette intégraion semble être faisable dans la mesure où l'action de groupe n'est en aucune façon embastillée dans les geôles du droit de la consommation.

247. L'ouverture de l'action de groupe. L'action de groupe ne relève pas du monopole du droit de la consommation. Les propositions favorables à son extension témoignent de son ouverture[668]. Les auteurs de son introduction en droit de la consommation avaient émis le souhait de son extension dans d'autres domaines du droit. Ainsi, il est prévu à l'article 2, VI, de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation que :

> « Trente mois au plus tard après la promulgation de la présente loi…le gouvernement…envisage…les évolutions possibles du champ d'application de l'action de groupe, en examinant son extension aux domaines de la santé et de l'environnement. »[669]

Suivant cette logique, la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle est venue semer de « nouvelles graines dans l'ADN législatif »[670]. Elle dispose dans son article 60 que :

> « L'action de groupe est applicable aux actions suivantes :
> 1° L'action ouverte sur le fondement de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre la discrimination ;
> 2° L'action ouverte sur le fondement des articles L. 1134-6 à L. 1134-10 du code du travail ;
> 3° L'action ouverte sur le fondement de l'article L. 142-3-1 du code de l'environnement ;
> 4° L'action ouverte sur le fondement du chapitre III du titre IV du livre Ier de la première partie du code de la santé publique ;
>
> 5° L'action ouverte sur le fondement de l'article 43 ter de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. »

---

668 Proposition de loi n° 811 du 25 juill. 2013, visant à instaurer un recours collectif en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités, Sénat : https://www.senat.fr/leg/ppl12-811.html ; Proposition de loi n° 1692 du 14 janv. 2014 visant à instaurer une action de groupe étendue aux questions environnementales et de santé, AN : http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion1692.asp ; proposition de loi n° 1699 du 14 janv. 2014 instaurant une action de groupe en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités, AN : http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion1699.asp, consulté le 21 juin 2018.

669 https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000028738036&dateTexte=, consulté le 21 juin 2018.

670 P. ADAM, « L'action de groupe discrimination », *Dr. soc.* 2017, p. 638.

Cette disposition ne mentionne pas le droit de la concurrence qui y a pourtant sa place. En effet, le droit de la concurrenc répond parfaitement au critère de l'action de groupe. De sorte que, si le législateur a pu l'ouvrir en droit de l'environnement, il pourrait aussi l'ouvrir en droit de la concurrence. Les conditions de mise en œuvre de cette action définie aux termes de l'article L. 142-3-1 du code de l'environnement se trouvent réunies en droit de la concurrence dans la mesure où dans ce corps de règles, plusieurs personnes placées dans une situation similaire peuvent subir des préjudices résultant d'un dommage causé par le manquement d'un professionnel à ses obligations légales ou contractuelles. En outre, vu l'évolution de la politique de lutte contre les clauses abusives qui s'y mène, le droit de la concurrence ne semble pas s'opposer à l'intégration de l'action de groupe.

248. Le droit de la concurrence, un terreau favorable à l'action de groupe. Le droit de la concurrence est un corps de règles en perpétuelle quête d'effectivité. C'est pour cette raison qu'il intègre pas mal d'outils et de mécanismes juridiques lui permettant d'y parvenir. Il a intégré le déséquilibre significatif de l'article L. 212-1 du code de la consommation faisant de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce le reflet de la disposition consumériste de lutte contre les clauses abusives. Qu'est-ce que l'article L. 442-6, I, 2° n'a pas reçu comme critiques[671] ? Ces critiques n'ont pas empêché au texte de donner vie à l'article L. 442-6 du code de commerce. Sous son fondement, le contrôle des contrats lésionnaires devient une

---

671 M. BÉHAR-TOUCHAIS, « un déséquilibre à deux vitesses », *JCP G* mai 2015, doctr. 603 où l'auteure estime que ce texte a été qualifié de « *machine à hacher le droit* » (du même auteur, « Première sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce va-t-il devenir « *une machine à hacher le droit* » ? », *RLC* 2010/23, p. 43 et s) ou d' « *arme de destruction massive* » (M. CHAGNY, « Le nouveau droit de la concurrence : quel impact sur les relations commerciales ? », *Contrats, conc. consom.* 2008, alerte 70) en ce qu'il donne aux juges un immense pouvoir. Elle estime en outre que ce texte permet « *de s'attaquer à des clauses banales de notre arsenal juridique (clause résolutoire de plein droit, clause pénale, clause de paiement par virement etc…), de faire entrer sans difficulté par la petite porte la théorie de l'imprévision, qui a mis tant de temps à arriver jusqu'au législateur, ou encore, il ébranle le principe de notre Code civil de 1804, selon lequel la lésion ne vicie pas les conventions, sauf cas prévus par la loi, alors qu'avec le déséquilibre significatif la lésion est au pouvoir du juge* ». Elle finit par dire que « *Rien ne sert cependant de lutter contre le déséquilibre significatif car déjà l'article 1169 du Code civil, qui pourrait naître du projet de réforme du droit des contrats, est en embuscade et prévoit qu'« une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée ». Ce texte, quant à lui, ne prévoit qu'une analyse clause par clause et non un contrôle de la lésion* » (R. AMARO, « le déséquilibre significatif en droit commun des contrats ou les incertitudes d'une double filiation », *Contrats, conc. consom.* 2014, étude 8 ; P. STOFFEL-MUNCK, « Les clauses abusives : on attendait Grouchy… », *Dr. et patrimoine* oct. 2014, n° 240, p. 56 ; R. BOFFA, « Juste cause (et injuste clause) », *D.* 2015, p. 335 ; M. MALAURIE-VIGNAL, « Faut-il avoir peur du déséquilibre significatif », *Contrats, conc. consom.* juill. 2015, n° 7, étude 9 : L'auteure nourrit une certaine inquiétude : « *L'inquiétude ne vient non pas du texte ou de non application par les juges. L'inquiétude vient du rôle confié désormais à l'administration (la DGCCRF) avec la loi Hamon. Elle est désormais dotée d'un pouvoir d'injonction adressé à tout professionnel de se conformer aux exigences posées par le titre IV du livre IV du Code de commerce (lequel inclut l'article L. 442-6), de cesser tout agissement illicite ou de supprimer toute clause illicite* ».

réalité[672]. Qu'est-ce que l'action de groupe n'a pas suscité comme craintes et incertitudes[673] ? Pourtant, ces craintes et incertitudes ne lui ont pas empêché d'intégrer le droit français. C'est pour toutes ces raisons que nous estimons que l'action de groupe a sa place en droit de la concurrence.

249. Les bienfaits de l'intégration de l'action de groupe en droit de la concurrence. L'intégration de l'action de groupe en droit de la concurrence nous paraît opportune pour plusieurs raisons. L'action de groupe constitue un excellent moyen de lutte contre les fautes lucratives. Par fautes lucratives, il convient de retenir le faire consistant pour un agent économique à violer sciemment la règle de droit pour en tirer un quelconque profit. La violation de la règle de droit peut avoir une faible incidence pour chaque victime prise isolément, laquelle, dissuadée par la crainte, le coût et surtout la lourdeur de la procédure, n'exercera aucune action[674]. Mais, le cumul des profits sera largement bénéfique pour le professionnel[675]. Partant de ce constat, l'introduction de l'action de groupe en droit de la concurrence permettra :

> « De ne pas laisser sans réponse des fautes rentables pour les opérateurs économiques causant des dommages de montants relativement faibles mais qui se réalisent à une échelle collective et perturbent l'équilibre du marché. »[676]

L'action de groupe est en plus un moyen de protection de l'ordre public économique dans la mesure où elle encourage « *les pratiques vertueuses* »[677]. Son effet dissuasif peut pousser les opérateurs économiques à se conformer aux exigences du droit de la concurrence. Ce qui pourra leur procurer un avantage compétitif par rapport à leurs concurrents qui ne respectent pas les normes en vigueur[678]. Pour les victimes des pratiques abusives, l'action de groupe a pour conséquence principale de leur fournir un « *effet levier extraordinaire à leur réclamation* »[679]. Elle permet de rétablir l'égalité au cours du procès[680] vu que les entreprises

---

672 M. CHAGNY, « Le déséquilibre significatif financier sanctionné par la cour d'appel de Paris », *RTD com.* 2015, p. 492.

673 Y. STRICKLER, L. BORÉ, « Faut-il avoir peur de l'action de groupe ? », *Revue de droit* d'Assas févr. 2014, p. 15 ; D. HOUTCIEFF, « Les class action devant le juge français : rêve ou cauchemar ? », *LPA* juin 2005, p. 42 ; N. MOLFESSIS, *art. préc.* ; S. AMRANI-MEKKI, « L'action de groupe du XXIe siècle, un modèle réduit et réducteur ? », *JCP* 2015, p. 1196 ; L. FRANÇOIS-MARTIN, I. DAULOUEDE, « L'introduction de l'action de groupe en droit français : entre risque et incertitude pour les entreprises », *Contrats, conc. consom.* mai 2014, n° 5, dossier 5.

674 V. REBEYROL, *art. préc.*

675 H. TEMPLE, « « *Class action* » et économie de marché », *JCP G* juin 2005, n° 22, act. 284.

676 B. LAPÉROU-SCHENEIDER, « De la nature répressive de l'action de groupe et de son extension en droit du travail », *Dr. soc.* 2015, p. 256

677 V. REBEYROL, *art. préc.*

678 *Ibid.*

679 F. LAROCHE-GISSEROT, « Les class actions américaines », *LPA* juin 2005, n° 115, p. 7.

qui s'affranchissent des règles du droit de la concurrence sont le plus souvent des entreprises économiquement puissantes. On conclura que la nécessité de l'action de groupe dans le contentieux du droit de la concurrence n'est plus à prouver. Il reste juste à penser les conditions de sa mise en œuvre pour réduire les tâches du législateur lors de son insertion dans le code de commerce.

B. Une mise en œuvre à définir

250. Le champ d'application de l'action de groupe. La mise en œuvre de l'action de groupe doit être définie en tenant compte des spécificités du droit de la concurrence. Pour ce faire, il est important de bien distinguer son champ d'application matériel de son champ d'application personnel.

251. Le champ d'application matériel. En droit de la consommation, le champ d'application de l'action de groupe est cantonné :

> « À la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles. »

De la même façon, le champ d'application de l'action de groupe de droit de la concurrence doit être cantonné à :

> « La réparation des préjudices individuels subis par des victimes placées dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles à l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services ou lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles au sens du titre II du livre IV du code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et ou des pratiques visées aux termes de l'article L. 442-6 du code de commerce. »

L'action de groupe de droit de la concurrence doit d'abord être ouverte en cas de manquement d'un professionnel à ses obligations légales ou contractuelles à l'occasion d'un partenariat commercial. La formule à employer doit être large pour que la future disposition puisse permettre l'appréhension d'un grand nombre de pratiques abusives dans les rapports entre professionnels. L'action de groupe de droit de la concurrence ne doit ensuite porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les victimes. Seront donc exclus de son champ d'application, les préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux résultant d'un dommage corporel.

252. Le champ d'application personnel. L'action de groupe de droit de la concurrence doit être dirigée vers les auteurs des manquements concurrentiels. Elle doit donc appartenir aux entreprises victimes de ces manquements. Dès lors, nous recommandons à ce que ces

---

680 V. REBEYROL, *art. préc.*

dernières soient bien identifiées. Cette recommandation a son importance car le droit de la concurrence n'a pas l'habitude de dire qui est victime et qui ne l'est pas. Que ça soit en droit des pratiques anticoncurrentielles ou en droit des pratiques restrictives de concurrence, aucune référence n'est faite quant à la notion de victime. Seule la sanction du manquement concurrentiel intéresse le législateur. L'article L. 420-3 du code de commerce sanctionne par la nullité, sans aucune précision sur la victime, tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique anticoncurrentielle. L'article L. 442-6 sanctionne par la responsabilité civile l'auteur d'une pratique restrictive de concurrence sans aucune précision sur la victime d'une telle pratique[681]. Il est donc important à ce que soient bien identifiés les titulaires de la future action de groupe de droit de la concurrence afin d'éviter que son champ d'application empiète sur celui de l'action de groupe de droit de la consommation, laquelle vise déjà la réparation des préjudices pouvant avoir pour cause un manquement au droit au droit des pratiques anticoncurrentielles.

253. Les modalités d'exercice de l'action de groupe. L'action de groupe de droit de la consommation doit son succès à la représentation associative. Cette technique de représentation n'est cependant pas ce qu'il faut pour le succès de l'action de groupe de droit de la concurrence.

254. Le risque d'insuccès de la représentation associative. Le modèle d'action de groupe que nous proposons en droit de la concurrence doit s'inscrire dans une logique de protection du marché et du fonctionnement de la concurrence. L'action de groupe de droit de la concurrence doit considérablement contribuer à l'effectivité de ce corps de règles en renforçant la protection du marché et des opérateurs économiques[682]. Il est donc important qu'elle se démarque de l'action de groupe de droit de la consommation qui est destinée à renforcer la protection des consommateurs. L'action de groupe de droit de la consommation est placée entre les mains des seules associations de consommateurs visées par le législateur pour leur permettre d'agir en force. Ce modèle associatif ne saurait prospérer en droit de la concurrence dans la mesure où il risque de créer une sorte de « *goulot d'étranglement* »[683] dans la mise en œuvre des actions tirées de sa violation. À la différence des titulaires de l'action de groupe de droit de la consommation, les titulaires de l'action de groupe de droit de la concurrence doivent être des entreprises. Il en résulte qu'il sera très difficile voire impossible de les regrouper au sein d'une association. Comme

---

681 B. LEHAIRE, *op. cit.*, p. 105.

682 F. BRUNET, A. DUPUIS et E. PAROCHE, « L'action de groupe : l'indemnisation des consommateurs favorisée au détriment de la détection des cartels », *D.* 2014, p. 1600.

683 M. J. AZAR-BAUD et S. CARVAL, *art. préc.*

alternatif à la représentation associative, on pourrait, peut être, songer aux organisations professionnelles. L'article L. 470-7 du code de commerce leur donne possibilité d'intenter une action en justice « *pour les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession ou du secteur qu'elles représentent, à la loyauté de concurrence* ». Mais, nous avons bien peur que ces organisations ne puissent pas faire l'affaire. Car, à la différence de la représentation associative qui est une représentation par nature homogène en ce qu'elle est essentiellement composée de consommateurs victimes de clauses abusives, la représentation par les organisations professionnelles risque de créer un certain nombre de conflits d'intérêts. Les organisations professionnelles ne regroupent pas que les entreprises victimes de pratiques abusives. Elles peuvent regrouper à la fois les victimes et les auteurs de telles pratiques. Une telle symbiose ne milite pas en faveur d'un exercice adéquat de l'action de groupe de droit de la concurrence. Le représentant de l'organisation professionnelle peut faire l'objet de virulente menace de la part des auteurs des faits illicites qui sont le plus souvent des entreprises dotées d'une puissance économique non négligeable. Les entreprises victimes ne sont également pas épargnées des menaces de ces entreprises fautives qui peuvent leur promettre de leur réserver de longues et dures représailles économiques si elles s'aventuraient à déclencher la procédure de l'action de groupe de droit de la concurrence. Le schéma de la représentation associative n'est donc pas ce qu'il faut pour la bonne mise en œuvre de la future action de groupe de droit de la concurrence.

255. La technique de représentation proposée. La mise en œuvre de la future action de groupe de droit de la concurrence doit être confiée aux avocats comme l'a si bien estimé un auteur[684]. La technique de la représentation par avocat a le mérite de garantir un exercice systématique de cette future action de groupe. Elle offre une certaine homogénéité au groupe. L'on sait qu'à chaque fois que l'avocat agit, il le fait au nom et pour le compte exclusif des victimes de pratiques abusives. C'est cette représentation qui a d'ailleurs été recommandée dans la résolution du Conseil national des Barreaux relative à l'introduction de l'action de groupe en droit français[685]. Il ressort de cette résolution que le champ d'application de l'action de groupe ne doit pas être cantonné dans un domaine particulier du droit. Au contraire, il doit être général et ouvert, c'est-à-dire « *concerner tous les types de victimes (personnes physiques, morales, professionnels ou non) et de dommages (corporels, moraux, économiques, matériels)* »[686]. Il ressort également de cette résolution les modalités de la

---

684 B. LEHAIRE, *op. cit.*, p. 113.

685 Résolution du Conseil national des Barreaux, L'introduction de l'action de groupe en droit français, Paris, 6 et 7 juill. 2012, https://encyclopedie.avocats.fr/GED_BWZ/194145791232/cNB-Re2012-07-06.pdf, consulté le 23 juin 2018.

686 *Id.*, Résolution n° 1.

représentation du groupe. À ce titre, il est recommandé une démocratisation de la représentation du groupe afin que celle-ci ne relève pas du monopole associatif. Il est précisé que :

> « Le groupe doit pouvoir…être librement constitué, en dehors d'une association, par des personnes physiques ou morales victimes du fait justifiant l'action et décidant ensemble de recourir à un avocat. »[687]

Soucieux de l'enjeu financier que peut avoir une telle action et voulant parer l'éventuel développement d'une démarche spéculative, la résolution recommande en outre l'établissement obligatoire d'une convention d'honoraire. Celle-ci sera conclue conformément à la règlementation en vigueur en ce domaine. Cette convention pourra procéder à la détermination d'une « *répartition entre l'honoraire de base et un honoraire de résultat, selon des modalités qui seront définies par le Règlement intérieur national de la profession d'avocat* »[688]. Cette proposition nous paraît séduisante mais recèle une certaine coloration financière notamment en ce qui concerne les honoraires qui doivent être libres et comprendre un honoraire de résultat en plus d'un honoraire de base. Vu que les recours collectifs ont un enjeu financier non négligeable, l'avocat peut être amené à n'exercer que les actions collectives les plus rentables et à allonger les délais de procédure pour maximiser ses gains à l'heure[689]. Mais, cela ne constitue pas une raison suffisante pour jeter aux oubliettes ce projet d'action de groupe[690] ? Nous estimons que la dérive américaine relative à l'exercice de l'action de groupe par les avocats ne doit pas être une raison pour les y exclure. Il est possible de permettre aux avocats d'exercer l'action de groupe tout en limitant les éventuelles dérives[691].

---

687 *Id.*, Résolution n° 2.

688 *Id.*, Résolution n° 6.

689 B. LEHAIRE, *op. cit.*, p. 115.

690 A. GUÉGAN-LÉCUYER, « La qualité pour agir exclusivement réservée à certaines associations », *Gaz. Pal.* mai 2013, n° 136 ; A. PORTMANN, « Il est inacceptable de réserver l'exercice de l'action de groupe à 17 personnes morales », *D.* actu. 29 avril 2013 ; M. BABONNEAU, « Action de groupe : l'avant-projet de loi exclut les avocats », *D.* actu. 3 avril 2013 ; « Action de groupe : la profession tente de rallier les parlementaires à sa cause », *D.* actu. 31 mai 2013 ; J-D. BRETZNER, « Ombres et lumières autour de la « qualité pour agir » dans l'action de groupe », *Gaz. Pal.* mai 2013, n° 136 ; « Action de groupe : les avocats ne pourraient pas initier l'action », *Contrats, conc. consom.* févr. 2013, n° 2, alerte 6 ; « Action de groupe : les avocats en colère », *RLC* juin 2013, n° 105 ; M. J.AZAR-BAUD, « (In)action de groupe », *Gaz. Pal.* nov. 2016, n° 42, p. 52 ; O. DUFOUR, « Ce que les avocats doivent espérer (ou craindre) de J21 », *Gaz. Pal.* nov. 2015, n° 318, p. 3.

691 B. LEHAIRE, *op. cit.*, p. 115 et 116 où l'auteur précise qu' « *En droit québécois, l'avocat ne peut se prêter à ce type de dérives en raison de certaines dispositions du C.p.c.Q. L'article 1045 C.p.c.Q prévoit que le Tribunal peut accélérer la procédure si cela est dans l'intérêt des membres du groupe. L'article 1025 dispose que la transaction doit être approuvée par le Tribunal. L'article 1035 explique que les honoraires de l'avocat sont les deuxièmes imputées sur la somme obtenue par le groupe après les frais de justice et avant les réclamations des membres, ce qui garantit la solvabilité des membres pour l'avocat. L'article 1050.1 limite les honoraires en cas de condamnation aux dépens à un type d'honoraire en référence*

… / …

256. La procédure de l'action de groupe. Tout comme pour tout nouvel outil qui doit intégrer le droit de la concurrence, la procédure de l'action de groupe doit être bâtie en tenant en compte les spécificités de ce corps de règles. Pour rappel, il est précisé à l'article R. 623-1 du code de la consommation que l'action de groupe s'exerce en principe conformément aux dispositions du code de procédure civile. À cet effet, compétence territoriale est reconnue au tribunal de grande instance du lieu du domicile du défendeur. Lorsque ce dernier n'a ni domicile ni résidence connus ou demeure à l'étranger, compétence territoriale est reconnue au tribunal de grande instance de Paris[692]. L'action de groupe de droit de la consommation est donc affaire de tribunal de grande instance. Or, le contentieux du droit de la concurrence ne suit pas ce schéma organisationnel. Il répond plutôt à une logique de spécialisation Ses litiges relèvent de la compétence exclusive des juridictions spécialisées. De ce fait, le respect de cette logique de spécialisation s'imposera lors de la transposition de l'action de groupe dans ce corps de règles. Le juge compétent pour connaître de l'action de groupe de droit de la concurrence serait inéluctablement celui désigné par les articles R. 420-3, R. 420-4 et D. 442-3 du code de commerce. Pour la procédure de l'action de groupe relatif au contentieux né de l'application de l'article L. 442-6, la logique de l'article D. 442-3 voudrait que :

> « Le siège et le ressort des juridictions commerciales compétentes en métropole et dans les départements d'outre-mer soient fixés conformément au tableau de l'annexe 4-2-1. »

Pour la procédure de l'action de groupe relatif au contentieux né de l'application du droit des pratiques anticoncurrentielle, la logique des articles R. 420-3 et R. 420-4 voudrait que :

> « Le siège et le ressort des juridictions commerciales compétentes en métropole et dans les départements d'outre-mer soient fixés conformément au tableau de l'annexe 4-2. »

La cour d'appel de Paris étant la seule juridiction d'appel pour tout le contentieux civil né de l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles et de l'article L. 442-6. La prise en compte de la spécialisation dans la transposition de l'action de groupe en droit de la concurrence n'est donc pas dépourvue d'importance. Les litiges du droit de la concurrence étant déjà complexes. Le rajout d'une action de groupe dans ce type de contentieux ne fait que davantage complexifier les choses. L'idéal serait de confier ces litiges à des juges experts. Les litiges relatifs à l'application du droit de la concurrence nécessitent de ce juge une analyse économique du droit ainsi qu'une bonne maîtrise de la politique de concurrence. La spécialisation des juridictions est la seule mesure capable de garantir une application homogène du droit de la concurrence. Par ailleurs, la mise en œuvre de l'action

---

au Tarif des honoraires judiciaires des avocats. L'avocat-entrepreneur est ainsi détourné, au moins dans les textes, de toute logique marchande contraire aux intérêts du groupe ».

692 Art. R. 623-2 C. consom.

de groupe en droit de la concurrence pourrait se heurter à une autre difficulté. Il peut arriver que des tribunaux de petite taille ne puissent pas être en mesure de gérer ces longues et lourdes procédures pour défaut de moyens humains et matériels[693]. Pour pallier tout risque d'inefficacité de la future action de groupe, le législateur se doit donc de la conjuguer à tous les temps de la spécialisation. La question du juge compétent étant abordé, il faut alors se pencher sur celle des modalités de constitution du groupe que les avocats seront seuls à mesure de représenter.

257. Les modalités de constitution du groupe. Pour la constitution du groupe de consommateur dans la procédure de l'action de groupe de droit de la consommation, le législateur semble retenir le modèle de l' « *opt-in* » en vertu duquel le consommateur doit manifester son adhésion au groupe afin de prétendre à la réparation de son préjudice. L'action de groupe de droit de la concurrence devrait en revanche être bâtie sur le modèle de l'« *opt-out* » en vertu duquel l'entreprise victime de déséquilibre contractuel dispose de la possibilité de s'exclure du groupe, à défaut de quoi elle sera présumée participer à l'action de groupe sans s'être manifestée positivement. Le choix du modèle de la participation implicite est une garantie d'effectivité du droit de la concurrence en ce qu'il englobe le plus grand nombre de victimes et permet en conséquence de lutter contre l'inertie de la grande majorité des leurs[694]. Plus le nombre de victimes à l'action de groupe est élevé, plus la responsabilité de l'auteur de la pratique déséquilibrante devient dissuasive[695]. Un tel choix permet également à la victime d'opérer une mutualisation des coûts liés à la procédure[696]. Il permet enfin à la victime de pouvoir faire un choix entre l'action de groupe et l'action individuelle. Ce qui fera que toute victime qui n'est pas satisfaite du « *prêt à porter* » proposé par le jugement pourra préférer la voie de l'action individuelle afin de bénéficier d'une réparation « *sur mesure* »[697].

Conclusion du chapitre II

258. Constatations. Il est vrai que la protection de l'ordre public économique nécessite l'intervention de ses défenseurs naturels dans le contentieux du droit de la concurrence. Mais, cela ne doit surtout pas se faire sans les victimes des manquements concurrentiels.

---

693 B. LEHAIRE, *op. cit.*, p. 134.

694 *Ibid.*

695 *Ibid.*

696 *Ibid.*

697 *Ibid.*

Ces dernières ont un rôle à jouer dans ce contentieux puisqu'elles sont les premières à prendre connaissance de ces manquements.

259. Perspectives. Il est donc important de leur reconnaître la possibilité de se regrouper afin de pouvoir mettre en œuvre les actions qu'elles tirent de la violation des règles du droit de la concurrence. Cette reconnaissance pourrait contribuer au rééquilibrage des forces dans le contentieux du droit de la concurrence dans la mesure où l'action de groupe est de nature à donner aux victimes une certaine force leur permettant de faire face à n'importe quel grand opérateur économique auteur de manquement concurrentiel.

CONCLUSION DU TITRE II

260. Constations. L'ineffectivité des réponses du droit de la concurrence au déséquilibre contractuel est due au caractère restreint de leur champ d'application. En effet, les sanctions du droit de la concurrence ne servent à lutter contre le déséquilibre contractuel que lorsqu'il résulte d'un manquement concurrentiel. À vrai dire, ce sont les manquements concurrentiels qui sont visés par les sanctions du droit de la concurrence. Ces manquements peuvent donner lieu à des déséquilibres contractuels comme ils ne peuvent pas en donner lieu. L'ineffectivité des réponses du droit de la concurrence au déséquilibre contractuel est également due aux modalités de mise en œuvre des sanctions prévues par ce corps de règles. En tant que vecteur par excellence de l'ordre public économique, l'action tendant à la mise en œuvre des sanctions de la violation des règles du droit de la concurrence est en grande partie assurée par des autorités publiques. L'importance accordée à la protection de l'ordre public économique contre les manquements concurrentiels permet de justifier la prépondérance de la place des autorités publiques dans le contentieux du droit de la concurrence. Contrairement aux victimes de déséquilibre contractuel qui sont reléguées au second plan, les autorités publiques occupent une place de choix dans la mise en œuvre des actions destinées à la sanction de la violation des règles du droit de la concurrence. La relégation des victimes au second plan est en partie à l'origine de l'ineffectivité des réponses du droit de la concurrence.

261. Perspectives. Pour pallier l'ineffectivité des réponses du droit de la concurrence, il est important de procéder à un élargissement du champ d'application de ses sanctions suivie d'une redéfinition de leur condition de mise en œuvre. Pour ce faire, il est important de redéfinir les réponses du droit de la concurrence de façon à ce qu'elles permettent l'appréhension d'un grand nombre de cas de déséquilibres contractuels. En droit des pratiques restrictives de concurrence par exemple la limitation de la sanction du déséquilibre significatif aux relations de partenariat commercial ne milite pas en faveur d'une protection générale des professionnels contre le déséquilibre significatif. Il en est de même de la sanction de l'avantage manifestement disproportionné. Du moment où les mêmes clauses abusives produisent les mêmes effets, nous ne voyons pas l'utilité de limiter la protection aux seules relations de partenariat commercial. La disparition de cette exigence permettrait sans doute la protection de tous les professionnels contre les abus contractuels. En plus de l'élargissement du champ d'application des réponses, il est important de reconnaître aux victimes de déséquilibre contractuel la possibilité de se regrouper pour intenter ensemble les actions qu'elles tirent de la violation des règles du droit de la concurrence. L'intégration de l'action de groupe en droit de la concurrence

pourrait être une solution efficace à l'ineffectivité de ses réponses au déséquilibre contractuel.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

262. Constatations. L'étude des sanctions du droit de la concurrence et de leur modalité de mise en œuvre fait ressortir l'insuffisance des réponses de ce corps de règles au déséquilibre contractuel. Cette insuffisance est due au fait que la configuration des réponses du droit de la concurrence répond plus à une logique de protection de l'ordre public économique qu'à une logique de protection de la partie faible. En effet, les sanctions du droit de la concurrence, aussi diverses qu'elles soient, sont dans leur grande majorité tournées vers la protection de l'ordre public économique. Elles sont donc inadaptées au traitement du déséquilibre contractuel dans les rapports entre professionnels. En plus d'être inadaptées, ces sanctions sont mises en œuvre par des juridictions spécialisées. En droit de la concurrence, le contentieux du déséquilibre contractuel est non pas assuré par le juge naturel du contrat[698] mais par des juges spécialisés étrangers au contentieux contractuel. L'intervention de ces juges dans un contentieux à forte coloration contractuelle ne peut se justifier qu'au regard de la protection de l'ordre public économique. C'est également au nom de la protection de l'ordre public économique qu'est reconnu à certaines autorités publiques un droit d'action dans un contentieux à forte coloration contractuel[699]. C'est parce que ses sanctions et leur modalité de mise en œuvre sont configurées suivant une logique de protection de l'ordre publique économique que le droit de la concurrence offre des réponses inadaptées à la lutte contre le déséquilibre contractuel.

263. Perspectives. L'amélioration des réponses du droit de la concurrence au déséquilibre contractuel passe par une reconfiguration de ses sanctions et une redéfinition de leur modalité de mise en œuvre. Le droit de la concurrence ne manque pas de sanctions pouvant être utilisées efficacement dans la lutte contre le déséquilibre contractuel. Il englobe en son sein toutes les sanctions du droit commun des contrats : nullité, responsabilité, répétition de l'indu, réputation de non écriture. Le seul bémol est que ces sanctions ne sont pas utilisées dans une perspective de lutte contre le déséquilibre contractuel mais plutôt dans une perspective de lutte contre les manquements

---

698 I. LUC, « Droit de la concurrence et distribution : quel(s) rôle(s) pour le juge de droit commun ? », *Rev. Lamy dr. aff.* juin 2013, n° 83.

699 *Ibid.* où l'auteur estime que cette action a pour vocation de combler l'inaction des victimes qui « *ne souhaitent pas ou ne peuvent pas saisir les tribunaux civils afin d'obtenir la cessation des pratiques ou la nullité des contrats, par crainte de subir de représailles commerciales ou financières de leur cocontractant* ». Cette action n'a pas pour objet de protéger les partenaires commerciaux contre le déséquilibre contractuel. Elle a plutôt pour objet de « *faire cesser et de réparer le trouble occasionné à l'ordre public économique en obtenant la remise en l'état* ».

concurrentiels, lesquels ne se traduisent systématiquement pas par des déséquilibres contractuels. Dès lors, la lutte contre le déséquilibre contractuel en droit de la concurrence gagnerait en efficacité si le législateur met en avant les sanctions adaptées au traitement de ce phénomène. Elle gagnerait plus en efficacité, si le législateur reconnaît aux victimes de déséquilibre contractuel la possibilité d'intenter leur action en groupe. On retiendra que les réponses du droit de la concurrence au déséquilibre contractuel sont loin d'être efficaces. Toutefois, il est quand même utile de préciser qu'elles sont perfectibles à bien des égards.

DEUXIÈME PARTIE.

LA PERFECTIBILITÉ DES RÉPONSES

264. Plan. Le droit de la concurrence apporte certes des réponses au déséquilibre contractuel. Mais la réalité montre que ses réponses sont d'une certaine insuffisance. Cette insuffisance s'explique par le fait que le droit de la concurrence accorde beaucoup plus d'importance à la protection de l'ordre public économique qu'à la protection de la partie faible. Il faut dire qu'en droit de la concurrence, la protection de la partie faible n'est prise en compte que lorsqu'il y a une atteinte ou une tentative d'atteinte à l'ordre public économique. Il n'est dès lors pas sans importance de parfaire les réponses que ce coprs de règles apporte au déséquilibre contractuel. La perfectibilité des réponses du droit de la concurrence au déséquilibre contractuel passe d'abord et avant tout par leur diversification (Titre I). Une fois cet objectif atteint, il faut de suite penser à optimiser leur mise en œuvre (Titre II).

TITRE I.

LEUR DIVERSIFICATION

265. Plan. Pour diversifier les réponses du droit de la concurrence, il est nécessaire d'intensifier leur volet protection de la partie faible (Chapitre I). Le législateur doit dès lors mettre en place des dispositions permettant une meilleure protection de la partie faible durant tout le processus contractuel. Mais pour gagner en efficacité, ces dispositions doivent nécessairement faire l'objet d'une hiérarchisation (Chapitre II).

CHAPITRE I.

L'INTENSIFICATION DE LA PROTECTION DU FAIBLE

266. L'élargissement du périmètre de protection. Le droit de la concurrence est le vecteur par excellence de l'ordre public économique. Il constitue pour l'essentiel une traduction du libéralisme économique[700] raison pour laquelle il s'intéresse plus à la protection du marché qu'à la protection de la partie faible. Pour s'en rendre compte, il suffit juste de porter un regard attentif sur le droit des pratiques anticoncurrentielles et le droit des pratiques restrictives de concurrence. La configuration des textes du droit des pratiques anticoncurrentielles repose plus sur une logique de protection du marché que sur une logique de protection de la partie faible. Le contrôle opéré sur le fondement de ce corps de règles est un contrôle objectif. Il consiste à vérifier si le libre jeu de la concurrence sur le marché est faussé par certains comportements[701]. Ce n'est que dans l'affirmative que le droit des pratiques anticoncurrentielles pourra venir en aide à la partie faible. En l'absence d'une atteinte au marché, ce corps de règles n'aura pas vocation à s'appliquer, peu importe la gravité des comportements à l'origine du déséquilibre contractuel[702]. La mise en œuvre des règles du droit des pratiques restrictives de concurrence n'exige pas une atteinte au marché. Mais, cela ne signifie pas pour autant que ce corps de règles soit dépourvu d'une philosophie de protection du marché. Une lecture attentive de sa configuration permet de constater sa double philosophie de protection de la partie faible et de l'ordre public économique. En prohibant per se certaines pratiques sans exiger une entrave au libre jeu de la concurrence, le droit des pratiques restrictives de concurrence offre une protection directe à la partie faible. Mais en assurant la protection de cette dernière, le droit des pratiques restrictives de concurrence agit indirectement sur le marché. Cela revient à dire que le droit de la concurrence poursuit deux finalités peu ou prou différentes[703]. La

---

700 C. JAMIN, « Loi n° 96-588 du 1er juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales », *RTD civ.* 1996, p. 1009.

701 C. JAMIN, D. MAZEAUD, *Les clauses abusives entre professionnels*, 1998, Économica, coll. Études juridiques, 3, p. 56.

702 *Ibid.*

703 L. DONNEDIEU DE VABRES-TRANIÉ, C. MONTET, « Un droit de la concurrence : pour quoi faire ? », *Contrats, conc. consom.* déc. 2006, p. 22 où les auteures font la distinction entre les règles du droit de la concurrence ayant vocation de protéger la concurrence et celles ayant vocation à protéger les concurrents.

première, celle de protection du marché[704], constitue sa raison d'être. La seconde,la protection du faible, découle des effets de son application. Aujourd'hui, il ne se pose plus la question de savoir si le droit de la concurrence permet ou non d'assurer la protection de la partie faible[705]. La question qui se pose est plutôt celle de savoir comment développer la finalité protectrice de la partie faible de ce corps de règles.

267. L'accroissement des outils de protection. Le droit de la concurrence ne dispose pas de tous les outils nécessaires à l'appréhension toute sorte de déséquilibre contractuel. Les outils à sa disposition ne permettent que l'appréhension des déséquilibres contractuels d'une certaine gravité. C'est ainsi qu'il ne serait pas dépourvu de sens à ce que le législateur y développe des outils en complément de ceux existants pour permettre une bonne appréhension du déséquilibre contractuel. Les outils qu'il lui faut doivent être à la hauteur de sa finalité de protection de la partie faible. Ils doivent viser tous les contractants professionnels peu importe qu'ils agissent ou non dans le cadre d'un partenariat commercial et organiser la lutte contre les pratiques déséquilibrantes durant tout le processus contractuel, c'est-à-dire de la formation du contrat (Section I) à son exécution (Section II).

SECTION I.
L'INTENSIFICATION DE LA PROTECTION AU STADE DE LA FORMATION DU CONTRAT

268. Diagnostic de l'état de la protection. La protection contre le déséquilibre contractuel apportée par le droit de la concurrence est à l'image de l'ambivalence de ses missions. À force de vouloir trop insister sur la protection de l'ordre public économique, le législateur finit par prendre à la légère la protection des opérateurs économiques. Les réponses au déséquilibre contractuel apportées par le droit des pratiques anticoncurrentielles s'inscrivent sans nul doute dans le registre de la protection de l'ordre public économique. Celles apportées par le droit des pratiques restrictives de concurrence ne dérogent pas à ce principe même s'il n'est pas exigé pour leur mise en œuvre une atteinte au marché. Ces réponses constituent en quelques sortes un prolongement des réponses du droit des

---

704 V. L. VOGEL, « Les limites du marché comme instrument du droit de la concurrence », *JCP G* févr. 1994, n° 6, doctr. 3737.

705 M. CHAGNY, « Le contrôle des clauses abusives par le droit de la concurrence 1 », *RDC* oct. 2009, p. 1642 où l'auteure précise que certains contractants perçoivent le droit de la concurrence « *comme un instrument de libération, leur permettant d'échapper au contrat dans son ensemble ou, plus fréquemment, à l'une de ses stipulations* ».

pratiques anticoncurrentielles. Que l'on se situe sur le terrain du droit des pratiques anticoncurrentielles ou sur celui du droit des pratiques restrictives de concurrence, on ne peut à vrai dire parler d'une protection intense contre le déséquilibre contractuel. Le diagnostic de l'état de la protection de la partie faible au stade de la formation du contrat permet de s'en rendre nettement compte. Contrairement en droit commun des contrats où l'on sait avec précision que telles règles entrent dans le registre de celles destinées à la protection de la partie faible au stade de la formation du contrat , en droit de la concurrence on a quelquefois des règles transversales qui peuvent s'appliquer aussi bien à la formation du contrat qu'à son exécution. La transversalité de ces règles est, en partie, à l'origine de la faiblesse de la protection de la partie faible au stade de la formation du contrat.

269. Propositions. Le droit de la concurrence ne manque pas de dispositions pouvant servir à la protection de la partie faible au stade de la formation du contrat en ce qu'il comporte des mesures préventives et curatives qui y sont destinées. Cependant, ces mesures ont la particularité de souffrir soit de leur transversalité soit du cantonnement de leur champ d'application. Il est donc nécessaire, pour intensifier la protection de la partie faible à ce stade du processus contractuel, de recourir à des mesures préventives (§ 1) et curatives (§ 2) beaucoup plus intenses.

§ 1. L'INTENSIFICATION DES MESURES PRÉVENTIVES

270. D'une politique de prévention sectorielle. Dans une logique de moralisation de la formation des contrats de distribution[706], le législateur a instauré une obligation d'information précontractuelle. Celle-ci tire sa source de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989, dite Doubin. L'objectif poursuivi est bien évidemment la promotion d'une certaine transparence précontractuelle afin de « *permettre au candidat à l'intégration d'un réseau de distribution de s'engager en pleine connaissance de cause* »[707]. Mais le bémol est que cette loi ne profite pas à tous les contractants professionnels. Il est dès lors nécessaire de procéder à une généralisation de l'obligation d'information précontractuelle afin qu'elle puisse profiter à tous les contractants professionnels.

271. À une politique de prévention généralisée. La généralisation de l'obligation d'information précontractuelle suppose son application à toute catégorie de contractants

---

706 G. VIRASSAMY, « La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989 (art. 1e) », *JCP E* juin 1990, n° 25, 15809.

707 N. DISSAUX, « Pauvre « loi Doubin »… », *JCP E* avril 2016, 1235.

professionnels. Cette généralisation nous paraît tout à fait légitime et, ce, pour une raison fondamentale. On voit mal comment une telle obligation peut être d'application dans les contrats entre particuliers et dans les contrats entre professionnels et consommateur et ne pas l'être dans les contrats conclus entre professionnels. Cela peut s'apparenter à une discrimination à l'égard des contractants professionnels non couverts par l'obligation spéciale d'information. Dès lors, il est nécessaire à ce qu'une obligation générale d'information (A) soit d'application dans les rapports entre professionnels, laquelle peut être complétée au besoin par le recours aux mécanismes consuméristes de réflexion des contractants (B).

A. Le recours à l'obligation générale d'information

272. Ses fondements. Il suffit juste de lire le contenu de l'article L. 330-3 du code de commerce pour se rendre compte du caractère limité de l'obligation d'information. Issu de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989, dite loi Doubin, ce texte fait peser à :

> « Toute personne mettant à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permettent de s'engager en connaissance. »

Il circonscrit la fourniture de l'information précontractuelle à la réunion de trois conditions. L'étude de chacune de ces conditions permet d'asseoir l'idée du caractère limité de son champ d'application. L'obligation spéciale d'information est d'abord à fournir en présence d'un contrat emportant la mise ne disposition « *d'un nom commercial, d'une marque ou d'une enseigne* ». Cette mise à disposition pourra inclure « *le prêt à usage, la licence de marque, ou toute autre convention permettant l'utilisation de l'élément de ralliement de la clientèle conformément aux visées économiques des parties* »[708]. Cette exigence semble réduire le champ d'application de l'article L. 330-3 du code de commerce dans la mesure où il existe des contrats, ceux organisant la distribution de bière par exemple, pour lesquels « *les marques et signes distinctifs du brasseur ne constituent pas l'élément de ralliement de la clientèle des débitants* »[709]. L'obligation spéciale d'information est ensuite à fournir en présence d'un contrat conclu dans l'intérêt des parties. Par cette exigence, le législateur attire l'attention sur le fait que les contrats de distribution devraient se traduire par une collaboration entre les parties. Cette collaboration permet de favoriser « *la satisfaction de l'intérêt commun des deux parties, et non un simple rapport de*

---

708 G. VIRASSAMY, « La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989 (art. 1e) », *JCP E* n° 25, 21 juin 1990, p. 15809.

709 P. LUTZ, M.-P. WAGNER, « Pourquoi la loi Doubin n'est pas applicable aux contrats de bière », *D.* 2001, p. 1708.

subordination comme c'est trop souvent le cas »[710]. Elle permet aussi à certains distributeurs de se prémunir contre les conséquences dommageables d'une « *brusque cessation du contrat résultant de l'arrivée du terme ou d'une résiliation unilatérale en cas de convention à durée indéterminée* »[711]. Mais, la référence à cette notion n'est pas sans réduire le champ d'application de l'obligation spéciale d'information dans la mesure où les contrats pour lesquels l'article L. 330-3 du code de commerce a été élaboré risquent d'être exclus de son champ d'application[712]. L'obligation spéciale d'information est enfin à fournir en présence d'un contrat renfermant un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité. Comme son nom l'indique, ce type d'engagement peut être de nature à renforcer la dépendance économique de son débiteur. Souscrire un tel engagement équivaut à prendre la ferme décision de ne traiter qu'avec un seul partenaire économique en lui réservant « *l'intégralité ou l'essentiel de son potentiel économique* »[713]. Le débiteur d'un tel engagement se retire presque « *du marché et de la vie contractuelle extérieure à la relation bipolaire ainsi établie* »[714] et se trouve ainsi lié dans « *une relation d'étroite dépendance* »[715]. Coupé du reste du marché, il va de soi que ce débiteur ne dispose plus « *de solution équivalente lui permettant de se reconvertir ou de poursuivre une activité avec un autre partenaire* »[716]. La référence aux concepts d'exclusivité et de quasi exclusivité participe également de la restriction du champ d'application de l'obligation spéciale d'information. La question s'était notamment posée de savoir si le second concept renvoyait à

> « L'obligation faite à un distributeur de se fournir exclusivement ou presque auprès d'un fournisseur pour un type de produits alors que ce distributeur commercialise également d'autres produits pouvant représenter une part importante de son chiffre d'affaires. »[717]

Un début de réponse y a toutefois été apporté[718]. Ces exigences ainsi exposées réduisent considérablement le champ d'application de l'obligation spéciale d'information. À cela

---

710 *Ibid.*

711 G. BLANC, « Les contrats de distribution concernés par la loi Doubin », *D.* 1993, p. 218.

712 *Ibid.*, où l'auteur précise qu' « *à travers la notion d'intérêt commun, la loi Doubin n'a cependant pas imposé une qualification nouvelle de tous les contrats visés par le texte. Elle a simplement prévu une condition supplémentaire. Or, jusqu'au 31 déc. 1989, les contrats de franchise et de concession principalement visés par le texte n'étaient pas qualifiés d'intérêt commun. Va-t-on dès lors vers une nouvelle définition de l'intérêt commun nécessitée par l'exigence prévue dans la loi récente ? Sinon ne va-t-on pas écarter du champ de celle-ci les contrats pour qui a priori elle paraît avoir été rédigée ?* ».

713 G. VIRASSAMY, « La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989 (art. 1er) », *JCP E* n° 25, 21 juin 1990, p. 15809.

714 *Ibid.*

715 *Ibid.*

716 *Ibid.*

717 P. LUTZ, M.-P. WAGNER, « Pourquoi la loi Doubin n'est pas applicable aux contrats de bière », *D.* 2001, p. 1708.

718 *Ibid.*, où les auteurs précisent que « *les travaux parlementaires apportent un début de réponse à cette question. Il résulte des débats qui se sont déroulés à l'Assemblée nationale le 8 déc. 1989 qu'un amendement tendant à substituer aux*

… / …

s'ajoute l'imprécision des conséquences de la violation de cette obligation spéciale d'information[719]. On sait tous qu'au plan pénal, le manquement à l'article L. 330-3 du code de commerce expose son auteur à des sanctions pénales sur le fondement de l'article R. 330-2 du même code. Au plan civil, il est revenu à la jurisprudence de donner corps à l'obligation spéciale d'information en la rattachant à la nullité pour vice de consentement[720] et en ayant recours au droit commun de la responsabilité civile délictuelle[721]. Aux termes de cette analyse, il convient de retenir que l'article L. 330-3 du code de commerce est un dispositif favorisant la prévention contre le déséquilibre contractuel en ce qu'il permet d'assurer « *une forme de moralisation des pratiques contractuelles voire plus simplement d'éclairer le consentement d'un candidat distributeur qui accède à un réseau établi* »[722]. Mais, le cantonnement de son champ d'application limite fortement son apport dans la lutte contre le déséquilibre contractuel en droit de la concurrence d'où la nécessité de son élargissement.

273. Ses modalités. Comme l'obligation précontractuelle d'information prévue à l'article l'article L. 330-3 du code de commerce ne couvre pas tous les contrats conclus par les professionnels, il serait dès lors intéressant de penser à l'élargissement de son champ d'application. Une bonne politique de lutte contre le déséquilibre contractuel doit nécessiter la mise sur pied de dispositifs permettant sa prévention. Pour atteindre cet objectif, il ne serait pas impertinent de développer l'esprit de l'article L. 330-3 du code de commerce.

---

mots « de quasi-exclusivité » les mots « d'exclusivité partielle » pouvant représenter, selon les partisans de l'amendement, « 10 % seulement de l'activité professionnelle du franchisé » a été rejeté et que le rapporteur du projet et le représentant du gouvernement ont tous deux défini la quasi-exclusivité par référence à l'art. L. 781-1 c. trav., M. Doubin ayant fait référence en outre à des arrêts de principe prononcés sur la base de ce texte par la Cour de cassation le 13 janv. 1972. L'art. L. 781-1 c. trav. étend les dispositions du code du travail aux personnes dont la profession consiste essentiellement à vendre des marchandises ou denrées qui leur sont fournies exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise. Par les arrêts du 13 janv. 1972, la Cour de cassation a appliqué ce texte à des distributeurs de produits pétroliers, en relevant leur situation de dépendance économique à l'égard de la société pétrolière ».

719 M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, 2004, D., coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, n° 841, p. 808.

720 Cass. 1er civ., 3 nov. 2016, n° 15-24.886, AJ Contrat 2017, p. 85, obs. A. BORIES.

721 D. FERRIER, « Concurrence-Distribution », *D.* 2018, p. 865 où l'auteur précise que « *la violation de l'obligation précontractuelle d'information peut être sanctionnée sur le fondement de l'article 1240 du code civil ; « pour illustration : Cass. com., 15 mars 2017, n° 15-16.406, D. 2018, p. 371, obs. M. Mekki » qui présente pour le demandeur le double intérêt de le soulager de la charge de la preuve d'un vice du consentement et de lui permettre d'obtenir la réparation du préjudice subi en conséquence de la faute, plutôt que l'annulation du contrat (Cass. com., 29 mars 2017, n° 15-26.032, précise que dans cette hypothèse le préjudice économique direct d'un franchisé est constitué par les investissements et le droit d'entrée qu'il a financés mais non par « ses pertes opérationnelles ». le choix d'une action sur le fondement de l'article 1240 du code civil plutôt que sur celui de l'article L. 330-3 du code de commerce est particulièrement judicieux lorsqu'est mis en cause le sérieux des comptes prévisionnels fournis par le franchiseur, ces comptes n'étant pas visés par l'article L. 330-3 du code de commerce* ».

722 D. MAINGUY, « Comment renforcer l'efficacité de la loi Doubin », *Contr. conc. cons.* mars 2003, n° 3, chron. 4.

Cela nécessitera l'élargissement du domaine d'application de ce texte. En effet, le cantonnement de l'obligation précontractuelle d'information aux seuls contrats visés par le texte ne milite pas en faveur d'une bonne lutte contre le déséquilibre contractuel. Les contrats qui ne rentrent pas dans le champ d'application du texte risquent d'échapper à la prévention contre le déséquilibre contractuel. L'idéal serait alors d'étendre son domaine d'application. Sans viser des catégories de contrats, l'article L. 330-3 du code de commerce devrait se contenter d'exiger à l'une des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre de l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Une telle formulation permettra de viser tous les contrats entre professionnels et d'échapper aux effets pervers du formalisme par la généralisation de la nature des informations à fournir. Avec une telle configuration, le débiteur de l'obligation d'information ne se contente pas tout simplement de fournir les seules informations expressément exigées par la loi mais toute information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre. Il est des cas où les informations non listées présentent une importance déterminante pour le consentement d'une partie. L'application stricte de l'article L. 330-3 du code de commerce aboutirait à ne pas sanctionner la personne ayant satisfait qu'à la seule fourniture des informations visées. Le risque est alors de se voir développer des reflexes du côté des franchiseurs : « *Tout le DIP, mais rien que le DIP* »[723] en oubliant que les mentions actuellement requises du document d'information précontractuel n'ont pour objectif que d'éclairer le consentement du franchisé. Ce que d'autres informations non exigées peuvent également faire. À ce titre, au lieu de l'enfermer dans un carcan formaliste, il serait préférable de formuler l'exigence sous une forme générale afin qu'elle puisse appréhender toute information dont l'importance est déterminante pour le consentement d'une partie. L'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation montre qu'il est des cas où la remise d'un document précontractuel incomplet n'entraine pas automatiquement la nullité du contrat. Le franchisé doit nécessairement démontrer que l'information manquante était déterminante de son consentement et que celui-ci a été vicié. Ainsi, il a été jugé que ne donne pas de base légale à sa décision au regard de l'article L. 330-3 du code de commerce, une cour d'appel qui a omis de rechercher si le défaut d'information avait pour conséquence de vicier le consentement des franchisés[724]. L'analyse de la jurisprudence fait également ressortir des cas, bien que cela soit assez rare, où le

---

723 N. DISSAUX, *op. cit.*, citant F.-L. SIMON (dir.), « Un an d'actualité juridique en droit de la franchise », *LPA* 4 déc. 2008, p. 26.

724 Cass. com., 10 févr. 1998, n° 95-21.906.

franchiseur ayant communiqué toutes les informations visées par l'article R. 330-1 du code de commerce, se voit sanctionner. Il en est ainsi du franchiseur ayant présenté un document complet sans une présentation loyale du réseau d'exploitants en occultant les raisons de l'échec du précédent franchisé ainsi que les répercussions qui en ont découlé sur le secteur au regard de la réputation commerciale de l'enseigne[725]. Le détour du formalisme par la généralisation des exigences de l'article L. 330-3 du code de commerce permettrait de rattacher celles-ci aux vices du consentement[726]. C'est dans cette logique que s'inscrivent les juges qui ont pu annuler un contrat sur le fondement du dol lorsque le franchisé les convainc qu'une information déterminante, même non visée à l'article R. 330-1, lui a été cachée et que son consentement a été vicié[727]. C'est également dans cette logique que s'inscrit le nouvel article 1112-1 du code civil qui dispose que :

> « La partie qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. »

D'un champ d'application général, ce texte pourrait bien inspirer le droit de la concurrence pour les besoins de l'élargissement du champ d'application de l'article L. 330-3 du code de commerce[728].

B. L'extension aux professionnels des mécanismes consuméristes de réflexion des contractants

274. Le paradoxe en la matière. Prôner l'extension aux professionnels des mécanismes consuméristes de réflexion des contractants semble provoquer un paradoxe troublant. À ce propos, la seule question que l'on pourrait se poser se résume ainsi : comment et dans quelles conditions le droit de la consommation pourrait venir au secours des professionnels[729] ? La question paraît d'autant plus paradoxale que dans le langage courant on oppose souvent le terme consommateur à celui de professionnel. Dans le droit des

---

725 Cass. civ., 3 nov. 2016, n° 15-24.886 ; Cass. com., 19 janv. 2016, n° 14-16.272. V. également V. PERRUCHOT-TRIBOULET, « Loi Doubin : l'information précontractuelle donnée, même non obligatoire, doit toujours être sincère », *LPA* 2003, n° 186, p. 3.

726 V. A. BORIES, « Nullité du contrat de franchise : le droit commun du dol au secours de l'article L. 330-3 du code de commerce », *AJ contrat* 2017, p. 85.

727 V. G. TOULOUSE, T. WESSING, « L'information précontractuelle due au candidat franchisé par le franchiseur ne se limite pas nécessairement à la liste fournie par l'article R. 330-1 du code de commerce », *DDC* 2017, n° 1, p. 5.

728 V. LASBORDES-DE VIRVILLE, « Le traitement du déséquilibre contractuel par la réforme du droit des contrats : impact(s) sur les contrats de distribution commerciale », *RLC* oct. 2016, n° 54.

729 G. PAISANT, « La protection par le droit de la consommation » in *Les clauses abusives entre professionnels* (*dir.*) C. JAMIN et D. MAZEAUD, Économica 1998, p. 17.

clauses abusives, c'est en réalité le professionnel qui est visé comme potentiel responsable des clauses ou pratiques abusives. L'action en suppression d'une clause abusive est toujours dirigée contre un professionnel et jamais contre un ou plusieurs consommateurs[730]. Les professionnels sont les personnes visées par la sanction du droit des clauses abusives. Ils ne peuvent en principe bénéficier des dispositions protectrices du droit de la consommation. L'analyse des fondements de l'extension aux professionnels de la protection sur le fondement du droit de la consommation montre le caractère exceptionnel du bénéfice des outils de ce corps de règles.

275. Les fondements textuels. Sur le fondement de l'ancien article L. 132-1 du code de la consommation devenu article L. 212-1, il est possible pour un professionnel de prétendre sous certaines conditions au bénéfice des dispositions protectrices du droit de la consommation. À revisiter un peu l'histoire de l'article L. 132-1 du code de la consommation, il est possible de se rendre compte que le rapporteur au Sénat du projet qui allait devenir la loi du 1er février 1995 faisait observer que le champ d'application de l'article L. 132-1 du code de la consommation englobait également les « *professionnels qui contractent dans un domaine qui leur est parfaitement étranger* »[731]. Le rapporteur du même projet à l'Assemblée nationale abordait dans le même sens en apportant une précision toute particulière à la notion de non-professionnel. L'objectif poursuivi était la prise en compte de « *la situation d'un professionnel concluant un contrat pour ses besoins professionnels ou dans le cadre de son activité professionnelle mais hors de sa spécialité* »[732]. Pour consolider cette idée, un auteur est allé jusqu'à citer les propos du ministre de l'époque chargé de chargé de l'Économie lors de la discussion au Sénat. En réponse à un parlementaire qui sollicitait par amendement la disparition de la notion de non professionnel, ce dernier avait estimé que :

> « Les contrats peuvent aussi, éventuellement, être conclus « par un artisan ou une personne dont l'activité professionnelle n'est pas spécifiquement concerné par ledit contrat » et que « si nous ne visions pas les non professionnels, ces contrats pourraient apparaître comme exclus du cham d'application de la loi. »[733]

Le législateur n'a donc pas caché son intention de distinguer le non professionnel du consommateur pour voir dans le premier un professionnel, qui en raison de sa situation économique, sociale, voire intellectuelle, mérite d'être protégé comme le second. Cette préoccupation repose sur le postulat selon lequel, dans certaines situations, certains professionnels peuvent être assimilés à des consommateurs. C'est notamment le cas lorsque

---

730 *Ibid.*

731 Rapp. FOSSET, Doc. Sén. n° 64, 1re sess. ord. 1994-95, p. 26.

732 Rapp. CHARIÉ, Doc. Ass. Nat. n° 1775, 10e lég., p. 12.

733 G. PAISANT, *op. cit.*, p. 22 citant JO Sénat, (CR) 16 nov. 1994, p. 5566.

ces derniers concluent des contrats dans le cadre de leurs activités professionnels mais hors de leur domaine de spécialité. Dans ce cas, ces professionnels peuvent bien évidemment se prévaloir de la protection offerte par le droit de la consommation[734]. Dès lors que les mêmes causes produisent les mêmes effets, les mêmes clauses doivent provoquer les mêmes sanctions[735].

