



HAL
open science

Violence économique et droit de la distribution

Nicolas Ferrier

► **To cite this version:**

Nicolas Ferrier. Violence économique et droit de la distribution. association henri capitant. La violence économique à l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique, 21, Dalloz, 2017, thèmes et commentaires, 978-2-247-16792-0. hal-02334810

HAL Id: hal-02334810

<https://hal.science/hal-02334810>

Submitted on 27 Oct 2019

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

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

Violence économique et droit de la distribution

Nicolas Ferrier

Agrégé des Facultés

Professeur à l'Université de Montpellier

Directeur du Master 2 Droit de la distribution et des contrats d'affaires

Dans une première approche, la violence économique désigne le fait de tirer profit d'une situation de contrainte économique en obtenant un avantage excessif.

Le domaine de la distribution est évidemment propice à ce genre de pratique. Cela tient au contexte concurrentiel, qui se caractérise par l'âpreté des échanges, la tension des négociations, à quoi s'ajoutent des situations de dépendance ou de fragilité économique de certains opérateurs. Il est nul besoin d'insister, en particulier, sur les pressions souvent exercées par la grande distribution sur les fournisseurs, en particulier dans un contexte de « guerre des prix ».

Mais en raison précisément de ce contexte, tout opérateur est d'une certaine manière soumis à des contraintes économiques et, dans le même temps, tout opérateur cherche, dans cette compétition, le profit maximal, notamment par l'obtention des meilleures conditions possibles de ses partenaires...

Est-ce à dire que la violence économique est ici générale ? La réponse est évidemment négative. D'abord, les situations de contrainte ne se vérifient pas toujours. Surtout, si la violence économique doit être partout, c'est qu'en définitive elle n'est nulle part. Il faut donc préciser la notion.

La définition de la violence économique pose en droit commun difficulté, plusieurs conceptions étant proposées :

– Soit la violence économique est un vice du consentement au sens classique du terme. C'est la conception à laquelle on rattache habituellement le droit positif français antérieur à l'ordonnance du 16 février 2016¹ et d'où il ressort une conception très, sinon trop, restrictive de la violence économique ne présentant en définitive aucune singularité,

¹ Civ. 1^{re}, 30 mai 2000, *Bull. civ. I*, n° 159 : « si la transaction ne peut être attaquée pour cause de lésion, elle peut l'être dans tous les cas où il y a violence et par suite en cas de contrainte économique, laquelle se rattache à la violence » ; Civ. 1^{re}, 3 avr. 2002, *Bull. civ. I*, n° 108 : « 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 ». *Adde* Civ. 1^{re}, 4 févr. 2015, n° 14-10.920.

– Soit la violence économique est une forme de lésion qualifiée, mais toute difficulté n'est pas pour autant écartée. Chacun s'accorde à considérer que la violence économique suppose une situation de contrainte d'où résulte un profit excessif, les discussions portant le cas échéant sur l'appréciation de ces deux premières conditions. Le débat se concentre sur une troisième condition tenant à l'exploitation de la contrainte, qui constitue l'élément subjectif de la violence économique, cet abus de comportement qui permet d'en identifier l'auteur : celui qui profite de la contrainte, mais abusivement. En effet, trois analyses sont théoriquement possibles.

Selon la première, une exploitation est exigée, qui doit être démontrée par la victime ; selon la deuxième, l'exigence d'une exploitation est écartée ; selon la troisième l'exploitation est requise, mais elle se présume des deux autres conditions de la violence.

La dernière analyse se rapproche, dans les faits, de la deuxième, surtout si la présomption d'exploitation est irréfragable. On perçoit alors la critique, récurrente à propos des présomptions irréfragables : s'agit-il réellement d'une condition distincte des autres ? La règle de preuve rejaillirait en réalité sur le fond, rendant artificiel de faire de l'exploitation de la contrainte une condition autonome. La violence ne s'apprécierait alors que de manière objective et correspondrait à une forme de lésion, dite « qualifiée » en ce qu'elle exige un état de contrainte.

À la réflexion, il nous semble que l'exploitation doit rester une condition autonome de la violence économique car elle lui confère sa dimension subjective : l'abus de comportement, qui semble ressortir d'ailleurs de l'ordonnance du 10 février 2016². Pour autant, sa preuve pourrait raisonnablement se déduire de la connaissance de la contrainte à laquelle est soumise la victime, qu'elle soit ou non le fait du cocontractant, et de la conscience par ce dernier du profit excessif qu'il retire du contrat.

Si l'on délaisse le droit commun des contrats, actuel ou à venir, pour s'en tenir au droit organisant spécialement les rapports de la distribution³, force est d'observer qu'en la matière, la violence économique telle qu'elle vient d'être définie n'est pas inconnue. L'observation s'impose notamment en droit des pratiques restrictives de concurrence sur lesquelles porteront les développements, étant précisé que seront

² Art. 1143 : « 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. » Encore que l'on peut s'interroger sur l'autonomie de cet abus par rapport aux autres conditions posées par l'article.

