

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n°92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



THÈSE

En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par :

Université Toulouse 1 Capitole (UT1 Capitole)

Présentée et soutenue par :

Julien CARMINATI

Le jeudi 19 décembre 2013

Titre :

LA LOYAUTE DANS LES RELATIONS COMMERCIALES AU SENS DU CODE DE
COMMERCE

École doctorale et discipline ou spécialité :

ED SJP : Droit

Unité de recherche :

Centre de Droit des Affaires

Directeur(s) de Thèse :

Monsieur le Professeur Gérard JAZOTTES

Rapporteurs :

Madame Linda ARCELIN, Maître de conférences à l'Université de La Rochelle

Monsieur Arnaud LECOURT, Maître de conférences à l'Université de Pau

Autre(s) membre(s) du jury :

Madame Francine MARCORIG-VENIER, Professeure à l'Université Toulouse I - Capitole

Monsieur Gérard JAZOTTES, Professeur à l'Université Toulouse I - Capitole



THÈSE

En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par :

Université Toulouse 1 Capitole (UT1 Capitole)

Présentée et soutenue par :

Julien CARMINATI

Le jeudi 19 décembre 2013

Titre :

LA LOYAUTE DANS LES RELATIONS COMMERCIALES AU SENS DU CODE DE
COMMERCE

École doctorale et discipline ou spécialité :

ED SJP : Droit

Unité de recherche :

Centre de Droit des Affaires

Directeur(s) de Thèse :

Monsieur le Professeur Gérard JAZOTTES

Rapporteurs :

Madame Linda ARCELIN, Maître de conférences à l'Université de La Rochelle

Monsieur Arnaud LECOURT, Maître de conférences à l'Université de Pau

Autre(s) membre(s) du jury :

Madame Francine MARCORIG-VENIER, Professeure à l'Université Toulouse I - Capitole

Monsieur Gérard JAZOTTES, Professeur à l'Université Toulouse I - Capitole

« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat »

REMERCIEMENTS

Tous mes remerciements à mon directeur de thèse pour ses conseils, sa patience et sa disponibilité.

Pour leur soutien indéfectible, je remercie mes parents et ma sœur.

Que soient aussi remerciés pour leur amitié et leurs encouragements mes amis.

SOMMAIRE

(Les chiffres renvoient aux numéros de pages)

INTRODUCTION GENERALE.....	6
PARTIE I : LA TRANSPARENCE DES RELATIONS COMMERCIALES.....	17
TITRE I : L'INFORMATION DES OPERATEURS ECONOMIQUES.....	19
Chapitre I : L'information sur les conditions de vente et de prestations de services.....	21
Chapitre II : L'information sur les intentions des opérateurs économiques.....	52
TITRE II : LE CONTROLE DE LA LOYAUTE DE LA RELATION COMMERCIALE.....	71
Chapitre I : Le contrôle exercé par les cocontractants.....	73
Chapitre II : Le contrôle exercé par les pouvoirs publics.....	90
PARTIE II : L'EQUILIBRE DES RELATIONS COMMERCIALES.....	114
TITRE I : LA PRESERVATION DE L'EQUILIBRE CONTRACTUEL.....	117
Chapitre I : Le déséquilibre significatif.....	119
Chapitre II : Le déséquilibre abusif.....	139
TITRE II : LA LUTTE CONTRE LES ABUS DU DESEQUILIBRE STRUCTUREL.....	158
Chapitre I : Les abus durant la relation commerciale.....	160
Chapitre II : Les abus lors de la fin de la relation.....	180
CONCLUSION GENERALE.....	194
BIBLIOGRAPHIE.....	198
INDEX.....	211
TABLE DES MATIERES.....	214
TABLE DES ABREVIATIONS.....	222

INTRODUCTION GENERALE

« De deux choses l'une : ou un équilibre est naturel, et il se réalise naturellement, il devient stable, et il n'y a plus besoin de loi ; ou bien cet équilibre n'est pas naturel, et alors on a un peu l'impression [...] que le législateur est un funambule avec un immense balancier qui, pour tenir en équilibre sur le fil, donne un petit coup à droite, puis un petit coup à gauche ».

J. Azéma, Le contrat-cadre de distribution enjeux et perspectives, Colloque du Centre de Recherche sur le Droit des Affaires, 11 et 12 décembre 1996.

1. De tout temps, les Hommes politiques ont adopté de nombreux textes afin de régler la vie en société, mais aussi pour adapter les règles existantes aux évolutions sociales et économiques. Les interventions étaient d'autant plus fréquentes que le pays sortait d'une crise ou d'une guerre, ce qui a été notamment le cas après la fin la seconde guerre mondiale.

2. En ce sens, afin de faire face à une situation de pénurie et éviter certaines spéculations, l'ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix a été adoptée selon un modèle d'économie dirigée. Elle prévoyait notamment un blocage des prix de certains produits et services¹ mais aussi certaines règles relatives à la fixation et à l'affichage du prix. Au moment de son adoption, il existait un équilibre structurel et commercial entre fournisseurs et distributeurs.

3. Au début des années 80, le parc des supermarchés et hypermarchés s'est considérablement développé² sans qu'aucun texte ne régleme les rapports entre fournisseurs et distributeurs. Le gouvernement, sous l'influence du renouveau des idées libérales et du principe de libre concurrence posé par le droit de l'Union Européenne, a

¹ Cf. Article 16 de l'ordonnance du 30 juin 1945.

² O. Poulet et J.A. Robert, « De Balladur à la NRE, 15 ans de régulation du droit de la concurrence en France, une approche comparée du droit et de l'économie », Revue de jurisprudence commerciale, 2001, n°10, p. 257.

alors adopté l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence. Ce texte, comme son nom l'indique, avait pour objectif d'instaurer une liberté des prix afin de lutter contre l'inflation mais aussi de laisser les opérateurs économiques construire la « *structure économique* »³ entre fournisseurs et distributeurs. Cependant, durant les années qui ont suivi, la structure de la grande distribution a évolué. Les distributeurs sont devenus moins nombreux mais de plus grande taille⁴. Ils ont alors bénéficié d'une position préférentielle dans leurs relations avec la plupart de leurs fournisseurs et certains abus sont apparus.

4. En 1995, la France a connu une grave crise économique avec une forte hausse du chômage. Les grands distributeurs en ont été désignés comme principaux responsables car ils supprimaient plus d'emplois qu'ils n'en créaient⁵. Le législateur est donc intervenu afin d'adopter la loi du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales. Alors que l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 avait pour objectif d'instaurer une liberté des prix, la loi Galland restreint cette liberté en modifiant le seuil de revente à perte pour le fixer au prix unitaire des produits majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente, du prix du transport et des remises figurant sur la facture⁶. Ceci afin de limiter la possibilité pour les distributeurs de revendre à des prix trop bas⁷ et de protéger les emplois que représentait le commerce traditionnel⁸.

5. A la lecture de l'intitulé de la loi du 1^{er} juillet 1996, le législateur, en adoptant ce texte, avait aussi pour objectif d'instaurer un équilibre dans les relations commerciales, c'est-à-dire d'encadrer, de modifier la structure économique qu'avaient instaurée les fournisseurs et les distributeurs. La loi du 1^{er} juillet 1996 est donc venue limiter la liberté offerte aux opérateurs économiques par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. La loyauté a donc été utilisée pour encadrer la liberté.

³ *Ibid.* p. 259.

⁴ *Ibid.* p. 260.

⁵ M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, « *Le guide des relations commerciales* », Dalloz, 2^{ème} ed., 2009, p. 5.

⁶ Cf. Article 10 de la loi du 1^{er} juillet 1996.

⁷ M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, *op. cit.*, p. 8.

⁸ O. Poulet et J.A. Robert, *op. cit.*, p.260.

6. Suite à l'adoption de la loi relative à la loyauté dans les relations commerciales, il y eut « [une] accélération des mouvements de regroupement »⁹ des distributeurs, qui a placé les fournisseurs, généralement de petite et moyenne taille, dans une situation délicate lors des négociations commerciales¹⁰ mais aussi tout au long de leurs relations avec leurs clients. De plus, la forte concentration des distributeurs associée aux dispositions de la loi du 1^{er} juillet 1996 ont eu pour conséquence de limiter la guerre des prix et de provoquer un alignement des prix entre distributeurs¹¹. L'absence de concurrence conjuguée au passage à l'euro ont provoqué une augmentation des prix de revente et une baisse de la consommation. En 2001, la France a donc été confrontée à une nouvelle crise économique¹².

7. Pour y faire face, le législateur a adopté la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. Ce texte, avait pour objectif de réguler différents secteurs de l'économie et n'avait pas vocation à seulement régir les relations commerciales. Les dispositions adoptées pour réguler les rapports entre fournisseurs et distributeurs sont celles du premier titre de la seconde partie de la loi qui est intitulé « *moralisation des pratiques commerciales* ». La loi du 15 mai 2001 prohibe certains comportements mais aussi certaines clauses et contrats¹³. Ce texte, qui complète la liste des pratiques restrictives de l'article L.442-6 du code de commerce, va donc plus loin que la notion de loyauté introduite par la loi du 1^{er} juillet 1996 et encadre, plus encore, la liberté offerte aux opérateurs économiques par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Un auteur considère que la loi du 15 mai 2001 marque un infléchissement des objectifs du droit de la concurrence¹⁴.

8. La circulaire du 16 mai 2003 dite Dutreil I a alors été adoptée et l'accord Sarkozy de 2004 conclu. Les deux textes avaient pour objectif de parvenir à une diminution des prix de revente aux consommateurs grâce à un transfert des marges arrière vers l'avant. La circulaire Dutreil en instaurant les conditions particulières de vente¹⁵, l'accord du 17 juin 2004 en prévoyant une diminution des marges arrière pour les

⁹ O. Poulet et J.A. Robert, *op. cit.*, p. 266.

¹⁰ *Ibid.* p. 266.

¹¹ M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, *op. cit.*, p. 8.

¹² *Ibid.* p. 13.

¹³ Cf. Article 56 de la loi du 15 mai 2001.

¹⁴ J. Rochfeld, « *Nouvelles régulations économiques et droit commun des contrats* », Revue trimestrielle de droit civil, p. 671.

¹⁵ Cf. Point I de la circulaire du 16 mai 2003.

distributeurs et une diminution des marges avant pour les fournisseurs. Malgré ces deux textes, les prix de revente aux consommateurs n'ont cessé d'augmenter. Le législateur a alors adopté la loi du 2 août 2005 qui initie un abaissement du seuil de revente à perte¹⁶. L'objectif était d'initier un transfert des marges arrière vers l'avant et ainsi parvenir à une diminution des prix de revente. De plus, comme son nom l'indique, cette loi est dite en faveur des petites et moyennes entreprises, c'est-à-dire généralement les fournisseurs. Dans ce dessein, elle a complété la liste des pratiques restrictives énoncées à l'article L.442-6 du code de commerce¹⁷. Pour ce dernier objectif, la loi du 2 août 2005 est à rapprocher de la loi Galland du 1^{er} juillet 1996 qui avait comme objectif d'instaurer un équilibre des relations commerciales.

9. Malgré l'adoption de la loi en faveur des petites et moyennes entreprises, « *les prix des produits de grande consommation n'ont cessé d'augmenter [...] en raison principalement des hausses de matière première* »¹⁸. La volonté du législateur et du Président de la République de l'époque¹⁹ d'augmenter le pouvoir d'achat des consommateurs a conduit le premier à adopter la loi du 3 janvier 2008 dite pour la concurrence au service des consommateurs. Ce texte prévoyait un abaissement du seuil de revente à perte au trois fois net, c'est-à-dire d'offrir la possibilité aux revendeurs de déduire du prix d'achat les rabais remises et ristournes obtenus de la part de leurs fournisseurs.

10. Afin de terminer le processus engagé en 2005 et de poursuivre ses tentatives de diminution des prix de revente aux consommateurs, le législateur a adopté la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 qui supprime l'interdiction *per se* des discriminations permettant ainsi aux opérateurs économiques de négocier les conditions générales de vente et de prestations de services²⁰.

11. Toujours dans le dessein de lutter contre les abus des grands distributeurs ou de certains grands groupes industriels, le législateur a, lors de l'adoption de ces deux

¹⁶ Cf. Article 47 de la loi du 2 août 2005.

¹⁷ Cf. Articles 48 et 49 de la loi du 2 août 2005.

¹⁸ M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, *op. cit.*, p. 27.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Cf. Article 93 de la loi du 4 août 2008.

derniers textes, complété les dispositions des deux premiers paragraphes de l'article L.442-6 du code de commerce²¹.

12. Les différentes interventions des législateurs successifs avaient donc pour but de remplir certains objectifs économiques et d'encadrer, notamment par l'utilisation de la notion de loyauté, la liberté offerte aux opérateurs économiques. Les textes adoptés visaient essentiellement les pratiques mises en place par la grande distribution. Toutefois, la notion de relation commerciale, utilisée pour la première fois lors de l'adoption de la loi du 1^{er} juillet 1996, ne peut se limiter aux rapports entre fournisseurs et distributeurs.

13. Sa définition peut être déduite des dispositions des articles L.441-6 et L.442-6 du code de commerce qui ont été modifiées à de nombreuses reprises depuis 1986. L'article L.441-6 du code précité, relatif à la transparence, vise dans son premier alinéa « *tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur* » et « *tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services* » agissant pour leur « *activité professionnelle* ». L'article L.442-6 du même code fait référence, dans son alinéa premier, aux producteurs, commerçants, industriels et à toute personne immatriculée au répertoire des métiers. On peut déduire de la combinaison des dispositions de ces deux textes que sont exclus de leur champ d'application les non professionnels et les professionnels n'agissant pas dans le cadre de leur activité.

14. Les producteurs sont mentionnés dans chacun des deux articles précités et sont à rapprocher des industriels qui transforment les produits en vue de leur vente. Les commerçants sont, quant à eux, à rapprocher des grossistes et importateurs qui contractent dans le but de revendre. Les différents textes relatifs aux relations commerciales visent donc les activités de vente, de revente, mais aussi les prestations de services. En visant les personnes inscrites au répertoire des métiers, le législateur a souhaité que les dispositions adoptées s'appliquent aux artisans qui sont des personnes physiques ou morales n'employant pas plus de dix salariés. Les textes précités ont donc vocation à s'appliquer même aux structures de petite taille.

²¹ Cf. Article 8 de la loi du 3 janvier 2008 et l'article 93 de la loi du 4 août 2008.

15. Les personnes visées par les dispositions des articles L.441-6 et L.442-6 du code de commerce sont nombreuses. L'étude des textes précités permet de définir la notion de relation commerciale comme tout rapport, sous réserve de certaines incompatibilités, entre opérateurs économiques agissant, dans le cadre de leur activité professionnelle, dans le dessein de parvenir à un transfert de biens ou à la réalisation de prestations de services.

16. Les textes adoptés depuis 1986 avaient essentiellement pour objectif de réglementer les rapports entre fournisseurs et distributeurs. Cependant, ces derniers, bien que matérialisés par un contrat²², sont souvent déséquilibrés et ce malgré les dispositions du droit commun²³.

17. En droit des contrats, le principe de la liberté contractuelle trouve à s'exprimer. Toutefois, les codificateurs ont encadré ce principe avec les notions de cause, de lésion et d'équité. Cette dernière, qui a une forte connotation morale, doit être rapprochée de celle de bonne foi, énoncée par le troisième alinéa de l'article 1134 du code civil, qui constitue la référence principale à la morale contenue par ledit code.

18. Le texte précité dispose que « *[les conventions] doivent être exécutées de bonne foi* ». « *La bonne foi consistera en l'ignorance d'un droit subjectif ou bien en la croyance en l'existence d'une règle légale faisant en réalité défaut ou enfin en l'ignorance d'un fait matériel* »²⁴. Elle est le fondement « *d'un devoir d'assistance, de collaboration, de coopération, d'aide mutuelle et, à la limite, d'amitié et de fraternité* »²⁵ et ce même pour les contrats internationaux²⁶.

19. Cependant, le rôle de la bonne foi en droit des contrats est bien plus grand. En effet, le troisième alinéa de l'article 1134 du code civil vient concilier le principe de la force obligatoire des conventions, énoncé au premier alinéa du même article, « *avec des exigences d'ordre moral qui le rendent supportable et compatible avec nos rapports*

²² Cf. Article L.441-7 du Code de commerce.

²³ V. *infra* n° 382 et s.

²⁴ Y. Picod, « *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat* », Thèse, LGDJ, 1989, pp. 12-13.

²⁵ G. Cornu, « *Regards sur le Titre II du Livre II du Code civil* », Cours D.E.D. droit privé Paris II, p. 209.

²⁶ Cf. Article 1-7,1 des principes Unidroit.

économiques et sociaux»²⁷. Pour d'autres auteurs, « la satisfaction de l'intérêt général justifie que l'on puisse porter atteinte à la force obligatoire du contrat »²⁸ et donc que l'on ait recours à la notion de bonne foi.

20. La notion d'équité énoncée par l'article 1135 du code civil est, quant à elle, utilisée lorsque la bonne foi est insuffisante²⁹, lorsque le juge est en quête de justice même si ces derniers refusent d'utiliser la notion d'équité lorsque les conventions sont claires et précises³⁰. Les notions de bonne foi et d'équité viennent donc encadrer la liberté contractuelle. Cette liberté est d'autant plus réglementée que les juges, aidés par la doctrine, ont développé la théorie du solidarisme contractuel³¹.

21. Le droit commercial et le droit des contrats ne sont pas les deux seuls domaines du droit français faisant des renvois à la morale. En ce sens, les dispositions du code civil relatives au droit de la famille font, notamment, référence à l'obligation d'honneur et respect de l'enfant à l'égard de ses parents³², à la notion d'intérêt de l'enfant³³, aux devoirs des époux³⁴. Ce même code contient aussi des dispositions ayant une connotation morale en matière quasi-contractuelle avec la prohibition de l'enrichissement sans cause et l'action *de in rem verso*³⁵.

22. Les renvois à la morale ne sont pas une particularité du droit français. Tel est notamment le cas du droit allemand, dont l'article 242 du Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) fait référence à la notion de bonne foi et des droits italien³⁶ et suisse³⁷. Les droits anglais et irlandais ne font, quant à eux, pas référence à la bonne foi. Toutefois, la common law reconnaît l'existence d'un « *duty to negotiate with care* » qui impose de tenir compte des intérêts de la personne avec laquelle on négocie. Pour certains contrats « *uberrimae fidei* » et « *of utmost good faith* » la common law impose aux cocontractants

²⁷ Y. Picod, *op. cit.*, p. 9.

²⁸ J. Flour, J-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil – Les obligations – I. L'acte juridique*, Sirey Université, 15^{ème} ed., 2012, p. 92.

²⁹ B. Lyonnet, « *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat* », Gazette du palais, Dimanche 3 au Mardi 5 décembre 2000, p. 2121.

³⁰ *Ibid.* p. 2120.

³¹ V. *infra* n° 426 et s.

³² Cf. Article 371 du Code civil.

³³ Cf. Articles 371-1 et 371-5 du Code civil.

³⁴ Cf. Articles 212 et 213 du Code civil.

³⁵ Cf. Article 1371 du Code civil.

³⁶ Cf. Article 1375 du Codice civile.

³⁷ Cf. Article 2 du Code civil suisse.

de fournir les informations qu'ils détiennent et qui n'est pas accessible à l'autre³⁸. « [L'] on ne conçoit guère qu'un système juridique puisse s'édifier à partir du principe contraire »³⁹.

23. L'utilisation de notions morales est dictée par un souci d'obéissance aux règles édictées. En effet, même si « *les raisons de l'obéissance [au droit] restent le secret des âmes* »⁴⁰, le droit ne sera respecté que s'il est justifié et la loi sera donc plus difficilement enfreinte si elle correspond à un idéal moral⁴¹. Or, la morale et le droit sont très liés, car ce dernier doit permettre d'accomplir la justice qui implique la notion de juste qui est elle-même une notion morale.

24. La loi morale est celle qui est respectée car « *imposée par la foi, la raison, la conscience ou tout simplement suivie par habitude ou respect humain* »⁴². Elle doit permettre de lutter contre les abus, mais aussi d'offrir une protection à celui qui est en situation d'infériorité. Elle impose de protéger ceux qui sont de bonne foi et de sanctionner ceux qui agissent par malice. La règle morale impose aussi certains devoirs tels que le devoir de ne pas s'enrichir au détriment d'autrui, le devoir de prêter assistance ou encore le devoir de ne pas nuire à autrui⁴³. La règle morale a aussi une autre utilité car elle permet aux juges de renforcer, d'atténuer ou d'affiner la règle juridique⁴⁴.

25. Dans le domaine des relations commerciales, les échanges, les rapports entre opérateurs économiques et les intérêts financiers sont bien plus importants qu'entre deux personnes physiques agissant pour leurs intérêts privés. Les législateurs et gouvernements successifs ont donc été conduits à intervenir malgré les dispositions du droit commun⁴⁵. Les opérateurs économiques étant conseillés ou ayant certaines notions juridiques, les références à la morale n'ont donc pas pour objectif et n'ont aucune conséquence quant à leur l'obéissance aux règles édictées. Ces derniers savent pertinemment qu'ils se doivent de respecter certains textes au risque d'être sanctionnés et de voir leur responsabilité

³⁸ A. Guest, « *Ansons's Law of Contract* », 26ème ed., Oxford, Londres, 1984, p.231.

³⁹ P. Reuter, « *Principes du droit international public* », Recueil des Cours, Académie de droit international, 1961, p. 442.

⁴⁰ G. Ripert, « *La règle morale dans les obligations civiles* », LGDJ, 4^{ème} ed., 1949, p. 22.

⁴¹ *Ibid.*, p. 25.

⁴² *Ibid.*, p. 5.

⁴³ *Ibid.*, p. 7.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 8.

⁴⁵ V. *infra* n° 382 et s.

engagée. Les renvois à la loi morale, par l'utilisation des notions de loyauté⁴⁶ et de moralisation⁴⁷, avaient pour objectif de fixer une ligne directrice au législateur mais aussi, par l'utilisation de notions évocatrices, de satisfaire les revendications des opérateurs économiques les plus faibles, généralement les fournisseurs, et des consommateurs qui subissent les conséquences des pratiques mises en place par les distributeurs.

26. Alors que certains auteurs ont utilisé la notion d'éthique et ont distingué l'éthique interne de l'éthique externe qui peut « *prendre la forme d'une éthique commerciale* »⁴⁸, le législateur a opté pour la notion de loyauté afin d'encadrer les relations commerciales. Cette notion découle de la loi morale et constitue « *la notion la plus imprégnée de morale* »⁴⁹. Elle a été introduite dans le code de commerce par l'article 4 de la loi du 25 juin 1991, codifié à l'article L.134-4 du code précité, relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants. Avec l'adoption de la loi du 1^{er} juillet 1996 relative à la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, la loyauté est ensuite devenue une notion cadre en droit des affaires et plus particulièrement dans les relations entre opérateurs économiques.

27. La première et principale notion utilisée par le législateur afin d'encadrer la liberté offerte aux opérateurs économiques est celle de loyauté⁵⁰. Les textes postérieurs à la loi Galland, relatifs aux relations commerciales, n'avaient pour objectif que de compléter le texte précité ou de mettre fin aux effets néfastes de certaines de ces dispositions. En ce sens, et malgré des intitulés n'ayant aucune ou de lointaines références à la loi morale, les textes postérieurs à la loi du 1^{er} juillet 1996 participent donc à l'instauration d'une loyauté dans les relations commerciales.

28. La présente étude consistera donc à étudier les dispositions des différents textes applicables aux relations commerciales afin de mettre en exergue la conception que se font les pouvoirs publics de la notion de loyauté dans les relations commerciales et de rechercher le sens de cette notion.

⁴⁶ Cf. loi du 1^{er} juillet 1996.

⁴⁷ Cf. loi du 15 mai 2001.

⁴⁸ F. Buy et J. Théron, « *L'éthique et l'entreprise* », La semaine juridique Entreprise et affaires, n° 25, 20 juillet 2013, pp. 1-9.

⁴⁹ Y. Picod, *op. cit.*, p. 13.

⁵⁰ Cf. Loi du 1^{er} juillet 1996.

29. Dans sa thèse, le Doyen Picod, inspiré par le Professeur Vouin⁵¹, avait opposé la loyauté contractuelle à la loyauté du contractant afin d'étudier les différents devoirs qu'impose la loyauté. Cette étude ne reprendra pas cette distinction, car, comme nous le démontrerons lors des développements, elle ne correspond pas à l'utilisation de la notion de loyauté qu'en a faite le législateur depuis 1986.

30. L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, premier texte relatif aux relations commerciales, est composée de sept titres dont l'un est intitulé « *de la transparence et des pratiques restrictives* »⁵². L'ensemble des dispositions de ce titre ont été codifiées dans le quatrième titre du quatrième livre du code de commerce. Celles relatives à la transparence dans le premier chapitre et celles traitant des pratiques restrictives dans le chapitre suivant. Aucun texte postérieur à l'ordonnance Balladur, ni même la loi du 1^{er} juillet 1996, n'a remis en cause cette distinction. Bien au contraire, lorsque le législateur a souhaité instaurer une loyauté et un équilibre dans les relations commerciales⁵³, moraliser les pratiques commerciales⁵⁴, moderniser les relations commerciales⁵⁵ ou favoriser le développement des petites et moyennes entreprises⁵⁶, il a complété, modifié, supprimé ou adapté les dispositions du code de commerce relatives à la transparence et aux pratiques restrictives.

31. Les objectifs des différents textes étaient de garantir l'information des opérateurs économiques et de tout mettre en œuvre afin que ceux bénéficiant d'une position préférentielle n'abusent du déséquilibre. En se référant à la notion de loyauté le législateur a souhaité instaurer une transparence des relations commerciales, mais aussi lutter contre les abus du déséquilibre. Il apparaît donc, après étude de ces différents textes, que la loyauté des relations commerciales requiert une certaine transparence complétée par l'exigence d'équilibre.

32. C'est pourquoi, la première partie de cette étude, intitulée « la transparence des relations commerciales », sera consacrée à l'analyse des dispositions favorisant

⁵¹ Y. Picod, *op. cit.*, p. 18 et R. Vouin, « *La bonne foi. Notion et rôles actuels en droit français* », Thèse, Bordeaux, 1939.

⁵² Cf. Titre IV de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

⁵³ Cf. Loi du 1^{er} juillet 1996.

⁵⁴ Cf. Titre I, Partie II de la loi du 15 mai 2001.

⁵⁵ Cf. Titre VI de la loi du 2 août 2005 et Titre I de la loi du 3 janvier 2008.

⁵⁶ Cf. Chapitre II, Titre I de la loi du 4 août 2008.

l'information des opérateurs économiques, c'est-à-dire à l'étude des dispositions du chapitre préliminaire et du premier chapitre du quatrième titre du quatrième livre du code de commerce et aux décisions s'y rapportant, d'une part, et aux textes et décisions relatifs aux conditions générales d'achat, d'autre part. La seconde partie, intitulée « l'équilibre des relations commerciales », sera vouée à l'étude des dispositions sanctionnant les abus du déséquilibre, c'est-à-dire aux textes du code civil et aux décisions jurisprudentielles permettant de mettre en place, de caractériser un équilibre des conventions ainsi qu'à l'étude de certaines pratiques restrictives de concurrence et anticoncurrentielles codifiées dans le code de commerce.

PARTIE I :

LA TRANSPARENCE DES RELATIONS COMMERCIALES

33. Le code de commerce contient un chapitre intitulé « *de la transparence* » qui regroupe des dispositions relatives à la publicité à l'égard des consommateurs, à la facturation et aux conditions générales de vente. La présente étude étant consacrée aux relations commerciales, c'est-à-dire aux rapports entre professionnels agissant dans le cadre de leur activité⁵⁷, les dispositions relatives à la vente aux consommateurs ne seront donc pas étudiées.

34. Le premier texte traitant de la transparence est l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence⁵⁸. Ce texte, avec ses articles 31 et 33 respectivement codifiés aux articles L.441-3 et L.441-6 du code de commerce, régleme la facturation et impose la communication des conditions générales de vente.

35. La transparence est utilisée tant lors des négociations commerciales que durant le développement de la relation. Pendant la période précontractuelle, elle est le moyen choisi par le législateur afin de permettre aux acheteurs et demandeurs de prestation de services de comparer les offres qui leur sont proposées et ainsi favoriser la mise en concurrence des fournisseurs et prestataires de services. Les conditions générales de vente favorisent donc l'information des opérateurs économiques (Titre I).

36. Pour la période postérieure à l'échange des consentements, l'article L.441-3 du code de commerce relatif à la facturation trouve à s'appliquer. Il constitue un moyen, pour les opérateurs économiques, de s'assurer de la bonne exécution des conventions. Dans ce dessein, il convient d'ajouter à l'article précité l'article L.441-7 du même code relatif à la formalisation du résultat des négociations commerciales. La transparence permet donc aux opérateurs économiques de s'assurer de la bonne exécution des conventions par leurs cocontractants.

37. En outre, le choix de la transparence a aussi été opéré car elle facilite le contrôle de la bonne application des textes⁵⁹. La transparence constitue un moyen permettant de contrôler la loyauté des cocontractants (Titre II).

⁵⁷ V. *supra* n° 13 et s.

⁵⁸ Cf. Titre IV de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

⁵⁹ D. Ferrier, « *Droit de la distribution* », Litec, 6^{ème} ed., 2012, p. 125.

TITRE I :

L'INFORMATION DES OPERATEURS ECONOMIQUES

38. « *L'information guérit l'erreur* »⁶⁰. Le législateur a, de tout temps, accordé beaucoup d'importance à l'information des cocontractants notamment en présence d'un rapport de force déséquilibré. Pour être valable, l'information doit remplir certaines conditions. Elle doit être intelligible par le destinataire et les renseignements exacts, pertinents et adaptés à la situation⁶¹. Les juges allant même, dans certains cas, jusqu'à imposer à une partie de se renseigner avant d'informer⁶².

39. Le respect et la qualité de l'information délivrée au partenaire sont une condition de validité du consentement. Les vices du consentement, qui trouvent souvent leur source dans le non-respect du devoir d'information⁶³, imposent que le débiteur de cette obligation ne trompe pas la personne à qui l'information est destinée sous peine de voir annuler la convention pour erreur ou dol. Le partenaire doit être éclairé⁶⁴ sur la portée de son engagement lorsqu'il consent.

40. Toutefois, l'obligation précontractuelle d'information sera tempérée par la jurisprudence qui considère que cette obligation n'existe pas lorsque les renseignements souhaités peuvent être obtenus dans le cadre d'une simple recherche d'informations⁶⁵. L'obligation d'information se trouvant ainsi réduite lorsqu'une obligation de se renseigner peut être mise à la charge de l'une des parties.

41. La loyauté, qui doit être qualifiée de devoir et non d'obligation⁶⁶, tend à étendre l'obligation d'information dans le temps. Les opérateurs économiques se voient ainsi imposer d'informer leurs partenaires ou potentiels partenaires lors de la phase précontractuelle mais aussi lors de l'exécution du contrat.

⁶⁰ Y. Picod, *op. cit.*, p. 111.

⁶¹ P. Le Tourneau, « *droit de la responsabilité et des contrats* », Dalloz Action, 9^{ème} ed., 2012, p. 905.

⁶² Cass. Com, 4 février 1997, pourvoi n° 94-19.511.

⁶³ P. Le Tourneau, *op. cit.*, p. 898.

⁶⁴ J-L. Rives-Lange, « *Le devoir de loyauté : essai d'une définition unitaire* », Gazette du Palais, 3 décembre 2000, p. 2169.

⁶⁵ T.G.I. Paris, 24 février 1994, Dalloz Sirey, 1994, somm. p. 283, obs. T. Hassler.

⁶⁶ Y. Picot, *op. cit.*, pp. 13-14.

42. Pour faire face à la spécificité du droit des affaires, tant lors de l'établissement des relations commerciales que lors de leur développement, les législateurs ont adopté différentes dispositions afin de promouvoir et faciliter l'information des partenaires économiques.

43. En ce sens, la loi Doubin du 31 décembre 1989 a institué une obligation d'information pour les fournisseurs au profit des distributeurs débiteurs d'une exclusivité d'approvisionnement⁶⁷. Pour s'assurer de la qualité des informations délivrées, le législateur a cru bon de préciser que les informations communiquées devaient être sincères afin qu'elles « *permettent de s'engager en connaissance de cause* »⁶⁸ même si cela peut créer une redondance.

44. Auparavant, un texte au champ d'application plus large avait été adopté. En effet, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 met en place une obligation de transparence des négociations commerciales à la charge des vendeurs et prestataires de services. Avec ce texte d'inspiration libérale⁶⁹, le gouvernement de l'époque a permis aux acheteurs de comparer les offres qui leur étaient soumises mettant ainsi en concurrence les fournisseurs et assurant l'information des potentiels acheteurs et demandeurs de prestations de services.

45. Dorénavant, les divers textes législatifs et réglementaires, et plus généralement le devoir de loyauté, imposent aux opérateurs économiques d'informer leurs partenaires sur leurs conditions de vente et de prestation de services (chapitre I) et plus généralement sur leurs intentions (chapitre II).

⁶⁷ Cf., Article L.330-3 du Code de commerce.

⁶⁸ Cf., Article L.330-3 du Code de commerce.

⁶⁹ O. Poulet et J.A. Robert, *op. cit.*, p. 258.

Chapitre I : L'information sur les conditions de vente et de prestation de services.

46. Pour lutter contre les déséquilibres dans les relations entre professionnels et consommateurs, le droit de la consommation a été développé. Les professionnels se sont, notamment, vu imposer une obligation d'information.

47. Dans les relations commerciales, c'est-à-dire entre professionnels agissant dans le cadre de leur activité⁷⁰, les opérateurs économiques ne se trouvent généralement pas dans une même situation économique ou commerciale. L'information revêt donc une importance toute aussi grande. Le législateur a choisi de renforcer l'obligation d'information, ce d'autant que les flux financiers et les intérêts en présence sont bien souvent plus importants qu'entre un professionnel et un non professionnel ou entre deux non professionnels. L'information des opérateurs économiques sur les conditions dans lesquelles un accord peut être conclu est donc primordiale afin d'éviter que les déséquilibres structurels, économiques et commerciaux n'aient de conséquences néfastes pour les plus faibles d'entre eux.

48. Toutefois, l'importance de l'information a évolué au fil du temps. Avant l'adoption de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, les prix étaient contrôlés par l'Etat et le refus de vente interdit⁷¹ et pénalement sanctionné⁷². Pour les produits dont le prix était réglementé, aucune négociation n'était possible. Les conditions étaient les mêmes pour tous et le contrat de vente s'apparentait donc à un contrat d'adhésion. L'importance de l'information s'en trouvait alors réduite.

49. Avec la libéralisation du prix et des échanges, conjuguée à l'autorisation, dans certaines hypothèses, du refus de vente⁷³ puis à la disparition de cette interdiction⁷⁴, l'information des opérateurs économiques sur les conditions d'un accord revêt une double importance. Elle permet de contrôler les conditions proposées aux concurrents placés dans une même situation et, dans certaines hypothèses, de connaître les conditions

⁷⁰ V. *supra* n° 13 et s.

⁷¹ Cf., Article 37 de l'ordonnance du 30 juin 1945.

⁷² Cf., Décret du 9 août 1953.

⁷³ Cf., Décret du 24 juin 1958.

⁷⁴ Cf., Article 14 de la loi du 1^{er} juillet 1996.

obtenues par ces derniers. Dans ce dessein, le législateur a adopté des dispositions visant à imposer une transparence des conditions de vente.

50. Les dispositions successivement adoptées avaient pour but de satisfaire certains objectifs (section I) et d'encadrer l'établissement et la communication des conditions générales (section II).

Section I : L'adaptation de la portée des conditions générales de vente aux objectifs des pouvoirs publics.

51. Les dispositions relatives aux conditions générales de vente et à leur transparence sont codifiées aux articles L.441-6 et suivants du code de commerce. Ces articles ont souvent fait l'objet d'interventions de la part du législateur. Le but étant de faire face aux évolutions structurelles et économiques du secteur de la distribution en adaptant aux objectifs poursuivis (§I) la portée des conditions générales (§II).

§I) Les objectifs des pouvoirs publics.

52. L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, la loi Galland du 1^{er} juillet 1996, la loi en faveur des petites et moyennes entreprises du 2 août 2005 et la loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs du 3 janvier 2008 ont modifié les dispositions du code de commerce relatives aux conditions générales de vente. Chaque intervention avait pour but d'apporter une réponse aux pratiques mises en place par les opérateurs économiques et à leurs dérives.

53. Les textes précités n'avaient pas pour seul objectif d'instaurer et d'améliorer la transparence des négociations commerciales, l'économie constituant aussi une des principales préoccupations des dirigeants. Par ces apports, les législateurs et gouvernements successifs ont donc souhaité poursuivre certains objectifs économiques (I) qui nécessitaient une amélioration des relations commerciales (II).

I) Les objectifs de politique économique.

54. Sous couvert de termes généraux, les textes précités ont été adoptés pour remplir certains objectifs d'ordre économique afin de limiter les conséquences de certains abus de la part des opérateurs économiques bénéficiant d'une position préférentielle. Parmi ces textes, certains n'ont aucun rapport avec la transparence des relations commerciales.

55. En effet, à partir des années quatre-vingt-dix, les grandes surfaces se sont développées ce qui a eu des conséquences néfastes sur le commerce traditionnel. L'un des objectifs des lois du 1^{er} juillet 1996 et du 15 mai 2001 était de limiter les possibilités pour la grande distribution d'obtenir des prix plus avantageux que les commerçants traditionnels de la part des fournisseurs et ainsi limiter le pouvoir attractif des grandes surfaces. En outre, le commerce traditionnel nécessitant un besoin en personnel plus important que la grande distribution qui pratique le libre-service, les lois Galland et NRE ont été adoptées afin de préserver les emplois que représente ce mode de distribution.

56. Parallèlement, les différents législateurs et gouvernements souhaitaient enrayer la hausse des prix qui a fait suite au choc pétrolier des années 73/74 et s'est poursuivie les années suivantes. Pour cela, des dispositions ont été adoptées afin de favoriser la concurrence (A) et de limiter l'inflation (B) des prix de revente aux consommateurs.

A) Favoriser la concurrence.

57. Le volet économique occupe une grande part de l'activité du législateur. Parmi tous les aspects juridiques ayant un lien avec l'économie, le droit de la concurrence occupe une place particulière, place qui, sous l'influence des règles d'origine européenne, ne cesse de s'accroître. Depuis 1986, les différents législateurs et les gouvernements ont tenté d'adapter les règles régissant les relations commerciales aux évolutions des structures des opérateurs économiques. L'objectif est de rétablir l'équilibre qui s'est

rompu suite au double mouvement de concentration des distributeurs à la fin des années quatre-vingt et au début des années quatre-vingt-dix⁷⁵ afin d'améliorer la concurrence.

58. Lors des négociations entre opérateurs économiques, la concurrence consiste à permettre à ces derniers de pouvoir comparer les offres des uns et les demandes des autres. Deux possibilités s'offraient au législateur : l'opacité des négociations ou leur transparence.

59. En 1996, en optant pour la transparence des négociations, ce dernier a souhaité mettre en concurrence les fournisseurs et les prestataires de services qui se trouvent ainsi en état d'offre permanente. Cette conception de la transparence, défendue par l'Ecole de Chicago⁷⁶, favorise la comparaison par les distributeurs et plus généralement par tout acheteur ou demandeur de prestation de services des offres qui leur sont proposées. Les fournisseurs et prestataires de services sont donc les protagonistes de la transparence et doivent être, en priorité, mis en concurrence.

60. Par opposition, l'opacité des négociations aurait consisté à permettre aux fournisseurs et distributeurs de négocier librement, chacun cherchant respectivement à vendre au prix le plus élevé possible ou à obtenir les conditions les plus favorables pour proposer un prix de revente inférieur à ses concurrents. L'opacité des négociations privilégie la mise en concurrence des distributeurs et implique nécessairement des différences de traitement entre deux opérateurs économiques.

61. La réforme des relations commerciales mise en place par la loi du 1^{er} juillet 1996 a favorisé la mise en concurrence des fournisseurs et prestataires de services, mais a aussi eu des conséquences non souhaitées en ce qui concerne la concurrence entre distributeurs. En effet, ces derniers étant vis-à-vis de leurs fournisseurs placés dans une situation identique, la transparence des négociations commerciales associée à l'interdiction des discriminations permettaient aux distributeurs d'avoir connaissance des tarifs dont bénéficiaient leurs concurrents, mais aussi de bénéficier des mêmes conditions. En application des dispositions relatives à la prohibition de la revente à perte,

⁷⁵ O. Poulet et J.A. Robert, *op. cit.*, p. 261.

⁷⁶ M. Mauraie-Vignal, « *Transparence tarifaire, négociation contractuelle et liberté des prix au regard de la loi du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales* », Recueil Dalloz, 1996, p. 361.

ces derniers ne pouvaient pas revendre leurs produits en dessous du prix d'achat effectif. Comme il l'a été précédemment énoncé, les distributeurs bénéficiaient des mêmes conditions tarifaires et avaient donc connaissance du prix plancher en dessous duquel chacun d'entre eux ne pouvait descendre. Cette situation a ainsi eu pour conséquence de limiter la concurrence sur les prix de revente entre grands distributeurs. L'interdiction de la revente à perte combinée aux règles de transparence des conditions générales de vente ont donc provoqué un alignement des prix d'une enseigne à l'autre, alignement qui s'effectua à la hausse et dans la même proportion⁷⁷.

62. La transparence des négociations commerciales est un moyen efficace de mettre en concurrence les fournisseurs. Le résultat est tout autre en ce qui concerne la mise en concurrence des distributeurs ce qui a eu des conséquences négatives sur les prix de revente ainsi que sur l'inflation.

B) Limiter l'inflation.

63. L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 est le premier grand texte synthétisant les problématiques du droit de la concurrence. Ce texte fait « *passer la France d'une économie administrée à une économie de marché* »⁷⁸. Le but non avoué étant de « *maîtriser l'inflation malgré la libéralisation des prix* »⁷⁹.

64. Les dispositions du texte précité associées à la définition du seuil de revente à perte telle qu'issue de l'article 9 de la loi sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales ont inhibé toute concurrence entre distributeurs⁸⁰. Ces derniers ne trouvant aucun avantage à négocier le prix de vente des produits et services ont reporté les négociations sur les services entourant les ventes. Or, avant l'adoption de la loi en faveur des petites et moyennes entreprises, le coût de la coopération commerciale n'entrait pas dans le calcul du seuil de revente à perte⁸¹. Le développement des marges arrière permettait aux distributeurs d'obtenir d'importantes recettes et d'atteindre un niveau de

⁷⁷ C., Montet et F. Venayre, « *Grande distribution française : faire confiance au marché ou céder à la tentation réglementaire ?* », Revue Lamy de la concurrence, novembre 2004 – janvier 2005, n° 1 p. 177.

⁷⁸ O. Poulet et J.A. Robert, *op. cit.*, pp. 258-259.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 259.

⁸⁰ *V. supra* n° 6.

⁸¹ Rapport Canivet, « *Rapport sur les rapports entre industrie et commerce* », 18 octobre 2004, p. 23.

rentabilité certain sans avoir à se faire concurrence sur les prix⁸². Le montant des marges arrière a alors constamment augmenté⁸³. Cependant, l'augmentation du coût des services de coopération commerciale est nécessairement répercutée sur le prix de vente par les fournisseurs ce qui a pour conséquence directe une augmentation du seuil de revente à perte et du prix de revente aux consommateurs.

65. Suite aux échecs de la circulaire Dutreil du 16 mai 2003 et de l'accord Sarkozy du 17 juin 2004 et face à la poursuite de la hausse des prix de revente, le gouvernement Raffarin s'était fixé pour objectif de parvenir à une « *baisse des prix d'au moins 5 % à financer sur les marges des distributeurs, c'est-à-dire sur la coopération commerciale* »⁸⁴. Pour y parvenir, le législateur a successivement adopté les lois du 2 août 2005, du 3 janvier 2008 et du 4 août de la même année. Les deux premiers textes ont progressivement abaissé le seuil de revente à perte pour le fixer au trois fois net, c'est-à-dire « *le prix d'achat tous remises, ristournes, rabais et coopération commerciale déduits* »⁸⁵. La loi de modernisation de l'économie a, quant à elle, achevé la réforme des négociations commerciales en les libéralisant. En permettant aux opérateurs économiques de négocier les conditions générales et en supprimant l'interdiction *per se* des discriminations le législateur a souhaité transférer la négociation de l'arrière vers l'avant pour parvenir à une suppression des marges arrière, favoriser la concurrence et ainsi accroître la transparence des négociations commerciales.

66. Malgré une réelle volonté, des différents législateurs et gouvernements, de limiter l'inflation des prix de revente aux consommateurs, la forte concentration des distributeurs et le manque d'anticipation ont fait échec aux réformes successives. Il aurait été économiquement préférable que, dès 1986, soient mises en place des dispositions favorisant une concurrence entre fournisseurs, d'une part, et entre distributeurs, d'autre part. En ce sens, le seuil de revente à perte aurait pu être abaissé ou auraient pu être adoptées des dispositions visant à imposer une transparence tant des vendeurs et prestataires de services, d'une part, que des acheteurs et demandeurs de prestation de

⁸² *Ibid*, p. 24.

⁸³ *Ibid*, p. 21.

⁸⁴ J-C., Grall, J-M., Meffre et C. Guet, « *Loi Dutreil du 2 août 2005 en faveur des PME : Analyse critique des dispositions relatives au droit des relations industrie-commerce* », Recueil Dalloz 2005, p. 2149.

⁸⁵ Rapport Canivet, *op. cit.*, p. 86.

services, d'autre part⁸⁶. En outre, il aurait aussi été opportun d'encadrer et de réguler les opérations de concentration entre ces derniers afin que le secteur de la distribution, en France, ne devienne oligopolistique⁸⁷.

67. Les objectifs en matière de mise en concurrence des opérateurs économiques et de lutte contre l'inflation ont été partiellement et tardivement atteints. Le résultat peut en partie s'expliquer par la volonté du législateur de remplir certains objectifs économiques, mais surtout d'améliorer les relations commerciales.

II) Les objectifs en matière de relation commerciale.

68. Les opérateurs économiques n'ayant pas les mêmes capacités financières, le même pouvoir de négociation et les mêmes nécessités commerciales, les relations commerciales sont donc bien souvent déséquilibrées. Or, la mise en place et le développement du devoir de loyauté nécessitent un équilibre des relations ou du moins, une absence d'abus du déséquilibre⁸⁸. L'instauration de la transparence des conditions générales de vente va dans ce sens.

69. La mise en place d'un tel concept a, dans un premier temps, eu pour objectif de favoriser les distributeurs (A) puis, dans un second temps, de protéger les fournisseurs et les prestataires de services (B).

A) Premier temps : Favoriser les distributeurs.

70. En 1986, la lutte contre l'inflation était un des objectifs du gouvernement de l'époque⁸⁹. L'adoption de l'ordonnance Balladur du nom du Ministre de l'économie, des finances et de la privatisation de l'époque, devait permettre d'enrayer la hausse des prix.

71. La grande distribution étant un vecteur de diminution du prix de vente aux consommateurs, le moyen alors adopté avait consisté à donner un avantage aux grands

⁸⁶ V. *infra* n° 163 et s.

⁸⁷ Rapport Canivet, *op. cit.*, p. 22.

⁸⁸ V. *infra* n° 510 et s.

⁸⁹ V. *supra* n° 3.

distributeurs⁹⁰ dans la négociation commerciale en plaçant les fournisseurs en état d'offre permanente. Pour cela, l'ordonnance précitée a maintenu la prohibition du refus de vente tout en le dépénalisant entre professionnels⁹¹. Cette évolution présentait l'avantage de permettre aux distributeurs de commercialiser un plus grand nombre de produits.