276. Les fondements jurisprudentiels. L'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation fait ressortir l'admission de l'extension de la protection consumériste à certaines catégories de professionnels. Cette admission s'est faite sur la base de fondements qui ont évolué dans le temps. Dans un premier temps, un critère subjectif de compétence a été retenu pour asseoir les fondements de l'extension de la protection consumériste à certains professionnels. Dans son arrêt en date du 28 avril 1987, la Cour de cassation a retenu dans un célèbre attendu que :

> « Le contrat conclu entre une société d'abonnement téléphonique et un agent immobilier échappait à la compétence professionnelle de celui-ci, dont l'activité était étrangère à la technique très spéciale des systèmes d'alarme et qui, relativement au contenu du contrat en cause, était d'ignorance que n'importe quel autre consommateur. »[736]

Cette décision a été largement critiquée et la majeure partie des critiques reposait sur le fait qu'elle emportait une certaine insécurité juridique[737]. Ne pouvant pas résister au poids des critiques, la Cour de cassation nous est revenue avec un critère complètement différent du premier : celui du rapport direct. Ainsi, dans un arrêt en date du 24 janvier 1995, la cour a retenu que :

> « Les dispositions de l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, devenu les articles L. 132-1 et L. 133-1 du Code de la consommation et l'article 2 du décret du 24 mars 1978 ne s'appliquent pas aux contrats de fournitures de biens ou de services qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le cocontractant.»[738]

Elle a ainsi remplacé le critère subjectif et extensif par un critère objectif et restrictif. Et depuis lors, la compétence est devenue indifférente. Les juges ne regardent plus si le professionnel est compétent ou non. Ils privilégient le critère du rapport direct. Avec ce critère, les professionnels ne sont protégés que lorsque l'objet de leurs contrats entretienne un rapport direct avec leur activité professionnelle. Cette solution a été reconduite dans un

---

734 D. MAZEAUD, « Protection des professionnels contre les clauses abusives : l'imbroglio… », *Gaz. Pal.* 2016, n° 12, p. 20.

735 D. MAZEAUD, T. GÉNICON, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC janv.* 2012, n° 1, p. 276.

736 Cass. civ., 28 avril 1987, n° 85-13.674.

737 D. MAZEAUD, *op. cit.*

738 Cass. civ., 24 janv. 1995, n° 92-18.227.

arrêt de la Cour de cassation en date du 11 décembre 2008 dans lequel elle juge que « les dispositions de l'article L 132-1 du code de la consommation, selon lesquelles sont réputées non écrites parce qu'abusives les clauses des contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, ne s'appliquent pas aux contrats de fourniture de biens ou de service qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le cocontractant »[739]. Plus récemment, la Cour a encore retenu qu'un promoteur de l'immobilier est un professionnel de l'immobilier et non un professionnel de la construction ; dès lors celui-ci doit être considéré comme un non-professionnel vis-à-vis du contrôleur technique en application de l'article L. 132-1 du code de la consommation[740]. Il a encore été retenu par la Cour de cassation que :

> « Pour les contrats conclus hors établissement, l'extension du bénéfice du délai de rétractation, prévu par l'article [L. 221-18] du code de la consommation, aux contrats conclus entre deux professionnels, est applicable au contrat litigieux dans la mesure où l'objet de celui-ci n'entre pas dans le champ de l'activité principale de la cliente. »[741]

L'admission au bénéfice des dispositions protectrices du droit de la consommation étant abordée, il convient d'apprécier son utilité et sa portée.

277. La portée et les outils de protection. La protection accordée par le droit de la consommation est en soi limitée parce qu'elle ne profite pas à tous les professionnels. L'enjeu n'est de taille que pour les professionnels qui en bénéficie. Ces professionnels pourront notamment bénéficier des procédés consuméristes permettant la réflexion des contractants. Permettre à certaines catégories de contractants professionnels de réfléchir avant de s'engager, c'est leur accorder le temps de pouvoir « *décider en pleine connaissance de cause* »[742]. L'obligation spéciale d'information prévue à l'article L. 330-3 du code de commerce œuvre dans ce sens en ce qu'elle permet à ses bénéficiaires d'accéder à un certain nombre d'informations pertinentes et déterminantes. Bien qu'importante, cette obligation spéciale d'information ne permet à ses bénéficiaires de prendre tout le temps qu'il faut pour bien réfléchir. À ce titre, il ne serait pas dépourvu de sens de penser à l'extension au professionnel des procédés protectionnistes du droit de la consommation. Deux procédés consuméristes auraient permis au droit de la concurrence de développer ses moyens de prévention contre le déséquilibre contractuel. Il s'agit du délai de réflexion et du droit de rétractation. En effet, le droit de la consommation impose à certains

---

739 Cass. civ., 11 déc. 2008, n° 07-18.128.

740 Cass. 3e civ., 4 févr. 2016, n° 14-29.347.

741 Cass. 2e civ. 29 mars 2017, n° 16-11.207.

742 F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, 11e éd., 2013, D., coll. Précis. Droit privé, n° 263, p. 296.

consommateurs un temps de réflexion leur permettant de faire le pour et le compte de l'offre qui leur est proposé afin de minimiser les risques d'un engagement déséquilibré. Il ne s'en limite pas là, car il offre également aux consommateurs un droit de repentir. S'agissant du premier procédé, le destinataire se voit interdire d'accepter l'offre pendant un certain délai à compter de la réception de celle-ci. C'est dans cette logique que s'inscrit l'article L. 221-18 du code de la consommation qui accorde aux consommateurs un délai de quatorze jours pour se rétracter d'un contrat « *conclu à distance à la suite d'un démarchage téléphonique ou hors établissement* ». Il en est de même des articles L. 224-79, L. 224-91, L. 312-19 et L. 313-34 du même code. Cette paralysie temporaire du processus de formation du contrat se justifie par le fait de vouloir pousser l'intéressé à réfléchir sur les termes de son engagement. Une acceptation prématurée de sa part serait donc inefficace[743]. Quant au second procédé, il permet à celui qui en bénéficie de rétracter son consentement pendant un certain délai[744]. L'idée à la base est d'accorder au bénéficiaire un temps de réflexion pendant lequel il pourra revenir sur son consentement[745]. Ce procédé est bien alors une dérogation au principe d'irrévocabilité du contrat. La reprise de ces procédés par le droit de la concurrence pourrait contribuer au développement de son volet protecteur de la partie faible.

§ 2. L'INTENSIFICATION DES MESURES CURATIVES

278. Les outils applicables. Pour traiter le déséquilibre contractuel en droit de la concurrence, le législateur s'appuie sur des outils transversaux pouvant s'appliquer à la fois à la formation du contrat qu'à son exécution. Il en est ainsi de la notion d'avantage manifestement disproportionné, de celle de déséquilibre significatif et de celle de rupture ou menace de rupture d'une relation commerciale établie. La protection apportée par ces outils est parcellaire en ce qu'elle est uniquement réservée aux partenaires commerciaux victimes[746] de déséquilibre contractuel. Le partenariat commercial dont il s'agit s'entend « *d'échanges commerciaux conclus directement entre les parties* »[747]. Les professionnels qui concluent des

---

743 *Ibid.*, p. 297.

744 L'article L. 121-20-12 du code de la consommation accorde aux consommateurs « *un délai de quatorze jours calendaires révolus pour exercer son droit de rétractation, sans avoir à justifier de motif ni à supporter de pénalités* ».

745 J. JULIEN, *Droit de la consommation*, 2e éd., 2017, LGDJ, coll. Domat droit privé, n° 165, p. 203.

746 M. CHAGNY, « L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ? », *RTD com.* 2013, p. 500 où l'auteure précise que la victime visée par les dispositions protectrices de l'article L. 442-6, I, du code de commerce est « désignée *comme « un partenaire commercial »* ».

747 Cass. com., 31 janv. 2018, n° 16-24.063, Contrats, conc. consom. avril 2018, comm. 67, N. MATHEY.

contrats isolés ne peuvent donc pas prétendre à la protection du droit de la concurrence pour défaut de qualité de partenaires commerciaux.

279. Les outils souhaitables. À partir du moment où les mêmes abus contractuels produisent les mêmes effets[748], on aura du mal à admettre que certains professionnels puissent bénéficier d'une protection contre le déséquilibre contractuels tandis que d'autres n'en bénéficient pas. Si on en reste à ce niveau de protection, cela peut causer une discrimination à l'égard des professionnels n'ayant pas le statut de partenaires commerciaux. C'est pour cette raison que nous estimons que pour qu'il y ait une meilleure protection des professionnels contre le déséquilibre contractuel, il faudra recourir à des outils qui s'appliquent non pas de façon transversale et parcellaire mais à des outils uniquement destinés à la protection de tous les professionnels au stade de la formation du contrat. Ces outils ne sont rien d'autres que la notion de violence (A) et les exigences du droit commun sur le contenu du contrat (B).

A. Le recours à la notion de violence

280. L'ambivalence de la notion. Inscrite au titre des vices du consentement, la violence est un moyen de protection de la partie faible au contrat en ce qu'elle permet l'exigence d'un consentement libre. Contrairement aux deux autres vices du consentement, la violence n'a pas pour objet d'induire en erreur la victime mais d'altérer la liberté de son consentement. Tandis que l'erreur, spontanée ou provoquée, atteint la volonté dans son aspect intellectuel de compréhension. Le consentement n'est pas donné en pleine connaissance de cause. Alors que pour le vice de violence, le consentement ne souffre pas d'une altération mais d'un défaut de liberté. La victime a conscience de céder à la contrainte, de donner un consentement qu'elle n'aurait pas du donner en l'absence de la violence, mais elle désire éviter un mal qu'elle considère comme plus considérable que le préjudice, objectif ou subjectif, qui, pour elle, résultera de l'acte[749]. La notion de violence peut être appréhendée à travers deux conceptions. Une conception traditionnelle ou classique et une autre moderne. En effet, aux termes de l'article 1140 du code civil « *il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable* ». Aux termes de l'article 1141 du code civil, n'est pas constitutive de violence, la menace d'une voie de droit sauf si la voie de droit est détournée de son but ou invoquée pour obtenir un avantage manifestement excessif. Aux termes de l'article 1142

---

748 D. MAZEAUD, « Quelques mots sur la réforme du droit des contrats », *D.* 2018, p. 912 où l'auteur estime que « *les mêmes clauses doivent produire les mêmes effets* ».

749 P. CHAUVEL, « Violence », *Rép. civ.*, janv. 2013 (actualisation : avril 2016), n° 1.

du code civil, la violence peut émaner d'une partie ou d'un tiers au contrat. Aux termes de l'article 1143 du code civil, se rattache également à la violence le fait, pour une partie abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif.

281. La conception classique. Les articles 1140 à 1142 du code civil régissent la violence au sens classique du terme, c'est-à-dire celle conçue comme émanant d'une personne. Cette violence renvoie à l'idée d'une contrainte que certains auteurs préfèrent remplacer par celle de « *menaces* »[750] ayant provoqué chez la victime la crainte d'un mal considérable. Deux éléments résultent de cette définition. Un élément objectif, la menace et un élément subjectif, la crainte qui en résulte. Concernant l'objet de la menace, l'article 1140 du code civil précise qu'il doit consister dans la perspective d'un mal considérable. Aucun mal n'y est exclu. Le mal redouté peut menacer l'intégrité physique de la personne[751]. Il peut également menacer l'intégrité morale de la personne[752] ou viser ses intérêts patrimoniaux[753]. Concernant l'auteur de la menace, l'article 1142 du code civil précise que la violence peut émaner d'une partie ou d'un tiers au contrat. Ainsi, il a été jugé nul l'engagement pris par une veuve envers une banque, sous la menace morale de son beau père qui assurait sa subsistance et celle de ses enfants[754]. Le tiers ou le contractant visé par le texte peut être une personne physique mais aussi une personne morale[755]. Mais pour que la menace vicie le consentement encore faudrait-il qu'elle soit illégitime. L'article 1141 du code civil précise que la menace d'utiliser une voie de droit est, en principe, légitime à moins qu'elle soit détournée de son but ou invoquée ou exercée pour obtenir un avantage manifestement excessif. Ainsi, ne voit pas son consentement vicié, le salarié qui accepte de démissionner

---

750 G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations : Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2016, Dalloz, n° 333, p. 272.

751 La violence peut résulter d'une menace de mort : (Dijon, 17 juill. 1872 : S. 1873, 2, p. 10 ; Bordeaux, 14 août 1876 : DP 1879, 2, p. 22 ; Aix-en-Provence, 23 févr. 2006, n° 04/13309 : JurisData n° 2006-313062). Elle peut résulter de coups et blessures : (Orléans, 4 mars 1987 : JurisData n° 1987-040298, cautionnement extorqué à une concubine sous la menace de violences physiques ; Saint-Denis de la Réunion, 27 avril 2012, n° 10/01735 : JurisData n° 2012-012762, libéralité consentie à son frère par un testateur frappé et maltraité) ou de séquestration (Douai, 16 juin 1982 : *JCP G* 1983, II, 20035, note R. JAMBU-MERLIN ; *RTD civ.* 1984, p. 111, obs. F. CHABAS.

752 Douai, 29 juin 2006, n° 05/00784 : JurisData n° 2006-321046.

753 Entrent dans cette catégorie : la menace de faire ouvrir une procédure de faillite (Cass. com., 28 avril. 1953 : Bull. civ. 1953, III, n° 151) ; la menace de ruiner une société (Cass. com., 18 févr. 1997 : JurisData n° 1997-000671).

754 Cass. com., 4 juin 1973, n° 72-10.782.

755 Cass. com., 18 févr. 1997, n° 94-20.163.

sous la menace d'une plainte pour vol[756]. En revanche, la menace d'une voie de droit devient illégitime lorsqu'elle est détournée de son but ou exercée pour obtenir une promesse ou un avantage sans rapport ou hors de proportion avec l'engagement primitif[757]. Cependant, la menace illégitime n'est pas à elle seule suffisante pour qu'on puisse parler de violence. En plus de la menace l'article 1140 du code civil exige la présence d'une crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable. L'exigence de la crainte n'est rien d'autre de l'expression de la nécessité du caractère déterminant de la violence[758] exigée aux termes de l'article 1130 du code civil. Cette crainte doit de ce fait s'apprécier eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné. Ce sont donc les capacités de résistance de la victime qui seront analysées pour voir réellement si c'est à cause des menaces qu'elle a donné son consentement ou sans les menaces elle ne se serait pas engagée aux mêmes conditions. Enfin, la crainte du mal considérable peut porter sur la personne ou la fortune de la victime ou celles de ses proches.

282. La conception moderne de la violence. L'article 1143 du code civil rattache à la violence l'abus de l'état de dépendance suite aux signaux donnés par la Cour de cassation. D'abord, dans un arrêt du 30 mai 2000, la Cour de cassation a jugé que « *la contrainte se rattache à la violence et non à la lésion* »[759] puis dans un autre en date du 03 avril 2002 où elle a précisé que :

> « Seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement. »[760]

Avec ces signaux jurisprudentiels, la question de l'introduction en droit commun de l'abus de l'état de dépendance a été une préoccupation pour les rédacteurs des projets de réforme. Tous les projets de réforme ont proposé que soit créé à coté des vices traditionnels du consentement un nouveau vice permettant de prendre spécifiquement les situations de contraintes contextuelles. C'est ce qui a amené le législateur à consacrer l'évolution jurisprudentielle de la notion de violence en créant un article permettant de prendre en compte les contraintes contextuelles. Telle est la raison d'être de l'article 1143 du code civil qui énonce que :

---

756 Cass. com., 30 janv. 1974, n° 72-14.013, v. également Cass. 3e civ., 27 janv. 1999, n° 96-20.297.

757 Cass. 3e civ., 17 janv. 1984, n° 82-15.753.

758 G. CHANTEPIE, M. LATINA, *op. cit.*, n° 337, p. 275.

759 Cass. civ., 30 mai 2000, n° 98-15.242.

760 Cass. civ., 3 avril 2002, n° 00-12.932.

> « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ».

S'inspirant des propositions des avant-projets Catala[761] et Terré[762], cette disposition est à ranger dans la catégorie des vices du consentement. Sa vocation est donc de renforcer la protection du consentement de la partie faible afin qu'elle s'expose moins au déséquilibre contractuel.

283. La pertinence du recours au vice de violence. La pertinence du recours à la notion de violence réside dans le fait de pouvoir utiliser la théorie des vices du consentement comme vecteur de la lutte contre le déséquilibre contractuel. Lutter contre le déséquilibre contractuel présent est certes pertinent mais il est beaucoup plus important de pouvoir les anticiper. Pour pouvoir les anticiper, il faut protéger le consentement des parties en exigeant leur caractère libre. C'est dans ce sens que la notion de violence économique pourrait jouer un rôle fondamental dans l'appréhension des déséquilibres issus des relations de dépendance. En effet, par son intégration dans le code civil, la notion de violence économique permettra de faire barrage aux abus de dépendance, de les ramener à des dimensions raisonnables afin qu'ils soient insusceptibles d'altérer, en son fond, la liberté de la partie qui s'engage[763]. Par ailleurs, la notion de violence économique pourrait combler les insuffisances du droit des pratiques anticoncurrentielles lorsqu'il n'est pas applicable par défaut d'affectation du fonctionnement ou de la structure de la concurrence. À ce titre, pour que son apport soit efficace, un auteur préconise une appréciation autonome de la dépendance économique afin de ne pas se cantonner sur les critères restrictifs retenus pour caractériser l'état de dépendance économique au sens du code de commerce[764]. Au-delà, la notion de violence économique pourrait permettre d'appréhender les déséquilibres contractuels en dehors des relations de dépendance économique. Autrement dit, l'article 1143 du code civil pourrait permettre d'appréhender des situations en tenant

---

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

762 Art. 66 avant-projet TERRÉ relatif au contrat : « *Toutefois, lorsqu'un contractant, en exploitant l'état de nécessité ou de dépendance de l'autre partie ou sa situation de vulnérabilité caractérisée, retire du contrat un avantage manifestement excessif, la victime peut demander au juge de rétablir l'équilibre contractuel. Si ce rétablissement s'avère impossible, le juge prononce la nullité du contrat. Le juge tient compte de l'ensemble des circonstances, et notamment de l'existence de relations antérieures ou de leur inégalité économique* ».

763 B. EDELMAN, « De la liberté et de la violence », *D.* 2001, p. 2315.

764 V. LASBORDES-DE VIRVILLE, « Le traitement du déséquilibre contractuel par la réforme du droit des contrats : impact(s) sur les contrats de distribution... », *RLC* n° 54, 1er oct. 2016.

compte des réalités contextuelles. Une partie peut se trouver dans une situation de détresse économique sans véritablement être dans la dépendance économique avec son partenaire. Pour autant, cette situation peut l'amener à passer contre son gré des contrats manifestement déséquilibrés. La prise en compte des situations contextuelles pour sanctionner le déséquilibre contractuel pourrait permettre de saisir par le truchement du vice de violence bon nombre de pratiques commerciales qui ne pouvaient pas être sanctionnées sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles. Le recours à la notion de violence présente également un intérêt lorsque le droit des pratiques restrictives de concurrence ne peut pas être invoqué en raison des qualités de l'auteur de la pratique contestée. Si l'article L. 442-6 du code de commerce ne sanctionne plus directement l'abus d'une relation de dépendance, les outils qu'il utilise permettent d'arriver à cette fin. Mais, encore faudrait-il qu'on soit dans le cadre d'un partenariat commercial entre « *producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers* ». En l'absence de partenariat commercial, le texte ne permet pas de sanctionner l'abus de dépendance. Et même dans un partenariat commercial, si l'auteur de l'abus n'est pas « *un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers* », le texte n'aura également pas vocation à s'appliquer[765]. Or, l'article 1143 du code civil a un domaine d'application large. Il transcende les partenariats commerciaux et s'applique à tout contractant. Le droit de la concurrence pourrait également intensifier son volet protection de la partie faible en reprenant toutes les exigences du droit commun des contrats sur le contenu du contrat.

B. Le recours aux exigences sur le contenu du contrat

284. L'exigence d'un équilibre minimum des prestations. Le droit de la concurrence ne s'intéresse pas de façon adaptée à la question de l'équilibre des prestations. Il l'aborde uniquement quand il s'agit de protéger l'ordre public économique. Cela explique le fait qu'il accorde peu d'importance à la protection des parties faibles. Une lecture attentive du droit des pratiques restrictives de concurrence permet de s'en rendre compte. À bien y regarder, l'article L. 442-6 du code de commerce permet certes d'exiger un minimum d'équilibre des prestations en interdisant l'avantage sans contrepartie ou l'avantage manifestement disproportionné mais cette exigence ne vise pas tous les contractants. Elle s'adresse uniquement à ceux qui se trouvent dans un partenariat commercial et sa vocation est plus de protéger l'ordre public économique que les contractants. Dès lors, il serait important à ce que le législateur y développe des outils permettant l'exigence d'un minimum d'équilibre

765 *Ibid.*

des prestations. Pour y parvenir, il est important qu'il s'inspire des dispositions du droit commun des contrats. Le droit commun des contrats repose sur un certain nombre de principes de base à savoir l'égalité des citoyens, la rationalité des individus et la poursuite par chacun de son intérêt. En premier lieu, le code civil perçoit les contractants comme étant des personnes égales, au moins abstraitement. Cette égalité entre en ligne directe avec l'article 1er de la déclaration des Droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 en vertu duquel « *tous les hommes naissent libres et égaux*… ». En second lieu, il les perçoit comme des personnes libres capables de s'engager rationnellement du moins raisonnablement. Elles sont censées capables de s'engager et de faire le pour ou le contre de leur engagement. C'est à travers ces principes que le code civil fait du contrat un cadre de poursuite d'intérêts antagonistes des parties. Chaque partie y cherche son intérêt ou utilité. Sur ce fondement, le contrat se perçoit comme :

> « Un lien issu de la rencontre de volontés de personnes en situation d'égalité ; qui ont librement et rationnellement consenti à s'obliger l'une envers l'autre ; afin de faire naître des effets de droit devant concrétiser un échange économique servant leurs intérêts réciproques. »[766]

C'est ce postulat de base qui justifie l'indifférence du droit commun des contrats à la lésion. Aucun texte du code civil ne prévoit un principe général de nullité du contrat pour cause de lésion subie par l'une des parties. Le code civil n'exige donc pas une équivalence objective des prestations. C'est dans ce sens que s'inscrit l'article 1168 du code civil qui dispose que « *dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement* ». Contrairement à l'esprit du code civil, le droit de la concurrence permet la sanction de la lésion sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 1° et 2° du code de commerce. La différence de style s'explique par la différence de finalité. La protection de la partie faible ne relève pas de la finalité du droit de la concurrence même s'il faut reconnaître qu'elle n'en est pas totalement exclue. C'est cette dose de protection de la partie faible, aussi minime qu'elle soit, qu'il convient de développer pour permettre au droit de la concurrence de venir en aide aux victimes de déséquilibre contractuel. Pour ce faire, le droit de la concurrence doit se doter d'une disposition lui permettant d'opérer efficacement un contrôle minimum de l'équilibre des prestations. La contenance de cette disposition peut être trouvée dans le droit commun des contrats. Ainsi, un seul texte est à cibler dans ce corps de règles. Il s'agit de l'article 1169 du code civil selon lequel :

> « Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire. »

766 J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2011, PUF, coll. Thémis. Droit, p. 417.

On retrouve certes une disposition similaire en droit de la concurrence. Il s'agit en réalité de l'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce qui interdit le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu. Mais, cette disposition ne permet pas un contrôle général de l'équilibre des contrats passés entre professionnels. Le texte ne vise qu'un nombre limité d'entre eux. Ne sont soumis au contrôle que les producteurs, les commerçants, industriels ou personnes immatriculées au répertoire des métiers se trouvant dans le cadre d'un partenariat commercial. À l'inverse, tous ceux qui ne se trouvent pas sur cette liste ne peuvent prétendre au contrôle opéré sur ce fondement. Ainsi, pour mieux assurer la protection des contractants professionnels, le droit de la concurrence doit élargir ce contrôle. L'élargissement de ce contrôle passe par sa généralisation. Il doit viser tout les professionnels se trouvant ou non dans le cadre d'un partenariat commercial. Il doit se faire par une exigence générale d'une contrepartie convenue conformément à l'article 1169 du code civil et une interdiction des contrats dépourvus de contrepartie comme l'exige le nouvel article 1170 du code civil qui interdit les clauses qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur. Concrètement, cela signifie que le droit de la concurrence doit accentuer le contrôle plus qu'il ne le fait. Pour cela, il doit changer de démarche. Le droit de la concurrence contrôle les faits et pas les clauses. Or, le contrôle doit porter sur les clauses. Il doit exiger la validité des contrats entre professionnels que si les parties y trouvent leur avantage. En d'autres termes, le contrat entre professionnels ne doit être valable que si l'une des parties ne trouve dans l'engagement de l'autre, un avantage qui compense le sacrifice qu'elle a consenti. Pour être valable, l'engagement doit d'abord être justifié par l'existence d'une contrepartie réelle ensuite une contrepartie qui ne soit ni illusoire ni dérisoire[767]. Le caractère dérisoire permet de vérifier si la contrepartie existante est suffisante. Il permet de faire une comparaison entre les engagements de chacune des parties, de sorte que l'engagement de l'une apparaît dérisoire lorsque son importance est sans rapport avec la faiblesse de l'engagement de l'autre. Quant au caractère illusoire, il permet de rechercher au-delà des termes du contrat si la prestation convenue procure en fait un avantage à celui qui s'engage. C'est donc l'utilité concrète, économique, de la prestation qu'il s'agit alors d'apprécier[768]. Ces deux exigences sont favorables à la promotion de l'équilibre contractuel dans les contrats passés entre professionnels car elles

---

767 G. WICKER, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot », *D.* 2015, p. 1557.

768 *Ibid.*

permettent d'opérer un contrôle non pas seulement abstrait, mais aussi concret des justifications de l'engagement des parties dans ces contrats à titre onéreux[769]. Au-delà de l'élargissement du contrôle des justifications de l'engagement des parties, le droit de la concurrence doit également procéder au développement de la prohibition des clauses déséquilibrantes.

285. L'élargissement du domaine de l'interdiction des clauses déséquilibrantes. Exiger une contrepartie convenue dans les relations entre professionnels par l'élargissement du domaine de l'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce en s'inspirant de l'article 1169 du code civil est une bonne chose. Mais, cela risquerait d'être dépourvu de toute utilité si le droit de la concurrence ne développe pas en même temps ses modalités d'interdictions des clauses déséquilibrantes. Pour rappel, ce corps de règles, à travers l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, dispose d'un outil général permettant de prohiber les clauses déséquilibrantes. Il s'agit en effet de la fameuse notion de déséquilibre significatif. Cet outil permet certes de lutter contre toutes sortes de déséquilibres mais souffre tout de même des limites inhérentes à la matière. Son domaine d'application est cantonné comme l'est celui de l'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce. Ce qui fait qu'il ne s'applique pas aux professionnels dans leur généralité. L'idéale serait alors d'élargir son domaine d'application afin qu'il ne soit plus cantonné au carcan auquel il est circonscrit. À ce titre, le droit de la concurrence pourrait s'inspirer de l'article 1171 du code civil selon lequel :

> « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite(…). »

Élaborer une règle sur le déséquilibre significatif sur le modèle du droit commun permettrait au droit de la concurrence d'offrir aux professionnels un outil leur permettant de se prémunir des clauses déséquilibrantes insérées dans leur contrat contre leur gré. Tous les professionnels sans exception en bénéficieront, ce qui accroîtra considérablement leur patrimoine juridique. Cependant, cette inspiration ne doit pas se faire en méconnaissance des réalités du monde du commerce. La plupart des déséquilibres contractuels entre professionnels se manifeste par des pratiques lésionnaires. D'où la nécessité de maintenir la sanction de la lésion sur le fondement du droit des pratiques restrictives de concurrence. On rentiendra que l'intensification de la protection de la partie faible dans la relation d'affaire est d'une certaine nécessité dans la lutte contre le déséquilibre contractuel. Cependant, elle ne doit pas se limiter au stade de la formation du contrat. Elle doit également être de mise au stade de l'exécution du contrat d'affaires.

---

769 *Ibid.*

SECTION II.
L'INTENSIFICATION DE LA PROTECTION AU STADE DE L'EXÉCUTION DU CONTRAT

286. Diagnostic de l'état de la protection. La protection apportée par le droit de la concurrence au stade de l'exécution du contrat est insuffisante et, ce, pour plusieurs raisons. Cette insuffisance tient d'une part à la transversalité des outils destinés à cette fin. Ce sont les mêmes notions d'avantage manifestement disproportionné, de déséquilibre significatif et de rupture brutale d'une relation commerciale établie qui servent de moyens de protection de la partie faible à la fois au stade de la formation du contrat qu'au stade de son exécution. À ces outils, il est possible de rajouter l'obligation de renégociation, laquelle est destinée à lutter contre les déséquilibres contractuels pouvant résulter d'un changement de circonstances au cours de l'exécution du contrat. Le domaine d'application de ces outils étant fortement cantonné, la protection qu'ils procurent ne peut, en conséquence, qu'être fortement limitée. Cette insuffisance tient d'autre part au fait que les outils employés par le droit de la concurrence ne permettent que la sanction des déséquilibres contractuels imposés lors de l'exécution du contrat. Ils ne peuvent en aucune façon s'appliquer aux déséquilibres contractuels résultant d'une simple inexécution par une partie de ses obligations contractuelles. C'est pour toutes ces raisons que nous estimons que le droit de la concurrence ne protège pas efficacement la partie faible contre le déséquilibre contractuel au stade de l'exécution du contrat.

287. Prescriptions utiles. Une meilleure protection de la partie faible au stade de l'exécution du contrat nécessite le renforcement des outils du droit de la concurrence destinés à cette fin de sorte qu'une réponse adéquate puisse être donnée à toute sorte de déséquilibre contractuel pouvant surgir en cours d'exécution du contrat. Pour cela, il est nécessaire de recourir aux remèdes à l'inexécution contractuelle (§ 1) et aux techniques de rééquilibrage du contrat en cours d'exécution (§ 2) en complément des outils du droit de la concurrence.

§ 1. LE RECOURS AUX REMÈDES À L'INEXÉCUTION CONTRACTUELLE

288. Le silence du droit de la concurrence sur la question. Le droit de la concurrence ne se prononce pas sur les déséquilibres contractuels résultant d'une inexécution contractuelle. Les seuls déséquilibres qu'il permet de sanctionner sont ceux résultant d'un rapport de force. Le vocabulaire de l'article L. 442-6, I, du code de commerce le bien. Les expressions comme « *le fait de soumettre ou le fait d'imposer* » montrent que ce texte ne permet en réalité que la sanction des déséquilibres résultant d'un rapport de force. C'est donc une manière pour

le législateur d'apaiser les relations producteurs distributeurs afin d'y instaurer une certaine dose d'équilibre contractuel[770]. Cependant, force est de constater que le déséquilibre contractuel n'est pas uniquement la résultante d'un rapport de force. Il peut parfois émaner d'une simple inexécution contractuelle. Dès lors, le silence du droit de la concurrence sur la question de l'inexécution contractuelle ne fait que démontrer l'insuffisance de la protection qu'il apporte à la partie faible en cours d'exécution du contrat.

289. Un silence justifiant le recours au droit commun. Il convient de recourir au droit commun des contrats pour combler le silence du droit de la concurrence sur la question des remèdes à l'inexécution contractuelle. Conscient du fait que la simple inexécution de ses obligations contractuelles par une partie peut être à l'origine de conséquents déséquilibres contractuels pour l'autre partie, le législateur a prévu en droit commun des contrats des contrats des mécanismes permettant de les éviter ou de les corriger. Il s'agit de l'exécution contrainte des obligations contractuelles (A) et des mécanismes de corrections des conséquences financières de l'inexécution contractuelles (B). Le recours à ces outils de protection constitue le seul moyen de renforcer la protection de la partie faible dans les rapports entre professionnels.

A. Le recours à l'exécution contrainte des obligations contractuelles

290. Annonce. L'exécution contrainte des obligations contractuelles visent parmi les sanctions de l'inexécution contractuelle prévues par l'article 1217 du code civil celles qui visent à assurer sous la contrainte, l'exécution des obligations contractuelles. Il s'agit de l'exception d'inexécution et de la poursuite de l'exécution forcée en nature.

291. L'exception d'inexécution. Prévue aux termes de l'article 1219 du code civil, l'exception d'inexécution s'entend du « *droit qu'à chaque partie, dans un contrat synallagmatique, de refuser d'exécuter la prestation à laquelle elle est tenue tant qu'elle n'a pas reçu la prestation qui lui est due* »[771]. Il s'agit d'une stratégie purement défensive destinée à l'évitement des déséquilibres contractuels pouvant résulter de l'inexécution par une partie de ses obligations. Bien qu'efficace, ce remède à l'inexécution contractuelle laisse des traces de faiblesse en raison de son caractère provisoire et du fait qu'elle d'une justice privée[772]. Sa mise en œuvre obéit

---

770 V. S. RETTERER, « La restauration de l'équilibre des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs dans la grande distribution », *D.* 2003, p. 1210.

771 « Exception d'inexécution », *D. fiche d'orientation*, juill. 2018.

772 P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-Munck, *Droit des obligations*, 8e éd., 2016, LGDJ, coll. Droit civil, n° 873, p. 493.

au respect d'un certain nombre de conditions qu'il convient d'exposer. Celles-ci sont au nombre de deux : des conditions de fond et des conditions d'exercice.

292. Ses conditions de fond. Le recours à l'exception d'inexécution suppose que le débiteur n'ait pas exécuté une obligation présentant un lien d'interdépendance avec la sienne[773]. On pense généralement aux contrats synallagmatiques dans lequel les obligations se servent mutuellement de cause et aux rapports synallagmatiques ne naissant pas d'un contrat[774]. Comme son nom l'indique, l'exception d'inexécution suppose en outre une inexécution de ses obligations par l'une des parties. Pas n'importe qu'elle inexécution car l'article 1219 du code civil exige que celle-ci doit suffisamment être grave peu importe qu'il s'agit d'une inexécution complète ou imparfaite actuelle ou future. Quant l'inexécution est future, elle doit cependant être manifeste pour pouvoir permettre à une partie de pouvoir suspendre l'exécution de son obligation.

293. Ses conditions d'exercice. Le code civil fait aux parties l'économie de s'adresser aux juges car l'exception d'inexécution est reconnue pour sa nature de justice privée. Ce qu'il faut retenir, c'est que quand l'exception d'inexécution se fonde sur une inexécution actuelle, son exercice n'est soumis à aucune formalité. Mais, quand elle se fonde sur une inexécution future, le débiteur doit notifier son exercice anticipé, ce qui permettra à l'autre partie de protester et, éventuellement, d'ôter à sa défaillance future son caractère manifeste[775].

294. Ses effets. Lorsqu'elle est valablement mise en œuvre, l'exception d'inexécution produit un effet suspensif du contrat. C'est donc « *une solution d'attente* » permettant à son auteur de faire pression à son partenaire pour obtenir satisfaction[776] afin qu'il évite tout risque de déséquilibre contractuel lié au défaut d'exécution du contrat.

295. La poursuite de l'exécution forcée en nature. Le droit à l'exécution forcée est une résultante du principe posé à l'article 1103 du code civil selon lequel « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ». Prévue aux termes des articles 1221 et 1222 du code civil, l'exécution forcée en nature fait partir des innovations[777] des l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. La mise en œuvre de ce remède est conditionnée par

---

773 S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2e année les obligations*, 5e éd., Hyper Cours D., 2008, n° 514, p. 256.

774 P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, citant l'exemple des restitutions réciproques dues à la suite des nullités ou de la résolution d'un contrat qui a été exécuté, l'acheteur dont le titre est annulé ou résolu est en droit de refuser de restituer la chose tant que le vendeur ne lui a pas restitué le prix[…], n° 875, p. 495.

775 *Ibid.*, n° 877, p. 497.

776 A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 15e éd., 2016, LGDJ, coll. Domat droit privé, n° 370, p. 294

777 D. MAZEAUD, « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p. 2477.

l'existence d'une inexécution contractuelle. L'inexécution du contrat demeure la condition du recours à l'exécution forcée en nature. Dès lors qu'il existe une inexécution, l'article 1221 du code civil donne la possibilité au créancier de l'obligation inexécutée de forcer son débiteur à lui fournir exactement la prestation convenue « *peu importe qu'il s'agisse d'obligations de donner, faire ou ne pas faire, d'obligations monétaires ou non monétaires* »[778] ou à défaut de solliciter au juge sur le fondement de l'article 1222 à ce que le débiteur, après mise en demeure, avance les sommes nécessaires à cette exécution[779]. Ce mécanisme est cependant assorti d'un certain nombre de limites[780]. La première limite réside dans l'impossibilité de procéder à l'exécution forcée. La deuxième limite semble relevée de l'évidence car écartant le recours à ce mécanisme « *s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier* ». La demande par le créancier disposant d'un intérêt minime ou nul pour l'exécution couteuse de son obligation par son débiteur peut être constitutif d'abus[781]. Lorsqu'elle est valablement mise en œuvre, la poursuite de l'exécution forcée en nature aura pour effet de permettre à ce que chaque partie au contrat reçoit son dû, à ce que le contrat soit utile pour chacune des parties. Appliquée aux relations entre professionnels, ce mécanisme s'apparente à un outil militant en faveur de la promotion de l'équilibre contractuel.

B. Le recours aux mécanismes de correction des conséquences financières de l'inexécution contractuelle

296. Annonce. L'article 1217 du code civil prévoit trois mécanismes destinés à la correction des conséquences financières de l'inexécution contractuelle. Il s'agit de la réduction du prix, de la résolution du contrat et de la responsabilité contractuelle. il convient de les aborder successivement.

297. La réduction du prix. La réduction du prix est un mécanisme de correction du déséquilibre contractuel causé par une exécution imparfaite du contrat. Elle est prévue aux termes de l'article 1223 du code civil qui dispose que

> « Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix […]. S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais. »

---

778 *Ibid.*, n° 636, p. 550.

779 V. M. FAURE-ABBAD, « article 1222 : la faculté de remplacement », *RDC* 2015, n° 3, p. 784.

780 J. LE BOURG, C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, « Article 1221 : L'exécution forcée en nature des obligations », *RDC* sept. 2015, n° 3, p. 782 ; A. ARAY, « La faute du créancier comme nouvelle limite à l'exécution forcée en nature », *RDC* 1e juil. 2014, n° 2, p. 171.

781 A. BÉNABENT, *op. cit.*, n° 372, p. 297.

Selon un auteur, ce mécanisme constitue « l'*innovation la plus importante de la réforme de 2016 » car il permet « de maintenir le contrat mal exécuté en adaptant le prix et ce selon un processus qui ne passe pas obligatoirement par une phase judiciaire avec ses coûts et longueurs* »[782]. Toutefois, l'auteur reconnait qu'avant ce mécanisme, il existait quelques « *précédents légaux* »[783]. Parmi les exemples qu'il cite, nous pouvons retenir : « l'action dite estimatoire dans le cas où l'acheteur d'une chose atteinte d'un vice caché décide de la conserver néanmoins moyennant une réduction de prix confiée au juge (art. 1644) » ; « le remboursement d'une partie du prix de vente en cas d'éviction partielle (art. 1637) » ; « la réduction du loyer après destruction partielle du bien (art. 1722) » ; « la réduction du prix de vente d'un fonds de commerce en cas d'inexactitude des mentions exigées dans l'acte (C. com. art. L. 141-3) ». Les tribunaux parvenaient au même résultat en empruntant la voie de la réfaction[784]. Pour prétendre au bénéfice de ce nouveau mécanisme, encore faudrait-il satisfaire au respect de ses conditions de mise en œuvre. L'article 1123 du code civil fait ressortir deux conditions pour la mise en œuvre du mécanisme qu'il prévoit. Il faut d'abord une inexécution parfaite du contrat et une mise en demeure préalable du débiteur à qui doit être laissée par là la possibilité de remédier aux imperfections de sa prestation[785]. L'exécution imparfaite du contrat peut revêtir plusieurs formes. Il peut s'agir d'une livraison imparfaite, incomplète ou fait avec retard ou des travaux mal réalisés. Il n'est pas exigé un degré de gravité comme il l'est pour l'exception d'inexécution. L'imperfection de l'exécution du contrat est la seule condition qui permet au créancier de solliciter une réduction proportionnelle du prix. Le texte parle bien de réduction proportionnelle du prix sans pour autant donner les moyens de mesurer cette proportionnalité. Le créancier doit-il tenir compte du nombre de marchandises manquantes ? « *50 machines livrées au lieu de 100 commandées* »[786]. Le texte n'apporte pas de réponses précises par rapport à ces interrogations. Ce qui revient à dire qu'il est laissé soin au créancier de définir puis solliciter la proportionnalité de la réduction du prix en fonction de ce qu'il a reçu. Cela peut dans l'avenir faire développer « *un important contentieux relatif à sa mesure* »[787]. De même, la mise en demeure est imposée au créancier dans

---

782 *Ibid.*, n° 375, p. 298.

783 *Ibid.*

784 À propos de la réfaction, il a été dit qu'elle est susceptible de corriger les déséquilibres contractuels générateurs d'inégalités et d'illicéité. v. en ce sens K. DE LA ASUNCION PLANES, *La réfaction du contrat*, LGDJ 2006 ; P. JOURDAIN, « À la recherche de la réfaction du contrat, sanction méconnue de l'inexécution », in : *Libre droit : Mélanges en l'honneur de Philippe* LE TOURNEAU, D. 2008, p. 449 ; D. MAZEAUD, « La réfaction unilatérale du contrat, sanction originale et générale de l'inexécution du contrat ? », in : *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LGDJ 2015, n° 2, p. 544.

785 A. BÉNABENT, *op. cit.*, n° 376, p. 299.

786 E. SAVAUX, « Article 1223 : la réduction du prix », *RDC* 2015, n° 3, p. 786.

787 *Ibid.*

les meilleurs délais sans pour autant que l'on sache ses motifs et ses modalités pourtant nécessaires à l'appréciation de son bien-fondé. Le texte ne prévoit aucune sanction de son défaut de réalisation. À ce propos, on est bien tenté de se demander quel est le risque encouru par le créancier qui ne satisfait pas à cette exigence de forme[788] ? À la réunion de ses conditions de fond et d'exercice, le mécanisme prévu aux termes de l'article 1223 du code civil aura pour effet la réduction du prix. Le texte ne visant que le prix, il va s'en dire que le dispositif ne vaut pas pour les prestations non monétaires. Ainsi, le professionnel débiteur d'une chose de genre ne devrait pas pouvoir réduire unilatéralement la quantité de choses livrées s'il n'a pas été intégralement payé. Néanmoins, il pourrait trouver satisfaction à travers d'autres mécanismes. Ce qui ne diminue en rien la pertinence du mécanisme prévu par l'article 1223 du code civil dans les rapports entre professionnels.

298. La résolution pour inexécution. Prévue aux termes des articles 1124 et suivants du code civil, la résolution pour inexécution est un remède naturel à l'inexécution contractuelle impliquant l'anéantissement rétroactif du contrat[789]. Sa mise en œuvre obéit au respect d'un certain nombre de conditions. Il ressort de l'article 1124 du code civil trois modes de résolution du contrat. Il s'agit de la clause résolutoire suivie de la résolution par notification et de la résolution judiciaire. Le premier mode est un mode conventionnel, le second unilatéral et le dernier judiciaire. La hiérarchisation de ces modes de résolution semble donner une préférence au mode conventionnel suivi du mode unilatéral. Le mode judiciaire, quant à lui, y apparaît comme « *un mode subsidiaire* »[790] derrière les deux premiers. Concernant le mode conventionnel, il est exigé aux termes de l'article 1225 du code civil que « *la clause résolutoire qui le matérialise précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat* ». La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu qu'elle résulterait du seul fait de l'inexécution. Cette mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire[791]. Il ressort de ces conditions qu'il s'agit bel et bien d'une « *résolution amiable* »[792] dans laquelle le juge n'a pas à intervenir sauf si le fait matériel de l'inexécution est contestée[793]. Concernant le mode

---

788 *Ibid.*

789 F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil Les obligations*, D. 2005, n° 642, p. 631.

790 G. CHANTEPIE, M. LATINA, *op. cit.*, n° 646, p. 560.

791 L'exigence de clarté doit donc présider à la rédaction de la clause résolutoire. De cette exigence, il est possible de voir une manifestation de la bonne foi, « *le débiteur se faisant rappeler la portée exacte de ses engagements et les conséquences de leur inexécution dans la mise en demeure* ». *ibid.*, n° 651, p. 564.

792 A. BÉNABENT, *op. cit.*, n° 385, p. 302.

793 M. MEKKI, « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* avril 2015, n° 120, p. 37, citant F. OSMAN, « Le pouvoir modérateur du juge dans

… / …

unilatéral, l'article 1226 du code civil donne la possibilité au créancier et à ses risques et périls[794] de résoudre le contrat[795] par voie de notification. Ce dernier, sauf urgence, doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. Cette mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat. Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie[796] au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent[797]. Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution. Concernant le mode judiciaire, il est prévu aux termes de l'article 1227 du code civil qui pose sans aucunes autres précisions que « *la résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice* ». Le juge, une fois saisie pour les besoins de la cause, « *peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts* », énonce l'article 1228 du code civil. Il peut constater ou prononcer la résolution en après avoir apprécié la gravité de l'inexécution et, au besoin, accorder des délais au débiteur selon les circonstances. Lorsqu'elle est valablement mise en œuvre la résolution aura pour conséquence de mettre fin au contrat conformément aux exigences de l'article 1229 du code civil.

299. La demande de réparation. La demande de réparation est faite par le biais de la responsabilité contractuelle. Cette responsabilité a pour fondement l'article 1321-1 du code civil qui dispose que :

> « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure. »

Dès lors, il convient d'étudier les conditions de cette demande de réparation. La demande à réparation est conditionnée par la reconnaissance d'une responsabilité contractuelle pour

---

la mise en œuvre de la clause de résolution de plein droit », *Defrénois* janv. 1993, p. 65, n° 35433, note n° 44.

794 Il est clair que l'initiative est laissée au créancier à ses risques et périls mais l'article 1226 alinéa 4 laisse la porte ouverte à un contrôle judiciaire a posteriori.

795 Par cette formulation le texte vise tous les contrats sans exception et conditionne la résolution à l'existence d'une inexécution suffisamment grave conformément aux exigences de l'article 1224 du code civil. V. Gaël CHANTEPIE, Mathias LATINA, *op. cit.*, n° 654 et 655, p. 567.

796 Le créancier a l'obligation de notifier au débiteur la résolution du contrat. Aucune exigence particulière n'est posée. Tous les voies et moyens s'offrent donc au créancier, l'essentiel c'est qu'il doit notifier la résolution au débiteur.

797 La motivation constitue le contenu de la notification. Cette obligation de motivation permet « *d'équilibrer le rapport entre créancier et débiteur dans la mise en œuvre de la résolution* ». V. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *op. cit.*, n° 659, p. 571.

une inexécution du contrat[798]. Pour qu'une inexécution contractuelle puisse engager la responsabilité de son auteur, celle-ci doit être fautive et causer un préjudice à l'autre partie.[799]. Nous n'allons pas revenir sur ses trois conditions qui sont déjà connues. Il sera donc question d'aborder ses modalités avant d'analyser sa pertinence dans le cadre de la lutte contre le déséquilibre contractuel dans les rapports commerciaux.

300. Ses modalités. La demande de réparation, eu égard à l'article 1217 du code civil, a pour finalité de corriger les déséquilibres causés par l'inexécution du contrat. La réparation prend la forme des dommages et intérêts. Aux termes de l'article 1231-2 du code civil les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé. En revanche, aux termes de l'article 1231-3 du code civil le débiteur de cette obligation n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive. Et dans ce cas précis, l'article 1231-4 du code civil nous renseigne que les dommages et intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution. En revanche, lorsque dans une des stipulations contractuelles les parties ont déjà plafonné le montant de la réparation pour inexécution, l'article 1231-5 du code nous fait savoir qu'il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier. Et les dommages et intérêts sont dus à raison du retard dans le paiement d'une obligation de somme d'argent, l'article 1231-6 du code civil impose à ce qu'ils consistent dans l'intérêt au taux légal, à compter de la mise en demeure et sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte. Le texte rajoute que le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts de l'intérêt moratoire. Enfin, l'article 1231-7 apporte deux précisions générales : la première est que :

> « La condamnation à une indemnité emporte intérêts au taux légal même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement. Sauf disposition contraire de la loi, ces intérêts courent à compter du prononcé du jugement à moins que le juge n'en décide autrement. »

La deuxième est que :

---

798 V. M. POUMARÈDE, « La responsabilité du fait de l'inexécution d'une obligation contractuelle : un régime de compromis », *RDC* 2016, n° 4, p. 795.

799 R.-M. ZANG NDONG, *Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la protection de la partie faible dans la relation commerciale*, thèse, 2014, Université Lille 2- Droit et Santé, p. 256.

> « En cas de confirmation pure et simple par le juge d'appel d'une décision allouant une indemnité en réparation d'un dommage, celle-ci porte de plein droit intérêt au taux légal à compter du jugement de première instance. Dans les autres cas, l'indemnité allouée en appel porte intérêt à compter de la décision d'appel. Le juge d'appel peut toujours déroger aux dispositions du présent alinéa. »

Le recours aux remèdes à l'inexécution contractuelle a tout son sens dans la lutte contre le déséquilibre contractuel dans les rapports entre professionnels. Elle contribue au même titre que les techniques de rééquilibrage du contrat en cours à l'intensification de la protection du faible au stade de l'exécution du contrat.

§ 2. LE RECOURS AUX TECHNIQUES DE RÉÉQUILIBRAGE DU CONTRAT EN COURS D'EXÉCUTION

301. La technique utilisée en droit de la concurrence. Soucieux du fait que l'équilibre des contrats d'affaires peut être bouleversé par des circonstances imprévisibles au moment de leur formation, le législateur a rendu obligatoire l'insertion d'une clause de renégociation de prix dans certains de ces contrats[800]. L'idée à la base est de permettre une adaptation du prix en fonction de la volatilité des cours des matières premières dans certains contrats d'affaires. Il faut donc dire que par là le législateur a fait un grand pas dans la protection des professionnels contre les déséquilibres pouvant résulter d'une circonstance imprévisible. Cependant, l'étude de la réalité de cette protection montre qu'il reste du chemin à parcourir.

302. La réalité de son apport. La protection apportée par l'instauration obligatoire d'une clause de renégociation est très limitée car son domaine d'application est cantonné aux contrats d'affaires d'une certaine durée portant sur un certain nombre de produits préalablement définis. Elle ne profite donc pas aux professionnels qui souscrivent des contrats ne rentrant pas dans la catégorie des contrats visés par l'obligation de renégociation. Or, ces professionnels peuvent bien évidemment être confrontés à des déséquilibres contractuels résultant d'un changement de circonstances en cours d'exécution du contrat. Du moment où les mêmes causes engendrent les mêmes conséquences, il serait préférable de procéder à une extension de l'obligation de renégociation de sorte qu'elle bénéficie à tous contractants professionnels. Une meilleure protection des professionnels contre les déséquilibres contractuels au stade de l'exécution du contrat exige un élargissement du champ d'application de l'obligation de renégociation (A) doublé d'une précision des pouvoirs du juge en cas d'échec de la renégociation (B).

---

800 M. CHAGNY, « Loi Hamon : quel impact sur les contrats d'affaire ? Propos introductifs », *AJCA* 2014, p. 10.

A. Le nécessaire élargissement du champ d'application de l'obligation de renégociation

303. États des lieux. Le droit de la concurrence offre aux professionnels un outil leur permettant de corriger les déséquilibres contractuels résultant d'un changement de circonstances imprévisibles. À vrai dire, la théorie de l'imprévision n'y est pas complètement rejetée. Elle y a subi une correction pour les besoins de sa conformité avec ses objectifs[801]. Soucieux du fait que la volatilité des prix de certaines matières premières peut entrainer des bouleversements de l'équilibre contractuel, le législateur a pris le soin de prévoir une disposition dans le code de commerce permettant aux parties de procéder au rééquilibrage de leur contrat bouleversé au stade de son exécution par l'avènement d'une circonstance imprévisible[802]. Il s'agit en effet de l'article L. 441-8. Ce texte est un véritable outil de protection contre le déséquilibre contractuel en ce qu'il impose une obligation de renégociation sous peine d'amende administrative[803]. Il est donc laissé aux parties la liberté de procéder à la renégociation des termes de leur contrat pour éviter à ce que ne soit pas lésée celle qui fait face aux changements de circonstances imprévisibles. Cependant, l'analyse des conditions d'application de ce dispositif permet de se faire une idée sur la portée de son apport dans la lutte contre le déséquilibre contractuel. Les termes de l'article L. 441-8 du code de commerce font ressortir que l'obligation de renégociation ne vise pas tous les contrats conclus entre les professionnels. Elle s'applique uniquement aux « *contrats d'une durée d'exécution supérieure à trois mois dont les prix de production sont significativement affectés par des fluctuations des prix des matières premières agricoles et alimentaires* ». En d'autres termes, les professionnels qui concluent un contrat d'une durée inférieure à trois mois ne se voient pas reconnaître le bénéfice du mécanisme de la renégociation. En conséquence, ces professionnels seront appelés à supporter les conséquences financières d'un éventuel changement de circonstances imprévisibles. Les professionnels qui concluent des contrats ne portant pas sur des matières premières agricoles et alimentaires ne sont également pas concernés par ce dispositif. On comprend bien alors pourquoi les secteurs d'activité qui ne rentrent pas dans le viseur de ce texte sont plus nombreux que ceux qui y rentrent[804].

---

801 M. BÉHAR-TOUCHAIS, « La théorie de l'imprévision revue et corrigée par le droit commercial : quand la clause hardship est imposée sous peine de… », *RLC* n° 36, 1er juillet 2013.

802 J. MESTRE, « Le nouvel article L. 441-8 du code de commerce, un bel article de droit civil ! », *RLDC* juin 2014, n° 116.

803 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* 1er oct. 2013, p. 1431.

804 S. GRANDO, J. GOUBET, « Convention annuelle ou convention perpétuelle ? », *RLC* mars 2016, n° 48 où les auteurs s'interrogent sur « *la nécessité de définir une liste limitative de produits pour lesquels cette obligation d'insérer une clause de renégociation s'appliquerait* ». Ils laissent entendre la nécessité pour le législateur de ne viser que « *les matières premières agricoles et alimentaires* ». Cette rédaction aurait le mérite de « *laisser aux*

… / …

304. En définitive, on constate que le droit de la concurrence offre une réponse aux parties pouvant subir des déséquilibres contractuels au stade de l'exécution du contrat mais cette réponse est limitée car son champ d'application est trop restreint et ses sanctions inadaptées[805]. Pour pallier ses insuffisances, il est important d'élargir le champ d'application de l'article L. 441-8 du code de commerce.

305. La voie à suivre. Une meilleure protection des professionnels contre les déséquilibres financiers pouvant résulter d'un changement de circonstances imprévisibles passe par l'élargissement du champ d'application de l'obligation de renégociation imposée par l'article L. 441-8 du code de commerce. Le champ d'application de ce texte ne doit plus être cantonné aux seuls « *contrats d'une durée d'exécution supérieure à trois mois dont les prix de production sont significativement affectés par des fluctuations des prix des matières premières agricoles et alimentaires* ». Ce texte doit en effet viser tous les rapports entre professionnels. La généralisation de l'obligation de renégociation permettrait aux contractants professionnels de faire face à un éventuel bouleversement de l'équilibre de leur relation contractuelle, notamment lorsqu'ils craignent la survenance d'une circonstance imprévisible entrainant un déséquilibre conséquent entre le prix initialement fixé et la valeur de la prestation[806]. Une fois généralisée, cette obligation de renégociation doit continuer à s'exécuter de bonne foi. Elle doit continuer à obliger les parties aux contrats à se répartir l'accroissement ou la réduction des coûts résultant du ou des changements de circonstances. Les parties seront appelées à se faire des propositions d'offre ou contre propositions raisonnables. C'est d'ailleurs dans ce sens que s'inscrit un arrêt de la Cour de cassation en date du 15 mars 2017 dans lequel les juges semblent relever que l'obligation de renégociation implique une obligation « *de proposer des conditions acceptables* »[807]. La généralisation de l'obligation de renégociation rend indispensable la précision des pouvoirs du juge en cas d'échec de la renégociation.

B. La nécessaire précision des pouvoirs du juge

306. Propos introductifs. Avant qu'il ne soit modifié par l'article 9 de la loi n° 20018-938 du 30 octobre 2018, l'article L. 441-8 du code de commerce ne contenait aucune précision sur

---

parties comme aux juridictions une plus grande marge de manœuvre dans la mise en œuvre de cet article sans risque d'omettre un secteur ». À titre illustratif, ils remarquent que « *des produits de consommation courante comme le chocolat ou le café sont absents de cette liste, alors que leur cours est fixé sur les places financières mondiales et a connu de très importantes variations ces dernières années* ».

805 J.-O. BOUDIN, « La loi Hamon, une réglementation inadaptée au commerce de gros », *AJCA* 2015, p. 48.

806 J.-S. BORGHETTI, « Fixation et révision du prix », *RDC* 2018, p. 25.

807 Cass. 1re civ., 15 mars 2017, n° 15-16.406.

les suites à donner en cas d'échec de la renégociation. Or, la généralisation de l'obligation de renégociation n'a de sens que lorsque des réponses efficaces sont prévues en cas d'échec des négociations. C'est ainsi que le législateur a estimé nécessaire de prévoir l'intervention du juge en cas d'échec de la renégociation. À cet effet, le désormais article L. 441-8 du code de commerce prévoit dans son alinéa 5 que

> « Si la renégociation n'aboutit pas à un accord au terme du délai d'un mois prévu au troisième alinéa du présent article, et sauf recours à l'arbitrage, il est fait application de l'article L. 631-28 du code rural et de la pêche maritime sans que le contrat puisse prévoir un autre dispositif de médiation. »

Le texte fait référence à l'article L. 631-28 du code rural et de la pêche maritime qui introduit la procédure de médiation dans les litiges relatifs à l'exécution des contrats visés par l'article L. 441-8 du code de commerce.

307. La médiation, un préalable à la saisine du juge. En cas d'échec de la renégociation d'un contrat visé par les dispositions de l'article L. 441-8 du code de commerce, les parties sont tenues de recourir à la médiation préalablement à la saisine du juge « *sauf si le contrat en dispose autrement ou en cas de recours à l'arbitrage* »[808]. L'objectif poursuivi n'est rien d'autre que le renforcement de l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agroalimentaire[809]. Ce n'est que lorsque le médiateur ne parvient pas à donner une solution satisfaisante au litige que les parties peuvent intenter une action en justice.

308. L'imprécision des pouvoirs du juge. Conscient du fait que constitue un travail mi-achevé le fait de prévoir une obligation de renégociation sans tirer les conséquences de son échec, le législateur a désormais prévu aux termes de l'article L. 631-28 du code rural et de la pêche maritime que :

> « Sauf recours à l'arbitrage, le recours à la médiation s'impose en cas de litige relatif à la renégociation du prix en application de l'article L. 441-8 du code de commerce. »

Ce n'est que lorsque le médiateur ne parvient à un dénouement satisfaisant du litige que les parties s'en remettent au juge. Dès lors, il se pose la question de savoir si le juge saisi sur le fondement de l'article L. 441-8 du code de commerce dispose d'un pouvoir de révision du contrat ?

À vrai dire, l'article L. 631-28 du code rural et de la pêche maritime ne donne aucune précision sur les pouvoirs du juge appelé à statuer sur le fondement de l'article L. 441-8 du code de commerce.

---

808 Art. L. 631-28 al. 1er du code rural et de la pêche maritime.

809 P. VANNI, « Équilibre des relations commerciales dans le secteur agro-alimentaire : la nouvelle donne « Egalim » … », *RLC* déc. 2018, n° 78.