³ Le droit commun de la violence économique issu de l'ordonnance de réforme ayant été l'objet de l'intervention du Pr D. Mazeaud (*v. supra*), son application aux rapports de la distribution ne sera pas ici abordée.

seulement envisagées les relations strictement commerciales, à l'exclusion du secteur agricole où les questions se posent de manière sans doute plus aiguë, expliquant l'existence de dispositifs spécifiques qui ne sont toutefois pas fondamentalement différents de ceux résultants du droit commun des pratiques restrictives⁴.

Chacun sait que le droit des pratiques restrictives de concurrence vise à lutter contre les abus dans les relations commerciales et qu'il s'est construit initialement afin de lutter contre les abus de puissance d'achat de la grande distribution.

À cet égard, ce droit partage l'objectif du projet de loi d'habilitation de réforme du droit des obligations, à l'origine de la consécration de la violence économique en droit commun, tenant au souci de « sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre⁵ ». Comme en droit commun, il s'agit de lutter contre le fait d'obtenir d'un partenaire des conditions manifestement excessives en profitant d'une situation de contrainte, voire en créant la contrainte.

En droit des pratiques restrictives de concurrence, la violence économique était surtout visée par l'ancien article L. 442-6, I, 2° b) du Code de commerce qui sanctionnait « le fait pour un opérateur d'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées » et où se retrouvaient tous les éléments de la violence : la contrainte, l'excès et le comportement abusif tenant à l'exploitation de la situation de contrainte.

Bien que cette disposition ait été abrogée, le concept de violence économique n'a pas disparu de la matière. Pour autant, sa place exacte est délicate à définir à double titre.

D'abord, lorsque la violence est prise en considération, se pose la question de savoir si, à travers les standards qu'elle mobilise, son appréciation s'opère dans les mêmes termes qu'en droit commun. Le doute est permis car le contexte est particulier du fait que le niveau de contrainte ou d'exploitation de contrainte que l'on peut tolérer est différent dans les relations commerciales. Celles-ci, par leur nature, impliquent du professionnel qu'il accepte d'être davantage « bousculé » que ne l'est le non-professionnel. Il en résulte une conception relative de la violence, qui appellerait une qualification plus restrictive de l'abus de comportement et du profit excessif en résultant. Pourtant, nous le verrons, la violence économique est parfois entendue de manière plus large qu'elle pourrait l'être en droit commun.

⁴ V. not. art. L. 441-2-1 s. et L. 441-8 C. com.

⁵ Loi n° 2015-177 du 16 févr. 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, art. 3, 2°.

Surtout, identifier les dispositions légales se rattachant au grief de violence reste malaisé car, pour certaines, il est difficile de déterminer si elles impliquent effectivement les trois éléments constitutifs de la violence.

On écartera les dispositions qui, de manière évidente, sont étrangères au grief de violence, comme la rupture brutale d'une relation commerciale établie, du moins telle qu'elle est identifiée en jurisprudence où elle peut résulter d'une simple négligence lors de la rupture ou d'une mauvaise estimation du préavis qui devait être accordé.

Reste alors deux séries de textes. Certains renvoient assez nettement à la violence, comme la soumission à un déséquilibre significatif ou la menace de rupture brutale, même si des questions se posent quant aux différentes conditions de la violence.

D'autres en revanche ne renvoient pas nettement à la violence, mais semblent pourtant s'y référer ne serait-ce que de manière implicite. Tel est notamment le cas des dispositions qui sanctionnent un résultat — un profit excessif — dont l'ampleur est telle qu'il pourrait présumer une contrainte, voire l'exploitation de cette contrainte⁶.

Afin de préciser la place de la violence économique en droit de la distribution, il convient donc de distinguer au sein du droit des pratiques restrictives de concurrence, les dispositions qui renvoient de manière seulement implicite à la violence économique et celles qui y renvoient de manière plus explicite.

I. La considération implicite de la violence

Le droit des pratiques restrictives de concurrence appréhende la violence économique de manière implicite, à travers des mécanismes qui visent à la prévenir (A) ou à la réprimer (B).

A. Les mécanismes préventifs

Plusieurs dispositifs traduisent une forme de prévention de la violence économique⁷.

1. L'exigence d'une convention récapitulative

Le risque de la violence économique apparaît lors de la négociation entre les partenaires commerciaux. En enfermant dans le temps la période de négociation, on

⁶ La difficulté sera alors de déterminer s'il s'agit encore de violence ou s'il ne s'agit pas plus simplement de lésion, ramenant à une discussion évoquée plus haut.