72. En outre, en dépénalisant le refus de vente entre professionnels, le gouvernement a voulu que la responsabilité des fournisseurs qui refusaient de contracter avec la grande distribution soit plus facilement recherchée. En effet, un fournisseur refusant de contracter avec un distributeur pouvait voir sa responsabilité civile engagée. Les distributeurs pouvaient donc faire condamner les fournisseurs au paiement de dommages et intérêts sans attendre une hypothétique sanction pénale. Le risque de condamnation était plus important pour les fournisseurs qui sont ainsi incités à contracter.

73. La suppression de la prohibition du refus de vente par la loi sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales⁹² aurait pu mettre fin à cette situation si elle n'avait pas été compensée par l'évolution des structures de la grande distribution⁹³ qui oblige les fournisseurs à contracter avec les grands distributeurs sous peine de voir leur chiffre d'affaires fortement diminuer.

74. Les distributeurs peuvent plus aisément contracter, d'une part, et contractent aux conditions les plus avantageuses proposées, d'autre part. La combinaison de la transparence des conditions générales de vente avec la dépénalisation de la prohibition du refus de vente entre professionnels les place donc dans une position confortable lors des négociations commerciales.

75. La combinaison des diverses dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence, a procuré un avantage certain aux distributeurs. Toutefois, les évolutions des structures de la grande distribution ont mis à mal les plans du gouvernement du Premier Ministre Jacques Chirac qui a alors été forcé d'adopter des dispositions visant à protéger les fournisseurs et les prestataires de services.

⁹⁰ O. Poulet et J.A. Robert, *op. cit.*, p. 259.

⁹¹ Cf. Article 30 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

⁹² Cf. Article 14 de la loi du 1^{er} juillet 1996.

⁹³ O. Poulet et J.A. Robert, *op. cit.*, p. 266.

B) Deuxième temps : Protéger les fournisseurs et les prestataires de services.

76. Suite à l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, les opérateurs de la grande distribution ont changé de taille. L'adoption de la loi relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat du 5 juillet 1996, qui encadre l'ouverture du commerce de détail d'une surface supérieure à 300 mètres carrés, associée à un mouvement de concentration des distributeurs ont eu pour conséquence de réduire le nombre de ces derniers. Les fournisseurs se sont alors retrouvés en situation de faiblesse face à de puissants distributeurs qui disposaient d'une confortable position lors des négociations⁹⁴.

77. Afin de remédier à cette situation, la loi Galland du 1^{er} juillet 1996 a été adoptée dans l'objectif de moraliser et d'équilibrer les relations commerciales. Dans ce dessein, le refus de vente a été autorisé excepté lorsqu'il est la manifestation d'une pratique abusive⁹⁵. Malgré cette évolution, économiquement, il était impossible pour une majorité de fournisseurs d'opposer un refus de vente à un distributeur les contraignant ainsi à accepter les conditions proposées par les grands distributeurs sous peine de se voir amputer d'une grande part de leur chiffre d'affaires. Seuls les grands groupes industriels pouvaient négocier avec les enseignes de la grande distribution et leur opposer un refus de vente. Conscients de leur position de force, les distributeurs en ont profité pour imposer aux fournisseurs des services et développer l'opacité des négociations⁹⁶.

78. Suite à l'échec des dispositions de la loi Galland et à un nouveau mouvement de concentration des distributeurs, le législateur a recherché à rétablir une transparence des négociations commerciales par un transfert des dites négociations de l'arrière vers l'avant. Pour cela, il a été nécessaire de limiter les avantages que procurait aux distributeurs la négociation des marges arrière⁹⁷ mais aussi de favoriser l'utilisation des conditions générales de vente. L'abaissement du seuil de revente à perte puis la libéralisation des négociations commerciales allaient dans ce sens⁹⁸.

⁹⁴ V. *supra* n° 74.

⁹⁵ Cf. Article 14 de la loi du 1^{er} juillet 1996.

⁹⁶ Rapport Canivet, *op. cit.*, p. 23 et V. *supra* n° .

⁹⁷ V. *supra* n° 64.

⁹⁸ V. *supra* n°64.

79. Le législateur aurait pu atteindre cet objectif sans entreprendre de telles réformes. Il aurait été préférable de faire supporter une obligation de transparence tant sur les fournisseurs que sur les distributeurs. En effet, lors des négociations, ces derniers préféraient imposer la vente de services aux fournisseurs plutôt que de négocier le prix de vente. L'article L.441-6 du code de commerce, qui impose à tout vendeur et prestataire de services la communication leurs conditions générales de vente⁹⁹, aurait dû faire l'objet d'une stricte interprétation de telle sorte qu'il impose aux prestataires de services, en l'espèce les distributeurs, de communiquer des conditions générales de prestation de services. Les négociations commerciales n'auraient ainsi pas été le lieu de la confrontation entre conditions générales de vente et conditions générales d'achat, mais entre conditions générales de vente et conditions générales de prestation de services.

80. La transparence des conditions générales de vente a mis les fournisseurs en état d'offre permanente¹⁰⁰, c'est-à-dire en application de la théorie de l'offre et de la demande, dans une situation inconfortable lors des négociations. Toutefois, avec l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 2005¹⁰¹, la transparence des négociations commerciales a permis de les protéger contre certaines pratiques, certains agissements des distributeurs et de lutter contre le déséquilibre des relations commerciales.

81. Les conditions générales ont été utilisées afin de tenter de remplir certains objectifs tant en matière économique que dans le domaine des relations commerciales. Les différentes interventions législatives adaptant leur portée aux objectifs précités.

§II) La portée des conditions générales de vente et de prestation de services.

82. Les conditions générales de vente sont l'élément principal permettant la mise en place de la transparence des négociations commerciales. Depuis 1986, les dispositions relatives aux dites conditions ont, à de nombreuses reprises, été ajustées par les législateurs et gouvernements successifs. L'objectif des différentes réformes étant d'adopter leur contenu et leur portée aux objectifs poursuivis.

⁹⁹ V. *infra* n°137 et s.

¹⁰⁰ D. Ferrier, "*Droit de la distribution*", LexisNexis, 2012, 6ème ed., p. 141.

¹⁰¹ Cf. Article 41 de la loi du 2 août 2005.

83. Il convient de distinguer deux temps. Tout d'abord, les conditions générales ont été qualifiées de socle de la négociation commerciale (I) avant de voir leur portée s'affaiblir (II).

- I) La consécration des conditions générales comme socle de la négociation commerciale.

84. Dans le dessein de rééquilibrer les relations commerciales et de réaffirmer la transparence des négociations commerciales, l'article 41 de la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, modifiant l'article L.441-6 du code de commerce, affirme la primauté des conditions générales de vente sur les conditions générales d'achat en disposant qu'elles « *constituent le socle de la négociation commerciale* ». Par cet ajout, le législateur a souhaité renforcer leur place dans les négociations commerciales.

85. Cependant, cet apport a donné lieu à une controverse doctrinale, certains auteurs étant favorables à une conception large de la notion de socle (A) d'autres à une conception stricte (B).

- A) La conception large de la notion de socle.

86. Pour les partisans d'une conception large de la notion de socle telle qu'introduite par la loi du 2 août 2005, le socle s'entend « *comme le point de départ et donc la base de toute relation contractuelle avec les distributeurs* »¹⁰². Selon cette interprétation, l'ensemble des éléments mentionnés dans les conditions générales de vente pourraient ainsi être modifiés. Les dispositions de la loi en faveur des petites et moyennes entreprises n'octroieraient qu'une primauté¹⁰³ aux conditions générales ou du moins, « *une priorité chronologique* »¹⁰⁴ sur les conditions d'achat. Les conditions générales de vente n'auraient pour rôle que d'informer les acheteurs et en aucun cas ne constitueraient un gage de protection pour les fournisseurs et prestataires de services.

¹⁰² D. Ferrier et D. Ferré, « *La réforme des pratiques commerciales : loi n° 2005-882 du 2 août 2005* », Contrats-Concurrence-Consommation, novembre 2005, p. 8.

¹⁰³ J-C., Grall, J-M., Meffre et C. Guet, *op. cit.*, p. 2149.

¹⁰⁴ D. Ferrier et D. Ferré, *op. cit.*, p. 8.

87. Toutefois, il convient de tempérer ces propos. En effet, en 2005, le législateur avait pour volonté de renforcer la position des conditions générales de vente dans les négociations commerciales. En ce sens, « *il ne sera pas possible qu'un autre document contractuel conclu avec un acheteur singulier vienne amender de manière générale une stipulation des CGV* »¹⁰⁵. Effectivement, si les conditions générales d'achat d'un distributeur venaient amender de manière générale les conditions générales de vente d'un fournisseur, en application de la prohibition *per se* des discriminations applicable jusqu'en 2008, tout autre client de ce dernier placé dans une même situation devrait bénéficier des conditions mentionnées par les conditions générales d'achat qui se seraient substituées aux conditions générales de vente. Or, cela est aussi contraire à la volonté du législateur qui en 2008 a prohibé la clause ou contrat dit du client le plus favorisé¹⁰⁶.

88. En outre, une telle interprétation revient à réduire l'impact de la réforme à un effet psychologique et n'offrirait qu'une faible protection aux fournisseurs et prestataires de services face aux agissements des distributeurs.

89. Le point positif de la conception large est de permettre à ces derniers de négocier tant sur les marges avant que sur les marges arrière. Les prix de vente aux consommateurs auraient certes ainsi pu diminuer et l'inflation s'infléchir, mais en aucun cas, les relations entre opérateurs économiques ne se seraient équilibrées.

90. Cette interprétation n'a pas séduit la totalité de la doctrine, certains auteurs ayant œuvré pour que la notion de socle soit interprétée strictement.

B) La conception stricte de la notion de socle.

91. Certains auteurs sont opposés à une interprétation large de la notion de socle telle qu'introduite par la loi du 2 août 2005. Pour cette partie de la doctrine, la notion de socle doit être interprétée comme « *l'ensemble des éléments de la relation contractuelle non négociable* »¹⁰⁷. Ainsi, les conditions générales de vente bénéficieraient d'une

¹⁰⁵ F-X. Testu et J. Herzele, « *La formalisation contractuelle du résultat des négociations commerciales entre fournisseurs et distributeurs* », La semaine juridique entreprise et affaires, n° 4, janvier 2008, p. 29 et Cons. Conc. n° 99-D-45, 30 juin 1999.

¹⁰⁶ Cf. Article 93 de la loi du 4 août 2008.

¹⁰⁷ D. Ferrier et D. Ferré, *op. cit.*, p. 8.

véritable primauté sur les conditions d'achat, soulevant ainsi la question de savoir si les conditions d'achat doivent être considérées *per se* comme la manifestation d'un abus de puissance d'achat¹⁰⁸.

92. Une telle interprétation, permettrait aux fournisseurs de ne pas être victime de la puissance de négociation des distributeurs et de protéger leurs intérêts, mais aussi réduirait le risque de discrimination et confèrerait une importance plus grande aux informations contenues dans les conditions générales de vente. L'interprétation stricte de la notion de socle favorise donc le rééquilibrage des relations fournisseurs-distributeurs et protège les premiers¹⁰⁹. Toutefois, la tentation pour les fournisseurs d'augmenter excessivement les prix de vente mentionnés dans les conditions générales serait grande, ce qui nuirait au second objectif que s'était fixé le législateur, à savoir lutter contre l'inflation¹¹⁰. Au regard de la concurrence qui existe entre les fournisseurs, ce dernier risque a une faible probabilité de se réaliser, ce d'autant que la loi en faveur des petites et moyennes entreprises amorce un abaissement du seuil de revente à perte.

93. L'interprétation stricte de la notion de socle présente l'avantage d'être en conformité avec les objectifs, tant économique qu'en matière de relation commerciale, du législateur, tout en garantissant et favorisant la transparence des négociations commerciales. Nonobstant, cette interprétation a été battue en brèche par l'instauration de la négociabilité des conditions générales de vente par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 et par l'avis de la Commission d'examen des pratiques commerciales en date du 18 février 2010 qui considère que les fournisseurs ont obligation de négocier même lorsque la négociation porte sur des éléments mentionnés dans les conditions générales de vente¹¹¹.

94. La conception stricte, malgré tous les avantages qu'elle présente, doit être écartée par les théoriciens et les praticiens du droit qui, depuis l'adoption de la loi du 2 août 2005, ont pu constater, au fil des réformes, un affaiblissement de l'élément principal de la transparence que sont les conditions générales de vente.

¹⁰⁸ J-C., Grall, J-M., Meffre et C. Guet, *op. cit.*, p. 2150.

¹⁰⁹ V. *supra* n° 68 et s.

¹¹⁰ V. *supra* n° 63 et s.

¹¹¹ CEPC, avis n° 10-04 du 18 février 2010.

- II) L'affaiblissement postérieur des conditions générales de vente et de prestation de services.

95. L'adoption de la circulaire du 16 mai 2003 relative aux relations commerciales, marque un tournant dans la démarche visant à réformer les négociations commerciales. La lutte contre la hausse des prix de revente aux consommateurs devient ainsi clairement le principal objectif du gouvernement du Premier Ministre Jean-Pierre Raffarin et des gouvernements successifs. Les différentes réformes ont eu pour conséquence d'amorcer et de poursuivre un affaiblissement de la portée des conditions générales de vente.

96. Cet affaiblissement a deux origines, l'instauration des conditions générales différenciées (A) et la libéralisation des négociations commerciales (B).

A) L'instauration des conditions générales différenciées.

97. Les dispositions mises en place par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence ne laissent pas de doute, un fournisseur ou un prestataire de services ne pouvait établir qu'un seul type de conditions générales.

98. La circulaire Dutreil I publiée le 16 mai 2003 relative à la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs propose l'instauration de différenciations tarifaires en offrant « *la possibilité pour les fournisseurs d'avoir plusieurs types de conditions générales de vente* »¹¹². Cette évolution a été consacrée par l'article 41 de la loi du 2 août 2005 dite en faveur des petites et moyennes entreprises. Désormais, l'article L.441-6 du code de commerce contient un nouvel alinéa qui dispose que « *les conditions générales de vente peuvent être différenciées selon les catégories d'acheteurs de produits ou de demandeurs de prestation de services et notamment entre grossistes et détaillants* ». Cette innovation avait pour objectif que les sommes afférentes aux services rendus par les distributeurs aux fournisseurs, dès lors que le service demandé n'est pas détachable de l'opération d'achat-vente, soient reportées sur la facture établie par le fournisseur lors de la vente aux distributeurs. Cette circulaire voulait ainsi initier un

¹¹² M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, « *Loi du 2 août 2005, relations fournisseurs-distributeurs, bonnes et mauvaises pratiques, sanctions* », Dalloz, 1^{ère} ed., 2006, p. 65.

basculement des marges arrière vers l'avant pour favoriser la concurrence entre distributeurs et parvenir à une diminution des prix de revente.

99. La loi en faveur des petites et moyennes entreprises précisait que les différentes catégories d'acheteurs seraient définies par décret. Dans l'attente de la publication du décret, les fournisseurs et prestataires de services devaient appliquer la doctrine administrative en vigueur. Il leur était donc possible d'établir des conditions générales de vente et de prestation de services « *dans la mesure où ces conditions s'adressaient à des acheteurs situés sur des marchés différents* »¹¹³. Le décret n'a jamais été adopté, la délimitation du marché faisant ainsi l'objet de nombreux débats doctrinaux et de nombreuses décisions judiciaires.

100. La loi de modernisation de l'économie a remédié à ce problème en modifiant les dispositions de l'article L.441-6 du code de commerce. Désormais, l'article précité dispose simplement que « *les conditions générales de vente peuvent être différenciées selon les catégories d'acheteurs de produits ou de demandeurs de prestations de services* »¹¹⁴, la référence à une quelconque définition des catégories par voie réglementaire ayant disparu. La loi du 4 août 2008 ne pose aucun critère particulier et permet aux fournisseurs et prestataires de services « *[d']établir autant de conditions générales de vente qu'ils le souhaitent* »¹¹⁵. Ces derniers ont donc désormais d'une grande latitude pour déterminer les catégories d'acheteurs et ainsi établir leurs conditions générales. Toutefois, au regard du contenu et de l'évolution des dispositions de l'article L.441-6 du code de commerce, il convient d'utiliser les critères mis en place par la loi du 2 août 2005, à savoir le chiffre d'affaires, la nature de la clientèle et le mode de distribution en sus de la distinction classique grossiste et détaillant. D'autres critères tel l'achat dans le but de revendre ou l'achat dans le but d'installer peuvent aussi être utilisés¹¹⁶.

101. L'obligation de communication des conditions générales différenciées ne s'applique qu'à l'égard des acheteurs ou demandeurs de prestation de services de même

¹¹³ *Ibid.*, p. 66.

¹¹⁴ *Cf.*, Article L.441-6 du Code de commerce.

¹¹⁵ M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, « *Le guide des relations commerciales* », Dalloz, 2^{ème} ed., 2009, p. 90.

¹¹⁶ *Ibid.* p. 90.

catégorie¹¹⁷. L'information obtenue par ces derniers est différente selon la catégorie dans laquelle les fournisseurs les ont classés. L'instauration des conditions générales de vente différenciées a réduit l'information des acheteurs et demandeurs de prestation de services. Or, l'information permet le contrôle de l'égalité de traitement. Le contrôle est donc d'autant plus limité que les vendeurs et prestataires de services multiplient les catégories d'acheteurs. La transparence des relations commerciales passe donc d'une transparence générale à une transparence catégorielle.

102. L'instauration des conditions générales différenciées a réduit l'information des opérateurs économiques et la transparence des négociations commerciales. Le gouvernement, en 2003, et le législateur, en 2005, n'ont donc pas hésité à s'attaquer à l'un des piliers de la transparence pour parvenir à une diminution des prix de revente aux consommateurs. L'affaiblissement de la transparence en tant que moyen de contrôle de l'égalité de traitement s'est poursuivi avec l'adoption de la loi de modernisation de l'économie et la libéralisation des négociations commerciales.

B) La libéralisation des négociations commerciales.

103. L'adoption de la loi Galland a eu pour conséquence un développement des marges arrière, un affaiblissement de la transparence des négociations commerciales et une hausse des prix de revente¹¹⁸. Les législateurs et gouvernements successifs ont alors réformé les dispositions relatives aux négociations commerciales pour déplacer les négociations de l'arrière vers l'avant. La négociabilité des conditions générales de vente en constitue la dernière étape.

104. Les dispositions antérieures à celles issues de la loi de modernisation de l'économie n'excluaient pas une certaine négociabilité, notamment avec la possibilité de conclure des conditions particulières de vente¹¹⁹ même si cette potentielle négociabilité se trouvait limitée par le principe de non discrimination édicté par le point 1 de l'article L.441-6 du code de commerce¹²⁰.

¹¹⁷ Cf. Article L.441-6 alinéa 3 du Code de commerce.

¹¹⁸ V. *supra* n° 64.

¹¹⁹ Rapport de Marie Dominique Hagelsteen, *La négociabilité des conditions générales de vente*, 12 février 2008, p. 27.

¹²⁰ Cons. Conc. n° 99-D-45, 30 juin 1999.

105. Pour rendre effective une négociabilité des conditions générales, le législateur a adopté la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008. Ce texte, codifié à l'article L.442-6-I, 1° du code de commerce, a supprimé l'interdiction *per se* des discriminations qui était « incompatible avec la logique de la réforme »¹²¹. Les discriminations ne sont donc « plus poursuivie[s] que sur le terrain des dispositions du droit de la concurrence nationales ou communautaires qui prohibent les pratiques discriminatoires lorsqu'elles résultent d'une entente ou d'un abus de position dominante »¹²². Cette évolution permet aux acheteurs de négocier l'ensemble des éléments contenus dans les conditions générales de vente élaborées par les producteurs, prestataires de services, grossistes et importateurs.

106. La Commission d'examen des pratiques commerciales va plus loin et prolonge le droit de négocier en devoir de négocier¹²³. Elle considère qu'il y a refus de négocier lorsqu'une clause des conditions générales d'achat permet leur substitution aux conditions générales de vente ou lorsque la convention unissant les opérateurs économiques est un contrat-type rédigé par l'un d'eux. A ces deux hypothèses, il convient de rajouter qu'un refus de négocier peut être caractérisé lorsqu'une partie soumet à l'autre un contrat qui peut être qualifié de contrat d'adhésion. Un fournisseur qui refuserait donc de négocier ses conditions générales de vente manquerait à son devoir de loyauté et engagerait sa responsabilité¹²⁴.

107. La Commission d'examen des pratiques commerciales dans son avis du 18 février 2010¹²⁵ a considéré que l'article L.441-6 du code de commerce reconnaît la possibilité, pour les opérateurs économiques de négocier les conditions générales de vente. Le législateur, en adoptant la loi de modernisation de l'économie, texte qui ne supprime pas la référence à la notion de « socle » pour qualifier les conditions générales, mais qui instaure leur négociabilité, suit l'avis précité et consacre la conception large de cette notion. Le rôle des conditions générales de vente est donc réduit à un simple outil d'information sans que les informations contenues ne constituent une garantie pour leur

¹²¹ Rapport de Marie Dominique Hagelsteen, *op. cit.*, p. 31.

¹²² E. Chevrier, « Concurrence : oui à la négociabilité des CGV », Recueil Dalloz, n° 8, 2008, p. 468.

¹²³ CEPC, avis 10-04, 18 février 2010.

¹²⁴ L-M. Augagneur, « Interdiction, droit et devoir de négocier : retour sur la confrontation entre conditions générales de vente et conditions générales d'achat », La semaine juridique entreprises et affaires, n° 27-28, 8 juillet 2010, p. 18.

¹²⁵ CEPC, avis 10-04, 18 février 2010.

rédacteur¹²⁶. En outre, alors que l'on pouvait considérer que les conditions générales de vente étaient une offre de la part du vendeur ou du prestataire de services, depuis l'avis précité, elles doivent nécessairement être considérées comme une invitation à négocier.

108. La négociabilité des conditions générales de vente a été instaurée afin de mettre fin à la pratique des marges arrière et d'achever le transfert des négociations vers l'avant. Cette réforme, tout comme l'instauration des conditions générales différenciées, a donc affaibli la portée des conditions générales de vente en les réduisant à un rôle de simple proposition. Malgré qu'elles ne constituent plus un moyen de protection pour les vendeurs et prestataires de services, ces derniers se doivent toujours de les établir et de les communiquer.

Section II : Les obligations liées aux conditions générales de vente et de prestation de services.

109. Les conditions générales de vente permettent l'information des opérateurs économiques. Afin de leur garantir cette information, l'article L.441-6 du code de commerce, sans expressément imposer aux fournisseurs, prestataires de services, grossistes et importateurs d'établir leurs conditions générales (§I), leur impose de communiquer lesdites conditions (§II).

§I) L'établissement des conditions générales.

110. L'établissement des conditions générales de vente n'est pas expressément imposé par les dispositions du code de commerce relatives à la transparence et plus généralement par toutes dispositions contenues dans ledit code. Comme souvent en présence d'un vide législatif ou réglementaire, le moment de l'établissement des conditions générales (I) a donc fait l'objet de nombreux débats doctrinaux. Leur contenu (II) a, quant à lui, été précisé par le législateur.

¹²⁶ V. *supra* n° 91.

I) Le moment de l'établissement.

111. Aucun texte ne traite de la question du moment de l'établissement des conditions générales de vente et de prestation de services. Toutefois, l'interprétation des dispositions applicables permet de considérer qu'une rédaction préalable est nécessaire (A) sous peine, pour les opérateurs économiques, d'être sanctionnés (B).

A) La nécessaire rédaction préalable.

112. Dans certains secteurs d'activité, ou lorsque les travaux nécessitent l'établissement d'un devis, il n'est pas d'usage d'avoir recours aux conditions générales de vente. Cette position a été admise par la jurisprudence¹²⁷ et par le pouvoir exécutif¹²⁸. Dans ces hypothèses, la question de la rédaction et surtout du moment de la rédaction des conditions générales de vente ne se pose pas.

113. Pour les autres secteurs d'activité, il convient d'analyser les dispositions de l'article 33 de l'ordonnance de 1986, codifiées à l'article L.441-6 du code de commerce, qui imposent la communication des conditions générales de vente, mais pas leur formalisation au préalable.

114. Jusqu'en 2008¹²⁹, le défaut de communication des conditions générales était pénalement sanctionné¹³⁰. Les dispositions pénales devant être interprétées strictement, l'on pouvait en déduire qu'aucune obligation de rédiger, préalablement à toute négociation, des conditions générales de vente ne pesait sur les opérateurs économiques visés par l'alinéa 1^{er} de l'article L.441-6 du code de commerce.

115. Pour certains auteurs, l'obligation de rédiger au préalable des conditions générales de vente est exigée par les dispositions relatives à la facturation¹³¹. D'autres, avaient mis en avant l'interdiction des discriminations, en vigueur avant l'adoption de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, pour justifier une formalisation au

¹²⁷ CA. Nancy, 23 juin 1998, décisions n° 94003968 et 95000075, Juris-Data n° 1998-045642.

¹²⁸ Réponse ministérielle n°3027, 3 février 1994.

¹²⁹ Cf. Article 8 de la loi du 3 janvier 2008.

¹³⁰ V. *infra*, n° 137 et s.

¹³¹ D. Ferrier, *op. cit.*, p. 144.

préalable des conditions générales de vente. Le non-établissement de ces dernières laissant présumer l'existence de pratiques discriminatoires¹³².

116. L'établissement au préalable des conditions générales de vente et de prestation de services par les fournisseurs et prestataires de services a été confirmé par le pouvoir exécutif qui, avec l'adoption de la circulaire Dutreil du 16 mai 2003, a « *vivement recommandé* »¹³³ leur établissement et leur rédaction. L'adoption de la loi en faveur des petites et moyennes entreprises du 2 août 2005 n'a fait qu'implicitement confirmer cette obligation. En effet, ce texte qualifie les conditions générales de vente de socle des négociations commerciales. Elles constituent donc la première offre¹³⁴ des fournisseurs et prestataires de services. En conséquence, leur élaboration au préalable est nécessaire.

117. La dépénalisation du refus de communiquer les conditions générales de vente et la suppression de l'interdiction *per se* des discriminations n'ont donc pas fait disparaître la nécessité de rédiger préalablement lesdites conditions ce d'autant que leur présence est un atout dans la négociation¹³⁵. De plus, elles permettent aux opérateurs économiques de bénéficier rapidement d'une information et de s'assurer de la loyauté de leurs interlocuteurs.

118. Toutefois, certains fournisseurs et prestataires de services, généralement de petite taille¹³⁶, ne disposent pas des connaissances juridiques ou du soutien nécessaire à la rédaction de leurs conditions générales de vente. Avec le développement des conditions générales de vente par catégorie, il leur sera donc encore plus difficile de rédiger plusieurs types de conditions générales. Cette difficulté sera aisément surmontée. Effectivement, les conditions générales de vente procurent un avantage dans les négociations du fait qu'elles en constituent le point de départ et qu'en leur absence les négociations se déroulent sur la base des conditions générales d'achat¹³⁷. Les fournisseurs et prestataires de services auront donc tout intérêt à rédiger des conditions générales.

¹³² Cass. Com., 18 janvier 1994, pourvoi n° 92-11.425, Contrat-Concurrence-Consommation, Août-Septembre 1994, comm. n° 162, note L. Vogel.

¹³³ Cf. Point 1 de la circulaire du 16 mai 2003.

¹³⁴ M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, *op. cit.*, p. 87.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ I. Baudet, « *Négociations commerciales dans les relations B to B* », Lancier, 2009, p. 48.

¹³⁷ *Ibid.*

119. L'interprétation des textes impose à tout fournisseur, prestataire de services, grossiste et importateur de rédiger préalablement à toute négociation leurs conditions générales. Cette obligation n'aura de force et d'effet contraignant que si une sanction dissuasive a été mise en place.

B) La sanction.

120. Le code de commerce ne contenant aucune disposition relative à l'établissement des conditions générales, il est donc cohérent que ce même code ne traite pas de la question de la sanction de l'absence de rédaction.

121. Avant l'adoption de la loi de modernisation de l'économie et donc la libéralisation des négociations commerciales et la suppression du premier point du premier paragraphe de l'article L.442-6 du code de commerce, la non-rédaction préalable des conditions générales aurait pu être sanctionnée sur le terrain des pratiques discriminatoires¹³⁸. Le fournisseur, le prestataire de services, le grossiste ou l'importateur encourait alors une amende civile pouvant atteindre deux millions d'euros¹³⁹. Le non-établissement préalable des conditions générales pouvait avoir de lourdes conséquences financières pour les opérateurs économiques qui se devaient d'établir préalablement à tout début d'activité ou à toute évolution de leur activité des conditions générales de vente.

122. Avec la libéralisation des négociations commerciales et la suppression de l'interdiction des discriminations, les vendeurs de produits et les offreurs de services ne devraient plus voir leur défaut d'établissement des conditions générales sanctionné au titre des pratiques discriminatoires. Cependant, comme il l'a été précédemment énoncé¹⁴⁰, l'élaboration des conditions générales constitue un atout dans la négociation¹⁴¹. Le défaut de rédaction au préalable des conditions générales ne peut donc plus être juridiquement sanctionné, mais le sera commercialement et économiquement.

¹³⁸ Cass. Com., 18 janvier 1994, pourvoi n° 92-11.425, *Contrat-Concurrence-Consommation*, Août-Septembre 1994, comm. n° 162, note L. Vogel.

¹³⁹ Cf. Article L.442-6-III du Code de commerce.

¹⁴⁰ V. *supra* n° 363 et s.

¹⁴¹ Cass. Com., 24 octobre 2000, pourvoi n° 98-12.947 et V. *supra* n° 118.

123. L'absence d'établissement des conditions générales de vente nuit à la transparence des négociations commerciales voulue par les différents gouvernements et législateurs depuis 1986, mais aussi à l'information des opérateurs économiques imposée par le devoir de loyauté. L'absence de sanction juridique dissuasive démontre un oubli législatif et est contraire à l'esprit des réformes engagées.

124. La rédaction des conditions générales de vente a fait l'objet de nombreux débats. Néanmoins, une fois rédigées, il convient de s'assurer qu'elles stipulent tout un ensemble d'éléments.

II) Le contenu des conditions générales.

125. L'article 1583 du code civil dispose qu'une vente est conclue lorsqu'il y a accord sur la chose et sur le prix. La liste des éléments qui doivent obligatoirement figurer dans les conditions générales a été établie selon la même distinction.

126. L'article L.441-6 du code de commerce énumère les éléments que doivent obligatoirement mentionner les conditions générales de vente. Cette liste qui constitue le minimum obligatoire a évolué au gré des réformes législatives. L'on peut toutefois distinguer deux catégories d'informations devant impérativement y figurer. Les mentions relatives à l'acte de vente et au règlement (A) et celles relatives au prix (B).

A) Les mentions relatives à l'acte de vente et au règlement.

127. La transparence des négociations commerciales met les fournisseurs et prestataires de services en état d'offre permanente. Ces derniers se doivent d'informer les potentiels acquéreurs des conditions dans lesquelles un accord pourrait être conclu notamment sur l'acte de vente en lui-même (1°) et sur les conditions de règlement (2°).

1°) Les mentions relatives à l'acte de vente.

128. L'article L.441-6 du code de commerce dispose que les conditions générales de vente doivent stipuler des mentions relatives aux conditions de vente. L'information

doit porter sur « *les modalités de vente offertes par le fournisseur à ses clients* »¹⁴². Elles s'entendent comme l'ensemble des éléments juridiques et financiers proposés par le fournisseur ou le prestataire de services excepté le barème des prix unitaires, les réductions de prix et les conditions de règlement¹⁴³ même si ces dernières font l'objet d'une mention particulière¹⁴⁴. Les conditions générales de vente doivent notamment stipuler les conditions de livraison, les conditions de transfert de propriété et des risques, les conditions relatives à l'engagement de la responsabilité du cocontractant. « *En résumé, les conditions générales de vente doivent comprendre toutes les clauses qui régissent les conditions de l'opération de vente selon son périmètre classique, c'est-à-dire ce à quoi s'engagent réciproquement l'acheteur et le vendeur au titre de la vente elle-même, quelles qu'en soient les modalités* »¹⁴⁵.

129. L'article précité impose que les conditions générales de vente contiennent des mentions relatives à l'acte de vente, mais aussi aux conditions de règlement.

2°) Les mentions relatives à l'acte de règlement.

130. Dans la chronologie d'une vente ou de l'exécution d'une prestation de services, le règlement est, en principe, le dernier acte accompli. Pourtant, les conditions de règlement¹⁴⁶ constituent un élément important de l'offre du fournisseur ou du prestataire de services qui peut ainsi offrir un service financier à ses clients. Un règlement tardif permet à l'acheteur de jouir du bien ou de profiter de la prestation de services sans en avoir encore réglé le prix. Dans le secteur de la grande distribution, les délais de règlement étaient tels que dans certains cas, les distributeurs ne réglaient leurs fournisseurs qu'après avoir revendu les produits. L'on peut ainsi dire que les fournisseurs finançaient la grande distribution. Les conditions générales de vente devant stipuler des pénalités¹⁴⁷ applicables dans l'hypothèse d'un retard de paiement et les modalités de calcul pour ces dernières, il est évident que les conditions de règlement, telles que prévues par l'article L.441-6 du code de commerce, ne doivent pas s'entendre strictement. En outre, les conditions de règlement sont, dans certaines hypothèses,

¹⁴² Cf. Point 1.1 de la circulaire du 8 décembre 2005.

¹⁴³ M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, *op. cit.*, p. 75.

¹⁴⁴ V. *infra* n° 565 et s.

¹⁴⁵ F-X. Testu et J. Herzele, *op. cit.*, p. 30.

¹⁴⁶ V. *infra* n° 565 et s.

¹⁴⁷ V. *infra* n° 578 et s.

encadrées par les dispositions du code de commerce qui imposent des délais impératifs¹⁴⁸.

131. Une fois l'accord trouvé sur l'objet de la vente ou sur le service souhaité et sur les conditions de l'opération et avant que l'acquéreur ne procède au règlement, les opérateurs économiques doivent convenir du prix de l'objet ou du service. C'est l'un des éléments majeurs des négociations commerciales.

B) Les mentions relatives au prix.

132. Le prix est l'un des éléments nécessaires à la formation d'un contrat de vente¹⁴⁹. Dans un souci de transparence, l'article L.441-6 du code de commerce impose que les conditions générales de vente mentionnent le barème des prix unitaires et les réductions de prix.

133. Le prix stipulé doit donc être le prix unitaire du produit ou du service. L'objectif étant de permettre aux bénéficiaires de l'offre de comparer plus facilement les offres dont ils sont destinataires et pour les pouvoirs publics de contrôler la bonne application des dispositions prohibant la revente à perte. Toutefois, ces dispositions ne peuvent être appliquées par les professionnels de certains secteurs. Dans cet objectif, la circulaire du 8 décembre 2005 permet à certains fournisseurs et prestataires de services de ne pas établir un barème des prix notamment lorsque l'activité impose l'établissement d'un devis ou lorsque le cours des produits est fluctuant¹⁵⁰.

134. Même si cela peut toujours être vrai dans certaines situations et secteurs d'activité, avant l'adoption de la loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs et de la loi de modernisation de l'économie, dans le secteur de la grande distribution, le prix mentionné dans les conditions générales ne faisait, généralement, pas l'objet d'une négociation. Les négociations se portaient alors soit sur les marges arrière soit sur les réductions de prix qui entrent dans le calcul du seuil de

¹⁴⁸ V. *infra* n° 567.

¹⁴⁹ Cf. Article 1583 du Code civil.

¹⁵⁰ Cf. Point 1.2 de la circulaire du 8 décembre 2005.

revente à perte¹⁵¹. Il est donc cohérent que les dispositions du code de commerce imposent aux fournisseurs et prestataires de services de mentionner, dans leurs conditions générales de vente, les réductions de prix qui sont de trois sortes, les rabais, les remises et les ristournes auxquelles il convient d'ajouter l'escompte.

135. La circulaire Dutreil du 16 mai 2003, dans son glossaire, donne une définition des quatre réductions de prix précitées. Le rabais est défini comme une « *réduction de prix à caractère commercial accordée en cas de défaut de qualité, de retard de livraison ou de non-conformité de la commande* ». La remise est une « *réduction immédiate sur le prix d'un bien ou d'un service* ». La circulaire définit la ristourne comme un « *remboursement au client d'une partie de la somme qu'il a déjà payé* ». Enfin, l'escompte est qualifié de « *réduction de prix résultant d'un paiement plus rapide que celui prévu dans les conditions générales de vente* ».

136. Les conditions générales doivent donc mentionner le prix des produits et services ainsi que « *le quantum et les modalités* »¹⁵² selon lesquelles tout acheteur peut bénéficier des réductions de prix, mais aussi certaines informations relatives à l'acte de vente et au règlement. L'objectif étant d'imposer aux offreurs une certaine transparence quant aux conditions auxquelles ils souhaitent contracter, d'une part, et d'assurer à leurs potentiels clients une large information afin qu'ils puissent comparer les différentes conditions générales dont ils sont destinataires. Toutefois, l'information ne sera effective que lorsque l'offreur aura communiqué ses conditions générales.

§II) La communication des conditions générales.

137. L'article L.441-6 du code de commerce impose aux offreurs de communiquer leurs conditions générales « *par tous moyens conformes aux usages de la profession* »¹⁵³ ce qui leur laisse une grande latitude. Cependant, même si la communication verbale n'est pas exclue¹⁵⁴, la jurisprudence exige une communication

¹⁵¹ V. *supra* n° 64.

¹⁵² F-X. Testu et J. Herzele, *op. cit.*, p. 30.

¹⁵³ Cf. Article 33 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

¹⁵⁴ J. Vogel et L. Vogel, « *Ombres et lumières de la transparence tarifaire (Conditions générales de vente et facturation)* », La semaine juridique entreprise et affaires, n°5, 2 février 1995, étude 436, p. 71.

écrite¹⁵⁵. Il convient donc d'identifier les créanciers et débiteurs de cette obligation (I) et les sanctions encourues par ces derniers lorsque les conditions générales ne sont pas communiquées (II).

I) L'identification des débiteurs et créanciers de l'obligation.

138. Le code de commerce identifie les personnes qui ont obligation de communiquer leurs conditions générales de vente (A) même lorsque ces dernières sont différenciées (B).

A) Pour les conditions générales de vente et de prestation de services.

139. A l'origine, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ne désignait que trois débiteurs de l'obligation, les producteurs, grossistes et importateurs. L'article 33 de l'ordonnance précitée, codifié à l'article L.441-6 du code de commerce, ne visait pas les prestataires de services. S'est alors posée la question de savoir si ces derniers se devaient de communiquer leurs conditions générales. La réponse, positive, a tout d'abord été fournie par la jurisprudence¹⁵⁶ et confirmée par l'article 18 de la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques qui complète la liste établie par l'ordonnance relative à la liberté des prix et de la concurrence. Désormais, l'article L.441-6 du code de commerce dispose que « *tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur est tenu de communiquer ses conditions générales de vente* ». Les débiteurs de l'obligation de communiquer leurs conditions générales sont nombreux et clairement identifiés.

140. Les créanciers de l'obligation de communication sont eux aussi déterminés par les dispositions du code de commerce. A l'origine, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ne mentionnait que les revendeurs. Avec le développement des centrales d'achat, qui n'avaient pas pour objectif de revendre des produits, mais d'assurer une prestation de services pour les membres de leur réseau, s'est posé le problème de savoir si elles étaient créancières de l'obligation de communication. La réponse, là aussi est positive. Cette

¹⁵⁵ CA. Grenoble, 7 janvier 1998, Gaz. Pal. 1998, 1, p. 217.

¹⁵⁶ Cass. Com., 18 janvier 1994, pourvoi n° 92-11.425, Contrat-Concurrence-Consommation, Août-Sept. 1994, com. n° 162, note L. Vogel.

extension qui a tout d'abord été jurisprudentielle¹⁵⁷ fût reprise par la loi du 29 janvier 1993 qui étendra le bénéfice de la communication « *à tout acheteur de produits, ou demandeur de prestations de services* ».

141. Ces évolutions démontrent clairement une volonté d'améliorer l'information des professionnels et d'adapter les règles applicables aux évolutions du marché et des structures des opérateurs économiques. Il convient toutefois de noter que la doctrine exclue en tant que créancier de l'obligation de communication des conditions générales de vente les consommateurs et les concurrents¹⁵⁸ tout comme les dispositions de l'article L.441-6 du code de commerce qui impose que celui qui sollicite la communication de conditions générales de vente ou de prestation de services le fasse pour son « *activité professionnelle* ».

142. Les débiteurs et créanciers de l'obligation de communiquer les conditions générales de vente sont nombreux et clairement identifiés ce qui renforce la transparence des négociations commerciales et favorise l'information des opérateurs économiques. Pour autant, avec l'apparition et le développement des conditions générales différenciées, ce constat n'est plus tout à fait exact.

B) Pour les conditions générales différenciées.

143. La circulaire Dutreil I du 16 mai 2003 a proposé l'instauration de conditions générales différenciées, évolution qui a été consacrée par la loi en faveur des petites entreprises. S'est alors posée la question de savoir si la communication des conditions générales catégorielles devait être générale ou réservée aux acheteurs de produits ou demandeurs de prestations de services de cette catégorie.

144. Le second alinéa de l'article L.441-6 du code de commerce, tel qu'issu de la loi du 2 août 2005, apporte la réponse. Il dispose que les conditions générales différenciées ne doivent être communiquées qu'aux acheteurs et demandeurs de prestation de services de la catégorie. Cette particularité limite la transparence des

¹⁵⁷ CA Paris, 25 avril 1989, *Milupa c/ Paradoc, Galec et a.*, Lettre de la distribution, juin 1989.

¹⁵⁸ J. Vogel et L. Vogel, *op. cit.*, p. 71, M. Mousseron, « *Les relations de prestations de services* », Les petites affiches, 3 octobre 1994, p. 13 et Cass. Com., 1^{er} juin 1999, pourvoi n° 97-15.421.

négociations commerciales et réduit l'information des opérateurs économiques, ce d'autant que depuis l'adoption de la loi de modernisation de l'économie, les différentes catégories sont déterminées par les débiteurs de l'obligation de communication des conditions générales et non plus par les pouvoirs publics¹⁵⁹.

145. L'apparition des conditions générales différenciées a pu donner naissance à certains abus de la part des fournisseurs et prestataires de services. Ces derniers, afin d'améliorer leur position dans les négociations, ont pu être tentés de communiquer des conditions générales ne correspondant pas à la catégorie dans laquelle se situe le potentiel acheteur. En conséquence, les distributeurs doivent donc s'assurer que les offreurs leur ont communiqué « *les conditions générales de vente applicables à leur catégorie et qu'ils ne seront donc pas victimes de conditions moins favorables* »¹⁶⁰. Cependant, avec l'instauration de la négociabilité des conditions générales de vente, le bénéfice qu'auraient pu en retirer les fournisseurs et prestataires de services est réduit.

146. La communication des conditions générales de vente occupe une part importante dans l'obligation de transparence telle que mise en place par le législateur. Pour s'assurer que les textes en la matière soient appliqués, ces derniers ont édicté des dispositions visant à sanctionner le défaut de communication.

II) La sanction du défaut de communication.

147. En droit des affaires, certains comportements sont sanctionnés pénalement et d'autres civilement. Pour sanctionner le défaut de communication des conditions générales, le législateur a modifié la nature de la sanction (A) et son montant (B) au gré des objectifs poursuivis et des tendances doctrinales.

A) La nature des sanctions.

148. Antérieurement à l'adoption de la loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, la non-communication des conditions générales de vente était pénalement sanctionnée.

¹⁵⁹ V. *supra.*, n° 100.

¹⁶⁰ M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, *op. cit.*, p. 98.

149. La loi du 3 janvier 2008, dans un souci de dépenalisation du droit des affaires, a dépenalisé la non-communication des conditions générales de vente. Certains auteurs, qui considèrent que le recours à la procédure civile est plus efficace qu'une sanction pénale, y voient un moyen de renforcer l'efficacité¹⁶¹ de l'alinéa 1^{er} de l'article L.441-6 du code de commerce, alors que d'autres estiment que cette évolution « *affaiblit la portée de l'exigence formelle* »¹⁶² et qu'il sera difficile pour la victime d'un défaut de communication d'invoquer un quelconque préjudice. Il convient toutefois de remarquer que sous l'empire de l'ancien texte, les condamnations étaient rares et certaines années inexistantes¹⁶³ alors que les nouvelles dispositions permettent de faire condamner un fournisseur ou un prestataire de services au paiement de dommages et intérêts sans attendre une hypothétique sanction pénale. Toutefois, la dépenalisation n'est pas un gage de sanction pour les fournisseurs et prestataires de services, certains distributeurs pourront hésiter à assigner un de leurs fournisseurs et devront en toute hypothèse démontrer l'existence d'un préjudice¹⁶⁴.

150. La non-communication des conditions générales de vente est désormais régie par le neuvième point du premier paragraphe de l'article L.442-6 du code de commerce et n'est plus sanctionnée par les juridictions pénales, mais par les juridictions civiles ou commerciales. Toujours dans l'objectif de renforcer l'efficacité du dispositif législatif mis en place et d'augmenter le nombre de condamnations, le législateur a fait évoluer le montant des sanctions.

B) Le montant des sanctions.

151. Depuis l'entrée en vigueur de la loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs du 3 janvier 2008, la non-communication des conditions générales de vente est sanctionnée au titre des pratiques restrictives, c'est-à-dire civilement.

¹⁶¹ D. Ferré, N. Genty et E. Deberdt, « *La loi Chatel n°2008-3 du 3 janvier 2008 : quelles incidences dans les relations fournisseur-distributeur ?* », Lamy droit des affaires, n°24, février 2008, p. 48.

¹⁶² D. Ferrier et D. Ferré, « *La réforme des pratiques commerciales : loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008* », Contrats-Concurrence-Consommation, février 2008, p. 6.

¹⁶³ D. Ferré, N. Genty et E. Deberdt, *op. cit.*, p. 48.

¹⁶⁴ C. Vilmart, « *La loi châtelle pour le développement de la concurrence au service des consommateurs. Analyse de ses conséquences dans les relations producteurs distributeurs* », La semaine juridique entreprise et affaires, n° 2, 10 janvier 2008, p.28.

152. L'article 33 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, codifié à l'article L.441-6 du code de commerce, sanctionnait d'une amende de 100 000 francs le fait de ne pas communiquer ses conditions générales de vente. Ce montant pouvait être porté au quintuple pour les personnes morales¹⁶⁵. Le montant de la sanction est passé de 100 000 Francs à 15 000 euros avec le passage à la monnaie unique.

153. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 3 janvier 2008, l'amende précitée n'est plus encourue par les offreurs de biens ou de prestations de services. La non-communication des conditions générales de vente se résout en dommages et intérêts afin de réparer le dommage de l'acheteur ou du demandeur de prestation de services. Le dommage réparable est celui né du fait de la non-communication. Certains auteurs voient « *difficilement le préjudice qui pourra être invoqué par la victime d'un défaut de communication* »¹⁶⁶. Toutefois, pour assurer une efficacité aux dispositions du sixième point du premier paragraphe de l'article L.442-6 du code de commerce, le Ministère public, le Ministre de l'économie ou le président de l'Autorité de la concurrence peuvent solliciter le prononcé d'une amende pouvant atteindre deux millions d'euros¹⁶⁷.