309. Leur détermination par analogie. Le silence du droit de la concurrence peut être comblé par les précisions apportées par l'article 1195 du code civil. Par analogie, l'on pourrait dire que le juge saisi sur le fondement de l'article L. 441-8 du code de commerce dispose des mêmes pouvoirs que celui saisi sur le fondement de l'article 1195 du code civil. Il est précisé aux termes de ce texte que « *le juge peut à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin* ». La reconnaissance de pouvoirs au juge sur le fondement de l'article 1195 du code civil est une nouveauté apportée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Cette nouveauté marque une indéniable prise de distance à l'égard du code civil de 1804. Le code civil a longtemps été hostile à la reconnaissance d'un pouvoir de révision au juge car il faisait reposer le contrat à la volonté des parties. Le contrat étant l'affaire des parties, sa réécriture ne pouvait être que l'affaire des parties qui sont les mieux placées pour apprécier et déterminer les termes concrets de leurs droits et obligations respectifs. Néanmoins, le rôle du juge était trop cantonné. Il consistait à assurer la conformité du contrat à l'ordre social, en l'annulant lorsqu'il contrevenait à l'ordre public et aux bonnes mœurs[810] ou en purgeant ses germes pathologiques en référence à ces mêmes étalons. Il consistait également, en cas de difficulté, à contribuer à l'effectivité de la loi contractuelle en interprétant les termes obscurs du contrat suivant la commune intention des parties[811] ou en sanctionnant l'inexécution[812] du contrat. Mis à part ces rôles traditionnels, le code civil de 1804 ne reconnaissait pas au juge un pouvoir de révision du contrat. Avec la réforme de 2016, un véritable pouvoir de révision est reconnu au juge sur le fondement de l'article 1195 du code civil. Il en résulte qu'à la demande d'une des parties, le juge statuant sur le fondement de l'article L. 441-8 du code de commerce peut, par analogie, réviser le contrat ou y mettre fin. S'il est appelé à réviser le contrat, il devra le faire d'après la commune intention des parties. S'il ne parvient pas à une révision du contrat, il est appelé à le résilier. La résiliation du contrat est une alternative à la révision. Cette possibilité offerte au juge montre encore une fois de plus l'importance de ses pouvoirs. Elle suppose que « *le juge est le seul maître de la solution à rendre une fois que les parties ont échoué à s'entendre* »[813]. Dans cette optique, le juge dispose du pouvoir de fixer la date et les effets de la résiliation et celui d'attribuer une indemnité au créancier qui subit un préjudice à raison de la résiliation anticipée[814].

---

810 C. civ., art. 6 et 1128, 3°.

811 C. civ., art. 1188 et 1189.

812 C. civ., art. 1217.

813 P. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* avril 2016, p. 30.

814 *Ibid.*

Conclusion du chapitre I

310. Constatations. L'étude a démontré que le droit de la concurrence apporte une certaine protection au contractant professionnel en situation de faiblesse économique. Mais, cette protection est parcellaire. La raison principale est que les outils de protection utilisés par le droit de la concurrence sont configurés de manière à réduire considérablement leur champ d'application.

311. Perspectives. Il est dès lors nécessaire de procéder à leur reconfiguration afin qu'ils puissent assurer efficacement la protection du faible de la formation du contrat à son exécution. L'atteinte d'un tel objectif nécessite une reconfiguration suivie d'une hiérarchisation des sanctions du droit de la concurrence en termes de lutte contre le déséquilibre contractuel.

CHAPITRE II.

LA HIÉRARCHISATION DES RÉPONSES

312. L'ambivalence du droit de la concurrence, justificative de la variété des sanctions. Le droit de la concurrence est réputé pour son ambivalence. Il poursuit une pluralité de finalités. Celles-ci pouvant se résumer à la baisse des prix, à la protection du consommateur, au bien être économique ou du consommateur, à la protection du marché ou du progrès économique[815]. C'est donc un droit soucieux de la protection des intérêts des consommateurs, de l'intérêt public, de la concurrence, de l'efficacité économique, de l'élimination des pratiques commerciales restrictives, de la liberté économique, de la protection des petites entreprises, de la justice et de l'égalité[816]. En un mot, il sert à protéger la concurrence. Mais à y regarder de près, certaines de ses règles sont plus typiques que d'autres : la concurrence est tantôt protégée en elle-même à travers la protection du marché par le droit des pratiques anticoncurrentielles, tantôt à travers la protection d'une catégorie d'agents économiques, ce qui fait de ses règles des dispositions relevant de l'ordre public de protection[817]. La protection de l'ordre public économique, qu'elle soit faite de façon directe ou indirecte, nécessite toujours le recours à une pluralité de mécanismes. C'est ainsi qu'on trouve en droit de la concurrence des mécanismes de protection de l'intérêt général et des mécanismes de protection des intérêts privés. Chaque centre d'intérêts protégé nécessitant le recours à des sanctions adéquates. Ce qui justifie la variété des sanctions en droit de la concurrence. Dans ce corps de règles, le déséquilibre contractuel est susceptible d'y être sanctionné de plusieurs façons. Il peut être indirectement sanctionné par le droit de pratiques anticoncurrentielles destinées à la protection du marché. Pour protéger le marché, le droit des pratiques anticoncurrentielles ne lésine sur les sanctions. Il fait recours à des sanctions administrative, civile, pécuniaire et pénale. Il peut être directement sanctionné par le droit des pratiques restrictives de concurrence. Pour protéger les agents économiques, ce corps de règles fait également appel aux sanctions du droit de la consommation, du droit commun des contrats, du droit pénal et du droit administratif. Ce qui fait du droit de la

---

815 J.-P. CHAZAL, T. PICOT et D. WAKED, « L'ambivalence des finalités et des instruments techniques du droit de la concurrence », *Cah. dr. entr.* mai 2013, entretien 3.

816 *Ibid.*

817 F. DREIFUSS-NETTER, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », *RTD civ.* 1990, p. 369.

concurrence un centre d'attraction des sanctions de toutes les autres disciplines juridiques[818].

313. La hiérarchisation des sanctions, gage de leur effectivité. Pour bien poursuivre ses différentes finalités, le droit de la concurrence a mis en œuvre une variété de sanctions. Ces sanctions sont empruntées de part et d'autre et leur effectivité est largement tributaire de leur hiérarchisation. La hiérarchisation des sanctions consiste à leur répartition en fonction de l'intérêt protégé. La protection de l'intérêt général et celle des intérêts particuliers doivent nécessiter des sanctions adéquates. Ce faisant, pour que la sanction du déséquilibre contractuel puisse être effective en droit de la concurrence, encore faudrait-il le respect des exigences du droit commun des contrats en termes de sanction d'un contrat irrégulier. C'est uniquement en ce sens qu'on pourrait faire du droit de la concurrence, un droit pouvant contribuer efficacement à la protection de la partie faible dans la relation commerciale (Section I). Outre le respect de ces exigences, le droit de la concurrence peut également faire recours à d'autres sanctions à titre complémentaire (Section II) afin de contribuer à la double satisfaction de l'intérêt général et des intérêts particuliers.

SECTION I.
LA SUPRÉMATIE DES SANCTIONS DU DROIT COMMUN DES CONTRATS

314. Les raisons du choix porté sur les sanctions du droit commun. Entre les sanctions du droit de la concurrence et celles du droit commun des contrats en termes de traitement du déséquilibre contractuel dans les rapports entre professionnels, le choix est vite fait. Les sanctions du droit commun des contrats priment sur celles du droit de la concurrence et, ce, pour plusieurs raisons. La première tient sur l'étendue des sanctions. Les sanctions du droit commun des contrats sont spécifiques et couvrent tout le processus contractuel. Celles du droit de la concurrence sont transversales en ce qu'elles peuvent s'appliquer à la fois au stade de la formation du contrat qu'au stade de son exécution. La seconde tient sur les modalités de sanction du déséquilibre contractuel. Mis à part les sanctions du droit des pratiques anticoncurrentielles qui portent exclusivement sur l'acte juridique illicite, les sanctions du droit des pratiques restrictives de concurrence portent principalement sur l'auteur de l'acte[819]. Or, le droit commun des contrats ne sanctionne que l'acte juridique

---

818 L. VOGEL, L. VOGEL, « Les sanctions du droit de la concurrence », *JCP E* mars 2013, n° 12, 1168.

819 E. GICQUIAUD, « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », *RTD com.* 2014, p. 267 où l'auteure précise que « *la sanction la plus marquante pour le distributeur condamné reste l'amende civile qu'il devra verser. Au-delà de cette mesure dissuasive, la protection des partenaires commerciaux est garantie, non par la nullité de la clause litigieuse pourtant prévue par l'article L. 442-6, III, du code de commerce, mais par l'injonction faite au distributeur de cesser les pratiques mises en cause. Reste à savoir quelle est la nature exacte d'une telle sanction. Les termes de son*

… / …

illicite. En termes de sanctions de du déséquilibre contractuel, il vaut mieux l'anéantissement de l'acte que la sanction de son auteur. La sanction de l'auteur de l'acte n'a pas de sens si la victime du déséquilibre contractuel continue de souffrir de son mal. Il est donc nécessaire, pour une meilleure protection des professionnels contre le déséquilibre contractuel de faire primer les sanctions qui portent sur l'acte, (c'est-à-dire celles du droit commun des contrats) sur celles qui portent sur son auteur.

315. Les modalités de les faire primer sur les autres sanctions. Pour y parvenir, il convient de mobiliser toutes les sanctions du droit commun des contrats, c'est-à-dire les sanctions de la violation des règles de formation du contrat et celles de la violation des règles de son exécution pour les mettre au devant des sanctions du déséquilibre contractuel en droit de la concurrence. Pour conclure, il est à noter qu'une bonne lutte contre le déséquilibre contractuel en droit de la concurrence nécessite une suprématie des sanctions de la violation des règles de formation (§ 1) et d'exécution du contrat (§ 2).

§ 1. LA SUPRÉMATIE DES SANCTIONS DE LA VIOLATION DES RÈGLES DE FORMATION DU CONTRAT

316. La suprématie de la nullité. Les exigences relatives à la formation du contrat participent de la protection du contractant faible contre le déséquilibre contractuel. Il est traditionnellement enseigné en droit des obligations que leur méconnaissance entraine la nullité du contrat. Celle-ci constitue donc la sanction spécifique des conditions de formation du contrat. « *Est nul le contrat qui n'est pas valablement formé* », nous dit un auteur[820]. Cependant, force est de constater que la nullité n'est pas nécessairement la seule sanction de la violation des règles de formation du contrat. Il arrive des cas où la violation de ces exigences donne lieu à des sanctions pénales. Il en est ainsi du dol par le délit d'escroquerie et de la violence par le délit de chantage ou d'extorsion[821]. La responsabilité civile peut également entrer en jeu dans la mesure où la violation de ces exigences peut entrainer un préjudice donnant lieu à réparation. Mais en tout état de cause, la nullité est placée au premier rang des sanctions civiles en ce qu'elle est destinée à anéantir le contrat irrégulier afin de « *remettre les choses en leur état antérieur* »[822]. Pour une meilleure protection du

---

exécution sont incertains. En effet, la suppression des dispositions est une option, mais la renégociation du contrat en est une autre ».

820 A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 15e éd., 2016, LGDJ, coll. Domat droit privé, n° 199, p. 173.

821 *Ibid.*

822 *Ibid.*

contractant professionnel contre le déséquilibre contractuel, le législateur doit donc miser sur la nullité.

317. Mais de quelle nullité parle-t-on ? Lorsque l'on aborde la question de la nullité du contrat, on ne peut s'empêcher de faire une distinction entre nullité absolue et nullité relative. On ne peut non plus s'empêcher de faire une distinction entre nullité totale et nullité partielle. Mais dans le cadre de cette étude, la nullité qui va retenir la plus notre attention est la nullité partielle. C'est cette sanction qu'il convient de faire primer sur les autres sanctions du déséquilibre contractuel en droit de la concurrence afin de parvenir à une protection efficace des professionnels contre les abus contractuels. La suprématie de cette sanction sur les autres nécessite de la part du législateur une réduction des cas de nullité totale (A) au profit d'un développement des modes de sauvetage (B) du contrat irrégulier en droit de la concurrence.

A. La nécessité d'une limitation des cas de nullité totale

318. Les fondements. Vecteur par excellence de l'ordre public économique, le droit de la concurrence a toujours assuré la police du marché selon les différents outils mis en place par le législateur. Mais depuis un certain temps, ce corps de règles ne cesse de prendre en compte la protection des acteurs du marché en veillant à ce que les rapports entre professionnels soient placés sous le sceau de l'équilibre contractuel[823]. Qu'il s'intéresse à la protection du marché ou au rééquilibrage des rapports entre professionnels, le droit de la concurrence porte toujours la marque de l'ordre public en ce qu'il constitue le prolongement de l'article 6 du code civil. Sous cet angle, il ne fait pas de doute que le contrat qui méconnait ses exigences encourt le risque d'être anéanti par la nullité[824]. Le choix de cette sanction peut paraitre problématique en raison de ses effets drastiques. En effet, l'annulation d'un contrat n'est profitable ni à l'intérêt général ni aux intérêts particuliers. Pour l'intérêt général, il a été démontré que l'annulation d'un contrat peut, dans certains cas, être dommageable au tissu économique. C'est notamment le cas lorsqu'on est en présence d'un ensemble de contrats dépendants les uns des autres. Lorsque plusieurs contrats sont liés les uns aux autres, il va de soi que l'annulation du contrat principal puisse

---

823 J. ROCHFELD, « Nouvelles régulations économiques et droit commun des contrats », *RTD civ.* 2001, p. 671. V. également A. BRUNET, J.-C. OHLMANN, « Le droit de la concurrence, instrument de restauration de la libre volonté contractuelle » in : *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Études à la mémoire du Professeur A. RIEG, Bruylant, Bruxelles 2000, n° 8, p. 135.

824 B. FAUVARQUE-COSSON, « L'ordre public » in, *1804 – 2004 Le code civil : un passé - un présent - un avenir*, D 2004, n° 12, p. 480.

porter une atteinte à la viabilité des contrats qui lui sont subordonnés[825]. Ainsi, l'annulation d'un contrat cadre entrainera par voie de conséquence celle des contrats d'application qu'il a généré et de tout autre contrat satellite gravitant autour[826]. Pour les intérêts privés, il ne fait pas de doute que l'annulation d'un contrat puisse entrainer des conséquences dommageables pour les parties et pour les tiers. En ce qui concerne les parties, celle-ci les ramène au statut quo. Ce qui implique qu'elles doivent faire comme si le contrat n'avait jamais existé. Ce repassage au statut quo peut parfois être dommageable à l'une d'elles notamment lorsque celle-ci est appelée à démolir, sous astreinte, un ouvrage à ses frais[827]. La remise des parties à leur statut antérieur à la conclusion du contrat commande de procéder à la restitution des prestations fournies[828] sur la base du contrat frappé de nullité. Le jeu des restitutions peut s'avérer problématique notamment lorsque la restitution porte sur une somme d'argent, un bien ou un service. En ce qui concerne les tiers, l'annulation du contrat entraine la destruction de tout ce qui s'est construit sur son fondement. C'est pour toutes ces raisons que la nullité est perçue comme une sanction à la fois excessive et illogique[829] qu'il convient de cantonner afin de limiter ses effets.

319. Les modalités. Il est nécessaire de procéder au cantonnement du domaine de la nullité pour violation du droit de la concurrence afin de limiter ses effets drastiques dans la lutte contre le déséquilibre contractuel dans les rapports entre professionnels. La méthode pour y parvenir est à rechercher dans les dispositions de l'article 1179 du code civil. Ce texte fait dépendre la nature de la nullité à la finalité de la règle violée. Il recommande de retenir une nullité absolue en cas de violation d'une règle ayant pour finalité la sauvegarde de l'intérêt général et une nullité relative en cas de violation d'une règle ayant pour finalité la sauvegarde d'un intérêt privé. Pour l'appliquer en droit de la concurrence, il faut au

---

825 Cass. com., 24 oct. 2000, n° 98-14.382 où la Cour de cassation apporte la précision selon laquelle « *Est nul tout engagement, convention ou clause se rapportant à une pratique anticoncurrentielle prohibée* ».

826 Cependant, dans un arrêt récent (Cass. com., 13 sept. 2017, n° 15-22.837 15-23.070, *RJ com.* n° 6, 2017, note M. CHAGNY) la Cour de cassation a développé une conception restrictive de l'étendue de la nullité sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles en affirmant que « *Seuls encourent l'annulation, sur le fondement des articles L. 420-3 du code de commerce et 101 § 1 et 2 TFUE, les engagements, accords ou décisions constituant des pratiques anticoncurrentielles au sens de ces textes…Les engagements qui peuvent être annulés en application de ces textes sont seulement ceux qui ont caractérisé les échanges d'informations sanctionnés par l'Autorité de la concurrence et que les contrats de fourniture passés postérieurement par la société EDF ne sont pas, par eux-mêmes, des accords interdits, dès lors qu'ils ne correspondent pas aux pratiques anticoncurrentielles sanctionnées et n'en ont pas été les instruments* ».

827 Cass. 3e civ., 3 oct. 2015, n° 14-23.612, D. 2015, p. 2423, note C. DUBOIS.

828 J. RAYNARD, « Les restitutions dans les contrats de distribution, in : *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Colloque de l'institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence 30-31 mai 1996, PUAM 1997, p. 179.

829 V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés 2*, 2000, *PUAM*, n° 756, p. 637.

préalable y faire la distinction entre les règles ayant pour vocation de protéger le marché contre les agissements nocifs de ses acteurs de celles ayant pour vocation de protéger les acteurs du marché contre un certain nombre de pratiques réputées abusives. Le premier corps de règles renvoie au droit des pratiques anticoncurrentielles. En tant que vecteur d'un ordre public défensif, il est tout à fait normal que la méconnaissance de ses exigences soit sanctionnée par une nullité absolue. Mais le droit de la concurrence ne se résume pas au droit des pratiques anticoncurrentielles. On y retrouve également des règles destinées à la protection de la partie faible. Ce qui fait qu'en plus de son rôle traditionnel de protection du marché, le droit de la concurrence tend de plus en plus à accorder une plus grande importance à la protection des acteurs du marché. Un simple constat de l'état du droit des pratiques restrictives de concurrence permet de s'en rendre nettement compte. Les règles du droit des pratiques restrictives de concurrence font incarner au droit de la concurrence un rôle d'ordre public positif au service de la lutte contre le déséquilibre contractuel. Il va donc de soi que leur méconnaissance entraine des sanctions moins radicales que la nullité absolue. Cependant, telle n'est pas la configuration de la nullité du droit des pratiques restrictives de concurrence de l'article L. 442-6 du code de commerce. Il a en effet été estimé l'existence d'une différence fondamentale entre la nullité du paragraphe I et celle du paragraphe II. La nullité découlant du paragraphe I a été perçue comme une nullité relative qui « *ne peut être invoquée que par les personnes dont les intérêts ont été violés (ou le ministre ou le Parquet, en application du paragraphe III de l'art. L. 442-6) dans le cadre de l'action engagée sur le fondement de la responsabilité civile, peut faire l'objet d'une renonciation par la partie fondée à l'invoquer, est prescrite au bout de cinq ans* »[830]. En revanche, celle du paragraphe II a été perçue comme une nullité absolue qui « *peut être invoquée par toute personne intéressée à la protection de l'intérêt général, ne peut donner lieu à renonciation* »[831]. Donc, pour réduire les cas de nullité, il faut rétrécir le domaine d'application des nullités absolues et développer des cas de nullités relatives pour espérer tirer profit des possibilités de confirmation et de renonciation afin de mieux protéger les destinataires de la règle. En définitive, comme le droit de la concurrence représente l'ordre public de protection, cette représentation devrait déteindre sur les sanctions qu'il propose. La sanction qui devrait s'attacher à ce corps de règles n'est rien d'autre qu'une nullité relative et le régime des droits qui y résultent devrait être, à certaines

830 C. Vilmart, « L'effectivité de la lutte contre les pratiques commerciales abusives dans la loi NRE. 1. De la création de la Commission des pratiques commerciales à la nullité des clauses abusives », *JCP E* déc. 2001, 1994.

831 *Ibid.*

conditions du moins, possible d'y renoncer[832]. Cependant, même en cantonnant son domaine, la nullité produit toujours ses effets lorsqu'elle est prononcée. C'est pour cette raison que les auteurs ont invité à imaginer d'autres sanctions plus efficaces.

B. La nécessité d'un développement des modes de sauvetage du contrat

320. Le maintien des nullités partielles. Pour réduire les effets pervers de la nullité dans les contrats conclus entre professionnels, il est loisible à ce que le législateur ait recours à la technique des nullités partielles. On est en présence d'une nullité partielle lorsqu'un jugement « *supprime dans un acte juridique donné une clause ou une partie matérialisée de cet acte* »[833]. L'acte partiellement nul est celui dont l'une de ses parties est viciée ou annulée[834]. Cette sanction permet de rétablir la légalité par la purge des seuls effets illicites de l'acte en cause. Deux cas de nullités peuvent être retrouvés en droit de la concurrence : une nullité partielle « *prévue par la loi* » et une autre « *créée par le juge* »[835]. Le premier cas de nullité partielle a pour siège le droit des pratiques anticoncurrentielles. En prévoyant de façon expresse la nullité de « tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique anticoncurrentielle », l'article L. 420-3 du code de commerce ne fait que consacrer un cas de nullité partielle. Ce texte permet en quelques sortes de procéder à la modification des « *relations contractuelles de façon à les rendre conformes à l'ordre légal* »[836]. L'idée à la base est de permettre au juge de « *n'annuler que ce qui est nécessaire tout en laissant subsister un accord ou une structure utile par ailleurs* »[837]. La nullité qu'il prévoit ne frappe dans le contrat que « *ce qui fait échec à la protection voulue par le législateur* »[838]. La nullité partielle permet d'assurer une meilleure protection de la partie faible qui, dans certaines circonstances, peut préférer une modification de son contrat que de subir les effets drastiques de son annulation totale. Cependant, la question qui se pose à propos de la nullité partielle sur le fondement de l'article L. 420-3 du code de commerce est celle de savoir quels vont être les effets de l'annulation partielle d'une clause sur le reste du contrat. Comme le droit de la concurrence

---

832 G. COUTURIER, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vielle notion neuve » in : *Études offertes à J. Flour*, Defrénois 1979, p. 95.

833 P. SIMLER, La nullité partielle des actes juridiques, 1968, LGDJ, p. 7.

834 *Ibid.*

835 V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés 2*, 2000, *PUAM*, pp. 557 et 582.

836 G. FARJAT, *L'ordre public économique*, 1963, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, n° 455, pp. 362, 363.

837 J.-P. BRILL, « Les sanctions civiles des violations de l'ordonnance du 1e décembre 1986 », *Gaz. Pal.* déc. 1987, p. 775.

838 *Ibid.*

n'y apporte pas de réponse, il est loisible de se pencher sur le droit commun des contrats pour y voir plus clair. Il est prévu aux termes de l'article 1184 du code civil que :

> « Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminent de l'engagement des parties ou de l'une d'elles. »

Le juge devra donc en tout état de cause relever le caractère déterminent ou non de la clause illicite avant de se prononcer sur l'étendue de la nullité, ce qui n'est pas sans comporter un certain nombre d'incertitudes. Pour pallier à cela, les parties peuvent prévoir dans l'accord initial les clauses qu'elles considèrent comme déterminantes de leur engagement[839]. Le second cas de nullité partielle a pour siège le droit des pratiques restrictives de concurrence. En faisant de la responsabilité la sanction de de principe du droit des pratiques restrictives de concurrence, le législateur semble accorder au juge la possibilité de créer des nullités partielles lorsque ces dernières ne sont pas expressément prévues par un texte. Ainsi, le juge semble disposer d'un pouvoir de prononcer une nullité partielle sur le fondement de l'article L. 442-6, I, du code de commerce pour sanctionner un déséquilibre contractuel résultant d'une pratique restrictive de concurrence alors que ce texte ne prévoit que la responsabilité comme sanction des pratiques qu'il prohibe. Plusieurs arguments militent en faveur de ce point de vue. Le premier argument réside dans le fait qu'en application de l'article 6 du code civil, le juge se voit reconnaître de façon implicite le droit de sanctionner par une nullité les pratiques restrictives de concurrence qui s'intègrent dans un contrat. Selon un auteur, le régime de cette nullité sera identique à celui des nullités du droit des pratiques anticoncurrentielles[840]. Le second argument est à rechercher dans les dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce. En prévoyant expressément un cas de nullité partielle aux termes de l'article L. 442-6, II, du code de commerce, le législateur semble reconnaître au juge, ne serait-ce que de façon implicite, la possibilité de prononcer une nullité partielle sur le fondement de l'article L. 442-6, I, du code de commerce qui ne vise que la responsabilité commerce sanction des pratiques qu'il prohibe. Le dernier argument renvoie à l'invitation à la démarche analogique faite par le Conseil constitutionnel. Celle-ci suffit au juge pour appliquer la nullité partielle aux comportements visés au paragraphe I étant donné qu'en droit de la consommation la réputation de non

---

839 Dans un arrêt en date du 27 mars 1990 (Cass. com., 27 mars 1990, n° 88-15.092, D. 1991, p. 289, note F. X. TESTU), la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui avait décidé que la nullité d'une clause d'indexation ne s'étendait pas au contrat de location-gérance. Selon la Cour de cassation, « en statuant ainsi alors qu'une stipulation précisait que « toutes les clauses du présent contrat sont de rigueur, chacune d'elles est condition déterminante du présent contrat sans laquelle les parties n'auraient pas contracté », la cour d'appel ne donne pas de base légale à sa décision.

840 J.-P. BRILL, *art. préc.*

écriture demeure la sanction du déséquilibre significatif. Ce point de vue a d'ailleurs été entériné par la jurisprudence[841] qui fait recours à la dite technique pour sanctionner le déséquilibre significatif sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce. On conclura que pour une meilleure lutte contre le déséquilibre contractuel en droit de la concurrence, il est important d'y maintenir la technique des nullités partielles sans oublier à penser à leur intensification.

321. Leur intensification. Le législateur doit faire des nullités partielles son arme de guerre contre les déséquilibres contractuels dans les rapports entre professionnels. Déjà prévues en droit des pratiques anticoncurrentielles, les nullités partielles doivent marquer leur suprématie dans les sanctions du droit des pratiques restrictives de concurrence. Le législateur doit d'abord faire recours à cette technique pour permettre au juge d'avoir un fondement textuel lui permettant de sanctionner par la nullité partielle les clauses qu'il juge illicite au regard de l'article L. 442-6, I, du code de commerce. Il doit ensuite veiller à ce que la technique puisse s'appliquer à tous les contrats conclus entre professionnels. Pour ce faire, l'interdiction des pratiques restrictives de concurrence doit être généralisée. Cette généralisation aurait le mérite de permettre à tout professionnel, peu importe la durée de sa relation commerciale, de bénéficier de la protection que lui procure la technique des nullités partielles. Une fois la technique des nullités paritielles développée, le législateur doit également faire de sorte à assurer le primat des sanctions de la violation des règles encadrant l'exécution du contrat sur les autres sanctions.

§ 2. LA SUPRÉMATIE DES SANCTIONS DE LA VIOLATION DES RÈGLES ENCADRANT L'EXÉCUTION DU CONTRAT

322. Les sanctions visées. Les sanctions visées dans cette partie sont celles qui frappent l'auteur d'un manquement contractuel. Comme le contrat est défini comme « *un accord de volontés…destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* »[842], il va de soi que toute défaillance dans son exécution puisse recevoir la qualification de manquement contractuel. Ce manquement peut prendre soit la forme d'une inexécution totale ou partielle ou celle d'une inexécution défectueuse des obligations. Peu importe la forme sous laquelle il se présente, le manquement contractuel est susceptible de causer des déséquilibres contractuels pour la partie qui l'a subie. Reconnaître à cette partie des moyens de combattre

---

841 Paris, 7 juin 2013, n° 11/08674 ; Rouen 1re civ., 12 déc. 2012, n° 12/01200 ; Bordeaux, 21 nov. 2011, n° 10/02746.

842 C. civ., art. 1101.

ce manquement contractuel revient à lui donner des moyens de se protéger contre les déséquilibres contractuels qui peuvent y résulter. C'est dans ce sens que s'inscrivent les règles permettant l'exécution contrainte des obligations et la correction des conséquences financières de l'inexécution contractuelle.

323. Leur nécessité. Ces sanctions permettent de replacer la victime de déséquilibre contractuel au cœur du contentieux du même nom. En ce qu'il s'agit de demander la sanction d'un ou de plusieurs manquements concurrentiels, le contentieux du droit de la concurrence est dominé par les personnes habilitées à défendre la protection de l'intérêt général. En érigeant des sanctions de la violation des règles encadrant l'exécution du droit contrat, le législateur mettrait en avant la victime de déséquilibre contractuel dans le contentieux du même nom. En les faisant primer sur les autres sanctions, la protection des professionnels contre le déséquilibre contractuel ne peut que gagner en efficacité. L'étude de la suprématie de l'exécution contrainte des obligations contractuelles (A) et des mécanismes de correction des conséquences financières de l'inexécution contractuelle (B) d'étayer davantage notre propos de base.

A. La suprématie de l'exécution contrainte des obligations contractuelles

324. Annonce. Parmi les sanctions prévues par l'article 1217 du code civil, l'exception d'inexécution et l'exécution forcée en nature constituent celles qui visent à assurer sous la contrainte l'exécution des obligations contractuelles. Il sera donc question d'apprécier tour à tour l'apport de ces deux sanctions dans la lutte contre le déséquilibre contractuel dans les rapports entre professionnels.

325. La suprématie de l'exception d'inexécution. L'exception d'inexécution permet à une partie d'éviter les déséquilibres générés ou susceptibles d'être générés par une inexécution contractuelle. Le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance de 2016 portant réforme du droit des contrats illustre bien ce point de vue. La partie réservée au mécanisme de l'exception d'inexécution fait ressortir la finalité qu'elle poursuit. Celle-ci consiste à « *limiter le préjudice résultant d'une inexécution contractuelle* »[843]. Appliquée aux relations commerciales, l'exception d'inexécution permettrait non seulement d'anticiper les déséquilibres contractuels pouvant découler d'une inexécution contractuelle. Dans une perspective d'efficacité économique, l'exception d'inexécution est un outil aisé aux mains

[843] V. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, partie relative à l'exception d'inexécution.

des contractants professionnels lésés[844] en leur offrant de nouvelles prérogatives leur permettant de prévenir le contentieux lié au déséquilibre pouvant naitre de l'inexécution contractuelle ou de le résoudre sans nécessairement recourir au juge[845]. Ce qui participe sans doute à la création d'un cadre juridique clair, efficace et adapté aux enjeux d'une économie mondialisée et en perpétuelle évolution[846].

326. La suprématie de l'exécution forcée en nature. La poursuite de l'exécution forcée en nature constitue un obstacle au déséquilibre contractuel dans les relations commerciales. En donnant la possibilité au créancier d'une obligation d'exiger à son débiteur l'exécution forcée de celle-ci, le droit commun, contrairement au droit de la concurrence dote ainsi au contractant professionnel un moyen de faire pression sur son partenaire afin que celui-ci ne l'expose pas à des déséquilibres contractuels pour défaut d'exécution ou exécution imparfaite de son obligation. La philosophie poursuivie par ce mécanisme est la même pour celle poursuivie par les autres mécanismes prévus pour l'inexécution du contrat. Elle consiste à favoriser la mise en œuvre unilatérale des remèdes par le créancier[847]. Le recours à l'exécution en nature présente un double intérêt pour les professionnels, non seulement elle constitue un obstacle au déséquilibre contractuel mais aussi et surtout son exercice est soumis à la condition qu'elle ne cause non plus de déséquilibre contractuel au partenaire n'ayant pas exécuté son obligation. Imposer à un partenaire commercial l'exécution d'une obligation impossible revient à le soumettre ou à tenter de le soumettre à des déséquilibres significatifs. De même, le contractant professionnel qui impose à son partenaire l'exécution d'une obligation alors qu'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour celui-ci et son intérêt à lui-même revient à obtenir ou de tenter d'obtenir de lui un avantage manifestement disproportionné. Ainsi, l'exécution forcée en nature a pour l'avantage de permettre à l'un des partenaires commerciaux de fermer la porte aux déséquilibres contractuels pouvant être causés par l'inexécution du contrat par son partenaire dans les termes convenus[848] en offrant à son auteur qui n'a pu obtenir une exécution spontanée de son débiteur « *une compensation sous forme monétaire* »[849]. En plus de ces deux sanctions, le droit commun des contrats offre à tout contractant victime de déséquilibre contractuel la

---

844 R.-M. ZANG NDONG, *op. cit.*, p. 257.

845 Voir rapport précité.

846 *Ibid.*

847 M. FAURE-ABBAD, *art. préc.* ; V. également M. MEKKI, « Fiche pratique : L'exécution forcée « en nature », sauf si… », *Gaz. Pal.*, 5 juil. 2015, n° 25, p. 15.

848 V. V. FORTI, *Exécution forcée en nature*, *Rep. civ.* oct. 2016, n° 23 et s.

849 D. MAZEAUD, « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p. 2477.

possibilité de recourir aux mécanismes de correction des conséquences financières de l'inexécution contractuelle.

B. La suprématie des mécanismes de correction des conséquences financières de l'inexécution contractuelle

327. La pertinence de la réduction du prix. La consécration de la réduction du prix en droit commun des contrats révèle sans doute son évidente utilité. La réduction de prix est un véritable moyen de restauration de l'équilibre contrat qui, en dépit de l'inexécution qui l'affecte, le maintient plutôt que l'anéantit. Le maintien du contrat par son rééquilibrage est sans doute beaucoup plus intéressant que son anéantissement[850]. Cela permet de lutter contre les déséquilibres contractuels résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat. À chaque fois que l'inexécution d'un contrat génère un déséquilibre contractuel, la réduction du prix va permettre de rétablir l'équilibre des obligations que celle-ci a causé[851]. À la différence de la réfection, la réduction du prix entraine uniquement une modification du contrat à titre de sanction de l'inexécution[852] Cela explique qu'elle puisse coexister avec des dommages et intérêts venant réparer le préjudice causé[853]. Appliquée dans les rapports entre professionnels, la réduction de prix permet à l'un des partenaires commerciaux victime de déséquilibre contractuel causé par une exécution imparfaite du contrat de procéder à une modification unilatérale de celui-ci[854]. Ce mécanisme lui fera l'économie d'une procédure contentieuse à la fois longue et couteuse. Avec ce mécanisme, le créancier se contente juste de se satisfaire de l'exécution incomplète du contrat tout en décidant unilatéralement de réduire le prix qu'il doit payer à proportion de la prestation reçue[855]. Le contrat, tel que modifié par la réduction unilatérale du prix, se retrouve désormais équilibré par la réduction du prix qu'il convient selon les cas de compléter par des dommages et intérêts[856].

328. La pertinence de la résolution pour inexécution. La résolution pour inexécution permet une bonne gestion de la rupture. Avec ses modalités ainsi déclinées, elle permet de

---

850 O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, 1999, PUAM, coll. Institut de droit des affaires, n° 683, p. 463.

851 *Ibid.*

852 *Ibid.*, p. 450.

853 M. MEKKI, *art. préc.*

854 G. CHANTEPIE, M. LATINA, *op. cit.*, n° 643, p. 557, note 1 citant D. MAZEAUD, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.* 2014, p. 291, n° 15.

855 *Ibid.*, V. également P.-Y. GAUTIER, « La réduction proportionnelle du prix. Exercices critiques de vocabulaire et de cohérence », *JCP E* sept. 2016, p. 947.

856 *Ibid.*

préparer la rupture du contrat. Or, « *préparer la rupture du contrat, c'est en maîtriser les frontières et prévoir les outils, plus ou moins diplomatiques, qui permettront d'y faire face* »[857]. La gestion contractuelle de la rupture, aussi mauvaise qu'elle puisse être, vaut mieux qu'un bon procès. Elle permettrait aux opérateurs économiques de s'arranger pour mettre un terme à leur contrat écartant ainsi tout risque de déséquilibre contractuel et de procès qui y soit lié. Les parties peuvent décider au moment de la formation du contrat que toute pratique pouvant entrainer l'inexécution du contrat puisse être de nature à provoquer la résolution de celui-ci. Nous pensons ainsi à la pratique consistant au fait d'obtenir de son partenaire commercial « *un engagement manifestement disproportionné* »[858], à la pratique de « *déséquilibre significatif* »[859], à la pratique consistant au, fait « *d'imposer une clause de révision du prix ou une clause de renégociation du prix, en application de l'article L. 441-8, par référence à un ou plusieurs indices publics sans rapport direct avec les produits ou les prestations de services qui sont l'objet de la convention* »[860], à la pratique consistant au fait « *de passer, de régler ou de facturer une commande de produits ou de prestations de services à un prix différent du prix convenu résultant de l'application du barème des prix unitaires mentionné dans les conditions générales de vente, lorsque celles-ci ont été acceptées sans négociation par l'acheteur, ou du prix convenu à l'issue de la négociation commerciale faisant l'objet de la convention prévue à l'article L. 441-7, modifiée le cas échéant par avenant, ou de la renégociation prévue à l'article L. 441-8* »[861], et enfin à celle consistant au fait « *de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des pénalités pour retard de livraison en cas de force majeure* »[862]. Le seul contre argument contre la pertinence de la résolution pour inexécution est que celle-ci entraine le jeu des restitutions. Mais sur ce point, il est possible de rétorquer qu'une restitution résultant de la volonté des parties est plus avantageuse qu'une restitution imposée par le juge. À cet éagrd, la résolution pour inexécution, par la gestion contractuelle de la rupture qu'elle impose, constitue un remède au déséquilibre contractuel. Cependant, le droit commun des contrats, ne se limite pas uniquement à offrir aux professionnels les moyens de remédier à leur relation déséquilibrante, il va au-delà, en les dotant de mécanismes susceptibles de corriger les conséquences déséquilibrantes d'une inexécution contractuelle.

329. La pertinence de la demande de réparation. La demande de réparation est conditionnée par la reconnaissance d'une responsabilité contractuelle. Elle est aussi importante que

---

857 G. CHANTEPIE, « La rupture des contrats d'affaires (2) : la gestion contractuelle de la rupture », *AJCA* 2016, p. 130.

858 C. com., art. L. 442-6, I, 1°.

859 C. com., art. L. 442-6, I, 2°.

860 C. com., art. L. 442-6, I, 7°.

861 C. com., art. L. 442-6, I, 12°.

862 C. com., art. L. 442-6, I, 13°.

celle-ci. Dès lors, il convient d'exposer l'importance de la responsabilité contractuelle puis celle de sa conséquence. D'après une auteure[863], la responsabilité contractuelle permet à chacune des parties d'obtenir la prestation promise et pour laquelle elle s'est engagée[864]. Elle rappelle en outre que certaines pratiques interdites au titre IV du livre IV du code de commerce peuvent être appréhendées sur le fondement de la responsabilité contractuelle. À titre illustratif, elle cite l'article L. 442-6, I, 8° du code de commerce qui interdit le fait :

> « De procéder au refus ou retour de marchandises ou de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondant au non-respect d'une date de livraison ou à la non-conformité des marchandises, lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant. ».

Elle cite également l'article L. 442-6, I, 12° du code de commerce qui interdit le fait :

> « De passer, de régler ou de facturer une commande de produits ou de prestations de services à un prix différent du prix convenu résultant de l'application du barème des prix unitaires mentionné dans les conditions générales de vente, lorsque celles-ci ont été acceptées sans négociation par l'acheteur, ou du prix convenu à l'issue de la négociation commerciale[…]. »[865]

En guise de conclusion, elle retient que les pratiques prohibées par ces textes sont assimilables à une mauvaise exécution du contrat et sont de nature à pouvoir engager la responsabilité contractuelle de leur auteur[866]. Quant à la demande de réparation, sa pertinence réside dans le fait qu'elle est destinée à corriger le déséquilibre contractuel causé par l'inexécution du contrat. En ce sens, il a été pensé que :

> « L'indemnisation du contractant victime d'une modification de l'équilibre contractuel originaire compense le trouble commercial, et donc, le préjudice financier subi par le concessionnaire. »[867]

L'allocation de dommages et intérêts constitue sans doute un moyen parmi tant d'autres de correction des conséquences du déséquilibre contractuel[868].

SECTION II.
LE CARACTÈRE COMPLÉMENTAIRE DES SANCTIONS DU DROIT DE LA CONCURRENCE

330. Des sanctions à incidence directe sur la protection de l'ordre public économique. C'est une fois après que la clause déséquilibrante ait été effacée de l'ordre juridique qu'il

---

863 R.-M. ZANG NDONG, *op. cit.*, p. 256.

864 *Ibid.*

865 *Ibid.*

866 *Ibid.*, p. 257.

867 V. LASBORDES *op. cit.*, n° 742, p. 630.

868 *Ibid.*, n° 743, p. 630.

faut chercher à sanctionner son auteur. Il faut donc retenir que la technique de la nullité partielle participe de la protection de l'ordre public économique en ce qu'elle permet d'extraire du contrat son venin d'illicéité au prix de sa conformité aux exigences du droit de la concurrence. Ce faisant, si la nullité partielle a pour fonction de protection de l'ordre public économique, il va de soi que les sanctions destinées à la compléter aient aussi la même fonction[869]. Ces dernières sont d'une extrême diversité[870], ce qui reflète bien aux finalités du droit de la concurrence. Lorsqu'un contrat fait l'objet d'une annulation partielle sur le fondement des règles du droit de la concurrence, diverses sanctions guettent son auteur. Celui-ci peut être condamné à des amendes administratives puis faire l'objet de demande de dommages-intérêts. Il peut également faire l'objet de poursuites pénales[871]. Ces différentes sanctions qui engendrent des coûts pour les auteurs des manquements concurrentiels participent certes de la protection de l'ordre public économique mais peuvent jouer un rôle indirect sur la protection contre le déséquilibre contractuel.

331. Des sanctions à incidence indirecte sur la protection contre le déséquilibre contractuel. La protection de l'ordre public économique n'est pas sans incidence sur celle protection contre le déséquilibre contractuel. La diversité des sanctions des manquements concurrentiels par les règles du droit de la concurrence ne fait qu'améliorer le cadre des rapports entre professionnels. En ce qu'elles constituent des compléments à la nullité, les autres sanctions du droit de la concurrence contribuent également à la protection des professionnels contre le déséquilibre contractuel. C'est le cas des sanctions civiles (§ 1) mais aussi des sanctions administrative, pécuniaire et pénale (§ 2).

§ 1. LE CARACTÈRE COMPLÉMENTAIRE DES SANCTIONS CIVILES

332. La sauvegarde des intérêts subjectifs. En plus de la nullité, le législateur fait intervenir d'autres sanctions civiles dans sa politique de lutte contre le déséquilibre contractuel en droit de la concurrence. Il en est ainsi de la répétition de l'indu et de la responsabilité civile. En faisant de ces sanctions des compléments à la nullité, la lutte contre le déséquilibre contractuel en droit de la concurrence gagnerait plus en efficacité dans la mesure où ces

---

869 P. ROZEC, « La sanction de la violation des règles d'ordre public. Réparation et régulation », *JCP S* avril 2017, n° 16, p. 1136.

870 J.-F. CALMETTE, « Sanctions en droit de la concurrence et concurrence des sanctions », *RLC* janv. 2018, n° 68.

871 L. et J. VOGEL, « Les sanctions du droit de la concurrence », *JCP E* mars 2013, n° 12, 1168.

sanctions sont réputées être d'une grande utilité pour la sauvegarde des intérêts subjectifs[872].

333. La préservation de l'ordre public concurrentiel. Ces sanctions sont également réputées être d'une grande utilité pour la préservation de l'ordre public concurrentiel[873]. Faire de la répétition de l'indu et de la responsabilité civile des compléments de la nullité, c'est œuvrer davantage vers la protection de l'ordre public concurrentiel. La raison en est que, tout comme la nullité partielle, la répétition de l'indu et la responsabilité civile sont de véritables outils d'organisation du marché. Leur mise en œuvre a pour effet de conduire les entreprises à donner le meilleur d'elles mêmes[874] pour le plus grand bénéfice de la collectivité sans trop abuser de leur liberté d'action. Une meilleure lutte contre le déséquilibre contractuel en droit de la concurrence nécessite donc la reconnaissance de la répétition de l'indu (A) et de la responsabilité civile (B) comme des compléments de la nullité et non l'inverse.

A. La répétition de l'indu, complément de la nullité

334. La répétition de l'indu, un fondement des restitutions. Lorsqu'un contrat est annulé, chacune des parties est tenue de restituer ce qu'elle a reçu de l'autre. Dès lors, il se pose la question de savoir si ces restitutions sont assimilables à une forme de répétition. Une réponse affirmative s'impose en considération des propos d'un auteur qui estime que « *répéter signifie restituer* »[875]. La répétition de l'indu trouve son fondement dans l'annulation du contrat. En effet, lorsque la nullité frappe un contrat qui a fait l'objet d'une exécution, les parties seront tenues de procéder à « *des répétitions, c'est-à-dire à des restitutions* »[876]. Chacune d'elles recevra son dû par le biais d'une action en répétition de l'indu de sorte qu'il n'y ait plus indu. L'action en répétition de l'indu n'est donc pas de nature contractuelle puisqu'un contrat annulé est censé n'avoir jamais existé d'où les restitutions qu'il entraine. Elle se présente plutôt comme une conséquence directe de la nullité. Il est en effet très difficile de séparer la répétition de l'indu des restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat. C'est

---

872 M. CHAGNY, « La place des dommages-intérêts dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles », *RLC* août 2005, n° 4où l'auteure estime par exemple que « *l'octroi de dommages-intérêts apparaît comme une sanction nécessaire qui concourt,…à la sauvegarde des intérêts subjectifs* ».

873 *Ibid.*, où l'auteure estime que les dommages-intérêts concourent également à la préservation de l'ordre public concurrentiel.

874 F. JENNY, « Sanctions civiles et sanctions administratives en droit de la concurrence : une approche économique », *RLC* juill. 2011, n° 28.

875 A. BÉNABENT, *op. cit.*, n° 457, p. 351.

876 *Ibid.*

d'ailleurs pour cette raison que la première servait de justification à la seconde jusqu'à ce que la Cour de cassation affirme dans un arrêt en date du 24 septembre 2002 que :

> « Les restitutions consécutives à une annulation ne relèvent pas de la répétition de l'indu mais seulement des règles de la nullité. »[877]

Mais selon un auteur[878], ce renvoi ne concerne que la prescription qui était le problème de l'espèce[879]. Celle-ci étant acquise, la question d'une répétition de l'indu ne pouvait valablement se poser. Ce qui revient à considérer que lorsque la répétition de l'indu est demandée en temps utile, celle-ci sera naturellement ordonnée par le juge en même temps qu'il prononcera la nullité qui lui sert de fondement[880]. Les restitutions étant une conséquence directe de la nullité, « *il n'empêche que ce qui a été exécuté n'était pas dû puisqu'il n'y avait pas de contrat* », et par conséquent « *il s'agit logiquement et techniquement d'une répétition de l'indu* »[881]. Cependant, la répétition de l'indu ne semble pas être l'unique fondement des restitutions. En effet, une auteure a estimé que les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat peuvent trouver leur fondement dans l'enrichissement sans cause[882]. Son argumentation porte sur les obligations de faire qu'elle estime ne pouvoir donner lieu qu'à l'action d'in *rem verso*. Partant, elle tire la conclusion selon laquelle les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat [de travail, d'un contrat de bail, ou d'un contrat portant sur l'exécution d'une prestation de service] ont pour fondement l'enrichissement sans cause. À l'appui de son propos, elle cite un arrêt de la Cour de cassation dans lequel il est admis « *l'indemnisation fondée sur l'idée d'enrichissement sans cause, en contrepartie de l'utilisation du matériel dont la vente est annulée* »[883]. Dans sa conclusion, l'auteure n'a tout de même pas manqué de souligner le caractère limité de cette jurisprudence. Aujourd'hui, la jurisprudence ne semble plus aller dans ce sens. La Cour de cassation a d'ailleurs rappelé dans un arrêt récent que :

---

877 « Les restitutions ne relèvent pas de la répétition de l'indu – Cour de cassation, 1re civ., 24 sept. 2002 », *D.* 2003, p. 369.

878 J.-L. AUBERT, « Les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat : quel régime juridique ? », *D.* 2003, p. 369.

879 Plus précisément celle de l'ancien article 1304 devenu article 2224 du code civil mentionné au visa de l'arrêt.

880 *Ibid.*

881 C. LARROUMET, *op. cit.*, n° 576 bis, p. 588.

882 C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *op. cit.*, n° 639, p. 370.

883 *Ibid.*, citant à la note n° 15 Cass. com.., 16 déc. 1975, Bull. IV, n° 308 (2e moyen).

> « Pour remettre les parties d'un contrat […] annulé dans leur état antérieur, seules doivent être prises en considération les prestations fournies par chacune d'elles en exécution de ce contrat, sans avoir égard aux bénéfices tirés(…). »[884]

Cette solution a le mérite de poser le principe selon lequel si l'une des parties s'est enrichie durant la période d'exécution d'un contrat finalement frappé de nullité, cet enrichissement ne sera pas reversé à l'autre partie. Ce qui signifie en d'autres termes que l'enrichissement sans cause ne saurait servir de fondement aux restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat[885]. Par ailleurs, il a également été admis que les restitutions seraient fondées sur le droit de propriété restauré du fait de l'annulation d'un contrat translatif de propriété[886]. De toutes ces propositions, nous retiendront celle admettant que la répétition de l'indu trouve son fondement dans l'annulation du contrat. En réalité, dire que la répétition de l'indu trouve son fondement dans l'annulation du contrat, c'est admettre que le législateur aurait fait l'économie de la consécration de sa répétition comme sanction du déséquilibre contractuel en droit des pratiques restrictives de concurrence.

335. Sa nécessaire absorption par la nullité. Comme la nullité a pour conséquence la répétition de l'indu, il serait peut-être préférable à ce que le législateur fasse l'économie de la mention de la répétition de l'indu au titre des sanctions de la violation de l'article L. 442-6 du code de commerce. Pour une meilleure lutte contre le déséquilibre contractuel sur le fondement du droit des pratiques restrictives de concurrence, il est en effet préférable d'y transposer le modèle de sanctions civiles du droit des pratiques anticoncurrentielles. Pour rappel, le droit des pratiques anticoncurrentielles met en avant la nullité pour sanctionner les déséquilibres contractuels résultant d'une pratique qu'il interdit. Celle-ci est au besoin complétée par la responsabilité civile de l'auteur de la pratique. Lorsque la nullité est prononcée sur le fondement de l'article L. 420-3 du code de commerce, elle entraine comme conséquence la répétition de l'indu. De la même façon, lorsque la nullité est prononcée sur le fondement de l'article L. 442-6 du code de commerce, elle entraine également comme conséquence la répétition de l'indu. Vu sous cet angle, il est donc préférable à ce que la répétition de l'indu soit fondue dans la nullité pour violation de l'article L. 442-6 du code de commerce. Il n'y a pas d'obstacles juridiques à la réalisation d'une telle fusion car les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat sont avant tout assimilables à la répétition de l'indu. De sorte qu'on ne peut dissocier la

---

884 Cass. 1re civ., 10 déc. 2014, n° 13-23.903.

885 H. BARBIER, « La théorie des restitutions en bonne forme ! Préservée de l'enrichissement sans cause et de la concentration des moyens », *RTD civ.* 2015, p. 869.

886 C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *op. cit.*, n° 639, I, p. 371 citant N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, 1960, J. Reschly, n° 224.

répétition de l'indu de la nullité. Il est ensuite à noter que la prescription des actions en nullité et en répétition de l'indu sur le fondement de l'article L. 442-6 du code de commerce est soumise au même régime juridique de l'article L. 110-4, I du code de commerce. Rien ne s'oppose donc à l'absorption de la répétition de l'indu par la nullité qui, lorsqu'elle opère, est susceptible d'être complétée par la mise en jeu de la responsabilité civile de l'auteur de la pratique illicite.

B. La responsabilité civile, complément de la nullité

336. La nécessité de faire de la responsabilité un complément de la nullité. Le droit de la concurrence déploie deux traitements différents pour une même pathologie. Le premier est fourni par les règles du droit des pratiques anticoncurrentielles qui font de la nullité la sanction de principe du déséquilibre contractuel, laquelle peut éventuellement être complétée par la mise en jeu de la responsabilité civile de l'auteur de la pratique illicite. Le second est fourni par les règles du droit des pratiques restrictives de concurrences qui font de la responsabilité civile la sanction de principe du déséquilibre contractuelle, laquelle est éventuellement complétée par la nullité du contrat ou des clauses illicites. Or, une meilleure protection des professionnels contre le déséquilibre contractuel passe par une harmonisation des sanctions civiles du droit de la concurrence. Peu importe le terrain sur lequel on se situe, le déséquilibre contractuel doit toujours être sanctionné par la nullité qui touche l'acte juridique illicite et éventuellement par la responsabilité civile qui touche l'auteur dudit acte. Cela nécessite une redistribution des sanctions civiles du droit des pratiques restrictives de concurrence. La responsabilité civile de l'article L. 442-6, I du code de commerce doit céder sa place à la nullité et lui servir de complément. À vrai dire, il ne sert à rien de chercher à mettre en œuvre la responsabilité civile de l'auteur du déséquilibre contractuel si la source de ce déséquilibre reste intacte. Il est beaucoup plus intéressant de procéder à l'anéantissement, ne serait-ce que partiel, du contrat en cause de façon à ce qu'il soit conforme à l'ordre public économique avant de chercher à mettre en jeu la responsabilité civile de son auteur. Plusieurs raisons militent en faveur du recours à la responsabilité à titre de sanction complémentaire à la nullité sur le fondement de la violation de l'article L. 442-6 du code de commerce. Des liens étroits ont toujours existé entre responsabilité liberté et marché[887]. La responsabilité civile a depuis longtemps été perçue comme « *la figure du libéralisme juridique, faisant pendant au libéralisme économique* »[888]. En

---

887 D. FASQUELLE, « La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles », *RTD com.* 1998, p. 763.

888 *Ibid.*, citant P. Le TOURNEAU, « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin) », *RTD civ.* 1988, p. 505, spéc. p. 508.

complétant la nullité de l'article L. 442-6, cette responsabilité conservera son rôle normatif qui trouvera son terrain d'élection en droit de la concurrence[889]. Elle aura un effet dissuasif réel très durement ressenti, même si elle se trouve garantie par une assurance, en ce qu'elle porte une atteinte non négligeable à la réputation du responsable[890]. Par la même occasion, elle contribuera au respect des exigences de rétablissement de la légalité et de protection qui sont celles de la nullité. Faire de la responsabilité un complément de la nullité ne relève pas de l'utopie car le droit français ne semble pas s'y opposer.

337. L'absence d'opposition du droit français. Faire de la responsabilité le complément naturel de la nullité n'est pas une combinaison nouvelle en droit français. Il est presque connu de tout ce qui s'intéresse au droit français que l'annulation d'un contrat est susceptible de causer un préjudice réparable sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle. Cette combinaison est parfois expressément prévue par le législateur. Il en est ainsi de l'article 1599 du code civil qui dispose que :

> « La vente de la chose d'autrui est nulle : elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui. »

Il en est de même de l'article 1844-17 du code civil selon lequel l'action en responsabilité peut être fondée sur l'annulation de la société ou des actes et délibérations postérieurs sa constitution. Mais le plus souvent, elle ne l'est pas expressément. N'empêche que la doctrine et la jurisprudence ont fait appel à la responsabilité pour en faire une conséquence logique de la nullité. La doctrine est partie du postulat selon lequel un contrat annulé est censé n'avoir jamais existé, « *celui-ci est donc insusceptible d'engendrer la responsabilité qui découlerait d'un contrat valable* »[891] : donc une responsabilité contractuelle. La responsabilité pouvant découler de l'annulation d'un contrat ne peut être que délictuelle. Cela résulte de « *la plus élémentaire logique* » et « *du simple bon sens* » car il va de soi qu'un contrat annulé ne saurait transformer en contractuelle la nature de la responsabilité qui en découle[892]. C'est pour cette raison qu'un auteur a affirmé qu'il ne saurait y avoir de responsabilité contractuelle sans contrat[893]. Quant à la jurisprudence[894], son œuvre a permis d'appliquer les principes de

---

889 V. F. POLLAUD-DULIAN, « De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires », *RTD com.* 1997, p. 349.

890 *Ibid.*, citant G. VINEY, *Traité de droit civil : introduction à la responsabilité*, 2e éd., 1995, LGDJ, n° 41, p. 65.

891 C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, 1992, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, n° 220, p. 139.

892 *Ibid.*, n° 233, p. 150.

893 *Ibid.*, citant à la note n° 9 MALINVAUD, *La responsabilité des incapables et de la femme dotale à l'occasion d'un contrat*, 1965, n° 13, p. 164.

894 M. CHAGNY, « Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles devant la Cour de cassation : en attendant les initiatives européennes ? », *Communication Commerce électronique* n° 12,

… / …

la responsabilité civile pour faute à la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles faisant ainsi de cette sanction un complément naturel de la nullité de l'article L. 420-3 du code de commerce. Le recours à la responsabilité civile s'est développé suite à la dépénalisation du droit de la concurrence[895] et se justifie par « *sa vocation universelle* » et « *sa propension à absorber les autres règles juridiques* »[896]. Comme la responsabilité est un complément naturel de la nullité, il relève de la redondance le fait d'en faire la sanction de principe du droit des pratiques restrictives de concurrence. Le législateur aurait dû mettre en avant la nullité, laquelle pourra éventuellement être complétée la responsabilité de l'auteur de la pratique illicite. Cela aurait, pour le moins, permis une mise en cohérence de sa politique de lutte contre le déséquilibre contractuel en droit de la concurrence. De sorte que, peu importe le terrain sur lequel on se situe, la nullité demeure la sanction de principe du déséquilibre contractuel. En faisant de la responsabilité le complément de la nullité, le droit de la concurrence gagnerait plus en termes de cohérence et d'efficacité dans la lutte contre le déséquilibre contractuel. Ses sanctions Il en gagnerait davantage si le législateur faisait de ses sanctions administrative, pécuniaire et pénale des compléments aux sanctions du droit commun des contrats.

§ 2. LE CARACTÈRE COMPLÉMENTAIRE DES SANCTIONS ADMINISTRATIVE, PÉCUNIAIRE ET PÉNALE

338. Leur dimension punitive. Destinées à compléter la nullité pour cause de manquement concurrentiel générateur de déséquilibre contractuel, les sanctions administrative, pécuniaire et pénale ont une dimension punitive en ce qu'elle frappe l'auteur de la pratique illicite. Cette dimension punitive est destinée à garantir l'effectivité de la prohibition des manquements concurrentiels. On comprend sans doute, que si les exigences du droit de la concurrence n'étaient pas assorties de sanctions en cas de non respect, ce corps de règles serait non seulement privé d'effectivité mais aussi de crédibilité[897].

339. Leur dimension corrective. En plus de leur dimension punitive, les sanctions administrative, pécuniaire et pénale ont également une dimension corrective en ce qu'elles

---

déc. 2010, comm. 122 citant « *Cass. com., 28 janv. 1992 : Bull. civ. 1992, IV, n° 50, CA Paris, 12 déc. 1996 : D. aff. 1997, p. 240, V. déjà CA Rennes, 9 déc. 1959 : Dr. soc. 1960, p. 454, note P.-H. TEITGEN, CA Paris, 23 juin 1953 : D. 1954, p. 365, note J. LÉAUTÉ* ».