⁷ V. déjà, l'article L. 442-6, II, c) C. com., qui déclare nulle la clause permettant « d'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui ». Une telle clause empêche le créancier de céder sa créance à un établissement financier qui se montrerait sans doute moins timoré dans son recouvrement. L'interdiction d'une telle clause prévient ainsi le comportement du débiteur qui profiterait de sa situation de force à l'égard de son créancier pour tarder à payer sa créance.

limite donc ce risque. Tel est précisément l'objectif qui découle de l'imposition d'une convention dite récapitulative ou unique.

Selon l'article L. 441-7 du Code de commerce, une convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur indique les obligations auxquelles ils se sont engagés en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation. Cette convention, qui doit être conclue avant le 1^{er} mars de l'année d'exercice, fixe pour un an l'essentiel du contenu de la relation. L'objectif est d'empêcher des négociations interminables ou des renégociations intempestives. Sont donc posés deux principes : l'encadrement temporel de la négociation et l'intangibilité des conditions convenues.

Le texte répond à une pratique courante dans le secteur de la grande distribution, où la négociation débute généralement en septembre et se prolonge en début d'année suivante, et où le distributeur exploite cet étalement pour exiger du fournisseur un réajustement des engagements qui lui paraissent insuffisants, parfois en les faisant rétroagir au 1^{er} janvier de l'année d'exercice. Il s'agit donc d'empêcher que le distributeur profite de sa situation de force pour renégocier en cours d'exercice, voire pour prolonger anormalement la négociation alors que la relation censée résulter précisément de cette négociation est déjà en cours.

Le dispositif contribue ainsi à prévenir une violence économique, puisqu'il est destiné à lutter contre l'exploitation (par la grande distribution dans la situation visée) d'une contrainte (dans laquelle se trouve à son égard le fournisseur) en vue d'obtenir des conditions injustifiées (celles résultant d'une négociation ou renégociation à contretemps).

Ce dispositif, très éloigné du principe du consensualisme, instaure une contrainte lourde dans un domaine, les relations commerciales, traditionnellement soucieux de limiter le formalisme et de faciliter les échanges. Pour cette raison, et au regard de l'objectif poursuivi, il paraît légitime de le cantonner aux situations dans lesquelles un risque de violence est réel.

C'est indirectement ce qui semble ressortir de la loi « Macron » du 6 août 2015 qui, sans renoncer à l'élaboration d'une convention unique, en assouplit fortement le régime dans les relations entre fournisseurs et grossistes⁸. Ce dispositif allégé, prévu à l'article L. 441-7-1 du Code de commerce, peut en effet s'expliquer par le fait que dans son champ d'application, les rapports de force sont tels que le risque de violence est très limité sinon improbable. Cette explication conforte à rebours l'analyse du

⁸ V. notre étude : « L'allégement des règles de la négociation commerciale dans le commerce de gros. Premices d'un droit commun de la négociation pour les relations égalitaires ? », *JCP E* 2015, 1508.

dispositif général de l'article L. 441-7 comme un mécanisme préventif de la violence économique.

Dans cette première série d'hypothèses, la violence économique apparaît toutefois de manière seulement implicite. Sans être une condition d'application du texte, elle en constitue la *ratio scriptura* qui éclaire à la fois le contenu de l'article L. 441-7 et les dérogations apportées par l'article L. 441-7-1.

2. L'interdiction des primes de référencement

Les articles L. 442-6, I, 3^o et L. 442-6, II, b) du Code de commerce, prohibent ce que l'on désigne habituellement comme les « primes de référencement ». Il s'agit d'une interdiction « *per se* », indifférente à leurs circonstances, alors qu'une telle prime peut présenter un intérêt pour son débiteur. En effet, le référencement fait naître une espérance de commande, là où son défaut offre la certitude d'une absence de commande⁹.

Commenté [p1]: par ?

De ce point de vue, le profit excessif relève d'une conception spécifique car il vise un avantage qui ne serait pas nécessairement condamnable en droit commun des contrats. C'est le contexte qui explique la solution. On sait en effet que, dans la grande distribution, la prime de référencement a donné lieu à de très importants abus, les fournisseurs n'étant pas en situation de la refuser du fait précisément de leur impossibilité d'accéder à un marché en l'absence de référencement. L'interdiction des primes de référencement apparaît ainsi comme un mode de prévention de la violence.

En acceptant de rattacher ce texte à la violence économique, on aurait pu en réserver l'application aux situations dans lesquelles une contrainte forte pèse sur la victime, conduisant à en exclure le bénéfice à celui qui n'est pas soumis à une telle contrainte. Telle n'est pourtant pas la solution qui a été retenue à propos de la prime exigée d'un réparateur en matière d'assurance automobile aux seules fins d'être agréé par une compagnie d'assurance, alors qu'il existe une véritable alternative pour le réparateur, consistant à ne pas être agréé à l'instar de nombre d'entre eux¹⁰.