154. Il convient donc de constater que, malgré une dépénalisation, le montant des sanctions encourues pour défaut de communication des conditions générales est potentiellement supérieur aux amendes prévues par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Cette évolution devant permettre de renforcer l'efficacité des dispositions de l'article L.441-6 du code de commerce relatives à la transparence des négociations commerciales et ainsi améliorer l'information des opérateurs économiques.

155. Au regard du nombre et de l'étendue des réformes traitant de la transparence des négociations commerciales et plus particulièrement celles concernant les conditions générales de vente, il est évident que les législateurs et gouvernements successifs attachent une importance particulière à l'information des opérateurs économiques. Cependant, afin d'atteindre les objectifs en matière de prix qu'ils s'étaient fixés, la capacité de contrôle qu'offraient les conditions générales de vente a été réduite favorisant ainsi certains comportements contraires au devoir de loyauté.

¹⁶⁵ Cf. Article 131-38 du Code pénal.

¹⁶⁶ D. Ferrier et D. Ferré, *op. cit.*, p. 6.

¹⁶⁷ Cf. Article L.442-6-III, 3^o, a du Code de commerce.

156. La portée du concept de transparence n'est toutefois pas limitée aux négociations commerciales. Le devoir de loyauté impose aux opérateurs économiques d'informer leurs partenaires de leurs intentions tout au long de leurs relations.

Chapitre II : L'information sur les intentions des opérateurs économiques.

157. Le devoir de loyauté impose aux opérateurs économiques de s'informer réciproquement tout au long de leurs relations, c'est-à-dire du premier contact à la fin de l'exécution du contrat.

158. Pendant les négociations, l'information de l'acheteur ou du demandeur de prestation de services est garantie par les dispositions de la loi relative à la loyauté et l'équilibre des relations commerciales codifiées à l'article L.441-6 du code de commerce.

159. L'obligation d'information inhérente au devoir de loyauté doit être bilatérale, réciproque¹⁶⁸. Aucune disposition du code de commerce n'impose aux acheteurs de biens et aux demandeurs de prestations de services d'informer leurs potentiels cocontractants des conditions auxquelles ils sont susceptibles de contracter. En pratique, les opérateurs économiques ont, sur le modèle des conditions générales de vente, développé les conditions générales d'achat ou conditions de référencement¹⁶⁹. Les conditions générales de vente ou d'achat permettent donc aux opérateurs économiques de s'informer réciproquement sur leurs intentions.

160. En outre, dans l'hypothèse où une partie ne souhaite plus contracter avec l'opérateur économique avec qui elle a engagé des négociations ou qu'elle considère qu'un accord sera impossible à obtenir et qu'il est préférable de ne pas aller plus avant, le devoir de loyauté lui impose d'informer l'autre partie aux négociations de son intention de rompre ces dernières.

161. L'obligation d'information ne se limite donc pas aux dispositions de l'article L.441-6 du code de commerce. Que l'opérateur économique soit offreur ou demandeur, il est débiteur d'une obligation d'information très large qui lui impose d'informer son potentiel partenaire économique sur ses intentions.

¹⁶⁸ B. Beignier, « *La conduite des négociations* », Revue trimestrielle de droit commercial, juillet-septembre 1998, p. 463.

¹⁶⁹ F-X. Testu et J. Herzele, *op. cit.*, p. 30.

162. Au regard de l'ensemble des éléments précités, il convient donc de distinguer l'étude des intentions de l'acheteur, c'est-à-dire les conditions générales d'achat (section I) de l'intention de rompre la relation (section II) qui peut émaner de n'importe quelle partie au contrat.

Section I : L'intention de l'acheteur manifestée dans les conditions générales d'achat.

163. Le code de commerce ne contient aucune disposition relative aux conditions générales d'achat ou conditions de référencement alors qu'elles « *se sont considérablement développées et qu'elles occupent une place prépondérante dans les relations contractuelles* »¹⁷⁰ d'autant qu'elles « *peuvent constituer un instrument redoutable de la puissance d'achat* »¹⁷¹. Toutefois, certains textes tels que la circulaire Dutreil du 8 décembre 2005¹⁷² invoquent ces conditions générales qui peuvent être définies comme « *les supports contractuels juridiques utilisés par les acheteurs pour formaliser les conditions auxquelles ils souhaitent acheter* »¹⁷³. Elles constituent donc un instrument permettant l'information des fournisseurs et prestataires de services.

164. L'absence de texte spécifique aux conditions générales d'achat laisse planer certains doutes. Il convient donc d'étudier séparément les éléments qui ne sont pas sujets à débat, c'est-à-dire les éléments acquis (§I) de ceux sujets à discussion (§II).

§I) Les éléments acquis.

165. Les conditions générales d'achat sont un élément important des négociations commerciales. Malgré cela et hormis la circulaire du 8 décembre 2005, aucune réforme n'y a fait référence ni même allusion. Elles ne relèvent « *[que] du domaine purement contractuel* »¹⁷⁴. Cependant, leur licéité ne fait aucun doute (I) tout comme l'absence d'obligation d'établissement et de communication pour les acheteurs et demandeurs de prestation de services (II).

¹⁷⁰ I. Baudet, *op. cit.*, p. 44.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 45.

¹⁷² Cf. Point 1.5 de la circulaire du 8 décembre 2005.

¹⁷³ M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, *op. cit.*, p. 112.

¹⁷⁴ I. Baudet, *op. cit.*, p. 44.

I) La licéité des conditions générales d'achat.

166. La licéité des conditions générales d'achat peut être établie par défaut du fait de l'absence de texte prohibitif (A) ou découler de l'obligation de transparence qui s'impose à tout acheteur (B).

A) L'absence de texte prohibitif.

167. Comme il l'a été ci avant mentionné, aucun texte n'a traité de manière générale et précise de la question des conditions générales d'achat. Il n'existe donc aucune règle prohibant ces dernières. En l'absence de texte prohibitif, les conditions générales d'achat doivent être analysées comme une proposition de contrat ou en une invitation à négocier¹⁷⁵. Le principe de la liberté contractuelle justifie donc la possibilité offerte aux acheteurs et demandeurs de prestation de services d'établir ou de ne pas rédiger leurs conditions générales d'achat.

168. Cette position induit que les éléments stipulés par les conditions générales de vente puissent être modifiés, qu'elles n'aient qu'une primauté chronologique sur les conditions générales d'achat. En conséquence, la notion de « socle » introduite par l'article 41 de la loi en faveur des petites et moyennes entreprises et codifiée à l'article L.441-6 du code de commerce ne peut donc être interprétée strictement¹⁷⁶. Le texte précité a indirectement autorisé les conditions générales d'achat.

169. Toutefois, l'absence de texte prohibitif et l'interprétation du premier alinéa de l'article L.441-6 du code de commerce tel qu'issu de la loi du 2 août 2005 n'ont pas incontestablement validé leur existence. Il a fallu attendre la publication de la circulaire du 8 décembre 2005 qui dans son point 1.5 fait expressément référence aux conditions générales d'achat pour que tout doute soit levé. Cet apport valide ainsi définitivement les raisonnements ci-avant énoncés.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ V. *supra*, n° 91 et s.

170. En outre, la modification de l'article L.441-7 du code de commerce par la loi de modernisation de l'économie et l'instauration de la négociabilité des conditions générales de vente « *confirme[nt] de fait la licéité des conditions générales d'achat* »¹⁷⁷.

171. La licéité des conditions générales d'achat est donc justifiée par l'absence de texte prohibitif, mais aussi par certaines dispositions du code de commerce et par la circulaire Dutreil II. Leur validité peut aussi être fondée sur l'obligation de transparence dont sont débiteurs les potentiels acheteurs et demandeurs de prestation de services.

B) L'obligation de transparence de l'acheteur.

172. Le devoir de loyauté impose aux opérateurs économiques de s'informer mutuellement¹⁷⁸. Lors de l'établissement de la relation, les vendeurs et prestataires de services se doivent de faire preuve de transparence, d'informer leurs potentiels clients, de communiquer leurs conditions générales de vente. En application du devoir de loyauté, les acheteurs et demandeurs de prestation de services se doivent, eux aussi, d'informer leurs potentiels cocontractants. Pour cela, ils ont utilisé le même moyen d'information, à savoir les conditions générales.

173. Les conditions générales d'achat sont un moyen d'informer les vendeurs et prestataires de services sur les conditions dans lesquelles un accord pourrait être trouvé. Elles permettent ainsi à ces derniers d'éviter de s'engager dans des négociations, d'engager des frais, alors que les exigences des acheteurs sont trop éloignées de ce qu'ils peuvent au mieux proposer. En conséquence, les conditions générales d'achat présentent l'avantage de pouvoir caractériser ou non une réelle volonté des opérateurs de s'engager et ainsi garantir un sérieux des négociations.

174. En outre, les conditions générales d'achat, au regard du déséquilibre entre fournisseurs et distributeurs, peuvent être qualifiées d'offre¹⁷⁹ et non d'invitation à entrer en pourparlers. Les cocontractants étant respectivement tenus par leurs offres, ils ne peuvent donc pas solliciter postérieurement des conditions plus favorables à celles

¹⁷⁷ M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, *op. cit.*, p. 117.

¹⁷⁸ B. Beignier, *op. cit.*, p. 463.

¹⁷⁹ I. Baudet, *op. cit.*, p. 44.

mentionnées dans leurs conditions générales sous peine de commettre un abus. En France, dans le secteur de la distribution, les abus sont bien souvent commis par les distributeurs. Obliger les acheteurs et demandeurs de prestation de services à communiquer leurs conditions générales d'achat pourrait donc contribuer à limiter les abus dans les négociations.

175. Les conditions générales d'achat sont donc un moyen de renforcer la transparence, de s'assurer du sérieux des négociations, d'éviter certains abus et ainsi de promouvoir le devoir de loyauté lors des pourparlers. Cependant, aucune disposition n'impose aux acheteurs et demandeurs de prestation de services d'établir et de communiquer leurs conditions générales d'achat.

II) L'absence d'obligation d'établissement et de communication.

176. Alors que le législateur et certains gouvernements sont intervenus en matière de conditions générales de vente sans pour autant imposer expressément aux fournisseurs et prestataires de services de les établir¹⁸⁰, il est évident qu'en n'étant pas intervenus en matière de conditions générales d'achat, les acheteurs et demandeurs de prestation de services ne peuvent se voir imposer une obligation d'établir ni même de communiquer de tels documents.

177. En pratique, l'établissement des conditions générales d'achat est répandu et évite certains désagréments¹⁸¹. Rédiger un tel document permet aux acheteurs et demandeurs de prestation de services de se mettre dans une position très favorable lors des négociations et d'atteindre un résultat qui en principe est prohibé. En effet, est interdit le contrat ou la clause substituant les conditions générales d'achat aux conditions générales de vente¹⁸² car cela conduirait les fournisseurs ou prestataires de services à renoncer à leurs conditions générales et serait contraire aux dispositions de l'article L.441-6 du code de commerce¹⁸³. Cependant, de nombreux fournisseurs et prestataires de services n'établissent pas de conditions générales de vente¹⁸⁴. Les négociations se

¹⁸⁰ V. *supra* n° 110 et s.

¹⁸¹ V. *supra.*, n° 118.

¹⁸² F-X. Testu et J. Herzele, *op. cit.*, p. 29.

¹⁸³ CEPC, avis n° 08-06, 19 décembre 2008.

¹⁸⁴ V. *supra.*, n° 118.

déroulent donc sur la base des conditions fixées par l'acheteur. En l'absence de conditions générales de vente, les conditions générales d'achat vont s'imposer et procurent donc un avantage important pour l'acheteur ou le demandeur de prestation de services dans les négociations.

178. En outre, avant l'adoption de la loi de modernisation de l'économie et la suppression de l'interdiction des discriminations, les négociations commerciales qui se déroulaient sur la base des conditions générales d'achat du fait de l'absence d'établissement de conditions générales de vente ne faisaient craindre aucune condamnation pour l'acheteur de produit ou le demandeur de prestation de services¹⁸⁵. Effectivement, ces derniers ne pouvaient pas être sanctionnés pour abus de puissance d'achat ou discrimination abusive au sens de l'article L.442-6 du code de commerce, car, du fait de l'absence de conditions générales de vente, on ne peut caractériser une imposition des conditions générales d'achat par leurs rédacteurs. L'adoption de la loi du 4 août 2008 qui supprime l'interdiction des discriminations confirme cette position.

179. Le rôle des conditions générales d'achat est d'autant plus important que, dans le secteur de la distribution, la relation est déséquilibrée au profit de l'acheteur ou du demandeur de prestation de services incitant ainsi les fournisseurs à accepter les conditions proposées par les distributeurs. Il est donc fréquent que les acheteurs et demandeurs de prestation de services établissent des conditions générales d'achat qui plus est depuis l'instauration de la négociabilité des conditions générales de vente par la loi de modernisation de l'économie.

180. La licéité des conditions générales d'achat, tout comme l'absence d'obligation d'établissement et de communication pour les acheteurs et les demandeurs de prestation de services, ne fait aucun doute. Toutefois, certains éléments relatifs aux conditions générales d'achat sont, quant à eux, sujets à discussion.

¹⁸⁵ I. Baudet, *op. cit.*, p. 48 et M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, *op. cit.*, p. 114..

§II) Les éléments sujets à discussion.

181. L'absence de texte encadrant les conditions générales d'achat laisse des questions en suspend. Parmi lesquelles, certaines seront relatives à leur contenu (I) et d'autres à leur portée (II).

I) Le contenu des conditions générales d'achat.

182. Lorsqu'elles sont rédigées, les négociations commerciales sont le siège d'un affrontement entre les conditions générales de vente et les conditions générales d'achat. Chaque partie use de son pouvoir de négociation afin d'obtenir les conditions les plus proches de sa volonté initiale et les plus protectrices de ses intérêts.

183. Contrairement aux conditions générales de vente, les conditions générales d'achat n'ont pas fait l'objet d'une intervention du législateur. Il convient donc de s'interroger sur leur contenu. Cependant, il est impossible d'établir une liste exhaustive des éléments devant figurer dans les conditions générales d'achat et une liste des éléments prohibés. Il est plus approprié d'étudier leur contenu en présence (A) ou en l'absence (B) de conditions générales de vente.

A) En présence de conditions générales de vente.

184. Les dispositions de la loi en faveur des petites et moyennes entreprises et notamment celles de son article 41, codifiées à l'article L.441-6 du code de commerce, ont précisé le contenu des conditions générales de vente¹⁸⁶, du moins, le minimum obligatoire. Plus récemment, l'introduction de la notion de déséquilibre significatif par la loi de modernisation de l'économie a eu les mêmes effets¹⁸⁷.

185. Au regard des dispositions relatives aux conditions générales de vente, en leur présence, les conditions générales d'achat ont un rôle subsidiaire dit de complément (1°) où les contradictions avec les conditions générales de vente seraient interdites (2°).

¹⁸⁶ V. *supra* n° 125 et s.

¹⁸⁷ L-M. Augagneur, *op. cit.*, p. 17.

1°) Un complément aux conditions générales de vente.

186. Aucune disposition du code de commerce n'impose expressément aux fournisseurs et prestataires de services, d'une part, et aux acheteurs et demandeurs de prestation de services, d'autre part, de rédiger respectivement leurs conditions générales de vente et leurs conditions générales d'achat. Dans l'hypothèse où chacun des opérateurs économiques participant aux négociations a établi leurs conditions générales, il est possible que certaines stipulations soient incompatibles ou contraires. Cela est d'autant plus probable lorsque le vendeur est un groupe industriel ou une multinationale qui a pour habitude d'établir des conditions générales d'achat très détaillées¹⁸⁸.

187. Afin d'éviter tout risque de conflit entre les conditions générales de vente et les conditions générales d'achat, la Commission d'examen des pratiques commerciales, dans un avis du 7 juillet 2004, a souhaité que ces dernières soient limitées aux seuls éléments non mentionnés par l'article L.441-6 du code de commerce¹⁸⁹. Cette position est dictée par le souci de mettre fin aux pratiques des distributeurs qui tentent par tout moyen d'écarter les conditions générales de vente pour imposer leurs conditions générales d'achat. En effet, un tel comportement est contraire à l'esprit et à la lettre de l'article L.441-6 du code de commerce tel qu'issu de la loi en faveur des petites et moyennes entreprises, texte qui renforce la place des conditions générales de vente dans les négociations commerciales en les qualifiant de « *socle de la négociation commerciale* ». Une telle approche interdirait donc aux acheteurs et demandeurs de prestation de services de stipuler dans leurs conditions générales d'achat des conditions relatives aux conditions de vente, au barème des prix unitaires des produits ou services, aux réductions de prix et aux conditions de règlement.

188. Une telle conception, en plus de limiter le contenu des conditions générales d'achat et de renforcer la place des conditions générales de vente dans les négociations commerciales, offrirait une protection aux fournisseurs contre certains abus des distributeurs. Toutefois, elle pourrait inhiber toute négociation sur les prix de vente et inciter les fournisseurs à certains abus dans la fixation du prix et les distributeurs à avoir à nouveau recours aux marges arrière, ce qui nuirait à la transparence des négociations.

¹⁸⁸ I. Baudet, *op. cit.*, p. 46.

¹⁸⁹ CEPC, avis 04-04, 7 juillet 2004 et I. Baudet, *op. cit.*, p. 46.

189. Comme il l'a été ci avant énoncé, les éléments mentionnés dans l'article L.441-6 du code de commerce constituant le minimum obligatoire devant figurer dans les conditions générales de vente, la solution de la Commission d'examen des pratiques commerciales ne permet donc pas d'éviter tout risque de conflit.

2°) Le problème des contradictions avec les conditions générales de vente.

190. En application de l'avis de la Commission d'examen des pratiques commerciales précité les seules contradictions qui pourraient exister entre les conditions générales de vente et les conditions générales d'achat ne pourraient porter que sur des éléments non mentionnés par l'article L.441-6 du code de commerce.

191. Le législateur a souhaité donner une primauté chronologique aux conditions générales de vente qui, depuis l'adoption de la loi du 4 août 2008, doivent s'entendre comme le point de départ et la base de toute négociation avec les distributeurs. Dans l'hypothèse où il existerait une ou plusieurs contradictions entre les deux types de conditions générales, les stipulations des conditions générales d'achat ne peuvent donc pas servir de base à la négociation. Ce raisonnement résout d'éventuels conflits lors des négociations, mais pas lors du développement de la relation.

192. En application des dispositions de l'article L.441-7 du code de commerce, la convention récapitulant les engagements des parties doit être conclue avant le 1^{er} mars ou dans les deux mois suivant le début de la relation. Au début de la relation, c'est-à-dire entre la fin des négociations et la conclusion de la convention, aucun écrit ne récapitule les engagements des parties¹⁹⁰. En application du droit commun, le principe devrait être que les dernières conditions acceptées forment la loi des parties¹⁹¹. Les conditions générales étant une proposition de contrat, débiter une relation commerciale sans faire de contreproposition doit s'analyser comme une acceptation tacite des dernières conditions transmises. En conséquence, les conditions générales d'achat sont susceptibles de prévaloir pour toutes clauses différentes ou contraires sur les conditions générales de vente hormis sur celles mentionnées à l'article L.441-6 du code de commerce. Ce principe n'a pas prévalu en jurisprudence. En effet, les juges considèrent que dans

¹⁹⁰ I. Baudet, *op. cit.*, p. 47.

¹⁹¹ *Ibid.*

l'hypothèse d'un conflit entre les conditions générales de vente et les conditions générales d'achat, et sauf accord écrit des parties, les conditions générales de vente priment¹⁹². Cette solution, protectrice des fournisseurs a été confirmée par la Commission d'examen des pratiques commerciales qui considère que toute solution contraire irait à l'encontre des dispositions de l'article L.441-6 du code de commerce¹⁹³. En outre, cette solution, conforme à l'esprit de la réforme de 2005, va plus loin, car elle impose aux distributeurs de faire une nouvelle offre sous peine de devoir respecter les conditions voulues par son fournisseur.

193. En présence de conditions générales de vente, les conditions générales d'achat voient leur contenu mis à mal. Cette position est favorable à un rééquilibrage des négociations commerciales qui sont, sauf dans de rares hypothèses, déséquilibrées au profit des grands distributeurs. Nonobstant, certains fournisseurs ou prestataires de services n'établissent pas de conditions générales.

B) En l'absence de conditions générales de vente.

194. Il est fréquent que certains fournisseurs et prestataires de services, généralement de petite taille, n'établissent pas de conditions générales¹⁹⁴. Un conflit entre le contenu des différentes conditions générales ne se pose donc pas.

195. Dans l'hypothèse où les vendeurs ou prestataires de services n'ont pas établi de conditions générales de vente mais que leurs potentiels clients ont rédigé des conditions générales d'achat, les négociations commerciales se déroulent sur la base de ces dernières¹⁹⁵. Or, d'après la Commission d'examen des pratiques commerciales, le contenu des conditions générales d'achat doit être limité aux éléments non mentionnés à l'article L.441-6 du code de commerce¹⁹⁶. Elles ne peuvent donc pas stipuler des mentions relatives aux conditions de vente, au barème des prix unitaires des produits ou services, aux réductions de prix et aux conditions de règlement. Il apparaît impossible que des négociations commerciales se déroulent et aboutissent à un accord sans que les

¹⁹² CA. Douai, 5 septembre 2000, décision n° 2000/01918, Juris-Data n° 2000-171238.

¹⁹³ CEPC, avis 04-04, 7 juillet 2004.

¹⁹⁴ I. Baudet, *op. cit.*, p. 48 et V. *supra* n° 118.

¹⁹⁵ V. *supra* n° 118.

¹⁹⁶ CEPC, avis 04-04, 7 juillet 2004.

opérateurs économiques ne discutent d'éléments tels que le prix des produits ou prestations de services ou des modalités de règlement. L'avis de la Commission d'examen des pratiques commerciales en date du 7 juillet 2004¹⁹⁷ semble être limité aux hypothèses où les vendeurs et prestataires de services ont rédigé leurs conditions générales de vente.

196. Toutefois, cela reviendrait à mettre à mal la réforme opérée en 2005¹⁹⁸ et à occulter les pratiques des fournisseurs et prestataires de services qui, s'ils n'ont pas établi préalablement de conditions générales de vente, les déterminent « *au fur et à mesure de l'avancement des négociations* »¹⁹⁹. En conséquence, même dans l'hypothèse où le vendeur et le prestataire de services n'ont pas rédigé leurs conditions générales, les conditions générales d'achat ne peuvent donc pas contenir des stipulations relatives aux quatre éléments de l'article L.441-6 du code de commerce.

197. A défaut d'être encadrées par des textes spécifiques, les conditions générales d'achat n'en demeurent pas moins un élément essentiel des négociations commerciales. L'absence de texte relatif aux conditions générales d'achat pose certes la question de leur contenu, mais soulève aussi le problème de leur portée.

II) La portée des conditions générales d'achat.

198. La portée des conditions générales d'achat, même si elle est moindre en présence de conditions générales de vente²⁰⁰, s'est accrue tant dans la pratique que d'un point de vue juridique.

199. Dans le monde des affaires, les relations commerciales sont souvent déséquilibrées²⁰¹. Les opérateurs économiques n'ont pas tous la même attractivité, ni le même pouvoir de négociation. Le double mouvement de concentration des distributeurs à la fin des années quatre-vingt et au début des années quatre-vingt-dix²⁰² a renforcé la position de ces derniers dans les négociations commerciales. Les fournisseurs ne pouvant

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ Cf. Article 41 de la loi du 2 août 2005.

¹⁹⁹ I. Baudet, *op. cit.*, p. 48.

²⁰⁰ V. *supra* n° 84 et s.

²⁰¹ V. *infra* n° 372 et s.

²⁰² O. Poulet et J.A. Robert, *op. cit.*, pp. 261-262.

se passer de vendre à l'un des distributeurs se sont alors retrouvés contraints de céder leurs produits aux conditions sollicitées par ces derniers²⁰³. Le rôle des conditions générales d'achat s'est encore plus renforcé avec l'instauration de la négociabilité des conditions générales de vente par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008. En pratique, les conditions générales d'achat des distributeurs ont donc vu leur portée s'accroître.

200. Dans les textes, l'article 41 de la loi en faveur des petites et moyennes entreprises du 2 août 2005, codifié à l'article L.441-6 du code de commerce, aurait pu nuire à la portée des conditions générales d'achat. Il n'en a rien été, le débat doctrinal entourant la notion de « *socle* »²⁰⁴ introduite par le texte précité laissant subsister la possibilité de rédiger des conditions générales d'achat.

201. En outre, l'adoption de la loi de modernisation de l'économie, l'instauration de la négociabilité des conditions générales de vente et surtout la suppression de l'interdiction *per se* des discriminations de la liste de l'article L.442-6 du code de commerce²⁰⁵ n'ont rien changé, les conditions générales de vente restent qualifiées de « *socle des négociations commerciales* ». Toutefois, il est désormais clair que l'ensemble de leurs éléments juridiques peuvent être négociés. Cette évolution législative a eu indirectement une influence sur la portée des conditions générales d'achat, les acheteurs et demandeurs de prestations de services ayant vu s'accroître leur pouvoir de négociation ainsi que la possibilité d'imposer leurs conditions générales ou une partie de ces dernières. Certains juges allant jusqu'à considérer que « *les conditions générales d'achat acceptées dans le cadre d'une négociation commerciale [par le fournisseur] au lieu de ses propres conditions générales de vente était alors parfaitement licite* »²⁰⁶.

202. La portée des conditions générales d'achat s'est accrue au fil du temps, et ce, en l'absence de tout texte, d'une part, et au détriment des conditions générales de vente, d'autre part. Le renforcement de leur portée a ainsi placé la partie faible aux négociations commerciales, c'est-à-dire généralement des fournisseurs, dans une position encore plus

²⁰³ I. Baudet, *op. cit.*, p. 48.

²⁰⁴ V. *supra* n° 84 et s.

²⁰⁵ L-M. Augagneur, *op. cit.* p. 17.

²⁰⁶ CA. Nîmes, 25 février 2010, RJDA 2010, n° 682.

délicate ce qui est contraire à l'un des objectifs que le législateur s'était fixé à compter du milieu des années quatre-vingt-dix²⁰⁷.

203. L'information des opérateurs économiques ne se limite pas à une information sur les conditions d'un potentiel accord. En application du devoir de loyauté, chaque cocontractant se doit d'informer ses partenaires de sa volonté de rompre les pourparlers

Section II : L'intention des parties quant à la rupture des négociations.

204. Les rapports entre opérateurs économiques peuvent être distingués en deux étapes chronologiques, la négociation et la relation au sens strict. A chacune de ces étapes, chaque opérateur peut décider de ne pas poursuivre plus avant les négociations ou la relation²⁰⁸.

205. Aucune disposition du code de commerce ne vient réglementer la rupture des négociations commerciales et sauf conclusion au préalable d'un contrat de négociation, les pourparlers ne sont régis par aucune règle contractuelle.

206. Afin d'encadrer la rupture des négociations, les juges utilisent certaines dispositions du code civil afin d'inciter les opérateurs économiques à adopter un comportement décent et protecteur des intérêts des autres négociateurs et de leurs partenaires. Pour cela, ils se sont tout d'abord appuyés sur la notion de dol²⁰⁹ avant de faire référence au devoir de loyauté²¹⁰. L'objectif étant que le principe (§I) de la libre rupture des pourparlers soit encadré (§II).

§I) Le principe : la libre rupture des pourparlers.

207. Le droit des contrats est dominé par le principe de la liberté contractuelle. Principe qui, s'il n'est pas garanti par une norme de valeur constitutionnelle²¹¹, ne peut se voir porter par le législateur « *une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse*

²⁰⁷ V. *supra* n° 76.

²⁰⁸ V. *infra* n° 207 et s.

²⁰⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 6 janvier 1998, pourvoi n° 95-19.199, La semaine juridique entreprise et affaires, 1998, p. 1499.

²¹⁰ Cass. Com., 7 avril 1998, Dalloz Sirey, 1998, p. 45, obs. P. Chauvel.

²¹¹ Conseil Constitutionnel, 3 août 1994, décision n° 94-348 DC.

manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »²¹². De ce principe en est déduit le droit de ne pas contracter²¹³ même lorsque l'opérateur économique s'est engagé dans des négociations, c'est-à-dire le droit de rompre les pourparlers²¹⁴. La liberté de rompre les pourparlers est donc un droit incontestable pour les opérateurs économiques même s'il a tendance à se rétrécir au fur et à mesure que l'on se rapproche de la conclusion du contrat.

208. L'Homme dispose d'une liberté tant que ces agissements ne nuisent pas à autrui et respectent la loi. En toute hypothèse, la courtoisie doit être respectée « *tant dans la forme que dans le moment de la rupture* »²¹⁵. La possibilité de rompre les négociations trouve pour limites l'abus²¹⁶, mais aussi, pour l'offreur, l'obligation de maintenir son offre pendant un délai qui est soit stipulé soit raisonnable²¹⁷.

209. La réparation en nature est le mode idéal de réparation. Toutefois, cela consisterait à donner injonction aux parties de reprendre les négociations²¹⁸ et porterait ainsi atteinte au principe même de la libre rupture des négociations. En conséquence, il convient de faire application de la théorie de la réparation par équivalent.

210. Malgré l'existence d'une controverse doctrinale²¹⁹ sur la nature de la responsabilité, l'opérateur économique à l'origine de la rupture des négociations dont les agissements sont contraires au devoir de loyauté, engage sa responsabilité délictuelle²²⁰. L'auteur de la rupture pourra se voir condamner à réparer « *le préjudice négatif* »²²¹ de la victime, c'est-à-dire « *l'intérêt que la victime aurait eu à ne pas s'engager dans le processus dommageable* »²²² et non « *la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat* »²²³. Cette décision est dictée par le fait que

²¹² Conseil Constitutionnel, 10 juin 1998, décision n° 98-401 DC.

²¹³ T. Com. Paris, 27 juin 1996, Juris-Data n° 1996-047078.

²¹⁴ Cass. Civ. 2^{ème}, 5 janvier 1994, pourvoi n° 92-13.856.

²¹⁵ P. Le Tourneau, « *La rupture des négociations* », Revue trimestrielle de droit commercial, juillet-septembre 1998, p. 484.

²¹⁶ Cass. Civ. 2^{ème}, 5 janvier 1994, pourvoi n° 92-13.856.

²¹⁷ Cass. Civ. 3^{ème}, 25 mai 2005, pourvoi n° 03-19.411.

²¹⁸ P. Le Tourneau, *op. cit.*, p. 488.

²¹⁹ P. Le Tourneau, *op. cit.*, pp. 480-482.

²²⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 14 juin 2000, pourvoi n° 98-17.494.

²²¹ P. Stoffel-Munch, « *La rupture des pourparlers se dote d'un régime complet et cohérent* », La semaine juridique Entreprise et Affaires, 13 mai 2004, n°20-21, p. 738.

²²² *Ibid.*

²²³ Cass. Com., 26 novembre 2003, pourvoi n° 00-10.243.

le dommage ne réside pas dans l'inexécution du contrat, mais dans sa non-conclusion. La victime pourra ainsi se voir rembourser les frais de négociation et d'études préalables²²⁴.

211. La jurisprudence a beaucoup œuvré pour encadrer la rupture des négociations, rupture qui doit être appréciée *in concreto*. Il est évident que le devoir de loyauté se trouve renforcé au fur et à mesure des décisions jurisprudentielles qui ont pour objectif de protéger les parties qui ne sont pas à l'origine de la rupture, même si l'auteur de la faute n'est pas obligatoirement celui qui a rompu les négociations²²⁵.

212. Les opérateurs économiques peuvent rompre les négociations commerciales dans lesquelles ils étaient protagonistes mais risquent, dans certaines hypothèses, de voir leur responsabilité engagée car « *la liberté dont disposent les négociateurs, doit s'exercer sans perfidie et duplicité* »²²⁶.

§II) L'encadrement du principe.

213. La moralisation du droit des affaires et le développement du champ d'application du devoir de loyauté ont pour objectif d'instaurer et de prohiber certains comportements. En effet, il est possible que les opérateurs économiques commettent une faute qui peut être définie comme « *une erreur de conduite que tout Homme normalement avisé ne commet pas lorsqu'il se trouve dans les mêmes situations de fait* »²²⁷.

214. Le législateur et plus particulièrement les juges tentent d'assurer aux opérateurs économiques une protection de leurs intérêts en favorisant leur information et en garantissant la qualité de cette dernière. L'objectif est double, permettre aux opérateurs économiques d'anticiper la rupture et imposer une information sur les causes de la rupture. Dans cet objectif, sont sanctionnées les ruptures brutales (A) et tardives (B) des négociations commerciales.

²²⁴ P. Le Tourneau, *op. cit.*, pp. 480-482.

²²⁵ *Ibid.*, p. 486.

²²⁶ Y. Neveu, « *Le devoir de loyauté pendant la période pré-contractuelle* », Gazette du Palais, 3 décembre 2000, p. 68.

²²⁷ B. Starck, « *Droit civil, obligations* », Librairies techniques, 1972, p. 116.

I) La rupture brutale.

215. Le devoir de loyauté, combiné avec l'impératif de transparence, impose aux opérateurs économiques d'informer leurs partenaires. L'information doit donc aussi porter sur leur intention de rompre les négociations. Or, l'information induit nécessairement que les autres parties aux pourparlers soient informées un certain temps avant que la rupture soit effective, les opérateurs économiques se devant de préparer psychologiquement leurs partenaires à cette rupture²²⁸. L'objectif consiste à permettre aux négociateurs d'anticiper la rupture, de tout mettre en œuvre pour que leur préjudice soit le plus faible possible et qu'ils ne se retrouvent pas sans solution de repli²²⁹.

216. Le caractère brutal d'une rupture nécessite, pour être caractérisé, que les victimes soient informées de la volonté de l'auteur concomitamment à la rupture ou que le laps de temps entre les deux soit extrêmement court. Cependant, la brutalité ne constitue pas une faute en elle-même²³⁰. La bonne foi trouve à s'appliquer lors de la phase précontractuelle²³¹ et sanctionne « *la déloyauté dans le refus de contracter* »²³². Pour que la responsabilité de l'auteur de la rupture soit engagée, il est donc nécessaire que la rupture soit brutale et effectuée de mauvaise foi, c'est-à-dire sans motif légitime²³³. Afin de faciliter l'engagement de la responsabilité de l'auteur de la rupture, les juges n'assimilent pas la mauvaise foi à l'intention de nuire. La responsabilité précontractuelle de l'opérateur économique peut donc être engagée sans intention de nuire²³⁴.

217. La rupture brutale des pourparlers peut aussi être sanctionnée sur un autre fondement. Les juges considèrent que lors des négociations s'installe une confiance entre les parties qui leur impose la sincérité²³⁵. De cette obligation de sincérité peut en être déduit l'obligation d'informer, en respectant un certain délai, les parties à la négociation

²²⁸ J-M. Mousseron, « *Les procédures informelles d'échange des consentements* », Revue juridique et commerciale, 1995, p. 23.

²²⁹ Cass. Com., 22 avril 1997, pourvoi n° 94-18.953.

²³⁰ A. S. Dupré-Dallemagne, « *Nouvelles précisions sur le régime applicable à la rupture unilatérale des pourparlers* », Dalloz, n° 12, 2004, p. 871.

²³¹ P. Le Tourneau, *op. cit.*, p. 484 et A. S. Dupré-Dallemagne, *op. cit.*, p. 871.

²³² Ph. Stoffel-Munch, « *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie* », LGDJ, 2000, p. 111.

²³³ Cass. Com., 20 mars 1972, pourvoi n° 70-14.154.

²³⁴ Cass. Civ. 3^{ème}, 3 octobre 1972, Bull civ. III, n° 491, p. 391.

²³⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 6 janvier 1998, pourvoi n°95-19.199, La semaine juridique entreprise et affaires, 1998, p. 1499.

de son intention de rompre les pourparlers. L'obligation de sincérité justifierait l'interdiction de rompre brutalement les négociations.

218. Afin de moraliser les négociations commerciales, d'améliorer l'information et d'ancrer le devoir de loyauté, les juges sanctionnent la rupture brutale des pourparlers²³⁶ notamment lorsqu'ils sont avancés²³⁷ mais aussi les ruptures tardives.

II) La rupture tardive.

219. La rupture tardive doit s'entendre comme celle intervenant après avoir fait naître de vains espoirs²³⁸ pour les opérateurs économiques qui n'en sont pas à l'origine, c'est-à-dire avoir laissé croire que le contrat allait être conclu.

220. Pour que la responsabilité de l'auteur de la rupture soit engagée, il est nécessaire que son comportement ait fait naître une confiance « *sérieuse, légitime et prévisible* »²³⁹ en la conclusion possible du contrat²⁴⁰. Cette croyance peut provenir de l'existence d'une lettre d'intention même si certains juges refusent d'engager la responsabilité de l'auteur de la rupture en présence d'un accord de principe²⁴¹. La croyance en la conclusion du contrat projeté peut aussi être déduite du comportement des négociateurs lorsque ces derniers accomplissent ou laissent accomplir certains actes, certains investissements à leurs partenaires²⁴². L'objectif est de faire peser sur les négociateurs un devoir de prudence²⁴³ mais aussi une obligation de réserve²⁴⁴.

221. Les juges ont tenté de réglementer la rupture des pourparlers et d'inciter les opérateurs économiques à ne pas abuser de leur droit de ne pas contracter. L'objectif étant qu'ils se comportent en bon professionnel, qu'ils adoptent une attitude raisonnable

²³⁶ Cass. Com., 7 janvier 1997, pourvoi n° 94-21.561.

²³⁷ CA. Agen, 21 août 2002, Juris-Data n° 2002-223718.

²³⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 1^{er} avril 1976, Bull. civ. I, n° 122 ; Revue trimestrielle de droit civil, 1977.127, obs. G. Durry.

²³⁹ J. Schmidt-Szalewski, « *Négociation et conclusion de contrat* », Dalloz, 1983, p. 108.

²⁴⁰ A. S. Dupré-Dallemagne, *op. cit.*, p. 871.

²⁴¹ CA. Versailles, 5 mars 1992, Juri-Data n° 1992-040895.

²⁴² CA. Agen, 21 août 2002, Juris-Data n° 2002-223718.

²⁴³ CA. Paris, 29 mai 1998, Juris-Data n° 1998-024433.

²⁴⁴ P. Le Tourneau, *op. cit.*, p. 486.

et qu'ils informent les autres parties à la négociation sur leurs intentions. L'information des opérateurs économiques en est donc renforcée.

CONCLUSION DU TITRE

222. Le devoir de loyauté impose une information des potentiels partenaires économiques lors de la période précontractuelle. Pour cela, les législateurs et gouvernements successifs ont développé le concept de transparence. Il se matérialise par l'obligation faite aux fournisseurs et prestataires de services de communiquer leurs conditions générales de vente. Cependant, ce concept limitait l'information aux seuls acheteurs et demandeurs de prestation de services alors que le devoir de loyauté impose une information réciproque. Pour pallier le manque d'information des vendeurs et prestataires de services, les opérateurs économiques utilisent les conditions générales d'achat.

223. L'obligation de transparence et d'information découlant du devoir de loyauté étant permanente, celle-ci se poursuit jusqu'à la fin des rapports entre les opérateurs économiques, c'est-à-dire jusqu'à la rupture des négociations. Le devoir de loyauté prohibe donc toute rupture tardive ou brutale.

224. La transparence est donc un gage d'information et de protection pour les opérateurs économiques. Elle a aussi une importance tout aussi cruciale dans le contrôle des négociations et du développement de la relation.

TITRE II :

LE CONTROLE DE LA LOYAUTE DE LA RELATION COMMERCIALE

225. Les règles de transparence des relations commerciales codifiées aux articles L.441-1 et suivants du code de commerce permettent et garantissent l'information des opérateurs économiques. Toutefois, en adoptant des dispositions relatives à la transparence, le législateur avait un second objectif, à savoir faciliter, permettre et favoriser le contrôle des opérateurs économiques, contrôle qui peut être exercé tant par ces derniers que par les pouvoirs publics.

226. Avant l'abaissement du seuil de revente à perte par les lois du 4 août 2005 et du 3 janvier 2008 et la libéralisation des négociations commerciales par la loi de modernisation de l'économie, la combinaison de la prohibition *per se* des discriminations et de l'interdiction de la revente à perte offrait une possibilité de contrôle aux opérateurs économiques. Ces derniers pouvaient contrôler s'ils n'étaient pas victimes de discrimination ou si leurs concurrents ne revendaient pas à perte certains produits avant d'alerter les autorités compétentes. L'association des deux interdictions permettait aux opérateurs économiques d'exercer un double contrôle²⁴⁵. Un contrôle sur leurs concurrents et un contrôle de leurs partenaires afin de vérifier la loyauté de ces derniers. Depuis 2005, cette capacité de contrôle a été mise à mal par les réformes successives.

227. Les relations commerciales ne peuvent pas être uniquement contrôlées par les opérateurs économiques, les pouvoirs publics se devant de s'assurer de la bonne application des dispositions édictées²⁴⁶. Le choix d'une transparence des négociations commerciales et l'adoption de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ont été faits dans ce sens.

228. Au gré des réformes, le pouvoir de contrôle des opérateurs économiques, d'une part, et des pouvoirs publics, d'autre part, ont évolué en sens opposé. Les

²⁴⁵ D. Ferrier, *op. cit.*, p.186.

²⁴⁶ *Ibid.*, p.125.

évolutions législatives ont inhibé tout pouvoir de contrôle des opérateurs économiques envers leurs concurrents tout en maintenant leur capacité de contrôle envers leurs partenaires économiques (chapitre I). Les pouvoirs publics ont, quant à eux, vu leur pouvoir de contrôle renforcé, avec notamment la création de la commission d'examen des pratiques commerciales (chapitre II).

Chapitre I : Le contrôle exercé par les cocontractants.

229. C'est en contrôlant leurs partenaires que les opérateurs économiques peuvent s'assurer de leur loyauté. Dans ce dessein, le législateur a adopté des dispositions visant à leur fournir quelques moyens afin de leur permettre d'exercer un contrôle tant lors de l'exécution des conventions (section I) qu'*a posteriori* (section II).

Section I : Un contrôle lors de l'exécution des conventions.

230. Les négociations commerciales opposent les offreurs aux demandeurs, les premiers proposant des produits et services aux seconds qui, s'ils acceptent, en paient le prix. Dans le secteur de la distribution, les négociations sont plus complexes. Il est fréquent que le potentiel acheteur propose, en échange de l'obtention de son consentement, d'accomplir certaines prestations de services aux offreurs. Le contrôle exercé par les partenaires économiques devra donc porter sur l'opération de vente (§I) mais aussi sur les services convenus lors de cette opération (§II).

§I) Pour l'opération de vente : les conditions particulières de vente.

231. Les conditions générales sont indissociables du principe de la transparence²⁴⁷. Elles participent à la formalisation des négociations commerciales et constituent un moyen de contrôle efficace. Cependant, depuis l'adoption de la loi du 2 août 2005, pour faire face aux évolutions des pratiques dans le secteur de la grande distribution, le formalisme des relations commerciales a été alourdi. Le code de commerce contient désormais des dispositions relatives aux conditions particulières de vente qui permettent de formaliser l'accord conclu entre les fournisseurs et les distributeurs.

232. Pour certains auteurs, la cohabitation entre conditions générales de vente et conditions particulières de vente peut faire naître un risque de confusion²⁴⁸. Elles sont pourtant très différentes (I) et constituent un instrument de contrôle non-négligeable (II).

²⁴⁷ V. *supra* n° 110 et s.

²⁴⁸ M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, *op. cit.*, p. 105.

- I) La différenciation entre les conditions particulières et les conditions générales de vente.

233. Les conditions particulières de vente sont apparues avec la circulaire du 16 mai 2003 relative à la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs²⁴⁹ et ont été définitivement adoptées par la loi en faveur des petites et moyennes entreprises du 2 août 2005²⁵⁰.

234. La circulaire du 8 décembre 2005 indique que les conditions particulières de vente sont, comme les conditions générales, l'expression de la politique de vente du fournisseur²⁵¹. La place, dans le code de commerce, accordée aux dispositions s'y rapportant démontre qu'elles ont pour objet, « *comme les conditions générales de vente, la vente principale faite par le fournisseur à ses acheteurs, ainsi que les conditions financières de la vente* »²⁵². Il existe donc des similitudes entre conditions générales et conditions particulières de vente.

235. L'article L.441-6 du code de commerce, qui dispose que « *tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur peut, en outre, convenir avec un acheteur de produit ou demandeur de prestation de services des conditions particulières de vente qui ne sont pas soumises à l'obligation de communication prescrite au premier alinéa* », fait expressément référence auxdites conditions. Il ressort du troisième alinéa de l'article précité et de l'expression « *convenir* » utilisée que les conditions particulières de vente sont le résultat d'une négociation entre opérateurs économiques et ne doivent et ne peuvent pas être établies au préalable par l'une des parties aux négociations. Les conditions particulières de vente sont donc le résultat d'une négociation, d'un consensus auquel il est nécessaire d'adhérer alors que les conditions générales de vente sont élaborées par le seul fournisseur ou prestataire de services.

236. De plus, les conditions générales doivent être analysées, non pas en une proposition unilatérale de contrat²⁵³, mais, suite à la suppression par la loi de

²⁴⁹ Cf. Point 1 de la circulaire du 16 mai 2003.

²⁵⁰ Cf. Article 41 de la loi du 2 août 2005.

²⁵¹ Cf. Point 2 a) 3° de la circulaire du 8 décembre 2005.

²⁵² M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, *op. cit.*, p. 101.

²⁵³ V. *supra* n° 86 et s.

modernisation de l'économie de l'interdiction *per se* des discriminations et à l'instauration de la négociabilité des conditions générales de vente, en une invitation à négocier²⁵⁴. La communication des conditions générales de vente, lorsqu'elles sont établies, précède donc la conclusion des conditions particulières de vente.

237. En outre, la différence entre ces deux types de conditions a été renforcée avec l'adoption de la loi du 2 août 2005. En effet, la circulaire Dutreil I du 16 mai 2003 imposait aux fournisseurs qui octroyaient des conditions particulières de vente de signaler cette possibilité dans ses conditions générales de vente²⁵⁵ ce qui avait pour conséquence de conférer un caractère public aux conditions particulières de vente²⁵⁶. Or, depuis l'adoption de la loi en faveur des petites et moyennes entreprises cette obligation a disparu et les conditions particulières de vente, contrairement aux conditions générales, ont désormais un caractère confidentiel²⁵⁷.

238. Malgré ce qu'ont pu prétendre certains auteurs²⁵⁸, aucune confusion ne peut être faite avec les conditions générales de vente. Ces dernières constituant un moyen de transparence et de contrôle²⁵⁹ alors que les conditions particulières ne constituent qu'un moyen de contrôle.

II) Les conditions particulières de vente, un instrument de contrôle.

239. Les conditions particulières de vente permettent de contrôler l'étendue des engagements respectifs (A) et l'opportunité de ses propres engagements (B).

A) Le contrôle de l'étendue des engagements.

240. La circulaire Dutreil II du 8 décembre 2005 dispose que « *les conditions particulières de vente, expression de la politique de vente du fournisseur, à l'occasion de*

²⁵⁴ CEPC, avis n° 10-04 du 18 février 2010.

²⁵⁵ Cf. Point 2 a) 2° de la circulaire du 16 mai 2003, et M. Dany, A. Dowding et R. Fabre, « *Loi Dutreil: quelles nouvelles relations entre fournisseurs et distributeurs ?* », Lamy droit économique, octobre 2005, ed 2006, p. 3.

²⁵⁶ M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, *op. cit.*, pp. 108-109.

²⁵⁷ Cf. Article L.441-7 alinéa 3 du Code de commerce et J-P. Gunther et F.Viala, « *La loi « Jacob Dutreil » ou la réforme de la loi Galland* », Les petites affiches, 4 octobre 2005, p. 10.

²⁵⁸ M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, *op. cit.*, p. 105.