895 A. DECOCQ, « La dépénalisation du droit de la concurrence », *RJ com.* nov. 2001, n° spécial, p. 89 et s., spéc. p. 98.

896 F. VETU, « Application de la responsabilité civile pour faute à la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles », *JCP E* nov. 2003, n° 48.

897 B. LASSERRE, « Le rôle de la sanction pécuniaire en droit de la concurrence », *RLC* juill. 2010, n° 24.

orientent les sujets[898] du droit de la concurrence vers « *la vertu économique* »[899]. Eu égard à ces considérations, nous pouvons estimer que faire de ces sanctions des compléments à la nullité constitue un moyen de renforcement de la protection de l'ordre public économique (A) et celle contre le déséquilibre contractuel (B).

A. Le renforcement de la protection contre les troubles à l'ordre public économique

340. Le renforcement de la protection directe du marché. S'il y a une constante que nous pouvons relever en droit de la concurrence, c'est sa vocation à protéger l'ordre public économique. Le droit des pratiques anticoncurrentielles, dans sa configuration, permet de consolider la réalité de nos propos. Ce corps de règles est doté d'une dynamique concurrentielle. C'est pour cette raison que les textes qui le composent mettent trop l'accent sur la protection du marché. La protection du marché est la raison d'être du droit des pratiques anticoncurrentielles. L'analyse des règles anticoncurrentielles, plus précisément les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce permet de mesurer la dimension protectrice du marché du droit des pratiques anticoncurrentielles. Ces deux articles prohibent

> « Les pratiques qui ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, notamment lorsqu'elles tendent à limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises, à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse, à limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique, à répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement. »

Il ressort de ces textes une réelle volonté de protéger le marché. Celle-ci constitue sans doute la finalité objective de la nullité du droit des pratiques anticoncurrentielles. C'est cette finalité que viennent renforcer les sanctions autres que civiles de ce corps de règles. S'agissant des sanctions pénales, faut-il noter qu'elles ont pour finalité de renforcer la protection du marché en ce qu'elles sont aussi liées à l'ordre public économique anticoncurrentielles[900]. La configuration des sanctions pénales du droit des pratiques anticoncurrentielles en est une preuve parfaite. Pour que la peine prévue aux termes de l'article L. 420-6 du code de commerce puisse être mise en jeu, encore faudrait-il justifier l'existence d'une pratique anticoncurrentielle. C'est uniquement en cas d'existence d'une

---

898 L. ARCELIN, « La conquête du droit du marché par la notion d'entreprise », *RTD com.* 2018, p. 575 où l'auteure présente l'entreprise comme « *sujet du droit matériel de la concurrence européen comme interne* ».

899 B. LASSERRE, *art. préc.*

900 C. RICHAUD, « La prohibition des pratiques anticoncurrentielles comme composante de l'ordre public économique », *Gaz. pal.* juill. 2016, n° 25, p. 30.

des pratiques visées aux termes des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce que le juge pourra prononcer la sanction pénale prévue par le texte. La sanction pénale de l'article L. 420-6 du code de commerce constitue donc un complément à la nullité de l'article L. 420-3 du code de commerce. Sa finalité n'est rien d'autre que le renforcement de la protection du marché. Quant aux sanctions pécuniaires, il faut dire qu'elles s'inscrivent dans cette même logique. Dans sa décision en date du 14 octobre 2015, le Conseil constitutionnel a eu à préciser :

> « Qu'en instituant une sanction pécuniaire destinée à réprimer les pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par des entreprises, le législateur a poursuivi l'objectif de préservation de l'ordre public économique. »[901]

C'est pour cette raison que la détermination du montant de cette sanction tient compte de la gravité des faits reprochés, et de l'importance du dommage causé à l'économie[902]. Les sanctions administratives s'inscrivent également dans cette logique de renforcement de la protection du marché. C'est pour cette raison qu'il est reconnu à l'Autorité de la concurrence un pouvoir d'injonction lui permettant d'ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles. Comme son nom l'indique, le pouvoir d'injonction de l'Autorité de la concurrence a pour vocation de « *rétablir une situation, de remettre en quelque sorte les intéressés dans le droit chemin juridique, économique* »[903]. L'injonction contribue, au même titre que les sanctions pénales, au renforcement de la protection du processus concurrentiel. Il en est de même des mesures de publicité pouvant être ordonnées par l'Autorité de la concurrence sur le fondement de l'article L. 464-2 du code de commerce. La publication des décisions de l'autorité de la concurrence au frais de la personne sanctionnée est « *une mesure pédagogique qui permet de faire pénétrer l'esprit de concurrence chez les producteurs, les distributeurs et les consommateurs* »[904]. Cette mesure est importante en soi en ce qu'elle contribue au rétablissement du processus concurrentiel sur le marché en cause[905].

---

901 Décision n° 2015-489, QCP du 14 octobre 2015.

902 C. com., art. L. 464-2 al. 3.

903 S. MAIL-FOUILLEUL, *Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence,* 2002, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit international et communautaire, 118, n° 70, p. 71.

904 N. DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, PUP, 2000, n° 413, p. 311 citant à la note n° 137 le rapport du Conseil de la concurrence pour 1987, p. 28 et le rapport pour 1990, p. 42 « *La publication de la décision permet de diffuser, plus largement que par les publications officielles, une information précise sur les pratiques prohibées comme sur celles qui n'entravent pas le libre jeu de la concurrence, information qui, bien souvent, revêt de l'intérêt non seulement pour les entreprises ou les organisations du secteur considéré, mais également pour celles d'autres secteurs économiques* ».

905 *Ibid.*

Elle permet la réparation en nature du trouble concurrentiel sur le marché afin de sa renforcer sa protection[906].

341. Le renforcement de la protection indirecte du marché. Le droit des pratiques restrictives de concurrence concourt à la protection du marché en interdisant per se un certain nombre de pratiques jugées nocives pour le bon fonctionnement de l'ordre public économique. L'interdiction des pratiques restrictives de concurrence ne trouve sa justification économique que dans la protection du marché. Les pratiques qu'il vise ont la particularité de diminuer l'efficience économique du marché[907]. En conséquence, les sanctions autres que civiles auxquelles il permet d'aboutir renforcent davantage la protection du marché. La protection du marché ayant une incidence directe sur celle contre le déséquilibre contractuel, son renforcement ne peut qu'entrainer le renforcement de la protection contre le déséquilibre contractuel.

B. Le renforcement de la protection contre le déséquilibre contractuel

342. Le renforcement de la capacité concurrentielle des entreprises. Le droit de la concurrence plus précisément le droit des pratiques anticoncurrentielles a pour mission d'assurer la police du marché « *[en luttant] contre l'établissement de tout pouvoir de monopole ou l'abus d'un tel pouvoir lorsque ce dernier a été régulièrement établi* »[908]. Quoique particulière, cette mission n'est pas sans incidence sur les relations commerciales entre les différents acteurs du marché. La police du marché a pour conséquence provoque indirectement le rééquilibrage des rapports commerciaux. Elle « *[desserre] l'étau de la volonté de la partie la plus forte économiquement sur la partie la plus faible en empêchant la première de faire du contrat un instrument au service de ses seuls intérêts* »[909]. En contribuant au renforcement de la protection du marché, les sanctions administratives, pécuniaires et pénales contribuent également au renforcement de la capacité contractuelle des entreprises. L'effet dissuasif de ces sanctions incite les opérateurs économiques à se conformer aux règles du jeu de la concurrence. Il y a là une vertu pédagogique et éducative de ces sanctions-là[910]. Plus l'effet de ces sanctions pèse, plus il renforce la capacité contractuelle des acteurs du marché. « *Dans le cadre d'une politique régulatrice des rapports de concurrence* », l'utilité des sanctions administratives, pécuniaires et

---

906 *Ibid.*, n° 414, p. 312.

907 P. ARHEL, *Les pratiques tarifaires. Transparence tarifaire, revente à perte, discriminations… après la réforme de juillet 1996*, EFE, 1996, n° 12, p. 8.

908 A. BRUNET, J.-C. OHLMANN, *art. préc.*, n° 8, p. 135.

909 *Ibid.*

910 V. J. WALTHER, « À justice équitable, peine juste ? Vues croisées sur les fondements théoriques de la peine », *RSC* 2007, p. 23.

pénales « *se mesure à leur caractère dissuasif, c'est-à-dire leur propriété à faire en sorte que les opérateurs économiques comprennent qu'ils n'ont plus intérêts à mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles et qu'ils y renoncent* »[911]. Cet effet dissuasif est porté à la connaissance du public par les mesures de publicités que peut ordonner l'Autorité de la concurrence sur le fondement de l'article L. 464-2, I du code de commerce. Ce pouvoir traduit une autre facette de la dissuasion qui est la dénonciation. Il s'agit de lancer un message d'alerte moral et/ou normatif établissant que l'acte commis est socialement réprouvé car inadmissible dans un système basé sur le libre jeu de la concurrence[912].

343. Le renforcement de la restauration de l'équilibre contractuel dans les relations commerciales. Les sanctions administratives, pécuniaires et pénales du droit de la concurrence jouent indirectement un rôle appréciable sur l'équilibre des relations commerciales. En renforçant la police préventive du marché par le biais de la police du contrat, ces sanctions, par l'effet de leur application, contribuent à la restauration de l'équilibre contractuel dans les relations commerciales. Cette idée de restauration de l'équilibre contractuel par les sanctions administratives, pécuniaires et pénales est la même qui irrigue l'article L. 442-6 du code de commerce. Si ce texte contribue au renforcement de l'égalité et la promotion de l'équilibre contractuel dans les rapports entre professionnels, il va sans dire que les sanctions qui l'accompagnent, c'est-à-dire celles administrative, pécuniaire et pénale contribuent au même titre à cette finalité. Ces sanctions permettent de renforcer l'interdiction des pratiques consistant à tirer de son partenaire commercial un avantage sans contrepartie ou un avantage manifestement disproportionné. Or, dans l'esprit du droit de la concurrence, un tel avantage ne peut relever que du mérite de l'entreprise[913]. Et ce mérite n'est pas légitime lorsqu'il s'avère être le résultat de l'exploitation d'une inégalité des chances dans la concurrence[914]. Il est légitime que lorsqu'il émane de la libre volonté des parties[915]. Sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce, un avantage n'est légitime que lorsqu'il trouve sa justification dans « *une contrepartie réelle* »[916]. De même, l'avantage préalable au référencement par une centrale

---

911 Allusion est faite aux propos de Monsieur Guy CANIVET, ancien Premier Président de la Cour de cassation, lors d'une table ronde de l'OCDE en 1997, sur l'effet dissuasif de la sanction pénale.

912 B. DEFFAIN, « La sanction des pratiques anticoncurrentielles », *Séminaire Nasse*, 3 mai 2006, http://www.tresor.economie.gouv.fr/File/424017, consulté le 21 mars 2017.

913 N. DORANDEU, *op. cit.*, n° 285, p. 200 citant à la note n° 73 Claude LUCAS DE LEYSSAC, « Diversification des entreprises publiques et concurrence déloyale », *D.* 1995, p. 288.

914 C. LUCAS DE LEYSSAC, *art. préc.*

915 *Ibid.*

916 A. BRUNET, J.-C. OHLMANN, *art. préc.*

d'achats de la grande distribution qu'un fournisseur peut être amené à consentir, doit être assorti d'un engagement écrit sur un volume d'achat « *proportionné* »[917]. En renforçant l'interdiction de la pratique consistant à l'obtention d'un avantage indu, les sanctions administrative, pécuniaire et pénale contribuent indirectement au renforcement de la restauration de l'équilibre contractuel dans les relations commerciales en réprimant le fait pour un opérateur économique de se procurer un avantage indu en détournant le processus concurrentiel dans le seul but de la satisfaction de son intérêt personnel tout en négligeant la finalité du système concurrentiel[918]. Par ailleurs, les sanctions administratives, pécuniaires et pénales contribuent également au renforcement de la liberté contractuelle des opérateurs économiques. En effet, si le déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce est perçu comme un outil permettant la libéralisation des négociations commerciales, la sanction de sa violation par des sanctions administratives, pécuniaires et pénales ne peut que contribuer au renforcement de la libéralisation de ces négociations.

Conclusion du chapitre II

344. Constatations. La diversité ne rime toujours pas avec l'efficacité. Pour preuve le droit de la concurrence regorge de sanctions pouvant servir à la lutte contre le déséquilibre contractuel pour autant ce phénomène n'y est pas sanctionnée de façon efficace. Avoir une diversité de sanctions c'est bien, savoir les utiliser est encore mieux.

345. Perspectives. L'efficacité de la sanction du déséquilibre contractuel en droit de la concurrence dépend fortement de la manière dont ces sanctions sont utilisées. L'atteinte de cet objectif nécessite la mise en avant des sanctions du droit commun des contrats qui sont réputées efficaces en termes de lutte contre le déséquilibre contractuel, lesquelles pouvant être complétées au besoin par les autres sanctions du droit de la concurrence. Dès lors, le législateur doit procéder à une redistribution des sanctions du droit de la concurrence et faire de sorte que celles-ci s'intéressent d'abord à la source du déséquilibre avant de frapper son auteur.

---

917 *Ibid.*

918 N. DORANDEU, *op. cit.*,n° 285, p. 201.

CONCLUSION DU TITRE I

346. Constatations. Le droit de la concurrence assure une protection imparfaite des professionnels contre le déséquilibre contractuel. La raison en est que les outils qu'il propose sont plus orientés vers la protection de l'ordre public économique que vers la protection contre le déséquilibre contractuel. Pourtant, à bien scruter son champ d'application, le droit de la concurrence donne l'impression d'être le plus adapté pour assurer une meilleure protection des professionnels contre le déséquilibre contractuel dans la mesure où « *les relations entre professionnels, que sont les entreprises qui offrent des biens ou des services, constituent son champ d'investigation principal* »[919]. Mais, tel n'est pas le cas en réalité. La protection accordée par le droit de la concurrence est marquée par son irrégularité. Tantôt on a des règles qui accordent une protection directe contre le déséquilibre contractuel, tantôt on a des règles qui accordent une protection contre le déséquilibre contractuel à travers la protection du marché. L'on peut donc retenir que les réponses que le droit de la concurrence apporte au déséquilibre contractuel sont mues par des considérations d'ordre public économique. C'est d'ailleurs au regard de ces considérations que se justifie la rigueur des sanctions du déséquilibre contractuel en droit de la concurrence.

347. Perspectives. De par une intensification suivie d'une hiérarchisation des sanctions du droit de la concurrence, le législateur pourrait aboutir à une lutte efficace contre le déséquilibre contractuel à travers ce corps de règles. Notre propos a plus de portée en droit des pratiques restrictives de concurrence qu'en droit des pratiques anticoncurrentielles. Pour rappel, la configuration des sanctions de ce dernier corps de règles repose sur le modèle de droit commun qui fait de la nullité la sanction de principe laquelle est au besoin complétée par la responsabilité civile de l'auteur de l'acte nul. En revanche, en droit des pratiques restrictives de concurrence, la pratique de déséquilibre contractuel emporte en premier lieu la responsabilité civile de son auteur et l'oblige par voie de conséquence à réparer le préjudice causé au partenaire lésé. La responsabilité civile est la sanction de principe du déséquilibre contractuel en droit des pratiques restrictives de concurrence. Celle-ci est complétée par une série de sanctions civiles pouvant être prononcées à l'initiative du ministre chargé de l'Économie ou du ministère public. Il s'agit de la demande de cessation des pratiques, de la nullité des clauses ou contrats illicites, de la répétition de l'indu ou d'une condamnation à payer une amende civile d'un certain montant. Ces sanctions présentent une efficacité indéniable dans la protection de l'ordre public économique.

---

919 L. IDOT, « La protection par le droit de la concurrence », in *Les clauses abusives entre professionnels*, *(dir.)* C. JAMIN et D. MAZEAUD, Économica, coll. Études juridiques 3, 1998, p. 55.

Cependant, elles n'ont pas la même efficacité en ce qui concerne la protection contre le déséquilibre contractuel. Une meilleure protection contre le déséquilibre contractuelle passe par une mise en évidence des sanctions du droit commun des contrats, lesquelles peuvent au besoin être complétées par les sanctions du droit de la concurrence. Le législateur doit de ce fait faire de la nullité, la sanction de principe du déséquilibre contractuel en droit de la concurrence et la compléter au besoin par les sanctions administratives, civiles pécuniaires et pénales que l'on retrouve également dans ce corps de règles. On conclura qu'en l'absence de réponses efficaces contre le déséquilibre contractuel en droit de la concurrence, les professionnels victimes de cette pratique n'ont d'autre choix que penser à tirer profit des réponses du droit commun des contrats soit en les primant sur les réponses du droit de la concurrence soit en les cumulant avec celles du droit de la concurrence.

TITRE II.

L'OPTIMISATION DE LEUR MISE EN ŒUVRE

348. Plan. Le droit français dispose d'une variété de réponses au déséquilibre contractuel. Ce qui constitue sans doute un enrichissement du patrimoine des potentielles victimes. Cette variété de réponses n'est pas sans soulever la question de leur articulation. Dès lors, il se pose la question de savoir si le professionnel victime de déséquilibre contractuel peut faire l'option entre les réponses ou le cumul des différentes réponses en présence.

CHAPITRE I.

L'OPTION ENTRE LES RÉPONSES

349. Un environnement favorable. La question d'un choix optionnel s'impose en raison de la diversité des réponses du droit français au déséquilibre contractuel. En droit français, il existe trois réponses au déséquilibre contractuel[920]. Ce phénomène est d'abord sanctionné par le droit de la consommation qui, à travers l'article L. 212-1 du code de la consommation, permet d'anéantir les clauses déséquilibrantes dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs. Il est ensuite sanctionné par le droit de la concurrence à travers la prohibition des pratiques commerciales abusives[921]. Il est enfin sanctionné par le droit commun des contrats qui, depuis la réforme du 10 février 2016, a vu un certain nombre de ses règles rénovées[922] dans l'unique but d'améliorer la lutte contre les contrats structurellement déséquilibrés[923]. Le champ d'application de chacune de ces réponses est délimité de sorte que la sanction du déséquilibre contractuel ne semble a priori poser aucune difficulté particulière. Le droit de la consommation régit les rapports entre professionnels et consommateurs, le droit de la concurrence, les rapports commerciaux et le droit commun des contrats, comme son nom l'indique, s'applique à tous les rapports contractuels. Cependant, il arrive des cas où les champs d'application de ces différentes réponses se superposent. Ce qui sous entend l'existence de points de recoupement mais aussi de zones non couvertes[924]. Avec une telle configuration, les praticiens ne manqueront certainement pas de rechercher parmi les réponses en concours celles offrant une meilleure protection contre le déséquilibre contractuel.

---

920 X. LAGARDE, « Question autour de l'article 1171 du code civil », *D.* 2016, p. 2174.

921 C. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, 2003, Bruylant-Academia, coll. Thèses de sciences humaines 12, n° 276, p. 307

922 D. SCEMAMA, « La réforme du droit des contrats : consécration et incertitudes des clauses abusives en droit commun », https://www.village-justice.com/articles/reforme-droit-des-contrats-consecration-incertitudes-des-clauses-abusives-droit,25381.html, consulté le 29 oct. 2018 où l'auteur précise que « *le législateur, qui naguère se contentait de textes spéciaux pour lutter contre les clauses abusives, se résout désormais à intervenir dans les dispositions du droit commun du code civil* ».

923 T. REVET, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés ? », *D.* 2015, p. 1217.

924 A. BAMDÉ, « La reconnaissance des clauses abusives en droit commun des contrats : réforme des obligations », https://aurelienbamde.com/2017/05/24/la-reconnaissance-des-clauses-abusives-en-droit-commun-des-contrats-reforme-des-obligations/, 24 mai 2017, consulté le 29 oct. 2018.

350. Des avantages multiples. Le recours au choix optionnel permet à la victime d'optimiser ses chances quant à la sanction du déséquilibre contractuel dont elle souffre. Elle replace la victime au cœur du contentieux contractuel. Celle-ci aura dès lors le choix entre des réponses ambitieuses qui sanctionnent le déséquilibre contractuel en ce qu'il résulte d'un manquement concurrentiel et des réponses efficaces qui n'ont pour autre vocation que la protection de la partie faible dans les rapports entre professionnels. Comme les règles en concours apportent des réponses différentes au déséquilibre contractuel, reconnaître à la victime la voie du choix optionnel équivaut à lui laisser choisir les réponses les mieux adaptées à sa situation. Ainsi que le recours au choix optionnel (Section I) et sa mise en œuvre (Section II) méritent une attention particulière.

SECTION I.
LE RECOURS AU CHOIX OPTIONNEL

351. L'assurance d'une meilleure protection des intérêts privés. Le recours au choix optionnel assure à la victime une meilleure protection contre le déséquilibre contractuel en ce qu'il lui permet d'une part de faire la part des choses entre des juridictions spécialisées et d'autres non spécialisées, des sanctions adaptées et d'autres inadaptées. La victime d'un déséquilibre contractuel qui ne souhaite pas subir les inconvénients liés à la spécialisation des juridictions en droit de la concurrence aura tout intérêt a mené son action sur le terrain du droit commun des contrats. Il en est de même pour la victime qui ne souhaite que l'obtention de l'anéantissement de la source du déséquilibre contractuel.

352. L'absence de compromis sur la protection de l'intérêt général. Présenté de cette façon on pourrait être amené à considérer que le recours au choix optionnel risque de compromettre la protection de l'ordre public économique en ce qu'il constitue un moyen pour la victime de faire le choix entre des réponses tournées vers la protection de l'ordre public économique et des réponses tournées vers la protection de la partie faible. Mais, il en est rien en réalité. Si l'on prend l'exemple sur le déséquilibre significatif, le choix par la victime de fonder son action sur l'article 1171 du code civil plutôt que sur l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce n'a rien de compromettant pour la protection de l'ordre public économique. En plus de permettre au juge d'anéantir la source du déséquilibre significatif, le texte permet la garantie d'une conformité à l'ordre public économique par la purge de toute clause pouvant lui porter une atteinte significative. Le recours au choix optionnel est donc pétri d'avantages (§ 2). Si l'on y ajoute l'absence d'obstacles juridiques (§ 1) à sa faisabilité, cela ne peut tourner qu'en faveur d'une meilleure protection contre le déséquilibre contractuel.

§ 1. L'ABSENCE D'OBSTACLES JURIDIQUES

353. L'application du droit commun à tous les contrats. Partant de l'affirmation selon laquelle « *on regarde comme permis tout ce qui n'est pas défendu* »[925], nous pouvons estimer que le recours au choix optionnel n'est pas intégralement fermé aux contractants professionnels victimes de déséquilibre contractuel en ce sens que le législateur nous rappelle dans l'article 1105 alinéa 1 du code civil que le droit commun des contrats a vocation à s'appliquer à tous les contrats « *qu'ils aient ou non une dénomination propre* ». Cette vocation du droit commun à s'appliquer à toues les contrats doit donc concrètement se traduire par la reconnaissance aux victimes d'un choix optionnel entre les différentes réponses au déséquilibre contractuel.

354. La réserve à l'application du droit commun des contrats. Il est précisé aux termes de l'article 1105 *in fine* du code civil une réserve à la vocation générale du droit commun à tous les contrats. Ce texte donne l'occasion au législateur de préciser que « *les règles générales s'appliquent sous réserve des règles particulières* ». Sa mise en œuvre est donc conditionnée par l'identification préalable du caractère général ou non des règles ayant vocation à s'appliquer. Or, il est des cas où la règle qu'on estime générale paraît plus spéciale que celle qu'on estime spéciale. C'est pour cette raison que nous estimons que ce texte semble autoriser implicitement le recours au choix optionnel. À coté de cette autorisation implicite (A), une autre mais cette fois ci explicite (B) semble découler des textes du code de commerce sur la question.

A. L'autorisation implicite découlant du code civil

355. Son fondement textuel. De l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant « réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations » est né un nouvel article organisant l'articulation entre les règles générales et celles spéciales applicables au contrat. Il s'agit de l'article 1105 du code civil. Ce désormais nouveau texte constitue l'une des véritables innovations[926] de la réforme de 2016 en ce qu'il est venu poser des « *lignes* »[927] directrices ayant pour vocation d'assurer la bonne « *coordination entre droit commun des contrats et droits spéciaux* »[928]. Cette coordination s'effectue suivant une

---

925 *Extrait du discours de Portalis sur le projet de code civil*, https://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf, consulté le 04 janv. 2019.

926 B. FAUVARQUE-COSSON, « Première influence de la réforme du droit des contrats », *D.* 2017, p. 793.

927 *Ibid.*

928 M. CHAGNY, « Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la réforme du droit commun des contrats », *RTD com.* 2016, p. 451.

logique bien simple : « *les règles générales s'appliquent sous réserve des règles particulières* ». Cette logique paraît constituer une autorisation implicite au choix optionnel entre les différentes réponses au déséquilibre contractuel. Confortent davantage cette idée, les différentes lectures de la formule employée par le législateur dans la rédaction de l'article 1105 du code civil. Dire que « *les règles générales s'appliquent sous réserve des règles particulières* » peut recevoir deux lectures : une lecture littérale tenant compte de la lettre du texte et une lecture approfondie tenant compte de son esprit.

356. Une autorisation découlant de la lecture littérale de l'article 1105 du code civil. La lecture littérale de la directive posée par l'article 1105 *in fine* exige à ce que « *le droit spécial chasse le droit commun* »[929] toutes les fois que les deux corps de règles ont vocation à s'appliquer à un même cas d'espèce[930]. Une application littérale de cette directive dans un cas de déséquilibre significatif aurait la particularité de donner la solution suivante. Lorsqu'un opérateur économique est victime de déséquilibre contractuel, celui-ci se voit reconnaître deux actions aux fins de demander la réparation de son préjudice. À supposer que l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce soit applicable dans son cas, notamment en raison du partenariat commercial qu'il entrainait avec l'auteur de la pratique déséquilibrante. En application des directives de l'article 1105, l'application de la règle du code de commerce sur le déséquilibre significatif aura pour conséquence de chasser celle de la règle du code civil. Une telle lecture n'est pas sans réduire considérablement le champ d'application[931] de la règle du code civil sur le déséquilibre significatif. C'est pour cette raison qu'elle a été considérée comme étant d'une certaine fragilité[932]. Cette fragilité découle du fait que cette lecture ne se fait pas en tenant compte la spécificité de chaque règle ayant vocation à s'appliquer au cas d'espèce. Elle se fait en considération de l'origine de chaque texte applicable au cas d'espèce. La règle du droit commun est considérée comme générale en raison de son appartenance au code civil. Celle du droit spécial est considérée comme spéciale en raison de son non-appartenance au code civil. Or, ce n'est pas parce qu'une règle relève d'un code autre que civil qu'elle devient en tout état de cause spéciale. Si l'on s'en tient toujours à notre exemple de base, il est à noter que l'analyse des

---

929 *Id.*, « Question de méthodologie. Droit commun et droits spéciaux », *RLA* juill. 2016, n° 117.

930 *Id.*, « Les relations économiques entre droit commun et droits spéciaux », *JCP E* juin 2018, 1326 où l'auteure précise que « *la coexistence entre le droit commun et les droits spéciaux aboutit plutôt à l'exclusion du premier au profit des seconds. La supériorité de ces derniers sur le droit commun semble particulièrement nette en raison du phénomène bien connu et déjà ancien d'inflation des droits spéciaux, lesquels sont en outre supposés être mieux appropriés à une situation particulière que le droit commun à vocation générale* ».

931 M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Le déséquilibre significatif dans le code civil », *JCP G* avril 2016, 391.

932 X. LAGARDE, « Questions autour de l'article 1171 du code civil », *D.* 2016, p. 2174.

conditions de mise en œuvre de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce laissent paraître un champ d'application beaucoup plus large que celui de l'article 1171 du code civil. Le contrôle opéré par le texte de droit spécial transcende les contrats d'adhésion alors que celui opéré par le texte de droit commun s'y cantonne[933]. Le texte de droit spécial permet d'opérer un contrôle des contrats lésionnaires[934], ce que le texte de droit commun ne permet pas. Il résulte de ces considérations que la formulation des différentes réponses au déséquilibre contractuel ne permet pas d'opérer une nette « *distinction entre règles générales et règles spéciales* »[935]. Du moment où l'on considère que le texte de droit commun est beaucoup plus spécial que celui de droit spécial, la question de l'articulation des réponses se règle facilement au regard des directives de l'article 1105 du code civil. Appliqué à notre cas d'espèce, cela conduit à dire que l'application de l'article 1171 du code civil chasse celle de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce. Cette analyse a d'ailleurs bénéficié du soutien d'une partie de la doctrine. Il a, en effet, été défendu que l'article 1105 du code civil vise « *les règles générales à tous les contrats et les règles particulières à certains contrats* »[936]. Les premières règles sont « *celles relatives à la conclusion du contrat, à ses conditions de validité, à ses effets entre les parties ou à l'égard des tiers ou aux sanctions de son inexécution* »[937] et qui « *forme[nt] le droit commun du contrat* »[938]. Les secondes sont celles « *particulières à certains contrats et qui sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux* »[939]. Ces règles visent non pas une catégorie de contractants, mais des figures contractuelles. On pense ainsi, « *à la vente, à l'échange, au bail et au dépôt* ». Ces figures ont cette particularité de pouvoir se retrouver dans plusieurs codes. Elles peuvent selon les cas se retrouver dans le code civil comme elles peuvent se retrouver dans les codes spéciaux[940]. Or, le droit de la concurrence apparaît comme un droit hybride et par conséquent « *transversal* »[941]. Il ne s'applique pas à « *une catégorie donnée de contrats* »[942] mais à

---

933 C. DELANGLE, « Le nouveau dispositif du code civil consacré au contrat d'adhésion », *JCP E* août 2017, 1452.

934 V. D. FERRÉ, R. PIHÉRY, « Des précisions sur l'appréciation du déséquilibre significatif au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce », *AJ contrat* 2017, p. 132 ; M. CHAGNY, « Le déséquilibre significatif financier sanctionné par la cour d'appel de Paris », *RTD Com.* 2015, p. 492.

935 D. FERRE, R. PIHERY, *art. préc.*

936 G. CHANTEPIE, M. LATINA, *op. cit.*, n° 115, p. 103.

937 *Ibid.*, n° 114, p. 103.

938 *Ibid.*

939 *Ibid.*, n° 115, p. 103.

940 *Ibid.*, n° 115, p. 104.

941 M. CHAGNY, *art. préc.* ; P. TERNEYRE, « Concilier droit bancaire et droit de la concurrence », *AJDA* 2017, p. 540 ; J. MESTRE, « De la forte emprise du droit de la concurrence sur le contenu du contrat », *RTD civ.* 1994, p. 349.

942 G. CHANTEPIE, M. LATINA, *op. cit.*, n° 115, p. 104.

une catégorie de contractants[943]. On retiendra donc qu'avec une lecture littérale des directives de l'article 1105 du code civil, l'on peut aboutir à la conclusion selon laquelle la voie du choix optionnel n'est pas fermée aux plaideurs victimes de déséquilibre contractuel. Toutefois, certains arguments militant en faveur d'une lecture approfondie des directives de l'article 1105 du code civil peuvent nous être opposés.

357. Une autorisation découlant de la lecture approfondie de l'article 1105 du code civil. Le Rapport relatif à l'ordonnance du 10 février 2016[944] recommande de faire une lecture approfondie des directives de l'article 1105 du code civil en ce qu'il suggère de tenir pour générales les réponses émanant du code civil et pour spéciales celles relevant des droits spéciaux, c'est-à-dire des codes de commerce et de consommation. Dans ce Rapport, il est précisé que l'article 1105 « *définit…les contrats nommés et innommés* ». Ses deux premiers alinéas sont une reproduction de l'ancien article 1107 du code civil. Son troisième alinéa marque une innovation majeure en ce qu'il précise expressément que « *les règles générales s'appliquent sous réserves des règles spéciales* ». Pour organiser le concours de normes, le Rapport recommande d'écarter les règles générales « *lorsqu'il sera impossible de les appliquer simultanément* »[945] avec les règles spéciales telles que celles émanant du code de commerce ou du code de la consommation. Les précisions apportées par ce Rapport ont le mérite de révéler la possible articulation des différentes réponses au déséquilibre contractuel. En conditionnant l'écart des règles générales par leur seule contrariété avec celles spéciales, le Rapport semble offrir aux victimes, ne serait ce que de façon implicite, les voies et moyens de trouver satisfaction à leur demande en cumulant les différentes réponses non contradictoires qui sont à leur portée. Mais, si la voie du cumul semble être autorisée au regard de ce Rapport, ne peut-on pas en déduire que celle du choix optionnel le soit également ? S'il est vrai que qui peut le plus peut le moins, il doit être aussi être vrai que qui admet le plus pourra admettre le moins. La voie du choix optionnel ne semble donc pas être fermée. Un fondement juridique peut même lui être trouvé dans les dispositions de l'article 1105 du code civil, lesquelles préconisent la soumission de tous les contrats à des règles générales peu importe « *qu'ils aient ou non une dénomination propre* »[946]. Comme le droit

---

943 *Ibid.*

944 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 206-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004539, consulté le 04 janv. 2019.

945 *Ibid.*, chap. 1er : Dispositions liminaires. V également J.-C GRALL, G. MALLEN, « Le déséquilibre significatif en droit français : une notion, deux textes, deux régimes juridiques », https://www.grall-legal.fr/fr/desequilibre-significatif-en-droit-francais/, consulté le 16 mars 2018.

946 C. civ., art. 1105 al. 1.

commun des contrats a vocation à s'appliquer à tout type de contrat. Cette vocation doit dès lors « *se traduire sur le terrain du concours des normes* »[947]. Ce qui permettra aux plaideurs victimes de déséquilibre contractuel de pouvoir valablement opter entre les différentes réponses à leur disposition. Ces plaideurs semblent ainsi disposer d'une certaine liberté procédurale[948] leur permettant de choisir la réponse la plus adaptée parmi les réponses en présence. C'est cette liberté que visait le Doyen Carbonnier lorsqu'il évoquait « *la sainte liberté ; la liberté du plaideur sur chacune des voies de droit qui lui sont ouverte indistinctement* »[949]. Cette liberté ne doit être limitée que par une « *raison impérieuse* »[950]. En constitue un exemple parfait, la contrariété des règles en concours. À défaut de cela, rien ne semble empêcher à ces plaideurs de prétendre à un choix optionnel. On conclura que l'article 1105 du code civil ne semble pas exclure la voie du choix optionnel. Il en est de même de certaines dispositions du code de commerce.

B. L'autorisation explicite découlant du code de commerce

358. Ses fondements textuels. L'organisation du contentieux du droit de la concurrence répond à une logique de spécialisation des juridictions. Cette spécialisation est prévue aussi bien pour le contentieux du droit des pratiques anticoncurrentielles que pour celui du droit des pratiques restrictives de concurrence.Dans le contentieux du droit des pratiques anticoncurrentielles, la spécialisation des juridictions tire sa source de l'article L. 420-7 du code de commerce. Aux termes de cette disposition, il est précisé que :

> « Sans préjudice des articles L. 420-6, L. 462-8, L. 463-1 à L. 463-4, L. 463-6, L. 463-7 et L. 464-1 à L. 464-8, les litiges relatifs à l'application des règles contenues dans les articles L. 420-1 à L. 420-5 ainsi que dans les articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne et ceux dans lesquels ces dispositions sont invoquées sont attribuées, selon le cas et sous réserve des règles de partage de compétences entre les ordres de juridiction, aux juridictions civiles ou commerciales dont le siège et le ressort sont fixés par décret en Conseil d'État. Ce décret détermine également le siège et le ressort de la ou des cours d'appel appelées à connaître des décisions rendues par ces juridictions ».

Dans le contentieux du droit des pratiques restrictives de concurrence, la spécialisation des juridictions doit sa raison d'être aux dispositions de l'article L. 442-6, III, in fine qui reconnaissent à un nombre limité de juridictions le pouvoir de connaître du contentieux des pratiques restrictives de l'article L. 442-6 du code de commerce. L'analyse de ces textes fait ressortir l'idée selon laquelle la compétence des juridictions spécialisées dans le

---

947 C. GOLDIE-GENICON, « Droit commun et droit spécial », *RDA* 2013, n° 7, p. 39, consultable en ligne : https://www.u-paris2.fr/sites/default/files/document/cv_publications/rda-7-pages-1-56.pdf, consultée le 09 déc. 2017.

948 *Ibid.*

949 *Ibid.*, citant « *J. Carbonnier, obs. sous Civ. 1re, 19 juill. 1960, RTD civ. 1961, p. 333* ».

950 *Ibid.*

contentieux du droit de la concurrence est conditionnée par la nature du litige en cause. Lorsque le litige se rapporte à l'application des règles du droit des pratiques anticoncurrentielles ou à celles du droit des pratiques restrictives de concurrence, compétence exclusive est reconnue aux juridictions spécialisées. En revanche, lorsque le litige ne se rapporte à aucune de ces règles, compétence exclusive est reconnue aux juridictions de droit commun. Il suffit juste qu'une disposition relevant du droit des pratiques anticoncurrentielles ou du droit des pratiques restrictives de concurrence soit invoquée pour que la compétence des juridictions spécialisées soit fondée[951]. En l'absence d'invocation de l'une de ces dispositions, le juge de droit commun retrouve sa compétence traditionnelle. Suivant ce raisonnement, en présence d'un concours de règles applicables à un cas de déséquilibre significatif, par exemple un concours entre l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce et l'article 1171 du code civil, l'invocation par la victime de l'article 1171 suffit à justifier la compétence du juge non spécialisé. À l'appui de ce raisonnement, un auteur a estimé que dans ce cas de figure « *le litige en question ne serait pas relatif à l'application de l'article L. 442-6* »[952] mais plutôt à l'application de l'article 1171. Le même auteur nous précise que :

> « Ce que la règle spéciale de compétence empêche, c'est seulement qu'une juridiction non spécialisée puisse valablement être saisie sur le fondement de l'article L. 442-6 et en faire application. Elle ne condamne donc pas la possibilité, pour une juridiction autre, de connaître d'un grief de déséquilibre significatif fondé non sur ce texte mais sur le code civil. »[953].

Suivant ce raisonnement, l'on peut considérer la possibilité pour un plaideur victime de déséquilibre contractuel résultant d'une pratique anticoncurrentielle de choisir d'agir sur le terrain de la responsabilité civile délictuelle[954] sur le fondement de l'article 1240 du code civil plutôt que sur celui de la nullité prévue aux termes de l'article L. 420-3 du code de commerce. Dans ce cas, le litige ne serait pas relatif à l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles mais à celle du droit commun des contrats. Il résulte de cette configuration, que le droit de la concurrence ne verrouille pas la voie de l'option aux plaideurs victimes de déséquilibre contractuel. Ce point de vue peut, à bien des égards, être consolidé par l'analyse de la jurisprudence sur la question.

359. Sa consolidation jurisprudentielle. La jurisprudence sur la question de la spécialisation des juridictions en droit de la concurrence brille par son abondance. De cette abondance

---

951 M. CHAGNY, « Restriction de compétence matérielle et droit de la concurrence », *Procédures* avril 2011, n° 4, dossier 10.

952 A. HONTEBEYRIE, « 1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance », *D.* 2016, p. 2180.

953 *Ibid.*

954 Sur le fondement de l'arrêt de la Cour de cassation en date du 1er mars 1982, n° 80-15834.

ressort la preuve de l'absence d'obstacle à l'articulation des différentes réponses au déséquilibre contractuel. Ainsi, un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 24 septembre 2013 semble nous dire que la compétence spéciale en droit de la concurrence n'a rien à voir avec la demande, il suffit juste que l'article L. 442-6 du code de commerce soit applicable au litige pour que cette compétence puisse effectivement jouer. Dans son attendu de principe, la Cour de cassation a clairement affirmé que le fait pour une victime de déséquilibre contractuel de fonder son action non pas sur l'article L. 442-6 du code de commerce mais sur une disposition du code civil n'est pas de nature à faire obstacle à la règle de compétence spéciale. À peine un an, la même chambre est revenue dire implicitement que :

> « La compétence spéciale prévue à l'article L. 442-6 du code de commerce est affaire de la demande. »[955]

La formulation de son attendu de principe permet, à bien des égards, de consolider ce point de vue. Dans cette affaire, la Cour a clairement énoncé la possibilité de faire échec à la règle de compétence spéciale par l'invocation des dispositions du droit commun des contrats en retenant à peu près ceci : que ne méconnait pas ses pouvoirs la juridiction ayant déclaré irrecevables les demandes en ce qu'elles étaient fondées sur les dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce, mais a statué sur l'application d'une disposition du droit commun des contrats[956]. Le 6 septembre 2016, la même chambre est revenue confirmée implicitement sa position dans un attendu de principe ainsi formulé :

> « La cour d'appel de Paris est seule investie du pouvoir de statuer sur les appels formés contre les décisions rendues dans les litiges relatifs à l'application de l'article L. 442-6 du code de commerce ; que l'inobservation de ce texte est sanctionnée par une fin de non-recevoir ; que la société IDP ayant formé une seule demande en paiement de dommages-intérêts, fondée indistinctement sur les articles 1134 et 1184 du code civil et L. 442-6, I, 5° du code de commerce, c'est à bon droit que la cour d'appel de Poitiers a déclaré la demande irrecevable ; que le moyen n'est pas fondé. »[957]

Une lecture a contrario de cette décision permet d'affirmer qu'il suffisait juste à ce que le plaideur en question ait écarté de sa demande l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce pour faire échec à la règle de la compétence spéciale. Il ressort également de la jurisprudence que l'option entre les réponses du droit de la concurrence et celles d'autres corps de règles peut être admise sur le fondement de l'adage *specialia generalibus derogant*. Dans un arrêt en date du 8 février 2017, la chambre commerciale de la Cour de cassation a

---

955 A. HONTEBEYRIE, *art. préc.*

956 Cass. com., 7 oct. 2014, n° 13-21.086, *D.* 2014, Jur. 2329, note F. BUY ; *AJCA* 2015, 86, obs. M. PONSARD. V. également J.-C FOUSSAT, « Rupture brutale de relation commerciale établie et règles de compétence », *https://www.village-justice.com/articles/Rupture-brutale-relation,21691.html*, consulté le 16 mars 2018.

957 Cass. com., 6 sept. 2016, n° 14-27.085 15-15.328, *D.* 2016, p. 1812, obs. E. CHEVRIER.

retenu sur le visa des articles L. 442-6, I, 5° du code de commerce et 7 de la loi du 10 septembre 1947 que :

> « Les statuts des coopératives fixant aux termes du second de ces textes, les conditions d'adhésion, de retrait et d'exclusion des associés ces textes, les conditions dans lesquelles les liens unissant une société Coopérative et un associé peuvent cesser sont régies par les statuts de cette dernière et échappent à l'application du premier de ces textes ; Attendu que pour dire que l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce est applicable aux relations de la société coopérative et de la société X…, l'arrêt retient que ce texte s'applique à toute relation commerciale et que la relation en cause, nouée entre deux personnes morales à caractère commercial pour l'exploitation d'un fonds de commerce, est une relation commerciale au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du code précité ; Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés. »[958]

Dans ce même registre, la cour a également retenu dans un arrêt en date du 11 mai 2017 que « *les modalités de retrait du membre d'un groupement économique* » ne rentrent pas dans le viseur de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce[959]. On retiendra de ces jurisprudences la possibilité pour une victime de déséquilibre contractuel de viser un texte beaucoup plus spécial parmi les textes en concours pour pouvoir échapper à la règle de la compétence spéciale. Cela semble être possible d'autant plus que la Cour de cassation n'a pas complètement fini de définir « *quels textes plus spéciaux permet d'échapper à l'article L. 442-6 du code de commerce* »[960]. L'absence d'obstacle au choix optionnel appréhendé, il convient de mettre l'accent sur les avantages y découlant.

§ 2. L'EXISTENCE D'AVANTAGES

360. Entre contrainte et facilité procédurale. Le législateur offre une variété de réponses au contractant professionnel victime de déséquilibre contractuel. Ce dernier bénéficie non seulement d'une protection qu'il tire des règles du droit de la concurrence mais peut tout de même prétendre aux dispositions protectrices du droit commun des contrats. Le choix de l'une de ces réponses n'est pas sans conséquences sur le plan purement procédural. Le choix des règles du droit de la concurrence peut entrainer un certain nombre de difficultés pour la victime dans la mesure où la mise en œuvre des règles du droit de la concurrence sanctionnant le déséquilibre contractuel est conditionnée par l'établissement au combien

---

958 Cass. com., 8 févr. 2017, n° 15-23.050 ; M. CHAGNY, « La limitation du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce par la règle *speciala generalibus derogant* », *JCP G* juill. 2017, 763, citant « *BJS mai 2017, n° 5, p. 324, « L'exclusion brutale d'un associé coopérateur : quand le droit spécial chasse le droit le plus général* », obs. M. CHAGNY ; Lettre de la distribution, mars 2017, p. 1, obs. N. ERÉSÉO ; Contrats, conc. consom. 2017, comm. 78, obs. N. MATHEY ».

959 Cass. com., 11 mai 2017, n° 14-29.717, JCP G juill. 2017, 763, « La limitation du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce par la règle *speciala generalibus derogant* », obs. M. CHAGNY. V. aussi http://www.lettredesreseaux.com/P-2305-451-A1-desequilibre-significatif-article-442-6,-i,-2-du-code-de-commerce.html, consulté le 16 mars 2018.

960 *Ibid.*

difficile d'un manquement concurrentiel. En revanche, en choisissant les règles du droit commun des contrats, la victime s'affranchit non seulement de ces difficultés mais aussi et surtout de la règle de la spécialisation des juridictions, laquelle peut faire l'objet d'une instrumentalisation par les parties à des fins dilatoires[961].

361. Entre rigueur et efficacité des sanctions. Reconnaitre à la victime d'un déséquilibre contractuel la voie du recours optionnel, c'est lui offrir la possibilité de choisir entre rigueur et efficacité en termes de sanction de cette pathologie contractuelle. Le droit de la concurrence dans sa manière de sanctionner le déséquilibre contractuel laisse planer par la rigueur dictée par sa finalité de protection de l'ordre public. L'atteinte d'une telle finalité justifie le recours à une palette de sanctions pouvant servir par voie de conséquence à la lutte contre le déséquilibre contractuel. Contrairement au droit de la concurrence, le droit commun des contrats mise sur ce qui est juste nécessaire pour la sanction du déséquilibre contractuel. C'est pour cette raison que ses sanctions rayonnent par leur efficacité dans la protection de la partie faible. Il résulte de ces considérations que l'option entre les réponses en présence n'est pas dépourvue d'avantages. Ces avantages peuvent être appréciés de fond en comble tant qu'au niveau procédural (A) qu'au niveau des sanctions (B).

A. Sur le plan procédural

362. Sur la mise en œuvre de l'action. Comme le déséquilibre contractuel subi par un opérateur économique est susceptible d'être sanctionné sur le double fondement des règles du droit de la concurrence et de celles du droit commun des contrats, il va sans dire que le choix de l'un de ces fondements n'est pas sans présenter un certain nombre d'avantages sur le plan procédural. Le régime juridique de l'action de la victime dépend du terrain sur lequel elle entend la mener. Sur le fondement du droit commun, le régime juridique de l'action intentée est conditionné par la nature de la règle violée. Lorsque le déséquilibre contractuel dont souffre la victime s'est matérialisé par la violation d'une règle destinée à protéger l'intérêt général, l'action en nullité y résultant serait « *élargie de façon à favoriser la sanction de l'illicite* »[962]. L'idée à la base est de favoriser une augmentation des chances d'annulation de l'acte pour « *fragiliser les contrats contraires à l'ordre public* »[963]. En revanche, lorsque ce déséquilibre traduit la violation d'une règle destinée à protéger un intérêt privé, l'action en nullité y résultant ne peut être mise en œuvre que par la victime, seule destinataire de la règle de protection. Dans ce cas de figure, les tiers ne seront pas admis à la mettre en œuvre

---

961 E. LAMAZEROLLES, *art. préc.*.

962 Y. PICOD, *Nullité*, *Rép. civ.*, mars 2013 (actualisation : oct. 2016), n° 36.

963 A. BÉNABENT, *op. cit.*, n° 211, p. 182.

pour la bonne et simple raison qu'ils ne peuvent être « *plus royalistes que le roi* »[964]. L'action en nullité d'un déséquilibre contractuel résultant de la violation d'une règle destinée à protéger un intérêt particulier peut faire l'objet d'une confirmation. Par confirmation, il convient d'entendre « *l'acte par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce* »[965]. Cet acte peut prendre la forme d'« *une exécution volontaire de son engagement irrégulier, en connaissance du vice l'affectant* »[966]. Par contre, l'action en nullité d'un déséquilibre contractuel résultant de la violation d'une règle destinée à protéger l'intérêt général ne pourra pas faire l'objet d'une confirmation. Car, même si la victime renonce à son droit d'action, cette renonciation ne déteint pas sur le droit d'action des tiers. On conclura que l'avantage du choix du droit commun des contrats réside dans la possibilité reconnue à la victime de pouvoir confirmer la cause de nullité lorsque la règle violée était uniquement destinée à sa protection. Le régime juridique de l'action intentée sur le fondement du droit de la concurrence dépend également de la nature de la règle violée. Lorsque le déséquilibre contractuel résulte de la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles, la nullité prévue aux termes de l'article L. 420-3 du code de commerce peut être demandée par « *toute personne ayant un intérêt à faire cesser cette pratique* »[967]. Cela s'explique par le caractère absolu de cette nullité qui a pour finalité la protection du « *bon fonctionnement de la concurrence sur un marché donné* »[968]. À cet égard, la confirmation de l'acte irrégulier par la victime ne déteint pas sur le droit d'action des tiers. Dès lors, si la victime a la qualité de consommateur, l'avantage pour elle de fonder son action sur le droit des pratiques anticoncurrentielles réside dans le fait qu'elle pourra prétendre au bénéfice de la procédure de l'action de groupe susceptible d'être intentée par une association de défense des consommateurs conformément aux exigences de l'article L. 623-1 du code de la consommation. Par contre, si la victime ne dispose pas de la qualité de consommateur, elle ne pourra pas bénéficier des dispositions consuméristes sur l'action de groupe mais pourra tout de même bénéficier des pouvoirs d'investigation de l'Autorité de la concurrence pour fonder sa demande d'indemnisation devant le juge judiciaire ou engager la responsabilité pénale de l'auteur de la pratique déséquilibrant sur le fondement de l'article L. 420-6 du code de commerce. Dans l'hypothèse où le déséquilibre contractuel en cause résulterait d'une violation du droit des pratiques restrictives de concurrence, possibilité est donnée à la victime de se joindre à l'action des pouvoirs publics sur le

---

964 *Ibid.*,

965 C. civ., art. 1182.

966 Cass. com., 5 févr. 2013, n° 12-11.720.

967 P. WILHELM, L. FERCHICHE, *Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles, J.-Cl. Conc. consom.* déc. 2009, mise à jour mars 2013, fasc. 382, n° 20.

968 *Ibid.*

fondement de l'article L. 442-6, III, du code de commerce pour demander l'annulation de l'acte irrégulier ainsi que l'obtention de dommages et intérêts. La victime qui choisit de se joindre à l'action du ministre de l'Économie bénéficiera sans doute des pouvoirs d'investigation de ce dernier, ce qui lui facilitera la preuve du manquement concurrentiel, preuve sans laquelle elle ne peut obtenir des dommages et intérêts sur le fondement de l'article L. 442-6, I, du code de commerce.

363. Sur le plan de la prescription. La question de la prescription occupe une place importante dans le choix du terrain sur lequel la victime d'un déséquilibre contractuel entend mener son action. La prescription peut, à elle seule, déterminer le choix de la voie d'action. Pour le droit de la concurrence, elle sera uniquement abordée sous l'angle du droit des pratiques restrictives de concurrence. En effet, il est précisé à l'article 110-4, I, du code de commerce que :

> « Les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre non-commerçants se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions plus courtes. »

La durée de cette prescription est la même que celle prévue aux termes de l'article 2224 du code civil. Dès lors, la question va se jouer sur la supposée imprescriptibilité du réputé non-écrit. Comme le constate un auteur, « *il est assez généralement admis que le réputé non-écrit n'est pas susceptible de prescription extinctive* »[969]. Il est donc plus avantageux pour la victime de dénoncer la clause litigieuse sur le fondement de l'article 1171 du code civil que de demander sa nullité sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce. Au plus, à l'écoulement du délai de prescription de son action en nullité sur le fondement de l'article L. 442-6, la victime peut, si elle le souhaite, agir sur le fondement de l'article 1171 pour obtenir, « *en sus de la mise en jeu de la responsabilité de son auteur, la purge de la clause* »[970] litigieuse. Supposée imprescriptible, cette action peut être intentée à tout moment devant le juge compétent.

364. Sur la compétence juridictionnelle. La question du juge compétent est aussi déterminante que celle de la prescription. Elle conditionne, à bien des égards, l'option entre les réponses du droit de la concurrence et celles du droit commun des contrats. Le plaideur victime de déséquilibre contractuel à qui la règle de compétence spéciale n'arrange pas peut invoquer dans son action les règles du droit commun des contrats pour rester dans le champ de la compétence traditionnelle du juge de droit commun. En revanche, le plaideur victime de déséquilibre contractuel qui trouve ses intérêts dans la règle de compétence

---

969 A. HONTEBEYRIE, *art. préc.*

970 A. LECOURT, « Article L. 442-6, I, 2° du code de commerce et article 1171 du code civil : exclusion ou complémentarité ? », *RLDA* déc. 2016, n° 121.

spéciale n'a qu'à invoquer le droit de la concurrence pour rentrer dans le champ d'application de la règle de compétence spéciale. On voit donc que le terrain sur lequel le plaideur victime de déséquilibre contractuel compte agir peut avoir des conséquences sur la compétence juridictionnelle. Il peut en outre avoir des conséquences sur les modalités de sanction du déséquilibre contractuel.

B. Sur le plan des sanctions

365. Un droit de la concurrence plus ambitieux. En termes de réponses au déséquilibre contractuel, il y a lieu de constater que le droit de la concurrence affiche plus d'ambition que le droit commun des contrats. Cela peut se comprendre au regard de sa finalité de protection du marché et du bon fonctionnement de la concurrence. On peut s'en rendre compte en scrutant de part et d'autres les sanctions du droit des pratiques anticoncurrentielles et celles du droit des pratiques restrictives de concurrence. La première catégorie de sanctions exige pour leur mise en œuvre une atteinte au marché. Le législateur est tellement soucieux de la protection contre ces atteintes qu'il a mobilisées au sein du droit des pratiques anticoncurrentielles presque toutes les sanctions existantes dans l'ordre juridique français. Les sanctions civiles, pénales et administratives du droit des pratiques anticoncurrentielles ne sont pas destinées à la protection contre le déséquilibre contractuel mais à la protection de l'ordre public économique. On comprend bien alors qu'en droit des pratiques anticoncurrentielles, le déséquilibre contractuel n'est sanctionné que lorsqu'il résulte d'une pratique prohibée. Cependant, même si ce corps de règles n'est pas destiné à la lutte contre le déséquilibre contractuel, force est de constater qu'il peut offrir à la victime d'une pratique déséquilibrante des remèdes à ses maux. Du moment où le déséquilibre contractuel dont elle souffre résulte d'une pratique anticoncurrentielle, la victime peut profiter de la gamme de sanctions que le droit des pratiques anticoncurrentielles met à sa disposition. La nullité, la responsabilité, les injonctions et les mesures de publicités prévues à cet effet peuvent lui être d'une importance capitale. La seconde catégorie de sanctions n'exige pas pour leur mise en œuvre une atteinte au marché. Les sanctions qui la composent sont destinées à la protection des opérateurs économiques. Il s'agit de sanctions civiles, pénales, administratives et pécuniaires. La mise en œuvre de certaines de ces sanctions nécessite l'intervention de certaines autorités publiques. Le choix de ce corps de règles offre à la victime une palette de sanctions partant de la responsabilité civile à l'amende en passant par le réputé non-écrit sans oublier la nullité des clauses et les mesures de publicité ordonnées par le juge saisi. Pour la mise en œuvre de ces sanctions, la victime

peut non seulement bénéficier des « *pouvoirs exorbitants* »[971] des autorités publiques habilitées à agir sur le fondement de l'article L. 442-6, III, du code de commerce mais aussi des prérogatives élargies du juge[972] quant à l'appréciation du déséquilibre contractuel. L'invocation du droit des pratiques restrictives de concurrence présente l'avantage de donner à la victime la possibilité de demander la sanction du déséquilibre financier. Elle lui donne également la possibilité de pouvoir se joindre à l'action du ministre chargé de l'Économie pour bénéficier des pouvoirs d'injonction du juge, lesquels sont destinés à exiger à ce que la clause déséquilibrante ne soit pas réintroduit dans les futurs contrats[973]. Ce dont elle ne pourrait pas prétendre lorsqu'elle agit sur le fondement du droit commun des contrats.

366. Un droit des contrats plus efficace. Le droit commun des contrats parait plus efficace que le droit de la concurrence en termes de lutte contre le déséquilibre contractuel. Contrairement au droit de la concurrence qui s'intéresse plus à la protection de l'ordre public économique et moins à la protection contre le déséquilibre contractuel, le droit commun des contrats s'intéresse particulièrement et efficacement à la protection contre le déséquilibre contractuel. Ses sanctions ne cherchent pas à tout prix à frapper l'auteur du déséquilibre contractuel. Elles visent en premier lieu sa source. L'objectif étant bien évidemment d'éradiquer la source du mal. Cela fait du droit commun des contrats un corps de règles qui « *permet d'entreprendre un contentieux objectif, un procès fait à l'acte aux fins de l'abstraire de ses déséquilibres* »[974]. En droit commun des contrats, l'accent n'est mis sur l'auteur du déséquilibre contractuel. Sa sanction n'est juste qu'une conséquence de l'éradication du germe de mort qui affectait le contrat. Alors qu'en droit de la concurrence, l'accent est mis sur la sanction de l'auteur du déséquilibre contractuel. La formulation de l'article L. 442-6, I, du code de commerce en est une parfaite illustration. En commençant le texte par la formule « *engage la responsabilité de son auteur* », le législateur ne cache pas son intention de vouloir sanctionner à tout prix l'auteur du déséquilibre contractuel. Cela l'intéresse à tel point qu'il juge nécessaire d'inverser l'ordre des sanctions en faisant de la responsabilité civile la sanction principale et de la nullité la sanction accessoire. Cela a fini par faire du contentieux du droit de la concurrence « *un contentieux subjectif aux fins de traquer les pratiques*

---

971 M. BEHAR-TOUCHAIS, « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », *JCP G* mai 2015, doctr. 603.

972 V. « Le pouvoir accru du juge : une ingérence dans la relation entre partenaires commerciaux », *RLC* n° 49, 1er avril 2016.

973 M. BÉHAR-TOUCHAIS, *art. préc.*, citant « *Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907 ; Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525* ».

974 X. LAGARDE,*art. préc.*

déloyales et d'en sanctionner les auteurs »[975]. Comme le droit commun des contrats organise un procès fait à l'acte, il serait beaucoup plus avantageux pour le plaideur d'invoquer ses dispositions s'il veut se débarrasser une bonne fois pour toute de la source du déséquilibre contractuel. Les conditions et les avantages du recours au choix optionnel explicités, il convient d'envisager sa mise en œuvre concrète.