En tout état de cause, on relèvera que l'interdiction des primes de référencement se situe à la frontière entre mécanisme préventif et répressif, puisque c'est l'obtention d'un profit qui est sanctionné, mais du fait qu'il est réputé source d'abus. D'autres dispositions se situent plus nettement du côté répressif.

⁹ Du moins dans le cas où les distributeurs adhérents à la centrale ne peuvent s'approvisionner qu'auprès des fournisseurs référencés.

¹⁰ V. avis 16-8 CEPC qui qualifie la prime d'agrément de prime de référencement illicite au sens des textes susvisés.

B. Les mécanismes répressifs

Certaines pratiques sont sanctionnées au seul constat, de prime abord, de leur résultat. De ce point de vue, on s'éloigne du grief de violence. Il est toutefois possible de considérer qu'un tel résultat, par son anormalité, révèle implicitement mais nécessairement l'exploitation d'une situation de contrainte. Autrement dit, ces dispositifs se rattachent implicitement à la violence du fait qu'ils reposent sur la démonstration d'un profit à ce point excessif que l'exploitation d'une contrainte peut être présumée.

1. La démonstration d'un profit excessif

Le profit excessif exigé par les textes est apprécié concrètement et suppose un excès manifeste. Ainsi, l'article L. 442-6, I, 1^o vise l'avantage sans contrepartie, ou avec une contrepartie manifestement disproportionnée. Il ajoute une liste d'exemples qui, s'ils correspondent à des pratiques commerciales, ne semblent pas déroger à ce qui pourrait être considéré comme excessif en droit commun des contrats (demande visant à accroître *abusivement* une marge, participation non justifiée et sans contrepartie proportionnée au financement d'une opération promotionnelle...).

De même, l'article L. 442-6-II, a) prévoit l'annulation de la clause permettant de « bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale ». Là encore, il s'agit de sanctionner l'obtention d'un avantage sans contrepartie.

Dans ces illustrations, le profit est excessif parce qu'il est dépourvu de contrepartie, ou parce que la contrepartie proposée n'a, intrinsèquement¹¹, aucune utilité pour son prétendu bénéficiaire ou encore est manifestement disproportionnée. En d'autres termes, dans ces différentes hypothèses, l'excès est caricatural et c'est précisément pour cette raison que l'exploitation d'une contrainte peut être présumée.

2. La présomption d'une contrainte exploitée

L'exploitation d'une contrainte n'est pas formellement requise et semble donc indifférente. Pourtant, le contexte de relations d'affaires et, surtout, l'ampleur du profit

¹¹ Le fait qu'une prestation se révèle au final sans utilité ne suffit pas lorsque cet intérêt a, selon les parties, un caractère aléatoire (ex. : campagne promotionnelle ne se traduisant pas par une augmentation des ventes). En ce sens, Com. 27 avr. 2011, n° 10-13.690.

excessif ici exigé suffisent à établir que celui-ci n'a pu être obtenu qu'en raison d'un état de contrainte, en l'occurrence exploitée.

S'agissant en premier lieu de la contrainte, on peut en effet considérer qu'en raison de sa qualité de professionnel, la victime a nécessairement conscience du caractère particulièrement désavantageux des conditions auxquelles il consent ; et, n'a pu y consentir que sous l'effet de la contrainte dès lors qu'il est censé agir dans un esprit de lucre.

S'agissant en second lieu de l'exploitation de la contrainte, là encore, le caractère excessif de l'avantage obtenu ne peut à l'évidence être ignoré de celui qui en profite, dès lors qu'il est lui aussi par hypothèse un professionnel du commerce. Il paraît même légitime de considérer qu'il a nécessairement conscience de la situation de contrainte pesant sur son cocontractant, puisqu'il en est, selon le texte, le « partenaire ».

On objectera que le caractère irréfragable de la présomption rendrait inutile ou artificielle, non seulement l'exigence d'une contrainte exploitée puisqu'elle est réputée toujours se vérifier, mais au-delà la référence à la violence puisque l'excès suffit. Autrement dit, il s'agirait en réalité d'un mécanisme objectif sanctionnant la lésion.

L'intérêt toutefois de voir dans le dispositif l'exigence d'exploitation d'une contrainte, même irréfragablement présumée, est d'éclairer ou rappeler sa *ratio legis* et de dicter l'appréciation d'un éventuel profit excessif. Celui-ci doit, en effet, être d'une importance considérable telle qu'il rend la contrainte évidente.

D'une certaine manière, on se rapprocherait d'une liste noire de pratiques réputées en toutes circonstances constitutives d'une violence économique, à la manière de celle qui complète la définition générale des pratiques commerciales déloyales en droit européen de la consommation¹². Si l'on poursuit l'analogie, la définition générale de la violence économique en droit des pratiques restrictives, comme celle des pratiques commerciales déloyales en droit de la consommation¹³, impliquant la preuve positive de ses éléments constitutifs, résulterait d'autres dispositifs visant cette fois de manière plus explicite la violence.