²⁵⁹ V. *supra* n° 115.

l'opération d'achat et de vente, doivent être distinguées des services visés à l'article L. 441-7 du code de commerce, qui relèvent de la politique commerciale du distributeur ». Une partie de la doctrine en a alors déduit « *que les CPV ne sont soumises à aucun formalisme tel que prévu par l'article L.441-7 du code de commerce* »²⁶⁰. Les conditions particulières de vente seraient donc un élément renforçant l'opacité des négociations commerciales et constitueraient le siège de discrimination tarifaire²⁶¹.

241. Avant l'adoption de la loi de modernisation de l'économie et la modification des dispositions de l'article L.441-7 du code de commerce, l'absence de formalisme posait le problème de la preuve de l'étendue de l'engagement de son partenaire. Cette preuve, qui sert à contrôler que ce dernier respecte les engagements pris, peut aussi s'avérer utile dans l'hypothèse d'un conflit futur.

242. Depuis l'adoption de la loi du 4 août 2008, la combinaison des dispositions des articles L.441-6 et L.441-7 du code de commerce permettent à chacune des parties de détenir un document écrit stipulant l'ensemble des obligations de chacune d'entre elles²⁶². Les opérateurs économiques peuvent donc contrôler si leurs cocontractants exécutent et respectent leurs engagements. De plus, le caractère écrit²⁶³ de la convention imposée par l'article L.441-7 du code de commerce leur permet d'avoir une trace des engagements réciproques et favorise la mise en évidence des possibles manquements et l'engagement de la responsabilité du cocontractant indélicat.

243. Les conditions particulières de vente favorisent donc le contrôle de l'étendue des engagements respectifs, mais aussi l'opportunité de ces derniers.

B) Le contrôle de l'opportunité des engagements.

244. Depuis l'adoption de la loi de modernisation de l'économie, les conditions particulières de vente n'ont plus besoin d'être conclues « *en fonction de la spécificité de*

²⁶⁰ C. Nourissat, « *Retour sur les CGV catégorielles et les CPV : différenciation et discrimination tarifaire un an après...* », Revu Lamy de la concurrence, octobre/décembre 2006, p. 38.

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² D. Ferrier, *op. cit.*, p.170.

²⁶³ *Ibid.*, p. 168.

services rendus à l'occasion de l'achat des produits par le distributeur »²⁶⁴. Ces services, qui donnaient lieu à une différenciation tarifaire²⁶⁵, ne devaient pas être dénués de toute justification objective²⁶⁶. Les cocontractants pouvaient donc contrôler s'il existait une contrepartie à leurs engagements.

245. La modification du formalisme des conditions particulières de vente, par la loi du 4 août 2008, permet à ces dernières de conserver une telle utilité. En effet, la convention de l'article L.441-7 du code de commerce doit désormais contenir des stipulations relatives aux conditions particulières de vente négociées par les opérateurs économiques²⁶⁷. Or, l'article précité « rappelle, par l'emploi du terme obligation, que toute réduction de prix doit avoir une contrepartie »²⁶⁸. Les conditions particulières de vente permettent donc aux opérateurs économiques de contrôler l'opportunité de leur engagement, ainsi que la réciprocité, l'équivalence des obligations respectives. L'objectif étant de leur offrir la possibilité de mettre en évidence tout abus de négociation de la part de leurs partenaires et de prendre toutes les mesures nécessaires afin que leurs pertes soient le plus faible possible.

246. Les conditions particulières de vente sont donc un outil de contrôle du respect des engagements par son cocontractant, de sa loyauté dans l'exécution des obligations découlant de l'opération de vente et de l'opportunité de ses engagements. Le législateur a aussi édicté des dispositions afin que les opérateurs économiques puissent exercer un contrôle portant sur les autres services entourant leurs relations.

§II) Pour les autres obligations.

247. Comme cela a déjà été indiqué, la prohibition des discriminations, associée à l'interdiction de la revente à perte, ont eu pour conséquence un développement des marges arrière et un affaiblissement de la transparence²⁶⁹. Pour encadrer les pratiques des

²⁶⁴ J-P. Gunther et F. Viala, *op. cit.*, p. 10.

²⁶⁵ Cf. Point 2 a) 3° de la circulaire du 8 décembre 2005.

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, *op. cit.*, p. 193.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 103.

²⁶⁹ V. *supra* n° 61.

fournisseurs et distributeurs, les différents législateurs et gouvernements ont imposé un formalisme dont les premières tentatives datent des circulaires Scrivener et Delors²⁷⁰.

248. La loi en faveur des petites et moyennes entreprises du 2 août 2005 a renforcé le formalisme augmentant ainsi le nombre de conventions (I) avant que la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 ne le réduise (II).

I) Premier temps : la multiplicité du nombre de conventions.

249. Lors des négociations commerciales, en l'échange de l'achat de produits, les distributeurs tentent soit de vendre à leurs fournisseurs des services de coopération commerciale (A) soit de les rendre débiteurs d'obligations destinées à favoriser la relation commerciale (B).

A) Le contrat de coopération commerciale.

250. La coopération commerciale a fait l'objet de plusieurs définitions. La circulaire Delors définissait le contrat de coopération commerciale comme « *un accord contractuel destiné à augmenter l'efficacité commerciale du fournisseur et du distributeur, qui prévoit divers services spécifiques...* »²⁷¹. La jurisprudence l'avait qualifié de « *service spécifique allant au-delà des obligations contractées ordinairement entre fournisseurs et distributeurs* »²⁷². La loi Galland avait repris le caractère « spécifique » du service, tout en définissant les services de coopération commerciale comme « *tous les services susceptibles d'être rendus par un acheteur à son vendeur* »²⁷³. La circulaire Dutreil I a, à nouveau, redéfini le contrat de coopération commerciale comme « *un contrat de prestation de services dont le contenu et la rémunération sont définis d'un commun accord entre un fournisseur et un distributeur. Le contenu de ce contrat porte sur la fourniture, par un distributeur à son fournisseur, de services spécifiques détachables des simples obligations résultant des achats et ventes (...). Ces services recouvrent des actions de nature à stimuler ou à faciliter au bénéfice du*

²⁷⁰ M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, *op. cit.*, p. 178.

²⁷¹ Cf. Circulaire du 22 mai 1984.

²⁷² Cass. Com., 27 février 1990, pourvoi n°88-12.189, Bull. civ. IV, n°59, p. 39.

²⁷³ M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, *op. cit.*, p. 180.

fournisseur la revente de ses produits par le distributeur »²⁷⁴. Avec le développement des marges arrière et afin d'enrayer les pratiques de certains opérateurs économiques, la loi du 2 août 2005 a défini le contrat de coopération commerciale comme étant « *une convention par laquelle un distributeur ou un prestataire de services s'oblige envers un fournisseur à lui rendre, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs, des services propres à favoriser leur commercialisation qui ne relèvent pas des obligations d'achat et de vente* »²⁷⁵.

251. Les lois du 3 janvier 2008 et du 4 août de la même année ont à nouveau modifié les dispositions relatives à la coopération commerciale. Le législateur utilise désormais l'expression « *service propre à favoriser...* », ceci afin d'élargir le champ d'application de la coopération commerciale²⁷⁶. En effet, la coopération commerciale ne visait que les services rendus aux fournisseurs lors de la revente aux consommateurs alors que depuis l'adoption de la loi de modernisation de l'économie sont visés les services rendus lors de la revente aux consommateurs mais aussi aux professionnels²⁷⁷. Cette évolution législative permet de régler d'éventuels problèmes lorsque le revendeur s'adresse à une clientèle mixte c'est-à-dire composée de professionnels et de consommateurs²⁷⁸. Sont désormais visés par les dispositions du second point de l'article L.441-7 du code de commerce « *l'essentiel des services rendus par les grossistes* »²⁷⁹. La définition de la coopération commerciale a donc évolué au fil du temps afin de s'adapter aux évolutions des pratiques mises en œuvre par les opérateurs économiques notamment dans le secteur de la grande distribution.

252. Le contenu et le formalisme du contrat de coopération commerciale ont eux aussi fait l'objet d'une intervention du législateur. La loi en faveur des petites et moyennes entreprises dispose que le contrat de coopération commerciale stipule le contenu des services, la date à laquelle le service est rendu, sa rémunération et les produits auxquels il se rapporte, « *la rémunération du service devant être exprimée en pourcentage du prix unitaire net auquel il se rapporte* »²⁸⁰. Les différents caractères des

²⁷⁴ Cf. Point 3.1 de la circulaire du 16 mai 2003.

²⁷⁵ Cf. Article 42 de la loi du 2 août 2005.

²⁷⁶ M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, *op. cit.*, p. 197.

²⁷⁷ D. Ferrier, *op. cit.*, p. 168.

²⁷⁸ M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, *op. cit.*, p. 199.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 198.

²⁸⁰ Cf. Article L.441-6 du Code de commerce.

stipulations imposées par le législateur ont pour objectif de permettre un contrôle effectif de la réalisation des prestations de services, de la bonne application des conventions et de leur coût. Le second objectif étant de permettre aux opérateurs économiques d'avoir une trace écrite²⁸¹ des engagements pris par les opérateurs économiques.

253. Le contrat de coopération commerciale constitue donc un instrument de contrôle pour les opérateurs économiques. Le contrat de services distincts, remplacé par la notion d'obligations destinées à favoriser la relation commerciale, avait été instauré dans le même objectif.

B) Les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale.

254. La loi en faveur des petites et moyennes entreprises du 2 août 2005 avait introduit la notion de service distinct qu'elle définissait comme « *les conditions dans lesquelles un distributeur ou un prestataire de services se fait rémunérer par ses fournisseurs en contrepartie de services distincts de ceux figurant dans le contrat de coopération commerciale* »²⁸². Le gouvernement du Premier Ministre Jean-Pierre Raffarin avait alors créé une catégorie « fourre tout » où les opérateurs économiques pouvaient y classer tous les services « *autres que ceux entrant dans la définition des services de coopération commerciale* »²⁸³.

255. Avant d'être alourdi par la loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs²⁸⁴, le formalisme entourant les services distincts était « *extrêmement léger puisqu'il suffisait qu'ils figurent dans un contrat écrit précisant la nature de ces services* »²⁸⁵. Cependant, la création du contrat de services distincts a eu pour conséquence de maintenir les marges arrières à un taux élevé.

256. En 2008, le législateur a alors supprimé cette catégorie de services pour créer, lors de l'adoption de la loi de modernisation de l'économie, la notion « *[d']autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale* ». Seront incluses dans cette

²⁸¹ Cf. Article L.441-7 du Code de commerce.

²⁸² Cf. Article 42 de la loi du 2 août 2005.

²⁸³ M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, *op. cit.*, p. 211.

²⁸⁴ Cf. Article 2 de la loi du 3 janvier 2008.

²⁸⁵ M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, *op. cit.*, p. 211.

catégorie les obligations relatives à la transmission d'éléments statistiques ou celles concernant la formation ou l'organisation d'une centralisation des relations clients²⁸⁶. Cette notion englobe la totalité de la négociation commerciale et permet un transfert de la négociation de l'arrière vers l'avant²⁸⁷. En outre, cette modification, en application du second alinéa du troisième point de l'article L.441-7 du code de commerce qui dispose que « *les obligations relevant des 1° et 3° [points de l'article L.441-7 du code de commerce] concourent à la détermination du prix convenu* », permet « *la prise en compte de ces obligations dans la négociation du prix de l'opération principale* »²⁸⁸. Ces obligations ne favorisent donc pas la revente des produits ou services, mais la relation entre les opérateurs économiques.

257. Tout comme la coopération commerciale, les obligations destinées à favoriser la relation commerciale doivent faire l'objet d'une convention écrite mentionnant « *l'objet de chacune des obligations souscrites, ainsi que la date prévue et les modalités d'exécution* »²⁸⁹, cela, toujours dans le dessein de permettre un contrôle de l'exécution des engagements pris par les partenaires économiques.

258. Les interventions, ayant eu pour objet les services entourant les relations commerciales, ont été nombreuses. L'objectif étant d'encadrer ces services, d'améliorer la transparence et de permettre le contrôle des opérateurs économiques. Toutefois, pour faciliter le contrôle, le formalisme des relations commerciales a été simplifié car la multiplication des conventions « *a parfois contribué à brouiller les cartes entre partenaires et à gêner les contrôles* »²⁹⁰.

II) Deuxième temps : le retour à la convention unique ou au contrat cadre annuel.

259. La circulaire Delors imposait que les services de coopération commerciale soient stipulés dans un contrat écrit, signé en deux exemplaires. En application des dispositions de la loi en faveur des petites et moyennes entreprises, le contrat de coopération commerciale devait prendre la forme soit d'un contrat-cadre suivi de contrats

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 213.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 212.

²⁸⁸ D. Ferrier, *op. cit.*, p. 169.

²⁸⁹ Dany, R. Fabre et L. Sersiron, *op. cit.*, p. 213.

²⁹⁰ F-X. Testu et J. Herzele, *op. cit.*, p. 28.

d'application soit d'un contrat unique, le contrat-cadre devant être conclu chaque année avant le 15 février –puis au 1^{er} mars suite à l'adoption de la loi du 3 janvier 2008- ou dans les deux mois qui suivent la passation de la première commande dans l'hypothèse où la relation commerciale est établie en cours d'année²⁹¹. Pour les services distincts, avant d'être alourdi, le formalisme était faible, un simple écrit précisant la nature des services suffisait²⁹². Les opérateurs économiques avaient donc la possibilité de conclure plusieurs conventions.

260. En 2008, les règles relatives au formalisme concernant la récapitulation de la négociation ont été modifiées imposant la conclusion d'une convention unique ou d'un contrat cadre annuel (A). Le législateur a aussi pris le soin de modifier les sanctions (B) encourues par les opérateurs économiques.

A) La conclusion.

261. La loi du 2 août 2005 a eu pour conséquence d'entraîner une multiplication des conventions pouvant être conclues. En application de ce texte, les opérateurs économiques pouvaient conclure un contrat de vente, un contrat de coopération commerciale et un contrat de services distincts. Or, les conditions particulières de vente, le contrat de coopération commerciale et le contrat de services distincts ne sont pas soumis à une obligation de transparence, à l'égard des autres acheteurs ou demandeurs de prestations de services, telle qu'applicable pour les conditions générales de vente. Cela a donc eu pour conséquence d'accroître l'opacité des relations commerciales²⁹³.

262. Afin de simplifier la formalisation de la négociation commerciale, la loi 3 janvier 2008 a imposé aux fournisseurs et aux distributeurs de conclure une convention unique qui reprend les trois catégories d'accords pouvant être conclus depuis l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 2005. Cette évolution a été dictée par le fait qu'avait été constaté un glissement des services de coopération commerciale vers les services distincts dont le formalisme est moindre²⁹⁴. L'article L. 441-7 du code de commerce issu

²⁹¹ Cf. Article 42 de la loi du 2 août 2005.

²⁹² V. *supra* n° 255.

²⁹³ D. Ferrier et D. Ferré, « *La réforme des pratiques commerciales : loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008* », Contrats-Concurrence-Consommation, février 2008, p. 6.

²⁹⁴ F-X. Testu et J. Herzele, *op. cit.*, p. 32 et V. *supra* n° 255.

de la loi du 3 janvier 2008 dispose que la convention doit récapituler les conditions de l'opération de vente de produits ou de services, les conditions de services rendus au fournisseur par le distributeur pour favoriser la commercialisation de ses produits ou services et « *les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services s'oblige à rendre au fournisseur des services distincts de ceux considérés au titre de la vente ou de la commercialisation* »²⁹⁵. Enfin, la loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs maintient l'exigence d'un écrit et précise que l'accord commercial est établi « *soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application* »²⁹⁶ qui doivent être conclus avant le 1^{er} mars ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation.

263. Le retour à la convention unique facilite le contrôle exercé par les opérateurs économiques sur leurs cocontractants ou partenaires économiques qui avant se devaient de contrôler la bonne exécution de nombreuses conventions. Pour assurer une efficacité à leurs textes, le législateur a mis en place des sanctions.

B) Les sanctions.

264. Pour contraindre les opérateurs économiques à formaliser le résultat des négociations commerciales, le législateur a adopté des dispositions visant à sanctionner certains manquements. Dans ce dessein, l'article L.441-7 du code de commerce dispose que les partenaires économiques encourent une sanction pénale dans trois hypothèses : l'absence de signature de la convention avant le 1^{er} mars²⁹⁷, le non-respect des qualifications de réductions de prix des services de coopération commerciale si le non-respect a un impact sur la conformité de la convention²⁹⁸ et l'absence, dans la convention, des mentions obligatoires prévues par l'article précité.

265. La sanction peut atteindre 75 000€ d'amende pour les personnes physiques et 375 000€ pour les personnes morales. Le montant des amendes est important afin de dissuader les opérateurs économiques de contourner les dispositions du code de

²⁹⁵ D. Ferrier et D. Ferré, *op. cit.*, p. 7.

²⁹⁶ Cf. Article 2, 3° de la loi du 3 janvier 2008.

²⁹⁷ Cf. Article L.441-7-II, 1° du Code de commerce.

²⁹⁸ M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, *op. cit.*, p. 217.

commerce relatives au formalisme du résultat des négociations commerciales dans l'objectif de priver ses cocontractants d'un moyen de contrôler la bonne application des conventions. Toutefois, pour d'atténuer la rigueur de ces sanctions, ont été mises en place des procédures de transaction pénale, de composition pénale et d'ordonnance pénale²⁹⁹.

266. Le formalisme des négociations commerciales permet aux cocontractants de disposer d'une preuve de leurs engagements et de la portée de ceux-ci. Le formalisme favorise aussi le contrôle des partenaires économiques et leur sanction lorsqu'ils n'exécutent pas de manière satisfaisante les conventions.

Section II : Un contrôle *a posteriori*.

267. Par contrôle *a posteriori*, il convient d'entendre un contrôle pouvant être effectué une fois la vente ou la prestation de services réalisées.

268. Les législateurs et gouvernements successifs ont imposé un formalisme du résultat des négociations commerciales afin de satisfaire plusieurs objectifs. Le premier est de permettre aux opérateurs économiques d'avoir une trace de leurs engagements ainsi que ceux de leurs partenaires économiques, de se réserver une preuve de l'étendue de leurs obligations respectives. Le second est de leur faciliter le contrôle de la bonne exécution des conventions par leurs cocontractants³⁰⁰.

269. Parfois, il est possible de faire pratiquer un contrôle sur les lieux où la prestation doit être exécutée. Cependant, dans de nombreux cas, un tel contrôle n'est pas possible. Pour pallier cette hypothèse, le législateur avait imposé aux opérateurs économiques d'établir annuellement un document récapitulatif la rémunération des services fournis (§I). Toutefois, depuis 2008, avec l'adoption de la loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, cette obligation a disparu, réduisant ainsi les moyens de contrôle des partenaires économiques à la facture (§II).

²⁹⁹ D. Ferrier, *op. cit.*, pp. 176-177.

³⁰⁰ V. *supra* n° 230 et s.

§I) La reddition annuelle des comptes.

270. Les rapports déséquilibrés entre fournisseurs et distributeurs conjugués aux dispositions relatives à la revente à perte et à l'interdiction des discriminations ont eu pour conséquence un transfert des négociations de l'avant vers l'arrière, un accroissement du nombre de services proposés par les acheteurs et une augmentation du prix des services. Cependant, les grands distributeurs, en position de force dans leurs relations avec leurs fournisseurs ne réalisaient pas toujours l'ensemble des prestations de services facturées. En adoptant les dispositions relatives à la reddition annuelle des comptes, le législateur avait donc pour ambition d'atteindre certains objectifs en matière de transparence, mais aussi de permettre aux fournisseurs de vérifier si les distributeurs et prestataires de services avec lesquels ils entretiennent des courants d'affaires ont exécuté les prestations pour lesquelles ils se sont engagés lors des négociations.

271. En imposant aux distributeurs et aux prestataires de services de faire connaître à leurs fournisseurs « *le montant total des rémunérations se rapportant à l'ensemble des services rendus l'année précédente* »³⁰¹, le législateur souhaitait leur offrir la possibilité de comparer les prix des services facturés par leurs différents clients ainsi que l'évolution du prix de chacun des services.

272. En imposant que le prix des services soit « *exprimé en pourcentage du chiffre d'affaires pour chacun des produits auxquels ils se rapportent* »³⁰², le législateur a voulu attirer l'attention des fournisseurs sur l'importance du coût des services au regard du chiffre d'affaires réalisé avec chaque distributeur et prestataire de services.

273. Malgré ces indéniables avantages, la loi du 3 janvier 2008 a supprimé l'obligation de reddition annuelle des comptes³⁰³. Toutefois, même « *si l'exigence formelle disparaît, la condition de fond demeure* »³⁰⁴. En effet, au regard du droit commun des contrats et de l'article 1315 du code civil, en cas de litige, les distributeurs et prestataires de services devront apporter, à leurs fournisseurs et clients, la preuve qu'ils ont exécuté leurs obligations. Dans l'hypothèse d'un contrôle par les autorités

³⁰¹ Cf. Article L.441-7-II, 4° du Code de commerce.

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ Cf. Article 2 de la loi du 3 janvier 2008 et D. Ferrier et D. Ferré, *op. cit.*, p. 8.

³⁰⁴ F-X. Testu et J. Herzele, *op. cit.*, p. 35.

compétentes, le troisième paragraphe de l'article L.442-6 du code de commerce leur impose aussi de se justifier. Ils doivent donc tenir un inventaire circonstancié des services fournis afin de pouvoir apporter la preuve que la rémunération perçue a pour contrepartie un service réel.

274. Les dispositions relatives à la reddition annuelle des comptes renforçaient la transparence des relations entre opérateurs économiques, mais aussi leur capacité de contrôle. Malgré la suppression du quatrième point du second paragraphe de l'article L.441-7 du code de commerce, les fournisseurs ont toujours la possibilité de contrôler la bonne exécution des conventions par leurs partenaires économiques, d'autant plus que la loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs n'a pas modifié les dispositions relatives à la facturation³⁰⁵.

§II) La facture.

275. La facture, qui est encadrée par les dispositions de l'article L.441-3 du code de commerce, constitue, de par la place de ses dispositions dans le code précité, un instrument de transparence des relations commerciales, de transparence tarifaire³⁰⁶ et de contrôle économique³⁰⁷.

276. L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, la loi relative aux délais de paiement entre entreprises du 31 décembre 1992 et la loi Galland sont intervenues afin d'en faire un élément complexe. Les règles relatives à son établissement sont précises (I) et les sanctions encourues par les opérateurs économiques de nature pénale (II).

I) L'établissement de la facture.

277. Les dispositions de l'article L.441-3 du code de commerce déterminent quand une facture doit être délivrée (A) et quel est son contenu (B).

³⁰⁵ D. Ferrier et D. Ferré, *op. cit.*, pp. 6-10.

³⁰⁶ P. Pigassou, « *Les mentions sur facture après la loi du 1^{er} juillet 1996* », Recueil Dalloz, 1997, p. 157 et M. Malaurie-Vignal, « *Transparence tarifaire et liberté contractuelle* », La semaine juridique édition générale, 1996, p. 95.

³⁰⁷ D. Ferrier, *op. cit.*, p. 171.

A) La délivrance de la facture.

278. L'article 31 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, codifié à l'article L.441-3 du code de commerce, dispose que « *le vendeur est tenu de délivrer la facture dès la réalisation de la vente ou la prestation du service. L'acheteur doit la réclamer* ». Cet article rend donc obligatoires l'établissement et la transmission d'une facture pour tout achat de bien ou toute prestation de services.

279. Une interprétation stricte des dispositions ci-avant énoncées imposerait aux vendeurs et prestataires de services de rédiger leurs factures préalablement à la réalisation de la vente (remise matérielle ou retirement), d'une part, ou dès la fin de l'exécution de la prestation de services, d'autre part. Les juges ont opté pour une interprétation plus souple, notamment en matière de relations commerciales entre une centrale de référencement et ses fournisseurs où il est possible que la facture soit remise « *à la fin de chaque année, au moment où l'ensemble de la prestation est réalisé et connu* »³⁰⁸, c'est-à-dire chiffrable.

280. Cette jurisprudence est en contradiction avec la volonté du législateur qui, par l'adoption des dispositions précitées, souhaite permettre aux acheteurs ou bénéficiaires de prestation de services de contrôler rapidement la bonne exécution des conventions et ainsi mettre en évidence les manquements de leurs cocontractants. Malgré cela, la facture est un instrument de contrôle économique qui permet de révéler des comportements condamnables tels que les prestations fictives ou la revente à perte³⁰⁹.

281. Pour permettre un contrôle, le législateur a imposé que la facture mentionne certaines informations.

B) Le contenu de la facture.

282. L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 imposait que la facture indique « *le nom des parties ainsi que leur adresse, la date de la vente ou de la prestation du service, la quantité, la dénomination précise, et le prix unitaire hors T.V.A* »³¹⁰. Le contenu de la

³⁰⁸ T. corr. Nanterre, 14 mars 1995, Revue de jurisprudence de droit des affaires, n°1016, 1995.

³⁰⁹ D. Ferrier, *op. cit.*, p. 171.

³¹⁰ Cf. Article 31 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

facture a successivement été complété et modifié par les lois du 1^{er} juillet 1996 et du 15 mai 2001 notamment en ce qui concerne les mentions relatives aux réductions de prix, aux escomptes et aux délais de paiement. L'objectif de ces apports successifs était d'offrir aux acheteurs la possibilité de s'assurer que leurs vendeurs n'avaient pas unilatéralement modifié les accords antérieurs.

283. La facture est un élément permettant aux opérateurs économiques de contrôler la bonne exécution des conventions, mais reste, malgré tout, un instrument de contrôle imparfait. En effet, elle doit être délivrée dès la réalisation de la vente ou la réalisation de la prestation du service³¹¹. Or, lorsque le contrat s'échelonne dans le temps et que certaines prestations sont différées, la facture « *ne peut traduire l'ensemble des opérations qui par hypothèse sont étalées dans le temps* »³¹².

284. Pour assurer une efficacité aux dispositions de l'article L.441-3 du code de commerce, des sanctions ont été adoptées.

II) Les sanctions.

285. L'article 31 de l'ordonnance Balladur disposait que « *toute infraction aux dispositions du présent article sera punie d'une amende de 5 000 à 100 000 F* ». Désormais, l'article L.441-4 du code de commerce prévoit une amende de 75 000€ qui peut atteindre cinquante pour-cent de la somme facturée ou qui aurait dû être facturée. Les manquements aux dispositions relatives à la facturation sont donc pénalement sanctionnés.

286. L'article 31 de l'ordonnance relative à la liberté des prix et de la concurrence imposait que la facture mentionne les rabais, remises et ristournes dont le principe était acquis au moment de la vente ou de la prestation de services. Les mentions sur facture n'avaient qu'une valeur de présomption³¹³. Les distributeurs pouvaient donc exiger des remises de prix supplémentaires. Les fournisseurs étant économiquement contraints de vendre aux distributeurs, ce texte ne favorisait pas un équilibre des relations

³¹¹ V. *supra* n° 278.

³¹² M. Malaurie-Vignal, *op. cit.*, p. 98.

³¹³ P. Pigassou, *op. cit.*, p.157.

commerciales³¹⁴. La loi du 1^{er} juillet 1996 a alors remédié à ce dysfonctionnement en ne faisant désormais plus « *supporter principalement la charge, à travers la répression des mentions sur factures, sur les fournisseurs* »³¹⁵. Désormais, la facture doit mentionner les réductions de prix qui sont acquises au moment de la vente ou de la prestation de services, d'une part, et directement liées à cette opération, d'autre part³¹⁶. Cette évolution évite que les distributeurs ne forment des demandes supplémentaires et leur impose de contester les mentions stipulées par la facture dès la réception de cette dernière³¹⁷.

287. Pour garantir une plus grande application des règles édictées, les juges ont considéré que la seule constatation de l'élément matériel suffisait à caractériser un manquement aux règles relatives à la facturation³¹⁸. L'intention coupable ne constitue donc pas un élément de l'infraction.

288. La facture est donc un instrument de la transparence qui permet aux opérateurs économiques de contrôler la bonne exécution des conventions par leurs cocontractants. En imposant un certain formalisme aux conventions récapitulant le résultat des négociations commerciales, les différents législateurs et gouvernements ont souhaité transférer les négociations commerciales de l'arrière vers l'avant, favoriser la transparence, mais aussi permettre aux opérateurs économiques d'exercer un contrôle sur leurs partenaires afin qu'ils puissent s'assurer de la loyauté de ces derniers.

289. Les différentes interventions relatives à la formalisation du résultat des négociations commerciales avaient un second objectif, permettre aux pouvoirs publics d'exercer eux-mêmes un contrôle. La création de la Commission d'examen des pratiques commerciales et l'instauration d'un pouvoir d'action du Ministre de l'économie, du Ministère public et du président de l'Autorité de la concurrence, par la loi du 15 mai 2001 dite loi sur les nouvelles régulations économiques, vont dans ce sens.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 158.

³¹⁵ *Ibid.*

³¹⁶ *Cf.* Article 10 de la loi du 1^{er} juillet 1996.

³¹⁷ P. Pigassou, *op. cit.*, p.159.

³¹⁸ Cass. Crim., 16 novembre 1987, Bull. crim., n° 408.

Chapitre II : Le contrôle exercé par les pouvoirs publics.

290. L'ordonnance Balladur du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence est le principal texte qui régissait les relations fournisseurs-distributeurs au milieu des années quatre-vingt-dix. Cependant, après dix ans d'application, ces dispositions n'étaient plus adaptées et de nombreux dysfonctionnements sont alors apparus³¹⁹. L'adoption d'un nouveau texte était devenue une nécessité pour le législateur. Ce dernier avait le choix entre un texte prohibant certaines pratiques, certaines clauses, certains contrats, c'est-à-dire un texte régulateur et des dispositions visant à inciter les opérateurs économiques à adopter un certain comportement, c'est-à-dire un texte moralisateur. De par son intitulé et la référence au devoir de loyauté, la loi Galland dite sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales du 1^{er} juillet 1996, est incontestablement un texte qui avait pour objectif d'instaurer une morale commerciale³²⁰.

291. Suite à la mise à mal des dispositions du texte précité par les pratiques des grands distributeurs, la loi sur les nouvelles régulations économiques, qui comme son intitulé l'indique est un texte régulateur, a été adoptée. Cette loi, qui prohibe certains comportements et déclare nuls certains contrats et certaines stipulations contractuelles, a un côté novateur car, en permettant au Ministre de l'économie, au Ministère public et au président de l'Autorité de la concurrence d'intenter certaines actions, elle fait intervenir l'Etat dans l'économie. Le caractère régulateur de la loi du 15 mai 2001 est surtout révélé par le fait qu'elle permet et favorise le contrôle des opérateurs économiques par les pouvoirs publics. La combinaison des lois du 1^{er} juillet 1996 et du 15 mai 2001 crée donc un mélange entre régulation et moralisation.

292. En adoptant la loi du 15 mai 2001 et en créant la Commission d'examen des pratiques commerciales (section I) le législateur a voulu se doter d'un moyen lui permettant d'anticiper les pratiques des opérateurs économiques, mais a aussi souhaité favoriser la sanction en étendant le pouvoir d'action du Ministre de l'économie, du Ministère public et du président de l'Autorité de la concurrence (section II).

³¹⁹ O. Poulet et J.A. Robert, *op. cit.*, p. 263.

³²⁰ *Ibid.*, p. 264.

Section I : Une tentative d'anticipation : la création de la Commission d'examen des pratiques commerciales.

293. La création de la Commission d'examen des pratiques commerciales constitue l'apport essentiel³²¹ de la loi sur les nouvelles régulations économiques. Cette commission est composée de parlementaires, de magistrats de l'ordre administratif et judiciaire, de professionnels de différents secteurs, de représentants de l'administration et de personnes qualifiées³²². Il convient toutefois de noter l'absence des associations de consommateurs dans sa composition.

294. Les personnes pouvant la saisir sont toutes aussi nombreuses, car outre le Ministre chargé de l'économie, le Ministre chargé du secteur économique concerné et le président de l'Autorité de la concurrence, la Commission d'examen des pratiques commerciales peut être saisie par toute personne morale, par les organisations professionnelles ou syndicales, par les associations de consommateurs agréées, par les chambres consulaires ou d'agriculture, par les victimes de certaines pratiques commerciales³²³ et par les juridictions civiles et commerciales dans certaines hypothèses³²⁴. Elle peut aussi se saisir d'office.

295. Malgré qu'elle ait été instituée par un texte régulateur cette commission a été créée afin de répondre « à un souci de moralisation des pratiques commerciales et à une mise en valeur des bons usages commerciaux »³²⁵. Elle a donc pour vocation, pour rôle (§I) d'intervenir afin de favoriser la moralisation des relations commerciales. Pour qu'elle s'en acquitte de manière satisfaisante, le législateur l'a dotée de certains pouvoirs (§II).

³²¹ E. Claudel, « Concurrence », Revue trimestrielle de droit commercial, octobre-décembre 2000, p.889.

³²² Cf. Article L.440-1 du Code de commerce.

³²³ Cf. Article L.440-1 du Code de commerce.

³²⁴ Cf. Alinéa 6 de l'article L.442-6-III du Code de commerce.

³²⁵ Cf. Vilmart, « L'effectivité de la lutte contre les pratiques commerciales abusives dans la loi NRE », La semaine juridique entreprise et affaires, n°50, 13 décembre 2001, p. 1995.

§I) Le rôle de la commission.

296. La Commission d'examen des pratiques commerciales a été créée sur le modèle de la Commission des clauses abusives³²⁶ afin d'atteindre certains objectifs (I) qui découlent directement de la nature même de cette commission (II).

I) Les objectifs des pouvoirs publics.

297. La Commission d'examen des pratiques commerciales a été mise en place afin que certains organes étatiques soient mieux informés sur les pratiques mises en œuvre par les opérateurs économiques (A), notamment celles développées par les fournisseurs et les grands distributeurs. Cette commission doit aussi permettre d'anticiper certains comportements (B) dans le domaine des relations commerciales.

A) Permettre une meilleure information des pouvoirs publics.

298. En 1996, le législateur et le gouvernement avaient fait le choix de la transparence des négociations commerciales afin de favoriser le contrôle de l'application des règles édictées³²⁷. Cependant, les pratiques développées par les acteurs de la grande distribution avaient fait échec à cet objectif.

299. L'opacité des négociations commerciales combinée au fait que les opérateurs économiques en situation de faiblesse, généralement les fournisseurs, n'osent pas dénoncer certains abus³²⁸ a transformé l'impossibilité pour les pouvoirs publics de contrôler les négociations commerciales en impossibilité de connaître les nouvelles pratiques mises en œuvre par les opérateurs économiques. La Commission d'examen des pratiques commerciales a donc été créée afin de remédier à cette situation. En effet, cette commission est composée de membres provenant de différents secteurs, de différentes corporations, de divers corps notamment de représentants des distributeurs et des fournisseurs qui se voient ainsi offrir la possibilité de faire connaître à l'ensemble des

³²⁶ O. Poulet et J.A. Robert, *op. cit.*, p. 271.

³²⁷ D. Ferrier, « *Droit de la distribution* », Litec, 4^{ème} ed., p. 125.

³²⁸ M.E. Pancrazi, « *La moralisation des pratiques commerciales* », Droit et patrimoine, n°99, décembre 2001, p. 66.

membres de la commission et indirectement aux pouvoirs publics les pratiques mises en place par leurs partenaires économiques.

300. Le second moyen utilisé afin de favoriser une information des pouvoirs publics a consisté à ouvrir à un grand nombre de personnes la saisine de cette commission, notamment par l'utilisation de l'expression « *toutes personnes morales* »³²⁹, et de garantir l'anonymat de la saisie afin d'éviter à son auteur une quelconque crainte de représailles.

301. La Commission d'examen des pratiques commerciales a clairement été instaurée afin de permettre aux pouvoirs publics d'être informés sur les pratiques développées par les opérateurs économiques, l'information devant permettre d'anticiper sur certaines pratiques, certaines dérives. La communication des recommandations au Ministre de l'économie en est le plus flagrant exemple³³⁰, tout comme la communication de son rapport annuel au gouvernement et aux assemblées parlementaires³³¹.

B) Favoriser une anticipation des pouvoirs publics.

302. La loi Galland n'a succédé à l'ordonnance Balladur que lorsque sont apparus de graves dysfonctionnements³³². Suite à l'adoption de la loi du 1^{er} juillet 1996, le législateur n'est intervenu en matière de relations commerciales qu'avec la loi relative aux nouvelles régulations économiques, c'est-à-dire lorsque les grands distributeurs avaient institué des pratiques nuisibles aux intérêts des fournisseurs et des consommateurs. Or, pour reprendre une célèbre expression d'Emile de Girardin, « *gouverner c'est prévoir* ».

303. Comme il l'a été ci avant démontré, la loi du 15 mai 2001 a été adoptée afin de permettre aux pouvoirs publics d'être informés des pratiques mises en place par les opérateurs économiques. En ce sens, la Commission d'examen des pratiques commerciales constitue un « *observatoire régulier des pratiques commerciales* »³³³. Les

³²⁹ Cf. Article L.440-1 alinéa 4 du Code de commerce.

³³⁰ *Ibid.*

³³¹ *Ibid.*

³³² O. Poulet et J.A. Robert, *op. cit.*, p. 263.

³³³ Cf. Article L.440-1 alinéa 7 du Code de commerce.

informations ainsi obtenues devant permettre au législateur ou au gouvernement d'intervenir. Une bonne information de ces derniers, c'est-à-dire une information juste et rapide, doit leur permettre certes d'intervenir rapidement et efficacement, mais aussi de connaître le mode de fonctionnement de certains opérateurs économiques et ainsi d'anticiper sur les pratiques futures que fournisseurs et distributeurs pourraient être tentés de mettre en place.

304. La Commission d'examen des pratiques commerciales est un moyen pour les pouvoirs publics d'être informés sur les pratiques mises en place par les opérateurs économiques afin d'être réactif et parfois même de pouvoir anticiper. Tels sont les deux principaux rôles de cette commission, commission dont la nature a fait débat.

II) La nature de la commission.

305. La Commission d'examen des pratiques commerciales devait initialement être une juridiction (A) et non une autorité (B).

A) La volonté initiale : une juridiction.

306. Les parlementaires auraient pu confier à la Commission d'examen des pratiques commerciales un rôle d'arbitre dans les conflits entre producteurs et distributeurs³³⁴. Toutefois, ils en ont décidé autrement³³⁵. La commission n'a donc pas à « *apprécier le respect du droit dans un rapport bilatéral particulier* »³³⁶. Octroyer un rôle d'arbitre ou quasi-juridictionnel à la commission aurait pu « *décourager les victimes qui redoutent une confrontation avec leur partenaire économique* »³³⁷. Cette démarche va dans le même sens que le caractère anonyme de sa saisie³³⁸. Il aurait été contradictoire de pouvoir dénoncer anonymement une pratique pour, par la suite, devoir être confronté à l'auteur de la pratique. Certains auteurs vont même jusqu'à considérer que les missions

³³⁴ E. Claudel, *op. cit.*, p.890.

³³⁵ C. Vilmart, *op. cit.*, p. 1996.

³³⁶ F. Delbarre, « *Les bons relais d'une législation nouvelle* », Les petites affiches, 1^{er} juillet 2005, n° 130, p. 28.

³³⁷ E. Claudel, *op. cit.*, p.890.

³³⁸ Cf. Article L.440-1 alinéa 3 du Code de commerce.

de la commission, c'est-à-dire rendre des avis et recommandations, sont incompatibles avec une quelconque fonction juridictionnelle ou l'exercice d'un pouvoir de médiation³³⁹.

307. Toutefois, doter la Commission d'examen des pratiques commerciale d'un pouvoir juridictionnel ou d'un pouvoir de médiation aurait pu permettre de sanctionner plus rapidement les auteurs de certains comportements, mais aussi favoriser l'indemnisation des victimes. Le législateur a préféré permettre au Ministre de l'économie, au Ministère public et au président de l'Autorité de la concurrence d'intenter une action contre les opérateurs économiques peu scrupuleux afin que leurs victimes soient indemnisées³⁴⁰. Ce choix est opportun car « *de la plainte à la plainte, le pas n'est pas franchi* »³⁴¹.

308. La Commission d'examen des pratiques commerciales comme la Commission des clauses abusives n'a donc aucun pouvoir juridictionnel³⁴², aucun pouvoir de sanction³⁴³ mais a la qualité d'une autorité.

B) Une simple autorité.

309. La Commission d'examen des pratiques commerciales n'a aucune compétence en matière de règlement des conflits alors que, comme la Cour de cassation, elle « *est appelée à s'exprimer en droit* »³⁴⁴. Cette commission, mise en place par la loi sur les nouvelles régulations économiques, est une instance consultative³⁴⁵ qui est qualifiée par certains auteurs d'autorité³⁴⁶, c'est-à-dire un organisme étatique, une organisation administrative jouant le rôle d'un expert officiel³⁴⁷.

310. Même s'il n'aurait pas été opportun de lui conférer un rôle juridictionnel, quasi-juridictionnel ou même des compétences en matière de médiation³⁴⁸, considérer

³³⁹ S. Lebreton, « *La commission d'examen des pratiques commerciale : une occasion manquée pour la médiation* », Les petites affiches, 26 août 2002, n° 170, pp. 28-29.

³⁴⁰ Cf. Article L.442-6-III du Code de commerce et V. *infra* n° 355 et s.

³⁴¹ F. Delbarre, *op. cit.*, p. 27.

³⁴² M.E. Pancrazi, *op. cit.*, p. 66.

³⁴³ F. Delbarre, *op. cit.*, p. 27.

³⁴⁴ M.E. Pancrazi, *op. cit.*, p. 66.

³⁴⁵ Cf. www.economie.gouv.fr

³⁴⁶ C. Vilmar, *op. cit.*, p. 1996.

³⁴⁷ F. Delbarre, *op. cit.*, p. 28.

³⁴⁸ V. *supra* n° 306.

que le rôle de cette commission est purement consultatif, tel celui d'un expert, revient à faire une comparaison réductrice de la nature de la commission. En effet, il ne faut pas omettre que la Commission d'examen des pratiques commerciales a été créée afin d'améliorer l'information des pouvoirs publics sur les pratiques mises en place par les fournisseurs et les distributeurs, pour tenter de moraliser les pratiques commerciales³⁴⁹. Elle joue donc un rôle prépondérant dans l'amélioration de ces dernières et dans l'adéquation des textes adoptés à la pratique.

311. La Commission d'examen des pratiques commerciales, pour remplir le rôle que le législateur lui a confié, est dotée de certains pouvoirs.

§II) Les pouvoirs de la commission.

312. Pour permettre à la Commission d'examen des pratiques commerciales de remplir ses attributions (I), les décrets du 31 décembre 2001 et du 21 novembre 2002 l'ont doté de certains moyens (II).

I) Les attributions de la commission.

313. Le troisième alinéa de l'article L.440-1 du code de commerce énumère les missions de la commission à savoir, donner des avis et formuler des recommandations (A). Un auteur³⁵⁰ considère qu'elle a une troisième mission, établir un rapport d'activité (B).

A) Donner des avis et formuler des recommandations.

314. Dépourvue d'un pouvoir juridictionnel, quasi-juridictionnel ou même d'une quelconque compétence en matière de médiation, la Commission d'examen des pratiques commerciales s'est vu attribuer un rôle consultatif. Ce rôle s'exprime de deux manières.

³⁴⁹ Y. Auguet, « *Nouvelles régulations économiques et nouveaux contentieux du droit de la concurrence devant les tribunaux de commerce* », Les petites affiches, 2 septembre 2004, n° 176, p.13.

³⁵⁰ S. Lebreton, *op. cit.*, p. 28.

315. Tout d'abord, la commission rend des avis sur « *la conformité au droit de la pratique ou du document dont elle est saisie* »³⁵¹. Pour cette mission, elle « *est appelée à s'exprimer en droit* »³⁵², mais peut aussi intégrer des considérations non-juridiques³⁵³. Au regard de la rédaction de l'article L 440-1 du code de commerce et de l'utilisation de l'expression « *au droit* » sans autre précision, la commission doit vérifier la conformité de la pratique ou du document au regard des dispositions du titre IV du livre IV du code de commerce, mais aussi des autres dispositions du même code et de celles du code civil relatives au droit commun des contrats.

316. De plus, la Commission d'examen des pratiques commerciales peut formuler des recommandations sur « *les questions dont elle est saisie et toutes celles entrant dans ses compétences, notamment celles portant sur le développement des bonnes pratiques* »³⁵⁴. Ces recommandations ont pour but de faire connaître sa position juridique sur les litiges qui lui sont rapportés³⁵⁵ mais aussi de faire connaître aux pouvoirs publics, son opinion, ses idées afin d'améliorer les relations entre fournisseurs et distributeurs.

317. En lui confiant comme attributions le soin de rendre des avis et d'émettre des recommandations, le législateur s'est doté d'un moyen efficace de connaître les pratiques mises en place et développées par les opérateurs économiques que sont les fournisseurs et les distributeurs, d'une part, et la position des professionnels du secteur, et plus généralement de toute personne la composant ou pouvant la saisir³⁵⁶, quant à l'opportunité et l'efficacité de certains textes, de certaines dispositions, de certaines réformes, d'autre part. L'objectif ultime étant de contrôler davantage les opérateurs économiques.

318. L'information des pouvoirs publics se poursuit avec le rapport d'activité annuel de la commission.

³⁵¹ Cf. Article L.440-1 alinéa 5 du Code de commerce.

³⁵² M.E. Pancrazi, *op cit.*, p. 66.

³⁵³ *Ibid.*, p. 66.

³⁵⁴ Cf. Article L.440-1 alinéa 7 du Code de commerce.

³⁵⁵ S. Lebreton, *op. cit.*, p. 29.

³⁵⁶ V. *supra* n° 294.

B) Etablir un rapport d'activité.

319. La Commission d'examen des pratiques commerciales a pour mission d'établir, annuellement, un rapport d'activité³⁵⁷. Ce document doit récapituler l'ensemble de ses travaux durant l'année écoulée.

320. Le rapport, qui est transmis au gouvernement et aux assemblées, est public. L'objectif est double, rappeler aux pouvoirs publics les méthodes développées par les opérateurs économiques en matière de relations commerciales, mais aussi attirer l'attention de ces derniers sur le fait que leurs méthodes ont été découvertes, analysées et dénoncées.

321. En imposant que le rapport annuel de la Commission d'examen des pratiques commerciales contienne « *une analyse détaillée du nombre et de la nature des infractions aux dispositions du présent titre 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* »³⁵⁸, le législateur a souhaité être informé sur les pratiques sanctionnées et sur les sanctions prononcées. L'objectif est là aussi double, prévenir les opérateurs économiques des risques qu'ils encourent en maintenant certaines pratiques mais aussi accroître la réactivité des pouvoirs législatif et exécutif.

322. Le rapport annuel d'activité de la commission est, tout comme ses recommandations et avis, un moyen mis en place par les assemblées parlementaires afin d'accroître leur information et ainsi régir aux pratiques mises en place par les fournisseurs et distributeurs. Ce rapport participe donc à « *une plus grande visibilité des pratiques, des abus relevés et des moyens pour y mettre un terme* »³⁵⁹.

323. Les trois documents précités favorisent le contrôle des relations commerciales. Toutefois, pour établir lesdits documents, il est impératif que la commission dispose de certains moyens.

³⁵⁷ Cf. Article L.440-1 alinéa 8 du Code de commerce.

³⁵⁸ Cf. Article 56 de la loi du 2 août 2005.

³⁵⁹ E. Claudel, *op. cit.*, p.891.

II) Les moyens de la commission.