SECTION II.
LA MISE EN ŒUVRE DU CHOIX OPTIONNEL

367. Le préalable à la mise en œuvre du choix optionnel. Si le recours au choix optionnel s'apparente à une optimisation des chances de succès de l'action de la victime, il doit être fait en considération d'un objectif préalablement défini par la victime. Cette dernière doit dans tous les cas se fixer des objectifs précis. Les objectifs que peuvent se fixer une victime de déséquilibre contractuel excellent par leur variété. Ainsi, celle-ci peut valablement se fixer comme objectif l'anéantissement de la clause ou du contrat illicite. Elle peut également se fixer comme objectif l'engagement de la responsabilité civile de l'auteur du déséquilibre contractuel. C'est après avoir défini l'objectif de son action que la victime doit pouvoir choisir entre les réponses en présence celles qui correspondent le mieux à ses attentes.

368. Sa mise en œuvre concrète. En fonction de l'objectif poursuivi, le choix d'une réponse doit être motivé par sa probabilité à apporter une solution satisfaisante. La victime d'un déséquilibre contractuel craignant subir de fortes représailles économiques de la part de son partenaire commercial et souhaitant malgré tout demander l'anéantissement d'une clause déséquilibrante a tout intérêt à se joindre[976] à l'action du ministre chargé de l'Économie pour obtenir gain de cause. Celle craignant un non succès de son action sur le fondement du droit pour défaut d'existence de contrat d'adhésion par exemple peut se rabattre sur les dispositions de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce. De même, la victime qui souhaite obtenir la sanction de la lésion a plus intérêt à agir sur le fondement du dernier texte que sur celui de l'article 1171 du code civil dans la mesure où la sanction de la lésion est admise sur le fondement de cette disposition et non sur celui du droit commun des contrats. La mise en œuvre du choix optionnel exige donc de la victime de rechercher là où elle a plus de chance de réussir son action. Comme les réponses qui s'offrent à elle sont

---

975 *Ibid.*

976 Décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, Considérant 8 où les juges précisent que le partenaire lésé peut se joindre à l'action intentée par l'autorité publique « *par voie d'intervention volontaire* ».

d'une particulière diversité, la victime va devoir pouvoir opter entre les réponses de même nature (§ 1) et les réponses de nature différente (§ 2).

§ 1. L'OPTION ENTRE LES RÉPONSES DE MÊME NATURE

369. Définition des termes. Par réponses de même nature, il convient d'entendre celles qui émanent d'un même corps de règles. Partant de cette définition, il est possible d'identifier deux réponses au déséquilibre contractuel émanant du droit de la concurrence. Une réponse émanant du droit des pratiques anticoncurrentielles, une autre, du droit des pratiques restrictives de concurrence.

370. Méthodologie. De façon générale, l'étude des réponses du droit de la concurrence révèle une certaine redondance dans la manière utilisée par le législateur pour sanctionner le déséquilibre contractuel. Au sein même d'une composante du droit de la concurrence, il est possible de remarquer que les réponses proposées ont des champs d'application qui s'entrecoupent. Si l'on prend pour exemple le droit des pratiques restrictives de concurrence, force est de constater qu'une seule et même pratique déséquilibrante peut être appréhendée par plusieurs dispositions de ce corps de règles[977]. C'est pour cette raison que nous avons estimé nécessaire de faire un point sur l'option entre les réponses du droit des pratiques restrictives de concurrence (A) avant d'aborder l'option entre les réponses du droit des pratiques restrictives de concurrence et celles du droit des pratiques anticoncurrentielles (B).

A. L'option entre les réponses du droit des pratiques restrictives de concurrence

371. Propos introductifs. L'article L. 442-6, I, 2° constitue le centre de gravité du droit des pratiques restrictives de concurrence. C'est pour cette raison qu'il a bénéficié d'une formulation assez large. Cette formulation lui permettant d'appréhender toutes les pratiques abusives qui ne sont pas spécifiquement sanctionnées par un autre alinéa de l'article L. 442-6 du code de commerce. Mais, le champ d'application de ce texte ne se limite pas uniquement à la sanction de ces pratiques. L'article L. 442-6, I, 2° permet également de sanctionner les pratiques abusives qui sont spécifiquement prohibées par un autre alinéa de l'article L. 442-6. Le fait qu'il soit au cœur du droit des pratiques restrictives de concurrence va nous permettre d'envisager l'option entre cette disposition et les autres dispositions du texte support.

---

977 G. CHANTEPIE, « Le déséquilibre significatif entre droit commun et droits spéciaux », *JCP E* juin 2018, 1336, où l'auteur parle d'une « *grande porosité des textes spéciaux* ».

372. L'option entre l'article L. 442-6, I, 2° et l'article L. 442-6, I, 1°. Comme le premier texte a fait l'objet d'une formulation large, il est donc en mesure d'absorber la pratique prohibée par le second texte. L'objectif de la prohibition de l'obtention ou de la tentative d'obtention d'un avantage manifestement disproportionnée peut être atteint à travers la prohibition du déséquilibre significatif dans la mesure où l'avantage manifestement disproportionné n'est rien d'autre qu'une des manifestations du déséquilibre significatif. Cela peut se justifier au regard de la jurisprudence qui semble inclure l'avantage manifestement disproportionné dans la définition du déséquilibre significatif. Ainsi, dans un arrêt en date du 23 mai 2013, la cour d'appel de Paris a retenu que :

> « La notion de déséquilibre significatif…conduit à sanctionner…le fait pour un opérateur économique d'imposer à un partenaire des conditions commerciales telles que celui-ci ne reçoit qu'une contrepartie dont la valeur est disproportionnée de manière importante à ce qu'il donne. »[978]

Dans un arrêt en date du 6 mars 2015[979], la même juridiction a également retenue qu'une clause déséquilibrante procurant un avantage manifestement disproportionné à son bénéficiaire crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. La victime d'un déséquilibre contractuel se matérialisant par l'obtention d'un avantage manifestement disproportionné peut donc faire le choix entre le 1° et le 2° de l'article L. 442-6, I, du code de commerce. Le choix de l'une de ces dispositions n'est jamais dépourvu de conséquences. En effet, lorsque la victime décide de fonder son action sur le 1° de l'article L. 442-6, I, la responsabilité civile de l'auteur de la pratique déséquilibrante est conditionnée par la caractérisation d'un avantage manifestement disproportionné. Cette responsabilité joue dès l'instant que le juge relève dans une clause un avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné. On voit bien que sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 1°, le juge opère une analyse clause par clause. Ce qui n'est pas le cas avec le contrôle opéré sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2°. Sur le fondement de ce texte, la simple caractérisation d'un avantage manifestement disproportionné dans une clause prise isolément n'engage pas la responsabilité de son auteur. Ce texte recommande plutôt au juge de caractériser la déséquilibre significatif en tenant compte de « *l'ensemble du contrat* »[980], c'est-à-dire son économie, et non en tenant compte d'une clause prise isolément. C'est ainsi que d'importants « *rappels pédagogiques sur la démonstration du déséquilibre significatif* »[981] ont jusque là été faits par la jurisprudence. Le plus récent a été fait par la cour

---

978 CA Paris, 23 mai 2013, RG n° 12/01166.

979 CA Paris, 6 mars 2015, RG n° 13/20879.

980 S. LE GAC-PECH, « Sanctions et démesure », *JCP E* avril 2015, 1207.

981 M. CHAGNY, « La démonstration du déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties », *RTD com.* 2017, p. 603.

d'appel de Paris dans un arrêt en date du 21 juin 2017 dans lequel les juges réaffirment que la caractérisation du déséquilibre significatif nécessite une appréciation des clauses dans leur contexte, « *au regard de l'économie générale du contrat et in concreto* »[982]. Le plaideur victime de déséquilibre contractuel a donc bien intérêt à demander la responsabilité de l'auteur de la clause déséquilibrante sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce s'il veut échapper à un contrôle de l'économie générale du contrat.

373. L'option entre l'article L. 442-6, I, 2° et les articles L. 442-6, I, 3° et L. 442-6, II, b. Soucieux du fait que l'accès au référencement peut donner lieu à des pratiques déséquilibrantes pouvant nuire à certains opérateurs économiques, le législateur a pris le soin d'interdire aux termes articles L. 442-6, I, 3° et L. 442-6, II, 2 la pratique consistant à faire monnayer l'accès au référencement. Une telle pratique se matérialise le plus souvent par l'imposition de clauses déséquilibrantes dans les contrats d'affaires comme le révèle l'arrêt de la Cour de cassation en date du 25 juin 2015. Dans son attendu de principe, la cour souligne avec précision que :

> « La clause litigieuse avait été imposée…dès la rédaction du contrat…que cette somme était une condition d'entrée en vigueur du contrat et que son versement avait pour seule cause le droit d'accès au référencement. »[983]

Dans cette affaire, il ressort des données de l'espèce que la clause en question était imposée. Or, l'imposition d'une clause déséquilibrante a, à maintes reprises, été sanctionnée sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2°. C'est ainsi qu'il a été jugé dans un arrêt en date du 26 avril 2017[984] que l'imposition d'une clause déséquilibrante est de nature à établir la soumission d'un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Il ressort de ces considérations que la clause imposant le paiement de l'accès au référencement peut être valablement sanctionnée sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2°. L'invocation de ce texte a l'avantage de permettre à la victime de demander la sanction du déséquilibre financier. Ce que l'invocation des articles L. 442-6, I, 3° et L. 442-6, II, b ne saurait permettre.

---

982 *Ibid.*, citant « *CA Paris, 21 juin 2017, RG n° 15/18784, min. Economie c/ Expedia, AJ contrat 2017, p. 305* ».

983 Cass. com., 25 juin 2013, n° 12-21.623.

984 Cass. com., 26 avril 2017, n° 15-27.865, cité par J-B GOUACHE, M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Point d'étape sur la notion de déséquilibre significatif », *http://www.gouache.fr/P-541-45-B1-point-d-etape-sur-la-notion-de-desequilibre-significatif.html*, consulté le 16 mars 2018, cité également dans http://www.lettredesreseaux.com/P-2305-451-A1-desequilibre-significatif-article-442-6,-i,-2-du-code-de-commerce.html ; cité également dans l'article en ligne sur « Déséquilibre significatif. Article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, http://www.lettredesreseaux.com/P-2305-451-A1-desequilibre-significatif-article-442-6,-i,-2-du-code-de-commerce.html.

374. L'option entre l'article L. 442-6, I, 2° et l'article L. 442-6, I, 4°. Le premier des textes interdit le fait de soumettre son partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif. Le second interdit la pratique consistant à obtenir des conditions manifestement abusives sous la menace d'une rupture brutale ou partielle des relations commerciales. Il est donc à relever un recoupement des champs d'application de ces textes. En réalité, le second texte apparaît comme une application du premier. C'est pour cette raison qu'un plaideur avait estimé devant la Cour de cassation que :

> « Si l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce devait être interprétée comme permettant de sanctionner le fait d'obtenir une simple réduction de prix, l'article L. 442-6, I, 4° du code de commerce, en ce qu'il sanctionne le fait d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, serait privé de tout effet utile. »[985]

Mais la réponse apportée par la Cour montre encore une fois de plus qu'il est loisible à la victime de déséquilibre contractuel résultant d'une menace de rupture brutale de faire le choix entre l'article L. 442-6, I, 2° et l'article L. 442-6, I, 4°. En jugeant que « *l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* »[986], la Cour consolide l'idée selon laquelle la règle du code de commerce sur le déséquilibre significatif, de par sa formulation générale « *est à même, dans certains cas, de suppléer ces autres règles plus ciblées lorsque celles-ci, d'ampleur plus limitée, ne peuvent être mises en œuvre* »[987]. Il en résulte qu'en cas de doute sur l'applicabilité de l'article L. 442-6, I, 4° du code de commerce, le plaideur victime de déséquilibre contractuel peut invoquer l'article L. 442-6, I, 2° pour demander à ce que l'auteur de la pratique déséquilibrante soit sanctionné. Par ailleurs, la jurisprudence a, à maintes reprises, qualifié de déséquilibre significatif une menace de rupture brutale dans le seul but d'obtenir des avantages manifestement disproportionnés. Ainsi par exemple dans un arrêt en date du 29 janvier 2010, il a été jugé par la cour d'appel d'Aix-en-Provence que le fait demander à son partenaire commercial un avantage manifestement injustifié sous la menace d'un rupture brutale est une situation qui, en plus d'être contraire aux usages, crée un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties[988].

375. L'option entre l'article L. 442-6, I, 2° et l'article L. 442-6, I, 5°. Les deux textes constituent des dispositions phares du droit des pratiques restrictives de concurrence. Mais,

---

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

986 *Ibid.*

987 M. CHAGNY, *art. préc.*

988 CA Aix-en-Provence, 29 janv. 2010, RG n° 07/19265.

le second a permis à la jurisprudence de créer en toute pièce le régime juridique de la responsabilité civile[989] de l'article L. 442-6 du code de commerce. Pour cela, on peut estimer que cette disposition n'est pas absorbable par la règle du code de commerce sur le déséquilibre significatif. Pour autant, cela ne constitue pas un obstacle à l'application de l'article L. 442-6, I, 2° à un cas de rupture brutale des relations commerciales établies. En effet, sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5°, une rupture brutale peut être caractérisée par des pratiques déséquilibrantes de nature à entrainer une baisse de commande pour la victime. C'est uniquement dans cette hypothèse que la victime gagnerait à faire le choix entre les deux textes. C'est dans ce sens que s'inscrit l'arrêt de la Cour de cassation en date du 27 octobre 2017. En l'espèce, une société avait rompu la relation commerciale qu'elle entretenait avec son partenaire commercial. Durant les quatre dernières années de leur relation, la société avait imposé à son partenaire des conditions tarifaires abusives. Consciente des risques d'insuccès de l'invocation de l'article L. 442-6, I, 5°, la victime a préféré à la place invoquer l'article L. 442-6, I, 2° pour demander la sanction de l'auteur de telles pratiques. La Cour de cassation lui a donné gain de cause en caractérisant un déséquilibre significatif « *en raison du refus du distributeur de répercuter sur le tarif applicable entre les parties l'augmentation du coût des approvisionnements en matière première subie par le fournisseur* »[990]. On retiendra en fin de compte que la victime d'un déséquilibre contractuel a donc toujours intérêt à invoquer l'article L. 442-6, I, 2° pour s'assurer du succès de sa demande.

376. L'option entre l'article L. 442-6, I, 2° et l'article L. 442-6, I, 7°. La particularité de ces deux textes réside dans le fait qu'ils prohibent à peu près le même fait. Le premier texte sanctionne le déséquilibre significatif qui se matérialise par la soumission ou la tentative de son partenaire commercial à un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Le second sanctionne la pratique consistant à imposer une clause de révision du prix sans tenir compte des indices publics en rapport direct « *avec les produits ou les prestations de services qui sont l'objet de la convention* ». Les mots employés par les deux textes relèvent du même champ lexical. Le premier texte emploie la notion de soumission et le second fait mention de la notion d'imposition. La soumission est la conséquence d'une certaine imposition dans la mesure où elle révèle l'existence d'un rapport de force. Ce qui entraine comme conséquence le recoupement du champ d'application de ces deux textes. Dès lors, la victime d'une pratique prohibée aux termes de l'article L. 442-6, I, 7° peut choisir de fonder son action sur cette disposition ou sur l'article L. 442-6, I, 2°. Ce choix optionnel

---

989 E. CHEVRIER, « Responsabilité délictuelle pour rupture brutale d'une relation commerciale établie », *D. actu.*, 21 janv. 2009.

990 Cass. com., 25 oct. 2017, n° 15-24.060.

n'est pas dépourvu d'avantages. En effet, la victime a tout intérêt à invoquer l'article L. 442-6, I, 2° si elle souhaite demander la sanction de toutes de soumission à des déséquilibres significatifs même financiers et de tentative de soumission à ces mêmes déséquilibres. Ce que l'invocation de l'article L. 442-6, I, 7° ne permet pas d'obtenir. En réalité, cette disposition n'est à invoquer que lorsque la victime souhaite demander la sanction d'une clause déséquilibrante imposée. La tentative de soumission du partenaire à un tel déséquilibre échappe donc au champ d'application de ce texte.

377. L'option entre l'article L. 442-6, I, 2° et l'article L. 442-6, I, 8°. La prohibition de la pratique consistant au fait « *de procéder au refus ou retour de marchandises ou de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseurs les pénalités ou rabais correspondant au non-respect d'une date de livraison ou à la conformité des marchandises, lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant* » n'est qu'un prolongement de la prohibition du déséquilibre significatif dans les rapports entre professionnels. La victime d'un déséquilibre contractuel résultant de cette pratique peut invoquer l'article L. 442-6, I, 8° pour engager la responsabilité de son auteur. Mais, il est des cas où cette responsabilité ne joue pas pour défaut de réunion de ses conditions de mise en œuvre. Il en est ainsi de la déduction d'une pénalité sur facture alors que sa justification a été présentée, « *une première fois au fournisseur puis ultérieurement par deux relances et que celui-ci, invité à accepter ou refuser la déduction, a systématiquement fait "le mort", car il refuse toute reconnaissance écrite* »[991]. Une telle déduction n'est pas abusive et échappe par conséquent au champ d'application de l'article L. 442-6, I, 8°. Toutefois, la fixation du montant de cette pénalité peut créer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties[992]. Il en résulte que la victime d'une telle pratique peut faire le choix entre l'article L. 442-6, I, 8° et l'article L. 442-6, I, 2°. Précision étant faite que les chances de succès de l'invocation du second texte sont beaucoup élevées que celles de l'invocation du premier texte.

378. L'option entre l'article L. 442-6, I, 2° et l'article L. 442-6, I, 12°. La pratique consistant au règlement ou à la facturation d'une commande à un prix différent du prix librement convenu constitue un exemple typique de déséquilibre significatif. Dans certaines circonstances, cette pratique peut également constituer une rupture brutale des relations commerciales établies. La CEPC estime que :

---

991 V. La facturation : sur les pénalités, https://www.economie.gouv.fr/cepc/facturation-sur-penalites#q17, consulté le 08 juill. 2018.

992 CEPC, avis n° 09-12 venant compléter le dispositif de questions-réponses relatifs à la mise en œuvre de la loi de modernisation de l'économie, 1re janv. 2009, https://www.economie.gouv.fr/cepc/Avis-n-09-12-Venant-completer-le-dispositif-de-Que, consulté le 16 déc. 2017.

> « Dans les cas où la relation existant entre les parties pourrait être considérée comme une relation commerciale établie au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce et où le changement de tarif entraînerait une modification pour le client, ce dernier n'est pas tenu de l'accepter et il pourrait être considéré comme constitutif d'une rupture partielle de la relation. »[993]

Par analogie, il est possible de retenir que dans les cas où la relation existant entre les parties pourrait être considérée comme une relation commerciale au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce et où le changement de tarif est imposé au client et entrainerait une modification significative des droits et obligations des parties, ce changement pourrait être considérait comme créant un déséquilibre significatif au sens dudit texte. Dans une telle situation, la victime pourrait opter entre les deux textes avec bien évidemment plus d'avantage de succès sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du fait notamment de l'importance des pouvoirs accordés au juge dans sa mise en œuvre.

379. L'option entre l'article L. 442-6, I, 2° et l'article L. 442-6, I, 13°. Une simple différence de degré existe entre la pratique sanctionnée par le premier texte et celle sanctionnée par le second texte. L'article L. 442-6, I, 2° sanctionne la pratique de déséquilibre significatif alors que l'article L. 442-6, I, 13° sanctionne la pratique consistant à imposer des pénalités de retard. Le premier texte sanctionne donc les déséquilibres graves tandis que le second se borne à sanctionner de simples déséquilibres contractuels. Mais cela n'empêche pas pour autant à la victime d'un déséquilibre contractuel résultant de l'imposition d'une pénalité de retard de pouvoir faire le choix entre les deux textes. L'imposition d'une pénalité de retard entraine de simple déséquilibre contractuel. Cependant, lorsque la pénalité imposée est excessive, cette pratique peut à bien des égards, caractériser un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. C'est notamment le cas lorsque de telles pénalités sont réclamées en cas de force majeure[994]. En pareille situation, la victime pourrait également opter entre les deux textes avec bien évidemment plus d'avantage de succès sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du fait notamment de l'importance des pouvoirs accordés au juge dans sa mise en œuvre. Comme le témoigne l'arrêt de la Cour de cassation en date du 3 mars 2015 dans lequel les juges ont estimé qu'une clause prévoyant un système de pénalité automatique en cas de non respect par les fournisseurs d'un certain taux de service crée un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des partie en ce qu'elle constitue une « *source de disproportion entre le manquement et la sanction et qu'elle est dépourvue de*

---

993 CEPC, avis n° 16-4 relatif à une demande d'avis d'une société sur l'existence d'un délai légal de transmission de nouveaux tarifs à ses clients, 10 févr. 2016, https://www.economie.gouv.fr/cepc/avis-ndeg-16-4-relatif-a-demande-davis-dune-societe-sur-lexistence-dun-delai-legal-transmission, consulté le 16 déc. 2017.

994 J-B GOUACHE, M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Les apports de la loi Sapin II du 9 décembre 2016 en matière de distribution », *Contrats, conc. consom.* juin 2017, n° 6, étude 7.

réciprocité et de contrepartie »[995]. On retiendra que l'option entre les différentes règles du droit des pratiques restrictives de concurrence permet à la victime de déséquilibre contractuel de choisir la règle la plus adaptée à sa situation. C'est également dans ce registre que s'inscrit l'option entre les règles du droit des pratiques restrictives de concurrence et celles du droit des pratiques anticoncurrentielles.

B. L'option entre les réponses du droit des pratiques restrictives de concurrence et celles du droit des pratiques anticoncurrentielles

380. La perméabilité des frontières entre les deux corps de règles. La perméabilité des frontières entre le droit des pratiques anticoncurrentielles et le droit des pratiques restrictives de concurrence facilite l'option entre les dispositions de ces différents corps de règles. Dans l'ordre juridique français, le droit des pratiques anticoncurrentielles se distingue par sa finalité de protection du libre jeu de la concurrence au sein du marché[996]. Les sanctions qu'il prévoit intègre cette dimension protectrice du marché dans la mesure où leur mise en œuvre exige la caractérisation d'un manquement concurrentiel, lequel se matérialise par une atteinte au libre jeu de la concurrence[997]. Ainsi au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce, une entente n'est illicite que lorsqu'elle porte atteinte au marché. De même, une domination n'est abusive que lorsqu'elle produit des effets restrictifs de concurrence dans le marché en cause. À la différence du droit des pratiques anticoncurrentielles, le droit des pratiques restrictives de concurrence sanctionne les manquements concurrentiels *per se* sans tenir compte d'une atteinte au marché. Cette différence de finalité et surtout de style ne doit surtout pas conduire à considérer que ces deux corps de règles sont contradictoires. En réalité, le droit des pratiques restrictives de concurrence constitue un complément naturel du droit des pratiques anticoncurrentielles[998]. La raison en est que tout manquement qui échappe du contrôle opéré sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles rentre dans celui opéré sur le fondement du droit des pratiques restrictives de concurrence. Le droit des pratiques restrictives de concurrence n'est en réalité qu'une sorte d' « *appui [au] droit des pratiques*

---

995 Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525.

996 A. FORTUNATO, *Clauses et pratiques restrictives de concurrence*, thèse, Université de Lille 2 droit et santé, 29 juin 2016, https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01445943/document, consulté le 17 déc. 2017.

997 M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, 6e éd., 2014, Sirey, coll. Sirey université. Droit privé, n° 407, p. 187

998 M.-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, *Droit français de la concurrence*, vol. 1, 1996, LGDJ, coll. Droit des affaires, n° 168, p. 127.

anticoncurrentielles »[999]. La complémentarité entre ces deux corps de règles doit dès lors se traduire dans le choix des règles sanctionnant le déséquilibre contractuel résultant d'une violation du droit de la concurrence. Ce choix optionnel sera uniquement envisagé entre certaines dispositions du droit des pratiques anticoncurrentielles et les dispositions phares du droit des pratiques restrictives de concurrence que sont les articles L. 442-6, I, 2° et L. 442-6, I, 5° du code de commerce.

381. L'option entre l'article L. 420-1 et l'article L. 442-6, I, 2°. La pratique prohibée aux termes de l'article L. 420-1 du code commerce est par nature restrictive de concurrence. le vocabulaire utilisé par le texte en est une parfaite illustration. « *limiter, faire obstacle, contrôler, répartir* » sont le fait d'entreprises en situation de domination. C'est cette même idée de domination qui ressort de la rédaction de la plupart des dispositions de l'article L. 442-6. L'article L. 442-6, I, 2° comporte ainsi les termes de soumission et d'obtention qui traduisent l'exercice d'un rapport de force. Ce qui revient à dire que le champ d'application de l'article L. 420-1 et celui de l'article L. 442-6, I, 2° se recoupent. Supposons qu'un déséquilibre contractuel résulte de la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles. Ce déséquilibre contractuel peut à la fois être sanctionné sur le fondement de l'article L. 420-3 comme il peut être sanctionné sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° si la clause litigieuse crée un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Ainsi, par un arrêt en date du 7 décembre 2016[1000], la cour d'appel de Paris a sanctionné sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° des clauses pénales adossées aux clauses de non-concurrence en ce qu'elles ont crée des déséquilibres significatifs dans les droits et obligations des parties. De même, il a été jugé par la Cour de cassation dans un arrêt[1001] en date du 25 octobre 2017 que l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle peut voir sa responsabilité engagée sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce. Dans cette affaire, les juges ont retenu que :

> « Un déséquilibre significatif ayant…existé entre les parties en raison du refus du distributeur de répercuter sur le tarif applicable entre les parties l'augmentation du coût des approvisionnements en matière première subie par le fournisseur. »

L'option entre l'article L. 420-1 et l'article L. 442-6, I, 2° permet à la victime de demander en tout état de cause la sanction du déséquilibre contractuel dont elle souffre. À supposer que la victime d'un manquement concurrentiel ne parvient pas à démontrer la nature

---

999 M. CHAGNY, « Vers une unification du droit des restrictions verticales ? », *Contrats, conc. consom.* juin 2014, n° 6, dossier 15 citant M. CHAGNY, « Quel droit français et européen de la distribution ? Approche prospective », *RLA* juin 2013, n° 83.

1000 CA Paris, 7 déc. 2016, RG n° 14/09212.

1001 Cass. 1re civ., 25 oct. 2017, n° 15-24.060.

anticoncurrentielle de la pratique déséquilibrante, celle-ci peut se rabattre sur les dispositions de l'article L. 442-6, I, 2° si cette pratique crée en même temps un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. De même, dans l'hypothèse où une pratique déséquilibrante a été exemptée, la victime d'une telle pratique peut invoquer la règle du code de commerce sur le déséquilibre significatif pour engager la responsabilité de son auteur si ladite pratique est en même temps constitutive de déséquilibre significatif.

382. L'option entre l'article L. 420-2 et l'article L. 442-6, I, 2°. Il est prohibé aux termes du premier texte les abus de domination sur un marché donné[1002]. La particularité de ces abus réside dans le fait qu'ils se matérialisent dans la plupart du temps par des pratiques restrictives de concurrence. Ces pratiques peuvent notamment consister « *en refus de vente, ventes liées, en pratiques discriminatoires* ». L'entreprise les mettant en œuvre dispose d'une certaine puissance économique. Cette puissance économique constitue également « *un critère de qualification des pratiques restrictives de concurrence* »[1003]. L'entreprise en situation de puissance économique doit non seulement s'abstenir des comportements abusifs « *susceptibles d'évincer des concurrents ou de les empêcher d'accéder au marché* »[1004] mais aussi des comportements susceptibles de recevoir la qualification de pratiques restrictives de concurrence au sens de l'article L. 442-6 du code de commerce[1005]. Comme la pratique prohibée à l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce est formulée de façon large, ce texte va devoir s'appliquer sur une pratique déséquilibrante constitutive d'un manquement au droit des pratiques anticoncurrentielles. Les abus de domination rentrant dans le champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2° peuvent être sanctionnés soit sur le fondement de l'article L. 420-2 soit sur celui de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce. L'avantage du choix du second texte réside dans le fait que la puissance économique de l'auteur de la pratique peut justifier la soumission ou la tentative de soumission d'un partenaire économique à des déséquilibres significatifs. En plus de cela, pour engager la responsabilité de l'auteur de la pratique déséquilibrante sur le fondement de ce texte, la victime n'aura pas à prouver l'existence d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique.

1002 E. FRACIS LEFEBVRE, *Ententes, abus de position dominante, concentrations économique : droit communautaire, droit français*, F. Lefebvre, à jour au 1e sept. 2004, n° 600, p. 141.

1003 M.-C MITCHELL, T. DELANNOY, « Abus de puissance contractuelle et pratiques commerciales restrictives », *AJCA* 2015, p. 504.

1004 D. FERRIER, « Concurrence-Distribution », *D.* 2017, p. 881.

1005 Une situation de puissance économique n'entraine pas forcément des obligations contractuelles déséquilibrées. V. M. ARMAND-PRÉVOST, « Une position dominante n'entraine pas systématiquement des obligations contractuelles déséquilibrées », *Gaz. Pal.* 11 août au 13 août 2013, n° 225.

383. L'option entre l'article L. 420-2 et l'article L. 442-6, I, 5°. La rupture brutale des relations commerciales est sanctionnée aussi bien en droit des pratiques anticoncurrentielles sur le fondement de l'article L. 420-2 du code de commerce qu'en droit des pratiques restrictives de concurrence sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce. Le droit des pratiques anticoncurrentielles ne la sanctionne que lorsqu'elle présente « *un objet ou des effets anticoncurrentiels, avérés ou potentiels* »[1006]. Le droit des pratiques restrictives de concurrence la sanctionne indépendamment de son objet ou effet anticoncurrentiel. Le droit des pratiques restrictives de concurrence sanctionne la pratique en raison des conséquences financières qu'elle cause sur le partenaire qui la subit. Dès lors, face à une rupture brutale d'une relation commerciale à effet anticoncurrentiel, la victime peut choisir d'agir soit sur le fondement de l'article L. 420-2 soit sur celui de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce. Lorsque la victime souhaite agir sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles, la « *démonstration d'une atteinte au marché constitue la clé* »[1007] du succès de son action. Or, lorsqu'elle souhaite agir sur le fondement du droit des pratiques restrictives de concurrence, elle n'a pas à faire cette démonstration. Il est donc beaucoup plus avantageux pour la victime d'une rupture brutale d'une relation commerciale de se placer sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce pour demander la sanction de cette pratique fortement déséquilibrante. L'option entre les réponses de même nature envisagée, il convient d'aborder l'option entre les réponses de nature différente

§ 2. L'OPTION ENTRE LES RÉPONSES DE NATURE DIFFÉRENTE

384. Définition des termes. Par réponses de nature différente, il convient d'entendre celles qui émanent de plusieurs corps de règles. Partant de cette définition, il est possible d'identifier trois séries de réponse au déséquilibre contractuel : une réponse émanant du droit de la consommation, une autre émanant du droit de la concurrence et une dernière émanant du droit commun des contrats.

385. Méthodologie. Comme la question porte sur le déséquilibre contractuel dans les rapports entre professionnels, notre étude sera axée sur les réponses du droit commun des contrats et sur celles du droit de la concurrence. Une attention particulière sera accordée à la question de l'option entre les réponses du droit des pratiques restrictives de concurrence et

---

1006 Cass. com., 19 janv. 2016, n° 14-21.670 14-21671, *D.* 2016, p. 973, note F. BUY et J.-C. RODA ; *AJCA* 2016, p. 159, obs. R. HICHERI ; *D. IP/IT* 2016, p. 260, obs. A. LECOURT ; *RTD civ.* 2016, p. 371, obs. H. BARBIER.

1007 V. F. BUY, J.-C RODA, *art. préc.*

celles du droit commun des contrats (A) et une autre à la question de l'option entre les réponses du droit des pratiques anticoncurrentielles et celles du droit commun des contrats (B).

A. L'option entre les réponses du droit des pratiques restrictives de concurrence et celles du droit commun des contrats

386. La reprise par le droit commun de certains outils du droit spécial. Le droit de commun des contrats d'aujourd'hui s'inscrit dans une dynamique de reprise des outils de protection des droits spéciaux. La réforme du droit commun des contrats a permis au code civil d'intégrer certains outils de protection contre le déséquilibre significatif qu'on avait l'habitude de ne trouver que dans les droits spéciaux[1008]. Parmi ces outils, on peut ainsi citer l'exemple de la notion de déséquilibre significatif. Au paravent, lorsqu'on évoquait cette notion, on pensait d'emblée soit au code de consommation soit au code de commerce. Aujourd'hui, lorsqu'on l'évoque, on ne peut s'empêcher de penser au code civil[1009]. L'insertion du déséquilibre significatif dans le code civil participe de la volonté de moderniser le droit commun des contrats[1010]. Il en est de même de la consécration dans le code civil l'abus de l'état de dépendance[1011] et du remplacement de la cause par des outils « *destinés à énoncer directement les solutions que le droit positif attache à la notion* »[1012]. Ces nouveaux outils du code civil ne sont pas sans participer dans la lutte contre le déséquilibre contractuel dans les rapports entre professionnels. C'est pour cette raison que nous comptons envisager leur articulation avec certains outils du code de commerce.

387. L'option entre l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce et l'article 1171 du code civil. Depuis l'insertion de la notion de déséquilibre significatif dans le code civil, des interrogations ne cessent de porter sur son articulation avec la règle du code de commerce sur la même notion. Mais, ces interrogations n'ont de sens que lorsque les deux

---

1008 H. BARBIER, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.* 2016, p. 247.

1009 S. GAUDEMET, « Quand la clause abusive fait son entrée dans le code civil », *Contrats, conc. consom.* mai 2016, n° 5, dossier 5.

1010 B. MALLET-BRICOUT, « 2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats », *RTD civ.* 2016, p. 463.

1011 E. CLAUDEL, « L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses cendres ? (Commentaire de l'article 1143 nouveau du code civil et de la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique) », *RTD com.*, 2016, p. 460.

1012 G. WICKER, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *D.* 2015, p. 1557.

dispositions en conflit traitent de la même question[1013]. En l'absence de conflit de normes, cette question ne se pose réellement pas[1014]. C'est aussi le cas lorsque les deux normes ayant vocation à s'appliquer ne poursuivent pas la même finalité. La finalité poursuivie par la règle du code de commerce sur le déséquilibre significatif est différente de celle poursuivie par la règle du code civil sur la même notion. Inscrit au titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce relève des dispositions sur la transparence, sur les pratiques restrictives de concurrence et sur les autres pratiques prohibées. Il constitue un instrument de police destiné « *à sanctionner les pratiques restrictives de concurrence d'une entreprise soustraite aux contrainte d'une concurrence effective et qui profite de cette situation en abusant de la dépendance de ses partenaires* »[1015]. Il est vrai que le texte ne fait pas mention de la notion de dépendance. Mais, sa formulation insinue l'idée d'une certaine dépendance d'un partenaire commercial. Dépendance que la formule « *soumission* » ou « t*entative de soumission* » illustre parfaitement. Le partenaire commercial soumis à un déséquilibre significatif est assimilable, à bien des égards, au partenaire dépourvu de solution équivalente. Ce partenaire ne peut est en réalité « *se dispenser de contracter avec ce cocontractant* »[1016]. Il se trouve donc dans une situation de dépendance vis-à-vis de celui-ci. La dépendance qu'insinue la règle du code de commerce sur le déséquilibre significatif est parfaitement mise en exergue par la Cour de cassation dans son arrêt en date du 26 avril 2017[1017]. Pour magnifier la dépendance du partenaire vis-à-vis de son cocontractant, la Cour relève que ce cocontractant était un partenaire incontournable et disposait de ce fait d'« *une puissance de négociation incontestable* ». On retiendra donc que l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce sanctionne les déséquilibres significatifs nichés dans les relations de dépendance. Quant à l'article 1171 du code civil, il est à souligner que sa finalité ne réside pas dans la sanction des déséquilibres significatifs nichés dans les relations de dépendance car de tels déséquilibres sont appréhendés par l'article 1143 du code civil. Sa finalité réside plutôt dans la sanction des déséquilibres nichés dans les contrats d'adhésion. Constitue un contrat d'adhésion tout contrat « *qui comporte des conditions générales au sens de l'article 1119* »[1018]. Cette nouvelle

---

1013 K. LAFAURIE, « Clauses abusives : l'articulation du dispositif du code civil avec les textes spéciaux », *JCP E* août 2017, 1453.

1014 *Ibid.*

1015 *Ibid.*

1016 J.-B GOUACHE, M. BÉHAR-TOUCHAIS, *art. préc.*

1017 Cass. com., 26 avril 2017, n° 15-27.865.

1018 Réforme du droit des contrats n° 315, amendement n° CL25, http://www.assemblee-nationale.fr/15/amendements/0315/CION_LOIS/CL25.asp,

définition du contrat d'adhésion met en lumière le fondement du contrôle du déséquilibre significatif sur le fondement de l'article 1171 du code civil. Dans les contrats d'adhésion, le contrôle du déséquilibre significatif est justifié par le fait que les conditions générales sont définies à l'avance par l'une des parties. Exclues du champ de la négociation, ces conditions sont « *à prendre ou à laisser* »[1019]. C'est cette absence de négociation qui justifie le contrôle du déséquilibre significatif dans le code civil. Par contre, dans le code de commerce, le contrôle du déséquilibre significatif ne porte pas sur l'absence de négociation mais sur un élément subjectif qui n'est rien d'autre que le comportement illicite, « *violent économiquement de l'un des partenaires commerciaux* »[1020]. C'est pour cette raison que l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce vise la responsabilité comme sanction du déséquilibre significatif. Cette sanction est mise en œuvre aussi bien pour une soumission que pour une tentative de soumission d'un partenaire commercial à un déséquilibre significatif. Elle est exclusivement destinée à rééquilibrer l'économie générale du contrat susceptible d'être bouleversé par un tel comportement à la fois violent et illicite.Il existe donc une différence fondamentale entre les contrôles opérés par ces deux textes. Si le législateur autorise la sanction du déséquilibre significatif dans le code civil, c'est parce qu'il estime que le consentement de la victime n'était pas éclairé au moment de la formation du contrat. S'il l'autorise dans le code de commerce, c'est parce qu'il estime que la victime s'était engagée en connaissance de cause du fait de sa situation de dépendance. Les deux situations étant différentes, on en tire la conclusion selon laquelle rien ne semble interdire à la victime d'un déséquilibre contractuel de faire un choix optionnel entre ces règles sur le déséquilibre significatif[1021]. À l'inverse, si le juge saisi estime que ces règles ne présentent aucune différence. Il revient au plaideur victime de déséquilibre contractuel d'invoquer l'alinéa 3 de l'article 1105 du code civil pour demander l'application de la règle la plus spéciale. Pour appuyer sa demande, il lui est loisible de démontrer que la règle du code civil sur le déséquilibre significatif est en réalité beaucoup plus spéciale que celle du code de commerce sur la même notion en ce qu'elle ne vise que les déséquilibres significatifs nichés dans les contrats d'adhésion. Or, le contrôle du déséquilibre significatif opéré sur le fondement du code de commerce vise en plus des contrats d'adhésion les contrats de dépendance.

388. L'option entre l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce et l'article 1143 du code civil. En termes de lutte contre le déséquilibre contractuel, l'article L. 442-6, I, 2° est plus à rapprocher de l'article 1143 que de l'article 1171 du code civil. Le premier texte vise la

---

1019 V. amendement *préc.*

1020 K. LAFAURIE, *art. préc.*

1021 *Ibid.*

pratique consistant à soumettre son partenaire commercial à des déséquilibres significatifs. Le second, la pratique consistant à abuser de « *l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant* » pour obtenir de lui un « avantage manifestement excessif ». Le texte du code de commerce vise le déséquilibre significatif alors que celui du code civil vise l'obtention d'un avantage manifestement excessif. L'avantage manifestement excessif est une notion qui se rapproche davantage de celle de déséquilibre significatif. Il constitue une des manifestations du déséquilibre significatif. Le contrôle opéré sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce est donc beaucoup plus large que celui opéré sur le fondement de l'article 1143 du code civil car il transcende le contrôle de l'avantage manifestement excessif pour porter sur le déséquilibre significatif. En revanche, le contrôle opéré sur le fondement de l'article 1143 du code civil ne porte que sur « *un cran en deçà de celui opéré à partir de la notion de déséquilibre significatif* »[1022]. Les deux textes permettent donc d'opérer un contrôle du déséquilibre contractuel dans les contrats de dépendance. La question du choix optionnel est dès lors résolue par les directives de l'article 1105 du code civil. La victime d'un déséquilibre contractuel peut valablement choisir d'agir sur le fondement de l'article 1143 du code civil plutôt que sur celui de l'article L. 442-6, I, 2° si elle parvient à démontrer le caractère plus spécial de la règle du code civil. L'option entre le droit des pratiques restrictives de concurrence et le droit commun abordée, il convient de mettre l'accent sur l'option entre entre le droit des pratiques anticoncurrentielles et le droit commun.

B. L'option entre le droit des pratiques anticoncurrentielles et le droit commun des contrats

389. L'existence d'outils communs entre les deux corps de règles. Le droit commun des contrats et le droit des pratiques anticoncurrentielles se partagent la sanction des abus de puissance contractuelle. Dans le but de renforcer la protection du faible dans la relation contractuelle, le législateur a doté le droit commun des contrats de nouveaux outils lui permettant de lutter efficacement contre les abus de puissance contractuelle. L'outil qui va le plus nous retenir dans le cadre de cette partie a pour siège le nouvel article 1143 du code civil. L'intégration de l'abus de l'état de dépendance dans le code civil s'apparente à un hommage rendu à la partie faible dans la relation contractuelle. Bien que destiné à la protection du marché contre les atteintes de ses principaux acteurs, le droit des pratiques anticoncurrentielles renferme aussi une dimension protectrice de la partie faible dans la mesure où ses règles permettent également de lutter contre les abus de puissance

[1022] H. BARBIER, « La violence par abus de dépendance », *JCP G* avril 2016, 421.

contractuelle[1023]. Les pratiques qu'il prohibe ne sont rien d'autre que la manifestation de l'exercice de sa puissance contractuelle par la parte forte sur la partie faible. Le fait que l'article 1143 du code civil et le droit des pratiques anticoncurrentielles se partagent la sanction des abus de puissance contractuelle nous pousse à envisager l'éventualité de leur articulation. Il s'agira donc de voir si la victime d'un déséquilibre contractuel résultant d'une pratique anticoncurrentielle sous la forme d'un abus de puissance contractuelle peut valablement invoquer l'article 1143 du code civil en lieu et place des dispositions du droit des pratiques anticoncurrentielles.

390. L'option entre l'article L. 420-1 du code de commerce et l'article 1143 du code civil. La question de l'option entre ces deux textes ne pose pas de difficultés majeures en ce que ces textes permettent de sanctionner des pratiques différentes. En effet, dans le viseur de l'article L. 420-1 du code de commerce se trouvent les abus résultant d'une entente anticoncurrentielle, lesquels peuvent avoir lieu dans le cadre d'un contrat de dépendance ou en dehors d'un contrat de dépendance. Les abus qui échappent au champ d'application de ce texte sont ceux qui résultent d'une entente licite. En revanche, dans le viseur de l'article 1143 du code civil, on ne trouve que les abus de dépendance de l'état de dépendance. C'est pour cette raison que la mise en œuvre de ce texte est conditionnée par l'existence d'une relation de dépendance. S'il est établi que l'article L. 420-1 du code de commerce s'applique à toute sorte de déséquilibres contractuels, l'article 1143 du code civil est quant à lui cantonné aux déséquilibres manifestes peu importe que ces déséquilibres soient la résultante d'« *une position économique dominante* »[1024] ou de « *toute autre situation de vulnérabilité* »[1025]. L'entente étant de différente de l'abus de l'état de dépendance, rien ne semble *a priori* interdire à la victime d'un déséquilibre contractuel y résultant d'invoquer les dispositions de l'article 1143 du code civil dans l'hypothèse où ce déséquilibre se matérialise par l'octroi d'un avantage manifestement excessif. En considération des dispositions de l'article L. 420-7 du code de commerce, le litige en question ne serait pas relatif à l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles mais à l'application de l'article 1143 du code civil. Ce qui fera echec à la règle de compétence spéciale.

1023 F. PUEL, V. REBEYROTTE, « Abus de puissance contractuelle et pratique anticoncurrentielle », *AJCA* 2015, p. 499 où les auteurs estiment qu'au sens du droit de la concurrence, la « *puissance contractuelle s'entend dans deux situations : celle du poids économique des cocontractants par rapport au reste du marché ou d'un cocontractant par rapport à l'autre* ».

1024 S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2e année : les obligations 2018*, 10e éd., 2017, D., coll. Hypercous Dalloz, n° 191, p. 96.

1025 *Ibid.*

391. L'option entre l'article L. 420-2 alinéa 1 et l'article 1143 du code civil. Une certaine différence existe entre les pratiques sanctionnées à travers ces deux textes. En tant que disposition protectrice du marché, l'article L. 420-2 alinéa 1 du code de commerce permet de sanctionner les atteintes au marché commises par une entreprise ou un groupe d'entreprise en position dominante. C'est pour cette raison que sa mise en œuvre est conditionnée par l'existence d'une position dominante suivie de son exploitation abusive. En tant que disposition protectrice de la partie faible, l'article 1143 du code civil permet de sanctionner les déséquilibres manifestes dans le cadre des relations de dépendance. Comme les deux textes ne sanctionnent pas la même pratique, la voie du choix optionnel ne semble pas être fermée aux plaideurs victimes.

392. L'option entre l'article L. 420-2 alinéa 2 et l'article 1143 du code civil. L'intégration de l'abus de l'état de dépendance dans le code civil donne de sens à la question de l'option entre l'article L. 420-2 alinéa 2 du code de commerce et l'article 1143 du code civil. À première vue, force est de constater que les deux textes prohibent l'exploitation abusive d'un état de dépendance avec la seule différence qu'en droit de la concurrence, la dépendance qui est visée est une dépendance économique. En droit commun des contrats, l'abus de l'état de dépendance est formulé de façon large afin de permettre au juge d'appréhender toute sorte d'abus de dépendance. Le champ d'application de l'article 1143 du code civil étant plus large que celui de l'article L. 420-2 alinéa 2 du code de commerce, la question de leur articulation ne semble pas poser de difficultés majeures. En cas de concours de normes, l'article 1105 du code civil recommande l'application de la règle la plus spéciale. Ce qui revient à dire que l'application de l'article L. 420-2 alinéa 2 du code de commerce chasse celle de l'article 1143 du code civil. Ce raisonnement simple ne fait pourtant pas l'unanimité. En effet, il a été considéré qu'il ne prend pas en compte un certain nombre de considérations qui peuvent être d'ordre chronologiques « *lorsque le droit commun est postérieur au droit spécial* »[1026], et donc « *plus conforme aux vœux du législateur* »[1027], téléologiques « *lorsque l'intention législative diffère de la solution à laquelle conduit la norme de conflit* »[1028], et ou d'opportunité lorsque « *la jurisprudence refusant de se laisser enfermer dans un carcan rigide et préférant, au gré des circonstances, soit admettre une option, soit faire prévaloir telle règle* »[1029]. Sa pertinence risque donc d'être remise en cause lorsque l'article 1143 du code civil se révèle plus protecteur que l'article L. 420-2 alinéa 2 du code de commerce. Dans un

---

1026 D. FENOUILLET, « Le juge et les clauses abusives », *RDC* juin 2016, n° 2, p. 358.

1027 E. CLAUDEL, *art. préc.*

1028 D. FENOUILLET, *art. préc.*

1029 *Ibid.*

tel cas de figure, il serait peut-être déraisonnable d'écarter le droit commun « *d'un revers de main* »[1030]. Les contractants doivent nécessairement trouver en lui

> « Un socle minimal de protection, qui, par une sorte d'effet cliquet, ne pourrait être déjoué par le droit spécial plus ancien et finalement moins protecteur. »[1031]

Au final, on retiendra que la victime d'un abus de l'état de dépendance économique semble disposer de la faculté de choisir entre l'article L. 420-2 alinéa 2 du code de commerce et l'article 1143 du code civil. Le choix du premier texte aurait l'avantage de lui faire bénéficier des pouvoirs d'investigation dont dispose l'autorité régulatrice de la concurrence. Dès l'instant que celle-ci constate l'existence de la pratique illicite, la victime de l'abus peut reproduire en l'état ces constatations au besoin du succès de sa demande devant le juge judiciaire. À défaut de pouvoir agir sur le fondement de l'article L. 420-2 alinéa 2 du code de commerce, la victime pourrait tout de même agir sur le fondement de l'article 1143 du code civil en démontrant que l'octroi de l'avantage manifestement excessif résulte du caractère vicié de son consentement. L'avantage du choix de l'article 1143 du code civil réside dans le fait que ce texte dispose d'un champ d'application plus vaste que celui de l'article L. 420-2 alinéa 2 du code de commerce qui reste cantonner aux relations d'affaires. En plus, le succès de la mise en œuvre de cette disposition n'est conditionné qu'à la seule démonstration de la situation de dépendance dans laquelle se trouve la personne qui l'invoque.

Conclusion du chapitre I

393. Le constat de la coexistence de deux régimes de protection. Le déséquilibre contractuel subi par un professionnel peut recevoir deux réponses au regard du droit applicable : une réponse sur le fondement des dispositions du droit de la concurrence, une autre sur le fondement des dispositions du droit commun des contrats. Ce qui revient à considérer que le professionnel victime de déséquilibre contractuel peut, à partir du moment où il n'y existe pas d'obstacles juridiques, soit prétendre au bénéfice de la protection accordée par le droit de la concurrence, soit au bénéfice de celle accordée par le droit commun des contrats.

394. Ses conséquences. La coexistence de deux régimes de protection contre le déséquilibre contractuel ne peut donc être que bénéfique pour les victimes. Elle leur permet de choisir

---

1030 H. BARBIER, *art. préc.*, citant l'exemple du « *mécanisme de renégociation des contrats ayant trait à des matières agricoles ou alimentaires prévu par l'art. L. 441-8 du c. com. Moins protecteur que le nouvel article 1195 du c. civ., il ne devrait pas s'opposer à son application car la lettre du nouveau texte est au fond l'aboutissement de l'esprit de l'ancien*… ».

1031 *Ibid.*

entre les deux régimes en présence celui qui leur accorde une protection efficace contre le déséquilibre contractuel. Le recours au choix optionnel s'apparente comme un moyen de contourner la rigueur des réponses du droit de la concurrence en termes de lutte contre le déséquilibre contractuel pour tirer profit de l'efficacité des réponses du droit commun des contrats en la matière. La question de l'option entre les réponses envisagées, il convient de se pencher sur celle du cumul.

CHAPITRE II.

LE CUMUL DES RÉPONSES

395. Une conséquence de la variété des réponses. L'entrée de la clause abusive dans le code civil[1032] a marqué les esprits en ce qu'elle a entrainé une généralisation de la lutte contre le déséquilibre contractuel. Depuis lors, il est impossible d'étudier les réponses au déséquilibre contractuel sans pour autant s'interroger sur l'articulation du dispositif du code civil avec les textes relevant des droits spéciaux[1033]. La question de l'articulation des dispositifs en concours est une conséquence logique de la variété des réponses au déséquilibre contractuel. Elle ne pourra être abordée sans une analyse préalable du champ d'application de chaque dispositif ayant vocation à s'appliquer. Comme nous l'avons vu dans nos propos introductifs sur l'option entre les différentes réponses, le cumul des réponses suppose l'existence d'un recoupement des champs d'application des différents dispositifs de lutte contre le déséquilibre contractuel. Avec la généralisation de la lutte contre les clauses abusives, un partenaire commercial lésé peut se retrouver en face d'une pluralité de règles applicables. Il peut non seulement prétendre au bénéfice des dispositions protectrices du droit de la concurrence mais il peut également prétendre au bénéfice des dispositions protectrices du droit commun des contrats. Il n'est donc pas surprenant de voir deux ou plusieurs dispositifs différents ayant à s'appliquer à une même situation. Comme l'éventualité d'une telle situation est dictée par la configuration de l'environnement juridique, il est important pour les victimes de déséquilibres contractuels d'en profiter en prenant le soin de penser à l'application cumulative des différents dispositifs en concours.

396. Une conséquence de l'insuffisance des réponses. Ce n'est pas parce que le droit de la concurrence prévoit des dispositions de lutte contre le déséquilibre contractuel qu'un partenaire commercial lésé y trouve forcément son compte. Ce n'est également pas parce que le droit commun des contrats a vocation à régir tous les contrats que le partenaire commercial lésé y trouve forcément son compte. En fonction de la nature du déséquilibre qui l'affecte, le partenaire lésé peut trouver dans le droit commun des réponses meilleures

---

1032 S. GAUDEMET, « Quand la clause abusive fait son entrée dans le code civil », *Contrats, conc. consom.* mai 2016, n° 5, dossier 5.

1033 K. LAFAURIE, « Clauses abusives : l'articulation du dispositif du code civil avec les textes spéciaux », *JCP E* août 2017, 1453.

que celles du droit de la concurrence[1034]. Il peut également trouver dans le droit spécial des réponses meilleures que celles du droit commun des contrats[1035]. C'est donc dire que pour ce partenaire lésé aucune des deux réponses en concours n'est en mesure de lui apporter une réponse satisfaisante. Un exemple peut être tiré sur la sanction du déséquilibre significatif dans les rapports entre professionnels. Il est d'avis que le partenaire commercial lésé qui souhaite échapper aux conséquences liées à une analyse d'ensemble des droits et obligations des parties pour en ressortir un éventuel déséquilibre significatif a tout intérêt a mené son action sur le fondement de l'article 1171 du code civil plutôt que sur celui de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce. Si en plus de l'annulation de la clause déséquilibrante, celui-ci souhaite engager la responsabilité civile de son auteur, il pourra valablement cumuler l'article 1171 du code civil avec l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce. Le recours au cumul n'est donc pas sans importance dans la lutte contre le déséquilibre contractuel dans les rapports entre professionnels.

SECTION I.
LE RECOURS AU CUMUL

397. Un moyen d'enrichir le patrimoine juridique des victimes. Le recours au cumul permet d'enrichir le patrimoine juridique des victimes de déséquilibre contractuel. Il permet au partenaire commercial lésé de choisir dans chaque corps de règles les outils permettant de traiter efficacement le mal dont il souffre. La technique du cumul fait de sorte que le choix de ce dernier ne soit plus cantonné dans un seul corps de règles. Ce qui revient à dire que le partenaire commercial lésé qui ne trouve pas entièrement son compte dans les réponses du droit de la concurrence pourra au besoin prétendre en même temps aux réponses du droit commun des contrats. Si l'on reprend notre exemple sur le déséquilibre significatif, la technique du cumul permettra au partenaire commercial lésé de viser l'article 1171 du code civil pour bénéficier de la technique du réputé non écrit, à condition que la clause litigieuse soit insérée dans un contrat d'adhésion, et de viser l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce pour demander la responsabilité de l'auteur de la pratique

---

1034 F.-X. LICARI, « Du déséquilibre significatif dans les contrats : quelle articulation entre les textes ? », *RLDC* janv. 2017, n° 144 où l'auteur précise que « *dans le cadre de l'article 1171 du code civil, si la clause contestée ne résiste pas à l'examen opéré par le juge, elle sera réputée non écrite* » alors que « *dans le cadre de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, la sanction est moins claire, car il n'est pas prévu par le texte que la victime puisse demander la nullité de la clause. Il n'est non plus prévu que le juge puisse la réputer non écrite* ».

1035 Il peut ainsi prétendre à la sanction du contrat lésionnaire sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, ce qu'il ne pourra pas obtenir sur le fondement de l'article 1171 du code civil. V. en ce sens Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, JCP E mars 2017, obs. S. LE GAC-PECH.

déséquilibrante, à condition que la pratique en rentre dans les prévisions de ce texte. Présentée de cette manière, la technique du cumul est à inscrire dans le registre des techniques permettant une amélioration de la protection des contractants professionnels contre un certain nombre de pratiques déséquilibrantes.

398. L'absence de compromis sur la protection de l'intérêt général. La technique du cumul ne se limite pas seulement à améliorer la protection des contractants professionnels contre les pratiques déséquilibrantes, elle permet en outre une amélioration de la protection de l'ordre public économique. Si l'on reprend notre exemple sur le déséquilibre significatif, lorsqu'un partenaire commercial lésé invoque l'article 1171 du code civil pour obtenir le réputé non écrit, son action va non seulement tourner en sa faveur dans la mesure où le réputé non écrit opère une purge de la clause déséquilibrante du contrat support et lui rend par voie de conséquence conforme à l'ordre public économique. En cumulant ce texte avec l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce pour demander la responsabilité civile de l'auteur de la pratique déséquilibrante, la victime contribue de par son action au rétablissement par la réparation du dommage causé à l'économie. Comme le recours au cumul semble présenter des avantages (§ 2) dans la lutte contre le déséquilibre contractuel dans les rapports entre professionnels, il est dès lors important de faire un point sur ses conditions (§ 1).

§ 1. SES CONDITIONS

399. Ce que dit le code civil. Les conditions du cumul sont à rechercher dans les termes de l'article 1105 du code civil. Aux termes du premier alinéa de ce texte, il est possible de retenir la vocation du droit commun à s'appliquer à tous les contrats peu importe qu'ils aient ou non une dénomination propre. La reconnaissance au droit commun d'une vocation à s'appliquer à tous les contrats s'apparente à une admission implicite du cumul des réponses. Mais, la précision apportée au dernier alinéa de ce texte impose de penser le contraire. En disposant que « *les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières* », le texte semble interdire le recours au cumul des réponses.

400. Au-delà du code civil. Il faut donc aller au-delà du code civil pour voir s'il y a possibilité de recourir au cumul des réponses. Dans le texte support du projet de l'article 1105 du code civil, les rédacteurs ont bien pris le soin de faire la précision selon laquelle

> « Les règles générales posées par l'ordonnance seront notamment écartées lorsqu'il sera impossible de les appliquer simultanément avec certaines règles prévues par le code civil pour régir les contrats spéciaux ou celles résultant d'autres codes tels que le code de commerce ou le code de la consommation. »

Cette précision constitue pour le moins que l'on puisse dire un feu vert au recours au cumul des différentes réponses au déséquilibre contractuel. Autant dire que le recours au

cumul est soumis à un certain nombre de conditions qu'il convient décliner sous forme de conditions positives (A) et condition négative (B).

A. Les conditions positives

401. **Annonce.** Pour que le cumul des réponses au déséquilibre contractuel puisse valablement se faire, il faut que les réponses en présence soient à la fois substituables et complémentaires

402. **La substituabilité des réponses.** Les réponses au déséquilibre contractuel ne sont cumulables que lorsqu'elles présentent une certaine substituabilité. Par cette notion, il convient d'entendre la « *qualité de ce qui peut être l'objet d'une substitution* »[1036]. Pour prétendre au cumul des réponses, la victime doit s'assurer de leur substituabilité.