II. La considération explicite de la violence économique

L'article L. 442-6 du Code de commerce vise deux pratiques qui relèvent plus directement de la violence économique du fait qu'elles se définissent explicitement par l'exploitation d'une situation de contrainte. Il s'agit de la soumission à des obligations

¹² Dir. 2005/29/CE du 11 mai 2005, Annexe I.

¹³ Dir. 2005/29/CE du 11 mai 2005, art. 5.

créant un déséquilibre significatif (A) et de la menace de rupture brutale en vue de l'obtention de conditions manifestement abusives (B).

A. La soumission à des obligations créant un déséquilibre significatif

La soumission à des obligations créant un déséquilibre significatif reprend les conditions de la violence économique : une contrainte exploitée et un profit excessif.

1. L'exploitation d'une contrainte : la soumission

La contrainte résulte de l'exigence d'une soumission ou tentative de soumission qui, de prime abord, renvoie à l'idée de pression subie par la victime et exploitée voire créée par l'auteur. L'exploitation s'induit de la formule « le fait de soumettre ou tenter de soumettre », qui révèle une action positive même si, en pratique, sa démonstration se déduit souvent de la soumission elle-même.

La soumission, qui caractérise la contrainte, est appréciée de manière assez souple, ce qui éloigne le dispositif de la conception traditionnelle de la violence. En effet, les juges estiment que la soumission « ne s'identifie pas à une contrainte irrésistible¹⁴ » et que de véritables pressions exercées par le bénéficiaire ne sont pas nécessaires¹⁵.

Cette conception accueillante de la soumission se justifie par l'échec du dispositif auquel s'est substitué l'article L. 442-6, I, 2°. En effet, c'est face à la difficulté, sinon l'impossibilité, de caractériser la situation de dépendance que l'abus de dépendance économique a été abandonné au profit du déséquilibre significatif. Il est donc logique que la contrainte s'apprécie plus simplement qu'auparavant.

La soumission se caractérise concrètement par la méthode du faisceau d'indices¹⁶, que l'on peut ramener à deux facteurs principaux :

– Le premier facteur, évident, est l'impossibilité de négocier ou l'absence de réelle négociation¹⁷. De nombreux indices peuvent ici être relevés, qui établissent de manière plus ou moins directe cette impossibilité.

¹⁴ Paris, 29 oct. 2014, n° 13/11059 ; Paris, 25 nov. 2015, n° 12/14513 qui va jusqu'à considérer que « la soumission ou tentative de soumission n'est pas subordonnée à des pressions ou des contraintes, qu'elle résulte de l'insertion même de ces clauses [litigieuses] dans les contrats intervenant entre des parties dont la puissance n'est pas la même selon des modalités qui traduisent l'absence de marge de négociation ».

¹⁵ Paris, 25 nov. 2015, n° 12/14513.

¹⁶ Par ex. Paris, 1^{er} juill. 2015, n° 13/19251.

¹⁷ Com. 27 mai 2015, n° 14-11.387, v. Paris, 18 déc. 2013, n° 12/00150 ; Com. 3 mars 2015, n° 13-27525, v. Paris, 11 sept. 2013 ; Paris, 25 nov. 2015, n° 12/14513.

D'abord, le fait que la relation repose sur un contrat d'adhésion ou un contrat-type, encore que l'appréciation doit être plus fine. En effet, le seul recours au contrat-type par exemple ne suffit pas, dès lors qu'il a pu faire l'objet de modification¹⁸. Et dans cette appréciation, il faudrait tenir compte du nombre de destinataires du contrat-type ayant pu en modifier les termes car si certains destinataires ont pu en négocier les termes, il devient moins évident que l'acceptation pure et simple des autres s'explique par leur état de soumission¹⁹, sauf à relever que seuls les partenaires les plus puissants ont pu effectivement négocier²⁰.

L'absence de modification du contrat-type ou du contrat d'adhésion doit également être prise avec précaution car elle peut s'expliquer par le fait que le contrat tel qu'il est proposé est satisfaisant pour le partenaire qui allègue d'un déséquilibre significatif. Dans le même esprit, le refus systématique de donner suite aux demandes de modifications du contrat proposé, même s'il est pris en compte²¹, ne peut suffire à caractériser en toute hypothèse la soumission dès lors qu'il peut se justifier par le fait que les modifications demandées seraient elles-mêmes excessives ou que, plus largement, il aurait un motif légitime de refus.

Au demeurant, si l'absence de négociation n'établit pas nécessairement la soumission, l'existence d'une négociation ne devrait pas nécessairement exclure toute soumission. Il faut en effet tenir compte de l'objet de la négociation, en se demandant en particulier si elle a ou non porté sur des conditions essentielles ou principales²², ce qui rappelle le débat autour de la notion de contrat d'adhésion telle qu'elle résulte de l'ordonnance de réforme du droit des obligations²³.