324. La Commission d'examen des pratiques commerciales a été instaurée afin de donner des avis, formuler des recommandations et établir un rapport annuel en matière de pratiques trouvant à s'exprimer dans les relations commerciales. Pour accomplir ses missions, elle se doit d'analyser les documents qui lui sont soumis³⁶⁰. Elle dispose aussi d'un pouvoir d'audition et d'un pouvoir d'enquête.

325. Afin d'exercer son pouvoir d'audition, la commission peut entendre « *les personnes et les fonctionnaires qu'elle juge utiles* »³⁶¹. Par cette formule, le législateur a voulu permettre aux membres de la Commission d'examen des pratiques commerciales d'entendre toutes les personnes qu'elle souhaite. Ces dernières peuvent être tant des professionnels de la production ou de la distribution que des membres des services publics que sont les juges.

326. Le président de la commission peut aussi ordonner une enquête qui ne sera pas effectuée par les membres de la commission mais par des agents de l'Etat, habilités par le rapporteur général de la commission³⁶², tel que les agents de la direction générale des impôts³⁶³. Il aurait été préférable que les enquêtes soient menées par les membres de la commission afin que ses derniers soient informés au mieux des pratiques développées et mettent à profit leur expérience en matière de relations commerciales pour que l'enquête soit la plus poussée possible. Cette solution apparaît toutefois impossible du fait que les membres de la commission ne travaillent pas exclusivement pour cette dernière. Une solution intermédiaire aurait pu être adoptée, à savoir doter la commission d'un groupe d'enquêteurs.

327. Les moyens dont dispose la Commission d'examen des pratiques commerciales pour remplir ses attributions sont importants, mais peuvent être améliorés. Elle constitue toutefois un moyen efficace pour les pouvoirs publics d'être informés relativement rapidement des pratiques mises en place par les fournisseurs, les distributeurs et les revendeurs afin d'intervenir efficacement et sans un temps de latence

³⁶⁰ Cf. Alinéa 3 de l'article L.440-1 du Code de commerce.

³⁶¹ Cf. Alinéa 6 de l'article L.440-1 du Code de commerce.

³⁶² Cf. Articles L.450-1 du Code de commerce et L. 215-1 du Code de la consommation.

³⁶³ Cass. Com., 16 janvier 1996, pourvoi n° 94-20.620.

trop important. Elle permet aussi de contrôler l'adéquation des textes adoptés aux pratiques développées par les opérateurs économiques afin que ces derniers soient sanctionnés.

Section II : Une volonté de sanction : l'action du Ministre de l'économie, du Ministère public et du président de l'Autorité de la concurrence.

328. Depuis l'adoption de la loi Galland, l'objectif des gouvernements et législateurs successifs est « *de mettre un frein à certains comportements de la distribution* »³⁶⁴. Pour cela, il leur est nécessaire de connaître les pratiques développées par les acteurs de la grande distribution, d'une part, et que les opérateurs économiques victimes de certaines pratiques aillent en justice, d'autre part. Cependant, ces derniers, par peur de représailles de la part de leurs clients ou leurs fournisseurs, n'osent pas engager une action.

329. Pour remédier à cette situation, le législateur a permis au Ministre de l'économie, au Ministère public et au président de l'Autorité de la concurrence d'agir en justice. Il est désormais devenu possible de faire sanctionner certains comportements et certaines pratiques sans que la victime ne soit partie à l'instance ni même informée³⁶⁵. Toutefois, une telle action est contraire à certains principes de procédure civile. Il convient donc de s'interroger sur l'existence de cette action (§I) avant d'en analyser son étendue (§II).

§I) L'existence de l'action.

330. En droit français, l'action en justice n'est pas ouverte à toute personne et sans conditions particulières. Son régime est très strict. Pour agir, il est nécessaire de respecter certaines conditions, notamment celles relatives à l'exercice de l'action que l'on n'étudiera pas ici. Une personne physique ou morale doit respecter des conditions démontrant l'existence de leur action, c'est-à-dire justifier de sa qualité à agir (I) et de son intérêt à intenter l'action (II).

³⁶⁴ J. Raynard, « *Le ministre, le juge et le contrat : Réflexions circonspectes à propos de l'article L. 442-6-III du Code de commerce* », La semaine juridique entreprise et affaires, n° 27-28, 5 juillet 2007, p. 13.

³⁶⁵ V. *infra* n° 340.

I) La qualité à agir.

331. Une personne a qualité à agir « *[lorsqu'elle] est investie, de par la volonté du législateur, d'une aptitude particulière qui l'habilite à exercer, plutôt qu'une autre (et de manière exclusive), une action en justice* »³⁶⁶. La qualité à agir ne soulèvera pas de difficultés lorsqu'une personne défend son intérêt personnel, même dans l'hypothèse d'une action attitrée³⁶⁷.

332. La qualité à agir est plus souvent source de conflit, de débats, lorsque l'action tend à la défense des intérêts d'autrui, que l'action soit intentée par une personne physique ou un groupement, même lorsque ces derniers défendent un intérêt collectif. Dans ces hypothèses, il est nécessaire que le droit d'action soit légalement octroyé, car en droit français nul ne plaide par procureur³⁶⁸. C'est notamment le cas pour les syndicats³⁶⁹ et certaines associations³⁷⁰.

333. En matière de pratiques restrictives de concurrence, depuis l'adoption de l'ordonnance relative à la liberté des prix et de la concurrence et de son article 36, codifié à l'article L.442-6 du code de commerce, le parquet, le Ministre chargé de l'économie et le président de l'Autorité de la concurrence ont la possibilité d'agir devant la juridiction civile ou commerciale quand ils constatent une pratique commerciale abusive. Leur qualité à agir est incontestable de par son origine légale.

334. L'existence de l'action du Ministère public, du Ministre chargé de l'économie et du président de l'Autorité de la concurrence pose la question de l'intérêt qu'auraient ces derniers à agir en justice.

II) L'intérêt à agir.

335. Alors que la qualité à agir du Ministère public, du Ministre chargé de l'économie et du président de l'Autorité de la concurrence est justifiée par l'intervention

³⁶⁶ C. Lefort, « *Procédure civile* », Dalloz, 4^{ème} ed., 2011, p. 64.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 65.

³⁶⁸ F. Caballero, « *Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe* », Revue trimestrielle de droit civil, 1985, p.427.

³⁶⁹ Cf. Articles L. 1144-2 et L. 2131-1 du Code du travail.

³⁷⁰ Cf. Article L. 421-6 du Code de la consommation.

du législateur, se pose indéniablement la question de l'intérêt qu'ont ces derniers à solliciter en justice la cessation de pratiques restrictives, à faire constater la nullité de clauses ou contrats illicites dont ils ne sont pas partie, à demander la réparation de préjudices qui ne sont pas les leurs...³⁷¹.

336. Le pouvoir de solliciter en justice la cessation de pratiques illicites et le prononcé d'une amende civile pourrait se justifier par le souhait de faire respecter un ordre public économique³⁷². Le législateur chargeant ainsi le Ministre de l'économie, le Ministère public et le président de l'Autorité de la concurrence d'une mission de police économique³⁷³. Cette position est partagée par la Cour de cassation qui, sur le fondement de l'alinéa 1.1 de l'article 36 de l'Ordonnance du 1^{er} décembre 1986, codifié au troisième paragraphe de l'article L.442-6 du code de commerce, a admis la possibilité pour le Ministre de l'économie, le Ministère public et le président de l'Autorité de la concurrence d'agir pour faire respecter un ordre public économique, c'est-à-dire de solliciter la cessation des pratiques illicites³⁷⁴.

337. Dans cette même décision, la Cour de cassation avait précisé que cette action ne leur donne pas le pouvoir 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 réparation [...] de solliciter la restitution des prix et valeurs des biens en cause, au lieu et place des victimes* ». Le législateur, en adoptant la loi du 15 mai 2001, est intervenu afin de modifier les dispositions de l'article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, codifiées à l'article L.442-6 du code de commerce, et contourner l'interdiction jurisprudentielle précitée. Cette démarche démontre clairement une volonté de doter le Ministre de l'économie, le Ministère public et le président de l'Autorité de la concurrence d'un pouvoir de solliciter en justice le prononcé de dommages et intérêts et la répétition de l'indu.

338. Afin de faire échec aux pratiques des grands distributeurs et de certains groupes industriels, le législateur n'a donc pas hésité à s'attaquer à certains principes régissant la procédure civile en droit français. Toutefois, l'intérêt à agir pour le Ministre

³⁷¹ Cf. Article L. 442-6-III du Code de commerce.

³⁷² J. Raynard, *op. cit.*, p. 13.

³⁷³ *Ibid.*, p. 14.

³⁷⁴ Cass. Civ., 5 décembre 2000, pourvoi n° 98-17.705.

de l'économie, le Ministère public et le président de l'Autorité de la concurrence est difficilement identifiable pour certaines demandes. Comme leur qualité à agir, il ne se justifie que par la farouche volonté du législateur de faire sanctionner certains comportements, certaines pratiques. Dans ce dessein, il les a dotés d'une capacité d'action étendue.

§II) L'étendue de l'action.

339. Le Ministre de l'économie, le Ministère public et le président de l'Autorité de la concurrence ont été dotés d'une capacité d'action afin, d'une part, de faire respecter les dispositions de l'article 36 de l'Ordonnance du 1^{er} décembre 1986 puis de l'article L.442-6 du code de commerce et, d'autre part, de se substituer aux opérateurs économiques victimes de pratiques restrictives de concurrence qui, par peur de représailles, n'intentent aucune action.

340. Toutefois, lors d'une action introduite contre la société coopérative groupements d'achats des centres Leclerc, cette dernière avait sollicité l'irrecevabilité des demandes formulées par le Ministre de l'économie. La société coopérative fondait sa demande sur l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, considérant que l'action fondée sur le troisième paragraphe de l'article L.442-6 du code de commerce ne peut être introduite sans que le fournisseur titulaire des droits n'en soit informé et sans qu'il ne soit associé à la procédure. La Cour de cassation n'a pas fait droit à cette demande et a considéré que l'action intentée par le Ministre de l'économie était « *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* »³⁷⁵. Une solution inverse aurait réduit l'action de l'administration « *dans la mesure où les fournisseurs, pour des raisons évidentes, auraient été peu enclins à s'associer à l'initiative du ministre* »³⁷⁶. La solution de la Cour de cassation est donc en adéquation avec la volonté du législateur et les objectifs de la loi relative aux nouvelles régulations économiques.

³⁷⁵ Cass. Com., 8 juillet 2008, pourvoi n° 07-16.761.

³⁷⁶ I. Baudet, *op. cit.*, p. 85.

341. Le Ministre de l'économie, le Ministère public et le président de l'Autorité de la concurrence disposent donc d'une capacité d'action étendue afin de contrôler les relations commerciales (I) et de faire sanctionner les opérateurs économiques indécents (II).

I) Contrôler les relations commerciales.

342. Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance relative à la liberté des prix et de la concurrence du 1^{er} décembre 1986, le parquet ou le Ministère public, le Ministre chargé de l'économie et le président du Conseil de la concurrence devenu Autorité de la concurrence peuvent agir lorsqu'ils constatent une pratique mentionnée à l'article L.442-6 du code de commerce. Ils peuvent donc solliciter la cessation des pratiques illicites (A) et la nullité de certaines clauses et contrats (B).

A) La cessation de pratiques illicites.

343. Depuis l'adoption de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, la liste des pratiques restrictives de concurrence ou pratiques commerciales abusives, tout comme la liste des clauses et contrats interdits, ne cesse de s'allonger. Les législateurs successifs profitent des différentes réformes pour compléter l'article L.442-6 du code de commerce, mais aussi pour préciser et adapter les textes existants.

344. Pour faire respecter les dispositions adoptées, le Ministre en charge de l'économie, le Ministère public et le président de l'Autorité de la concurrence doivent introduire des actions en justice tendant à faire cesser « *[les] pratiques mentionnées au présent article* »³⁷⁷. Cette action, qui après quelques hésitations peut être introduite devant le juge des référés³⁷⁸ et seulement devant certaines juridictions³⁷⁹, vise à faire cesser des « *pratiques* ». Dans l'alinéa premier du premier paragraphe de l'article L.442-6 du code de commerce est utilisée l'expression « *le fait* » qui implique un comportement, une tentative alors que le second paragraphe de cet article traite de clauses

³⁷⁷ Cf. Article L. 442-6-III du Code de commerce.

³⁷⁸ C. Vilmart, *op. cit.*, pp. 2046-2047.

³⁷⁹ Cf. Décret n° 2009-1324 du 11 novembre 2009.

et contrats. Lorsque l'on souhaite sanctionner un contrat ou une clause, il n'est pas fait référence à la cessation, mais il est question respectivement de l'annuler ou de la faire réputer non écrite. L'utilisation du terme « pratique » limite donc l'action du Ministre en charge de l'économie, du Ministère public et du président de l'Autorité de la concurrence aux comportements énumérés dans le premier paragraphe de l'article L.442-6 du code de commerce³⁸⁰. En outre, comme cela le sera exposé³⁸¹, depuis l'adoption de la loi relative aux nouvelles régulations économiques, une disposition de l'article L.442-6 du code de commerce leur permet de solliciter la nullité de clauses ou contrats mentionnés au second paragraphe de l'article précité. Dès lors, il aurait été redondant que l'action relative à la cessation de pratiques, à laquelle fait référence le troisième paragraphe de l'article L.442-6 du code de commerce, vise les clauses et contrats mentionnés dans son second paragraphe de l'article précité.

345. Le Ministre en charge de l'économie, le Ministère public et le président de l'Autorité de la concurrence peuvent donc saisir la juridiction civile ou commerciale afin de faire cesser les comportements énumérés au paragraphe premier de l'article L.442-6 du code de commerce. Toutefois, une interprétation stricte du second alinéa du troisième paragraphe de l'article précité et plus particulièrement de l'expression « *mentionnée au présent article* »³⁸² limite leur action aux treize points mentionnés au premier paragraphe de cet article.

346. Comme il l'a été souvent constaté, les opérateurs économiques n'hésitent pas à interpréter et contourner les règles mises en place par les réformes successives en matière de relations commerciales. Utiliser l'expression « *ordonner la cessation des pratiques qui sont notamment mentionnées au présent article* » aurait évité le risque d'une interprétation stricte et permis au Ministre en charge de l'économie et au Ministère public et au président de l'Autorité de la concurrence d'agir sans attendre une intervention du pouvoir législatif ou réglementaire. Cependant, cette solution aurait mis à mal le principe de liberté qui trouve à s'appliquer dans les relations d'affaires et aurait fait peser une insécurité juridique sur les opérateurs économiques.

³⁸⁰ M. E. Pancrazi, *op. cit.*, p. 70.

³⁸¹ V. *infra* n° 348 et s.

³⁸² Cf. Article L.442-6-III, alinéa 2 du Code de commerce.

347. En autorisant le Ministre en charge de l'économie et le Ministère public et le président de l'Autorité de la concurrence à solliciter en justice la cessation des pratiques énumérées dans le paragraphe premier de l'article L.442-6 du code de commerce, le législateur a souhaité protéger les opérateurs économiques victimes de tels agissements. Leur capacité d'action a été étendue avec l'adoption de la loi du 15 mai 2001 qui leur permet de solliciter la nullité de clauses et contrats illicites.

B) Faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites.

348. Le contrat est la chose des parties. Avant l'adoption de la loi relative aux nouvelles régulations économiques, les juges hésitaient³⁸³ ou même refusaient³⁸⁴ de prononcer la nullité de clauses ou contrats en l'absence des parties à l'instance. En permettant aux Ministre en charge de l'économie, au Ministère public et au président de l'Autorité de la concurrence d'agir en justice, le législateur a autorisé des tiers à s'immiscer, à intervenir dans des relations contractuelles déjà nouées. Cette innovation leur permet d'exercer « *les droits en principe réservés à la victime* »³⁸⁵. Toutefois, au regard de la rédaction et de la structure de l'article L.442-6 du code de commerce, il apparaît que les cas où la nullité d'une clause ou du contrat peut être demandée sont strictement limités par le second paragraphe de ce même article.

349. Outre la perturbation de certains principes du droit des contrats et de procédure civile, se pose la question de savoir quel est le devenir du contrat dont une ou plusieurs clauses sont annulées et plus encore quel est le devenir des relations commerciales perturbées par une telle action³⁸⁶.

350. L'hypothèse posant le moins de problèmes est celle où la nullité du contrat est sollicitée et obtenue. Si l'action du Ministre en charge de l'économie, du Ministère public ou du président de l'Autorité de la concurrence prospère, le contrat est annulé et les relations entre les parties se poursuivent selon les termes des autres contrats les unissant ou s'interrompent si le contrat annulé était le seul entre les parties. Cette dernière

³⁸³ C. Vilmart, *op. cit.*, pp. 2048-2049 et P. Arhel, « *Projet de modernisation du droit français de la concurrence* », La semaine juridique entreprise et affaires, 13 avril 2000, n° 15-16, p. 648.

³⁸⁴ Cass. Com., 17 octobre 1980, Bull. civ. 1980, IV, n°433.

³⁸⁵ E. Claudel, *op. cit.*, p. 897.

³⁸⁶ J. Raynard, *op. cit.*, p. 17.

solution est toutefois préjudiciable pour la partie la plus faible, principalement les fournisseurs qui verront ainsi disparaître un moyen d'écouler leur production.

351. Concernant l'action visant à obtenir une décision prononçant la nullité d'une clause. Dans l'hypothèse où l'action prospère, se pose indéniablement la question du devenir du contrat. Au regard des clauses visées par le troisième paragraphe de l'article L.442-6 du code de commerce, leur annulation ne doit pas mettre à mal l'existence même du contrat. Pourrait alors se poser la question de la modification de l'équilibre contractuel voulu par les parties. Les clauses visées caractérisant un abus de négociation, leur annulation participera donc au rétablissement dudit équilibre.

352. Tant dans l'hypothèse de la nullité d'un contrat que de la nullité d'une clause, il est évident que la partie forte aux négociations qui a imposé la signature de contrat ou l'insertion de la clause verra ses intérêts mis à mal. L'action en nullité du Ministre en charge de l'économie, du Ministère public et du président de l'Autorité de la concurrence est donc un moyen permettant, certes, de protéger les victimes de pratiques restrictives, mais surtout de sanctionner leurs auteurs.

353. En permettant au Ministre en charge de l'économie, au Ministère public et au président de l'Autorité de la concurrence de solliciter en justice la cessation de pratiques illicites et la nullité de clauses ou contrats prohibés par le second paragraphe de l'article L.442-6 du code de commerce, le législateur leur confie le soin de contrôler les relations commerciales. Leurs attributions ne se limitent pas au contrôle, mais leur permettent de faire sanctionner les opérateurs économiques indécents.

II) Sanctionner les opérateurs économiques indécents.

354. L'article L.442-6 du code de commerce confie au Ministre en charge de l'économie, au Ministère public et au président de l'Autorité de la concurrence une mission de protection de la partie réputée faible (A), d'une part, et leur permet de solliciter le prononcé d'une amende civile (B), d'autre part.

A) La protection de la partie réputée faible.

355. La loi du 15 mai 2001 a accru l'étendue de l'action du Ministre en charge de l'économie, du Ministère public et du président de l'Autorité de la concurrence. Ils peuvent désormais solliciter devant les juridictions civiles ou commerciales la condamnation des auteurs de pratiques restrictives à la répétition de l'indu (1°) et au paiement de dommages et intérêts (2°).

1°) La répétition de l'indu.

356. Avant l'adoption de la loi relative aux nouvelles régulations économiques, seuls les cocontractants pouvaient solliciter, en justice, la répétition de l'indu sur le fondement des articles 1235 et 1376 et suivants du code civil. Aucun texte ni aucune règle prétorienne³⁸⁷ n'autorisaient le Ministre en charge de l'économie, le Ministère public et le président de l'Autorité de la concurrence à accomplir une telle action alors qu'il s'agit pourtant d'un procédé efficace³⁸⁸ pour sanctionner les auteurs de pratiques restrictives mais aussi pour les dissuader d'en mettre une en œuvre. Depuis l'adoption de la loi du 15 mai 2001, ces derniers peuvent exercer une action de nature délictuelle³⁸⁹ afin de solliciter le remboursement des sommes indument perçues par l'un des cocontractants.

357. La possibilité offerte à des tiers de solliciter la répétition de l'indu « *soulève le problème de savoir comment se fera la répartition, ou quelles seront les modalités de reversement des sommes perçues* »³⁹⁰. En application de l'article 1315 du code civil, il appartiendrait au Ministre en charge de l'économie, au Ministère public et au président de l'Autorité de la concurrence de justifier leurs demandes par des éléments concrets tels que des contrats, des factures et des éléments de comptabilité. Or, une telle preuve est difficilement rapportable pour un tiers. Dans un souci d'efficacité, le troisième paragraphe de l'article L.442-6 du code de commerce renverse la charge de la preuve. En effet, cet article dispose « *[qu']il appartient au prestataire de services, au producteur, au commerçant, à l'industriel ou à la personne immatriculée au répertoire des métiers qui se prétend libéré de justifier du fait qu'il a produit l'extinction de son obligation* ». Le

³⁸⁷ C. Vilmart, *op. cit.*, p. 2049.

³⁸⁸ E. Claudel, *op. cit.*, p. 897.

³⁸⁹ Cass. Com., 18 octobre 2011, pourvoi n° 10-28.005.

³⁹⁰ C. Vilmart, *op. cit.*, p. 2049.

Ministre de l'économie n'a donc pas à rapporter la preuve de moyens de pression anormaux ou de procédés discriminatoires³⁹¹. En conséquence, pour déterminer si un opérateur économique doit restituer certaines sommes et préciser leur montant, les juges statuent au regard des éléments fournis à l'instance par le défendeur ou la défenderesse. La Cour de cassation a précisé que la seule constatation d'un avantage indu suffit³⁹². A la lecture et l'analyse des éléments fournis, les juges doivent, dans leurs décisions, déterminer les sommes indues mais aussi les *solvens* respectifs, le reversement des sommes perçues devant s'effectuer comme pour les dommages et intérêts³⁹³, sur demande des opérateurs économiques victimes de pratiques restrictives.

358. La possibilité offerte au Ministre en charge de l'économie, au Ministère public et au président de l'Autorité de la concurrence de solliciter la condamnation des auteurs de pratiques restrictives de concurrence à restituer les sommes indûment perçues démontre la volonté du législateur de sanctionner les opérateurs économiques indécents. Ces derniers, dont leur comportement est contraire au devoir de loyauté, peuvent aussi se voir condamner à réparer le préjudice de leurs victimes.

2°) La réparation du préjudice.

359. Une personne physique ou morale victime d'une pratique restrictive de concurrence peut solliciter en justice la réparation de son préjudice par l'octroi de dommages et intérêts. L'article 36 de l'ordonnance relative à la liberté des prix et de la concurrence du 1^{er} décembre 1986, codifiée à l'article L.442-6 du code de commerce, avait rappelé cette possibilité. Toutefois, sous l'empire du texte précité, le Ministre en charge de l'économie, le Ministère public ou le président de l'Autorité de la concurrence n'avaient pas la possibilité d'agir à la place des victimes, ces derniers ne pouvant demander que la remise en état de l'ordre public économique et non la réparation du préjudice de la victime³⁹⁴.

360. L'article 56 de la loi du 15 mai 2001, codifié à l'article L.442-6 du code de commerce, a remédié à cela en élargissant leurs prérogatives. Désormais, le Ministre de

³⁹¹ T.G.I. Chalon-sur Saône, 21 juin 1994, RJDA 1994, n° 1160.

³⁹² Cass. Com., 18 octobre 2011, pourvoi n° 10-15.296.

³⁹³ V. *infra* n° 359 et s.

³⁹⁴ C. Vilmart, *op. cit.*, p. 2049.

l'économie, le Ministère public et le président de l'Autorité de la concurrence peuvent solliciter la réparation du préjudice des opérateurs économiques victimes de pratiques restrictives de concurrence.

361. La possibilité offerte à des tiers de solliciter la réparation du préjudice qui n'est pas le leur pose inévitablement le problème de l'appréciation dudit préjudice ce d'autant que la victime est absente de la procédure et ne pourra pas apporter les éléments justifiant son existence et son étendue. Cette difficulté n'en est finalement pas une car, comme en ce qui concerne l'action visant à voir les auteurs de pratiques restrictives de concurrence condamnés à restituer les sommes indument perçues³⁹⁵, le troisième paragraphe de l'article L.442-6 du code de commerce renverse la charge de la preuve. Les juges doivent donc statuer au regard des éléments fournis par le défendeur ou la défenderesse afin de déterminer le montant des dommages et intérêts.

362. Permettre au Ministre en charge de l'économie, au Ministère public et au président de l'Autorité de la concurrence de solliciter la condamnation des auteurs de pratiques restrictives de concurrence sans que les victimes ne soient partie à l'instance va dans le même sens que solliciter leur condamnation au remboursement des sommes indument perçues, c'est-à-dire sanctionner les opérateurs économiques indéliçats. Dans ce dessein, ils pourront aussi solliciter le prononcé d'une amende civile.

B) L'amende civile.

363. Avant l'adoption de la loi relative aux nouvelles régulations économique, le Ministre en charge de l'économie, le Ministère public et le président de l'Autorité de la concurrence ne pouvaient pas solliciter en justice le prononcé d'une amende. Ce n'est que depuis l'adoption de l'article 56 du texte précité, codifié à l'article L.442-6 du code de commerce, que ces derniers peuvent demander la condamnation des opérateurs économiques au paiement d'une amende civile dont le montant peut atteindre deux millions d'euros³⁹⁶. L'instauration, assez rare, d'une telle amende a un caractère disciplinaire³⁹⁷.

³⁹⁵ V. *supra* n° 356 et s.

³⁹⁶ Cf. Article L.442-6-III, alinéa 2 du Code de commerce.

³⁹⁷ E. Claudel, *op. cit.*, p. 897.

364. En droit français s'applique le principe de la réparation intégrale du préjudice, c'est-à-dire que tout le préjudice doit être réparé mais seulement le préjudice³⁹⁸. Il était donc possible qu'un opérateur économique mette en place une pratique restrictive de concurrence tout en ayant conscience du risque encouru car cette pratique lui procurera un avantage tel qu'il sera supérieur aux dommages et intérêts auxquels il risque d'être condamné à payer³⁹⁹. L'instauration d'une amende civile a donc pour objectif de dissuader les opérateurs économiques de mettre en place une pratique restrictive de concurrence. Le montant important de l'amende encourue, à savoir deux millions d'euros, accroît son effet dissuasif ce d'autant que, depuis l'adoption de la loi de modernisation de l'économie, son montant peut être porté au triple du montant des sommes indûment versées⁴⁰⁰.

365. La possibilité de solliciter la condamnation des opérateurs économiques au paiement d'une amende et à la restitution des sommes indûment perçues confirme la volonté du législateur de faire sanctionner les opérateurs économiques ne respectant pas l'ordre public économique mis en place.

366. La loi du 15 mai 2001, qui a accru le pouvoir d'action du Ministre en charge de l'économie, du Ministère public et du président de l'Autorité de la concurrence, a été adoptée afin de mettre fin à certaines pratiques des distributeurs et de pallier la défaillance de leurs victimes qui « *se garde[nt] d'agir, afin de préserver l'avenir de ses [leurs] relations commerciales avec l'auteur de l'abus* »⁴⁰¹. Toutefois, même si l'intention est louable et incite les opérateurs économiques à adopter un comportement loyal, instaurer une telle action est « *l'aveu même d'un constat d'échec* »⁴⁰² des dispositions antérieurement adoptées.

³⁹⁸ R. Cabrillac, « *Droit des obligations* », Dalloz, 10^{ème} ed., 2010, p. 281 et s.

³⁹⁹ E. Claudel, *op. cit.*, pp. 897-898.

⁴⁰⁰ Cf. Article L.442-6-III, al. 2 du Code de commerce.

⁴⁰¹ D. Ferrier, *op. cit.*, p. 175.

⁴⁰² O. Poulet et J.A. Robert, *op. cit.*, p. 273.

CONCLUSION DU TITRE

367. Les règles relatives à la transparence, plus particulièrement les dispositions encadrant le formalisme du résultat des négociations commerciales et la facturation, constituent un moyen permettant aux opérateurs économiques de s'assurer que leurs cocontractants exécutent leurs obligations.

368. La transparence a aussi été utilisée par pouvoirs publics afin qu'ils puissent s'assurer de la bonne application des textes adoptés et sanctionner les opérateurs économiques indécents. Sur ce point, la loi relative aux nouvelles régulations économiques qui, dans « *un souci de moralisation des pratiques commerciales* »⁴⁰³, instaure la Commission d'examen des pratiques commerciales a eu un rôle majeur.

⁴⁰³ C. Vilmart, *op. cit.*, p. 1995.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

369. Le choix de la transparence a permis de mettre en place un dispositif assurant l'information des acheteurs et demandeurs de prestation de services. Ce moyen a aussi été développé par la pratique afin d'assurer, grâce aux conditions générales d'achat, l'information des fournisseurs. Cependant, même sans dispositions relatives aux conditions générales de vente, les opérateurs économiques auraient nécessairement dû échanger certaines informations avant de parvenir à un accord.

370. L'apport essentiel de la transparence réside dans la capacité de contrôle qu'elle offre aux cocontractants, d'une part, et à la Commission d'examen des pratiques commerciales et aux pouvoirs publics, d'autre part. Le formalisme imposé par les dispositions du code de commerce permet aux opérateurs économiques de détenir une preuve de leurs engagements ainsi que de ceux de leurs cocontractants, preuve qui sera nécessaire lors d'une action en justice même lorsque cette dernière est introduite par un tiers. En outre, le contrôle, réalisé par la Commission d'examen des pratiques commerciales et les pouvoirs publics, permet de s'assurer de la bonne application des règles édictées et de faire sanctionner, sans l'intervention de la victime, les opérateurs économiques indécents.

371. Le devoir de loyauté garantit donc une information des opérateurs économiques, mais permet aussi d'exercer un contrôle de la loyauté de ces derniers. Cependant, ce devoir a une portée bien plus grande. Il a été utilisé par le législateur afin de lutter contre les abus du déséquilibre.

PARTIE II :

L'EQUILIBRE DES RELATIONS COMMERCIALES

372. L'équilibre est une notion qui peut s'apprécier objectivement ou subjectivement, par les cocontractants ou par les tiers.

373. En matière de relations commerciales, l'article L.441-7 du code de commerce impose que le résultat des négociations soit récapitulé par écrit, soit dans « *un document unique* », soit dans « *un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application* ». L'équilibre d'une relation commerciale pourra ainsi s'apprécier au regard des stipulations contractuelles auxquelles ont consenti les cocontractants.

374. L'alinéa premier de l'article 1134 du code civil pose le principe de la force obligatoire des contrats. En conséquence, les termes convenus lors de l'échange des consentements doivent rester inchangés, sauf accord des cocontractants⁴⁰⁴, et devront être respectés durant toute l'exécution du contrat. Excepté les hypothèses où l'un des cocontractants contracte en ayant conscience que le contrat est déséquilibré en sa défaveur, mais espère qu'un changement des circonstances modifiera le déséquilibre pour parvenir soit à un équilibre soit un à renversement du déséquilibre en sa faveur, il est donc peu probable qu'un contrat objectivement déséquilibré lors de sa formation devienne équilibré par la suite. En outre, le devoir de loyauté réprime l'usage excessif de la force contractuelle qui romprait l'équilibre⁴⁰⁵, ce qui implique que le contrat soit équilibré au jour de sa conclusion.

375. Cependant, l'équilibre voulu par les parties, le jour de l'échange des consentements, peut être bouleversé par des événements non envisagés par elles ou un cas de force majeure. L'apparition d'un déséquilibre modifie « *la juste répartition des éléments* »⁴⁰⁶ initialement voulue par les cocontractants et peut ainsi être préjudiciable pour tout ou partie d'entre eux. Or, le devoir de loyauté va plus loin et impose à chaque cocontractant de s'assurer qu'il exécute utilement et efficacement le contrat tant pour lui que pour les autres parties⁴⁰⁷. L'équilibre contractuel doit donc pouvoir être caractérisé tout au long de l'exécution du contrat.

⁴⁰⁴ Cf. Article 1134 alinéa 2 du Code civil.

⁴⁰⁵ J-L. Rives-Lange, *op. cit.*, p. 2169.

⁴⁰⁶ L. Fin-Langer, *op. cit.*, p. 156.

⁴⁰⁷ B. Lyonnet, *op. cit.*, p. 2120.

376. L'équilibre contractuel (Titre I) permet donc d'apprécier l'équilibre d'une relation commerciale. Cependant, le contenu du contrat est le résultat d'une négociation durant laquelle le plus puissant voudra imposer ses conditions. L'équilibre d'une relation commerciale est plus facile à caractériser en présence d'opérateurs économiques de taille similaire disposant de la même puissance financière, commerciale et économique. Cependant, cela n'est pas le cas dans les relations fournisseurs-distributeurs. Afin de favoriser un équilibre, le législateur a donc adopté des dispositions sanctionnant les abus du déséquilibre structurel (Titre II).

TITRE I :

LA PRESERVATION DE L'EQUILIBRE CONTRACTUEL.

377. « *Le contrat ne serait plus le résultat des intérêts égoïstes en présence mais une œuvre de coopération loyale –et même fraternelle- entre des individus unis par des liens de solidarité tissés au sein du groupe social* »⁴⁰⁸. Cette définition du Professeur Malinvaud et l'utilisation de l'expression « *conciliation des intérêts égoïstes* » font référence à la notion de compromis et indirectement à la notion d'équilibre, entendue subjectivement, entre les droits et obligations des cocontractants. Cependant, le droit ne se préoccupe pas de l'équilibre des prestations car, selon le principe de l'autonomie des volontés, s'il existe un déséquilibre, ce dernier a été accepté⁴⁰⁹.

378. L'équilibre contractuel, notion très imprégnée de concepts moraux et de subjectivité, est indépendant du lien qui unit les parties au contrat. Il est celui voulu ou accepté par les cocontractants, Alfred Fouillée considérant que « *qui dit contractuel, dit juste* ».

379. La théorie du juste, de l'équivalence des prestations⁴¹⁰ sont les notions les plus fréquemment utilisées afin de caractériser le concept d'équilibre contractuel qui a été défini comme « *une juste répartition des éléments d'un tout* »⁴¹¹. En matière de relations commerciales, l'équilibre contractuel est délicat à caractériser. Il est le fruit du pouvoir de négociation des opérateurs économiques⁴¹² et ne peut réellement être apprécié que par les parties elles-mêmes qui parfois choisiront volontairement et consciemment de s'engager alors qu'il est évident que l'équilibre entre les prestations, droits et obligations mis à la charge de chacune d'entre elles n'est pas respecté. Toutefois, les opérateurs économiques trouveront dans cet engagement un avantage qu'eux seuls connaissent. L'équilibre contractuel a donc indéniablement un caractère subjectif.

⁴⁰⁸ P. Malinvaud et D. Fenouillet, « *Droit des obligations* », Litec, 12^{ème} ed, 2012, p. 61.

⁴⁰⁹ R. Cabrillac, *op. cit.*, p. 73 et P. Malinvaud, *op. cit.*, p. 60 et p. 229.

⁴¹⁰ L. Fin-Langer, « *L'équilibre contractuel* », Thèse, LGDJ, 2002, p. 6.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 156.

⁴¹² P. Malinvaud, *op. cit.*, p. 229.

380. Toutefois, « *un équilibre doit être trouvé entre les excès de la liberté contractuelle et ceux de la protection du cocontractant au nom de la loyauté contractuelle*⁴¹³ ». Dans cet objectif, le législateur a introduit, dans le code de commerce, les notions de déséquilibre significatif (chapitre I) et de déséquilibre abusif (chapitre II).

⁴¹³ S. Amarani Mekki et B. Fauvarque-Cosson, « *Droit des contrats* », Dalloz, 2005, n°41, p. 2844.

Chapitre I : Le déséquilibre significatif.

381. La notion de déséquilibre significatif a été introduite par l'article 93 de la loi de modernisation de l'économie, codifié à l'article L.442-6 du code de commerce, afin de remplacer les notions d'abus de la relation de dépendance et de puissance d'achat⁴¹⁴ qui avaient été introduites dans le code précité afin de pallier les insuffisances des concepts classiques (section I). La prohibition des déséquilibres significatifs (section II) doit protéger les cocontractants les plus faibles et prévenir les déséquilibres plus que les sanctionner⁴¹⁵.

Section I : L'insuffisance des concepts classiques.

382. Le code civil contient deux dispositions qui permettent de sanctionner les éventuels déséquilibres : la lésion et la cause (§I). Cependant, le champ d'application de la lésion est limité tant pour les personnes visées que pour les déséquilibres sanctionnés⁴¹⁶. Les dispositions de l'article 1118 du code civil ne pourront donc pas s'appliquer en matière de relations commerciales.

383. A ces textes, pour maintenir l'équilibre contractuel (§II), la doctrine a développé des théories qui ont été utilisées par la jurisprudence pour faire échec à certaines pratiques.

§I) La cause du contrat.

384. La cause, qui peut être définie comme « *la raison pour laquelle on s'engage* »⁴¹⁷, le motif rationnel de conclure⁴¹⁸ ou, selon le Projet Catala, ce qui « justifie » l'engagement. Elle est un des éléments constitutifs du contrat⁴¹⁹. Le code civil lui consacre un nombre d'articles bien moins important que la doctrine qui s'est déchirée

⁴¹⁴ N. Genty, D. Delesalle et E. Deberdt, « LME : L'ultime réforme des relations commerciales? », Revue Lamy droit des affaires, octobre 2008, n° 31, p. 61.

⁴¹⁵ P. Malinvaud, *op. cit.*, p. 230.

⁴¹⁶ *Ibid.*, pp. 231-236.

⁴¹⁷ R. Cabrillac, *op. cit.*, p. 75.

⁴¹⁸ S. Amarani Mekki et B. Fauvarque-Cosson, *op. cit.*, p. 2842. et L. Fin-Langer, *op. cit.*, p. 310.

⁴¹⁹ Cf. Article 1108 du Code civil.

sur la question de la théorie de la cause (I) mais aussi sur des problèmes relatifs à l'absence ou à l'illicéité de la cause (II).

I) La théorie de la cause.

385. La doctrine et la jurisprudence ont développé deux conceptions de la théorie de la cause, l'une dite classique (A) ou cause de l'obligation et l'autre dite moderne (B) ou cause du contrat.

A) La théorie classique.

386. La théorie classique appelée aussi cause abstraite ou *causa proxima* « sera la même dans chaque type de contrat »⁴²⁰. Elle peut se définir tant positivement que négativement.

387. Positivement, la *causa proxima* est le but immédiat et objectif qu'a la partie à s'engager. Ainsi dans les contrats synallagmatiques, « l'obligation de chaque partie à pour cause celle de l'autre »⁴²¹, dans les contrats unilatéraux réels « la cause de l'obligation d'une des parties est la remise de la chose »⁴²² et dans les contrats à titre gratuit « la cause de l'obligation est l'intention libérale »⁴²³.

388. Négativement, la cause abstraite ou cause de l'obligation peut être définie comme celle qui exclut les motifs subjectifs de l'engagement.

389. Cette théorie est critiquée. Elle serait fautive car dans les contrats synallagmatiques, les obligations réciproques naissent concomitamment et « il serait impossible qu'elles se servent mutuellement de cause »⁴²⁴. Dans les contrats réels, l'absence de remise de la chose priverait le contrat de cause, mais aussi d'existence. Enfin, dans les contrats gratuits, « l'intention libérale se confondrait avec le

⁴²⁰ P. Malinvaud, *op. cit.*, p. 239.

⁴²¹ R. Cabrillac, *op. cit.*, p. 76.

⁴²² *Ibid.*

⁴²³ *Ibid.*

⁴²⁴ *Ibid.*

consentement »⁴²⁵. Elle serait inutile car, dans certains cas, elle pourrait se confondre avec l'existence même du contrat, le consentement des parties et l'objet⁴²⁶.

390. En matière de relations commerciales, il est rare qu'un opérateur économique exige de son cocontractant une libéralité, ce d'autant que l'article L.442-6 du code de commerce sanctionne l'obtention ou la tentative d'obtention d'un avantage sans contrepartie ou préalablement à la passation d'une commande⁴²⁷. Les contrats étant synallagmatiques, la théorie classique de la cause permet une analyse des contreparties, de l'équivalence des obligations. Cette théorie est donc adaptée au contrôle de l'équilibre objectif des conventions⁴²⁸.

391. Toutefois, cette théorie permet d'obtenir l'annulation d'une convention pour absence de cause ou lorsque la contrepartie est inutile ou dérisoire⁴²⁹. L'annulation de la convention provoque la disparition du lien contractuel. Un tel résultat n'est pas souhaité par les parties⁴³⁰. En effet, l'annulation de la convention constitue une sanction pour les opérateurs économiques ayant usé et abusé de leur puissance de négociation qui ne peuvent donc bénéficier d'une convention qui leur est avantageuse. Par contre, la partie faible au contrat se trouve, bien souvent, commercialement et financièrement dans une situation délicate voire précaire et avait une raison de s'engager⁴³¹. La disparition du lien contractuel peut aggraver sa situation en lui supprimant, notamment, un moyen d'écouler sa production⁴³². Or, le devoir de loyauté n'a pas pour finalité de mettre en difficulté les opérateurs économiques les plus faibles, bien au contraire.

392. Cette théorie permet de lutter efficacement contre les déséquilibres contractuels, mais son utilisation peut avoir des conséquences non souhaitées pour les cocontractants. Toutefois, « *la liberté contractuelle permet de sortir de la définition classique de la cause* »⁴³³ pour une théorie tout aussi appropriée à lutter contre les déséquilibres contractuels, la théorie moderne de la cause.

⁴²⁵ *Ibid.*

⁴²⁶ *Ibid.*

⁴²⁷ V. *infra* n° 474 et s.

⁴²⁸ L. Fin-Langer, *op. cit.*, p. 498.

⁴²⁹ S. Amarani Mekki et B. Fauvarque-Cosson, *op. cit.*, p. 2841.

⁴³⁰ Y. Picot, *op. cit.*, p. 92.

⁴³¹ V. *supra* n° 76.

⁴³² V. *supra* n° 350 et s.

⁴³³ L. Fin-Langer, *op. cit.*, p. 311.

B) La théorie moderne.

393. La théorie moderne de la cause appelée aussi cause concrète, subjective ou *causa renota* permet un contrôle des raisons subjectives qui ont poussé les parties à contracter. La recherche de la cause « *ne se limite donc plus à la constatation de la présence d'une contrepartie, mais elle souligne la motivation concrète de l'acte juridique* »⁴³⁴. La cause est donc différente pour chaque contrat⁴³⁵.

394. Cette théorie, qui permet l'annulation de contrats dont la cause est illicite ou immorale, est critiquée, car elle offre la possibilité aux juges de rechercher les raisons psychologiques qui ont incité les parties à contracter ce qui accroît le risque d'arbitraire. Elle présente, toutefois, l'avantage de permettre de rechercher, malgré que le contrat soit déséquilibré, si chaque partie n'y trouve pas directement ou indirectement un avantage et à vérifier que le consentement a été donné librement. La théorie moderne de la cause s'intéresse donc à la fin, aux motifs visés par chaque cocontractant⁴³⁶ et « *il suffit de trouver un seul motif pour que l'acte ait une cause* »⁴³⁷.

395. La théorie moderne de la cause a un rôle majeur dans la recherche et le contrôle de l'équilibre contractuel. Avec le phénomène de subjectivisation, le contrôle de l'équilibre contractuel ne doit pas se limiter au contrôle du contenu contractuel des relations, mais au contrôle de l'équilibre de la relation au sens large. L'ensemble des contrats conclus par les opérateurs économiques, mais aussi les contreparties, droits et obligations n'ayant pas fait l'objet d'un écrit doivent être pris en compte pour caractériser un équilibre ou un déséquilibre.

396. La théorie classique de la cause apparaît plus appropriée pour rechercher et caractériser l'équilibre contractuel, mais la théorie moderne est plus appropriée à la recherche d'un équilibre dans les relations commerciales. Parfois, il peut s'avérer que le contrat n'est pas causé ou que la cause soit illicite.

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 313.

⁴³⁵ R. Cabrillac, *op. cit.*, p. 77 et G. Ripert, *op. cit.*, p. 62.

⁴³⁶ G. Ripert, *op. cit.*, p. 62.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 67.

II) Le problème de l'absence, de l'illicéité et de l'immoralité de la cause.

397. La théorie classique et la théorie moderne de la cause sont toutes deux utilisées par les juges afin de rechercher et de caractériser un équilibre contractuel. Elles permettent aussi respectivement de sanctionner l'absence de cause (A) et l'illicéité ou l'immoralité de la cause (B).

A) L'absence de cause.

398. Contrairement au droit allemand⁴³⁸, le droit français, et notamment le code civil dont l'article 1131 dispose que « *l'obligation sans cause [...] ne peut avoir aucun effet* », ne reconnaît pas la validité de l'acte dépourvu de cause. L'article 1132 du même code instaurant une présomption d'existence de cause, il appartient donc au débiteur d'apporter la preuve que son engagement n'est pas causé⁴³⁹. L'existence de la cause doit s'apprécier « *à la date où elle est souscrite* »⁴⁴⁰ mais aussi tout au long de l'exécution du contrat⁴⁴¹.

399. La cause est le motif pour lequel on s'engage, la contrepartie que l'on attend. Un contrat dépourvu de cause implique l'absence de contrepartie pour l'un des cocontractants et induit nécessairement un déséquilibre. Une partie peut solliciter de la juridiction compétente, l'annulation de la convention et ce même lorsque la contrepartie est inutile ou dérisoire⁴⁴². L'annulation d'un contrat pour absence de cause permet de faire cesser le déséquilibre existant, mais peut porter atteinte aux intérêts de la partie faible qui hésitera donc à intenter une action en annulation.

400. Les dispositions relatives à l'absence de cause participent à la lutte contre les déséquilibres contractuels tout comme celles traitant de l'illicéité et de l'immoralité de la cause.

⁴³⁸ Cf. Article 780 du Bürgerliches Gesetzbuch.

⁴³⁹ Cass., Civ. 1^{ère}, 20 décembre 1988, Dalloz, 1990.241, note J.-P. Marguenaud.

⁴⁴⁰ Cass., Civ. 3^{ème}, 17 juillet 1996, Bull. civ. III, n° 193.

⁴⁴¹ Cass., Civ. 1^{ère}, 16 décembre 1986, Revue trimestrielle de droit civil, 1987.750, obs. J. Mestre.

⁴⁴² S. Amarani Mekki et B. Fauvarque-Cosson, *op. cit.*, p. 2841.

B) L'illicéité et l'immoralité de la cause.

401. L'article 1133 du code civil dispose que « *la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public* ». Associé à l'article 6 du même code selon lequel, « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* » et à l'article 1128 selon lequel « *il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions* », ces trois articles constituent l'arsenal juridique qui permet aux juges de prononcer la nullité des contrats dont la cause est illicite ou immorale⁴⁴³ et « *d'atteindre des actes extérieurement irréprochables* »⁴⁴⁴.

402. Il n'y a illicéité de la cause que si les opérateurs économiques contractent consciemment dans un but illicite. Dans un premier temps, la jurisprudence n'annulait la convention que lorsque la cause était commune aux deux parties. Pour sanctionner un plus grand nombre de conventions, la Cour de cassation a ensuite exigé que le motif illicite ou immoral qui animait l'un soit connu par l'autre⁴⁴⁵ « *car il n'aurait pas été juste de faire subir à un cocontractant de bonne foi les conséquences d'une annulation pour des causes qui lui étaient étrangères* »⁴⁴⁶. Afin de poursuivre la moralisation du droit des contrats, la jurisprudence sanctionne de nullité les conventions dont la cause est illicite ou immorale « *même lorsqu'une partie n'a pas eu connaissance du caractère illicite ou immoral déterminant de la conclusion du contrat* »⁴⁴⁷.