403. **Les cas de substituabilité.** Le législateur met à la disposition d'une victime de déséquilibre significatif trois actions qu'elle est susceptible d'intenter pour demander la réparation de son préjudice. Selon les cas, la victime peut agir sur le fondement des règles spéciales sur le déséquilibre significatif (articles L. 212-1 du code de la consommation et L. 442-6, I, 2° du code de commerce) ou sur celui de la règle générale sur la même notion (1171 du code civil). La question du cumul de l'article L. 212-1 du code de la consommation avec l'article 1171 du code civil ne présentant aucun enjeu, l'accent sera uniquement mis sur celle du cumul des réponses du droit de la concurrence avec celles du droit commun des contrats. Il sera plus précisément question de faire un balayage du droit commun des contrats afin d'y ressortir les réponses substituables avec celles du droit des pratiques anticoncurrentielles et une comparaison des réponses du droit des pratiques restrictives de concurrence avec celles du droit commun des contrats afin de pouvoir apprécier leur degré de substituabilité.

404. **Droit des pratiques anticoncurrentielles/droit commun des contrats.** Le droit des pratiques anticoncurrentielles partage avec le droit commun des contrats la sanction de l'abus de puissance contractuelle. Les deux corps de règles sanctionnent l'abus de l'état de dépendance à des conditions différentes. Le droit des pratiques anticoncurrentielles à travers l'article L. 420-2 alinéa 2, du code de commerce sanctionne les abus de dépendance économique. En plus de ces abus, le droit commun des contrats sanctionne à travers l'article 1143 du code civil d'autres types d'abus. Le champ d'application de la règle du code civil coiffe celui de la règle du code de commerce. Il en résulte que ces deux textes sont substituables.

1036 http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/substitution/75129, consulté le 15 janv. 2018.

405. Droit des pratiques restrictives de concurrence/droit commun des contrats. Une bonne partie des pratiques prohibées par le droit des pratiques restrictives de concurrence peuvent être appréhendées par les règles du code civil. À titre illustratif, la pratique prohibée à l'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce consistant à « *l'obtention d'un avantage sans contrepartie* » peut être appréhendée par l'article 1169 du code civil qui sanctionne par la nullité « *la contrepartie illusoire ou dérisoire* » dans les contrats à titre onéreux. Celle prohibée à l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce peut être appréhendée par l'article 1171 du code civil qui sanctionne le déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion. Sur ce dernier point, même s'il est admis qu'il y a une différence[1037] entre les contrôles opérés par ces deux textes, force est de constater que cette différence ne constitue pas un obstacle à leur substituabilité. Le contrôle exercé sur le fondement de l'article 1171 du code civil s'opère dans les contrats d'adhésion. Celui exercé sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° s'opère dans les contrats de dépendance mais l'expression « *le fait de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à un déséquilibre significatif* » semble ne pas exclure de son champ d'application les contrats d'adhésion[1038]. Dès lors qu'un déséquilibre contractuel se trouve niché dans un contrat d'adhésion conclu entre professionnels[1039], celui-ci peut être sanctionnée ou sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ou sur celui de l'article 1171 du code civil. S'il en est ainsi, c'est parce que ces deux réponses sont substituables. Par ailleurs, le déséquilibre significatif du code de commerce peut également avoir pour équivalent l'article 1143 du code civil dans la mesure où ce texte permet tout de même de lutter contre l'obtention d'avantage manifestement disproportionné qui constitue une des manifestations du déséquilibre significatif. Enfin, la pratique prohibée par l'article L. 442-6, I, 5° peut être appréhendée par l'article 1240 du code civil dont la formulation permet d'englober la brutalité de la rupture d'une relation commerciale établie. On retiendra de ces

---

1037 D. FERRIER, « Concurrence-Distribution », D. 2012, p. 577 selon lequel « *l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce renvoie d'abord à un déséquilibre objectif tenant au poids économique des parties (le puissant/le faible) quand l'article L. [212-1] du code de la consommation renvoie d'abord à un déséquilibre subjectif tenant à la qualité des parties (le sachant/le profane*).

1038 I. LUC, « L'application judiciaire du déséquilibre significatif aux contrats d'affaires », *AJCA* 2014, p. 109 où l'auteur estime que « *selon le recensement effectué, la plupart des arrêts de cours d'appel ayant estimé que l'infraction de « déséquilibre significatif » était caractérisée sont relatifs au secteur de la grande distribution et aux contrats uniques, négociés annuellement entre fournisseurs et distributeurs…Dans le domaine de la grande distribution, l'élément de « soumission » du partenaire résulte de l'insertion de clauses litigieuses dans un document dont la négociation n'est pas effective, en présence de parties dont la puissance économique est très dissemblable. Dans tous ces arrêts de condamnation, la cour d'appel de Paris a souligné qu'aucune négociation réelle ne ressortait des faits qui lui étaient soumis* ».

1039 D. HOUTCIEFF, *Droit commercial : actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, contrats commerciaux, concurrence, instruments de paiement et de crédit*, 4e éd., 2016, Sirey, coll. Université. Droit privé, n° 907, p. 462 où l'auteur affirme qu' « *un professionnel pourra donc se prévaloir d'une clause abusive, au sens du code civil, pour peu qu'il ait conclu un « contrat d'adhésion »* ».

considérations l'existence d'une certaine substituabilité des réponses du droit de la concurrence à celles du droit commun des contrats. Cependant, la substitubilité ne constitue qu'une des conditions du cumul.

406. La complémentarité des réponses. La complémentarité des réponses est une condition supplémentaire du cumul. Cette complémentarité peut se justifier au regard la vocation du droit commun des contrats à combler les insuffisances des droits spéciaux en leur fournissant les « *bases essentielles qui [leur] font défaut* »[1040]. Elle peut également se justifier au regard de la tendance actuelle du droit commun des contrats à reprendre les réponses un peu éparpillées dans les droits spéciaux[1041].

407. Illustrations. En droit des pratiques anticoncurrentielles, le législateur a fait de la nullité la sanction principale des déséquilibres contractuels nichés dans les pratiques qu'il prohibe à travers ce corps de règles. Il n'est aucunement fait mention de la responsabilité civile dans ce corps de règles. Ce qui suppose que l'auteur d'un déséquilibre contractuel niché dans une pratique anticoncurrentielle n'encourt pas le risque de voir sa responsabilité engagée sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles. Heureusement que le droit civil est là pour permettre à la victime de trouver parmi ses dispositions un fondement à sa demande de réparation. Cette dernière peut donc valablement invoquer l'article L. 420-3 du code de commerce pour demander la nullité du contrat illicite et l'article 1240 du code civil[1042] pour mettre en jeu la responsabilité civile de son auteur. En droit des pratiques restrictives de concurrence, force est de constater que la responsabilité de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce peut avoir pour complément la nullité du droit commun des contrats. C'est ainsi qu'un déséquilibre contractuel résultant d'un abus de dépendance peut selon les cas être doublement sanctionné sur les fondements du droit des pratiques restrictives de concurrence et du droit commun des contrats. La victime de ce déséquilibre contractuel peut demander la nullité du contrat en cause sur le fondement de l'article 1131

1040 J.-P. PIZZIO, « Droit du marché et droit commun des obligations », *RTD com.* 1998, p. 53.

1041 *Ibid.*, constatait que « *dans certains domaines investis par le droit de la consommation, on assiste à un retour en force du droit commun des obligations, soit du fait de la loi, soit du fait de la jurisprudence* » ; C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, 2009, LGDJ, coll. Bibliothèque droit privé, n° 259, p. 317 où l'auteur rappelle que « *l'attraction des dispositions spéciales sur le contenu des dispositions communes n'est pas un phénomène récent. Il existe un mouvement naturel de réception du droit spécial par le droit commun : le particularisme de certaines règles finit par se dégrader pour donner naissance à une règle commune…Le droit commun se fait alors le réceptacle du droit spécial* ».

1042 M. CHAGNY, « Abus de position dominante et responsabilité civile - Le contentieux civil des pratiques anticoncurrentielles : du nouveau sur la réparation du préjudice ? », *Rev. Communication commerce électronique* sept. 2011, n° 9, comm. 76 où l'auteure estime que « *l'engagement de la responsabilité civile de l'auteur de pratiques anticoncurrentielles repose sur le droit commun de la responsabilité civile délictuelle pour faute et suppose en conséquence la démonstration d'un triptyque bien connu – une faute, un dommage et un lien de causalité dont – dont la charge incombe au demandeur à l'action en réparation* ».

du code civil pour cause de vice du consentement et demander la mise en œuvre de la responsabilité de l'auteur du déséquilibre sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce lorsque son acte traduit un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. De même, la victime d'un déséquilibre significatif peut demander sur le fondement du dernier texte la responsabilité de son auteur et sur celui de l'article 1171 du code civil le réputé non-écrit de la clause litigieuse. Au final, on notera l'existence d'une certaine complémentarité entre les différentes réponses au déséquilibre contractuel. Cette complémentarité est d'une telle importance qu'en son absence il ne saurait y avoir de cumul.

B. La condition négative

408. Affirmation textuelle. Le cumul des réponses au déséquilibre contractuel n'est envisageable qu'en l'absence d'une antinomie entre les réponses en présence. Cette deuxième condition figure dans le Rapport précité, aux termes duquel il est précisé que

> « Les règles générales posées par l'ordonnance seront notamment écartées lorsqu'il sera impossible de les appliquer simultanément avec certaines règles […]. »[1043]

Pour qu'il soit possible de les cumuler, les réponses en présence ne doivent pas être antinomiques[1044]. Avant de penser à leur cumul, le plaideur doit donc s'assurer de l'absence d'antinomie entre ces réponses.

409. La nécessité d'une absence d'antinomie entre les réponses. Seul un test de simultanéité permet de détecter l'existence d'une antinomie entre les différentes réponses au déséquilibre contractuel. Ce test permet, « *dans une situation où les conditions intrinsèques d'application des deux textes sont réunies* », de vérifier « *s'il est possible de mettre en œuvre le texte général sans contredire les prévisions du texte spécial* »[1045]. Sa réalisation suppose une analyse minutieuse des différentes réponses en présence afin de pouvoir y déceler d'éventuelles antinomies. Dans le cadre de cette étude, il sera uniquement question de rechercher les éventuelles antinomies entre les réponses du droit de la concurrence et celles du droit commun des contrats.

1043 M. CHAGNY, « Questions de méthodologie. Droit commun et droits spéciaux », RLA n° 117, 1er juill. 2016, où l'auteure précise qu'« *à suivre ce rapport et le guide légistique expliquant l'expression « sous réserve de » utilisée dans le texte, l'article 1105 prévoit effectivement la mise à l'écart du droit commun, mais seulement lorsque son application simultanée avec la règle spéciale est impossible, en raison de leur caractère contradictoire* ».

1044 C. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*, n° 383, p. 492 estimant que « *la notion d'antinomie est intuitivement associée à l'idée de contradiction* ».

1045 A. HONTEBEYRIE, « 1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance », *D.* 2016, p. 2180.

410. L'absence d'antinomie entre les réponses du droit des pratiques anticoncurrentielles et celles du droit commun des contrats. Les réponses au déséquilibre contractuel diffèrent selon qu'on se situe sous l'angle du droit des pratiques anticoncurrentielles ou sous celui du droit commun des contrats. En droit des pratiques anticoncurrentielles, le déséquilibre contractuel est sanctionné par la nullité, laquelle est prononcée par des juridictions spécialisées. Par contre en droit commun des contrats, nullité, réputé non-écrit et responsabilité concurrent à la sanction de cette même pathologie contractuelle. Précision étant faite que ces sanctions sont mises en œuvre par des juridictions de droit commun. Il ressort de ces considérations une absence d'antinomie dans ces différentes façons de sanctionner le déséquilibre contractuel. Les deux corps de règles visent principalement l'anéantissement de l'acte illicite par recours à la nullité, laquelle peut être complétée par la mise en jeu de la responsabilité civile de son auteur. Qu'elle soit fondée sur le droit des pratiques anticoncurrentielles ou sur le droit commun des contrats, l'action en nullité appartient en principe à la victime et est soumise à la prescription quinquennale. L'antinomie est plutôt à rechercher au niveau des attributions de compétence. En effet, l'action en nullité d'un déséquilibre contractuel résultant de la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles doit être intentée devant la juridiction spécialisée, c'est-à-dire celle habilitée à connaître du contentieux relatif à l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles. En revanche, l'action en nullité d'un déséquilibre contractuel résultant de la violation du droit commun des contrats relève de la compétence de droit commun. Dès lors, il convient de chercher à savoir si cette compétence spécialisée ne constitue pas une antinomie pouvant constituer un obstacle au cumul des réponses émanant de ces deux corps de règles. À ce propos, il a été relevé que le système de juridictions spécialisées en droit de la concurrence n'est pas de nature à caractériser une antinomie[1046] en ce qu'il n'a pour autre finalité que de poser les bases d'une interprétation homogène de certaines règles du droit de la concurrence. Ce système de juridictions spécialisées s'explique par le fait que « *les juges non spécialisés sont mal préparés à la connaissance des litiges de concurrence, qu'ils n'ont pas reçus de formation suffisante en la matière* »[1047]. Mais aujourd'hui, force est de constater que ce système ne présente plus la même pertinence pour certaines règles du droit de la concurrence face auxquelles le juge non spécialisé ne se sent plus dépaysé. Il en est ainsi des règles du droit des pratiques anticoncurrentielles. L'application de ce corps de règles ne nécessite plus la mise sur pied de juridictions

---

1046 A. HONTEBEYRIE, « 1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance », *D.* 2016, p. 2180.

1047 G. CAS, « Le juge de droit commun confronté au droit de la concurrence », in *Ententes et abus de domination devant le juge de droit commun : actes du colloque du 18 mars 1994*, Aix-en-Provence : PUAM, 1995, p. 9.

spécialisées pour la bonne et simple raison qu'en cas de difficulté d'application, possibilité est donnée au juge qui statue de saisir l'Autorité de la concurrence pour obtenir des éclaircissements sur le sens et la portée de la règle de droit en cause. Aux termes de cette recherche, il convient de retenir l'inexistence d'une antinomie entre les réponses du droit des pratiques anticoncurrentielles et celles du droit commun des contrats.

411. L'absence d'antinomie entre les réponses du droit des pratiques restrictives de concurrence et celles du droit commun des contrats. Les réponses au déséquilibre contractuel diffèrent également selon qu'on se situe sous l'angle du droit des pratiques restrictives de concurrence ou sous celui du droit commun des contrats. En droit des pratiques restrictives de concurrence, le déséquilibre contractuel est sanctionné par la responsabilité civile, laquelle est prononcée par des juridictions spécialisées suite à l'action de la victime où des autorités habilitées à agir sur le fondement de l'article L. 442-6, III, du code de commerce. Par contre en droit commun des contrats, nullité, réputé non-écrit, responsabilité concurrent à la sanction de cette même pathologie contractuelle. Précision étant faite que ces sanctions sont mises en œuvre par des juridictions de droit commun. Dès lors, il convient de chercher à savoir si cette différence de sanctions ne crée pas une antinomie pouvant constituer un obstacle au cumul des réponses émanant de ces deux corps de règles. À vrai dire, ce n'est pas parce que le droit des pratiques restrictives de concurrence de l'article L. 442-6 du code de commerce sanctionne le déséquilibre contractuel par la responsabilité civile qu'il est impossible à un plaideur de demander la nullité ou le réputé non-écrit d'une clause sur le fondement de ce corps de règles. Il ressort de la jurisprudence que le juge peut, sur le fondement de l'article L. 442-6 du code de commerce, sanctionner par le réputé non-écrit une clause déséquilibrante. À titre illustratif, la cour d'appel de Paris a eu à réputer non-écrite une clause déséquilibrante insérée dans un contrat de location longue durée d'un photocopieur souscrit pour les besoins professionnels d'un cabinet d'avocats[1048] le non pas sur le fondement de l'ancien article L. 132-1 du code de la consommation mais sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce. Ce n'est pas aussi parce que le droit commun des contrats fait recours à la nullité ou au réputé non-écrit que l'auteur d'un déséquilibre contractuel échappe à la responsabilité civile. Sur le fondement de l'article 1178 du code civil, il est tout à fait possible d'engager la responsabilité civile de celui-ci suite à l'annulation du contrat illicite. Il ressort de ces considérations qu'il n'existe pas d'antinomie entre les sanctions du droit des pratiques restrictives de concurrence et celles du droit commun des contrats. Cependant,

1048 CA Paris, 7 juin 2013, n° 11/08674.

les modalités de mise en œuvre des sanctions du droit des pratiques restrictives de concurrence peuvent insinuer une certaine antinomie entre les deux réponses. Mais, elles n'en sont pour rien. Il est vrai que le droit des pratiques restrictives fait intervenir des tiers dans le contentieux relatif à son application. Mais, cette intervention ne doit pas être regardée comme constitutive d'une antinomie avec les réponses du droit commun des contrats en ce qu'elle est justifiée par une logique de « *protection du marché et de la concurrence* »[1049]. Aussi importante qu'elle puisse paraître, cette logique de protection du marché ne traduit pas une négation du droit d'action des victimes sur le fondement de l'article L. 442-6 du code de commerce. Il est souvent rappelé[1050] que la jurisprudence reconnait à la victime d'un déséquilibre significatif la possibilité de demander la nullité ou le réputé non-écrit sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce. Ce qui revient à dire que le droit des pratiques restrictives de concurrence comporte, en plus de son volet de protecteur du marché, un volet protecteur de la partie faible. Ainsi présentées, les réponses du droit des pratiques restrictives de concurrence et celles du droit commun des contrats ne semblent pas être antinomiques. En conséquence, elles peuvent bien faire l'objet d'un cumul. Ce qui présente beaucoup d'avantages pour les victimes de déséquilibre contractuel.

§ 2. SES AVANTAGES

412. Le comblement des insuffisances des réponses. Le cumul est une technique qui permet le brassage entre les différentes réponses au déséquilibre contractuel. Il permet à celui qui en fait usage de choisir dans chaque réponse les outils qu'ils estiment adaptés à sa situation. Le cumul permet en quelque sorte au partenaire commercial lésé de trouver le juste milieu entre des réponses énergiques et des réponses efficaces.

1049 Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-16.761.

1050 H. BARBIER, « De la diversité des sanctions du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : responsabilité pour l'article L. 442-6, I, 2° *mais pas de réputé non-écrit*, et requalification pour les promesses de contrat », *RTD civ.*, 2016, p. 852 où l'auteur affirme que les juges du fond étaient plutôt favorables au réputé non-écrit malgré l'absence de texte. Citant ainsi « *Paris, 7 juin 2013, n° 11/08674, RTD com., 2013, p. 500, obs. M. CHAGNY ; Rouen, 12 déc. 2012, n° 12/01200*). Cependant, l'auteur fait mention d'un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 18 mai 2016 (Paris, pôle 5, ch. 4, 18 mai 2016, n° 14/12584, *SARL Lylou c/ SAS Opti'mom, JurisData* n° 2016-011263) dans lequel le juge a refusé d'appliquer le réputé non-écrit de la clause. Les faits de l'espèce étaient les suivants : « *les parties avaient conclu un contrat de distribution exclusive portant sur des lunettes pour bébés et enfants. Alors qu'un contentieux relatif à la fois à la formation et à l'exécution du contrat s'élevait, le distributeur en profita pour faire valoir le caractère abusif de certaines de ses clauses et demander au juge de les réputer non-écrites. La cour d'appel rejette sèchement la demande en considérant que « l'action ouverte sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce tend à la réparation d'un préjudice et ne peut donner lieu à annulation du contrat ou des clauses litigieuses* ».

413. L'amélioration de la qualité de la protection. C'est parce qu'il permet de rechercher le juste milieu que le cumul des réponses au déséquilibre contractuel nous paraît doublement important. C'est une technique à encourager en ce qu'il permet d'améliorer la protection des victimes (A) tout en maintenant la protection de l'ordre public économique (B).

A. L'amélioration de la protection des victimes

414. Le bénéfice des dispositions protectrices du droit commun des contrats. Avec la réforme de 2016, le droit commun des contrats a changé de visage en termes de lutte contre le déséquilibre contractuel. Le code civil est désormais devenu un véritable terreau d'accueil des instruments de lutte contre les contrats structurellement déséquilibrés[1051]. Par une rénovation de certaines de ses dispositions, le droit commun des contrats est à mieux de procurer une protection contre le déséquilibre contractuel à l'image de celle que l'on peut retrouver dans les codes spéciaux tels le code de la consommation et le code de commerce. La protection du faible y est assurée par une palette de dispositions pouvant bénéficier à la victime d'un déséquilibre contractuel résultant d'un manquement concurrentiel. La codification de la violence par abus de dépendance, la consécration du déséquilibre significatif, la consécration des solutions jurisprudentielles fondées sur la cause et l'accueil de la révision[1052] pour imprévision sont autant d'éléments qui militent en faveur de l'amélioration de la protection contre le déséquilibre contractuel. Reconnaître à une victime de déséquilibre contractuel la possibilité d'un choix cumulatif, c'est lui permettre de prendre dans chaque corps de règles les outils permettant de réparer efficacement son préjudice. Comme les réponses du droit de la concurrence sont plus tournées vers la protection de l'ordre public économique, la victime d'un déséquilibre contractuel peut les invoquer en complément des réponses du droit commun des contrats qui, au contraire, sont plus destinées à la protection de la partie faible. Ce cumul lui permettra non seulement de faire disparaître la source du déséquilibre sans pour autant que le contrat support soit menacé d'un anéantissement rétroactif mais aussi de demander la responsabilité civile de l'auteur de la pratique illicite sur le fondement du droit de la concurrence. Suivant cette logique, une entreprise victime de déséquilibre significatif dans ses rapports avec son partenaire commercial peut invoquer l'article 1171 du code civil pour demander le réputé non-écrit de la clause déséquilibrante lorsque celle-ci se trouve nicher dans un contrat d'adhésion et l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce pour engager la responsabilité

1051 T. REVET, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés ? », *D.* 2015, p. 1217.

1052 P. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* n° h-s, 1er avril 2016, p. 30.

civile de l'auteur de cette pratique lorsque les faits reprochés entre dans le viseur de ce texte.

415. Le bénéfice de leurs modalités de mise en œuvre. Le droit des contrats fait de la victime du déséquilibre contractuel le maître des poursuites. Il revient donc aux victimes de mettre en œuvre les actions qu'elles tirent de la violation des dispositions destinées à leur protection. Cette configuration se distingue de celle qu'on a l'habitude de voir en droit de la concurrence. Contrairement au droit commun des contrats, le droit de la concurrence consacre une cotitularité des actions nées de la violation de ses règles. Sur ce fondement, la sanction du déséquilibre contractuel résultant d'un manquement concurrentiel peut être demandée par « *le ministre chargé de l'Économie, le président de l'Autorité de la concurrence et toute autre personne justifiant d'un intérêt* ». Les règles du droit de la concurrence étant d'ordre public, la victime d'un déséquilibre contractuel ne se voit pas reconnaître un aménagement de son droit d'action. Tel ne sera pas le cas dans l'hypothèse d'un cumul des réponses. Le cumul des réponses permettra à la victime de tirer profit des aménagements de la mise en œuvre des actions nées de la violation du droit commun des contrats. En invoquant la nullité sur le fondement du droit commun des contrats et la responsabilité sur le fondement du droit de la concurrence, la victime du déséquilibre contractuel né d'un manquement concurrentiel peut bénéficier des mécanismes du droit commun des contrats permettant de libéraliser le prononcé de la nullité. En droit commun des contrats, possibilité est donnée à la victime de prétendre à une nullité conventionnelle sur le fondement de l'article 1178 du code civil. À cet égard, le législateur a fait preuve d'« *une énigmatique innovation* »[1053] en offrant un mode alternatif de règlement de conflits aux justiciables qui ont « *peur du juge* »[1054]. Il permettra également à la victime d'un déséquilibre contractuel d'éviter les pouvoirs exorbitants du juge spécialisé, lesquels peuvent aboutir à l'anéantissement total du contrat litigieux. En droit de la concurrence, le juge se voit reconnaître le pouvoir d'annuler un contrat lésionnaire sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce. Ce que le juge de droit commun ne pourra faire sous aucun prétexte. S'il en est ainsi, c'est parce que la mission du juge spécialisé s'inscrit dans une logique de protection de l'ordre

---

1053 A. BÉNABENT, *op. cit.*, n° 204, p. 179 où l'auteur affirme qu' « *en évoquant la possibilité de déroger à la nécessité d'une intervention de justice pour prononcer la nullité dans les cas où les parties « la constatent d'un commun accord », le nouvel article 1178 crée par l'ordonnance du 10 février 2016 a certes ouvert une voie nouvelle, mais aussi beaucoup d'interrogations car aucune précision n'est fournie sur ce « commun accord »* ».

1054 M. MEKKI, « La réforme du droit des contrats et le monde des affaires : une nouvelle version du principe comply or explain ! », *Gaz. Pal.* janv. 2016, p. 18 où l'auteur explique l'idée d'une « *réforme qui crée une véritable peur du juge. Plus originale encore, il semble y avoir dans cette réforme un message subliminal qui se confirmera très certainement en pratique. Ce message consiste à présenter le juge comme une mesure ultime. Ce que crée, volontairement ou non, la réforme du droit des obligations c'est une « peur du juge ». L'objectif poursuivi ou du moins le résultat obtenu est de dissuader les parties et les justiciables de solliciter trop souvent l'intervention du juge* ».

public économique[1055] alors que celle du juge de droit commun se résume à la protection des contractants. La victime d'un déséquilibre significatif résultant d'un manquement au droit des pratiques restrictives de concurrence qui ne souhaite pas l'anéantissement de son contrat a plus intérêt à demander la sanction de la clause illicite sur le fondement de l'article 1171 du code civil que sur celui de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce puisque dans la première situation seule la clause illicite est sanctionnée alors que dans la seconde le contrat peut être lui-même annulé s'il est lésionnaire. Sur le fondement du droit commun des contrats, le juge n'aura aucun pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de la sanction. La sanction choisie est, selon un auteur, « *automatique, tant dans son existence que dans son étendue, le choix du réputé non-écrit semblant empêcher le juge d'étendre la nullité à d'autres clauses mêmes intimement liées à la clause abusive, ou à tout le contrat, voire à un contrat voisin* »[1056]. Le juge n'aura donc pas la possibilité de prononcer les autres sanctions prévues par l'article L. 442-6 du code de commerce[1057]. En complément de la sanction prononcée sur le fondement du droit commun des contrats, la victime peut en même temps invoquer sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce la responsabilité civile de l'auteur de la pratique déséquilibrante. En définitive, il convient de retenir que le cumul des réponses contribue à l'amélioration de la protection des vicitmes de déséquilibre contractuel sans compromettre la protection de l'ordre public économique.

B. Le maintien de la protection de l'ordre public économique

416. Le maintien de la protection de l'ordre public économique par les sanctions civiles. L'invocation cumulative des réponses au déséquilibre contractuel ne tourne pas seulement en faveur des victimes. Elle milite également en faveur du maintien de la protection de l'ordre public économique. En effet, en cherchant à anéantir la source du déséquilibre significatif sur le fondement du droit commun des contrats, il est tout à fait légitime pour la victime de chercher en même temps à engager la responsabilité de son auteur sur le fondement du droit de la concurrence. L'avantage du cumul de ces réponses réside dans le fait qu'il renforce la protection contre le déséquilibre contractuel sans méconnaître celle contre les troubles à l'ordre public économique. Si l'on se place sur le terrain du droit des pratiques anticoncurrentielles, l'on peut remarquer que le déséquilibre contractuel y est

---

1055 V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *D.* 2001, p. 610.

1056 D. FENOUILLET, *art. préc.*

1057 *Ibid.*, l'auteur estime que « *la stipulation d'une clause abusive n'est justiciable ni d'une amende civile ni d'une sanction pénale, ce qui se comprend aisément au regard de l'intérêt privé patrimonial en jeu. Le juge ne peut ni ordonner la suppression de la clause dans tous les contrats la contenant, ni enjoindre à la partie qui la stipule de la retirer des contrats qu'elle propose à ses contractants, ce qui se comprend parfaitement* ».

sanctionné par la nullité sur le fondement de l'article L. 420-3 du code de commerce. Le cumul de ce texte avec l'article 1240 du code civil permet à la victime d'obtenir deux sanctions militant à la double protection de ses intérêts et de l'intérêt général. Étant absolue, la nullité prévue par l'article L. 420-3 du code de commerce sert à protéger la victime qui n'a plus envie de rester en relation contractuel avec son partenaire commercial fautif. Mais tout en protégeant cette catégorie de victime, cette sanction contribue en même temps à la protection de l'ordre public économique. En permettant de sanctionner par la nullité les déséquilibres contractuels résultant d'un manquement au droit des pratiques anticoncurrentielles, l'article L. 420-3 du code de commerce permet d'opérer un assainissement de l'ordre public économique en purgeant les contrats susceptibles de lui porter atteinte. En permettant de sanctionner par la responsabilité civile l'auteur d'un déséquilibre contractuel, l'article 1240 du code civil, en plus de permettre le rétablissement des conséquences financières de la pratique déséquilibrante illicite. Sa mise en œuvre en droit des pratiques restrictives de concurrence contribue activement à la régulation des rapports commerciaux. C'est pour cela qu'elle y apparait comme « *un outil de répression des fautes concurrentielles* »[1058].

417. Le maintien de la protection de l'ordre public économique par les sanctions pénales et administratives. Le cumul des différentes réponses au déséquilibre contractuel permet la mise en œuvre des sanctions typiquement destinées à la protection contre les troubles à l'ordre public économique en plus de la protection contre le déséquilibre contractuel. C'est le cas du cumul des réponses du droit commun des contrats avec les réponses pénale et administrative du droit des pratiques anticoncurrentielles. La victime d'un déséquilibre contractuel qui réussit à fonder son action sur l'article 1171 du code civil et l'article L. 420-6 du code de commerce est destinée à obtenir deux sanctions différentes : l'une la protégeant efficacement contre le mal dont elle souffre, l'autre protégeant exclusivement les troubles à l'ordre public économique. C'est donc dire que le cumul des réponses permet de maintenir l'application des sanctions pénales. En droit des pratiques anticoncurrentielles, la sanction pénale prévue par l'article L. 420-6 du code de commerce n'est rien d'autre que le prolongement de la protection de l'ordre public économique. Elle a pour rôle de compléter la sanction civile susceptible d'être prononcée sur le fondement de l'article L. 420-3 du code de commerce ou sur celui des articles 1171 et/ou 1143 du code civil dans l'hypothèse où le manquement concurrentiel entre dans le champ d'application de l'un de

---

1058 S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, 1995, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, n° 115, p. 121.

ces textes. Il y a donc une certaine « *concordance* »[1059] entre la nullité de l'article L. 420-3 et la sanction pénale de l'article L. 420-6 du code de commerce. Lorsque le manquement concurrentiel en cause peut être sanctionné sur le fondement de l'article L. 420-3 ou sur celui de l'article 1171 ou 1143 du code civil, cela implique que les conditions d'applications de l'article L. 420-6 du code de commerce sont réunies. En revanche, lorsque ce manquement ne peut être sanctionné sur le fondement des textes précités, cela implique la non réunion des conditions d'application de l'article L. 420-6 du code de commerce. Par ailleurs, la victime d'un déséquilibre contractuel qui réussit à fonder son action sur l'article 1171 du code civil et l'article L. 420-6 du code de commerce est également destinée à obtenir deux sanctions différentes : l'une la protégeant efficacement contre le mal dont elle souffre, l'autre protégeant exclusivement les troubles à l'ordre public[1060]. C'est donc dire que le cumul des réponses permet aussi de maintenir l'application des sanctions administratives, lesquelles sont destinées à la protection de l'ordre public économique. La question du recours au cumul abordée, il convient d'envisager celle de sa mise en œuvre

SECTION II.
LA MISE EN ŒUVRE DU CUMUL

418. Le préalable à la mise en œuvre du cumul. Tout comme pour le choix optionnel, le recours à la mise en du cumul doit se faire après que le partenaire commercial lésé ait déterminé les objectifs de son action. Avant l'exercice de son action, il doit savoir ce dont pourquoi elle agit. Agit-elle pour bénéficier de la supposée imprescriptibilité de la technique de la réputation de non écriture ou pour échapper au contrôle global du déséquilibre significatif opéré par le juge spécialisé ? Agit-elle principalement pour obtenir l'anéantissement de la clause ou du contrat illicite à titre principal et la responsabilité de son auteur à titre accessoire ? ou cherche-t-elle d'abord à tout prix à engager la responsabilité de son auteur avant de solliciter l'annulation du contrat ou de la clause illicite ? autant de questions auxquelles le partenaire commercial lésé doit répondre avant la mise en œuvre concrète de son action cumulative.

1059 A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, 2011, LDGJ : Lextenso, coll. Bibliothèque de droit privé, n° 350, p. 244

1060 C. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, 2003, Bruylant-Academia, coll. Thèses de sciences humaines 12, n° 298, p. 333 et s. où l'auteur estime que « *les déficiences du droit de la concurrence dans le traitement du déséquilibre de positions contractuelles* » se traduisent par « *la nécessité d'une atteinte au marché* » et « *l'absence de toute idée d'équilibre contractuel dans la finalité des abus anticoncurrentiels* ».

419. Sa mise en œuvre concrète. En fonction des objectifs poursuivis, le partenaire commercial lésé peut rechercher dans chacune des réponses en présence les outils lui procurant une protection efficace contre le déséquilibre contractuel. Concrètement, il pourra faire le cumul des réponses du droit commun avec celles du droit des pratiques anticoncurrentielles ou avec celles du droit des pratiques restrictives de concurrence. Ainsi, le cumul des réponses du droit des pratiques anticoncurrentielles avec celles du droit commun sera envisagée (§ 1) et le cumul du droit des pratiques restrictives de concurrence avec celles du droit commun appréhendée (§ 2).

§ 1. LE CUMUL DES RÉPONSES DU DROIT DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES AVEC CELLES DU DROIT COMMUN

420. Un moyen de combler les insuffisances du droit des pratiques anticoncurrentielles. Le droit des pratiques anticoncurrentielles n'est pas assez bien outillé en termes de sanctions civiles du déséquilibre contractuel. La nullité qu'il propose est une sanction certes utile dans la lutte contre le déséquilibre contractuel mais ses effets peuvent parfois être néfastes à l'intérêt général et aux intérêts particuliers. Les autres sanctions qu'il propose n'ont pour d'autre vocation que la protection du libre jeu de la concurrence. Le cumul des réponses du droit des pratiques anticoncurrentielles avec celles du droit commun du contrat va donc permettre le développement du volet protection de la partie faible de ce corps de règles[1061]. Il va permettre au partenaire lésé de prétendre, en plus des sanctions du droit des pratiques anticoncurrentielles, à des sanctions beaucoup plus adaptées au traitement du déséquilibre contractuel. Le cumul constitue donc un moyen de combler les insuffisances du droit des pratiques anticoncurrentielles en termes de sanction du déséquilibre contractuel.

421. Un moyen de s'affranchir des rigueurs du droit des pratiques anticoncurrentielles. Le droit des pratiques anticoncurrentielles a pour objectif d'assurer le libre jeu de la concurrence. C'est fondamentalement pour cette raison que la sanction du déséquilibre contractuel y est conditionnée par une atteinte au libre jeu de la concurrence. L'apport du droit des pratiques anticoncurrentielles en termes de lutte contre le déséquilibre contractuel est trop limité en raison des obstacles qui s'opposent en pratiques à sa mise en œuvre[1062]. Il va donc de l'intérêt du partenaire commercial lésé de prétendre au cumul des réponses

---

1061 V. LASSERRE-KIESOW, « La promotion des sanctions civiles en droit des pratiques anticoncurrentielles », *D.* 2007, p. 2116.

1062 I. HOEPFNER-LÉGER, « Les poursuites privées en matière de pratiques anticoncurrentielles : pistes de réflexion », *Cah. dr. entr.* janv. 2007, n° 1, dossier 4.

pénales (A) et administratives (B) du droit des pratiques anticoncurrentielles avec celles du droit commun des contrats afin de pouvoir contourner ces obstacles.

A. Le cumul des réponses pénales avec celles civiles

422. L'invocation d'une violation du droit des pratiques anticoncurrentielles pour demander des sanctions pénales. Le droit des pratiques anticoncurrentielles permet de sanctionner les déséquilibres contractuels résultant d'un abus de domination. Ainsi, lorsqu'un déséquilibre contractuel résulte d'une entente ou d'un abus de position dominante, une palette de sanctions guète son auteur. Celui-ci peut être frappé par des sanctions administratives, civiles, et pénales. Il revient donc à la victime de choisir le terrain sur lequel elle souhaite porter son action. Dès lors, celle-ci peut demander la sanction civile de son préjudice à travers la sanction civile de l'entente anticoncurrentielle ou la sanction pénale de son préjudice à travers la répression pénale de l'entente anticoncurrentielle. S'agissant de la première sanction, elle est prévue à l'article L. 420-3 du code de commerce selon lequel « *est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1 et L. 420-2-2* ». Sa mise en œuvre est conditionnée par la preuve de l'entente illicite. Cette preuve qui peut être rapportée par tous moyens[1063] incombe au demandeur victime de déséquilibre contractuel résultant d'une entente. L'entente étant le plus souvent une pratique secrète, il en résulte qu'elle n'est pas facile à prouver. Ainsi, pour faciliter la preuve de l'entente anticoncurrentielle, le droit de la concurrence interne et communautaire n'ont pas renfermé l'entente dans une formule étroite. Afin de bien la saisir l'article L. 420-1 du code de commerce désigne par entente les « *actions concertées, conventions, ententes expresses, ententes tacites ou coalitions* ». Cela témoigne de l'existence d'un principe de neutralité des formes juridiques des ententes en droit de la concurrence[1064]. Concernant la seconde sanction, elle est prévue à l'article L. 420-6 du code

---

1063 A. GUILLOTIN, « La preuve et la forme des ententes », *JCP E* févr. 2012, 1107 ; J. GRANGEON, « La preuve en droit de la concurrence : la fin justifie les moyens ! », *RLC* déc. 2016, p. 43-49. Cependant, il a été jugé par la Cour de cassation sous le visa des articles 9 du code de procédure civile ensemble l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve que « *sauf disposition expresse contraire du code de commerce, les règles du code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence ; que l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve* » : Cass. Ass. Plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.316, 09-14.667 obs. D. BOSCO, « Le principe de loyauté dans l'administration de la preuve s'enracine dans le contentieux de la concurrence », *Contrats, conc. consom.* mars 2011, comm. 71.

1064 L. VOGEL, « Définition et preuve de l'entente en droit français de la concurrence. Étude de la jurisprudence récente », *JCP E* nov. 1991, n° 48, 96 où l'auteur affirme qu'« *il n'existe pas en droit français de définition de l'entente. L'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 a les allures d'une disposition attrape-tout puisqu'il prohibe « les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions ». L'ancien article 50 de*

… / …

pénal qui punit « *d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75 000 euros le fait, pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-2-2* ». Il en résulte que l'auteur d'un déséquilibre contractuel résultant d'une entente encourt des risques sur le double plan civil et pénal. Ainsi, pour une optimisation des chances de la victime de voir son action réussir, il lui faut cumuler les réponses du droit des pratiques anticoncurrentielles avec celles du droit commun des contrats. L'entente étant un cadre d'exercice des abus de puissance économique, le cumul des réponses du droit des pratiques anticoncurrentielles avec les articles 6 et 1240 du code civil ne serait pas dénué de sens. Ainsi, la victime d'un déséquilibre contractuel résultant d'une entente peut à la fois invoquer l'article L. 420-6 du code de commerce et les articles 6 et 1143 du code civil. Elle peut invoquer une violation de l'article L. 420-1 du code de commerce pour demander la mise en œuvre des sanctions pénales de l'article L. 420-6 du code éponyme. Même si ce texte souffre des difficultés de ses conditions de mise en œuvre[1065], il a l'avantage d'offrir les moyens d'une poursuite « *économiquement indésirable* »[1066]. Il a aussi l'avantage de faire bénéficier à la victime des pouvoirs d'investigation du juge pénal. Si ce dernier caractérise l'infraction prévue aux termes de l'article L. 420-6 du code de commerce, l'auteur du déséquilibre contractuel sera pénalement sanctionné. Si l'infraction est caractérisée, cela n'est pas sans entrainer un certain nombre de conséquences sur le plan civil.

423. L'invocation du droit commun des contrats pour demander des sanctions civiles. L'article L. 420-3 du code de commerce permet de sanctionner par la nullité tout déséquilibre contractuel résultant d'une entente. Le droit de la concurrence étant le vecteur de l'ordre public économique, sa violation entraine nécessairement une nullité absolue. Étant donné qu'il est difficile pour la victime d'une entente d'établir l'existence de celle-ci, l'obtention d'une décision sur le plan pénal aurait l'avantage de faciliter l'action de la victime sur le plan civil. La victime d'un déséquilibre contractuel qui obtient gain de cause

---

l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 était encore plus explicite puisqu'il précisait « sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit » ».

1065 J.-B BLAISE, « La sanction pénale », *JCP E* mars 2013, 1170.

1066 B. DEFFAINS, M. DORIAT-DUBAN, « Le procès : risque économique », *RGDA* juill. 2010, p. 870 où les auteurs estiment que « *Les poursuites sont dites « économiquement indésirables » (nuisance suits) lorsque leur gain attendu est inférieur à leur coût. Elles sont intentées pour obliger le défendeur à conclure un arrangement. Le risque est donc davantage de poursuites que de procès. Ces poursuites surviendraient en raison de l'asymétrie des coûts de procès entre les parties. C'est notamment le cas lorsque les poursuites portent préjudice à la réputation du défendeur. Celui-ci va alors accepter de transiger parce qu'il préfère les coûts d'un arrangement secret aux conséquences couteuses de poursuites publiquement connues. Cette conclusion repose néanmoins sur l'hypothèse forte d'une impossibilité d'abandonner les poursuites si le défendeur refuse de transiger. Sans cette hypothèse, la menace de procès n'est pas crédible et l'accord n'est pas conclu* ».

sur le plan pénal n'aurait pas à apporter la preuve d'une entente pour le succès de son action sur le plan civil. La caractérisation de l'infraction pénale implique la nullité du contrat pour violation du droit des pratiques anticoncurrentielles. Cette nullité peut être demandée sur le fondement de l'article L. 420-1 du code de commerce. Elle peut également être demandée sur le fondement de l'article 6 du code civil selon lequel « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* »[1067]. La caractérisation de l'infraction pénale implique également l'éventualité de la responsabilité civile délictuelle de l'auteur du déséquilibre contractuel sur le fondement de l'article 1240 du code civil[1068]. En définitive, on peut retenir que le cumul des réponses du droit des pratiques anticoncurrentielles avec celles du droit commun des contrats est doublement intéressant en ce qu'il permet de lutter à la fois contre les déséquilibres contractuels et les atteintes au marché. Le cumul des réponses administratives avec celles civiles s'inscrit également dans ce régistre.

B. Le cumul des réponses administratives avec celles civiles

424. L'invocation d'une violation de l'article L. 420-2 du code de commerce pour demander les sanctions prononcées par l'Autorité de la concurrence. L'article L. 420-2 du code de commerce permet de sanctionner les déséquilibres contractuels résultant d'une situation de domination. Le texte prohibe l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprise d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Une telle exploitation se traduit par des déséquilibres contractuels pouvant résulter d'un « *refus de vente* », de « *ventes liées* », des « *conditions de vente discriminatoires* » ou de « *la rupture brutale de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées* ». Il prohibe en outre, « *dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard* ». Tout comme l'exploitation abusive d'une position dominante, l'exploitation abusive

---

1067 A. DADOUN, *op. cit.*, 352, p. 245 où l'auteur précise que « *dès que le juge pénal a dans sa décision caractérisé la pratique anticoncurrentielle à la source du délit visé à l'article L. 420-6, il est incohérent que le juge civil puisse refuser d'annuler le contrat ou la clause correspondant à la condition préalable de l'infraction. Dans la même veine et malgré l'autonomie des contentieux objectif et subjectif de la concurrence, dès lors que le juge répressif a caractérisé la pratique, « il pourrait devenir délicat à [l'Autorité de la concurrence] de s'extraire du raisonnement suivi par le juge pour à son tour apprécier de manière autonome les pratiques anticoncurrentielles dont il sera saisi à l'encontre de la personne morale* ».

1068 *Ibid.*, affirmant que « *s'impose au juge civil tout ce qui, dans la décision pénale, a été jugé quant au fait matériel dans son existence et sa qualification, et quant à la culpabilité du prévenu. Si le juge répressif qualifie les faits de pratiques anticoncurrentielles, sa décision s'impose donc au juge civil mais pas à l'Autorité. Saisi d'une action en nullité, le juge civil ou commercial sera alors dans l'obligation d'accueillir la demande, d'autant que la nullité prévue à l'article L. 420-3 est protectrice de l'intérêt général* ».

d'un état de dépendance économique se traduit par des déséquilibres contractuels pouvant résulter d'un « *refus de vente* », de « *ventes liées* » ou de « *pratiques discriminatoires* » au sens de l'article L. 442-6, I, du code de commerce. Dès lors, la victime d'un déséquilibre contractuel résultant d'une de ces pratiques peut intenter une action sur le fondement de l'article L. 420-3 du code de commerce pour demander des sanctions civiles. Elle peut aussi intenter une action sur le fondement de l'article L. 420-6 du code de commerce pour engager la responsabilité pénale de l'auteur du déséquilibre contractuel. Elle peut enfin prétendre à des sanctions prononcées par l'Autorité de la concurrence. C'est la prétention à ces dernières sanctions qui va dicter la logique du cumul que l'on propose dans cette partie. En effet, la victime d'un déséquilibre contractuel résultant d'un abus de position dominante ou d'une exploitation abusive d'un état de dépendance économique peut, sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce, saisir l'Autorité de la concurrence pour demander des sanctions susceptibles d'être prononcées par celle-ci. Pour cela, elle doit valablement saisir l'Autorité de la concurrence. C'est une fois que l'Autorité de la concurrence ait été valablement saisie que la victime d'un déséquilibre contractuel résultant d'un abus de position dominante ou d'une exploitation abusive d'un état de dépendance peut prétendre aux sanctions prononcées par cette dite autorité. Le prononcé de ces sanctions étant conditionné par l'établissement de la pratique prohibée, le choix de la voie administrative permet de faire bénéficier à la victime des pouvoirs d'investigation de ladite autorité. En évoquant que « *l'Autorité de la concurrence dispose de services d'instruction dirigés par un rapporteur général nommé par arrêté du ministre chargé de l'Économie après avis du collège* » afin de procéder « *aux investigation nécessaires* » pour recueillir les éléments de preuve des pratiques anticoncurrentielles, l'article L. 461-4 du code de commerce fait d'elle, « *et toutes proportions gardées, un véritable juge d'instruction* »[1069]. Disposant de « *pouvoirs d'investigation accrus* »[1070], l'Autorité de la concurrence peut mener deux types d'enquêtes : une enquête simplifiée et une enquête coercitive. Une fois l'enquête terminée, l'Autorité de la concurrence est appelée à prononcer une ou des sanctions. À cet effet, l'article L. 464-2 du code de commerce met à la disposition de l'Autorité de la concurrence une palette de sanctions qu'elle peut prononcer à l'encontre des entreprises mettant en œuvre les pratiques prohibées aux termes des articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 du code de commerce. Elle peut, sur le fondement de ce texte, ordonner aux intéressés de mettre fin à la pratique

---

1069 R. POESY, « La nature juridique de l'Autorité de la concurrence », *AJDA*, 2009, p. 347.

1070 J.-L FOURGOUX, « Concurrence : la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, une révolution prometteuse mais ténébreuse », *Gaz. Pal.* sept. 2008, p. 2 où l'auteur estime que « *la loi LME du 4 août 2008 [a] remplacé le Conseil de la concurrence par une nouvelle autorité administrative indépendante de l'autorité de la concurrence, disposant de pouvoirs d'investigation accrus et chargée du contrôle des concentrations* ».

anticoncurrentielle source du déséquilibre contractuel « *dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières* » pour y remédier. L'Autorité de la concurrence n'est cependant pas hostile aux négociations car elle dispose de la faculté d'accepter « *des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5* ». Le non-respect des engagements qu'elle a acceptés ou le défaut d'exécution de ses injonctions peut donner lieu à des sanctions pécuniaires sur le fondement de l'article L. 464-2, I alinéa 2 du code de commerce. La particularité de ces sanctions pécuniaires réside dans le fait qu'elles sont « *proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de la pratique prohibée* ». Elles sont déterminées « *individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction* ». En plus des sanctions pécuniaires, l'Autorité de la concurrence peut, si elle l'estime nécessaire, « *ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise* »[1071]. Il est donc à retenir que lorsque que la victime d'un déséquilibre contractuel résultant d'un abus de domination obtient de l'Autorité de la concurrence les sanctions qui viennent d'être exposées, cela peut influer sur l'action qu'elle est susceptible d'exercer devant le juge civil sur le fondement des dispositions protectrices du droit commun des contrats.

425. L'invocation du droit commun des contrats pour demander des sanctions civiles. L'invocation du droit commun des contrats devant le juge civil permet de tirer les conséquences contentieuses résultant de la qualification de pratique anticoncurrentielle par l'Autorité de la concurrence. Elle permet à la victime d'un déséquilibre contractuel résultant d'un abus de domination de demander au juge civil la nullité du contrat illicite. Bien que cette nullité soit expressément prévue par l'article L. 420-3 du code de commerce, elle ne relève pas du juge de la concurrence[1072]. Elle relève plutôt de la compétence du juge du

---

1071 C. com., art. L. 464-2, I, al. 5.

1072 M. DESCHAMPS, R. POESY, « Les jeux de procédures en droit français des pratiques anticoncurrentielles », https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2013-4-page-569.htm, consulté 21 fév. 2018 où les auteurs affirment que l'Autorité de la concurrence est le « *juge des atteintes à l'ordre concurrentiel* ». Selon ces auteurs, « *La fonction de régulation du juge de la concurrence est évidente, car le droit de la concurrence et, plus encore, celui des pratiques anticoncurrentielles, est à la fois un droit empirique (en raison de l'inversion de la production des normes provenant de l'analyse des faits), à dominante téléologique puisque guidé par l'objectif de protéger le jeu de la concurrence sur un marché et, enfin, à dominante processuelle, le rôle du juge y étant central dans la vitalité de celui-ci et l'utilisation de l'analyse substantielle nécessaire* ». Cependant, le fait que l'Autorité de la concurrence soit le juge des atteintes à l'ordre concurrentiel ne signifie pas qu'elle ne protège pas les opérateurs économiques contre les déséquilibres contractuels. Selon un auteur, « *en veillant au respect du jeu de la concurrence sur un marché, l'Autorité de la concurrence, va, par ricochet, répondre aux prétentions des parties au litige. En effet, comme le Conseil de la concurrence auparavant, lorsqu'elle sanctionnera une entente, un abus de position*

… / …

contrat qui incarne le rôle du « *juge des atteintes aux intérêts particuliers* »[1073]. Dès lors que l'Autorité de la concurrence a sanctionné une entreprise pour violation de l'article L. 420-2 du code de commerce, cela donne des arguments à la victime d'un déséquilibre contractuel pouvant servir d'appui à son action devant le juge civil. Le droit de la concurrence étant une règle d'ordre public, la violation de l'article L. 420-2 du code de commerce est une cause de nullité absolue au sens de l'article 1179 du code civil. Le droit de la concurrence comportant des textes prohibant un certain nombre de pratiques ou comportements que le législateur juge illicites, la violation de l'article L. 420-2 du code de commerce est constitutive d'une faute[1074] de nature à engager la responsabilité civile de son auteur. Donc, parallèlement à la saisine de l'Autorité de la concurrence, la victime d'un déséquilibre contractuel résultant d'un abus de domination peut saisir le juge de droit commun pour annuler le contrat déséquilibré et demander la responsabilité civile délictuelle de l'auteur de ce déséquilibre. Pour la demande en nullité, la victime peut invoquer l'article 1179 du code civil pour obtenir la nullité absolue du contrat illicite. Elle peut aussi invoquer l'article 1143 du code civil pour demander la nullité relative du contrat. Le succès de l'invocation de l'article 1143 du code civil est subordonné à l'existence ou non d'une exploitation abusive d'un état de dépendance économique. Mais, comme l'abus de position dominante peut se traduire par l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique, la caractérisation de la position dominante par l'Autorité de la concurrence facilite la tâche du juge du contrat. Lorsque l'Autorité de la concurrence caractérise une position dominante de l'entreprise poursuivie, laquelle se traduit par la soumission des partenaires en situation de dépendance économique à des déséquilibres contractuels, le juge de droit commun n'aura aucune difficulté à caractériser l'abus de l'état de dépendance de l'article 1143. Dans ce cas,

---

dominante, de dépendance économique, ou de prix abusivement bas, ou lorsqu'elle prononcera des injonctions de modification des stipulations d'un contrat de franchisage par exemple, elle prendra la mesure qu'elle estimera la plus adéquate pour rétablir le jeu normal de la concurrence. Mais cette mesure va également répondre à la prétention de la partie qui a saisi l'Autorité de la concurrence, puisqu'elle a agi pour faire cesser une pratique anticoncurrentielle qui lui portait préjudice. Cette prétention ne peut néanmoins être satisfaite que de manière indirecte car l'Autorité de la concurrence n'interviendra que pour autant que le jeu de la concurrence soit altéré et de manière incomplète car elle est incompétente pour prononcer des réparations civiles ou la nullité des conventions » (R. POESY, *art. préc.*).

1073 *Ibid.*, Le juge de la concurrence n'est pas compétent pour prononcer la nullité du contrat illicite sur le fondement de l'article L. 420-3 du code de commerce. De même, « *il n'est pas compétent pour octroyer des dommages et intérêts aux victimes de pratiques anticoncurrentielles puisque l'action en réparation est fondée sur l'article [1240 du code civil]. Le juge de droit commun est donc exclusivement compétent pour appliquer ces dispositions, la violation des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce constituant des fautes quasi délictuelles* ».

1074 A. BÉNABENT, *op. cit.*, n° 533, p. 408 où l'auteur affirme que constitue une faute « *la violation de textes exprès, de nature pénale ou civile* ». Selon cet auteur, « *il est tout d'abord une série de cas où l'existence d'une faute ne fait aucun doute car un texte exprès prohibe l'acte commis ou, inversement, prescrit une obligation non respectée. Le juge ne dispose alors pas d'un pouvoir d'appréciation puisque c'est la loi elle-même qui a fixé la norme impérative* ». Il en résulte que le manquement au droit de la concurrence constitue une faute.

la victime pourrait valablement invoquer cette disposition pour demander la nullité relative du contrat. En même temps, elle pourrait invoquer l'article 1240 du code civil pour obtenir la responsabilité civile de l'auteur du déséquilibre contractuel résultant d'un abus de domination. Au final, pour une meilleure prise en compte des intérêts de la collectivité sans oublier ceux des victimes de déséquilibre contractuel, il est nécessaire à ce que ces dernières fassent le cumul de l'article L. 420-2 du code de commerce avec les articles 1179, 1143 et 1240 du code civil. Elles peuvent toujours dans cette logique envisager le cumul les réponses du droit des pratiques restrictives de concurrence avec celles du droit commun des contrats.

§ 2. LE CUMUL DES RÉPONSES DU DROIT DES PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE AVEC CELLES DU DROIT COMMUN

426. Les fondements du cumul. L'étude de la sanction du déséquilibre contractuel dans les rapports entre professionnels permet de se rendre du degré d'interaction entre le droit commun des contrats et le droit de la concurrence. Avec la généralisation de la lutte contre les clauses abusives, on a assisté à un rajeunissement du droit commun des contrats avec notamment l'importation de certaines techniques ou notions utilisées dans les droits spéciaux[1075]. Aujourd'hui, preque tous les outils de lutte contre les abus contractuels dont dispose le droit de la concurrence se retrouvent dans le droit commun des contrats. Ce qui rend inévitable le cumul des réponses de ces deux corps de règles[1076].

427. Sa finalité. Ce cumul aura pour finalité de corriger l'inadaptation du droit des pratiques restrictives de concurrence quant à la sanction du déséquilibre contractuel. Il favorisera une meilleure protection contre le déséquilibre contractuel en ce qu'il permet de mettre en avant les sanctions efficaces et de reléguer au second plan les sanctions moins efficaces. Il sera donc question d'envisager à tour de rôle le cumul des règles du droit des pratiques restrictives de concurrence avec les règles du droit commun encadrant et la formation du contrat (A) et son exécution (B).

1075 G. CHANTEPIE, « Le déséquilibre significatif entre droit commun et droits spéciaux », *JCP E* juin 2018, 1336.

1076 M. GERMAIN, « Les relations économiques entre droit commun et droits spéciaux », *JCP E* juin 2018, 1339.

A. Le cumul des réponses du droit des pratiques restrictives de concurrence avec celles du droit commun encadrant la formation du contrat

428. Cumul de l'article L. 4426, I, 1° du code de commerce avec l'article 1143 du code civil. L'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce sanctionne par la responsabilité civile l'obtention ou la tentative d'obtention d'un avantage indu ou manifestement disproportionné. Comme pour toutes les pratiques prohibées aux termes de l'article L. 442-6 du code de commerce, le législateur se sert de la responsabilité civile délictuelle pour rétablir l'équilibre rompu par l'obtention d'un avantage indu ou manifestement disproportionné[1077]. Or, l'obtention d'un avantage indu ou manifestement disproportionné peut-être la résultante d'une exploitation abusive par une entreprise d'un état de dépendance économique dans lequel se trouve son partenaire économique. Comme on contracte pour chercher un profit, l'avantage indu ou manifestement disproportionné peut-être justifié par l'existence d'une violence exercée sur la victime. N'est-ce pas pour cette raison que le législateur a érigé l'abus de l'état de dépendance en vice du consentement ? Le nouvel article 1143 du code civil précise :

> « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif. »

Le déséquilibre contractuel issu d'un état de dépendance trouve sa justification dans la contrainte exercée sur la victime. Même si le texte du code de commerce ne fait pas mention d'une contrainte, sa formulation laisse sous-entendre l'idée d'une pression exercée sur la victime au moment de la conclusion du contrat. Le terme obtention insinue l'idée d'un certain rapport de force. C'est toujours l'entreprise en situation de puissance économique qui obtient ou tente d'obtenir de son partenaire un avantage indu ou manifestement disproportionné. La démonstration d'un tel comportement[1078] équivaut à la démonstration d'un abus de dépendance[1079]. C'est pour cette raison que nous estimons que

---

1077 CA Paris, pôle 5, ch. 4, 19 janv. 2011, n° 07/22152, SA Compagnie des Salins du Midi & des Salines de l'Est CSME c/ SA Carrefour, JurisData n° 2011-000592, comm. P. STOFFEL-MUNCK, « La responsabilité civile peut-elle servir à réduire un prix jugé excessif ? », *JCP E* déc. 2011, 1876.

1078 S. LE GAC-PECH, « L'étoffe du droit des pratiques restrictives de concurrence ou le triomphe de la lésion », *JCP E* mars 2017, 1135 où l'auteur affirme : « *en faisant mention d'un avantage injustifié, les termes de l'article L. 442-6, I, 1° définissent…le comportement sanctionné. Ce qui est pourchassé n'est pas l'avantage injustifié ou le défaut de contrepartie en tant que tel, mais « le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage ». La même remarque s'applique à l'alinéa 3 qui vise également l'obtention d'un tel avantage sans engagement en retour* ».