Ensuite, la relation de dépendance. Mais rappelons que depuis 2008, la dépendance économique n'est plus le critère d'une pratique abusive mais un simple indice²⁴, qui

¹⁸ Par ex. Paris, 1^{er} juill. 2015, préc. ; Com. 3 mars 2015, préc. ; Paris, 20 nov. 2013, n° 12/04791, v. par ex. Com. 3 mars 2015, n° 14-10907, où aucune suite n'était donnée aux modifications sollicitées.

¹⁹ Par ex. Paris, 1^{er} juill. 2015, préc. où seuls certains contrats n'avaient pas été modifiés ; Paris, 25 nov. 2015, préc. ; Paris, 20 nov. 2013, préc. qui relève que « si la négociation est possible, elle n'est pas effective [...] les contrats soumis aux fournisseurs sont de véritables contrats d'adhésion ».

²⁰ Com. 3 mars 2015, n° 13-27525, « en dehors de quelques fournisseurs, les plus puissants, la majorité d'entre eux a été contrainte de s'y soumettre ».

²¹ Paris, 18 déc. 2013, n° 12/00150, « l'intangibilité des conditions générales d'achat, leur systématisation excluant toute négociation véritable »

²² V. Com. 3 mars 2015, n° 13-27525 « si une négociation peut donner lieu à certaines modifications, celle de l'article 14 [litigieux] est toujours refusée ».

²³ L'ordonnance, qui définit le contrat d'adhésion comme « celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties » (art. 1110), ne dissipe pas toutes les incertitudes entourant la catégorie.

²⁴ *A contrario*, Paris, 29 janv. 2014, n° 12/08976, qui écarte le déséquilibre significatif notamment au regard de l'absence de relation de dépendance.

doit s'apprécier de manière moins restrictive que dans le cadre de l'ancien abus de dépendance économique²⁵. Les juges se réfèrent ainsi au rapport de force entre les parties²⁶ ou, de manière plus abstraite, au « déséquilibre notoire des relations fournisseurs-distributeurs²⁷ ». L'appréciation devrait pourtant rester concrète, même si elle peut tenir compte, notamment, des parts de marchés. Les juges retiennent par exemple l'absence « de pouvoir réel de négociation [dès lors que la victime] ne pouvait se permettre de cesser leurs relations commerciales²⁸ ».

Ce premier facteur explique sans doute le décalage entre un grief souvent retenu lorsqu'il est invoqué contre la grande distribution, mais quasiment jamais en dehors de ce secteur²⁹.

Le texte suggère toutefois qu'une relation doit préexister entre l'auteur et la victime du déséquilibre significatif, puisqu'il doit s'agir de « partenaires³⁰ ». La Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) considère d'ailleurs que la relation doit s'inscrire dans la durée³¹. Pourtant, un rapport de contrainte est envisageable entre un fournisseur et un distributeur incontournable, lorsque débute entre eux des négociations en vue d'une première relation.

– Le second facteur est l'ampleur du déséquilibre affectant le contenu du contrat. Dans le prolongement des observations précédentes, certaines conditions sont tellement contraires aux intérêts du professionnel qui les supporte qu'il faut considérer qu'elles ont été imposées. C'est ce qui a pu être jugé par la cour d'appel de Paris

²⁵ V. d'ailleurs Paris, 11 sept. 2013, n° 11/17941 : « Considérant que la négociation distributeur-fournisseur existe ; qu'elle n'a toutefois pas pour effet automatique d'exclure le déséquilibre, tant il apparaît que le rapport des forces en présence reste inégal ; que le poids économique des parties n'est pas le même ; que les chiffres d'affaires réalisés par les fournisseurs qu'invoque EURAUCHAN ne révèlent pas la situation exacte d'un bon nombre d'entre eux ; que la rupture des relations commerciales sous-jacente dans les négociations dont la société EURAUCHAN fait état aurait pour le fournisseur *des conséquences économiques très importantes*, lui faisant perdre ses positions commerciales, *ce qui ne le met pas dans la position de négocier utilement et d'engager le cas échéant une action en justice* ; que dans la convention unique même négociée, il existe fondamentalement un déséquilibre » (nous soulignons).

²⁶ Paris, 1^{er} oct. 2014, n° 13/16336 ; Paris, 11 sept. 2013, n° 11/17941 ; Paris, 25 nov. 2015, n° 12/14513.

²⁷ Paris, 1^{er} juill. 2015, n° 13/19251.