403. Inciter ou obliger un partenaire économique à contracter dans le but de réaliser une opération illicite ou immorale fait peser sur la partie faible au contrat des risques économiques et juridiques et provoque nécessairement et indéniablement un déséquilibre, d'autant que le contrat bénéficiera forcément à l'opérateur économique qui en est à l'initiative, c'est-à-dire à celui ayant la plus grande capacité de négociation. L'annulation des conventions dont la cause est illicite ou immorale participe donc au renforcement de l'équilibre contractuel.

⁴⁴³ G. Ripert, *op. cit.*, pp. 59-61.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 60.

⁴⁴⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 4 décembre 1956, La semaine juridique édition générale 1954, II, 10008, note J. Mazeaud.

⁴⁴⁶ P. Malinvaud, *op. cit.*, p. 219.

⁴⁴⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 7 octobre 1998, pourvoi n° 96-14.359.

404. Les dispositions du code civil relatives à la cause permettent de caractériser un équilibre ou un déséquilibre. D'autres articles de ce même code ainsi que certaines théories permettent de rétablir l'équilibre.

§II) Le maintien de l'équilibre.

405. L'équilibre contractuel⁴⁴⁸ imposé par le devoir de loyauté peut être mis à mal par les agissements des parties ou par certains événements extérieurs. Le législateur en permettant la révision des clauses pénales (I) et les juges en utilisant certaines théories développées par la doctrine (II) ont mis en place des mécanismes permettant de maintenir et de rétablir cet équilibre.

I) La révision des clauses pénales.

406. « *La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution* »⁴⁴⁹. Les juges, quant à eux, considèrent que la clause pénale est « *la clause par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée* »⁴⁵⁰. La capacité de négociation des opérateurs économiques et l'équilibre contractuel n'étant pas toujours respectés, le législateur a édicté des dispositions (A) permettant aux juges d'apprécier ces clauses (B) et ainsi de les ajuster.

A) Les fondements juridiques.

407. Le principe de la force obligatoire des contrats posé par l'alinéa premier de l'article 1134 du code civil interdit aux juges ou à tout tiers⁴⁵¹ de modifier le contrat.

408. Une clause pénale excessive ou dérisoire serait contraire aux objectifs que lui a confiés le législateur, c'est-à-dire, assurer l'exécution d'une convention et, dans

⁴⁴⁸ V. *supra* n° 377 et s.

⁴⁴⁹ Cf. Article 1226 du Code civil.

⁴⁵⁰ Cass., Civ. 1^{ère}, 10 octobre 1995, pourvoi n° 93-16.869, Dalloz 1996, somm. 116, note B. Fillion-Dufouleur.

⁴⁵¹ Cf. Article 1134 alinéa 2 du Code civil.

l'hypothèse d'une inexécution, indemniser le préjudice du cocontractant. Pour conférer une utilité à certaines clauses pénales et ainsi rétablir un équilibre contractuel, l'article 1231 du code civil a été utilisé. L'article précité dispose que « *lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut, même d'office être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1152. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite* ». L'article 1231 du code civil permet donc de réduire la clause pénale stipulée dans un contrat.

409. Le législateur, par l'adoption de la loi du 9 juillet 1975, a permis aux juges d'augmenter ou diminuer le montant d'une clause pénale. Désormais, le texte principal pour la révision des clauses pénales est l'article 1152 du code civil qui, dans son second alinéa, dispose que « *le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire* ».

410. En conférant aux articles 1152 et 1231 un caractère d'ordre public, le législateur a souhaité que les juges puissent contrôler toutes les clauses pénales et apprécier si elles sont excessives ou dérisoires.

B) L'appréciation du caractère excessif ou dérisoire de la clause.

411. L'appréciation du caractère excessif ou dérisoire de la clause est de la compétence exclusive des juges du fond⁴⁵² et doit être réalisée au jour du prononcé de la décision⁴⁵³. La Haute juridiction, a dégagé les critères d'appréciation que doivent appliquer les juges du fond afin de limiter la subjectivité des décisions.

412. Pour les clauses dont il convient d'augmenter le montant, les juges ne doivent pas sanctionner les clauses peu élevées⁴⁵⁴, mais majorer celles manifestement dérisoires⁴⁵⁵. Concernant les clauses dont le caractère est excessif, et qu'il convient d'en diminuer le montant, les juges « *doivent rechercher en quoi ce montant était*

⁴⁵² Cass., Civ. 1^{ère}, 24 juillet 1978, pourvoi n° 77-11.170, Bull. civ. I, n° 280.

⁴⁵³ Cass., Civ. 1^{ère}, 19 mars 1980, pourvoi n° 79-70.170, Bull. civ. I, n° 95.

⁴⁵⁴ Cass., Ch. Mixte, 20 janvier 1978, Juris-Data n° 1978-094001, Revue trimestrielle de droit civil, 1978, p. 672, obs. G. Cornu.

⁴⁵⁵ Cass., Soc., 5 juin 1996, pourvoi n° 92-42.298, Dalloz, 1997, somm. 101, obs. Y. Serra.

manifestement excessif»⁴⁵⁶. La disproportion de la clause doit s'apprécier « [en] comparant le montant de la peine conventionnelle fixée et celui du préjudice effectivement subi »⁴⁵⁷. Or, le préjudice exact subi par une partie ne peut être déterminé à l'avance.

413. Au regard des éléments précités, il est évident que l'appréciation du montant des clauses pénales fait l'objet de nombreux litiges et provoque une insécurité juridique pour les opérateurs économiques. Il serait donc opportun que le législateur intervienne en la matière afin de préciser et définir le caractère dérisoire ou excessif d'une clause pénale et ainsi réduire le pouvoir d'appréciation des juges.

414. Les dispositions du code civil relatives à la révision des clauses pénales favorisent l'équilibre contractuel, participent à la promotion d'un certain équilibre, mais restent insuffisantes. Pour pallier cette insuffisance, les juges ont élaboré des règles qualifiées de prétorienne.

II) Les règles d'origine prétorienne.

415. Les cocontractants qui concluent un contrat devant s'exécuter dans le temps doivent tenir compte des circonstances existantes et des événements futurs prévisibles. Toutefois, certains faits peuvent modifier l'équilibre contractuel initialement voulu par les parties. Les juges se sont servis de théories développées par la doctrine afin d'adapter les contrats en cours aux circonstances nouvelles. Les deux plus utilisées sont le développement de la théorie de l'imprévision (A) et le solidarisme contractuel (B).

A) La théorie de l'imprévision.

416. La théorie de l'imprévision permettrait aux juges de s'immiscer dans le contrat afin d'en rétablir l'équilibre qui a été bouleversé suite à un événement. La Cour de cassation a refusé que soit appliquée cette théorie (1°) ce qui a obligé les juges, pour arriver à leurs fins, à faire appel aux notions de bonne foi et d'équité (2°).

⁴⁵⁶ Cass., Ch. Mixte, 20 janvier 1978, Juris-Data n° 1978-094001, Revue trimestrielle de droit civil, 1978, p. 672, obs. G. Cornu.

⁴⁵⁷ Cass., Com., 11 février 1997, pourvoi n° 95-10.851, Contrat-Concurrence-Consommation, 1997, n° 75, obs. L. Levanneur.

1°) Le rejet de la théorie de l'imprévision.

417. En droit public, le Conseil d'Etat a, depuis de nombreuses années, admis la révision des contrats de droit administratif par un arrêt de principe dit « Gaz de Bordeaux »⁴⁵⁸. Cette solution est justifiée par le fait que l'exécution du service public doit être assurée⁴⁵⁹.

418. En droit privé, les lois italienne, grecque, hollandaise, algérienne et les jurisprudences suisse, allemande et anglaise disposent d'un régime de révision des contrats pour imprévision⁴⁶⁰. La jurisprudence judiciaire française a, quant à elle, toujours fait prévaloir le principe de la force obligatoire du contrat et refuse de permettre aux juges de modifier les contrats de droit privé. La Cour de cassation a considéré que « *dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties en substituant des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* »⁴⁶¹. Cette décision est inadaptée au contrat devant s'exécuter pendant une durée de temps certaine dont l'équilibre, initialement souhaité par les parties, peut être modifié par certains événements. Seule des lois spéciales ont admis, dans certaines hypothèses et pour certains contrats, la possibilité d'une révision⁴⁶², lorsqu'une partie ne veut pas s'exécuter ou lorsque l'exécution lui demande un sacrifice considérable⁴⁶³. La force obligatoire du contrat fait donc échec à la théorie de la révision pour imprévision.

419. Une partie de la doctrine n'admet pas cette impossibilité. Pour justifier leur position, certains auteurs invoquent le fait que les parties n'avaient pas prévu, au moment de la formation du contrat, la situation nouvelle. Cette dernière étant extracontractuelle, une intervention des juges ne remettrait pas en cause la volonté des parties et ne ferait pas échec au principe de la force obligatoire des contrats. La seconde justification consiste à présumer que les parties ont contracté tout en souhaitant que les conditions initiales

⁴⁵⁸ CE, 30 mars 1916, Grands arrêts de la jurisprudence administrative, 15^{ème} ed., n° 31.

⁴⁵⁹ G. Ripert, *op. cit.*, p. 140.

⁴⁶⁰ P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, « *Les obligations* », Lextenso éditions, 6^{ème} ed., 2013, pp. 365-366.

⁴⁶¹ Cass., Civ., 6 mars 1876, Dalloz, 1976, 1.193, note F. Giboulot.

⁴⁶² L. Fin-Langer, *op. cit.*, pp. 379-382.

⁴⁶³ G. Ripert, *op. cit.*, pp. 141-143.

restent inchangées. Une intervention des juges, grâce à la théorie de l'imprévision, permettrait de rétablir les conditions initialement souhaitées et donc de maintenir dans le temps la volonté initiale des cocontractants⁴⁶⁴.

420. Ces raisonnements permettraient d'instaurer, en droit français, la théorie de la révision pour imprévision sans pour autant mettre à mal le principe de la force obligatoire des contrats. Un tel apport serait bénéfique à la promotion et au maintien d'un équilibre contractuel, notamment en matière de relations commerciales et plus généralement dans le monde des affaires où l'exécution des contrats s'étale dans le temps et les bouleversements tant commerciaux qu'économiques sont fréquents et nombreux.

421. Le rejet de la théorie de l'imprévision prive donc les juges d'un moyen de rétablir l'équilibre d'un contrat et constitue un frein à la promotion du devoir de loyauté, notamment dans les relations d'affaires. Les conseils juridiques de certains opérateurs économiques ont alors tenté de contourner la décision de la Cour de cassation en date du 6 mars 1876 en invoquant les notions de bonne foi et d'équité.

2°) Le recours aux notions de bonne foi et d'équité.

422. La décision de la Cour de cassation en date du 6 mars 1876 n'a pas empêché les juges du fond de s'immiscer dans les contrats pour en modifier le contenu et rétablir l'équilibre.

423. Le code civil contient de nombreuses dispositions permettant de justifier une intervention des juges. Les plus utilisées sont l'alinéa 3 de l'article 1134 du code civil qui dispose « *[qu']elles [les conventions] doivent être exécutées de bonne foi* » et les dispositions de l'article 1135 du même code selon lesquelles « *les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ». Les notions de bonne foi et d'équité sont étroitement liées, la première serait une conséquence de la seconde ou inversement, la seconde une manifestation de la première⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴ L. Fin-Langer, *op. cit.*, pp. 80-81.

⁴⁶⁵ Y. Picot, *op. cit.*, p. 93.

424. Sur le fondement de ces articles, les juges ont accepté de tempérer l'arrêt de principe de la Cour de cassation et ainsi de réduire les honoraires des mandataires et de certains prestataires de services⁴⁶⁶, de sanctionner l'abus dans la fixation du prix⁴⁶⁷, de déclarer non écrite les clauses qui portent atteinte à l'obligation fondamentale du contrat⁴⁶⁸ et d'écarter les clauses contraires à l'économie de la convention⁴⁶⁹. Dereux considérant que les juges corrigent le contrat au nom de la bonne foi et le complètent grâce à l'équité⁴⁷⁰.

425. Les notions de bonne foi et d'équité ont été utilisées afin que les juges puissent modifier le contenu des conventions. Les substituts de la théorie de l'imprévision permettent donc d'imposer de nouvelles normes aux cocontractants qui, pour une partie de la doctrine, se doivent d'adopter une attitude solidariste.

B) Le solidarisme contractuel.

426. Le solidarisme contractuel est une notion d'origine doctrinale utilisée par la jurisprudence. Cette conception renverse la pensée rousseauiste en « *affirmant la primauté de l'individu socialement situé sur le mythe individualiste du contrat social* »⁴⁷¹.

427. La conception solidariste (1°), qui fait l'objet de nombreuses critiques (2°), est opposé à la conception économique du contrat qui favorise l'efficacité, la productivité du contrat et incite chaque cocontractant à privilégier ses propres intérêts au détriment des intérêts de ses partenaires⁴⁷².

1°) Présentation de la conception solidariste du contrat.

428. La conception solidariste du contrat a pour finalité d'imposer aux cocontractants un comportement et non des obligations. L'objectif est de protéger la

⁴⁶⁶ Cass., Civ., 29 janvier 1867, Grands arrêts de la jurisprudence civile, 11^{ème} ed., n° 266.

⁴⁶⁷ Cass., Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995, pourvois n° 91-15.578 et 91-15.999, La semaine juridique édition entreprise, 1996, II. 776, note L. Leveneur.

⁴⁶⁸ Cass., Com., 22 octobre 1996, pourvoi n° 93-18.632, Dalloz, 1997. 121, note A. Sériaux.

⁴⁶⁹ Cass., Com., 15 février 2000, pourvoi n° 97-19.713, Dalloz, 2000, somm. 364, obs. Delebecque.

⁴⁷⁰ G. Dereux, « *De l'interprétation des actes juridiques privés* », Thèse Paris, 1905, p. 217.

⁴⁷¹ C. Jamin, « *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel. Le contrat au début du XXI^e siècle* », Etudes offertes à Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, p. 454.

⁴⁷² *Ibid.*, pp. 454-472.

partie la plus faible, d'amoindrir l'individualisme⁴⁷³ et de mettre en évidence « *l'union des intérêts des cocontractants* »⁴⁷⁴. Le solidarisme contractuel impose à ces derniers d'exercer leurs droits et pouvoirs dans l'intérêt légitime de leurs cocontractants⁴⁷⁵, c'est-à-dire « *de collaborer afin de réaliser l'objet du contrat ou d'atteindre le but de l'opération* »⁴⁷⁶. Les cocontractants se doivent donc d'exécuter leurs propres obligations mais aussi « *de collaborer à l'exécution de l'obligation pesant sur l'autre partie* »⁴⁷⁷, « *de prendre en compte ou en charge l'intérêt de l'autre partie* »⁴⁷⁸ et de ne pas « *sacrifier l'autre à ses propres intérêts* »⁴⁷⁹.

429. Pour justifier une telle conception, les auteurs partent du postulat que pour qu'un contrat soit équilibré, qu'il présente une certaine égalité entre les droits et obligations des cocontractants, il est nécessaire que les parties contractent librement. Or, les opérateurs économiques, n'étant pas égaux et ne disposant pas du même pouvoir de négociation, ne peuvent pas exercer pleinement leurs droits. Les contrats ne sont donc pas librement formés et présentent un déséquilibre. Afin de rétablir l'équilibre contractuel et de pallier le manque de liberté des cocontractants⁴⁸⁰, il est nécessaire de procéder à un assouplissement de la force obligatoire des contrats. Pour cela, les auteurs se sont appuyés sur les articles 1134 et 1135 du code civil et une lecture « *magnifiante* »⁴⁸¹ de ces derniers pour imposer, à toutes étapes de la relation, un solidarisme contractuel aux opérateurs économiques.

430. Lors de la formation du contrat, le solidarisme contractuel consiste à imposer aux opérateurs économiques de fournir toutes informations à leurs cocontractants et de ne pas sciemment et consciemment retenir une information qui pourrait inciter les autres parties à ne pas contracter.

⁴⁷³ L. Grynbaum et M. Nicod, « *Le solidarisme contractuel* », *Economica*, 2004, p. 38.

⁴⁷⁴ M. Mignot, « *De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ?* », *Revue de la recherche juridique*, 2004, n° 4, pp. 2154-2155.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 2155.

⁴⁷⁶ L. Grynbaum et M. Nicod, *op. cit.* p. 39.

⁴⁷⁷ *Ibid.* p. 39.

⁴⁷⁸ M. Mignot, *op. cit.*, p. 2155.

⁴⁷⁹ C. Jamin, « *Typologie des théories juridiques de l'abus* », *Revue de la concurrence et de la consommation*, 1996, n° 92, p. 8.

⁴⁸⁰ www.courdecassation.fr, J. Cédas, « *Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation* » Rapport annuel de la Cour de cassation, Deuxième partie, Etudes et documents, Etudes diverses, 2003.

⁴⁸¹ *Ibid.*

431. Lors du développement de la relation, la conception solidariste du contrat sanctionne les abus. La Cour de cassation considère qu'il y a abus lorsque, suite à certains événements, l'une des parties impose des sacrifices à son cocontractant au point de mettre en péril l'activité de ce dernier⁴⁸². Un abus peut aussi être caractérisé quand un cocontractant fixe unilatéralement le prix et qu'il ne peut en justifier l'augmentation⁴⁸³. Dans certains cas, la Cour de cassation impose une obligation de renégocier le contrat, notamment pour permettre de faire face à la concurrence. Les juges sanctionnent aussi le cocontractant qui ne permet pas à ses clients de pratiquer des prix concurrentiels, le fournisseur qui, selon le mode de distribution, ne vend pas ses produits au même prix⁴⁸⁴ ou qui n'a rien fait pour stopper les ventes parallèles⁴⁸⁵. Mais le solidarisme contractuel va plus loin et incite les opérateurs économiques à la persévérance, à la patience, à motiver leurs décisions et à tout mettre en œuvre pour que le dommage de leurs cocontractants soit le plus faible⁴⁸⁶.

432. Lors de la rupture de la relation, le solidarisme contractuel impose, notamment, d'invoquer la clause résolutoire figurant dans le contrat de bonne foi⁴⁸⁷ et, dans certaines circonstances, de motiver la rupture⁴⁸⁸. Toutefois, les juges refusent, sous couvert de la conception solidariste, d'imposer à l'auteur de la rupture d'assister son cocontractant dans sa reconversion⁴⁸⁹.

433. La conception solidariste permet aux juges de forcer le contrat afin de contrôler les abus de certains cocontractants⁴⁹⁰. Cette conception, en totale harmonie avec le devoir de loyauté, fait tout de même l'objet de critiques.

⁴⁸² Cass. Com., 15 janvier 2002, pourvoi n° 99-21.172, Dalloz 2002, p. 1974, note Ph. Stoffel Munck.

⁴⁸³ CA Paris, 24 octobre 2000, D. Mazeaud, « *Petite leçon de solidarisme contractuel...* », Dalloz 2001, n° 40, pp. 3235-3237.

⁴⁸⁴ Cass. Com., 3 novembre 1992, pourvoi n° 90-18.547, La semaine juridique édition générale, 1993, II, p. 10.

⁴⁸⁵ Cass. Com., 24 novembre 1998, pourvoi n° 96.18-357, Bull. civ. N° 277, p. 232.

⁴⁸⁶ L. Grynbaum et M. Nicod, *op. cit.*, pp. 67-69.

⁴⁸⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 31 janvier 1995, pourvoi n° 92-20.654.

⁴⁸⁸ Cass. Com., 2 juillet 2002, pourvoi n° 01-12.685.

⁴⁸⁹ Cass. Com., 6 mai 2002, pourvoi n° 99-14.013.

⁴⁹⁰ M. Mignot, *op. cit.*, p. 2153.

2°) Critique de la conception solidariste du contrat.

434. La conception solidariste du contrat développée par la doctrine devrait permettre un rééquilibrage des relations et une protection de la partie faible au contrat. Malgré ses avantages, elle fait l'objet de certaines critiques.

435. La première consiste à mettre en avant le manque de fondement de cette théorie. En effet, la conception solidariste a pour fondement lointain les articles 1134 et 1135 du code civil si l'on met en avant le lien contractuel et l'article 1382 du même code si l'on considère que la situation découle d'un comportement fautif de la partie forte, d'un comportement délictuel. Aucun texte ne fait donc expressément référence à ce concept.

436. La seconde critique est de rappeler le caractère subjectif des décisions des juges qui avec le développement de cette théorie pourront s'immiscer dans le contrat⁴⁹¹ et porter davantage atteinte à la force obligatoire des conventions, à l'autonomie de la volonté et ainsi accroître l'insécurité juridique pour les cocontractants. Toutefois, les critiques envers la conception solidariste du contrat ne sont que la reprise d'arguments invoqués dès lors que les juges s'immiscent dans une convention. Le seul argument nouveau, développé par les défenseurs de la conception économique du contrat, est de mettre en avant que le solidarisme, qui impose à chaque partie de prendre en considération les intérêts de son potentiel cocontractant, constitue une limite au pouvoir de négociation.

437. Le développement de cette conception pallie le refus du législateur et de la jurisprudence d'introduire en droit français la théorie de l'imprévision et ainsi de permettre un maintien et un rétablissement de l'équilibre contractuel.

438. De nombreuses dispositions du code civil et certaines théories développées par la doctrine et utilisées, parfois, par les juges permettent de caractériser et maintenir un équilibre contractuel. Cependant, dans le monde des affaires et en matière de relations commerciales, les intérêts en présence sont tels que les opérateurs économiques

⁴⁹¹ M. A. Frison-Roche, « *Volonté et obligation* », Dalloz, 2000, n° 38, p. 137.

n'hésitent pas à user, interpréter et transgresser les textes et les concepts étudiés qui ont donc vite affiché leurs limites. Dans le dessein de maintenir ou rétablir l'équilibre contractuel et de renforcer la place du devoir de loyauté, le législateur a donc introduit la notion de déséquilibre significatif.

Section II : La notion de déséquilibre significatif.

439. La notion de déséquilibre significatif a été introduite dans le code de commerce par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 afin de remplacer certains concepts mis en place par la loi relative aux nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001⁴⁹². L'introduction d'une nouvelle notion fait toujours apparaître certains doutes quant à sa définition (§I) et à son appréciation (§II).

§I) Définition du caractère significatif du déséquilibre.

440. L'adoption d'un dispositif visant à faire sanctionner le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties a pour objectif de contrebalancer la suppression de l'interdiction *per se* des pratiques discriminatoires qui était incompatible avec l'instauration de la négociabilité des conditions générales de vente⁴⁹³.

441. La notion de déséquilibre significatif a été créée sur le modèle des dispositions du code de la consommation⁴⁹⁴ sans pour autant que la notion d'équilibre ne vise la même situation. Les dispositions du code précité, qui tendent à régir les relations entre un professionnel et un non professionnel, visent les déséquilibres découlant des stipulations contractuelles et non l'équivalence entre la prestation promise et le prix demandé alors que les dispositions du code de commerce, régissant les rapports entre professionnels, ont, quant à elles, pour objectif d'assurer l'équilibre entre les prestations promises et le prix demandé afin « [d'] assurer le jeu normal de la concurrence »⁴⁹⁵.

442. Les grands distributeurs et certains groupes industriels usent de leur pouvoir de négociation et de leur capacité économique et commerciale afin d'obtenir les

⁴⁹² V. *supra* n° 381.

⁴⁹³ D. Ferrier, *op. cit.*, p. 160.

⁴⁹⁴ M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, *op. cit.*, p. 323.

⁴⁹⁵ D. Ferrier, *op. cit.*, p. 159.

conditions les plus avantageuses possible. Pour certains auteurs, la notion de déséquilibre significatif vise donc à faire sanctionner les abus du pouvoir de négociation et les fortes pressions exercées par les distributeurs sur les fournisseurs⁴⁹⁶. Toutefois, la Cour d'appel de Lyon a considéré qu'en l'absence de relation commerciale préexistante⁴⁹⁷ l'article L.442-6-I, 2° du code de commerce était inapplicable. Une telle interprétation limiterait le champ d'application de l'article précité et exclurait sa mise en œuvre dans le cas d'un contrat constitutif d'une entrée en relation. Afin que les déséquilibres significatifs existant lors d'une entrée en relation soient sanctionnés et les clauses à l'origine dudit déséquilibre réputées non-écrites⁴⁹⁸, il est évident qu'une telle décision ne doit pas faire jurisprudence.

443. La notion de déséquilibre significatif constitue un nouveau moyen pour les juges afin de sanctionner certains comportements qui ne pouvaient l'être sous l'ancien dispositif du fait qu'il était nécessaire que soit faite la démonstration d'une puissance d'achat ou de vente ou d'une situation de dépendance économique⁴⁹⁹.

444. En outre, l'insertion, dans l'article L.442-6 du code de commerce, de la notion de déséquilibre significatif en lieu et place de la notion d'abus de puissance d'achat ou de vente et de la notion de dépendance économique constitue un changement dans la position du législateur qui désormais s'intéresse moins à la position et aux comportements des opérateurs économiques lors des négociations qu'au résultat des négociations. Cette évolution soulève la question de l'appréciation du caractère significatif du déséquilibre.

§II) Appréciation du caractère significatif du déséquilibre.

445. L'article 93 de la loi de modernisation de l'économie, codifié à l'article L.442-6-I, 2° du code de commerce, n'a pas pour objectif de faire sanctionner tous les déséquilibres, mais seulement ceux significatifs. Le législateur admet donc que les contrats puissent être déséquilibrés. Une solution inverse aurait été surprenante, utopiste

⁴⁹⁶ www.ilec.asso.fr, M. Glais, « *Haro sur la fausse coopération commerciale* », Bull. Ilec, n° 393, septembre 2008.

⁴⁹⁷ CA., Lyon, 16 mai 2013, Eve Monier c/ Locam, RG 11/07 152.

⁴⁹⁸ CA., Paris, 7 juin 2013, Netmakers c/ Antigone, RG 11/08.674.

⁴⁹⁹ N. Genty, D. Delesalle et E. Deberdt, *op. cit.*, p. 61.

et inadaptée au monde des affaires. L'appréciation du caractère significatif, qui incombe aux juges du fond, soulève des interrogations, le législateur n'ayant pas pris soin d'en donner une définition. Toutefois, le Conseil constitutionnel a considéré que « *l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique de l'arbitraire ; [de telle sorte] qu'eu égard [...] à 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* »⁵⁰⁰.

446. La première interrogation concerne le caractère significatif du déséquilibre. La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes considère que ce nouveau dispositif permet « *d'appréhender les clauses qui résultent d'un manquement de l'un des cocontractants aux obligations qui lui incombent ou de l'imposition systématique d'obligations unilatérales ou d'obligations qui privent l'un des partenaires de l'exercice d'un droit* ».⁵⁰¹ Elle donne pour exemple quatre types de clauses, celles imposant au fournisseur des pénalités excessives, systématiques et unilatérales, les stipulations prévoyant le retour de produits dégradés par la clientèle, l'imposition de modalités de règlement abusives et non-réciproques et enfin les clauses ayant pour objectif de mettre en place des modalités asymétriques de révision des tarifs, au bénéfice du distributeur. De leur côté, les juges considèrent qu'il y a déséquilibre significatif lorsque est mise en place une pratique visant à obtenir mensuellement des acomptes sur ristournes payables en fin de mois, c'est-à-dire des acomptes sur une dette non encore exigible, à imposer des paiements par virement ou l'absence de clause relative à la modification des acomptes de ristournes⁵⁰². Un déséquilibre significatif peut aussi être caractérisé par le fait d'imposer des pénalités commerciales disproportionnées ou d'exercer, en cours de contrat, une faculté de renégociation⁵⁰³ ou par l'absence de clause de renégociation dans un contrat dont l'exécution s'étale dans le temps⁵⁰⁴. Un déséquilibre significatif peut être identifié lorsqu'un contrat stipule une clause de résiliation pour sous-performance d'un produit par rapport aux objectifs de vente⁵⁰⁵.

⁵⁰⁰ Conseil Constitutionnel., 13 janvier 2011, décision n° 2010-85 QPC.

⁵⁰¹ www.economie.gouv.fr

⁵⁰² T. com. Lille, 6 janvier 2010, Affaire n° 2009-05184, Dalloz 2010, note J. Sénéchal.

⁵⁰³ T. com. Lille, 7 septembre 2011, Affaire n° 2009-05105, La semaine juridique édition Entreprise, 2011, n° 1701, note G. Chantepie.

⁵⁰⁴ CEPC, avis n° 12-07 du 16 mai 2012.

⁵⁰⁵ T. com. Meaux, 6 décembre 2011, Affaire n° 2009-02295.

Enfin, doivent aussi être sanctionnées comme provoquant un déséquilibre significatif les clauses stipulant que le prix d'achat du distributeur est fixé en fonction du prix de revente le plus bas pratiqué par d'autres distributeurs⁵⁰⁶. Les juges sanctionnent aussi l'exclusion par les conditions générales d'achat de toutes clauses de renégociation visant un partage des surcoûts⁵⁰⁷ ou l'absence d'une clause de renégociation qui suite à une évolution des circonstances économiques aggrave les obligations d'un des cocontractants sans contrepartie⁵⁰⁸.

447. Au regard de l'ensemble des positions, décisions et avis précités, il convient d'interpréter l'adjectif significatif au sens commun, c'est-à-dire d'important⁵⁰⁹. En l'absence de définition légale, de par le travail de la doctrine, de certains organismes et des juges, les critères d'appréciation du caractère significatif du déséquilibre s'affineront. Toutefois, la méthode la plus simple consisterait à comparer les conditions stipulées par les conditions générales de vente avec l'accord issu de la négociation⁵¹⁰. Une importante différence entre les conditions souhaitées et celles consenties laissant présumer un déséquilibre significatif. En tout état de cause, la démonstration du déséquilibre significatif ne peut résulter d'une comparaison entre les tarifs consentis à un opérateur économique et ceux plus avantageux consentis à un concurrent⁵¹¹.

448. La seconde interrogation consiste à savoir si le déséquilibre doit s'apprécier clause par clause ou à partir de l'économie générale du contrat⁵¹². Le déséquilibre significatif doit porter sur les droits et obligations des parties⁵¹³, ce qui implique une réciprocité. De plus, les termes droit et obligation étant au pluriel, l'appréciation du déséquilibre doit donc être réalisée à partir de l'ensemble de la convention⁵¹⁴.

449. Les dispositions relatives au déséquilibre significatif laissent aux juges une grande latitude dans l'appréciation du caractère significatif du déséquilibre, mais leur

⁵⁰⁶ CEPC, avis n° 10-09, du 3 juin 2010.

⁵⁰⁷ CEPC, avis n° 11-06 du 1^{er} juin 2011.

⁵⁰⁸ CEPC, avis n° 12-07 du 16 mai 2012.

⁵⁰⁹ D. Ferrier, *op. cit.*, p. 160.

⁵¹⁰ I. Baudet, *op. cit.*, pp. 75-76.

⁵¹¹ CA Versailles, 27 octobre 2011, Affaire n° 2010-05259.

⁵¹² M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, *op. cit.*, p. 324.

⁵¹³ Cf. Article L.442-6, I, 2° du Code de commerce.

⁵¹⁴ M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, *op. cit.*, p. 324 et D. Ferrier, *op. cit.*, p. 160.

offrent un outil redoutable pour sanctionner les déséquilibres contractuels, déséquilibres qui peuvent aussi être d'abusif.

Chapitre II : Le déséquilibre abusif.

450. Le déséquilibre contractuel peut être la conséquence de l'exercice abusif du pouvoir de négociation par certains opérateurs économiques. Ces abus peuvent être caractérisés par une absence de contrepartie équivalente (Section I) ou par la présence de certaines stipulations contractuelles (Section II) contraires à l'ordre public économique qu'a souhaité mettre en place le législateur depuis 2001.

Section I : L'absence de contrepartie équivalente.

451. Les pratiques sanctionnées par l'article L.442-6 du code de commerce sont le résultat d'une observation des pratiques de la grande distribution⁵¹⁵. Il a été constaté que les grands distributeurs sollicitent de la part de leurs fournisseurs l'octroi d'avantages (§I) ou obtiennent des conditions évidemment abusives (§II).

§I) Les avantages.

452. Afin de préserver, rétablir l'équilibre contractuel, le législateur a édicté des dispositions qui sanctionnent l'octroi d'avantages sans aucune contrepartie (I) ou préalables à toutes commandes (II).

I) Les avantages sans contrepartie.

453. L'article L.442-6 du code de commerce, dans le premier point de son premier paragraphe, prohibe le fait « *d'obtenir ou tenter d'obtenir [...] un avantage quelconque ne correspondant à aucun service [...] ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu* ». L'adoption d'une telle disposition fait redondance avec les dispositions de l'article 1131 du code civil qui sanctionne de nullité les conventions dépourvues de cause, c'est-à-dire sans contrepartie ou lorsque la contrepartie est inutile ou dérisoire⁵¹⁶.

⁵¹⁵ I. Baudet, *op. cit.*, p. 76.

⁵¹⁶ S. Amarani Mekki et B. Fauvarque-Cosson, *op. cit.*, p. 2841 et V. *supra* n° 398 et s.

454. En adoptant l'article 56 de la loi du 15 mai 2001, le législateur a voulu doter les juges d'un moyen efficace afin de lutter contre la coopération commerciale fictive⁵¹⁷ et rappeler le principe énoncé par l'article du code civil ci avant cité. Il a aussi souhaité viser des comportements spécifiques à la grande distribution à savoir, d'une part, la demande de participation à l'intérêt commun et le rapprochement d'enseignes (1°) et, d'autre part, la globalisation artificielle du chiffre d'affaires (2°). La demande d'alignement qui est aussi visée par le point a du second paragraphe de l'article L.442-6 du code de commerce sera étudiée ultérieurement⁵¹⁸.

A) La participation à l'intérêt commun et le rapprochement d'enseigne.

455. Avant l'adoption de la loi relative aux nouvelles régulations économiques, il avait été constaté que les grands distributeurs usaient de leur position de force afin d'imposer, à leurs fournisseurs une participation financière à des opérations de promotions commerciales, c'est-à-dire à la réalisation de dépliants publicitaires ou à l'organisation d'animation⁵¹⁹. Les fournisseurs pouvaient pourtant y trouver un intérêt, à savoir la revente plus rapide ou en plus grand nombre de leurs produits. Cependant, l'objectif des distributeurs est aussi de parvenir à une revente rapide et en nombre des produits achetés. Il est donc inéquitable et déloyal de faire supporter, aux seuls fournisseurs, l'intégralité ou une majeure partie des coûts liés à la fabrication de dépliants publicitaires ou à l'organisation d'animation.

456. La loi relative aux nouvelles régulations économiques vise aussi certaines pratiques mises en place par les distributeurs lors du rapprochement entre enseignes. Est ainsi sanctionnée la pratique dite de « la corbeille de la mariée » qui consiste à solliciter un avantage financier auprès de ses fournisseurs lors du rapprochement de plusieurs enseignes de distribution. Cette demande peut s'analyser en un véritable droit d'accès au référencement⁵²⁰. Pourtant, un rapprochement entre distributeurs ou centrales d'achat peut permettre aux fournisseurs de trouver de nouveaux débouchés pour écouler leurs produits. Dans cette hypothèse, la pratique de « la corbeille de la mariée » ne paraît pas

⁵¹⁷ M. E. Pancrazi, *op. cit.*, p. 68.

⁵¹⁸ V. *infra* n° 484 et s.

⁵¹⁹ M. E. Pancrazi, *op. cit.*, p. 68.

⁵²⁰ L. Arcelin, « *Pratiques commerciales et concentrations économiques : les apports de la loi NRE* », Contrats-Concurrence-Consommation, novembre 2001, p. 8.

présenter un caractère illicite, les fournisseurs y trouvant un avantage, une contrepartie. Toutefois, cette pratique devient abusive lorsque le fournisseur auquel est demandée une participation travaillait déjà avec chacune des enseignes et ne tirera donc aucun avantage du rapprochement.

457. Les dispositions adoptées par la loi du 15 mai 2001, codifiées à l'article L.442-6-I, 1° du code de commerce, protègent les fournisseurs et favorisent l'équilibre contractuel. Dans cet objectif, le législateur a souhaité que soit aussi sanctionnée la globalisation artificielle du chiffre d'affaires.

B) La globalisation artificielle du chiffre d'affaires.

458. Les conditions générales de vente doivent stipuler les réductions de prix⁵²¹ dont il est évident qu'elles doivent évoluer dans le même sens que le volume des achats. Certains distributeurs avaient alors imaginé créer un groupement afin d'obtenir des réductions de prix que seuls ils n'auraient pas obtenues. Pour les fournisseurs, une telle pratique peut constituer un moyen d'écouler plus aisément ou en plus grande quantité leurs productions et peut leur faire réaliser des économies lorsque la centrale intervient en qualité d'acheteur-revendeur⁵²². La globalisation des chiffres d'affaires peut aussi se justifier dans l'hypothèse où la centrale centralise les commandes de ses adhérents, assure la réception de l'ensemble des marchandises et leur ventilation entre les distributeurs. Dans certains cas, le fournisseur trouve donc un intérêt dans la globalisation des chiffres d'affaires. En ce sens, l'article L.442-6 du code de commerce ne prohibe la globalisation des chiffres d'affaires que lorsqu'elle est artificielle.

459. La circulaire Dutreil II en date du 8 décembre 2005 considère que la globalisation des chiffres d'affaires est artificielle « *[lorsqu']elles ne sont pas assorties de la fourniture, en contrepartie, d'un véritable service commercial au fournisseur, ou parce que l'avantage obtenu par le distributeur est manifestement disproportionné par rapport à la valeur du service commercial rendu* »⁵²³. Il ressort de cette définition et de l'interprétation des dispositions de l'article L.442-6 du code de commerce que la

⁵²¹ Cf. Article L.442-6 du Code de commerce.

⁵²² I. Baudet, *op. cit.*, p. 77.

⁵²³ Cf. Point 5.5 de la circulaire du 8 décembre 2005.

globalisation est artificielle quand les fournisseurs n'y trouvent aucun avantage ou que ce dernier est dérisoire, c'est-à-dire lorsqu'une réciprocité équivalente ne pourra pas être caractérisée. Il en sera ainsi lorsque « *les remises sont assises uniquement sur le potentiel d'achat d'une centrale [et] non assorties d'engagement d'achat de ses affiliés* »⁵²⁴ et lorsque les avantages ne sont justifiés ni par un service additionnel, ni par des économies d'échelle⁵²⁵.

460. La loi du 2 août 2005 a voulu sanctionner la création de centrales d'achat dans le seul but d'obtenir des ristournes supplémentaires de la part des fournisseurs et de profiter au mieux des réductions de prix stipulées par les conditions générales de vente de ces derniers. Le législateur a aussi adopté certaines dispositions afin de faire échec à la pratique visant à obtenir, préalablement à toute commande, certains avantages.

II) Les avantages préalables.

461. L'article L.442-6-I, 3° du code de commerce dispose qu'obtenir ou tenter d'obtenir un avantage préalablement à la passation de commande engage la responsabilité de son auteur.

462. Cette disposition soulève une interrogation relative à son champ d'application. Certains auteurs considèrent qu'elle fait doublon avec les dispositions de l'article L.442-6-II, b du même code⁵²⁶ qui déclare nuls les clauses ou contrats stipulant le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à toute commande. Le référencement est essentiel et peut même être obligatoire pour les fournisseurs afin qu'ils puissent écouler leur production ou réaliser des prestations de services. Les distributeurs et les centrales d'achat ont profité de la rareté des linéaires et de leur capacité de négociation afin d'obtenir un avantage sans avoir au préalable à passer commande. Il est certain qu'en adoptant cette disposition, le législateur a souhaité faciliter l'accès aux linéaires, mais aussi imposer une contrepartie à l'avantage consenti par le fournisseur. Toutefois, ce texte ne doit pas voir son champ d'application limité à la période de référencement. En effet, contrairement à l'article L.442-6-II, b, l'article L.442-6-I, 3° du

⁵²⁴ I. Baudet, *op. cit.*, p. 77.

⁵²⁵ Avis de la Commission de la concurrence du 14 mars 1985.

⁵²⁶ I. Baudet, *op. cit.*, p. 81.

code de commerce ne fait pas référence à la notion de référencement mais à la notion de « *passation de commande* » qui inclut tant l'établissement que le développement de la relation. Cet article a donc un champ d'application plus large et permet de lutter contre les demandes grandissantes des distributeurs et des centrales d'achat tout au long de la relation.

463. Outre leur champ d'application, les dispositions de l'article L.442-6-I, 3° du code de commerce soulèvent des difficultés d'interprétation. Selon une interprétation stricte du texte, l'avantage est un élément donné sans contrepartie, il suffirait donc pour le distributeur de se faire rémunérer un service pour faire échec à l'interdiction. En revanche, selon une conception large de la notion d'avantage, celui-ci est un élément dérogatoire aux conditions générales de vente et prend la forme d'une commission ou d'une réduction de prix⁵²⁷. Cette dernière conception qui interdit tout versement d'une contrepartie doit être écartée, car le législateur n'a pas prohibé toute obtention d'avantage par les distributeurs. En ce sens, l'article L.442-6-I, 3° du code de commerce a été modifié afin de préciser que si le fournisseur accorde un avantage, il est nécessaire que ce dernier soit assorti d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné. Or, imposer aux distributeurs qu'ils s'engagent à acheter les produits du fournisseur revient à imposer une contrepartie. Le volume d'achat devant être proportionné à l'avantage, la contrepartie ne doit donc pas être dérisoire. De plus, en imposant que l'engagement du distributeur soit écrit, le législateur a exigé que cet engagement soit ferme.

464. L'article L.442-6, I, 3° du code de commerce visent donc à garantir aux fournisseurs une contrepartie certaine aux avantages qu'ils consentent à leurs clients. Ce texte fait partie de l'arsenal législatif mis à disposition des juges afin de sanctionner les distributeurs qui sollicitent l'octroi de différents avantages et qui obtiennent, parfois, des conditions que l'on peut qualifier d'abusives.

§II) Les conditions évidemment abusives.

465. Avant l'adoption de la loi de modernisation de l'économie, le quatrième point du premier paragraphe de l'article L.442-6 du code de commerce faisait référence

⁵²⁷ M.P. Bonnet-Desplan, « Du référencement... », Semaine juridique entreprises et affaires, n°2, 1998, p. 13.

aux conditions manifestement dérogatoires aux conditions générales de vente. Désormais, dans un souci de cohérence avec l'instauration de la négociabilité des conditions générales de vente, cet article vise les conditions manifestement abusives⁵²⁸.

466. L'article précité, tel qu'issu de la loi du 4 août 2008, dispose qu'engage la responsabilité de son auteur l'obtention ou la tentative d'obtention de conditions manifestement abusives sous la menace d'une rupture des relations commerciales. Pour que les dispositions de l'article L.441-6-I, 4° du code de commerce puissent s'appliquer, il sera nécessaire de démontrer l'existence d'une relation commerciale établie. Cette condition limite donc son champ d'application au développement des relations commerciales.

467. A la lecture de l'article, pour engager la responsabilité de son auteur, les conditions obtenues doivent porter sur le prix, les conditions d'approvisionnement, les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente⁵²⁹. En visant ce type de services alors qu'auparavant il était seulement fait référence aux conditions de coopération commerciale, le législateur a souhaité que l'article L.442-6-I, 4° du code de commerce couvre les services de coopération commerciale ainsi que les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale anciennement appelées services distincts⁵³⁰. Cette évolution permet donc d'élargir le contrôle et favorise l'équilibre contractuel.

468. Cet article pose le problème de la caractérisation de l'abus. Est visée l'obtention ou la tentative d'obtention de conditions manifestement abusives. L'abus est donc déterminé par son résultat et non par ses modalités⁵³¹. Par ailleurs, l'utilisation de l'adverbe manifestement laisse perplexes certains auteurs⁵³². En effet, selon une interprétation stricte, il serait nécessaire, pour celui qui invoque le bénéfice des dispositions de l'article L.442-6-I, 4° du code de commerce, de démontrer qu'il y a abus et que cet abus est manifeste⁵³³. *A contrario*, les conditions simplement abusives

⁵²⁸ M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, *op. cit.*, p. 325.

⁵²⁹ Cf. Article L.442-6-I, 4° du Code de commerce.

⁵³⁰ N. Genty, D. Delesalle et E. Deberdt, *op. cit.*, p. 62.

⁵³¹ D. Ferrier, *op. cit.*, p. 161.

⁵³² N. Genty, D. Delesalle et E. Deberdt, *op. cit.*, p. 62.

⁵³³ D. Ferrier, *op. cit.*, p. 161.

échapperaient à la sanction⁵³⁴. Dans un souci de cohérence avec les réformes précédentes, d'une part, et de moralisation des relations commerciales, d'autre part, il convient d'interpréter la présence de l'adverbe manifestement largement. Les abus pourront ainsi être sanctionnés tout en n'entravant pas la possibilité offerte aux opérateurs économiques de négocier les conditions générales afin de parvenir à une baisse des prix de revente des produits aux consommateurs qui est l'une des principales préoccupations des législateurs et gouvernements successifs depuis la circulaire Dutreil I.

469. Malgré la présence de l'adverbe manifestement, les dispositions de l'article L.442-6-I, 4° du code de commerce participent au contrôle et au respect d'un équilibre contractuel dans les relations unissant fournisseurs et distributeurs. Cependant, le législateur, qui ne s'est pas limité à prohiber les pratiques ayant pour objectif de priver les fournisseurs et prestataires de services d'une contrepartie équivalente à leurs efforts, est allé plus loin et a adopté des dispositions instaurant un ordre public économique.

Section II : L'instauration d'un ordre public économique : la nullité de certaines clauses et contrats.

470. Les dispositions d'ordre public sont celles dont les parties ne peuvent déroger par une convention. A partir de 2001, en adoptant des textes visant à déclarer nuls certains contrats et certaines clauses révélateurs d'un abus, le législateur a voulu mettre en place un ordre public économique. En ce sens, les dispositions du second paragraphe de l'article L.442-6 du code de commerce ont pour objectif de sanctionner des actes juridiques alors que celles du premier paragraphe du même code condamnent des comportements⁵³⁵.

471. L'article L.442-6 du code de commerce déclare nuls deux sortes de clauses et contrats : ceux à caractère économique et financier (§I) et ceux qui limitent la liberté contractuelle des opérateurs économiques (§II).

⁵³⁴ N. Genty, D. Delesalle et E. Deberdt, *op. cit.*, p. 62.

⁵³⁵ M.E. Pancrazi, *op. cit.*, p. 70.

§I) Les clauses ou contrats à caractère économique et financier.

472. La liste du second paragraphe de l'article L.442-6 du code de commerce n'a cessé de s'allonger au gré des réformes. Parmi les clauses ou contrats prohibés ayant un caractère économique et financier, deux dispositions sont relatives à la question de l'octroi d'un avantage (I) alors que les autres ne peuvent être classifiées (II).

I) L'octroi d'un avantage.

473. La question des avantages occupe une part importante des dispositions de l'article L.442-6 du code de commerce. Certains auteurs considèrent même qu'il existe une redondance⁵³⁶ entre les dispositions relatives aux avantages préalables et à la prime de référencement (A), d'une part, et celles relatives aux avantages sans contrepartie et aux avantages rétroactifs (B), d'autre part.

A) La prime de référencement.

474. La prime de référencement ou « bouton de porte »⁵³⁷ est une pratique développée par les centrales d'achat et les grands distributeurs visant à obtenir un avantage de la part des fournisseurs afin que les produits de ces derniers soient référencés.