1079 P.-Y. FAGOT, C. DOS SANTOS, « Une (re)-définition de l'abus de dépendance économique », https://www.alain-bensoussan.com/avocats/re-definition-dependance-economique/2017/05/30, consulté le 23 fév. 2018.

l'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce et l'article 1143 permettent de sanctionner les abus résultant d'un état de dépendance. Le texte du code de commerce fait recours à la responsabilité civile délictuelle tandis que le texte du droit commun fait recours à la nullité. Cette différence de sanction donne du sens au cumul des deux textes. Elle permettra à la victime d'un avantage indu ou manifestement disproportionné de demander la réparation de son préjudice sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce et la nullité du contrat sur le fondement de l'article 1143 du code civil[1080].

429. Cumul de l'article L. 442-6, I, 2° avec l'article 1171. L'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce sanctionne le fait de « soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». L'article 1171 du code civil répute non-écrite toute clause qui crée un déséquilibre significatif dans un contrat d'adhésion. La sanction du déséquilibre significatif dans le code de commerce est justifiée par l'absence de négociation. La « soumission » ou « la tentative » de soumission d'un partenaire à un déséquilibre significatif exclut l'idée de toute négociation[1081]. La sanction du déséquilibre significatif dans le code civil est également justifiée par l'absence de négociation. L'article 1171 du code cantonne le contrôle du déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion. Les contrats d'adhésions étant des contrats dans lesquels les conditions générales sont soustraites à la négociation[1082]. En revanche, l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ne cantonne pas le contrôle du déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion. Ce texte s'applique à tout type de contrat. Même s'il ne vise pas les contrats d'adhésion, le texte a vocation à s'appliquer à cette figure contractuelle. La célérité qui est inhérente à toute activité lucrative exige des commerçants la proposition de contrats standardisés ou d'adhésion[1083]. L'objectif étant bien évidemment de maximiser le profit en augmentant le nombre de client. Les deux textes sanctionnent le déséquilibre significatif qui se trouve être la résultante d'une absence

---

1080 S. LE GAC-PECH, *art. préc.*, selon cet auteur, « *il appartient au plaideur de démontrer que l'engagement, l'obligation ou la clause générant le déséquilibre n'a pas été librement consenti mais imposé par le partenaire commercial et ce, quelle que soit la manière dont se manifeste cette contrainte ou soumission* ».

1081 K. LAFAURIE, « Clauses abusives : l'articulation du dispositif du code civil avec les textes spéciaux », *JCP E* août 2017, 1453 où l'auteur précise que « *l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce est destiné à sanctionner les pratiques restrictives de concurrence d'une entreprise soustraite aux contraintes d'une concurrence effective et qui profite de cette situation en abusant de la dépendance de ses partenaires…L'usage du verbe « soumettre » permettant de bien conserver cette référence à la contrainte, à l'abus d'une situation de dépendance* ».

1082 *Ibid.*, selon lequel « *Le contrat d'adhésion n'est appréhendé qu'à raison des risques qu'il suscite pour la connaissance et la compréhension des clauses, de sorte que c'est, de manière objective, la stipulation unilatérale de telles clauses qui donne lieu à un contrôle dans le code civil, l'existence de clauses non négociées, bien qu'elle en soit une manifestation courante ne constitue pas l'élément essentiel permettant de qualifier l'abus de dépendance économique dans le code de commerce* ».

1083 N. LAJNEF, « Le « déséquilibre significatif de droit commun » (article 1171 du code civil) : enjeux et incidences pratiques », *RJSP* mars 2017, p. 6.

de négociation[1084]. En l'absence de négociation, il ne saurait y avoir une réciprocité des clauses. C'est dire que la négociation entraine la réciprocité des clauses et cette réciprocité « *chasse le déséquilibre [contractuel]* »[1085]. Le droit de la concurrence utilise la responsabilité civile délictuelle comme sanction de principe du déséquilibre significatif. Quant au droit commun des contrats, il fait du réputé non-écrit la sanction principale du déséquilibre significatif. Cette différence dans le choix des sanctions fera tout l'intérêt du cumul des textes. Une entreprise victime de déséquilibre significatif pourrait valablement invoquer l'article 1171 du code civil pour demander le réputé non-écrit de la clause déséquilibrante et l'article L. 442-6 du code de commerce pour obtenir des dommages et intérêts. Ce cumul présente un intérêt certain pour la victime qui souhaite annuler le contrat ou demander le réputé non-écrit de la clause illicite. Le droit commun des contrats offre à celle-ci la possibilité de demander ces sanctions. Cela ne signifie pas qu'elle ne pouvait pas le faire avant la réforme. La jurisprudence a à maintes reprises sanctionner par la nullité ou le réputé non écrit la violation de l'article L. 442-6, I, 2° du commerce. Seulement la nouvelle tendance jurisprudentielle laisse croire que désormais, il n'est plus possible de demander la nullité ou le réputé non-écrit sur le fondement du texte précité. Ainsi, le 18 mai 2016, la cour d'appel de Paris a jugé que : « L'action d'une des parties fondées sur les dispositions de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ne peut en principe conduire à l'annulation du contrat fût-il déséquilibré dans son ensemble. »

Dans cette affaire, la cour a estimé que :

> « L'action ouverte sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce tend à la réparation d'un préjudice et ne peut donner lieu à annulation du contrat ou des clauses litigieuses. »[1086]

Selon un auteur, cette jurisprudence conduit à considérer que la demande en nullité formée sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce doit tout simplement être rejetée[1087]. Quatre mois plus tard, la même juridiction a jugé que :

> « C'est…en vain [qu'une victime] invoque les dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce, lesquelles, relatives aux pratiques restrictives de concurrence, sont inopérantes à faire obstacle aux dispositions du contrat type, alors que le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des

---

1084 A. LECOURT, « Le déséquilibre significatif : un instrument neutralisé hors de la grande distribution », *RLDA* déc. 2016, n° 121.

1085 Cass. com., 12 avril 2016, n° 13-27.712, obs. H. BARBIER, « Une clause à la charge ou au profit des deux parties échappe-t-elle nécessairement à la qualification de clause abusive ? Quand la réciprocité chasse le déséquilibre significatif », *RTD civ.*, 2016, p. 618.

1086 CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 18 mai 2016, n° 14/12584, SARL Lylou c/ SAS Opti'mom, JurisData n° 2016-011263, note N. MATHEY, « Déséquilibre significatif », *Contrats, conc. consom.* juill. 2016, comm. 169.

1087 *Ibid.*

parties, visé par ce texte…n'est sanctionné que par l'octroi de dommages et intérêts et non par la nullité de la stipulation contestée. »[1088]

Selon un auteur, la solution retenue par la cour d'appel de Paris est à la fois « *illégitime* » et « *inopportune* »[1089]. Elle est d'abord « *illégitime* » car la nullité n'est pas étrangère à l'esprit de l'article L. 442-6 du code de commerce. Même si l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ne prévoit pas la nullité comme sanction du déséquilibre significatif, l'article L. 442-6, III, donne pouvoir à certaines autorités publiques de « *faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu* » pour toutes les pratiques visées par l'article L. 442-6 du code de commerce. S'agissant d'un texte d'ordre public, la violation de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce entraine inéluctablement la nullité du contrat ou de la clause illicite[1090]. Elle ensuite « *inopportune* » en ce sens que le choix de la responsabilité comme sanction de principe du déséquilibre significatif en droit de la concurrence signifie le maintien de la clause ou contrat illicite en cas de pratique illicite avérée. L'auteur du déséquilibre significatif « *réparera le préjudice subi par la victime, mais profitera toujours du bénéfice de cette clause* »[1091]. Sans rentrer dans ces considérations, nous estimons que cette solution, au cas où elle serait confirmée en cassation, aura le mérite de donner à la victime un argument solide pour prétendre au cumul de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce avec l'article 1171 du code civil. Si pour la cour d'appel de Paris seule la sanction expressément prévue par l'article L. 442-6, I, 2° a vocation à s'appliquer, la victime qui souhaite le réputé non-écrit de la clause illicite peut intenter son action sur le fondement de l'article 1171 du code civil. Dans ce cas de figure, le recours au droit commun est justifié par la nécessité de combler les vides laissés[1092] par le droit de la concurrence sur la question. Par ailleurs, la victime d'un déséquilibre significatif peut, à bien des égards, invoquer de façon distincte les articles L. 442-6, I, 2° du code de commerce et l171 du code civil pour demander la responsabilité de l'auteur du déséquilibre significatif devant le juge spécialisé et

---

1088 CA Paris, Pôle 5, ch. 8, 6 sept. 2016, n° 15/21026.

1089 C. GRIMALDI, « La sanction d'une clause créant un déséquilibre significatif », *RDC* mars 2017, p. 86.

1090 *Ibid.*, citant les articles 6 selon lequel « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* », 1162 selon lequel « *Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* », 1178 al. 1er selon lequel « *Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul* » et 1184 al. 1e selon lequel « *Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles* ».

1091 *Ibid.*

1092 L. CLERC-RENAUD, « Le régime d'indemnisation des victimes », *Rev. Lamy dr. resp.*, mise à jour avril 2013, n° 311-25 où l'auteur affirme que *« Pour toutes les questions qui ne sont pas régies par le régime spécial, le droit commun retrouve sa vocation résiduelle à s'appliquer* ». En l'espèce, l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ne prévoyant pas le réputé non-écrit. En conséquence, la victime d'un déséquilibre significatif peut demander cette sanction sur le fondement de l'article 1171 du code civil.

le réputé non-écrit de la clause illicite devant le juge de droit commun. Le fondement de la possibilité d'une telle articulation se trouve dans l'arrêt de la Cour de cassation en date du 06 septembre 2016[1093].

430. Cumul de l'article 442-6, I, 2° avec l'article 1143. L'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce lutte contre le déséquilibre contractuel par l'interdiction du « *fait de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ». Quant à l'article 1143 du code civil, il lutte contre le déséquilibre contractuel en interdisant l'exploitation abusive d'un état de dépendance. L'exploitation d'un état de dépendance tout comme le fait de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire à un déséquilibre significatif suppose que le contractant le plus fort dicte sa loi à son cocontractant. Le texte du code de commerce opère un contrôle du déséquilibre significatif tandis que le texte de droit commun opère un contrôle de l'avantage manifestement excessif. Il a été jugé que l'avantage manifestement excessif rentre dans le champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2°, il va s'en dire que :

> « La question du conflit entre la violence par abus de dépendance de l'article 1143 du code civil et le déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce se posera nécessairement, car ces deux textes visent des situations très proches. »[1094]

La faisabilité du cumul est conditionnée par la détermination de la règle la plus spéciale entre les deux textes. L'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce vise les déséquilibres significatifs nichés dans les relations commerciales. En revanche, l'article 1143 du code civil s'applique à tout type de relation. Il suffit juste qu'un contractant abuse de l'état de dépendance de son cocontractant et en tire un avantage manifestement excessif pour que ce texte puisse s'appliquer. Le texte du code de commerce permet de sanctionner tout type de déséquilibre contractuel, même financier alors que le texte du code civil n'opère pas un contrôle des déséquilibres financiers. Il est donc difficile de déterminer la règle la plus spéciale entre ces deux textes. Et même si le texte du code de commerce s'avérait plus spécial, cela ne semble pas exclure l'application de l'article 1143 du code civil car l'article

---

1093 J. HEINICH, « Le déséquilibre entre les droits et obligations des parties », *Rev. Lamy. dr. du contrat*, mise à jour juill. 2017, n° 1291 citant Cass. com., 6 sept. 2016, n° 14-27.085 dans lequel le juge de cassation indique que « *la cour d'appel de Paris est seule investie du pouvoir de statuer sur les appels formés contre les décisions rendues dans les litiges relatifs à l'application de l'article L. 442-6 du code de commerce ; que l'inobservation de ce texte est sanctionnée par une fin de non-recevoir ; que la société IDP ayant formé une seule demande en paiement de dommages-intérêts, fondée indistinctement sur les articles 1134 et 1184 du code civil et L. 442-6, I, 5° du code de commerce, c'est à bon droit que la cour d'appel de Poitiers a déclaré la demande irrecevable* ». Cela revient à dire que rien interdit à la victime de former deux demandes distinctes : une sur le fondement du droit spécial et une autre sur le fondement du droit commun des contrats.

1094 J.-B GOUACHE, « Chronique de jurisprudence de droit de la franchise 2016 », *Contrats, conc. consom.* fév. 2017, n° 2, étude 2.

L. 442-6, I, 2° du code de commerce sanctionne le déséquilibre significatif par la responsabilité. Si l'action est mise en œuvre par la victime, celle-ci ne pourra pas demander la nullité de la clause sur le fondement de ce texte qui ne prévoit que la responsabilité comme sanction principale. Dès lors, il serait utile de permettre à la victime de se rabattre sur l'article 1143 du code civil pour obtenir la nullité du contrat contenant la clause illicite. Comme les deux sanctions ne sont pas contradictoires, rien ne semble rendre impossible le cumul des deux textes. Le cumul des réponses du droit des pratiques restrictives de concurrence avec celles du droit commun encadrant l'exécution du contrat mérite également une attention particulière.

B. Le cumul des réponses du droit des pratiques restrictives de concurrence avec celles du droit commun encadrant l'exécution du contrat

431. Le cumul de l'article L. 441-8 du code de commerce avec l'article 1195 du code civil. Si le déséquilibre contractuel peut résulter de la formation du contrat, il peut également prendre sa source dans son exécution. Soucieux de cela, le législateur a prévu aux termes des articles L. 441-8 du code de commerce et l'article 1195 du code civil des mécanismes permettant d'y remédier. Le premier texte introduit un mécanisme de renégociation visant :

> « 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, 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. »

Avant la réforme du droit des contrats, ce texte pourrait être considéré comme l'exception à la règle du rejet de la révision pour imprévision. Ainsi, selon un auteur ce texte consacre au cœur du droit civil des contrats :

> « Un séduisant mécanisme de renégociation qui entend tenir compte de la forte volatilité des prix de certaines matières premières agricoles ou alimentaires, et éviter par là même que ne se pérennisent les inquiétudes passées des producteurs de fruits et légumes, ou encore d'éleveurs et producteurs de produits d'origine animale, tels que le lait. »[1095]

Le second texte admet la révision du contrat pour déséquilibre contractuel survenu en cours d'exécution. Il dispose dans son premier alinéa que :

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

1095 J. MESTRE, « Le nouvel article L. 441-8 du code de commerce, un bel article de droit civil ! », *RLDC*, n° 116, 1e juin 2014.

La consécration de ce texte dans le code civil marque également « *une rupture avec le refus de la cour de Cassation, depuis l'arrêt Canal de Craponne de 1876, de tenir compte d'un changement des circonstances économiques pour modifier l'équilibre voulu par les parties lors de l'échange des consentements* »[1096]. Mais à la différence du texte du code de commerce, le texte du code civil prévoit dans son 2e alinéa, les palliatifs à un éventuel échec de la renégociation. Ainsi, il dispose qu'en cas de refus ou d'échec de la renégociation :

> « Les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou de demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

Cependant, cette différence n'est pas de nature à créer une incompatibilité entre les deux textes. Du moment où ces deux textes poursuivent le même objectif, ils peuvent donc s'appliquer en concurrence. Ainsi, une entreprise victime d'un déséquilibre contractuel résultant d'un bouleversement économique imprévisible peut invoquer à sa guise l'article L. 441-8 du code de commerce pour demander la révision pour imprévision si le contrat en cause rentre dans le champ d'application de ce texte ou l'article 1195 du code civil édictant une règle générale de révision pour imprévision[1097]. S'il en est ainsi, c'est parce qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre les deux textes. L'article L. 441-8 du code de commerce encadre la révision pour imprévision[1098] par l'imposition sous peine de sanction d'une clause de renégociation. Le texte du code civil va plus loin en apportant des précisions sur les remèdes en cas de refus ou d'échec à la renégociation. L'échec de la négociation dans le cadre de l'article L. 441-8 du code de commerce doit être de nature à justifier le recours à l'article 1195 du code civil. Dans ce cas de figure, le cumul des deux textes est bien une meilleure façon de combler le silence du droit de la concurrence sur les remèdes à l'imprévision[1099]. Mais l'échec de la négociation peut également être causé par l'inexistence ou l'inaccessibilité des indices choisis. C'est uniquement dans ce sens que le cumul de l'article L. 441-8 avec l'article 1167 du code civil aurait tout son sens.

432. Cumul de l'article L. 441-8 du code de commerce avec l'article 1167 du code civil. Pour lutter contre les déséquilibres contractuels susceptibles d'être générés par des fluctuations des prix, l'article L. 441-8 du code de commerce impose aux contractants qu'il

---

1096 V. LASBORDES-DE VIRVILLE, « Le traitement du déséquilibre contractuel par la réforme du droit des contrats : impact(s) sur les contrats de distribution commerciale », *RLC* oct. 2016, n° 545.

1097 M. BOURASSIN, « L'emprise inéluctable des juges sur le nouveau droit des contrats », *LPA* déc. 2016, p. 9.

1098 M. MALAURIE-VIGNAL, « Droit commun et droit spécial à la lumière de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats », *Contrats, conc. consom.* mars 2017, n° 3, repère 3.

1099 M. BOURASSIN, *art. préc.*

vise, la définition d'une clause de renégociation du prix. À cet égard, le texte précise que la clause à définir doit faire « *référence à un ou plusieurs indices publics des prix des produits agricoles ou alimentaires* ». Cependant, le texte ne précise pas les indices de substitution en cas d'inaccessibilité ou de cessation d'existence des indices choisis. L'indice choisi peut être illicite. Tel est le cas d'une indexation fondée sur « *le SMIG ou le SMIC* »[1100]. Il peut aussi disparaître en cours de contrat. Ainsi, pour éviter les abus pouvant résulter d'une fixation unilatérale de l'indice de substitution, les juges procédaient eux-mêmes à la substitution de l'indice en invoquant la « *commune intention des parties* »[1101] des parties. Comme en illustre l'arrêt de la Cour de cassation en date du 12 janvier 2005[1102] dans lequel les juges de cassation précisent que la cour d'appel peut entreprendre souverainement la recherche de la commune intention des parties en cas de disparition de l'indice choisi. À l'époque, les juges s'appuyaient sur la commune intention des parties pour trouver un indice de substitution. Maintenant avec la réforme du droit des obligations, les temps ont changé. Le nouvel article 1167 du code civil donne désormais au juge un fondement juridique pour l'application d'un indice de substitution. Ce texte dispose que :

> « Lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par référence à un indice qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par l'indice qui s'en rapproche le plus. »

Ce texte a donc pour rôle de compléter les aspects non traités par l'article L. 441-8 du code de commerce. À cet effet, rien ne semble interdire à la victime la possibilité d'invoquer le texte de droit commun en complément du texte de droit spécial.

433. Le cumul de l'article L. 442-6, I, 7° du code de commerce avec les articles 1171 et 1143 du code civil. L'article L. 442-6, I, 7° sanctionne par la responsabilité civile le fait :

> « D'imposer une clause de révision du prix, en application du cinquième alinéa de I de l'article L. 441-7 ou de l'avant-dernier alinéa de l'article L. 441-7-1, ou une clause de renégociation du prix, en application de l'article L. 441-8, par référence à un ou plusieurs indices publics sans rapport direct avec les produits ou les prestations de services qui sont l'objet de la convention. »

Ce texte permet de protéger « *les petits fournisseurs qui pourraient devoir accepter un indice qui ne progresse pas rapidement et qui concernerait un produit sans rapport avec celui qu'ils produisent* »[1103]. La formulation de la pratique qu'il prohibe n'est pas sans rappeler la pratique de déséquilibre significatif. Le fait d'imposer une clause de révision du peut entrainer un déséquilibre

---

1100 CA Lyon 1re et 2e ch. réun. 9 juill. 1990.

1101 S. AMRANI, B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit des contrats », *D.* 2005, p. 2836.

1102 Cass. 3e civ., 12 janv. 2005, n° 03-17260, *AJDI* 2005, p. 206 ; *Contrats, conc. consom.* juin 2005, comm. n° 105, obs. L. LEVENEUR ; *RDC* 2005, p. 1018, obs. D. MAZEAUD.

1103 M. BÉHAR-TOUCHAIS, « L'autorisation de la convention pluriannuelle dans les rapports industrie-commerce », *RDC*, juin 2017, p. 288.

significatif dans les droits et obligations des parties. Si l'imposition de la clause de révision s'est faite dans le cadre d'un contrat d'adhésion, l'article 1171 du code civil aura vocation à s'appliquer. Dans ce cas de figure l'application de l'article 1171 se justifie par le fait que le texte du droit spécial ne règle pas efficacement la question. Sanctionner par la responsabilité civile délictuelle l'auteur de la clause imposée laisse perdurer le déséquilibre contractuel. Le cumul des deux textes aura donc pour but de combler les insuffisances du droit spécial en la matière. L'invocation cumulative des deux textes permettra à la victime de demande le réputé non écrit de la clause sur le fondement de l'article 1171 du code civil et la responsabilité civile de l'auteur de la pratique illicite sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 7° du code de commerce. Par ailleurs, « *imposer une clause de révision de* prix » peut-être le comportement d'un contractant qui exploite abusivement l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant. Si une telle exploitation entraine des déséquilibres manifestement excessifs, la victime pourra également invoquer l'article 1143 du code civil. Le cumul de l'article L. 442-6, I, 7° du code de commerce avec l'article 1143 du code civil permettra à la victime de demander la nullité du contrat sur le fondement du second texte et la responsabilité de l'auteur sur le fondement du premier texte.

434. Le cumul de l'article L. 442-6, I, 13° du code de commerce avec l'article 1171 du code civil. L'article L. 442-6, I, 13° du code de commerce qualifie d'abusive la pratique consistant au « *fait de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des pénalités pour retard de livraison en cas de force majeure* ». À la différence de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, ce texte ne vise pas les clauses stipulant des pénalités excessives. Il se contente juste à sanctionner la stipulation d'une clause de pénalité de retard de livraison en cas de force majeure. Cependant, une telle clause n'échappe pas au champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce dans la mesure où une clause de pénalité de retard semble excessive lorsqu'elle est réclamée en cas de force majeure[1104]. Il ressort de la jurisprudence que des clauses stipulant des pénalités excessives peuvent être sanctionnées sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce[1105]. Qu'elle soit combattue sur demande de la victime sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ou sur l'article L. 442-6, I, 13° du code de commerce, l'auteur d'une telle clause encourt la responsabilité civile délictuelle. C'est dire que le droit de la concurrence s'intéresse principalement au comportement illicite qu'il sanctionne par la responsabilité. La responsabilité touchant uniquement l'auteur de la pratique, il en résulte une subsistance de

---

1104 M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Les nouveaux abus de l'article L. 442-6 issus de la loi Sapin II », *RDC* juin 2017, p. 290

1105 *Ibid.*, citant Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525.

la clause déséquilibrante. Pour pallier à cela, il ne serait pas sans importance de permettre à la victime d'invoquer cumulativement l'article L. 442-6, I, 13° du code de commerce et l'article 1171 du code civil. Ainsi sur le fondement du premier texte, il pourra demander la responsabilité civile de l'auteur de la clause déséquilibrante et le réputé non écrit sur le fondement de l'article 1171 dans l'hypothèse où la clause serait insérée dans un contrat d'adhésion. En revanche, lorsque la clause n'est pas insérée dans un contrat d'adhésion, il serait important de permettre à la victime d'invoquer, en plus de l'article L. 442-6, I, 13°, l'article 1231-5 alinéa 2[1106] du code civil pour demander la modération de la pénalité si celle-ci se trouve manifestement excessive[1107].

Conclusion du chapitre II

435. La justification du recours au cumul. La coexistence de deux régimes de protection contre le déséquilibre contractuel fait de sorte que le professionnel qui ne trouve pas entièrement son compte dans les dispositions du droit de la concurrence puisse invoquer, en guise de complément, les dispositions protectrices du droit commun des contrats.

436. La pertinence du cumul des réponses. Il en résulte que le cumul des réponses est un moyen qui permet d'aboutir à une optimisation de la protection des professionnels contre le déséquilibre contractuel. Il permet aux professionnels de viser dans chaque régime de protection, les outils qu'ils jugent efficaces au traitement du mal dont ils souffrent. Si l'on ne peut s'empêcher d'aborder la question de l'articulation des réponses au déséquilibre contractuel dans les rapports entre professionnels, c'est parce que le cumul de ces réponses s'impose comme seul moyen de combler les insuffisances du droit de la concurrence en matière de lutte contre le déséquilibre contractuel.

1106 Art. 1231-5 al. 2 c. civ : « *Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire* ».

1107 V. H. BARBIER, « Une clause pénale excessive créant un déséquilibre significatif peut-elle être annulée plutôt que réduite ? », *RTD civ.* 2015, p. 606.

CONCLUSION DU TITRE II

437. Une optimisation inévitable. Comme le droit positif regorge de réponses au déséquilibre contractuel, il est donc impossible d'aborder la question du déséquilibre contractuel en droit de la concurrence sans pour autant penser à l'articulation de ses réponses avec celles du droit commun des contrats. S'il en est ainsi, c'est parce qu'au moment où le droit de la concurrence a atteint ses limites en termes lutte contre le déséquilibre contractuel, le droit commun des contrats a renforcé son dispositif de lutte en intégrant les outils de protection qu'on avait l'habitude de voir dans les droits spéciaux.

438. Une optimisation bénéfique. La pluralité des réponses au déséquilibre contractuel permet aux victimes de se placer sur le terrain le plus favorable en termes de protection de leurs intérêts. Elle leur permet également de faire un recours au cumul des réponses afin de tirer profit des avantages de chaque corps de règles en termes de protection contre le déséquilibre contractuel. De façon générale, il convient de retenir que l'articulation des différentes réponses au déséquilibre contractuel permet une meilleure protection des contractants professionnels sans compromettre la protection de l'ordre public économique.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

439. Constatations. L'étude de la deuxième partie laisse apparaître la ou les possibilités de parfaire les réponses du droit de la concurrence au déséquilibre contractuel. Étant le vecteur par excellence de l'ordre public économique, le droit de la concurrence comporte un certain nombre de sanctions pouvant être utile à la lutte contre le déséquilibre contractuel. Cependant, leur orientation vers la protection de l'ordre public économique constitue la principale cause de leur inadaptation au traitement du déséquilibre contractuel. Il convient donc de renforcer les sanctions du droit de la concurrence afin que ce corps de règles puisse offrir aux victimes de déséquilibre contractuel des réponses efficaces contre ce phénomène.

440. Perspectives. Pour améliorer la qualité des réponses du droit de la concurrence au déséquilibre contractuel, il est avant tout nécessaire de penser à leur diversification. Celle-ci permettra d'intégrer en droit de la concurrence des réponses efficaces au déséquilibre contractuel dans les rapports entre professionnels. Ces réponses vont non seulement insister sur la protection de la partie faible aussi bien au stade de la formation du contrat qu'au stade de son exécution. Une fois les réponses diversifiées, il faut de suite penser à leur hiérarchisation. Comme on a pu le constater, la configuration des sanctions du droit de la concurrence répond plus à une logique de protection de l'ordre public économique qu'à une logique de protection contre le déséquilibre contractuel. En diversifiant les sanctions du droit de la concurrence, on doit faire de sorte à assurer à la fois la protection de l'ordre public économique et la protection des professionnels contre les abus contractuels. L'atteinte de cet objectif suppose une certaine hiérarchisation des différentes sanctions du droit de la concurrence. Pour que le déséquilibre contractuel puisse y soit efficacement sanctionné, il est nécessaire d'y faire primer les sanctions du droit commun des contrats. La particularité de ces sanctions réside dans le fait qu'elles comportent une dimension de protection de la partie faible. Ces sanctions peuvent être complétées par les sanctions du droit de la concurrence lesquelles sont plus orientées vers la protection de l'ordre public économique. Au lieu de recourir à la responsabilité civile comme sanction de principe du déséquilibre contractuel en droit de la concurrence, laquelle peut au besoin être complétée par la nullité du contrat ou des clauses illicites, il serait beaucoup plus avantageux pour la protection des victimes et de l'ordre public économique d'inverser l'ordre des sanctions. Ce qui suppose la consécration de la nullité comme sanction de principe du déséquilibre contractuel en droit de la concurrence, laquelle pouvant être complétée par la mise en jeu de la responsabilité civile de l'auteur des abus contractuels. Au-delà, un autre moyen d'améliorer la protection des professionnels contre le déséquilibre contractuel consiste à

leur reconnaître la possibilité de cumuler les réponses du droit de la concurrence avec celles du droit commun des contrats ou de les choisir exclusivement au cas où le droit de la concurrence ne réponde pas à leurs ententes en termes de protection contre le déséquilibre contractuel.

CONCLUSION GÉNÉRALE

441. La réalité des réponses. Une réponse affirmative s'impose à la question de savoir si le droit de la concurrence apporte des réponses au déséquilibre contractuel. La transversalité du champ d'application de ce corps de règles et le caractère subversif de son potentiel[1108] constituent autant de contraintes pour les opérateurs économiques qui n'ont d'autre choix que d'en tenir compte dans leurs différents rapports commerciaux. Les réponses que le droit de la concurrence apporte au déséquilibre contractuel sont d'une certaine hétérogénéité. Selon les cas, elles peuvent être directes comme elles peuvent être indirectes. Les réponses indirectes, on les trouve dans le droit des pratiques anticoncurrentielles qui est un corps de règles destinées non pas à la protection du faible opérateur économique mais à la protection du libre jeu de la concurrence. On comprend bien alors pourquoi ses réponses sont qualifiées de réponses indirectes au déséquilibre contractuel. En sanctionnant les pratiques anticoncurrentielles, le droit du même nom contribue de façon indirecte à la lutte contre le déséquilibre contractuel dans les rapports entre professionnels. Il est vrai que toutes les pratiques anticoncurrentielles ne se traduisent pas par des déséquilibres contractuels, mais quoiqu'on puisse dire le droit des pratiques anticoncurrentielles permet la sanction des déséquilibres contractuels se rapportant à des pratiques qu'il prohibe. De par les mécanismes qu'il instaure, le droit des pratiques anticoncurrentielles permet d'opérer un contrôle des abus contractuels à plusieurs niveaux. De par ses interdictions, le droit des pratiques anticoncurrentielles permet d'opérer un contrôle a posteriori des rapports contractuels pour y receler une clause abusive pouvant être qualifiée de clause anticoncurrentielle. De par ses mécanismes d'exemption, le droit des pratiques anticoncurrentielles permet d'opérer un contrôle a priori des rapports entre professionnels[1109]. Ce contrôle est favorable à l'équilibre des rapports entre professionnels dans la mesure où les entreprises souhaitant bénéficier d'une exemption feront leur possible pour retirer de leurs rapports contractuels les clauses illicites au regard du droit des pratiques anticoncurrentielles. De par la diversité de ses sanctions, le droit des pratiques anticoncurrentielles contribue également à la lutte contre le déséquilibre contractuel. Une clause anticoncurrentielle génératrice de déséquilibre contractuel y est sanctionnée par la nullité en plus d'exposer son auteur à des sanctions administratives et pénales. Les autorités

---

1108 M. CHAGNY, « Les relations économiques entre droit commun et droits spéciaux », *JCP E* juin 2018, 1326 citant « R. *RAYMOND, Droit commun et droit spécial des contrats d'affaires, th. Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, 2012 ; C. GOLDIE-GENICON, Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, 2009, LGDJ, coll. Bibliothèque droit privé, *674 p. ; N. BALAT, Essai sur le droit commun*, *2016, LGDJ, 575 p.* ».

1109 L. IDOT, « La protection par le droit de la concurrence », in *Les clauses abusives entre professionnels*, *(dir.)* C. JAMIN et D. MAZEAUD, Économica, coll. Études juridiques 3, 1998, p. 57 et s.

chargées de la mise en œuvre de ses sanctions se voient reconnaître des pouvoirs leur permettant d'extraire du contrat en cause son venin d'illicéité. Les réponses directes ont leur siège dans le droit des pratiques restrictives de concurrence. Ce corps de règles n'est rien d'autre que la traduction de la volonté du législateur d'équilibrer les relations commerciales entre producteurs et distributeurs. Contrairement aux réponses du droit des pratiques anticoncurrentielles qui sont plus marquées par une logique de protection du marché que par une logique de protection contre le déséquilibre contractuel, les réponses du droit des pratiques restrictives de concurrence sont plutôt tournées vers la protection de la partie faible dans les rapports entre professionnels. La recherche de la loyauté et de l'équilibre contractuel exige de faire du partenaire contractuel le « *référent* »[1110] du droit des pratiques restrictives de concurrence. C'est parce qu'il procède d'une analyse de l'équilibre des rapports entre professionnels que le droit des pratiques restrictives de concurrence comporte des réponses directes au déséquilibre contractuel. Leur mise en œuvre n'est donc pas conditionnée par la caractérisation d'une atteinte au marché. De par la diversité de ses sanctions et la particularité de leur condition de mise en œuvre, le droit des pratiques restrictives participe également à sa façon dans la lutte contre le déséquilibre contractuel. On finira donc par faire le constat de la réalité des réponses du droit de la concurrence au déséquilibre contractuel. Le droit de la concurrence comporte une certaine quantité de réponses au déséquilibre contractuel. Cependant, la question de la qualité de ces réponses devient une préoccupation majeure.

442. Leur qualité. À la question de savoir si le droit de la concurrence apporte des réponses de qualité au déséquilibre contractuel, on ne peut pas s'attendre à une réponse affirmative pour la bonne et simple raison que ce corps de règles ne se donne pas pour objectif principal le rétablissement de l'équilibre dans les rapports contractuels. Inadaptation et ineffectivité sont ainsi les principales caractéristiques de ses réponses. Les réponses que le droit de la concurrence apporte au déséquilibre contractuel sont inadaptées en ce qu'elles plus orientées vers la protection de l'ordre public que vers la protection du contractant faible. C'est en considération de cet objectif que le législateur met en place des sanctions diverses. La diversité de ces sanctions a son sens dans la réalisation de l'objectif de protection du marché mais s'avère inadapté dans la lutte contre le déséquilibre contractuel. En plus de leur inadaptation, les réponses du droit de la concurrence souffrent également de leur ineffectivité car comme on a pu bien le constater le droit de la concurrence ne permet en réalité que la sanction des déséquilibre d'une certaine gravité. Ces déséquilibres

---

1110 Cass. com., 14 févr. 2018, n° 16-24.619 et 17-11.909, Contrats, conc. consom. mai 2018, comm. 87, M. MALAURIE-VIGNAL.

résultent le souvent d'une atteinte sensible à la concurrence ou d'une atteinte grave aux intérêts des partenaires commerciaux. Ils sont le fait d'entreprises en situation de domination économique. Ce qui fait que certaines victimes préfèrent subir les abus contractuels que de tenter une action en justice qui peuvent leur valoir en retour de fortes représailles économiques. Ces facteurs sont autant d'éléments qui militent en faveur de l'ineffectivité des réponses du droit de la concurrence au déséquilibre contractuel. Il est vrai que le législateur a posé des actes allant dans le sens de l'effectivité de ces réponses. Il en est ainsi de la reconnaissance d'un droit d'action aux autorités publiques sur le fondement du droit des pratiques restrictives de concurrence. Mais à bien y regarder, cette action sert plus à la protection du fonctionnement de la concurrence qu'à la protection contre le déséquilibre contractuel. Comme les réponses du droit de la concurrence au déséquilibre contractuel souffrent de leur insuffisance, il va falloir chercher les voies et moyens de leur amélioration.

443. Leur amélioration. L'amélioration des réponses du droit de la concurrence au déséquilibre contractuel passe par leur articulation avec celles du droit commun des contrats. Avec l'intégration de la clause abusive dans le code civil, le droit commun des contrats n'a plus rien à envier aux droits spéciaux tel le droit de la concurrence en termes de lutte contre le déséquilibre contractuel[1111]. Cela est d'autant plus vrai qu'aujourd'hui il est impossible d'aborder la protection du faible par les droits spéciaux sans penser à leur articulation avec le droit commun des contrats[1112]. En ce qui nous concerne, le fait d'envisager l'articulation des réponses du droit de la concurrence avec celles du droit commun des contrats est une démarche consistant à montrer la manière de parvenir au comblement des insuffisances des réponses du droit de la concurrence. Demain, il se pourrait que la question de l'articulation des réponses perde son sens puisque la réintégration des outils de protection du faible dans le code civil pourrait entrainer la disparition de certains outils spéciaux de protection. Il ne fait pas de doute que le droit des pratiques restrictives de concurrence de l'article L. 442-6 du code de commerce n'est rien d'autre qu'un droit des contrats bis. Au lieu d'avoir deux systèmes de protection du faible, l'un efficace, l'autre insuffisant, il serait mieux de rendre au droit commun des contrats ce qui lui revient de droit, c'est-à-dire la protection des

---

1111 V. J.-S. BORGHETTI, « Le juge et les clauses abusives : la vision du droit français », *LPA* mars 2018, p. 6.

1112 M. CHAGNY, « Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la réforme du droit commun des contrats », *RTD com.* 2016, p. 451 ; C. THÉPOT, « L'articulation des règles relatives à la prohibition des clauses abusives », *Rev. Lamy dr. aff.* juill. 2011, n° 62 ; K. LAFAURIE, « Clauses abusives : l'articulation du dispositif du code civil avec les textes spéciaux » », *JCP E* août 2017, 1453 ; G. DURAND-PASQUIER, « Clauses excessives : les réajustements opérés par la réforme », *JCP N* avril 2016, 1113 ; F.-X. LICARI, « Du déséquilibre significatif dans les contrats : quelle articulation entre les textes ? », *RLDC* n° 144, 1e janv. 2017.

contractants. Sans plaider pour une disparition totale du droit des pratiques restrictives de concurrence, on pourrait avoir, à la place des dispositions pléthoriques de l'article L. 442-6 du code de commerce, juste quelques dispositions destinées à protéger efficacement les professionnels contre tout genre de déséquilibre contractuel[1113]. Toutes les autres pratiques abusives de l'article L. 442-6 du code de commerce pouvant être appréhendées par les règles du droit commun des contrats. Notre prétention peut paraître ambitieuse mais une chose est sûre : « *à trop chercher la protection ailleurs, on finit par oublier celle que l'on a devant soi* »[1114].

1113 M. CHAGNY, « Vers un droit unifié et réformé des pratiques commerciales déloyales », *RLC* nov. 2017, n° 66 où l'auteure estime que « *l'article L. 442-6 du code de commerce comporte, en ses, I et II, de très et trop nombreuses dispositions appréhendant les abus dans la négociation et l'exécution des contrats. Certaines d'entre elles pourraient assurément être abrogées, soit que leur rédaction, calquée sur celle de la règle relative au déséquilibre significatif, la ravale au rang de doublon inutile de cette dernière, soit que leur quasi-inapplication incite d'autant plus à envisager leur suppression qu'elles achoppent sur des difficultés probatoires sérieuses* ».

1114 Cette phrase est une adaptation de la citation d'Alain : « *À trop chercher le bonheur ailleurs, on finit par oublier ce que l'on a devant soi* », https://citations.ouest-france.fr/citation-alain/trop-chercher-bonheur-ailleurs-fini-98797.html, consulté le 23 nov. 2018.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux, traités et manuels

Athias (C.)

- *Droit civil : précis élémentaire de contentieux contractuel*, 3e éd., 2006, Aix-en-Provence, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 304 p., ISBN : 2-903449-86-4

Aubert (J.-L.) et E. Savaux (É.)

- *Introduction au droit*, 16e éd., 2016, Sirey, Université. Droit privé, 387 p., ISBN : 978-2-247-16093-8

Azema (J.)

- *Le droit français de la concurrence*, 2e éd., PUF, 1989

Beauchard (J.)

- *Droit de la distribution et de la consommation*, vol. 1, 1996, PUF, coll. Thémis, 420 p., **ISBN :** 2-13-047524-8

Bénabent (A.)

- *Droit des obligations*, 15e éd., 2016, LGDJ, coll. Domat droit privé, 728 p., ISBN : 978-2-275-04496-5

Boutard-Labarde (M.-C.) et Canivet (G.)

- *Droit français de la concurrence*, vol. 1, 1996, LGDJ, coll. Droit des affaires, 378 p., ISBN : 2-275-00413-0

Brault (D.)

- *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, 2004, LGDJ, coll. Droit des affaires, 775 p., ISBN : 978-2-275-02502-5

Burst (J.) et Kovar (R.)

- *Droit de la concurrence*, 1981, Économica, coll. Droit des affaires et de l'entreprise. Série Enseignement, 405 p., ISBN : 2-7178-0352-1

Chainais (C.), Ferrand (F.) et S. Guinchard (S.)

- *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, 33e éd., 2016, Dalloz, coll. Précis. Droit privé, 1770 p., ISBN : 978-2-247-16225-3

Chantepie (G.) et Latina (M.)

- *La réforme du droit des obligations : Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2016, Dalloz, 1093 p., ISBN : 978-2-247-16273-4

Decocq (A.) et Decocq (G.)

- *Droit de la concurrence : droit interne et droit de l'union européenne*, 7e éd., 2016, LGDJ-Lextenso, coll. manuel, 584 p., ISBN : 978-2-275-04525-2

Deumier (P.)

- *Introduction générale au droit*, 3e éd., 2015, LGDJ, coll. Manuel, 366 p., ISBN : 978-2-275-04215-2

Flour (J.) Aubert (J.-L.) et Savaux (É.)

- *Les obligations. L'acte juridique*, 14e éd., 2010, Sirey, coll. Sirey université. Série Droit privé, 499 p., ISBN : 978-2-247-08970-3

Fouillée (A.)

- *La science sociale contemporaine*, 2e éd., 1885, Hachette

Houtcieff (D.)

- *Droit commercial : actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, contrats commerciaux, concurrence, instruments de paiement et de crédit*, 4e éd., 2016, Sirey, coll. Université. Droit privé, 863 p., ISBN : 978-2-247-15892-8

Julien (J.)

- *Droit de la consommation*, 2e éd., 2017, LGDJ, coll. Domat droit privé, 682 p., ISBN : 978-2-275-05469-8

LAMBERT-FAIVRE (Y.) et PORCHY-SIMON (S.)

- *Droit du dommage corporel : système d'indemnisation*, 7e éd., 2011, D., coll. Précis, 960 p., ISBN : 978-2-247-11573-0

LE TOURNEAU (P.) et *alii*

- *Droit de la responsabilité civile et des contrats*, 9e éd., 2012, D., coll. Dalloz action, 2162 p., ISBN : 978-2-247-11680-5.

LEHUÉDÉ (P.)

- *Droit de la concurrence*, 2012, Bréal, coll. Lexifac. Droit, 218 p., ISBN : 978-2-7495-3134-2

MAINGUY (D.) et DEPINCÉ (M.)

- *Droit de la concurrence*, 2e éd., 2015, LexisNexis, coll. Manuel, 395 p., ISBN : 978-2-7110-2111-6

MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et P. STOFFEL-MUNCK (P.)

- *Droit des obligations*, 8e éd., 2016, LGDJ, coll. Droit civil, 897 p., ISBN : 978-2-275-04958-8

MALAURIE-VIGNAL (M.)

- *Droit de la concurrence interne et européen*, 6e éd., 2014, Sirey, coll. Sirey université. Droit privé, 350 p., ISBN : 978-2-247-13469-4

MOUSSERON (J.-M.) et SELINSKY (V.)

- *Le droit français nouveau de la concurrence*, 2e éd., 1988, Litec, coll. Actualités de droit de l'entreprise, 266 p., ISBN : 2-7111-0877-5

NICOLAS-VULLIERNE (L.)

- *Droit de la concurrence*, 2e éd., 2011, Vuibert, coll. Dyna'sup. Droit, 306 p., ISBN : 978-2-311-00455-7

NOURISSAT (C.) et DE CLAVIÈRE-BONNAMOUR (B.)

- *Droit de la concurrence, libertés de circulation : droit de l'union, droit interne*, 5e éd., 2016, D., coll. HyperCours Dalloz, 682 p., ISBN : 978-2-247-15210-0

PELLIER (J.-D.)

Droit de la consommation, 1re éd., 2016, D., coll. Cours Dalloz. Série Droit privé, 433 p., ISBN : 978-2-247-16099-02-247-16099-9

PORCHY-SIMON (S.)

- *Droit civil 2e année : les obligations 2018*, 10e éd., 2017, D., coll. Hypercous Dalloz, 663 p., ISBN : 978-2-247-16929-0

REINHARD (Y.) THOMASSET-PIERRE (S.) et NOURISSAT (C.)

- *Droit commercial*, 8e éd., 2012, LexisNexis, coll. Manuel, 482 p., ISBN : 978-2-7110-1545-0

RIPERT (G.), ROBLOT (R.)

- *Traité de droit des affaires. Du droit commercial au droit économique*, 19e éd., 2010, LGDJ-Lextenso, 1242 p., ISBN : 978-2-275-03273-3

ROCHFELD (J.)

- *Les grandes notions du droit privé*, 2011, PUF, coll. Thémis. Droit, 576 p., ISBN : 978-2-13-055188-1

SERRA (Y.)

- *Le droit français de la concurrence*, 1993, D., coll. Connaissance du droit, 122 p., ISBN : 2-247-01488-7

TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.)

- *Droit civil : les obligations*, 11e éd., 2013, D., coll. Précis. Droit privé, 1594 p., ISBN : 978-2-247-13012-2978-2-247-13014-6

VINEY (G.)

- *Traité de droit civil : introduction à la responsabilité*, 2e éd., 1995, LGDJ, 471 p., ISBN : 2-275-00598-6

II. OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES ET MONOGRAPHIES

ARCELIN (L.)

- *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, 2003, Litec, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise 61, 554 p., ISBN : 2-7110-0307-8

BALAT (N.)

- *Essai sur le droit commun*, 2016, LGDJ, 575 p., ISBN : 978-2-275-05282-3

BOURRIER (C.)

- *La faiblesse d'une partie au contrat*, 2003, Bruylant-Academia, coll. Thèses de sciences humaines 12, 570 p., ISBN : 2-87209-706-6

CARVAL (S.)

- *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, 1995, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 385 p., ISBN : 2-275-00323-1

CATALA (N.)

- *La nature juridique du paiement*, 1960, J. Reschly, 353 p.

CHAGNY (M.)

- *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, 2004, D., coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 1108 p., ISBN : 2-24705701-2

CLAMOUR (G.)

- *Intérêt général et concurrence : essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, 2006, D., coll. Nouvelles Bibliothèque des thèses, 1044 p., ISBN : 2-247-06623-2

CLAUDEL (E.)

- *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, thèse, 1994, Paris X

DADOUN (A.)

- *La nullité du contrat et le droit pénal*, 2011, LDGJ : Lextenso, coll. Bibliothèque de droit privé, 469 p., ISBN : 978-2-275-03504-8

DE LA ASUNCION PLANES (K.)

- *La réfaction du contrat*, 2006, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 439 p., ISBN : 2-275-03149-9

DIBANGUE (G.)

- *La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement : regards croisés entre le droit français et le droit OHADA*, thèse, 2016, Poitiers

DORANDEU (N.)

- *Le dommage concurrentiel*, 2000, PUP, coll. Collection Études, 382 p., ISBN : 2-908912-94-5

FARJAT (G.)

- *L'ordre public économique*, 1963, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 543 p.

FIN-LANGER (L.)

- *L'équilibre contractuel*, 2002, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 651 p., ISBN : 2-275-02199-X

FORTUNATO (A.)

- *Clause et pratiques restrictives de concurrence,* thèse, 2016, Lille 2

GOLDIE-GENICON (C.)

- *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, 2009, LGDJ, coll. Bibliothèque droit privé, 674 p., ISBN : 978-2-275-03442-3

GOUT (O.)

- *Le juge et l'annulation du contrat*, 1999, PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 552 p., ISBN : 2-7314-0191-5

GUELFUCCI-THIBIERGE (C.)

- *Nullité, restitutions et responsabilité*, 1992, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 614 p., ISBN : 2-275-00627-3

JAMIN (C.), MAZEAUD (D.)

- *Les clauses abusives entre professionnels*, 1998, Économica, coll. Études juridiques, 3, 166 p., ISBN : 2-7178-3608-X

JEULAND (E.)

- *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, 1998, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 357 p., ISBN : 2-275-01822-0

LASBORDES (V.)

- *Les contrats déséquilibrés 1*, 2000, *PUAM*, 378 p., ISBN : 2-7314-0225-3
- *Les contrats déséquilibrés 2*, 2000, PUAM, 390-747 p., ISBN : 2-7314-0225-3

LEHAIRE (B.)

- *L'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles : pour un recours effectif des entreprises et des consommateurs en droit français et canadien*, 2014, thèse, Université de la Rochelle

LOKIEC (P.)

- *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, 2004, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 500 p., ISBN : 2-275-02420-4

MAIL-FOUILLEUL (S.)

- *Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence, 2002, LGDJ*, coll. Bibliothèque de droit international et communautaire, 118, 665 p., ISBN : 2-275-02178-7

MALINVAUD (P.)

- *La responsabilité des incapables et de la femme dotale à l'occasion d'un contrat*, 1965, LGDJ, 175 p.

PIETTE (G.)

- *La correction du contrat*, 2004, PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 693 p., ISBN : 2-7314-0431-0

ROUJOU DE BOUBÉE (M.-E.)

- *Essai sur la notion de réparation*, 1974, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 493 p., ISBN : 2-275-01327-X

SIBONY (A.-L.)

- *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, 2008, LGDJ, coll. Droit et Économie, 883 p., ISBN : 978-2-275-03199-6

SIMLER (P.)

- La nullité partielle des actes juridiques, 1968, LGDJ, 628 p.

STOFFEL-MUNCK (P.)

- *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, 2000, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 649 p., ISBN : 2-275-01955-3

TRUCHET (D.)

- *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, 1977, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 125, 394 p., ISBN : 2-275-01259-1

ZANG NDONG (R.-M.)

- *Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la protection de la partie faible dans la relation commerciale*, thèse, 2014, Université Lille 2- Droit et Santé

III. CHRONIQUES, ARTICLES, RAPPORTS ET RÉPERTOIRES

- « Le pouvoir accru du juge : une ingérence dans la relation entre partenaires commerciaux », *RLC* n° 49, 1er avril 2016

ADAM (P.)

- « L'action de groupe discrimination », *Dr. soc.* 2017, p. 638

AMARO (R.)

- « Le déséquilibre significatif en droit commun des contrats ou les incertitudes d'une double filiation », *Contrats, conc. consom.* 2014, étude 8
- « De quelques cailloux procéduraux dans les bottes des victimes de pratiques anticoncurrentielles…Les questions de compétence matérielle laissées sans réponse », *Contrats, conc. consom.* n° 3, mars 2015, étude 4
- « Actions privées en matière de pratiques anticoncurrentielles », *J.-Cl. Conc. consom.* 3 août 2015, fasc. 317

AMRANI MEKKI (S.)

- « Inciter les actions en dommages et intérêts en droit de la concurrence (2e partie). Le point de vue d'une processualiste », *Gaz. Pal.* n° 85, 26 mars 2009, p. 4
- « L'action de groupe du XXIe siècle, un modèle réduit et réducteur ? », *JCP* G 2015, 1196
- « L'action de groupe santé. Un nouveau modèle pour de nouveaux préjudices », *JCP E* févr. 2016, 146

AMRANI (S.) et FAUVARQUE-COSSON (B.)

- « Droit des contrats », *D.* 2005, p. 2836

ARAY (A.)

- « La faute du créancier comme nouvelle limite à l'exécution forcée en nature », *RDC* 1er juil. 2014, n° 2, p. 171

ARCELIN (L.)

- « Pratiques commerciales et concentrations économiques : les apports de la loi NRE », *Contrats, conc. consom.* 2001, chron. 18
- « Notion d'entreprise en droit interne et européen de la concurrence », *J.-Cl. Conc. consom.* 1er sept. 2016, fasc. 35.
- « La conquête du droit du marché par la notion d'entreprise », *RTD com.* 2018, p. 575.

ARHEL (P.)

- « Modernisation du droit français de la concurrence (Loi relative aux nouvelles régulations économiques) », *JCP E* juin 2001, p. 938
- « Le juge administratif, juge de l'application du droit national et du droit communautaire », *RLC* mai 2005, n°3
- « Loi de modernisation de l'économie : une nouvelle réforme du droit de la concurrence », *LPA* n° 158, 7 août 2008, p. 3
- « Transparence tarifaire et pratiques restrictives », *Rép. dr. com.* sept. 2017, actualisation août 2018

ARMAND-PRÉVOST (M.)

- « Une position dominante n'entraine pas systématiquement des obligations contractuelles déséquilibrées », *Gaz. Pal.* 11 août au 13 août 2013, n° 225

ARONICA (C.)

- « Délais et retards de paiement dans les relations commerciales après l'adoption de la LME », *LPA* févr. 2009, n° 34, p. 3

AUBERT (J.-L.)

- « Les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat : quel régime juridique ? », *D.* 2003, p. 369.

AUBY (J.-M.)

- « Autorités administratives et autorités juridictionnelles », *AJDA* 1995, p. 91

AZAR-BAUD (M.-J.)

- « (In)action de groupe », *Gaz. Pal.* nov. 2016, n° 42, p. 52

AZAR-BAUD (M.-J.) et CARVAL (S.)

- « L'action de groupe et la réparation des dommages de consommation : bilan d'étape et préconisations », *D.* 2015, 2136

AZÉMA (J.)

- « La dépénalisation du droit de la concurrence », *RSC* 1989, p. 651

BABONNEAU (M.)

- « Action de groupe : l'avant-projet de loi exclut les avocats », *D.* actu. 3 avril 2013

BACACHE (M.)

- « Action de groupe et responsabilité civile », *RTD civ.* 2014, p. 450

BALLOT-LÉNA (A.)

- « Autonomie de l'action du ministre chargé de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence », *JCP E* sept. 2008, 2143

BALLOT-LÉNA (A.), CLAUDEL (E.) et THULLIER (B.)

- « Droit civil de l'entreprise », *D.* 2007, p. 1688

BARBIER (H.)

- « La théorie des restitutions en bonne forme ! Préservée de l'enrichissement sans cause et de la concentration des moyens », *RTD civ.* 2015, p. 869
- « Une clause pénale excessive créant un déséquilibre significatif peut-elle être annulée plutôt que réduite ? », *RTD civ.* 2015, p. 606
- « La violence par abus de dépendance », *JCP G* avril 2016, 421
- « De la diversité des sanctions du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : responsabilité pour l'article L. 442-6, I, 2° mais pas de réputé non écrit, et requalification pour les promesses de contrat », *RTD civ.* 2016, p. 852
- « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.* 2016, p. 247

BAZEX (M.)

- « Opportunités et limites du contrôle exercé par le Conseil de la concurrence », *Contrats, conc. consom.* mars 2009, n° 3comm. 77

BEGUET (J-P.)

- « Étude critique de la notion de fin de non-recevoir en droit privé », *RTD civ.* 1947, p. 133

BEHAR-TOUCHAIS (M.)

- « Première sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce va-t-il devenir « *une machine à hacher le droit* » Selon l'expression qui avait été employée pour l'enrichissement sans cause, avant que la jurisprudence ne pose les conditions strictes de son application? », *RLC* n° 23, 1er avril. 2010
- « La théorie de l'imprévision revue et corrigée par le droit commercial : quand la clause hardship est imposée sous peine de… », *RLC* n° 36, 1er juillet 2013
- « Quand la théorie de l'imprévision entre par la petite porte : la clause de « hardship » imposée sous peine d'amende administrative », *RDC* 1er oct. 2013, p. 1431
- « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », *JCP G* mai 2015, doctr. 603
- « Le déséquilibre significatif dans le code civil », *JCP G* avril 2016, 391
- « La prise de pouvoir du juge sur les négociations commerciales. À propos de l'arrêt Galec », *JCP G* mars 2017, doctr. 255.
- « Les nouveaux abus de l'article L. 442-6 issus de la loi Sapin II », *RDC* juin 2017, p. 290

- « L'autorisation de la convention pluriannuelle dans les rapports industrie-commerce », *RDC* juin 2017, p. 288

BERG-MOUSSA (A.)

- « Notion de déséquilibre significatif et action du ministre : point d'étape et nouveaux questionnements », *JCP A* mars 2012, 1139

BERNARD (E.)

- « L'activité économique, un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *RID éco.* 2009, p. 353

BICHERON (F.)

- « N'abusons pas de la clause abusive », *Gaz. Pal.* 30 avril 2015, p. 24

BLAISE (J.-B.)

- « La sanction pénale », *JCP E* mars 2013, 1170.

BLANC (D.)

- « Droit de la concurrence : la dépénalisation n'est pas la solution », *AJ pénal* 2008, p. 69.

BLANC (G.)

- « Les contrats de distribution concernés par la loi Doubin », *D.* 1993, p. 218

BLANC (N.)

- « Le juge et les standards juridiques », *RDC* juin 2016, p. 394

BLÉRY (C.)

- « Attention à ne pas confondre fin de non-recevoir et « vice de procédure » ! », *Gaz. Pal.* oct. 2017, p. 59
- « Bis repetita… : ne pas confondre vice de forme et fin de non-recevoir », *Gaz. Pal.* févr. 2018, p. 46

BLÉRY (C.) et ALLEAUME (C.)

- « Des difficultés causées par le décret du 11 novembre 2009 en matière de compétence territoriale », *JCP E* mars 2012, 1164

BLOUD-REY (C.)

- « Loyauté et pratiques anticoncurrentielles, antinomie ? », *LPA* nov. 2011, n° 234, p. 20

BOFFA (R.)

- « Juste cause (et injuste clause) », *D.* 2015, p. 335

BORGHETTI (J.-S.)

- « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », *RDC* juill. 2007, p. 731
- « Le juge et les clauses abusives : la vision du droit français », *LPA* mars 2018, p. 6
- « Fixation et révision du prix », *RDC* 2018, p. 25

BORIES (A.)

- « Nullité du contrat de franchise : le droit commun du dol au secours de l'article L. 330-3 du code de commerce », *AJ contrat* 2017, p. 85

BOSCO (D.)

- » Le nouveau droit de la concurrence issu de la loi de modernisation de l'économie », *LEDC* sept. 2008, p. 4.
- « Les clauses abusives entre professionnels : l'étonnante protection accordée par la loi LME », *LEDC* nov. 2008, p. 1
- « La nouvelle Autorité de la concurrence », *Contrats, conc. consom.* nov. 2008, dossier 8

BOUDIN (J.-O.)

- « La loi Hamon, une réglementation inadaptée au commerce de gros », *AJCA* 2015, p. 48.

BOULAN (F.)

- « Principe de légalité. Interprétation stricte de la loi pénale », *RSC* 1993, p. 553

BOULOC (B.)

- « La sanction judiciaire des pratiques anticoncurrentielles par la voie pénale », *LPA* janv. 2005, p. 11

BOURASSIN (M.)

- « L'emprise inéluctable des juges sur le nouveau droit des contrats », *LPA* déc. 2016, p. 9

BOUTARD LABARDE (M.-C.) et SAINT-ESTEBEN (R.)

- « Réflexions sur le seuil de « sensibilité » en droit de la concurrence, *JCP A* févr. 1989, 15406

BOY (L.)

- « Les utilités du contrat », *LPA* sept. 1997, p. 3
- « Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence », *Contrats, conc. consom.* nov. 2004, n° 11étude 6

BRAULT (D.) et BUHART (J.)