²⁸ Com. 27 mai 2015, n° 14-11.387, v. Paris, 18 déc. 2013, n° 12/00150 ; Paris, 1^{er} oct. 2014, n° 13/16336. *A contrario*, Paris, 17 oct. 2014, n° 12/07622 où le grief est écarté dès lors que n'est pas prouvée l'absence de réelle négociation, l'existence de pression ou un déséquilibre économique ; Aix-en-Provence, 2 juill. 2010, n° 08/05459.

²⁹ En ce sens, v. les bilans annuels de jurisprudence rendue en application du titre IV, livre IV C. com., établis pour la CEPC et publié sur son site.

³⁰ Aix-en-Provence, 13 févr. 2014, n° 12/21625 ; Lyon, 10 mai 2012, n° 10/08302.

³¹ Avis 15-03 CEPC.

estimant, dans un contentieux opposant Darty à un fournisseur, que l'absence de tout intérêt à la clause litigieuse démontrait qu'elle avait été imposée³². Ce qui conduit à envisager le profit excessif, en l'occurrence, le déséquilibre significatif.

2. Le profit excessif : le déséquilibre significatif

La caractérisation du déséquilibre significatif soulève de nombreuses difficultés, dont une première tient à sa distinction de l'avantage manifestement excessif au sens de l'article L. 442-6, I, 1^o. Pour l'éclairer, deux précisions peuvent être apportées. D'abord, à la différence de l'avantage manifestement excessif, le déséquilibre significatif ne présume pas en soi une contrainte. Il en résulte, comme nous l'avons relevé, qu'il peut être moins grave, moins caricatural que l'avantage manifestement excessif. Ensuite, l'article L. 442-6, I, 1^o vise des cas relativement précis, avec des illustrations excluant toute appréciation concrète, alors que l'article L. 442-6, I, 2^o se contente d'une référence abstraite à un standard. En d'autres termes, la notion d'avantage manifestement excessif est fermée et restrictive, alors que celle de déséquilibre significatif est ouverte et plus large. Il n'y a toutefois pas de différence de nature entre les deux notions, la seconde semblant plutôt englober et dépasser la première.

À partir de ce constat, reste à identifier le déséquilibre significatif en lui-même, ce qui constitue évidemment la seconde et principale difficulté. Le contentieux est ici nourri et les interrogations nombreuses. Pour s'en tenir à l'essentiel, il ressort de la jurisprudence les enseignements suivants :

– L'appréciation s'opère clause par clause, puis globalement³³ en tenant compte de l'ensemble du contrat, voire des contrats unissant les parties.

– Le déséquilibre significatif résulte souvent d'une absence de réciprocité dans l'avantage querellé, c'est-à-dire d'une asymétrie. Il résulte également d'une absence de justification, appelant un contrôle de proportionnalité (ou plutôt de disproportion). Mais ce dernier facteur doit être pris avec précaution car il ne faudrait pas que la recherche d'une justification conduise, de fait, à pourchasser toute discrimination, alors que l'interdiction de discriminer a été abrogée en 2008.

– Tout comme l'ampleur du déséquilibre significatif serait un indice de soumission, un auteur estime de manière symétrique que l'absence de négociation serait « un indice à part entière du déséquilibre significatif³⁴ ». La formule est ambiguë, qui suggère que

³² Paris, 25 nov. 2015, n° 12/14513.

³³ Com. 3 mars 2015, n° 13-27.525 ; Com. 29 sept. 2015, n° 13-25.043.

³⁴ S. Le Gac Pech, note sous Com. 29 sept. 2015, *JCP E* 2016, 1040.

le déséquilibre résulte en soi de l'absence de négociation, ce qui serait contestable³⁵. En réalité, ainsi d'ailleurs que ce même auteur le précise, l'absence de négociation doit seulement rendre le contrôle du déséquilibre significatif plus étroit.

Il est difficile ici d'aller plus avant dans les développements. On précisera cependant que le déséquilibre significatif ne doit pas nécessairement s'apprécier dans les mêmes termes que dans les autres branches du droit, en raison du caractère relatif de la notion de violence précédemment souligné. La spécificité de l'appréciation se pose en particulier à propos du déséquilibre économique, pour lequel on peut se demander s'il relève ou non de l'article L. 442-6, I, 2^o, alors qu'il est exclu dans les autres dispositions visant le grief³⁶. Si les juges du fond et la CEPC y sont favorables³⁷, la solution est discutée et il est prudent d'attendre la position de la Cour de cassation³⁸.

B. La menace de rupture brutale en vue de l'obtention de conditions manifestement abusives

L'exposé des conditions de cette pratique abusive invite à s'interroger sur l'autonomie du grief par rapport à ceux existants et, partant, sur son utilité.