475. Le paiement d'une prime de référencement pourrait avoir pour contrepartie le référencement lui-même et ainsi procurer un avantage aux fournisseurs dans l'écoulement de leur production. Cependant, les centrales d'achat et les grands distributeurs, pour exercer leur activité et satisfaire les demandes des consommateurs, se doivent de proposer un maximum de références. Centrale d'achat et grands distributeurs, d'une part, et fournisseurs, d'autre part, ont un intérêt commun dans le référencement. Faire payer une prime de référencement, c'est donc tenter d'obtenir un avantage au risque de porter atteinte à ses propres intérêts. De plus, dans le domaine de la grande distribution, le référencement précède tout achat de produits par les distributeurs. Le paiement d'une prime de référencement ne permet que d'entrer en pourparlers et n'est

⁵³⁶ D. Ferrier, *op. cit.*, p. 158. et I. Baudet, *op. cit.*, p. 81.

⁵³⁷ *Ibid.*

donc aucunement synonyme de vente, d'écoulement de la production pour les fournisseurs.

476. Un fournisseur qui refuserait de payer un « bouton de porte » se priverait d'une possibilité d'écouler sa production et porterait atteinte à ses intérêts. Au regard du chiffre d'affaires que représente un distributeur pour les fournisseurs ces derniers sont donc contraint de payer les primes de référencement demandées par les distributeurs et centrales d'achats. Afin de tenir compte de cette situation, l'article L.442-6-II, b du code de commerce ne prohibe les primes de référencement que lorsqu'elles sont préalables à toute commande. Le législateur exige donc, comme contrepartie au paiement de la prime, l'achat de produits.

477. Les dispositions de l'article L.442-6-II, b du code de commerce participent à l'équilibre contractuel et impose aux distributeurs de fournir une contrepartie aux efforts de leurs fournisseurs. Dans cet objectif, le législateur a prohibé les clauses et contrats qui stipulent l'octroi d'avantages rétroactifs.

B) Les avantages rétroactifs.

478. Depuis 2001⁵³⁸, les dispositions de l'article L.442-6 du code de commerce prohibent les clauses ou contrats permettant à un cocontractant de bénéficier rétroactivement de remises, ristournes ou accords de coopération commerciale.

479. Lors du vote de la loi relative aux nouvelles régulations économiques, la prohibition *per se* des pratiques discriminatoires, telle qu'instaurée par l'article 36 de l'ordonnance relative à la liberté des prix et de la concurrence du 1^{er} décembre 1986, trouvait à s'appliquer. Le bénéfice rétroactif de remises, ristournes ou d'accords de coopération commerciale empêchait les tiers d'avoir connaissance des conditions obtenues par leurs concurrents et favorisait ainsi l'opacité⁵³⁹. L'article 56 de la loi du 15 mai 2001 a donc été adopté dans le but de lutter contre l'opacité des relations commerciales. Avec l'instauration de la négociabilité des conditions générales de vente, le point a du second paragraphe de l'article L.442-6 du code de commerce aurait ainsi pu

⁵³⁸ Cf. Article 56 de la loi du 15 mai 2001.

⁵³⁹ M. E. Pancrazi, *op. cit.*, p.70.

devenir désuet, les parties étant libres de convenir des remises, ristournes ou accord de coopération commerciale qu'elles souhaitent et que ces derniers s'appliquent rétroactivement.

480. Toutefois, le principal objectif de l'article précité est de lutter contre les demandes visant à obtenir un avantage rétroactif. Dans ce sens, la circulaire relative aux relations commerciales a précisé qu'ont le caractère rétroactif au sens de l'article L.442-6 du code de commerce « les *demandes reconventionnelles qui conduisent à modifier rétroactivement l'économie du contrat initial* »⁵⁴⁰. En effet, les distributeurs avaient pour habitude de solliciter, durant le développement de leurs relations commerciales, de nouveaux efforts à leurs fournisseurs et que ces efforts s'appliquent rétroactivement. Ce type de demande modifie donc l'équilibre contractuel voulu initialement par les parties. Toutefois, un avantage rétroactif convenu préalablement au développement de la relation ne modifie pas l'économie du contrat. Pour tenir compte de cette hypothèse, la circulaire Dutreil II a précisé, dans son point 5.2, que le caractère rétroactif de l'avantage doit s'apprécier par rapport à la date de conclusion de l'accord et que « *n'a pas le caractère rétroactif au sens du texte précité [L.442-6 du code de commerce], l'attribution d'une ristourne en fin de période dès lors que celle-ci était bien prévue à la date de conclusion du contrat.* ». Les avantages rétroactifs ne sont donc pas interdits à partir du moment où les opérateurs économiques, préalablement au développement de la relation, y ont consenti.

481. La combinaison des dispositions de l'article L.442-6-II, a du code de commerce et du point 5.2 de la circulaire Dutreil II a pour but de figer les rapports entre opérateurs économiques afin qu'au cours du développement de la relation ne puissent être sollicités certains avantages qui auraient difficilement une contrepartie et qui modifieraient l'équilibre contractuel initialement voulu par les parties.

482. L'ordre public économique mis en place par le législateur vise à garantir et préserver l'équilibre contractuel. Pour cela, d'autres clauses et contrats sont prohibés.

⁵⁴⁰ Cf. Point 5.2 de la circulaire du 8 décembre 2005.

II) Les autres clauses ou contrats.

483. Le second paragraphe de l'article L.442-6 du code de commerce déclare nuls deux autres types de clauses ou contrats, ceux dit « du client le plus favorisé » (A) et les stipulations relatives à la cessation de créances (B).

A) La clause dite « du client le plus favorisé ».

484. Aussi appelée clause anglaise⁵⁴¹, la clause dite « du client le plus favorisé » « conduit à appliquer le prix le plus avantageux qui aurait été convenu entre le fournisseur et un tiers »⁵⁴². Ce type de stipulation a été interdit par la loi de modernisation de l'économie suite à la publication du rapport de Marie-Dominique Hagelsteen qui les considéraient comme « incompatible[s] avec la logique de la réforme »⁵⁴³.

485. Depuis l'adoption de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et plus particulièrement depuis 2001 et le vote de la loi relative aux nouvelles régulations économiques, le législateur souhaite que les conventions conclues par les opérateurs économiques soient le résultat d'une négociation commerciale respectueuse, sans abus, c'est-à-dire loyale. Stipuler une clause ou conclure un contrat permettant de bénéficier des conditions les plus favorables consenties aux entreprises concurrentes, c'est permettre à l'opérateur économique de bénéficier du savoir-faire, de la capacité de négociation de son concurrent sans avoir à fournir une contrepartie supplémentaire. De plus, ce type de stipulation, si elle trouve à s'appliquer, modifie, en cours de relation, l'économie du contrat initialement voulue par les parties au bénéfice d'un seul cocontractant. L'équilibre contractuel voulu par ces derniers s'en trouverait donc atteint. Toutefois, ce type de clause est admis en présence d'un contrat d'achat exclusif car dans l'hypothèse où le fournisseur vend ses produits à un prix inférieur à un revendeur non tenu d'une exclusivité d'approvisionnement, le jeu de la concurrence serait faussé⁵⁴⁴.

⁵⁴¹ M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, *op. cit.*, p. 326.

⁵⁴² D. Ferrier, *op. cit.*, p. 273.

⁵⁴³ Rapport de Marie-Dominique Hagelsteen, *op. cit.*, p. 31.

⁵⁴⁴ D. Ferrier, *op. cit.*, p. 273.

486. La clause dite « du client le plus favorisé » est à rapprocher de la clause d'offre concurrente qui permet à un revendeur de demander à son fournisseur de s'aligner sur le prix le moins élevé proposé par un concurrent. La validité de ce type de stipulation est admise par la jurisprudence⁵⁴⁵ car elle favorise la concurrence entre revendeurs.

487. La prohibition énoncée par le point d du second paragraphe de l'article L.442-6 du code de commerce participe donc au maintien et à la restauration de l'équilibre contractuel entre opérateurs économiques. Ce même article prohibe aussi les clauses ou contrats visant à interdire la cession de créances.

B) La clause relative à la cession de créance.

488. Dans les relations entre fournisseurs et distributeurs, ces derniers avaient pour habitude de retarder au maximum le paiement des factures de telle sorte qu'il était courant de dire que les fournisseurs finançaient la grande distribution. Une telle pratique mettait à mal la situation économique des fournisseurs. Les législateurs successifs se sont donc attachés à encadrer les délais de paiement.

489. Le législateur, en adoptant la loi relative aux nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001, a imposé aux acheteurs de produits ou services destinés à la consommation des ménages, c'est-à-dire aux centrales d'achat et aux grands distributeurs, de fournir d'eux-mêmes et gratuitement à leurs vendeurs une lettre de change ou un effet de commerce lorsque le délai de paiement est supérieur à quarante-cinq jours⁵⁴⁶. Cette disposition n'aurait eu aucun effet si par une stipulation contractuelle, l'acheteur avait pu interdire à son fournisseur de céder la lettre de change ou l'effet de commerce. L'article 56 du même texte, aujourd'hui codifié au point c du second paragraphe de l'article L.442-6 du code de commerce, déclare donc nulles toutes stipulations relatives à une telle prohibition. La loi de simplification du droit du 9 décembre 2004 qui a abrogé les dispositions de l'article 53 de la loi du 15 mai 2001 n'a pas modifié la prohibition étudiée.

⁵⁴⁵ Cass. Com., 14 juin 1988, pourvoi n° 86-15.049.

⁵⁴⁶ Cf. Article 53 de la loi du 15 mai 2001.

490. Interdire à son cocontractant de céder à des tiers une créance qu'il détient sur lui-même c'est le priver de la jouissance du prix de vente de ses produits ou services. Une telle clause empêche le fournisseur de bénéficier de son droit au paiement et soustrait au distributeur son obligation de payer. De plus, ce type de clause caractérise nécessairement un abus, une volonté de nuire de la part de l'acheteur consistant à mettre ou maintenir son fournisseur dans une situation économique délicate voire précaire. En outre, une clause ou un contrat interdisant à son cocontractant la cession à des tiers de créances qu'il détient sur lui-même peut aussi être profitable aux acheteurs dont les fournisseurs en position de dépendance peuvent hésiter à solliciter le paiement des créances de peur de voir leurs relations commerciales non renouvelées alors qu'un tiers n'aura aucune crainte et aucune retenue.

491. Les clauses ou contrats interdisant la cession de créances caractérisent un abus de la part des distributeurs et provoquent un déséquilibre contractuel. Leur prohibition participe au maintien dudit équilibre. Dans cet objectif, le législateur a aussi adopté des dispositions prohibant les stipulations qui limitent la liberté contractuelle des opérateurs économiques.

§II) Les clauses et contrats limitant la liberté contractuelle.

492. Les dispositions du second paragraphe de l'article L.442-6 du code de commerce visent à instaurer un ordre public économique. Parmi ces dispositions, certaines tendent à déclarer nuls les contrats et clauses qui limitent la liberté contractuelle des opérateurs économiques. Dans ce but, la loi du 4 août 2008 a ajouté un point e au second paragraphe de l'article ci avant énoncé. Cette disposition vise à protéger les revendeurs exploitant une surface inférieure à 300 mètres carrés et non-liés, à leurs fournisseurs, par un contrat de licence de marque ou de savoir-faire. Sont donc exclus du champ d'application de la disposition précitée les contrats de franchise et de concession.

493. En adoptant cette disposition, le législateur a souhaité protéger le commerce de proximité. Pour cela, ont été adoptées des dispositions déclarant nuls les clauses ou contrats trouvant à s'appliquer lors de la relation commerciale (I) mais aussi à la fin de celle-ci (II).

I) Lors de la relation : l'exclusivité d'approvisionnement.

494. Une exclusivité d'approvisionnement est généralement stipulée dans les contrats de franchise, et les contrats de concession. Dans ces contrats, l'exclusivité se justifie par la transmission d'un savoir-faire ou par le bénéfice d'une exclusivité territoriale. Cependant, le point e du second paragraphe de l'article L.442-6 du code de commerce ne s'applique pas à ces deux types de conventions.

495. Dans les relations entre fournisseurs et distributeurs, ces derniers se doivent de proposer un maximum de références afin de satisfaire les demandes de leurs clients et donc d'accroître leur chiffre d'affaires. Les contraindre au respect d'une clause d'exclusivité d'approvisionnement c'est leur imposer de ne revendre que les produits d'un seul fournisseur. De plus, une telle exclusivité les empêche de faire jouer la concurrence entre fournisseurs afin d'obtenir le prix d'achat le plus bas possible et ainsi proposer à la vente les produits au prix le plus attractif. L'exclusivité d'approvisionnement peut donc constituer un frein commercial pour les distributeurs. En outre, pour un revendeur, restreindre ses sources d'approvisionnement peut aussi présenter un risque dans l'hypothèse d'une dégradation de ses relations avec son fournisseur. En effet, ce dernier peut, par représailles, limiter le volume de ses approvisionnements si un volume minimal n'est pas stipulé dans la convention unissant les deux opérateurs économiques ou si le volume stipulé n'est pas suffisant pour satisfaire les demandes des clients du revendeur. Toutefois, l'exclusivité d'approvisionnement peut être avantageuse pour les distributeurs qui parfois bénéficient de conditions préférentielles sur l'achat de produits et services ou d'aide à leur installation. Cependant, le revendeur, lorsqu'il contracte, n'a aucune certitude sur les potentiels efforts de son fournisseur et ne peut savoir si ces derniers seront proportionnels à la contrainte que représente l'exclusivité d'achat.

496. Corollairement, l'exclusivité d'approvisionnement permet aux fournisseurs de s'assurer un certain volume de vente, mais aussi de nuire à leurs concurrents qui ne pourront céder leurs produits et services aux revendeurs débiteurs d'une clause d'exclusivité. Une exclusivité d'approvisionnement présente donc nécessairement un avantage pour les fournisseurs.

497. L'exclusivité d'approvisionnement présente des risques pour les seuls revendeurs, risques dont l'importance évolue dans le même sens que la durée de l'exclusivité. Afin d'encadrer l'exclusivité d'achat, la Commission Européenne avait limité l'exclusivité d'achat à cinq ans⁵⁴⁷. Les dispositions de l'article L.442-6-II, e du code de commerce sont davantage protectrices des petits revendeurs, la clause ou le contrat d'exclusivité étant nuls de plein droit lorsque la durée est supérieure à deux ans.

498. Les dispositions de l'article L.442-6-I, e du code de commerce protègent donc les petits distributeurs contre certaines pratiques des fournisseurs et plus particulièrement des grands groupes industriels qui, en limitant les sources d'approvisionnement de leurs clients, mettent en place une relation de dépendance. L'article précité protège aussi les petits revendeurs à la fin de la relation.

II) A la fin de la relation.

499. La loi de modernisation de l'économie a édicté une disposition visant à déclarer nuls les clauses ou contrats qui stipulent, au profit d'un fournisseur, un droit de préférence sur la cession ou le transfert du fonds de commerce de leurs clients (A) ou imposant aux revendeurs une clause de non-concurrence post contractuelle (B).

A) Le droit de préférence sur la cession ou le transfert du fonds de commerce.

500. Pour un promoteur de réseau obtenir un droit de préférence sur la cession ou le transfert du fonds de commerce d'un de ses revendeurs est avantageux. Un tel droit interdit à ces derniers d'intégrer un réseau concurrent et permet aux fournisseurs de maintenir les fonds de commerce dans leur réseau. De plus, les promoteurs de réseau et fournisseurs concurrents, pour démarcher de nouveaux points de vente et intégrer de nouveaux fonds de commerce à leur réseau, doivent au préalable obtenir l'accord du promoteur de réseau, c'est-à-dire du fournisseur en place⁵⁴⁸. Le droit de préférence constitue donc une barrière qui empêche les concurrents d'accéder au marché local. La protection du réseau est donc double.

⁵⁴⁷ Cf. Article 5-1-a du règlement CE n° 330/2010 du 20 avril 2010.

⁵⁴⁸ N. Genty, D. Delesalle et E. Deberdt, *op. cit.*, p. 61.

501. Le contrat ou la clause qui permet à un fournisseur de bénéficier d'un droit de préférence sur la cession ou le transfert du fonds de commerce de l'un de ces revendeurs limite la capacité à contracter de ces derniers. En effet, ce type de stipulation, en les empêchant d'intégrer librement un réseau concurrent, limite le revendeur dans ces choix. En outre, une telle obligation leur impose certaines contraintes lors de la cession de leur fonds de commerce. Le distributeur n'a aucun intérêt et ne retirera aucun avantage à accorder un droit de préférence, à son fournisseur, sur la cession ou le transfert de son activité. Seule la crainte de ne pas pouvoir nouer une relation commerciale avec le promoteur peut l'inciter à consentir à une telle clause ou un tel contrat.

502. Les dispositions du point e du second paragraphe de l'article L.442-6 du Code de commerce protègent donc les petits distributeurs contre certaines pratiques de certains fournisseurs. Pour protéger davantage les revendeurs, cet article vise aussi les clauses de non-concurrence post-contractuelles.

B) La clause de non-concurrence post-contractuelle.

503. La validité des clauses de non-concurrence post-contractuelles ne se pose plus dans les contrats de travail⁵⁴⁹ et ses conditions de licéité sont clairement identifiées⁵⁵⁰.

504. En droit de la distribution, la validité de telles clauses est admise pour les voyageurs représentants placiers qui bénéficient de la protection des règles du code du travail et pour les agents commerciaux⁵⁵¹. Dans les contrats de concession, ce type de stipulation se justifie afin d'éviter qu'en poursuivant son activité, dans le territoire qui lui était confié, le concessionnaire ne détourne à son profit la clientèle qui devait se porter vers le nouveau concessionnaire. En ce qui concerne les contrats de franchise, la clause de non-concurrence post-contractuelle a pour objectif de protéger le savoir-faire du franchiseur et de lui permettre de reconstituer un réseau en interdisant au franchisé d'adhérer à un réseau de franchise concurrent ou en créant son propre réseau. Pour contrôler la validité des clauses de non-concurrence post-contractuelle stipulées dans les

⁵⁴⁹ Cass. Soc., 9 juillet 1978, Dalloz, 1997, p. 338, note M. Crionnet.

⁵⁵⁰ Cass. Soc., 10 juillet 2002, pourvoi n° 00-45.135, Revue de jurisprudence sociale, octobre 2002, n° 1119.

⁵⁵¹ Cf. Article L.134-14 du Code de commerce.

contrats de concession et les contrats de franchise, il convient de se référer aux dispositions de l'article 5-1-b du Règlement CE n° 330/2010 qui s'est substitué au Règlement CE n° 2790/1999.

505. Afin d'encadrer les clauses de non-concurrence post-contractuelles que les fournisseurs pourraient être tentés d'insérer dans les contrats les liants à certains revendeurs, le législateur a complété l'article L.442-6 du code de commerce. Cet article soumet la validité de ce type de stipulation au respect de quatre conditions. Il est nécessaire que la clause ne concerne que les biens et les services qui sont en concurrence avec les biens ou services contractuels, qu'elle soit limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels l'acheteur a opéré pendant la durée du contrat, qu'elle soit indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur et que l'engagement soit limité dans le temps. Cependant, les dispositions de l'article L.442-6-II, e du code de commerce sont peu claires. En effet, la durée de deux ans mentionnée dans l'article précité peut s'appliquer soit au droit de préférence, à la clause de non-concurrence et à l'exclusivité d'approvisionnement soit uniquement à cette dernière. Au regard des objectifs du législateur et afin de lutter contre certains abus, le délai de deux ans ne doit s'appliquer qu'aux clauses et contrats relatifs à l'exclusivité d'approvisionnement et tous contrats ou clauses stipulant une obligation de non-concurrence post-contractuelle doivent être déclarés nuls. Une solution inverse empêcherait le revendeur de poursuivre son activité et l'obligerait à en changer. En outre, les dispositions du Règlement CE n° 330/2010 et la jurisprudence de la Cour de cassation⁵⁵² soumettent la validité d'une clause de non-concurrence post-contractuelle au respect d'une exigence de proportionnalité aux intérêts protégés. Or, à la lecture du point e du second paragraphe de l'article L.442-6 du code de commerce la nullité de la clause peut être prononcée indépendamment de toute condition de proportionnalité. Cette démarche démontre clairement la volonté du législateur de protéger les petits distributeurs.

506. La loi de modernisation de l'économie a édicté des dispositions visant à renforcer l'indépendance des petits distributeurs, des commerçants de proximité tout au long des relations qu'ils concluent avec leurs fournisseurs. Plus généralement, depuis

⁵⁵² Cass. Com., 4 janvier 1994, pourvoi n° 92-14.121, Bull. civ. IV, n° 4.

2001, avec l'instauration d'un ordre public économique, le législateur a souhaité lutter contre les abus de certains opérateurs économiques, abus qui se manifestaient par l'insertion de clauses qui entravent la liberté de la partie la plus faible, qui nuisent à ses intérêts économiques et à l'équilibre contractuel.

CONCLUSION DU TITRE

507. Les négociations entre opérateurs économiques peuvent aboutir sur un accord, obligatoirement matérialisé par un contrat⁵⁵³, qui est le reflet de la capacité de négociation des parties. En application du principe de la force obligatoire des conventions, énoncé à l’alinéa 1^{er} de l’article 1134 du code civil, les cocontractants se doivent de respecter leurs engagements. Dans les relations entre fournisseurs et distributeurs, ces derniers bénéficient d’une position préférentielle, l’équilibre contractuel s’en trouve donc affecté. Afin de lutter contre certains abus et dans le dessein de promouvoir le devoir de loyauté, il est impératif de favoriser l’équilibre contractuel. Les concepts classiques, même développés et adaptés par la jurisprudence, étant insuffisants, le législateur a été obligé d’intervenir. Leurs interventions ont visé à sanctionner tant les comportements des opérateurs économiques que les actes conclus⁵⁵⁴.

508. Les réformes ont globalement apporté une réponse satisfaisante tant dans les pratiques condamnées que dans les sanctions adoptées. Toutefois, l’imagination des opérateurs économiques étant sans limites, il convient que le législateur, d’une part, et la Commission d’examen des pratiques commerciales, d’autre part, restent vigilants afin d’anticiper ou de répondre sans latence aux nouvelles pratiques développées par les distributeurs et les grands groupes industriels.

509. Le devoir de loyauté a donc été utilisé afin de favoriser l’équilibre contractuel. Ce devoir, qui tend à promouvoir un équilibre des relations commerciales, va plus loin et impose aux opérateurs économiques de ne pas abuser du déséquilibre structurel qui existe avec leurs partenaires économiques.

⁵⁵³ Cf. Article L.441-7 du Code de commerce.

⁵⁵⁴ M.E. Pancrazi, *op cit.*, p. 70.

TITRE II :

LA LUTTE CONTRE LES ABUS DU DESEQUILIBRE STRUCTUREL

510. Le modèle parfait de concurrence nécessite un équilibre entre opérateurs économiques. Cela consiste, notamment, en un équilibre financier, technologique et commercial. S'installe alors un équilibre de puissance créant ainsi, suivant l'organisation du marché, soit une dépendance réciproque, soit une absence totale de dépendance. Ce modèle, théorique, ne se retrouve pourtant jamais dans le monde des affaires. Les changements économiques et commerciaux rendent impossible la caractérisation d'un équilibre entre opérateurs économiques. Le déséquilibre conduit donc ces derniers à accomplir certains comportements, actes, agissements qui sont sanctionnés par le droit de la concurrence lorsqu'un marché déterminé est affecté.

511. En France, à la fin des années quatre-vingt-dix et au début des années deux mille, le double mouvement de concentration des distributeurs a fait du secteur de la distribution un secteur oligopolistique⁵⁵⁵. La concentration des distributeurs n'a pas modifié leurs comportements à l'égard des grands groupes industriels dont ils ne peuvent pas ne pas proposer à la vente les produits et marques notoires. Par-contre, pour tous les autres fournisseurs, le changement de taille des opérateurs de la grande distribution a affecté leurs rapports. Les centrales d'achat et les grands distributeurs ont profité du déséquilibre structurel pour adapter leurs comportements et mettre en place de nouvelles pratiques. Leur volonté première était d'user, de profiter de leur position afin d'en retirer un bénéfice maximum. Un tel objectif est inhérent au monde des affaires, aux relations commerciales et n'est pas contraire au devoir de loyauté qui ne prohibe pas l'optimisation des profits. Cependant, la recherche d'une rentabilité maximale doit se faire dans le strict respect des intérêts de ses partenaires. En l'espèce, les pratiques développées par les opérateurs de la grande distribution, mais aussi par certains industriels ont eu des conséquences néfastes pour les opérateurs économiques les plus faibles.

⁵⁵⁵ Rapport Canivet, *op. cit.*, p.25.

512. Le rétablissement d'un équilibre structurel, soit par une scission des grands groupes de distribution, soit par une fusion des fournisseurs et prestataires de services était impossible à organiser et orchestrer pour le législateur. Ce dernier a alors adopté des dispositions visant à lutter contre les abus du déséquilibre structurel tant lors de la relation commerciale (Chapitre I) qu'à sa fin (Chapitre II).

Chapitre I : Les abus durant la relation commerciale.

513. Les opérateurs économiques bénéficiant d'une position préférentielle vont user de cette dernière afin d'obtenir les conditions les plus favorables. Cependant, dans cette recherche, certains distributeurs ou grands groupes industriels ne se limiteront pas à user de leur position, mais en abuseront.

514. Les abus peuvent se caractériser de différentes manières. Certains seront constitués par un acte positif et d'autres par un acte négatif, une abstention. Pour lutter contre de telles pratiques, le législateur n'a cessé, au gré des réformes, d'allonger la liste des pratiques restrictives de concurrence codifiées au premier paragraphe de l'article L.442-6 du code de commerce. En ce sens, la loi relative aux nouvelles régulations économiques a marqué un tournant dans la lutte contre les abus en introduisant, dans l'article précité, les notions d'abus de puissance d'achat et de vente⁵⁵⁶. Cet apport avait pour but de sanctionner des comportements, qui pouvaient déjà l'être au titre du droit des pratiques anticoncurrentielles, sans avoir à démontrer une quelconque atteinte du marché. Toutefois, ce texte a été très peu appliqué du fait, d'une part, de l'attitude des juges souhaitant « *ne pas donner des notions de dépendance économique ou de puissance d'achat des acceptions différentes de celles retenues dans le cadre du titre II* »⁵⁵⁷ et, d'autre part, de la part du chiffre d'affaires que représente chaque distributeur pour leurs fournisseurs⁵⁵⁸ qui ne permet pas de démontrer une dépendance économique. La loi de modernisation de l'économie a donc supprimé les dispositions précitées, introduites par la loi du 15 mai 2001, pour les remplacer par la notion de « *déséquilibre significatif* »⁵⁵⁹ provoquant ainsi un recul de la liberté contractuelle entre professionnels.

515. Les dispositions relatives aux pratiques restrictives ne sont pas les seules, contenues dans le code de commerce, favorisant l'équilibre structurel et commercial entre opérateurs économiques. Certains comportements, apparus suite au rapprochement des enseignes de la grande distribution, ne sont sanctionnés que par les dispositions du code de commerce relatives aux pratiques anticoncurrentielles. Il est donc aussi nécessaire de rechercher, dans l'arsenal législatif et réglementaire, les dispositions du deuxième titre du

⁵⁵⁶ Cf. Article 56 de la loi du 15 mai 2001.

⁵⁵⁷ Rapport de Marie Dominique Hagelsteen, *op. cit.*, p. 29.

⁵⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁵⁹ Cf. Article 93 de la loi du 4 août 2008 et V. *supra* n° 439 et s.

quatrième livre du code de commerce qui permettent de lutter contre les abus du déséquilibre.

516. Les relations entre opérateurs économiques devant s’entendre au sens large, c’est-à-dire de la prise de contact, avant toute négociation, jusqu’à la rupture de la relation, les abus du déséquilibre structurel pourront être nombreux et variés. Il convient donc d’étudier les dispositions visant à promouvoir un équilibre tant lors de l’établissement de la relation (section I) que lors du développement de cette dernière (section II).

Section I : Lors de l’établissement de la relation.

517. L’établissement de la relation est encadré par les dispositions relatives à la transparence des négociations commerciales⁵⁶⁰. Malgré cela, certaines pratiques, certains comportements caractérisant un déséquilibre structurel et commercial trouvent à s’exprimer.

518. Afin que le déséquilibre structurel n’ait de conséquence néfaste pour l’opérateur économique le plus faible, les dispositions du code de commerce relatives aux pratiques restrictives et celles relatives aux pratiques anticoncurrentielles sanctionnent certains refus (§I) et abus (§II).

§I) Les pratiques matérialisées par un refus.

519. Le refus peut constituer un abus et ainsi nuire à l’équilibre des relations commerciales. Les dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence sanctionnent donc le refus de communiquer les conditions générales de vente (I) et celles relatives aux pratiques anticoncurrentielles prohibent le refus de contracter (II).

⁵⁶⁰ Cf. Article L.441-6 du Code de commerce.

I) La non communication des conditions générales de vente.

520. La non-communication des conditions générales de vente est sanctionnée au titre des pratiques restrictives par le neuvième point du premier paragraphe de l'article L.442-6 du code de commerce⁵⁶¹. Cette pratique caractérise un refus du fournisseur ou du prestataire de services d'entrer en négociation.

521. Au regard du contexte économique entourant les négociations commerciales, cette pratique ne pourra pas, généralement, trouver à s'appliquer dans les relations entre fournisseurs et grands distributeurs où les premiers se voient économiquement contraints de vendre aux seconds sous peine de voir leur chiffre d'affaires fortement amputé⁵⁶². A l'opposé, les grands groupes industriels, qui disposent d'une large surface financière et qui possèdent des marques notoires, ne sont économiquement pas obligés de contracter avec tous les grands distributeurs. Ils pourraient donc occulter les dispositions de l'article L.441-6 du code de commerce et refuser de communiquer⁵⁶³ leurs conditions générales de vente aux distributeurs et grossistes qui en font la demande. Ce comportement peut avoir pour but d'obtenir des conditions meilleures pour la vente et la commercialisation de leurs produits. Toutefois, en général, leur refus de communiquer leurs conditions générales de vente ne concerne que leurs marques et leurs produits les plus notoires. Ce refus est opposé aux distributeurs dans l'objectif de forcer ces derniers à commercialiser une grande partie ou l'intégralité de leur gamme de produits dont certains, peu connus, sont difficiles à écouler. Les grands groupes industriels étant bien plus puissants que les grands distributeurs français⁵⁶⁴, le neuvième point du premier paragraphe de l'article L.442-6 du code de commerce participe donc à la lutte contre les abus du déséquilibre structurel.

522. Le refus d'entrer en négociation avec un potentiel acheteur ou demandeur de prestation de services implique nécessairement un refus de contracter, refus qui constitue la forme la plus grave de discrimination⁵⁶⁵.

⁵⁶¹ V. *supra* n° 120 et s.

⁵⁶² O. Poulet et J.A. Robert, *op. cit.*, p. 266.

⁵⁶³ V. *supra* n° 137 et s.

⁵⁶⁴ O. Poulet et J.A. Robert, *op. cit.*, p. 255.

⁵⁶⁵ D. Ferrier, *op. cit.*, p.163.

II) Le refus de contracter.

523. Le refus de vente a tout d'abord été sanctionné pénalement, puis civilement⁵⁶⁶, au titre des pratiques restrictives, pour n'être maintenant prohibé que par les dispositions du code de commerce relatives aux pratiques anticoncurrentielles⁵⁶⁷. Au regard du sujet étudié, les relations commerciales doivent s'entendre comme le lien qui unit les opérateurs économiques dans une relation verticale. Il sera donc nécessaire de démontrer un abus de position dominante et une affectation du marché par la pratique afin que les dispositions s'y référant puissent être appliquées, d'une part, et que le produit ou service soit matériellement et juridiquement disponible pour que le refus soit sanctionné, d'autre part.

524. En 1986⁵⁶⁸, le choix a été fait de sanctionner le refus de vente afin de protéger la grande distribution contre le refus opposé par certains fournisseurs méfiants envers la pratique des prix d'appel mise en place par certains grands distributeurs. Le refus de vente pouvait consister en un refus d'exécuter une convention à laquelle le vendeur ou le prestataire de services a consenti⁵⁶⁹ ou plus fréquemment en un refus d'enregistrer une commande⁵⁷⁰, en un refus d'entrer en négociation⁵⁷¹ ou en l'absence de réponse à une demande d'information en vue de contracter⁵⁷². Cette dernière pratique doit être rapprochée des dispositions du neuvième point du premier paragraphe de l'article L.442-6 du code de commerce, tel qu'issu de la loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs du 3 janvier 2008, qui sanctionne le refus de communiquer les conditions générales de vente⁵⁷³. Le refus de vente constitue donc un acte volontaire du fournisseur ou du prestataire de services visant à empêcher un revendeur d'exercer, de développer son activité, et cela, sans aucun motif légitime. Cette pratique porte donc atteinte aux intérêts des distributeurs.

525. Le second point de l'article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, aujourd'hui abrogé, ainsi que les dispositions du code de commerce relatives aux

⁵⁶⁶ Cf. Article 36, 2^o de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

⁵⁶⁷ Cf. Articles L.420-1 et L.420-2 alinéas 1 et 2 du Code de commerce.

⁵⁶⁸ Cf. Article 36, 2^o de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

⁵⁶⁹ Cass. Crim., 22 décembre 1969, pourvoi n° 69-91.630, Dalloz 1970, p. 108, note J. Guyenot.

⁵⁷⁰ Cass. Com., 26 octobre 1993, pourvoi n° 91-20.012.

⁵⁷¹ Cass. Crim., 23 février 1981, pourvoi n° 80-91.536.

⁵⁷² Cass. Crim., 30 avril 1968, pourvoi n° 67-91.385.

⁵⁷³ V. *supra* n° 147 et s.

pratiques anticoncurrentielles sanctionnant le refus de vente ont donc pour objectif de faciliter l'exercice de l'activité des opérateurs économiques et de lutter contre un refus caractéristique d'un abus du déséquilibre structurel.

§II) Les pratiques caractérisant un abus.

526. Avant que la loi de modernisation de l'économie ne supprime cette possibilité, la loi relative aux nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 permettait de sanctionner les abus de puissance d'achat et de vente sans avoir à démontrer une quelconque affectation du marché⁵⁷⁴. Désormais, les abus trouvant à s'exprimer dans les relations commerciales verticales en raison d'un déséquilibre structurel sont essentiellement prohibés par les dispositions du code de commerce relatives aux pratiques anticoncurrentielles. Deux types d'abus sont visés, l'abus de position dominante (I) et l'abus de dépendance économique (II).

I) L'abus de position dominante.

527. L'abus de position dominante est sanctionné par les dispositions des articles L.420-2 et L.752-5 du code de commerce. Il peut être caractérisé entre opérateurs économiques tant dans les relations horizontales que verticales⁵⁷⁵. Au regard du sujet étudié, notre propos se limitera à l'étude de cet abus dans ce dernier type de relations.

528. Dans les relations verticales, au regard des dispositions du second titre du quatrième livre du code de commerce, l'abus a pour objectif d'accroître, sans justification objective, la dépendance d'un opérateur économique. Cela peut consister à imposer des conditions anormales à ses clients ou à accorder à certains d'entre eux des conditions discriminatoires. Cette dernière pratique révèle l'incapacité des revendeurs à faire jouer la concurrence⁵⁷⁶. L'abus peut aussi être caractérisé en présence d'une clause d'exclusivité empêchant ainsi les acheteurs de se fournir chez un concurrent⁵⁷⁷ ou d'une clause de ventes liées qui soumet la vente de certains produits à l'achat par le client d'autres

⁵⁷⁴ Cf. Article 56 de la loi du 15 mai 2001.

⁵⁷⁵ M-A. Frison-Roche et M-S. Payet, « *Droit de la concurrence* », Dalloz, 2006, p. 218 et s.

⁵⁷⁶ *Ibid.*

⁵⁷⁷ CJCE, 13 février 1979, *Hoffman-La roche c/ Commission*, affaire 85/76 et Cons. Conc., n° 04-D-13, 8 avril 2004.

produits ou services de l'entreprise. Enfin, l'abus de position dominante peut consister en la capacité du fournisseur à imposer, aux distributeurs, un prix de revente⁵⁷⁸.

529. Au regard des pratiques condamnées, il est évident que certains opérateurs économiques, jouissant d'une position préférentielle, abusent de celle-ci afin d'accroître leurs profits au détriment des intérêts et de l'activité de leurs clients. Toutefois, pour que les dispositions de l'article L.420-2 du code de commerce puissent s'appliquer, il sera nécessaire que l'auteur de l'abus soit en position dominante sur un marché déterminé, c'est-à-dire que l'entreprise détienne une part très importante du marché de référence ou un avantage qui peut être technologique, financier ou commercial⁵⁷⁹. Or, en France, un seul distributeur ne représente pas cinquante pour-cent du chiffre d'affaires d'un fournisseur⁵⁸⁰ et un fournisseur ne représente qu'une infime part du chiffre d'affaires d'un grand distributeur. Les condamnations pour abus de position dominante seront donc rares voire inexistantes.

530. Pour compléter l'arsenal législatif visant à lutter contre un tel abus, l'article 102 de la loi de modernisation de l'économie, codifié à l'article 752-5 du code de commerce, permet au maire d'une commune de saisir l'autorité de la concurrence « *en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique de la part d'une entreprises ou d'un groupe d'entreprises exploitant plusieurs magasins de vente au détail* ». Cette disposition est codifiée avec celles relatives à l'aménagement commercial. Il est donc évident que le législateur a souhaité mettre en place un dispositif visant à faire sanctionner les abus de position dominante sans qu'il soit nécessaire de démontrer une affectation de la concurrence sur un marché déterminé.

540. La condamnation des abus de position dominante, tant par l'article L.420-2 du code de commerce que par l'article L.752-5 du même code, participe à la lutte contre les abus du déséquilibre structurel. Un autre abus est sanctionné par les dispositions du code de commerce relatives aux pratiques anticoncurrentielles, l'abus de dépendance économique.

⁵⁷⁸ Cons. Conc., n° 05-D-32, 22 juin 2005.

⁵⁷⁹ D. Ferrier, *op. cit.*, p. 164.

⁵⁸⁰ O. Poulet et J.A. Robert, *op. cit.*, pp. 254-256.

II) L'abus de dépendance économique.

541. En matière civile, Cour de cassation sanctionne la contrainte économique au visa de l'article 1112 du code civil, article relatif à la violence qui est définie comme le fait « *d'inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent* ». Il en est ainsi lorsque son exploitation « *est faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne* »⁵⁸¹ ou lorsque tout est mis en place pour provoquer les difficultés d'une société pour ensuite en prendre le contrôle⁵⁸².

542. En droit commercial, l'abus de dépendance économique est prohibé depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance relative à la liberté des prix et de la concurrence du 1^{er} décembre 1986⁵⁸³. Il était sanctionné au titre des pratiques restrictives avant que la loi de modernisation de l'économie ne supprime cette possibilité. Désormais, cet abus est seulement sanctionné par le second alinéa de l'article L.420-2 du code de commerce. Les juges considèrent que « *l'état de dépendance économique caractérise une situation dans laquelle une entreprise est obligée de poursuivre des relations commerciales avec une autre lorsqu'il lui est impossible de s'approvisionner en produits substituables dans des conditions équivalentes* »⁵⁸⁴.

543. Pour être caractérisé, « *l'état de dépendance économique d'un fournisseur vis-à-vis d'un distributeur doit s'apprécier au regard de plusieurs critères et, notamment, de l'importance de la part du chiffre d'affaires réalisé par ce fournisseur avec le distributeur, de l'importance du distributeur dans la commercialisation des produits concernés, des facteurs ayant conduit à la concentration des ventes du fournisseur auprès du distributeur, de l'existence et de la diversité éventuelle de solutions alternatives pour le fournisseur* »⁵⁸⁵. Ces critères sont cumulatifs⁵⁸⁶. Cependant, la loi relative aux nouvelles régulations économiques a supprimé l'exigence d'une solution équivalente⁵⁸⁷ sans pour autant que ce critère soit abandonné par les juges qui recherchent

⁵⁸¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 3 avril 2002, pourvoi n° 00-12.932, Bull. civ. I, n° 108.

⁵⁸² Cass. Com., 18 février 1997, pourvoi n° 94-19.272.

⁵⁸³ Cf. Article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

⁵⁸⁴ CA Paris, 5 juillet 1991, Juris-Data n° 1991-643682.

⁵⁸⁵ Cons. Conc. n° 93-D-21, 8 juin 1993.

⁵⁸⁶ Cass. Com., 10 décembre 1996, pourvoi n° 94-16-192, Bull. civ. 1996 IV, n° 309 et 310.

⁵⁸⁷ Cf. Article 66 de la loi du 15 mai 2001.

« [des] solutions alternatives économiquement raisonnables »⁵⁸⁸ et le Conseil de la concurrence qui continue à estimer que « la notion même de dépendance suppose l'absence de solution équivalente »⁵⁸⁹.

544. Un abus de dépendance économique peut aussi être caractérisé dans d'autres hypothèses. En effet, depuis les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 1^{er} décembre 1995⁵⁹⁰, un contrat de vente ou de prestation de services peut ne pas stipuler de prix sans que sa validité ne soit affectée. La dépendance économique de certains fournisseurs et prestataires de services pourrait inciter les distributeurs à abuser de leur position afin que le prix fixé ultérieurement soit le plus bas possible. Toutefois, dans les arrêts précités, les juges près de la Cour de cassation offrent la possibilité aux juges du fond de sanctionner les abus dans la fixation du prix. Cet abus, dont le contrôle est fondé sur l'article 1135 du code civil, peut consister, alors que la conjoncture est difficile, « à imposer des sacrifices à son concessionnaire tout en continuant à faire des profits »⁵⁹¹. Les juges considèrent aussi qu'il y a abus lorsque le prix fixé est disproportionné⁵⁹². Toutefois, la Cour de cassation refuse de considérer qu'il y a abus dans la fixation du prix lorsque ce dernier est négocié⁵⁹³ ou en l'absence de situation de dépendance⁵⁹⁴.

545. La dépendance économique peut aussi résulter d'une exclusivité d'approvisionnement qui peut se décliner en une obligation d'acquérir une quantité minimale de produits, en une clause interdisant de n'acheter aucun autre produit, ou en une clause d'achat prioritaire. Pour caractériser une telle dépendance, il est, nécessaire que la marque du fournisseur soit notoire. De plus, il convient de démontrer l'importance de la part de marché du fournisseur dans le chiffre d'affaires du distributeur et de tenir compte des possibilités de substitution, du revendeur, auprès d'autres fournisseurs⁵⁹⁵. Afin de limiter la dépendance économique des distributeurs, le législateur a complété

⁵⁸⁸ Cass. Com., 12 juillet 2005, pourvoi n° 04-12.388.

⁵⁸⁹ Cons. Conc. n° 03-D-42, 18 août 2003.

⁵⁹⁰ Cass. Ass. Plen., 1^{er} décembre 1995, pourvois n° 91-15.578 et 91-15.999, La semaine juridique édition entreprise, 1996, II. 776, note L. Leveneur.

⁵⁹¹ Cass. Com., 15 janvier 2002, pourvoi n° 99-21.172.

⁵⁹² Cass. Com., 17 décembre 2003, pourvoi n° 01-16.505.

⁵⁹³ Cass. Com., 5 décembre 2000, pourvoi n° 97-21.631.

⁵⁹⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, pourvoi n° 01-00.475.

⁵⁹⁵ Cass. Com., 12 octobre 1993, pourvois n° 91-16.988 et 91-17.090.

l'article L.420-2 du code de commerce en visant les accords de gamme⁵⁹⁶ qui consistent à soumettre la vente de certains produits à l'achat d'autres plus difficiles à écouler. Cet ajout a pour objectif de garantir aux revendeurs une liberté dans leurs sources d'approvisionnement et dans le choix des produits qu'ils souhaitent commercialiser.

546. Au regard de sa définition et de ses critères d'appréciation, les dispositions du code de commerce relatives à l'abus de dépendance économique permettent de lutter contre les abus du déséquilibre structurel qui peuvent aussi consister en un refus. Certaines dispositions interdisent et sanctionnent donc de telles pratiques qui trouvent à s'exprimer lors de la période précontractuelle mais aussi lors du développement de la relation.

Section II : Lors du développement de la relation.

547. Le résultat des négociations commerciales doit être récapitulé dans un écrit⁵⁹⁷. Le principe de la force obligatoire des conventions imposant une stricte application de ces dernières, l'on pourrait alors imaginer que le déséquilibre structurel entre les cocontractants n'aurait plus de conséquence une fois la convention récapitulative signée. Bien au contraire, les opérateurs économiques bénéficiant d'une position préférentielle, c'est-à-dire les grands distributeurs et certains grands groupes industriels, vont profiter du déséquilibre qui existe avec leurs partenaires pour obtenir des avantages supplémentaires, pour se voir octroyer de meilleures conditions.

548. Diverses dispositions ont alors été adoptées afin de mettre fin à certaines pratiques développées lors du transfert des marchandises (§I). Parmi ces comportements, l'un d'entre eux a fait l'objet d'une attention particulière car il consiste à retarder le paiement des factures (§II).

§I) Les pratiques mises en place lors du transfert de marchandises.

549. Au fil des réformes en matière de relations commerciales, le législateur a complété la liste des pratiques restrictives de l'article L.442-6 du code de commerce. Cet

⁵⁹⁶ Cf. Article 40 de la loi du 2 août 2005.

⁵⁹⁷ Cf. Article L.441-7 du Code de commerce et V. *supra* n° 259 et s.

article sanctionne certaines pratiques d'achat (I) et impose des mentions sur les étiquettes des produits vendus sous marque de distributeur (II).

I) Les pratiques d'achat condamnables.

550. Avant l'adoption de la loi du 2 août 2005, les conditions générales d'achat contenaient certaines sanctions envers les fournisseurs. Ces sanctions constituaient un moyen de pression sans que ces derniers ne soient en mesure d'en discuter le bien-fondé⁵⁹⁸. Elles consistaient en un refus ou retour des marchandises (A) ou en la déduction d'office des pénalités et rabais (B). Pour y mettre fin, le législateur a donc complété la liste des pratiques restrictives de l'article L.442-6 du code de commerce.

A) Le refus ou le retour de marchandises.

551. Les parties peuvent contractuellement convenir, par avance, d'une pénalité en cas d'inexécution d'une convention⁵⁹⁹. Dans le domaine de la distribution, au regard du déséquilibre structurel existant, de telles pénalités seront stipulées dans les conditions générales de vente du fournisseur s'il s'agit d'un grand groupe industriel ou, dans tous les autres cas, dans les conditions générales d'achat.

552. Les grands distributeurs, lorsqu'ils sont dans une situation préférentielle vis-à-vis de leurs fournisseurs, imposeront des sanctions « *disproportionnées et brutales* »⁶⁰⁰. Parmi ces sanctions, l'une d'entre elles consistait à refuser ou à retourner les marchandises aux fournisseurs. Cette pratique pourrait se justifier s'il existait une inexécution dans l'obligation de livraison ou si les produits livrés étaient endommagés. Cependant, les grands distributeurs profitaient de leur position pour refuser certaines marchandises alors que l'inexécution dans la livraison n'était pas avérée. Ils avaient aussi pour habitude de retourner des produits provenant d'invendus ou endommagés suite à de mauvaises conditions de stockage ou de rayonnage⁶⁰¹. Ces pratiques font donc supporter aux fournisseurs les invendus et les risques liés à une mauvaise gestion des stocks.

⁵⁹⁸ I. Baudet, *op. cit.*, p. 49.

⁵⁹⁹ V. *supra* n° 406 et s.

⁶⁰⁰ CEPC, avis n° 04-04 du 7 juillet 2004.

⁶⁰¹ I. Baudet, *op. cit.*, p. 49.