- « Progrès économique et contrôle de la concentration », *LPA* sept. 2002, p. 9

BRETZNER (J.-D.)

- « La nature juridique de la responsabilité résultant de la violation de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce », *RLDA* 1er juill. 2010, n° 51.
- « Action de groupe : les avocats ne pourraient pas initier l'action », *Contrats, conc. consom.* févr. 2013, n° 2, alerte 6
- « Action de groupe : les avocats en colère », *RLC* juin 2013, n° 105

BRETZNER (J.-D.) et DUMINY (E.)

- « Le contentieux de la rupture du contrat d'affaires. Ombres et lumières autour de l'article D. 442-3 du code de commerce », *AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution* 2015, p. 14

BRILL (J.-P.)

- « Les sanctions civiles des violations de l'ordonnance du 1er décembre 1986 », *Gaz. Pal.* déc. 1987, p. 775

BROS (S.)

- « Article 1169 : le déséquilibre significatif », *RDC* 2015, p. 761

BRUNET (A.) et OHLMANN (J.-C.)

- « Le droit de la concurrence, instrument de restauration de la libre volonté contractuelle » in : *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Études à la mémoire du Professeur Alfred. Rieg, Bruylant, Bruxelles 2000, n° 8, p. 135

BRUNET (F.)

- « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *RFDA* 2013, p. 113

BRUNET (F.), DUPUIS (A.) et PAROCHE (E.)

- « L'action de groupe : l'indemnisation des consommateurs favorisée au détriment de la détection des cartels », *D.* 2014, p. 1600

BRUNET (F.) et GIRGENSON (I.)

- « Le nouveau régime de contrôle des concentrations : les ambivalences d'une "révolution antitrust" à la française », *JCP E* nov. 2002, 1638

BUY (F.)

- « Entre droit spécial et droit commun : l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce », *LPA* 17 déc. 2008, p. 3

CABALLERO (F.)

- « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *RTD civ.* 1985, p. 247

CADIET (L.)

- « Les métaphores du préjudice », in *Les métaphores de la responsabilité*, PUF 1998, p. 37 s.

CALAIS-AULOY (J.)

- « L'ordonnance du 1er décembre 1986 et les consommateurs », *D.* 1987, chron., p. 137

CALLÉ (P.)

- « Une introduction limitée du principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », *JCP G* avril 2009, II 10073

CALMETTE (J.-F.)

- « Sanctions en droit de la concurrence et concurrence des sanctions », *RLC* janv. 2018, n° 68.

CANIVET (G.)

- « L'expertise en droit de la concurrence », in *L'expertise*, sous la coordination de M.-A. FRISON-ROCHE et D. MAZEAUD, D. 1995, p. 51 et s.
- « Pour une justice économique efficiente en Europe – Réflexions préliminaires », *Gaz. Pal.* août 2008, p. 7

CARON (C.) et DECOCQ (G.)

- « Droit interne de la concurrence », *JCP E* janv. 2006, chron. 1017
- « L'action exercée par le ministre (C. com., art. L. 442-6, III) est-elle conforme à l'article 6, § 1, de la Convention EDH ? », *JCP E* 2007, I, 2303

CARVAL (S.)

- « L'estimation du montant des préjudices concurrentiels », *D.* 2015, p. 1290

CAS (G.)

- « Le juge de droit commun confronté au droit de la concurrence », in *Ententes et abus de domination devant le juge de droit commun : actes du colloque du 18 mars 1994*, Aix-en-Provence : PUAM, 1995, p. 9

CHAGNY (M.)

- « La place des dommages-intérêts dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles », *RLC* août 2005, n° 4
- « Les pratiques contractuelles de l'entreprise en position dominante à l'épreuve du droit de la concurrence », *Communication Commerce électronique* juin 2007, n° 6, comm. 83
- « Abus de position dominante sur le marché de l'Internet à haut débit : entre sévérité et mansuétude », *Communication commerce électronique* nov. 2007, n° 11 comm. 134
- « Une (r)évolution du droit français de la concurrence ? À propos de la loi LME du 4 août 2008 », *JCP G* oct. 2008, doct. 196
- « Le nouveau droit de la concurrence : quel impact sur les relations contractuelles ? », *Contrats, conc. consom.* déc. 2008, n° 12, alerte 70
- « Le contrôle des clauses abusives par le droit de la concurrence 1 », *RDC* oct. 2009, p. 1642
- « Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles devant la Cour de cassation : en attendant les initiatives européennes ? », *Communication commerce électronique* déc. 2010, n° 12, comm. 122
- « Restriction de compétence matérielle et droit de la concurrence », *Procédures* avril 2011, n° 4 dossier 10
- « Abus de position dominante et responsabilité civile - Le contentieux civil des pratiques anticoncurrentielles : du nouveau sur la réparation du préjudice ? », *Rev. Communication commerce électronique* sept. 2011, n° 9, comm. 76
- « Ententes illicites – Article L. 420-1 du code de commerce », *J.-Cl. conc. consom.* 1er janv. 2012, fasc. 540
- « Quel droit français et européen de la distribution ? Approche prospective », *RLA* juin 2013, n° 83
- « L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après », *RTD com.* 2013, p. 500
- « Vers une unification du droit des restrictions verticales ? », *Contrats, conc. consom.* juin 2014, n° 6, dossier 15
- « Loi Hamon : quel impact sur les contrats d'affaire ? Propos introductifs », *AJCA* 2014, p. 10
- « La résistible ascension du juge administratif dans le droit de la concurrence ? », *AJCA* 2015, p. 289

- « L'adaptation du droit de la concurrence à l'économie numérique », *JCP G* nov. 2015, doctr. 1340
- « Le déséquilibre significatif financier sanctionné par la Cour d'appel de Paris », *RTD com.* 2015, p. 492
- « Le juge (du fond) est-il régulateur ?, *AJCA* 2015, p. 489
- « Question de méthodologie. Droit commun et droits spéciaux », *RLA* juill. 2016, n° 117
- « Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la réforme du droit commun des contrats », *RTD com.* 2016, p. 451
- « Vers un droit unifié et réformé des pratiques commerciales déloyales », *RLC* nov. 2017, n° 66
- « La démonstration du déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties », *RTD com.* 2017, p. 603
- « La limitation du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce par la règle *speciala generalibus derogant* », *JCP G* juill. 2017, 763
- « Les relations économiques entre droit commun et droits spéciaux », *JCP E* juin 2018, 1326

CHAGNY (M.) et CARVAL (S.)

- « La directive sur les actions en dommages et intérêts en cas de pratiques anticoncurrentielles », *Bulletin de droit économique-Université de Laval* 2015, p. 1, spéc. p. 8

CHAGNY (M.) et RIFFAULT-SILK (J.)

- « Actualité du contentieux des dommages concurrentiels », *RLDC* avril 2007, n° 11

CHANTEPIE (G.)

- « Le déséquilibre significatif au miroir de la Cour de cassation », *AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution* 2015, p. 218
- « La notion d'équilibre du contrat », *Loyers et Copropriété* oct. 2016, n° 10, dossier 6
- « La rupture des contrats d'affaires (2) : la gestion contractuelle de la rupture », *AJCA* 2016, p. 130
- « Le déséquilibre significatif entre droit commun et droits spéciaux », *JCP E* juin 2018, 1336

CHAUVEL (P.)

- « Violence », *Rép. civ.*, janv. 2013 (actualisation : avril 2016)

CHAZAL (J.-P.), PICOT (T.) et WAKED (D.)

- « L'ambivalence des finalités et des instruments techniques du droit de la concurrence », *Cah. dr. entr.* mai 2013, n° 3, entretien .

CHÉNEDÉ (F.)

- « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *RDC* sept. 2015, n° 3, p. 655
- « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », *D.* 2015, p. 1226

CHEVRIER (E.)

- « La relation établie n'est pas la juxtaposition de contrats indépendants », *D.* 2009, p. 225
- « Responsabilité délictuelle pour rupture brutale d'une relation commerciale établie », *D. actu.* 21 janv. 2009

CHONÉ (A.-S.)

- « Abus de position dominante », *J.-Cl. Conc. consom.*, 5 oct. 2010, fasc. 560

CHONÉ-GRIMALDI (A-S.) et RASCHEL (L.)

- « L'action de groupe à la française : tout vient à point à qui sait attendre ! », *Rep. Civ. et assur.* mai 2014, n° 5, étude 4

CLAMOUR (G.) et DESTOURS (S.)

- « Droit de la concurrence. Droit de la concurrence publique », *JCP A* nov. 2014, fasc. 724-10

CLAUDEL (E.)

- « Projet de loi sur les nouvelles régulations économiques », *RTD com.* 2000, p. 877 s.
- « Éléments constitutifs de l'entente. Secteur immobilier. Entente. Preuve. Concertation. Parallélisme de comportements. Suffisance (non). Faisceau d'indices. Objet anticoncurrentiel », *RTD com.* 2001, p. 422

- « Loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques », *RTD com.* 2001, p. 663
- « Sanctions pénales des pratiques anticoncurrentielles : le printemps de l'article L. 420-6 du code de commerce », *RTD com.* 2003, p. 80
- « La participation à une réunion fait-elle la preuve d'une entente : le droit français entre singularité et mimétisme », *RTD com.* 2004, p. 455
- « La règle de minimis, une institution controversée offrant une « zone de sécurité » bien fragile », *RTD com.* 2013, p. 518
- « L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses cendres ? (Commentaire de l'article 1143 nouveau du code civil et de la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique) », *RTD com.*, 2016, p. 460

CLERC-RENAUD (L.)

- « Le régime d'indemnisation des victimes », *Rev. Lamy dr. resp.*, mise à jour avril 2013, n° 311-25

COMERT (M.), NASSER EL DINE-POMAR (S.)

- « De nouvelles dispositions procédurales en matière de concurrence », *Contrats conc. consom.* mars 2013, n° 3, étude 4

CONTE (P.)

- « Droit pénal et concurrence », *Cah. dr. entr.* 2000, n° 3, p. 21

COURET (A.),

- « L'abus dans le droit des affaires », *Dr. et patrimoine*, juin 2000

COUTURIER (G.)

- « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vielle notion neuve » in : *Études offertes à J. Flour*, Defrénois 1979, p. 95

CRAMIER (P.)

- « Essai sur la protection du contractant professionnel (en marge du droit de la concurrence 2e partie) », *LPA* juin 2000, n° 117, p. 4

CROZE (H.)

- « Recevabilité des défenses au fond et des moyens nouveaux », *Procédures* avril 2015, n° 4, comm. 108

D'ALÈS (T.) et CONSTANS (A.)

- « Les grands principes de procédure civile française face à la concurrence du droit de l'Union européenne », *JCP E* juin 2014, 1306

DE BÉCHILLON (D.) et JAMIN (C.)

- « La convention européenne des droits de l'homme au supermarché », *D.* 2007, chron. 2313

DE GILLES (D.)

- « Le droit pénal de la concurrence en Europe. Premier bilan et perspectives en France », *JCP E* janv. 2003, 34

DE KIRALY (F.)

- « Le droit économique, branche indépendante de la science juridique, sa nature, son contenu, son système », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François* GENY, Librairie du recueil Sirey, 1934, p. 115

DE LA LAURENCIE (J.-P.)

- « Loi NRE : régulation de la concurrence », *Rev. Lamy Dr. affaires* 2001, n° 40, p. 21

DEBROUX (M.)

- « La création d'une Autorité de la concurrence aux compétences élargies : une réforme majeure et quelques scories », *Contrats, conc. consom.* juill. 2008, n° 7, alerte 45

DECOCQ (A.)

- « La dépénalisation du droit de la concurrence », *RJ com.* nov. 2001, n° spécial, p. 89 et s., spéc. p. 98

DECOCQ (G.)

- « Précision sur le délit pénal de participation à une entente », *Contrats conc. consom.* avril 2008, n° 4, comm. 110

DECOOPMAN (N.)

- « À propos des autorités administratives indépendantes et de la régulation », in *Les transformations de la régulation juridique*, (dir.) -G.-J. MARTIN, LGDJ, 1998, p. 245

DEFFAINS (B.)

- « Le risque de la preuve du point de vue de l'économiste », in *Droit et économie du procès civil*, 2010, LGDJ, coll. Droit et Économie, 279 p.

DEFFAINS (B.) et DORIAT-DUBAN (M.)

- « Le procès : risque économique », *RGDA* juill. 2010, p. 870

DELANGLE (C.)

- « Le nouveau dispositif du code civil consacré au contrat d'adhésion », *JCP E* août 2017, 1452

DELATTRE (C.)

- « Le rôle croissant du ministère public », *Cah. dr. entr.* juill. 2016, dossier 32

DELPECH (X.)

- « LME : renforcement du mécanisme de lutte contre les clauses abusives », *D.* 2008, p. 2220
- « Consécration de la règle de l'estoppel », *D.* 2009, p. 723
- « La saisine de la Commission d'examen des pratiques commerciales », *AJCA* 2015, p. 216
- « Florilège d'avis de la Commission d'examen des pratiques commerciales », *AJ contrat* 2017, p. 5

DELVOLVÉ (P.)

- « La nature des recours devant la Cour d'appel de Paris contre les actes des autorités boursières », *BJS* juin 1990, n° 6, p. 499

DEPINCÉ (M.) et MAINGUY (D.)

- « L'introduction de l'action de groupe en droit français », *J.-Cl. com.* mars 2014 fasc. 979

DESMAZIÈRES DE SÉCHELLES (A.)

- « Mise en œuvre dans le temps des règles afférentes à la compétence exclusive de la Cour d'appel de Paris en droit de la concurrence », *JCP E* mars 2008, 1308

DEWOST (J.-L.), LASSERRE (J.-L.) et SAINT-ESTEBEN (R.)

- « L'entreprise, les règles de concurrence et les droit fondamentaux : quelle articulation ? », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* avril 2012, n° 35, p. 187

DIENY (E.)

- *Droit français de la concurrence : ententes, abus de domination, concentrations, J.-Cl. Conc. consom.*, 1er janv. 2016, synthèse 30

DISSAUX (N.)

- « Les clauses abusives : pour une extension du domaine de la lutte », *Dr. et patrimoine* oct. 2014, n° 240

DISSAUX (N.)

- « Pauvre « loi Doubin »… », *JCP E* avril 2016, 1235

DONNEDIEU DE VABRES-TRANIÉ (L.), et MONTET (C.)

- « Un droit de la concurrence : pour quoi faire ? », *Contrats, conc. consom.* déc. 2006, n° 12, p. 22

DREFUSS-NETTER (F.)

- « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », *RTD civ.* 1990, p. 369

DUFOUR (O.)

- « Ce que les avocats doivent espérer (ou craindre) de J21 », *Gaz. Pal.* nov. 2015, n° 318, p. 3

DUMAS (J.-P.)

- « La Commission d'examen des pratiques commerciales », *D.* 2003, p. 1146

DUPONT (N.)

- « Estoppel et appel », *JCP E* n° 16, 16 avril 2015, p. 1189

DURAND-PASQUIER (G.)

- « Clauses excessives : les réajustements opérés par la réforme », *JCP N* avril 2016, 1113

EDELMAN (B.)

- « De la liberté et de la violence », *D.* 2001, p. 2315

FAGES (B.)

- « Même pour respecter l'équilibre contractuel, le juge ne peut modifier le contrat », *RTD civ.* 2009, p. 528

FAILLET-SBLANDANO (M.)

- « Les actions de groupes in futurum », *LPA* mai 2016, n° 105, p. 6

FASQUELLE (D.)

- « La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles », *RTD com.* 1998, p. 763

FAURE-ABBAD (M.)

- « Article 1222 : la faculté de remplacement », *RDC* 2015, n° 3, p. 784

FAUVARQUE-COSSON (B.)

- « L'ordre public » in, *1804 – 2004 Le code civil : un passé - un présent - un avenir*, D 2004, n° 12, p. 480
- « Première influence de la réforme du droit des contrats », *D.* 2017, p. 793

FENOUILLET (D.)

- « Le juge et les clauses abusives », *RDC* juin 2016, n° 2, p. 358

FERRÉ (D.) et PIHÉRY (R.)

- « Des précisions sur l'appréciation du déséquilibre significatif au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce », *AJ contrat* 2017, p. 132

FERRIER (D.)

- « Les pratiques restrictives de concurrence, pour quelle finalité ? », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz 2006, p. 191 s.
- « Concurrence-Distribution », D. 2012, p. 577
- « Concurrence-Distribution », *D.* 2017, p. 881
- « Concurrence-Distribution », *D.* 2018, p. 865

FORTI (V.)

- *Exécution forcée en nature, Rep. civ.* oct. 2016

FORTUNATO (A.)

- « Les circonstances de la révision du contrat », *LPA* janv. 2018, n° 9, p. 6

FOURGOUX (J.-C)

- « Inutilité du droit interne de la concurrence », *RJC* 1989, p. 145
- « La place du droit pénal dans l'administration de l'économie libérale : la loi Galland du 1er juillet 1996 », *RSC* 1997, p. 653
- « La réparation du préjudice des entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles », *JCP E* déc. 1999, 2016
- « La loi du 4 août 2008, une révolution prometteuse mais ténébreuse », *Gaz. Pal.* sept. 2008, p. 2
- « Déséquilibre significatif : une validation par le Conseil constitutionnel qui marie droit de la concurrence et droit de la consommation en matière de clauses abusives », *Contrats, conc. consom.* mars 2011, n° 3, étude 5

FRANÇOIS-MARTIN (L.) et DAULOUÈDE (I.)

- « L'introduction de l'action de groupe en droit français : entre risque et incertitude pour les entreprises », *Contrats, conc. consom.* mai 2014, n° 5, dossier 5

FRICERO (N.)

- « La recevabilité des moyens nouveaux en appel ou le droit de se contredire ! », *JCP G* avril 2015, 470

FRISON-ROCHE (M.-A.)

- « Le contrat et la responsabilité : consentement, pouvoirs et régulation économique », *RTD civ.* 1998, p. 48
- « Le droit de la régulation », *D.* 2001, p. 610
- « Contrat, concurrence, régulation », *RTD civ.* 2004, p. 451

FROSSARD (S.)

- « Quelques réflexions relatives au principe de la personnalité des peines », *RSC* 1998, p. 703

GALLOT (J.)

- « L'intervention du ministre devant le juge civil en matière de relations commerciales », *Rev. Conc. consom.* 2000, n° 115

GAUDEMET (G.)

- « Le pouvoir de réformation de la cour d'appel de Paris dans le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence », JCP G 2000, 2241

GAUDEMET (S.)

- « Quand la clause abusive fait son entrée dans le code civil », *Contrats, conc. consom.* mai 2016, n° 5, dossier 5

GAUTIER (E.) et DE MORTILLET (J.)

- « Nouvelles précisions sur les contours de l'action du ministre de l'économie sur le fondement de l'article L. 442-6, III du code de commerce », *AJ contrat* 2017, p. 38

GAUTIER (P.-Y.)

- « La réduction proportionnelle du prix. Exercices critiques de vocabulaire et de cohérence », *JCP E* sept. 2016, 947

GERMAIN (M.)

- « Les relations économiques entre droit commun et droits spéciaux », *JCP E* juin 2018, 1339

GHESTIN (J.)

- « La notion de contrat », *D.* 1990, p. 147

GICQUIAUD (E.)

- « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », *RTD com.* 2014, p. 267

GIUDICELLI (A.)

- « Le principe de la légalité en droit pénal français », *RSC* 2007, p. 509

GOLDIE-GENICON (C.)

- « Droit commun et droit spécial », *RDA* 2013, n° 7, p. 39

GOUACHE (J.-B.)

- « Chronique de jurisprudence de droit de la franchise 2016 », *Contrats, conc. consom.* fév. 2017, n° 2, étude 2

GOUACHE (J.-B.) et BÉHAR-TOUCHAIS (M.)

- « Les apports de la loi Sapin II du 9 décembre 2016 en matière de distribution », *Contrats, conc. consom.* juin 2017, n° 6, étude 7

GOUYET (R.)

- « La répression des retards de paiement dans les transactions commerciales à travers le prisme de la loi NRE », *Contrats, conc. consom.* mai 2002, n° 5, chron. 11

GRANDO (S.) et GOUBET (J.)

- « Convention annuelle ou convention perpétuelle ? », *RLC* mars 2016, n° 48

GRANGEON (J.)

- « La preuve en droit de la concurrence : la fin justifie les moyens ! », *RLC* déc. 2016, p. 43-49

GRIMALDI (C.)

- « L'article L. 442-6, I, 8° du code de commerce sur le devant de la scène », *L'ESSENTIEL Droit de la distribution et de la concurrence* 2017, p. 2
- « La sanction d'une clause créant un déséquilibre significatif », *RDC* mars 2017, p. 86

GUÉGAN-LÉCUYER (A.)

- « La qualité pour agir exclusivement réservée à certaines associations », *Gaz. Pal.* mai 2013, n° 136

GUENZOUI (Y.)

- « Entente et contrat : le trouble notionnel », *RTD com.* 2006, p. 273

GUÉVEL (D.)

- « Quelques aspects de la loi « NRE » en matière de concurrence », *Gaz. Pal.* mai 2002, p. 36

GUILLOTIN (A.)

- « La preuve et la forme des ententes », *JCP E* févr. 2012, 1107

GUYON (Y.)

- « Rapport de synthèse », in *Droit du marché et droit commun des obligations*, RTD com. 1998, p. 121

HAMMADI (R.)

- « La Commission d'examen des pratiques commerciales, un instrument utile pour les entreprises », *AJ Contrats d'affaires* 2014, p. 298

HEINICH (J.)

- « Le déséquilibre entre les droits et obligations des parties », *Rev. Lamy. dr. du contrat*, mise à jour juill. 2017, n° 1291

HOEPFNER-LÉGER (I.)

- « Les poursuites privées en matière de pratiques anticoncurrentielles : pistes de réflexion », *Cah. dr. entr.* janv. 2007, n° 1, dossier 4

HONTEBEYRIE (A.)

- « 1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance », *D.* 2016, p. 2180

HOUTCIEFF (D.)

- « Les class action devant le juge français : rêve ou cauchemar ? », *LPA* juin 2005, p. 42
- « Consécration limitée de la règle de l'estoppel », *D.* 2009, p. 1245
- « La consécration de l'interdiction de se contredire », *JCP G* nov. 2011, 1250
- « Principe de cohérence : « Au commencement était le verbe » … », *JCP G* nov. 2014, 1141

IDOT (L.)

- « La protection par le droit de la concurrence », in *Les clauses abusives entre professionnels*, *(dir.)* C. JAMIN et D. MAZEAUD, Économica, coll. Études juridiques 3, 1998, p. 55.
- « Abus de position dominante », *Europe* févr. 2001, n° 2, comm. 62
- « La deuxième partie de la loi « NRE » ou la réforme du droit français de la concurrence », *JCP G* 2001, I, 343
- « La responsabilité professionnelle quasi-répressive : l'exemple du droit de la libre concurrence », *LPA* juill. 2001, n° 137, p. 34
- « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », *RDC* 2004, p. 882 et s.
- « Nouvel épisode de l'adaptation du droit français au règlement n° 1/2003 : convergence confirmée, mais surtout centralisation surprenante ! », *Europe* févr. 2006, n° 2, alerte 5

- « L'activité des juridictions de droit commun en matière de pratiques anticoncurrentielles », *Europe* juin 2008, n° 6, comm. 209

JAHLÈL (S.)

- « Fin de non-recevoir et ordre processuel » in *Mélanges S.* GUINCHARD, D. 2010, p. 723

JAMIN (C.)

- « Loi n° 96-588 du 1er juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales », *RTD civ.* 1996, p. 1009

JENNY (F.)

- « Sanctions civiles et sanctions administratives en droit de la concurrence : une approche économique », *RLC* juill. 2011, n° 28

JOSÉ AZAR-BAUD (M.)

- « L'entrée triomphale (?) de l'action de groupe en droit français », *D.* 2013, p. 1487

JOURDAIN (P.)

- « À la recherche de la réfaction du contrat, sanction méconnue de l'inexécution », in : *Libre droit : Mélanges en l'honneur de Philippe* LE TOURNEAU, D. 2008, p. 449

KDHIR (M.)

- « Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : mythe ou réalité ? », *D.* 1994, p. 30

KERGUELEN (E.)

- *Le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (pratiques commerciales restrictives), J.-Cl. com.* 15 déc. 2015, fasc. 280.

KULLMANN (J.)

- « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993, p. 59

LAFAIX (J.-F.)

- « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », *RFDA* 2010, p. 1089

LAFAURIE (K.)

- « Clauses abusives : l'articulation du dispositif du code civil avec les textes spéciaux » », *JCP E* août 2017, 1453

LAFORTUNE (M.-A.)

- « Les autorités indépendantes de régulation à l'épreuve des principes processuels fondamentaux dans l'exercice de leur pouvoir de sanction des manquements aux règlements du marché économique, financier et boursier », *Gaz. Pal.* sept. 2001, n° 268, p. 12

LAGARDE (X.)

- « Question autour de l'article 1171 du code civil », *D.* 2016, p. 2174

LAJNEF (N.)

- « Le « déséquilibre significatif de droit commun » (article 1171 du code civil) : enjeux et incidences pratiques », *RJSP* mars 2017, p. 6

LAMAZEROLLES (E.)

- « Le droit de relever les prix chez un concurrent à la lumière de la jurisprudence », *JCP E* mai 2010, 1471

LAMY (B.)

- « La conception constitutionnelle de la légalité pénale et les aléas de la jurisprudence de la chambre criminelle », *RSC* 2012, p. 221

LAPÉROU-SCHENEIDER (B.)

- « De la nature répressive de l'action de groupe et de son extension en droit du travail », *Dr. soc.* 2015, p. 256

LARDEUX (G.)

- « Rapport introductif », in *L'équilibre du contrat*, PUAM, 2012, p. 9

LAROCHE-GISSEROT (F.)

- « Les class actions américaines », *LPA* juin 2005, n° 115, p. 7

LASBORDES-DE VIRVILLE (V.)

- « Le traitement du déséquilibre contractuel par la réforme du droit des contrats : impact(s) sur les contrats de distribution commerciale », *RLC* oct. 2016, n° 54

LASSERRE (B.)

- « Le rôle de la sanction pécuniaire en droit de la concurrence », *RLC* juill. 2010, n° 24

LASSERRE-KIESOW (V.)

- « La promotion des sanctions civiles en droit des pratiques anticoncurrentielles », *D.* 2007, p. 2116

LAVRIC (S.)

- « Modernisation de l'économie : droit de la concurrence », *D. actu.* 24 juill. 2008

LE BOURG (J.) et QUÉZEL-AMBRUNAZ (C.)

- « Article 1221 : L'exécution forcée en nature des obligations », *RDC* sept. 2015, n° 3, p. 782

LE GAC-PECH (S.)

- « Dernière touche au régime de la rupture brutale des relations commerciales », *JCP E* avril 2015, 1180
- « Sanctions et démesure », *JCP E* avril 2015, 1207
- « Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du code civil », *LPA* août 2016, n° 162-163, p. 7
- « L'étoffe du droit des pratiques restrictives de concurrence ou le triomphe de la lésion », *JCP E* mars 2017, 1135

LE LOCH (A.)

- « Les quinze ans de la Commission d'examen des pratiques commerciales », *AJCA* 2016, p. 356

LE MORE (P.)

- *Recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence en matière de pratiques anticoncurrentielles, J.-Cl. Conc. consom.* oct. 2016, fasc. 309

Le TOURNEAU (P.)

- « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin) », *RTD civ.* 1988, p. 505, spéc. p. 508

LEBRETON (S.)

- « La Commission d'examen des pratiques commerciales : une occasion manquée pour la médiation », *LPA* août 2002, n° 170, p. 26

LECOURT (A.)

- « Stricte acceptation des modalités d'information des fournisseurs dans le cadre de l'action du ministre de l'économie », *AJCA* 2014, p. 288
- « Article L. 442-6, I, 2° du code de commerce et article 1171 du code civil : exclusion ou complémentarité ? », *RLDA* déc. 2016, n° 121
- « Le déséquilibre significatif : un instrument neutralisé hors de la grande distribution », *RLDA* déc. 2016, n° 121

LECOURT (B.)

- « Les fusions de sociétés et le principe de personnalité de la responsabilité pénale », *Rev. Sociétés* 2015, p. 677

LEFEVRE (P.)

- « Les juridictions spécialisées : une nouvelle mode ? », *Gaz. Pal.* juin 2007, n° 153, p. 2

LEMAIRE (C.) et BLANC (D.)

- « Un nouvel essor des relations entre le Conseil de la concurrence et les juridictions en droit de la concurrence », *JCP E* nov. 2006, 2590

LEROY (O.) et RUY (B.)

- « Contentieux de la concurrence : deux ans de procédure (2008-2009) », *Procédures* mars 2010, n° 3, chron. 1
- « Deux ans de contentieux de la concurrence (2010-2011) », *Procédures* févr. 2012, n° 2 chron. 1

LEVENEUR (F.)

- « Réforme à venir du droit des contrats et des obligations – n'oubliez pas la sécurité juridique ! », *Contrats, Conc. Consom.* 2015, Repère, n° 10
- « Table ronde : faut-il avoir confiance dans la réforme ? », *RDC* 2015, p. 661

LÉVY (M.) et MARTUCCI (F.)

- « Le nouveau droit des concentrations en France », *JCP E* oct. 2001, 1593

LICARI (F.-X.)

- « Du déséquilibre significatif dans les contrats : quelle articulation entre les textes ? », *RLDC* janv. 2017, n° 144

LOKIEC (P.)

- « "Qui dit conventionnel dit juste !" L'avènement d'un nouveau dogme », *JCP E* mars 2015, 282

LUC (I.)

- « Droit de la concurrence et distribution : quel(s) rôle(s) pour le juge de droit commun ? », *Rev. Lamy dr. aff.* juin 2013, n° 83
- « L'application judiciaire du déséquilibre significatif aux contrats d'affaires », *AJCA* 2014, p. 109

LUCAS DE LEYSSAC (C.) et PARLÉANI (G.)

- « L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat », *in Le contrat au début du XXIe siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ 2001, p. 613

LUCIANI (A.-M.)

- « L'action du ministre de l'Economie en nullité et en répétition de l'indu déclarée irrecevable pour contrariété à l'article 6 de la convention EDH », *JCP G* nov. 2007, I, 10191

LUTZ (P.) et WAGNER (M.-P.)

- « Pourquoi la loi Doubin n'est pas applicable aux contrats de bière », *D.* 2001, p. 1708

MAINGUY (D.)

- « L'esprit et la lettre du nouvel article L. 442-6 du code de commerce », *JCP E* nov. 2002, 1729
- « Comment renforcer l'efficacité de la loi Doubin », *Contr. conc. cons.* mars 2003, n° 3, chron. 4
- « La nature de la responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies : une controverse jurisprudentielle à résoudre », *D.* 2011, p. 1495
- « L'action de groupe en droit français après la loi Hamon du 17 mars 2014 », *Gaz. Pal.* 2014, n° 21

MAINGUY (D.) et DEPINCE (M.)

- « L'introduction de l'action de groupe en droit français », *JCP E* mars 2014, 1144

MAISTRE DU CHAMBON (P.)

- « Loi et responsabilité pénale », *J.-Cl. Pénal des affaires* mars 2018, synthèse 10

MALAURIE-VIGNAL (M.)

- « Transparence tarifaire, négociation et liberté des prix au regard de la loi du 1er juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales », *D.* 1996, p. 361
- « Que reste-t-il de la dépénalisation voulue par les rédacteurs de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ? Bilan et perspectives », *Contr. conc. consom.* déc. 2006, n° 12, p. 24

- « La LME affirme la liberté de négociation et sanctionne le déséquilibre significatif », *Contrats, conc. consom.* oct. 2008, n° 10, comm. 238
- « Délais de paiement : accords interprofessionnels dérogatoires », *Contrats, conc. consom.* févr. 2009, n° 2, comm. 45
- « Autonomie de l'action du ministre de l'Économie agissant sur le fondement de l'article L. 442-6, III, du code de commerce » ; *Contrats, conc. consom.* févr. 2010, n° 2, comm. 44
- « Question prioritaire de constitutionnalité et article L. 442-6, III, du code de commerce », *Contrats, conc. consom.* mai 2011, n° 5, comm. 115
- « Notion de partenaire commercial », *Contrats, conc. consom.* juin 2016, n° 6, comm. 141
- « Faut-il avoir peur du déséquilibre significatif », *Contrats, conc. consom.* juill. 2015, n° 7, étude 9
- « Droit commun et droit spécial à la lumière de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats », *Contrats, conc. consom.* mars 2017, n° 3, repère 3
- « Transparence tarifaire », *Contrats, conc. consom.* juill. 2017, n° 7, comm. 150

MALECKI (C.), VECCHIONE (S.) et TOUSSAINT-DAVID (G.)

- « La LME et la nouvelle Autorité de la concurrence : enjeux et perspectives », *LPA* sept. 2009, n° 187, p. 3

MALLET-BRICOUT (B.)

- « 2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats », *RTD civ.* 2016, p. 463

MARÉCHAL (C.)

- « Les grandes étapes de l'évolution du droit de la concurrence », *J.-Cl. Conc. consom.* juin 2014, fasc. 25

MARTIN (A.-C.) et PIHÉRY (R.)

- « Pratiques restrictives de concurrence. Procédures de contrôle et de sanction », *J.-Cl. conc. consom.* janv. 2018, fasc. 720

MARTIN (R.)

- « La fonction juridictionnelle du Conseil de la concurrence », *JCP G* nov. 1990, doctr. 3469

MATHEY (N.)

- « Le déséquilibre significatif : approches civiliste et consumériste », *Contrats, conc. consom.* mai 2013, n° 5, dossier 3
- « Mise en œuvre de la spécialisation des juridictions en matière de pratiques restrictives », *Contrats, conc. consom.* déc. 2013, n° 12, comm. 267

MATHIEU (G.)

- « L'application du droit de la concurrence aux personnes publiques », *D.* 1995, p. 27

MAZEAUD (D.)

- « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.* 2014, p. 291
- « La réfaction unilatérale du contrat, sanction originale et générale de l'inexécution du contrat ? », in : *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LGDJ 2015, n° 2, p. 544
- « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p. 2477
- « La lésion », *Répertoire de droit civil* mars 2012 (actualisation juin 2016)
- « Protection des professionnels contre les clauses abusives : l'imbroglio… », *Gaz. Pal.* 2016, n° 12, p. 20
- « Quelques mots sur la réforme du droit des contrats », *D.* 2018, p. 912

MAZEAUD (D.) et GENICON (T.)

- « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC* janv. 2012, n° 1, p. 276

MEKKI (M.)

- « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* avril 2015, n° 120, p. 37

- « La réforme du droit des contrats et le monde des affaires : une nouvelle version du principe comply or explain ! », *Gaz. Pal.* janv. 2016, p. 18

MENURET (J.-J.)

- *Autorité de la concurrence, J.-Cl. conc. consom.* oct. 2015, fasc. 60

MESTRE (J.)

- « De la forte emprise du droit de la concurrence sur le contenu du contrat », *RTD civ.* 1994, p. 349
- « Le nouvel article L. 441-8 du code de commerce, un bel article de droit civil ! », *RLDC* juin 2014, n° 116

MITCHELL (M.-C.) et DELANNOY (T.)

- « Abus de puissance contractuelle et pratiques commerciales restrictives », *AJCA* 2015, p. 504

MOLFESSIS (N.)

- « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », *D.* 2014, p. 947

MOUSSERON (J.-M.), SÉLINSKY (V.) et FERRIER (D.)

- « Le mort saisit le vif. Commentaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence », *JCP E* janv. 1987, 14840

NICINSKI (S.)

- « L'Autorité de la concurrence », *RFDA* 2009, p. 1237

NICOLAS-VULLIERME (L.)

- *Pratiques restrictives de l'article L. 442-6 du code de commerce, J.-Cl. Conc. consom.* sept. 2012, fasc. 290

NORMAND (J.)

- « Les excroissances des fins de non-recevoir », *RTD civ.* 1981, p. 684

NOURISSAT (C.)

- « À propos des procédures judiciaires de concurrence : proposition raisonnable au service d'une justice apaisée », *RLC* oct. 2008, n° 17
- « Les juges lyonnais sont-ils bêtes ? (À propos des décrets du 9 octobre 2009 relatif à la compétence en matière de propriété intellectuelle et du 11 novembre 2009 relatif à la compétence en matière de pratiques restrictives de concurrence), *Procédures* févr. 2010, n° 2, alerte 6

OPPETIT (B.)

- « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence », *Rev. sc. mor. pol.* 1995/3, p. 241

OSMAN (F.)

- « Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause de résolution de plein droit », *Defrénois* janv. 1993, p. 65

PAISANT (G.)

- « La protection par le droit de la consommation » in *Les clauses abusives entre professionnels* (*dir.*) C. JAMIN et D. MAZEAUD, Économica 1998, p. 17

PANCRAZI (M.-E.)

- « La moralisation des pratiques commerciales », *Dr. et patrimoine* déc. 2001, n° 99

PECNARD (C.) et ROBIC (G.)

- « Les rapports industrie-commerce ou la vaine recherche de l'équilibre parfait », *LPA* 2005, n° 55, p. 6

PENNEAU (A.)

- « La sanction civile de contrats commerciaux déloyaux par l'effet de substitution d'une autorité publique », *D.* 2003, p. 1278
- « L'article L. 442-6, III, du code de commerce en question », *D.* 2007, chron. 2630

PERRUCHOT-TRIBOULET (V.)

- « Loi Doubin : l'information précontractuelle donnée, même non obligatoire, doit toujours être sincère »**,** *LPA* 2003, n° 186, p. 3

PETIT (S.)

- « Réflexions sur l'incrimination de la menace d'une rupture brutale des relations commerciales », *D.* 2010, p. 1813

PHILIPPE (J.), DOMINGUEZ (S.) et BORET (F.-H.)

- « L'avènement des procédures de coopération devant le Conseil de la concurrence : clémence, engagements, transaction », *Contrats conc. consom.* n° 12, déc. 2006, 28.

PICHON DE BURY (M.) et MINET (C.)

- « Incidences de la suppression de l'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce et de l'introduction de la notion de « déséquilibre significatif », *Contrats, conc. consom.* déc. 2008, n° 12, étude 13

PICOD (Y.)

- *Nullité, Rép. civ.*, mars 2013 (actualisation : oct. 2016)

PIROVANO (A.)

- « Progrès économique ou progrès social (ou les contradictions du droit de la concurrence », *D.* 1980, p. 153

PIZZIO (J.-P.)

- « Droit du marché et droit commun des obligations », *RTD com.* 1998, p. 53

POESY (R.)

- « Le Conseil de la concurrence, juge du contrat, *LPA* oct. 2000, n° 240, p. 4
- « La nature juridique de l'Autorité de la concurrence », *AJDA* 2009, p. 347

POLLAUD-DULIAN (F.)

- « De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires », *RTD com.* 1997, p. 349

PORTMANN (A.)

- « Il est inacceptable de réserver l'exercice de l'action de groupe à 17 personnes morales », *D.* actu. 29 avril 2013.

POUMARÈDE (M.)

- « La responsabilité du fait de l'inexécution d'une obligation contractuelle : un régime de compromis », *RDC* 2016, n° 4, p. 795

PRIETO (C.)

- « La lutte contre les pratiques anticoncurrentielles : l'élan donné par la loi sur les nouvelles régulations économiques, *Dr. et patrimoine* déc. 2001, n° 99

PRUNET (F.)

- « Concurrence et responsabilité pénale des personnes morales : un effet inattendu de la loi Perben II », *Gaz. Pal.* nov. 2005, n° 321, p. 2

PUIG (P.)

- « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD civ.* 2001, p. 749

RAPP (L.)

- « Les nouvelles régulations économiques », *AJDA* 2001, p. 560

RAYNARD (J.)

- « Les restitutions dans les contrats de distribution, in : *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Colloque de l'institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence 30-31 mai 1996, PUAM 1997, p. 179

- « Le ministre, le juge et le contrat. Réflexions circonspectes à propos de l'article L. 442-6, III, du code de commerce », *JCP A* juill. 2007, 1864

REBEYROL (V.)

- « La nouvelle action de groupe », *D.* 2004, p. 940

RETTERER (S.)

- « Le contrat de référencement : du droit des obligations au droit de la concurrence », *JCP E* 1999, 1
- « La restauration de l'équilibre des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs dans la grande distribution », *D.* 2003, p. 1210

REVET (T.)

- « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.* 2015, p. 1217

RICHAUD (C.)

- « La prohibition des pratiques anticoncurrentielles comme composante de l'ordre public économique », *Gaz. pal.* juill. 2016, n° 25, p. 30

RICHER (L.)

- « Le recours contre les décisions administratives devant le juge judiciaire (Aperçu de droit administratif judiciaire) », *CJEG* 1990, p. 367

ROCHFELD (J.)

- « Nouvelles régulations économiques et droit commun des contrats », *RTD civ.* 2001, p. 671

RODA (J.-C.)

- « Réflexions sur les objectifs du droit français de la concurrence », *D.* 2018, p. 1504

ROSKIS (D.) et JAFFAR (S.)

- « L'introduction de l'action de groupe à la française « une justice plus proche des citoyens » ? », *Cah. dr. entr.* juill. 2013, n° 4, dossier 25

ROUGEAU-MAUGER (C.)

- « Réflexion sur la nature juridique de l'action en justice du ministre de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence », *RTD com.* 2010, p. 653

ROZEC (P.)

- « La sanction de la violation des règles d'ordre public. Réparation et régulation », *JCP S* avril 2017, n° 16, p. 1136

ROZES (S.)

- « Un profil nouveau pour les juges », in : *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, D. 1996, p. 435

RUY (B.)

- « Contentieux des pratiques restrictives de concurrence : vers une mise en ordre ? », *AJ contrat* 2017, p. 217

SAINTOURENS (B.)

- « La notion de rupture brutale de la relation commerciale », *Cah. dr. entr.* janv. 2014, dossier 3

SALOMON (R.)

- « Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes en matière économique et financière et les garanties fondamentales, *Droit des sociétés* août 2000, n° 8-9, chron. 17

SAVAUX (E.)

- « Article 1223 : la réduction du prix », *RDC*, 2015, n° 3, p. 786
- « Le contenu du contrat », *JCP G* 2015, 20

SE (H. M.)

- « La Convention européenne des droits de l'homme et les droits français et communautaire de la concurrence », *RTD eur.* 1991, p. 335

SÉE (A.)

- « Le juge judiciaire et autorités de régulation », in *Le juge judiciaire*, Association Française pour la recherche en Droit Administratif-AFDA, D. coll. Thèmes & commentaires, 2016

SÉLINSKY (V.)

- « La nullité des engagements relatifs à des pratiques restrictives visées par l'article L. 442-6 du code de commerce », *RLDC* févr. 2005, n° 2

SÉNAC DE MONSEMBERNARD (M.)

- « Le contrôle de la Cour d'appel de Paris sur les décisions de l'ART », *Dr. adm.* 2005, p. 33

SERRA (Y.)

- « Une clause de non-concurrence peut être analysée comme une entente prohibée. Les conditions de la licéité d'une restriction du droit au retrait d'un syndicat », *D.* 1994, p. 220

STOFFEL-MUNCK (P.)

- « La responsabilité civile peut-elle servir à réduire un prix jugé excessif ? », *JCP E* déc. 2011, n° 49, p. 1876
- « Les clauses abusives : on attendait Grouchy… », *Dr. et patrimoine* oct. 2014, n° 240, p. 56
- « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* avril 2016, p. 30

STRICKLER (Y.) et BORÉ (L.)

- « Faut-il avoir peur de l'action de groupe ? », *Revue de droit* d'Assas févr. 2014, p. 15

TEMPLE (H.)

- « "*Class action*" et économie de marché », *JCP G* juin 2005, n° 22, act. 284

TERNEYRE (P.)

- « Concilier droit bancaire et droit de la concurrence », *AJDA* 2017, p. 540

THÉPOT (C.)

- « L'articulation des règles relatives à la prohibition des clauses abusives », *Rev. Lamy dr. aff.* juill. 2011, n° 62

TOULOUSE (G.), et WESSING (T.)

- « L'information précontractuelle due au candidat franchisé par le franchiseur ne se limite pas nécessairement à la liste fournie par l'article R. 330-1 du code de commerce », *DDC* 2017, n° 1, p. 5

UTZSCHNEIDER (Y.) et LAMOTHE (A.)

- « Que penser d'une règle de protection contre les clauses abusives dans le code de commerce ? », *RDC* juill. 2009, n° 3, p. 1261

UTZSCHNEIDER (Y.) et RIVOLLIER (M.)

- « La rédaction des contrats d'affaires à l'épreuve du déséquilibre significatif : quelles difficultés ? quels conseils ? », *AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution* 2014, p. 113

VANNI (P.)

- « Équilibre des relations commerciales dans le secteur agro-alimentaire : la nouvelle donne « Egalim » … », *RLC* déc. 2018, n° 78

VETU (F.)

- « Application de la responsabilité civile pour faute à la violation du droit des pratiques anticoncurrentielles », *JCP G* nov. 2003, n° 48, II, 10183

VICH-Y-LLADO (D.)

- « La responsabilité pénale des personnes morales en cas de fusion », *JCP E* mai 2001, n° 20, 838

VILMART (C.)

- « L'effectivité de la lutte contre les pratiques commerciales abusives dans la loi NRE 1. De la création de la Commission des pratiques commerciales à la nullité des clauses abusives », *JCP E* déc. 2001, n° 50, 1994
- « De la difficulté d'appliquer la règle de compétence exclusive de la Cour de Paris en droit communautaire de la concurrence, quand ce droit s'oppose à des droits de propriété intellectuelle », *JCP E* nov. 2007, n° 46, 2382
- « Naissance de l'Autorité de la concurrence : une réforme fondamentale mais inachevée », *JCP E* janv. 2009, n° 4, 1077
- « Le transfert du contrôle des concentrations à l'Autorité de la concurrence », *Contrats, conc. consom.* févr. 2009, n° 2, alerte 10

VILMART (C.) et LEGUIN (E.)

- « La loi de modernisation de l'économie : une tentative encore inachevée de modernisation du droit français de la concurrence », *JCP E* 2008, 1997

VIRASSAMY (G.)

- « La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989 (art. 1e) », *JCP E* juin 1990, n° 25, 15809

VOGEL (L.)

- « Les tendances actuelles du droit de la concurrence en France Bilan d'une année d'activité du Conseil de la concurrence et de la Cour d'appel de Paris, section concurrence », *JCP G* nov. 1990, n° 46, doctr. 3470
- « Définition et preuve de l'entente en droit français de la concurrence. Étude de la jurisprudence récente », *JCP E* nov. 1991, n° 48, 96
- « Les limites du marché comme instrument du droit de la concurrence », *JCP G* févr. 1994, n° 6, doctr. 3737
- « Droit de la concurrence et puissance d'achat : plaidoyer pour un changement », *JCP E* déc. 1997, n° 50, 713
- « L'intérêt des sanctions civiles et pénales », *Gaz. Pal.* janv. 2003, p. 120
- « Le juriste face à l'analyse économique », *Contrats, conc. consom.* juill.-août 2003, n° 134

VOGEL (L.) et (J.)

- « Les sanctions du droit de la concurrence », *JCP E* mars 2013, n° 12, p. 1168

WALTHER (J.)

- « À justice équitable, peine juste ? Vues croisées sur les fondements théoriques de la peine », *RSC* 2007, p. 23

WICKER (G.)

- « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot », *D.* 2015, p. 1557

WILHELM (P.) et FERCHICHE (L.)

- « Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles », *J.-Cl. Conc. consom.* 14 déc. 2009, mise à jour mars 2013, fasc. 382

WITZ (C.)

- « Le juge et la révision du contrat : vision du droit français », *LPA* mars 2018, n° 65, p. 10

INDEX AVEC NUMÉROS DE PARAGRAPHES

A.

Action

- des autorités publiques 211, 213, 214, 219, 220, 221, 222
- par substitution 223, 224
- autonome 225, 226
- des victimes 38, 52, 212
- de groupe 232 et s.

Amende

- administrative 65, 67
- civile 27, 50, 64

Astreinte 70

Autorité

- de la chose jugée 224, 242

Avantages sans contrepartie 198, 200

B.

Bilan économique 192, 193, 194, 195

C.

Consommateur 13, 113, 117, 225 (V° Action de groupe)

Cumul

- conditions 399 et s.
- avantages 412 et s.
- mises en œuvre 418 et s.

D.

Demande en réparation 299, 300, 329

Déséquilibre

- contractuel 1, 2, 3, 4, 5
- pouvoir (en) 8
- valeur (en) 5, 6, 7
  - significatif 199, 231, 245, 246, 285, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 371, 382, 387, 388, 429, 430, 433, 434,

Disproportion manifeste (V° Avantage sans contrepartie)

Dépendance économique 151, 152, 282

E.

Exception

- incompétence (d') 96, 97
- inexécution (d') 291, 292, 293, 294, 325

Exécution

- forcée en nature 295, 326

F.

Fin de non-recevoir 98, 99, 100

I.

Imprévision 7, (V° Obligation de renégociation)

Injonction 68, 69, 70, 424

Information (V° Obligation d'information)

L.

Lésion 6, 128, 282, 284, 285, 368

M.

Marché

- limitation de l'accès 146, 179
- répartition (des) 182

Mesure de publication 71

N.

Nullité 31, 32, 33, 34, 49, 316, 317, 318, 319, 320, 321

O.

Obligation d'information 272, 273

Obligation de renégociation 301, 302, 303, 304, 305

Option

- conditions 353 et s.
- avantages 360 et s.
- mises en œuvre 367 et s.

Ordre public économique 15, 29, 51, 52, 54, 63, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74

P.

Partenariat commercial 173, 251, 261, 278

Position dominante 148, 149, 150

Pouvoir de révision du juge 308, 309

Pratiques discriminatoires 184

Pratiques restrictives de concurrence 158 et s

Principe

- personnalité des peines (de la) 61

- légalité criminelle (de) 127

Prix

- obstacle à la fixation (du) 180

- réduction (du) 297, 327

R.

Refus de vente 183

Relation commerciale établie 203

Répétition de l'indu 50, 333, 334, 335

Réputé non-écrit 51,363, 411, 414, 429

Résolution pour inexécution 298, 328

Responsabilité

- civile 35, 36, 37, 38, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47

- pénale (V° sanction pénale)

Révision du contrat (V° Imprévision)

Rupture brutale 201

- menace (de) 201

- notion (de) 204, 205, 206

S.

Sanction

- administrative 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71
- civile 27 et s.
- cumul (V° cumul)
- option (V° option)
- pénale 55, 56, 57, 58, 59

Spécialisation des juridictions

- les avantages (de la) 84, 85,
- les inconvénients (de la) 86, 87, 88, 89, 90, 91

V.

Violence

- notion 280
- conception classique 281
- conception moderne 282

TABLE DES MATIÈRES

Sommaire 11
Liste des abréviations, des sigles et des acronymes 13

INTRODUCTION 15

PREMIÈRE PARTIE. L'INSUFFISANCE DES RÉPONSES 41

TITRE I. LEUR INADAPTATION 45

CHAPITRE I. L'EMPILEMENT DES SANCTIONS 49

Section I. Le recours à des sanctions civiles hétérogènes 49
§ 1. Le recours au modèle classique 50
A. La nullité, sanction de principe 51
B. La responsabilité, sanction complémentaire 55
§ 2. Le détour du modèle classique 58
A. La primauté de la sanction complémentaire 59
B. La relégation des sanctions principales 64
Section II. Le rajout de sanctions inadéquates 68
§ 1. Le rajout de sanctions pénales 69
A. Leur inadéquation au traitement du déséquilibre contractuel 70
B. Leur inadéquation aux réalités du monde économique 74
§ 2. Le rajout de sanctions administratives 77
A. Leur finalité de protection de l'ordre public économique 78
B. Leur indifférence au déséquilibre contractuel 81
Conclusion du chapitre I 84

CHAPITRE II. LE BOULEVERSEMENT DES RÈGLES DE COMPÉTENCE 87

Section I. La restriction de compétence des juridictions traditionnelles 88
§ 1. La seule compétence des juridictions spécialisées 89
A. Les avantages de la spécialisation 90
B. Ses inconvénients 96
§ 2. Le défaut de pouvoir juridictionnel des juridictions non spécialisées 101
A. Leur dessaisissement 101
B. Ses limites 110
Section II. Le partage de compétence avec des juridictions inhabituelles 116
§ 1. La compétence des instances de régulation 117
A. Les instances concernées 118
B. La nature de leurs compétences 125
§ 2. La compétence du juge pénal 130
A. Des pouvoirs fortement réduits 131
B. Des pouvoirs fortement concurrencés 136
Conclusion du chapitre II 140
Conclusion du titre I 143

TITRE II. LEUR INEFFECTIVITÉ 145

CHAPITRE I. UN CHAMP D'APPLICATION RESTREINT 149

Section I. L'exigence d'un manquement concurrentiel 150
§ 1. L'exigence d'une pratique anticoncurrentielle 150
A. La notion de pratiques anticoncurrentielles 151
B. Ses manifestations 155
§ 2. L'exigence d'une pratique restrictive de concurrence 161
A. La notion de pratiques restrictives de concurrence 162

B. Le cadre de leur déploiement....165
Section II. Un manquement d'une certaine gravité....170
§ 1. La nécessité d'une atteinte sensible à la concurrence....170
A. Les atteintes visées....171
B. Les atteintes exclues....175
§ 2. La nécessité d'une atteinte significative aux intérêts du partenaire commercial....180
A. L'exigence de l'obtention d'avantages manifestement injustifiés....181
B. L'exigence d'un déséquilibre résultant d'une rupture brutale....186
Conclusion du chapitre I....191
CHAPITRE II. UN DROIT D'ACTION CANTONNÉ....193
Section I. La reconnaissance d'un droit d'action aux autorités publiques....194
§ 1. Ses fondements....194
A. La défense de l'intérêt général....195
B. La non-prise en compte de tous les intérêts privés....198
§ 2. Les controverses autour de ce droit d'action....202
A. Leur objet....203
B. Leur résolution....208
Section II. La nécessité d'une action de groupe....212
§ 1. Le nécessaire recours au modèle consumériste....212
A. Son champ d'application....213
B. Sa mise en œuvre....217
§ 2. Le nécessaire retour au droit de la concurrence....221
A. Les arguments en faveur de l'intégration de l'action de groupe....222
B. Une mise en œuvre à définir....228
Conclusion du chapitre II....233
Conclusion du titre II....235
Conclusion de la première partie....237
DEUXIÈME PARTIE. LA PERFECTIBILITÉ DES RÉPONSES....239
TITRE I. LEUR DIVERSIFICATION....243
CHAPITRE I. L'INTENSIFICATION DE LA PROTECTION DU FAIBLE....247
Section I. L'intensification de la protection au stade de la formation du contrat....248
§ 1. L'intensification des mesures préventives....249
A. Le recours à l'obligation générale d'information....250
B. L'extension aux professionnels des mécanismes consuméristes de réflexion des contractants....254
§ 2. L'intensification des mesures curatives....258
A. Le recours à la notion de violence....259
B. Le recours aux exigences sur le contenu du contrat....263
Section II. L'intensification de la protection au stade de l'exécution du contrat....267
§ 1. Le recours aux remèdes à l'inexécution contractuelle....267
A. Le recours à l'exécution contrainte des obligations contractuelles....268
B. Le recours aux mécanismes de correction des conséquences financières de l'inexécution contractuelle....270
§ 2. Le recours aux techniques de rééquilibrage du contrat en cours d'exécution....275
A. Le nécessaire élargissement du champ d'application de l'obligation de renégociation....276
B. La nécessaire précision des pouvoirs du juge....277

Conclusion du chapitre I 280
CHAPITRE II. LA HIÉRARCHISATION DES RÉPONSES 281
Section I. La suprématie des sanctions du droit commun des contrats 282
§ 1. La suprématie des sanctions de la violation des règles de formation du contrat 283
A. La nécessité d'une limitation des cas de nullité totale 284
B. La nécessité d'un développement des modes de sauvetage du contrat 287
§ 2. La suprématie des sanctions de la violation des règles encadrant l'exécution du contrat 289
A. La suprématie de l'exécution contrainte des obligations contractuelles 290
B. La suprématie des mécanismes de correction des conséquences financières de l'inexécution contractuelle 292
Section II. Le caractère complémentaire des sanctions du droit de la concurrence 294
§ 1. Le caractère complémentaire des sanctions civiles 295
A. La répétition de l'indu, complément de la nullité 296
B. La responsabilité civile, complément de la nullité 299
§ 2. Le caractère complémentaire des sanctions administrative, pécuniaire et pénale 301
A. Le renforcement de la protection contre les troubles à l'ordre public économique 302
B. Le renforcement de la protection contre le déséquilibre contractuel 304
Conclusion du chapitre II 306
Conclusion du titre I 307
TITRE II. L'OPTIMISATION DE LEUR MISE EN ŒUVRE 309
CHAPITRE I. L'OPTION ENTRE LES RÉPONSES 313
Section I. Le recours au choix optionnel 314
§ 1. L'absence d'obstacles juridiques 315
A. L'autorisation implicite découlant du code civil 315
B. L'autorisation explicite découlant du code de commerce 319
§ 2. L'existence d'avantages 322
A. Sur le plan procédural 323
B. Sur le plan des sanctions 326
Section II. La mise en œuvre du choix optionnel 328
§ 1. L'option entre les réponses de même nature 329
A. L'option entre les réponses du droit des pratiques restrictives de concurrence 329
B. L'option entre les réponses du droit des pratiques restrictives de concurrence et celles du droit des pratiques anticoncurrentielles 336
§ 2. L'option entre les réponses de nature différente 339
A. L'option entre les réponses du droit des pratiques restrictives de concurrence et celles du droit commun des contrats 340
B. L'option entre le droit des pratiques anticoncurrentielles et le droit commun des contrats 343
Conclusion du chapitre I 346
CHAPITRE II. LE CUMUL DES RÉPONSES 349
Section I. Le recours au cumul 350
§ 1. Ses conditions 351
A. Les conditions positives 352
B. La condition négative 355
§ 2. Ses avantages 358
A. L'amélioration de la protection des victimes 359

B. Le maintien de la protection de l'ordre public économique 361
Section II. La mise en œuvre du cumul 363
§ 1. Le cumul des réponses du droit des pratiques anticoncurrentielles avec celles du droit commun 364
A. Le cumul des réponses pénales avec celles civiles 365
B. Le cumul des réponses administratives avec celles civiles 367
§ 2. Le cumul des réponses du droit des pratiques restrictives de concurrence avec celles du droit commun 371
A. Le cumul des réponses du droit des pratiques restrictives de concurrence avec celles du droit commun encadrant la formation du contrat 372
B. Le cumul des réponses du droit des pratiques restrictives de concurrence avec celles du droit commun encadrant l'exécution du contrat 377
Conclusion du chapitre II 381
Conclusion du titre II 383
Conclusion de la deuxième partie 385
CONCLUSION GÉNÉRALE 387
BIBLIOGRAPHIE 393
I. Ouvrages généraux, traités et manuels 395
II. Ouvrages spéciaux, thèses et monographies 397
III. Chroniques, articles, rapports et répertoires 399
INDEX AVEC NUMÉROS DE PARAGRAPHES 419
TABLE DES MATIÈRES 426