1. Exposé

Comme le grief de déséquilibre significatif, celui visé à l'article L. 442-6, I, 4^o, implique d'abord une contrainte, qualifiée de menace. Cette exigence renvoie plus immédiatement que les pratiques précédentes à un abus de comportement et plus précisément encore à l'idée de violence. Cette condition semble toutefois très délicate à rapporter en pratique, en raison de la difficulté de distinguer concrètement, d'une part, le simple fait de conditionner le maintien des relations à l'acceptation de nouvelles conditions qui n'est pas en soi interdit et, d'autre part, la menace de rupture si ces conditions ne sont pas acceptées. Où situer la frontière entre menace légitime et illégitime ?

³⁵ V. d'ailleurs, TGI Paris, 7 juin 2012, n° 10/10240 estimant que le fait qu'il s'agit d'un contrat d'adhésion est insuffisant à établir le déséquilibre significatif.

³⁶ Comp. art. L. 212-1 C. consom. (anc. L. 132-1) et art. 1171 C. civ. issu de l'ordonnance de réforme.

³⁷ Paris, 23 mai 2013, n° 12/01166 ; Paris, 1^{er} juill. 2015, n° 13/19251 qui retient que la loi « a entendu permettre un contrôle par l'administration du prix négocié par comparaison au prix tarif et du respect de l'équilibre contractuel » ; avis 15-21, 15-22 et 15-24 CEPC.

³⁸ On peut notamment se demander si, à travers les décisions rendues au visa de l'article L. 442-6, I, 2^o C. com., les juges du fond entendent effectivement contrôler le prix convenu d'un commun accord ou seulement les modalités de détermination du prix (telle une clause d'indexation, de révision...). Rappr. N. Éréséo, *Lettre distr.* sept. 2015.

Deux éléments contribuent à résoudre cette difficulté. D'abord, c'est la menace d'une rupture brutale, c'est-à-dire sans préavis, qui est ici requise. L'illégitimité vient donc moins de la perspective d'une rupture, que de celle d'une absence de préavis. Ensuite, l'illégitimité de la menace sera sans doute éclairée par le fait qu'elle s'accompagne de la proposition de conditions abusives. Autrement dit, là encore, la contrainte illégitime serait appréciée notamment à l'aune de l'avantage excessif.

Comme le grief de déséquilibre significatif, celui visé à l'article L. 442-6, I, 4°, implique ensuite un profit excessif, qualifié de « conditions manifestement abusives ». Là encore, la notion ne se laisse pas aisément saisir. D'emblée, on s'étonnera de l'adverbe « manifestement » qui suggère de manière contestable que des conditions « simplement » abusives ne suffiront pas à emporter la qualification. Quant à l'abus, on peut se demander s'il diffère du profit excessif envisagé aux articles L. 442-6, I, 1° et 2° du Code de commerce. Ce serait douteux et difficilement praticable car, sauf à entrer dans des distinctions byzantines, comment distinguer, d'une part, « un avantage sans contrepartie ou disproportionné au regard de la valeur de sa contrepartie » ou des « conditions créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations » et, d'autre part, « des conditions manifestement abusives » ? Ces interrogations conduisent alors à s'interroger sur l'utilité ou l'autonomie du dispositif.

2. Appréciation

De prime abord, le grief de l'article L. 442-6, I, 4° se distingue des précédents par le rôle attribué à l'auteur du grief, qui ne se contente pas d'exploiter une contrainte, mais qui semble la provoquer en menaçant.

N'est-il pas toutefois illusoire de rechercher dans les rapports entre professionnels une menace illégitime ? Il paraît, en effet, peu probable que la victime agisse au seul stade de la menace. On observe d'ailleurs que ce dispositif n'est que très rarement appliqué³⁹. Cet échec se comprend car de deux choses l'une :

– soit la victime ne s'est pas pliée aux conditions manifestement abusives, et la menace est mise à exécution. Mais il y a alors rupture brutale, ce qui est plus simple à démontrer puisqu'il est alors inutile de prouver la menace et les conditions manifestement abusives qui ont été refusées. Autrement dit, la victime a tout intérêt à agir plutôt sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° ;

– soit la victime ne s'est pas pliée à ces conditions, et il lui suffit d'agir au visa de l'article L. 442-6, I, 1° ou 2°, dès lors qu'il paraît douteux que les conditions abusives au sens du 4° ne relèvent pas dans le même temps de l'un de ces deux autres

³⁹ V. les bilans de jurisprudence publiés par la CEPC préc.

dispositifs. Le rapprochement s'impose surtout avec la tentative de soumission visée au 2^o puisque, dans les deux cas, la pratique querellée se situe en amont de l'obtention d'un avantage excessif et des pressions sont exercées contre le partenaire⁴⁰.

Où l'on voit que le sujet interroge à la fois sur la notion de violence, sa place exacte au sein du droit des pratiques restrictives de concurrence, et sur la cohérence de ce dernier.

⁴⁰ Sauf à considérer que le fait d'être menacé au sens du 4^o n'implique pas nécessairement celui d'être soumis au sens du 2^o...