553. Désormais, le refus ou le retour de marchandises engage la responsabilité du distributeur si le fournisseur n'a « *pas été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant* »⁶⁰². Pour s'éviter tout risque de condamnation, les distributeurs devront tout mettre en œuvre afin que les fournisseurs puissent contrôler la véracité du motif invoqué⁶⁰³. Il est évident que « *la seule information du fournisseur ne suffit pas* »⁶⁰⁴. Ce dernier doit être « *véritablement mis en mesure de contester la réalité du grief qui lui est reproché* »⁶⁰⁵, c'est-à-dire que le distributeur ne pourra procéder au refus ou retour de marchandises qu'après que se soit écoulé un délai permettant au fournisseur de contester ou d'admettre le grief invoqué. En cas de conflit, il appartient au distributeur d'apporter la preuve de la véracité du motif avancé⁶⁰⁶.

554. La Circulaire du 8 décembre 2005 a précisé qu'il était nécessaire que le fournisseur consente à l'application des sanctions envisagées⁶⁰⁷. Cette précision a pour objectif d'éviter que les distributeurs ne puissent se prévaloir d'une stipulation de leurs conditions générales d'achat prévoyant le refus ou le retour de marchandises.

555. Le législateur a donc voulu protéger les fournisseurs contre les refus et retours de marchandises. Il a aussi prohibé la pratique consistant, pour les distributeurs, à déduire d'office les pénalités et rabais.

B) La déduction d'office des pénalités et rabais.

556. Les conditions générales de vente doivent stipuler certaines réductions de prix⁶⁰⁸, parmi lesquelles figurent les rabais⁶⁰⁹. Parallèlement, il est fréquent que les conditions générales d'achat stipulent des pénalités applicables en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution de ses obligations par le fournisseur ou le prestataire de services.

557. Les grands distributeurs avaient pris pour habitude de réduire d'office, du montant de leurs factures, les rabais stipulés par les conditions générales de vente et les

⁶⁰² Cf. Article L.442-6-I, 8° du Code de commerce.

⁶⁰³ Cf. Article 48 de la loi du 2 août 2005.

⁶⁰⁴ M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, *op. cit.*, p. 321.

⁶⁰⁵ *Ibid.*

⁶⁰⁶ I. Baudet, *op. cit.*, p. 49.

⁶⁰⁷ Cf. Point 5.4 de la circulaire du 8 décembre 2005.

⁶⁰⁸ Cf. Article L.441-6 du Code de commerce.

⁶⁰⁹ V. *supra* n° 135.

pénalités que les fournisseurs avaient acceptées de se voir appliquer⁶¹⁰. Certains distributeurs ont donc profité de leur position afin de réduire le montant de leurs factures de rabais et de pénalités alors que les conditions nécessaires à leurs applications n'étaient pas réunies. Pour limiter de telles pratiques, le législateur a imposé aux distributeurs que les fournisseurs puissent contrôler la réalité du grief invoqué, d'une part, et que la dette soit certaine, liquide et exigible⁶¹¹, d'autre part. L'objectif est d'éviter des compensations intempestives, de limiter la pression des distributeurs sur leurs fournisseurs dont certains d'entre eux seront réticents à contester en justice la compensation. En 2005, le gouvernement a tenu à préciser que « *la contestation par le fournisseur du grief allégué rend [...] la dette incertaine* »⁶¹². La simple contestation du fournisseur rend ainsi la compensation impossible.

558. A la lecture du huitième point du premier paragraphe de l'article L.442-6 du code de commerce, le champ d'application du texte précité est limité aux hypothèses de non-respect des dates de livraison et de non-conformité des marchandises. Cette précision nuit à la lutte contre les abus du déséquilibre structurel, car les distributeurs n'hésiteront pas à déduire les pénalités ou rabais correspondant à d'autres griefs. Un texte à vocation plus large aurait été préférable.

559. Le législateur a donc souhaité protéger les fournisseurs contre certaines déductions abusives de la part des distributeurs. Plus généralement, les dispositions adoptées ont pour objectif de permettre de sanctionner certaines pratiques d'achat abusives. Pour rétablir un certain équilibre, la loi de modernisation de l'économie impose aux distributeurs de mentionner sur les étiquettes des produits vendus sous marque de distributeur le nom et l'adresse du fabricant si ce dernier en fait la demande.

⁶¹⁰ V. *supra* n° 406 et s.

⁶¹¹ Cf. Article 48 de la loi du 2 août 2005.

⁶¹² Cf. Point 5.4 de la circulaire du 8 décembre 2005.

- II) Le refus de mentionner le nom et adresse du fabricant d'un produit vendu sous marque de distributeur.

560. L'article 93 de la loi de modernisation de l'économie, codifié à l'article L.442-6, I, 10° du code de commerce, doit être étudié parallèlement aux dispositions de l'article L.112-6 du code de la consommation.

561. Ce dernier texte définit, dans son second alinéa, le produit vendu sous marque de distributeur comme celui « *dont les caractéristiques ont été définies par l'entreprise ou le groupe d'entreprises qui en assure la vente au détail et qui est le propriétaire de la marque sous laquelle il est vendu* ». Cet article impose que l'étiquette de ce type de produit mentionne le nom et l'adresse du fabricant si ce dernier le sollicite. L'objectif de cette disposition est de permettre aux fournisseurs de se faire connaître auprès des consommateurs et ainsi de favoriser un meilleur écoulement des produits commercialisés sous leurs propres marques afin que, dans l'hypothèse où la relation commerciale avec le distributeur serait rompue, leur activité, leur chiffre d'affaires s'en trouvent le moins possible affectés.

562. Malgré les dispositions de l'article L.112-6 du code de la consommation, certains distributeurs refusaient de mentionner sur l'étiquette des produits vendus sous marque de distributeur le nom et l'adresse du fabricant lorsque celui-ci en faisait la demande. Les distributeurs, pour justifier leur position, mettent en avant l'importance du coût de la modification des étiquettes⁶¹³. Les fournisseurs pourraient alors saisir la juridiction compétente afin de faire respecter les dispositions de l'article L.112-6 du code de la consommation. Cependant, une telle démarche aurait indéniablement pour conséquence de détériorer les relations avec leurs clients et pourrait, à terme, les priver de débouchés commerciaux.

563. Désormais, le refus, de mentionner le nom et l'adresse du fournisseur sur l'étiquette d'un produit vendu sous marque de distributeur, est sanctionné au titre des pratiques restrictives. Cette évolution a pour objectif de permettre au Ministre en charge de l'économie, au Ministère public ou au président de l'Autorité de la concurrence de

⁶¹³ N. Genty, D. Delesalle et E. Deberdt, *op. cit.*, p. 62.

faire sanctionner un tel refus sans même que le fabricant ne soit partie à l'instance. L'article L.442-6-I, 10° du code de commerce a donc été adopté afin que les décisions sanctionnant ce type de refus soient plus nombreuses. En outre, cette évolution permet de solliciter la réparation du préjudice des fournisseurs sans que ces derniers ne soient partie à l'instance⁶¹⁴. Se pose donc la question du préjudice réparable. Cette disposition a pour objectif de faire connaître les fournisseurs auprès des consommateurs. En conséquence, le préjudice réparable devrait être limité au déficit d'image et au manque de publicité qu'a entraîné le refus. En outre, l'effet dissuasif de l'article L.442-6-I, 10° du code de commerce est garanti par les dispositions de son troisième paragraphe qui permettent au Ministre en charge de l'économie, au Ministère public ou au président de l'autorité de solliciter le prononcé d'une amende pouvant atteindre deux millions d'euros

564. Les dispositions de l'article 93 de la loi de modernisation de l'économie viennent renforcer l'efficacité de l'article L.112-6 du code de la consommation afin de lutter contre les abus du déséquilibre structurel. Profitant dudit déséquilibre, les distributeurs n'ont pas hésité à commettre certains abus dans le paiement.

§II) Les abus liés au paiement.

565. Profitant de leur position, les distributeurs ont pris pour habitude de retarder au maximum le paiement des factures de leurs fournisseurs. Une telle pratique a pour conséquence de mettre en péril la santé financière de ces derniers.

566. Depuis 1996, les législateurs successifs ont tenté de mettre fin à cette pratique. Pour cela, des dispositions visant à encadrer les délais de paiement (I) ont été adoptées et des sanctions dissuasives mises en place (II).

I) L'encadrement des délais de paiement.

567. Pour certains services⁶¹⁵ et certains produits, notamment les produits alimentaires⁶¹⁶, le législateur a imposé des délais de paiement qui peuvent être qualifiés

⁶¹⁴ V. *supra* n° 337.

⁶¹⁵ Cf. Article L.441-6, alinéa 11 du Code de commerce.

⁶¹⁶ Cf. Article L.443-1 du Code de commerce.

d'impératifs⁶¹⁷. Dans toutes les autres hypothèses, même si par accords professionnels il est possible de déroger aux règles édictées afin d'allonger les délais de paiement⁶¹⁸, le législateur a instauré un plafond légal (B) dans le but de parvenir à leur diminution (A).

A) La diminution des délais de paiement.

568. Les conditions générales de vente doivent stipuler les conditions de règlement⁶¹⁹ souhaitées par le fournisseur ou le prestataire de services. Elles font l'objet d'une âpre négociation, car, dans certaines hypothèses, elles permettent aux distributeurs de revendre le produit sans encore l'avoir payé.

569. Jusqu'en 2001, aucun texte n'imposait un délai maximum, les opérateurs économiques étaient libres de convenir des délais applicables à leurs relations. Les distributeurs profitaient alors du déséquilibre structurel et de la dépendance de certains de leurs fournisseurs pour payer tardivement leurs factures.

570. Transposant une directive communautaire du 29 juin 2000 relative à la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, le législateur, en adoptant la loi relative aux nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001, a encadré les délais de paiement. Désormais, l'article L. 441-6 alinéa 3 du code de commerce dispose que « *sauf dispositions contraires figurant aux conditions de vente ou convenues entre les parties, le délai de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée* ». En conséquence, à défaut d'accord contractuel entre les parties sur les délais de paiement, ceux-ci sont automatiquement de trente jours. Toutefois, comme il l'a été précédemment énoncé, un paiement tardif procure un tel avantage aux distributeurs qu'il est peu probable que la convention récapitulative⁶²⁰ ne contienne pas une stipulation sur ce point. Le texte précité ne devrait donc trouver à s'appliquer que dans de rares hypothèses.

571. Seul, l'article 53 de la loi relative aux nouvelles régulations économiques, codifié à l'article L.441-6 du code de commerce, n'aurait pas une grande influence sur les

⁶¹⁷ M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, *op. cit.*, p. 219.

⁶¹⁸ Cf. Article 21 de la loi du 4 août 2008 et l'article 121 de la loi du 22 mars 2012.

⁶¹⁹ Cf. Article L.441-6 du Code de commerce et V. *supra* n° 130 et s.

⁶²⁰ Cf. Article L.441-7 du Code de commerce.

pratiques des grands distributeurs. Le troisième alinéa de l'article L.441-6 du code de commerce doit être étudié en parallèle de l'article L. 442-6-I, 7° du même code qui sanctionne le fait « *de soumettre un partenaire à des conditions de règlement [...] manifestement abusives, compte tenu des bonnes pratiques et usages commerciaux, et s'écartant au détriment du créancier, sans raison objective, du délai indiqué à l'article L.441-6* ». La liberté, dans la détermination des délais de paiement, offerte aux opérateurs économiques par le huitième alinéa de l'article L.441-6 du code de commerce, trouve donc comme limite la notion d'abus et les dispositions de l'article L. 442-6, I, 7° du même code.

572. Pour d'encadrer, plus encore, les délais de paiement, le législateur a instauré des délais plafond.

B) L'instauration d'un plafond légal.

573. Avec un délai moyen de soixante-sept jours⁶²¹, les entreprises françaises se classaient parmi les mauvais élèves en Europe où le délai moyen était de cinquante-sept jours⁶²². Le Rapport de la Commission pour la libéralisation de la croissance française dit Rapport Attali⁶²³ avait alors mis en évidence la nécessité de réduire les délais de paiement des petites et moyennes entreprises par l'Etat et les grandes entreprises⁶²⁴.

574. Pour remédier à cette situation, le législateur, en adoptant la loi de modernisation de l'économie, a mis en place des délais plafond qui sont fixés, sauf accord interprofessionnel, à quarante-cinq jours fin de mois ou soixante jours à compter de l'émission de la facture⁶²⁵. Le choix entre quarante-cinq jours fin de mois et soixante jours calendaires appartient aux parties qui doivent en convenir au début de leurs relations et ne pourront en changer à chaque facture⁶²⁶. Dans l'hypothèse où elles optent pour un paiement à soixante jours calendaires, le règlement doit intervenir au plus tard soixante jours après la réalisation de la vente ou de la prestation de services⁶²⁷. Aucune

⁶²¹ Rapport annuel de l'Observatoire des délais de paiement, 2012, p.21.

⁶²² N. Genty, D. Delesalle et E. Deberdt, *op. cit.*, p. 64.

⁶²³ Rapport de la Commission pour la libéralisation de la croissance française, 23 janvier 2008, p. 16.

⁶²⁴ Rapport de Marie-Dominique Hagelsteen, *op. cit.*, p. 16.

⁶²⁵ Cf. Article L.441-6, alinéa 9 du Code de commerce.

⁶²⁶ M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, *op. cit.*, p. 222.

⁶²⁷ Cf. Article L.441-3 du Code de commerce.

difficulté ne peut naître du fait de la computation des délais. Par contre, dans l'hypothèse où les parties conviennent de payer à quarante-cinq jours fins de mois, une difficulté est apparue. En effet, la limite de paiement peut être soit la fin du mois civil au cours duquel expirent ces quarante-cinq jours soit quarante-cinq jours après la fin du mois d'émission de la facture⁶²⁸. Cette dernière interprétation, contraire à la volonté et aux objectifs du législateur, doit être écartée.

575. Le point de départ de la computation du délai de paiement est l'émission de la facture. Ce choix a été dicté par le fait que « *l'émission de la facture est une date facilement retraçable* »⁶²⁹. De plus, la facture devant être délivrée dès la réalisation de la vente ou la prestation de services⁶³⁰, le choix de la date d'émission comme point de départ a pour conséquence de réduire les délais de paiement. Certains débiteurs, profitant de leur position préférentielle vis-à-vis de leurs fournisseurs, ont alors sollicité ces derniers afin qu'ils retardent l'émission de la facture. Le législateur, en adoptant la loi de modernisation de l'économie, a adopté une disposition visant à sanctionner une telle demande si elle n'est pas justifiée par une raison objective⁶³¹.

576. La loi de modernisation de l'économie, depuis son entrée en vigueur, c'est-à-dire pour les contrats conclus à partir du 1^{er} janvier 2009 ou pour les commandes postérieures à la date précitée, a eu des effets positifs sur les délais de paiement qui étaient inférieurs à cinquante-cinq jours en 2010 et d'environ cinquante-trois jours en 2011⁶³². Pour s'assurer de l'efficacité des dispositions adoptées, le législateur a mis en place certaines sanctions.

II) Les sanctions.

577. Afin d'assurer une certaine efficacité aux huitième et neuvième alinéas de l'article L.441-6 du code de commerce, certaines sanctions ont été mises en place. Elles sont de deux sortes, les pénalités de retard (A) et les sanctions découlant d'une action en justice (B).

⁶²⁸ M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, *op. cit.*, pp. 221-222.

⁶²⁹ *Ibid.*, p. 222.

⁶³⁰ Cf. Article 31 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et V. *supra* n° 278 et s.

⁶³¹ Cf. Article L.442-6-I, 7° du Code de commerce.

⁶³² Rapport annuel de l'Observatoire des délais de paiement, 2012, p.21.

A) Les pénalités de retard.

578. Les pénalités de retard s'appliquent lorsque le paiement est postérieur à la date convenue par les parties ou imposée par les textes. Dans ce sens, le quatrième alinéa de l'article L.441-3 du code de commerce dispose que la facture doit mentionner « *le taux des pénalités exigibles le jour suivant la date de règlement inscrite sur la facture* ».

579. Avant l'adoption de la loi relative aux nouvelles régulations économiques, l'article L.441-6 du code de commerce fixait un seuil minimum pour les pénalités d'une fois et demie le taux de l'intérêt légal. Le législateur, en 2001, n'a pas modifié le seuil minimal légal des pénalités mais a mis en place un seuil supplétif de la volonté des parties qui est égal « *au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale à son opération de refinancement la plus récente majoré de 7 points de pourcentage* »⁶³³. La loi de modernisation de l'économie a alourdi le taux minimal légal des pénalités de retard, le faisant passer d'une fois et demie le taux d'intérêt légal à trois fois, d'une part, et le taux supplétif des pénalités de retard qui sera désormais égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus proche majoré de dix points de pourcentage⁶³⁴ et non plus de sept, d'autre part. Dans cette dernière hypothèse, le législateur a tenu à préciser que « *le taux applicable pendant le premier semestre de l'année concernée est le taux en vigueur au 1^{er} janvier de l'année en question. Pour le second semestre de l'année concernée, il est le taux en vigueur au 1^{er} juillet de l'année en question* »⁶³⁵.

580. Pour faciliter le recouvrement des pénalités de retard, la loi du 15 mai 2001 a complété l'article L.441-6 du code de commerce qui dispose désormais que les pénalités sont exigibles sans mise en demeure. Les stipulations de la facture relatives aux pénalités de retard produisent d'elle-même l'effet de la mise en demeure⁶³⁶. Dans ce but, l'article 121 de la loi du 22 mars 2012 impose aux fournisseurs et prestataires de services de mentionner sur leurs factures le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement si la facture est réglée avec retard. Le texte précité précise qu'en toute hypothèse, le professionnel qui ne respecte pas les délais de paiement, est de plein droit

⁶³³ Cf. Article 53 de la loi du 15 mai 2001.

⁶³⁴ Cf. Article 21 de la loi du 4 août 2008.

⁶³⁵ Cf. Article 121 de la loi du 22 mars 2012.

⁶³⁶ M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, *op. cit.*, p. 225.

débiteur d'une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement qui a été fixée par décret à quarante euros⁶³⁷. Toutefois, le créancier a la possibilité de solliciter une indemnisation complémentaire si les frais de recouvrement exposés dépassent cette somme⁶³⁸.

581. Les dispositions de l'article L.441-6 du code de commerce devraient inciter les opérateurs économiques à respecter les délais de règlements convenus ou imposés. Dans le cas contraire, en plus de payer des pénalités, les débiteurs pourront se voir sanctionner judiciairement.

B) Les sanctions judiciaires.

582. Le non-respect des délais de paiement peut être sanctionné civilement (1°) et pénalement (2°).

1°) La sanction civile.

583. L'article L.442-6, I, 7° du code précité dispose qu'engage la responsabilité de son auteur le fait « *de soumettre un partenaire à des conditions de règlement qui ne respectent pas le plafond fixé au neuvième alinéa de l'article L.441-6 ou qui sont manifestement abusives, compte tenu des bonnes pratiques et usages commerciaux, et s'écartent au détriment du créancier, sans raison objective, du délai indiqué à l'article L.441-6* ». L'opérateur économique qui soumet son fournisseur ou prestataire de services à des délais de paiement abusifs ou qui sollicite que la date d'émission de la facture soit différée⁶³⁹ peut donc se voir condamner à réparer le préjudice de leurs victimes. En utilisant l'expression « *sans raison objective* », le législateur a souhaité permettre aux opérateurs économiques de convenir des délais de paiement supérieurs à ceux stipulés par le neuvième alinéa de l'article L.441-6 du code de commerce. Un délai plus long peut notamment se justifier par un prix d'achat majoré ou par une commande quantitativement importante.

⁶³⁷ Cf. article 1^{er} du décret du 2 octobre 2012.

⁶³⁸ Cf. Article 121 de la loi du 22 mars 2012.

⁶³⁹ Cf. Article L.442-6-I, 7° du Code de commerce.

584. En outre, depuis l'adoption de la loi relative aux nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001, le non-respect des délais de paiement peut entraîner la condamnation du débiteur au paiement d'une amende civile pouvant atteindre deux millions d'euros⁶⁴⁰.

585. Le débiteur qui ne respecte pas les délais de paiement convenus ou imposé peut donc se voir condamné civilement, mais aussi pénalement.

2°) La sanction pénale.

586. En plus des sanctions civiles, le débiteur qui ne respecte pas les délais de paiement peut être condamné au paiement d'une amende de quinze mille euros⁶⁴¹, amende qui pourra être quintuplée pour les personnes morales⁶⁴². Cette amende est encourue par les débiteurs qui ne respectent pas le délai supplétif de trente jours imposé par l'alinéa huit de l'article L.441-6 du code de commerce ou le délai prévu par le onzième alinéa de ce même article.

587. Le non-respect des dispositions relatives aux délais de paiement est sévèrement sanctionné. Cette démarche démontre la volonté du législateur de tout mettre en œuvre afin d'améliorer la situation financière des fournisseurs et de lutter contre les abus du déséquilibre structurel.

588. Ce déséquilibre incite les opérateurs économiques à commettre certains abus lors de l'établissement et du développement de leurs relations, mais aussi à la fin de ces dernières.

⁶⁴⁰ Cf. Article L.442-6-III du Code de commerce.

⁶⁴¹ Cf. Article L.441-6, alinéa 14 du Code de commerce.

⁶⁴² Cf. Article 131-38 du Code pénal et M. Dany, R. Fabre et L. Sersiron, *op. cit.*, p. 227.

Chapitre II : Les abus lors de la fin de la relation.

589. Une relation commerciale entre opérateurs économiques, comme tout contrat et convention⁶⁴³, peut être à durée déterminée ou indéterminée.

590. Cette dernière hypothèse ne signifie pas que les opérateurs économiques, sauf accord de l'ensemble des parties au contrat⁶⁴⁴, sont indéfiniment enfermés dans le lien contractuel. En effet, l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 pose pour principe que seule la loi peut limiter la liberté des Hommes. Enfermer indéfiniment une partie dans un lien contractuel, c'est limiter sa liberté et octroyer au contrat les mêmes effets que la loi. Le Conseil Constitutionnel a suivi ce raisonnement afin de prohiber les engagements perpétuels et d'offrir une faculté de résiliation unilatérale à chaque partie⁶⁴⁵. Les juges judiciaires avaient aussi accordé une telle faculté aux cocontractants au visa de l'article 1134 du code civil⁶⁴⁶. Afin d'éviter que les parties ne puissent aller à l'encontre de cette liberté, la Cour de cassation a accordé le caractère d'ordre public à cette faculté, en considérant que toute clause contraire serait nulle⁶⁴⁷.

591. Lorsque les parties sont liées par un contrat à durée déterminée, le principe de la prohibition des engagements perpétuels ne peut s'appliquer. Le contrat doit être exécuté jusqu'à son terme⁶⁴⁸. Toutefois, comme en matière de contrat à durée indéterminée, chaque cocontractant pourra résilier le contrat lorsqu'il contient une clause de résiliation ou solliciter, en cas d'inexécution de ses obligations par un cocontractant, la résolution du contrat même si aucune clause résolutoire n'est stipulée⁶⁴⁹. Dans cette dernière hypothèse, il sera nécessaire de démontrer que le contrat est synallagmatique et qu'une inexécution même non fautive est constatée.

592. Les parties engagées par un contrat peuvent s'en retirer de différentes manières. Le devoir de loyauté impose aux opérateurs économiques de ne pas rompre

⁶⁴³ Cf. Article L.441-7 du Code de commerce et V. *supra* n° 259 et s.

⁶⁴⁴ Cf. Article 1134 alinéa 2 du Code civil.

⁶⁴⁵ Conseil Constitutionnel, 9 novembre 1999, décision n° 99-419 DC.

⁶⁴⁶ Cass. Com., 9 octobre 1973, pourvoi n° 72-10244, Bill. Civ. 1973, IV, n° 274.

⁶⁴⁷ Cass. Civ. 3^{ème}, 19 février 1992, pourvoi n° 92-16152.

⁶⁴⁸ Cass. Com., 12 novembre 1996, pourvoi n° 94-14329.

⁶⁴⁹ Cf. Article 1184 du Code civil.

brutalement leurs relations commerciales (section I) et de ne pas abuser de leur liberté de rompre ou de ne pas renouveler le contrat (section II).

Section I : La rupture brutale.

593. L'article 14 de loi sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales a inséré un cinquième alinéa dans l'article L.442-6 du code de commerce qui dispose qu'engage la responsabilité de son auteur le fait de « *rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte des relations commerciales antérieures ou des usages reconnus par des accords interprofessionnels* ». En 2001⁶⁵⁰, le législateur a complété la disposition précitée en visant l'hypothèse de la rupture partielle de la relation. Ces ajouts ont pour objectif de permettre à la victime de la rupture de se réorganiser, de trouver des solutions de remplacement⁶⁵¹, c'est-à-dire limiter les conséquences commerciales et financières de la rupture.

594. La victime de la rupture pourra saisir la juridiction compétente afin de solliciter la réparation de son préjudice. Le préjudice réparable est celui découlant de la brutalité de la rupture et non la rupture elle-même⁶⁵². « *Les dommages et intérêts doivent donc être calculés en fonction de la durée du préavis qui aurait dû être respecté et des conséquences correspondantes en termes de manque à gagner et de perte éprouvée* »⁶⁵³.

595. L'auteur de la rupture pourra donc voir sa responsabilité civile engagée et être condamné au paiement d'une amende civile pouvant atteindre deux millions d'euros⁶⁵⁴. Les juges le sanctionneront au titre de la responsabilité délictuelle⁶⁵⁵ mais auront parfois recours au concept de bonne foi contractuelle⁶⁵⁶.

⁶⁵⁰ Cf. Article 51 de la loi du 15 mai 2001.

⁶⁵¹ CA. Lyon, 24 juillet 2002, Juris-Data n° 2002-196667.

⁶⁵² CA. Douai, 15 mai 2001, Dalloz, 2002, pp. 307-312, note C. André et Cass. Com., 23 avril 2003, pourvoi n° 01-11.664, La semaine juridique entreprises et affaires, 2003, n° 47, p. 1866, obs. A. Decocq.

⁶⁵³ D. Ferrier, *op. cit.*, p. 197.

⁶⁵⁴ Cf. article L.442-6-II du Code de commerce.

⁶⁵⁵ Cass. Com., 14 mars 2000, pourvoi n° 97-15.981, La semaine juridique édition entreprise, 2000, cahier droit de l'entreprise n° 4, obs. D. Manguy et J.-L. Respaud et Cass. Com., 13 janvier 2009, pourvoi n° 08-13.971.

⁶⁵⁶ Cass. Com., 15 février 2000, pourvoi n° 97-16.690, Dalloz, 2001, somm., p. 297, obs. D. Ferrier.

596. Même si les juges n'exigent pas la démonstration d'un abus de dépendance économique⁶⁵⁷, pour que les dispositions de l'article L.442-6-I, 5° du code de commerce s'appliquent, il sera nécessaire que certaines conditions soient remplies (§I) et que le préavis respecté par l'auteur de la rupture ne soit pas suffisant (§II).

§I) Les conditions d'application des dispositions relatives à la rupture brutale d'une relation commerciale établie.

597. Parfois sanctionnée au titre de la faute délictuelle⁶⁵⁸ ou pour manquement à la bonne foi contractuelle⁶⁵⁹, la rupture brutale l'est aussi par le cinquième point du premier paragraphe de l'article L.442-6 du code de commerce. Pour pouvoir s'appliquer, ce texte nécessite que deux conditions soient remplies, l'existence d'une relation commerciale établie (I) et une brutalité dans la rupture (II).

I) Une relation commerciale établie.

598. Les dispositions de l'article L.442-6-I, 5° du code de commerce visent la rupture d'une « *relation commerciale établie* » sans toutefois en donner une définition. Pour Antoine De Brosses, « *il s'agit d'une notion générique qui peut viser tout types de contrats commerciaux* »⁶⁶⁰.

599. La jurisprudence a donc eu toute liberté afin de délimiter cette notion dont le champ d'application, qui ne doit pas se limiter aux relations contractuelles⁶⁶¹, couvre la période précontractuelle et post-contractuelle⁶⁶². La Cour de cassation a considéré que la relation pouvait porter tant sur la fourniture d'un produit que sur une prestation de services⁶⁶³, peu importe le statut de la victime de la rupture⁶⁶⁴. Les juges du fond, quant à

⁶⁵⁷ Cass. Com., 17 mars 2004, pourvoi n° 02-17.575.

⁶⁵⁸ Cass. Com., 14 mars 2000, pourvoi n° 97-15.981.

⁶⁵⁹ D. Ferrier, *op. cit.*, p.196.

⁶⁶⁰ A. De Brosses, « *La rupture fautive de relations commerciales établies* », Droit et patrimoine, n° 116, juin 2003, p. 52.

⁶⁶¹ D. Ferrier, *op. cit.*, p. 193 et CA Paris, 11 mai 2001, Juris-Data n° 2001-143878.

⁶⁶² CA Montpellier, 11 août 1999, décision n° 98/0003685, Juris-Data n° 1999-127668 et Cass. Com., 9 mars 2010, pourvois n° 08-21.055 et 09-10.216.

⁶⁶³ Cass. Com., 23 avril 2003, pourvoi n° 01.11-664, La semaine juridique entreprises et affaires, 2003, n° 47, p. 1866, obs. A. Decocq et Cass. Com., 16 novembre 2008, pourvoi n° 07-18.050.

⁶⁶⁴ Cass. Com., 6 février 2007, pourvoi n° 03-20.463.

eux, vont plus loin et appliquent ce texte aux relations industrielles⁶⁶⁵ et en font même bénéficier les associations⁶⁶⁶. Toutefois, les notaires⁶⁶⁷, les médecins⁶⁶⁸, et les conseils en propriété intellectuelle⁶⁶⁹, c'est-à-dire les professions pour lesquelles il est interdit d'exercer le commerce même si l'activité est exercée sous forme de société commerciale⁶⁷⁰, ne peuvent bénéficier des dispositions de l'article L.442-6-I, 5° du code de commerce.

600. Cet article doit donc s'appliquer à tout type de relations commerciales à partir du moment où il est démontré qu'elle est « *établie* ». Cette notion apparaît comme une limite à celle de « *relation commerciale* ». Le caractère établi de la relation peut, tout d'abord, signifier que celle-ci dure ou a duré un certain temps. L'hypothèse où les parties sont liées par un engagement à durée déterminée ou indéterminée et que la relation dure depuis un temps certain ne soulève donc pas de problème. Cependant, les juges sont allés plus loin et ont considéré qu'il convenait d'appliquer l'article L.442-6-I, 5° du code de commerce à une suite de contrats ponctuels lorsqu'une relation ponctuelle se renouvelle régulièrement⁶⁷¹, aux contrats à durée déterminée dont le renouvellement aura permis que la relation s'étende pendant un certain temps⁶⁷². Toutefois, la Cour de cassation refuse d'appliquer les dispositions de l'article précité à une relation commerciale constituée d'une succession de contrats à durée déterminée où chacun des contrats excluait expressément toute reconduction tacite⁶⁷³, c'est-à-dire lorsque la relation est précaire. Les juges ont aussi refusé d'appliquer les dispositions de l'article L.442-6-I, 5° du code de commerce à une relation commerciale de dix-huit ans constituée d'un contrat à durée indéterminée suivi de contrats à durée déterminée dont le dernier n'était pas renouvelable par tacite reconduction car l'opérateur économique qui n'était pas à l'origine de la rupture « *ne pouvait raisonnablement anticiper une continuité de la relation commerciale pour l'avenir* »⁶⁷⁴. En outre, le caractère établi de la relation est apprécié au regard de l'importance du flux d'affaires entre les opérateurs économiques et

⁶⁶⁵ CA. Lyon, 15 mars 2002, Cahier Droit de l'Entreprise, 2002, n° 5.

⁶⁶⁶ CA Montpellier, 24 janvier 2006, Juris-Data n° 2006-296241 et Cass. Com., 6 février 2007, pourvoi n° 03-20.463.

⁶⁶⁷ Cass. Com., 20 janvier 2009, pourvoi n° 07-17.556.

⁶⁶⁸ Cass. Com., 23 octobre 2007, pourvoi n° 06-16.774.

⁶⁶⁹ Cass. Com., 3 avril 2013, pourvoi n° 12-17.905.

⁶⁷⁰ *Ibid.*

⁶⁷¹ Cass. Com., 15 septembre 2009, pourvoi n° 08-19.200.

⁶⁷² Cass. Com., 29 janvier 2008, pourvoi n° 07-12.039.

⁶⁷³ Cass. Com., 12 février 2013, pourvoi n° 12-13.819.

⁶⁷⁴ Cass. Com., 20 novembre 2012, pourvoi n° 11-22.660.

de la stabilité de ce flux. En ce sens, la Cour de Cassation considère même qu'il y a relation commerciale établie lorsqu'elle est suivie et stable⁶⁷⁵, c'est-à-dire lorsque l'on peut caractériser une continuité du flux d'affaires⁶⁷⁶.

601. Les juges ont interprété de manière large la notion de relation commerciale établie introduite par la loi du 1^{er} juillet 1996 afin d'offrir une protection à un maximum d'opérateurs économiques. Cependant, afin que l'article 14 du texte précité puisse s'appliquer, il sera nécessaire que la rupture de la relation commerciale soit brutale.

II) Une brutalité dans la rupture.

602. Pour que les dispositions du cinquième point du premier paragraphe de l'article L.442-6 du code de commerce puissent s'appliquer, il sera nécessaire de démontrer une rupture, même partielle de la relation commerciale. Le législateur et les juges interprètent largement la notion de rupture. En ce sens, les juges considèrent qu'une diminution importante du volume d'achat⁶⁷⁷ ou des commandes constitue une rupture même si cela n'affecte pas le chiffre d'affaires⁶⁷⁸.

603. Pour que la responsabilité de l'auteur de la rupture soit engagée, il faut que la rupture ait un caractère brutal. Les juges ont défini la rupture brutale comme celle qui est imprévisible, soudaine et violente⁶⁷⁹. En ce sens, ils ont considéré que la rupture était d'autant moins prévisible lorsque le chiffre d'affaires entre les partenaires économiques était en progression⁶⁸⁰. Cette définition exclut du champ d'application de l'article L.442-6-I, 5° du code de commerce toute rupture de relation due à la survenance du terme d'un contrat à durée déterminée car « *cet évènement n'a rien de violent, surprenant et prévisible puisqu'il a été prévu dès l'origine* »⁶⁸¹ ce d'autant qu'il n'existe pas de droit au renouvellement pour les parties à un contrat à durée déterminée⁶⁸². La Cour de cassation est allée plus loin et a considéré qu'il y avait rupture brutale de la relation lorsqu'un

⁶⁷⁵ Cass. Com., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-11.976.

⁶⁷⁶ D. Ferrier, *op. cit.*, p. 193.

⁶⁷⁷ Cass. Com., 7 juillet 2004, pourvoi n° 03-11.472.

⁶⁷⁸ Cass. Com., 11 septembre 2012, pourvoi n° 11-14.620.

⁶⁷⁹ CA Montpellier, 11 août 1999, décision n° 98/0003685, Juris-Data n° 1999-127668.

⁶⁸⁰ CA. Versailles, 10 juin 1999, Juris-Data n° 108323.

⁶⁸¹ A. De Brosse, *op. cit.*, p. 55.

⁶⁸² Cass. Com., 9 avril 2002, pourvoi n° 99-15.532.

cocontractant modifie unilatéralement une condition substantielle du contrat⁶⁸³. Cependant, les juges ont refusé de considérer qu'il y avait rupture brutale lorsque, en raison de la crise économique et de la baisse de son activité, le donneur d'ordre a diminué de façon significative mais non délibérée ses commandes⁶⁸⁴. Une rupture brutale justifiée par des raisons objectives n'engage donc pas la responsabilité de son auteur.

604. Les dispositions de l'article L.442-6-I, 5° du code de commerce ont pour objectif de protéger l'opérateur économique qui n'est pas à l'origine de la rupture en lui garantissant une information sur le terme de la relation. Le préavis est le moyen utilisé afin de transmettre cette information.

§II) Le nécessaire respect d'un préavis.

605. Afin de ne pas voir leur responsabilité engagée pour rupture brutale d'une relation commerciale établie, les opérateurs économiques doivent informer leurs cocontractants en respectant certaines formes (I) et une certaine durée (II).

I) La forme et le contenu du préavis.

606. L'article 14 de la loi sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciale, codifié à l'article L.442-6-I, 5° du code de commerce, dispose que le préavis doit être écrit. Aucune autre forme n'est imposée par aucun autre texte. La Cour de cassation a adopté une position très souple concernant la forme du préavis, puisqu'elle a considéré que le fait de faire connaître à son fournisseur son intention de recourir à un appel d'offres pour poursuivre son approvisionnement faisait courir le délai de préavis et écarte toute brutalité dans la rupture⁶⁸⁵.

607. La jurisprudence a précisé que le préavis devait être non équivoque et matérialiser une volonté définitive de rompre la relation⁶⁸⁶. Toutefois, l'auteur de la rupture n'a pas à justifier sa décision dans le préavis⁶⁸⁷. L'absence de motif ou

⁶⁸³ Cass. Com., 6 juin 2001, pourvoi n° 99-20.831 et Cass. Com., 20 mars 2012, pourvoi n° 11-11.570.

⁶⁸⁴ Cass. Com., 12 février 2013, pourvoi n° 12-11.709.

⁶⁸⁵ Cass. Com., 6 juin 2001, pourvoi n° 99-20.831 et Cass. Com., 2 novembre 2011, pourvoi n° 10-26.656.

⁶⁸⁶ CA Paris, 17 février 1993, RJDA 8-9/1993, n° 689.

⁶⁸⁷ Cass. Com., 25 avril 2001, pourvoi n° 98-22.199.

l'invocation d'un motif faux ⁶⁸⁸ n'engage donc pas la responsabilité de l'opérateur économique à l'origine de la rupture.

608. Pour éviter une quelconque brutalité dans la rupture, le préavis doit être communiqué un certain temps avant le terme de la relation et donc respecté une certaine durée.

II) La durée du préavis.

609. L'article L.442-6-I, 5° du code de commerce n'impose pas une durée minimale de préavis à respecter. Il précise, toutefois, que lorsque la relation commerciale porte sur un produit vendu sous marque de distributeur, le délai de minimum de préavis est doublé par rapport à celui qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur.

610. A la lecture de l'article précité, le préavis doit tenir compte de la durée de la relation commerciale, des usages du commerce, des accords interprofessionnels ou à défaut du Ministre chargé de l'économie. Les juges ont considéré que même en présence d'un accord professionnel, le respect du préavis mentionné ne met pas l'auteur de la rupture à l'abri d'une sanction si la durée stipulée par ledit accord n'est pas suffisante au regard de la durée des relations commerciales⁶⁸⁹. La solution est identique lorsque l'auteur de la rupture se prévaut d'un usage professionnel⁶⁹⁰. Pour les juges, l'élément principal permettant de déterminer la durée minimale du préavis à respecter est donc la durée de la relation commerciale. En ce sens, la Cour de cassation considère que le respect du préavis contractuel n'exclut pas une éventuelle sanction pour rupture brutale⁶⁹¹ si ledit préavis est insuffisant au regard de la durée de la relation commerciale et des circonstances au moment de la notification de la rupture⁶⁹².

⁶⁸⁸ CA. Versailles, 10 juin 1999, Juris-Data n° 108323.

⁶⁸⁹ Cass. Com., 2 décembre 2008, pourvoi n° 08-10.731.

⁶⁹⁰ Cass. Com., 3 mai 2012, pourvoi n° 11-10.544.

⁶⁹¹ *Ibid.*

⁶⁹² Cass. Com., 6 novembre 2012, pourvoi n° 11-24.570.

611. Lors du contrôle de la durée du préavis, les juges tiennent compte de la durée de la relation passée mais aussi de l'importance du courant d'affaires entre les parties⁶⁹³ et des investissements réalisés⁶⁹⁴ par l'opérateur économique qui n'est pas à l'initiative de la rupture. De plus, si ce dernier est en état de dépendance économique, les conséquences financières de la rupture seront plus importantes pour lui, ce qui justifie le respect d'un préavis plus long⁶⁹⁵.

612. Même s'il existe un flou sur la durée minimale du préavis à respecter par l'auteur de la rupture, en imposant le respect d'un préavis, le législateur a souhaité protéger commercialement et économiquement les victimes de la rupture, c'est-à-dire généralement, les fournisseurs. La protection de ces derniers se poursuit avec la prohibition de la rupture abusive des relations commerciales.

Section II : La rupture abusive.

613. Chaque cocontractant a le droit de ne pas renouveler le contrat, de rompre la relation. Or, l'exercice d'un droit est susceptible d'abus. Pour encadrer et moraliser la fin d'un contrat, d'une relation, les juges ont fait une interprétation extensive du second alinéa de l'article 1134 du code civil. De cet article, qui dispose que les conventions doivent être exécutées de bonne foi, en a été déduit qu'elles devaient aussi être rompues de bonne foi⁶⁹⁶.

614. Certaines dispositions du code de commerce sanctionnent la rupture abusive d'une relation (§I). L'étude de la jurisprudence permet d'établir une liste des comportements prohibés (§II).

§I) La sanction de la rupture abusive.

615. L'abus dans la rupture peut constituer une pratique restrictive de concurrence (I) ou une pratique anticoncurrentielle (II).

⁶⁹³ T. com., Avignon, 25 janvier 1999, Dalloz, 1999, actualité jurisprudentielle, p. 49.

⁶⁹⁴ Cass. Com., 28 février 1995, pourvoi n° 93-14.437, Revue trimestrielle de droit civil, 1995, p. 885, obs. J. Mestre.

⁶⁹⁵ CA Montpellier, 11 août 1999, décision n° 98/0003685, Juris-Data n° 1999-127668.

⁶⁹⁶ Cass. Civ.1^{ère}, 16 février 1999, pourvoi n° 96-21.997 et A. De Brosses, *op. cit.*, p. 57.

I) Une pratique restrictive de concurrence.

616. L'article L.442-6-I, 4° du code de commerce dispose qu'engage la responsabilité de son auteur le fait « *d'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives...* ». Le caractère abusif de la rupture se justifie par le résultat obtenu ou espéré, des « *conditions manifestement abusives* »⁶⁹⁷, mais aussi par le moyen mis en œuvre, c'est-à-dire des menaces.

617. L'utilisation de l'expression « *aux conditions manifestement abusives* » soulève la question de savoir si l'opérateur qui obtient ou tente d'obtenir, sous la menace d'une rupture des relations, des conditions simplement abusives pourrait être sanctionné sur le fondement des dispositions précitées. La menace serait donc mise en avant et constituerait l'élément principal de l'abus. Au regard des objectifs du législateur, à savoir lutter contre les abus du déséquilibre structurel et protéger les opérateurs économiques les plus faibles, il convient de faire une interprétation extensive de l'article L.442.6-I, 4° du code de commerce.

618. La référence aux conditions manifestement abusives exclut du champ d'application de l'article précité l'hypothèse où la menace a permis ou vise à obtenir des conditions non abusives. Dans un tel cas, la menace seule constituerait l'abus. Les fournisseurs étant économiquement contraints de vendre aux distributeurs. Sanctionner le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture des relations, des conditions ne présentant pas de caractère abusif protégerait les fournisseurs mais ferait peser sur les distributeurs un risque de condamnation important qui limiterait leur pouvoir de négociation.

619. Les dispositions du code de commerce relatives aux pratiques restrictives permettent de sanctionner la rupture abusive d'une relation commerciale lorsqu'elle est la conséquence d'un abus du déséquilibre structurel. La rupture abusive peut aussi constituer une pratique anticoncurrentielle.

⁶⁹⁷ V. *supra* n° 495 et s.

II) Une pratique anticoncurrentielle.

620. L'abus dans la rupture peut être sanctionné au titre de l'abus de dépendance économique⁶⁹⁸ et de l'abus de position dominante⁶⁹⁹ lorsque la rupture de la relation commerciale établie⁷⁰⁰ est la conséquence d'un refus du partenaire « *de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées* ».

621. Outre la démonstration d'une atteinte à la concurrence sur un marché déterminé, un abus dans la rupture ne pourra être sanctionné que s'il est apporté la preuve d'un état de dépendance économique de la victime par rapport à l'auteur de la rupture⁷⁰¹, d'une part, et que la décision de rompre la relation n'est justifiée que par le refus du partenaire de consentir un avantage injustifié, c'est-à-dire sans contrepartie normale⁷⁰².

622. Les dispositions du code de commerce relatives aux pratiques anticoncurrentielles permettent donc de sanctionner l'abus dans la rupture. Cependant, le droit de la concurrence a été adopté pour protéger la concurrence et non pour réprimer des comportements entre deux cocontractants⁷⁰³ ou des abus de puissance contractuelle⁷⁰⁴. En conséquence, les conditions nécessaires à son application constituent un frein à la sanction.

623. L'étude, des décisions sanctionnant la rupture abusive tant sur le fondement des pratiques anticoncurrentielles que des pratiques restrictives de concurrence, permet d'établir une typologie des comportements abusifs.

§II) Les comportements abusifs.

624. L'abus dans la rupture peut consister en un abus du droit de non-renouvellement d'un contrat à durée déterminé, en un abus de rupture d'un contrat de

⁶⁹⁸ Cf. Article L.420-2 alinéa 2 du Code de commerce.

⁶⁹⁹ Cf. Article L.420-2 alinéa 1 du Code de commerce.

⁷⁰⁰ V. *supra* n° 598 et s.

⁷⁰¹ V. *supra* n° 541 et s.

⁷⁰² Cons. Conc., n° 04-D-26, 30 juin 2004.

⁷⁰³ D. Ferrier, *op. cit.*, p. 166

⁷⁰⁴ Rapport du Conseil de la concurrence pour l'année 1987, p. 129.

durée indéterminée ou en un abus de rupture d'un contrat à durée déterminée⁷⁰⁵. L'abus dans la rupture peut consister en une faute intentionnelle caractérisée par des manœuvres, un comportement malveillant et désinvolte ou bernant ou en une faute d'imprudence donc non intentionnelle⁷⁰⁶. Les juges ont donc utilisé la notion d'abus pour sanctionner de nombreux comportements antérieurs (I) ou postérieurs (II) à l'annonce de la rupture⁷⁰⁷.

I) Les comportements abusifs antérieurs à l'annonce de la rupture.

625. La période précédant l'annonce de la rupture s'entend comme celle pendant laquelle la personne réfléchit à une telle solution. Ses cocontractants n'ont donc pas connaissance de l'existence de sa réflexion. Le comportement de l'opérateur économique qui envisage la rupture peut leur fournir certains indices mais ne doit pas leur offrir la possibilité de fonder une croyance en la continuation de la relation ou au renouvellement du contrat⁷⁰⁸. L'auteur de la rupture doit faire preuve d'une certaine cohérence dans son comportement et ne peut donc pas avoir une attitude de duplicité pendant cette période⁷⁰⁹. L'abus peut consister à ne pas informer son cocontractant d'une réorganisation de réseau, à lui faire supporter de lourds investissements⁷¹⁰, à lui demander des garanties nouvelles et des efforts supplémentaires⁷¹¹ ou à arrêter brutalement les livraisons⁷¹². L'opérateur économique sera d'autant plus sanctionné que la rupture sera inattendue pour la victime. Cela peut consister, par exemple, à rompre une relation alors que le courant d'affaires réalisé avec son cocontractant est en progression constante depuis un certain temps⁷¹³ ou à y mettre un terme après avoir faussement indiqué à son concessionnaire que le contrat serait maintenu⁷¹⁴. L'abus peut enfin se manifester par un acte ayant pour objectif de désorganiser le concessionnaire⁷¹⁵.

626. Le devoir de loyauté, qui impose de ne pas nuire aux intérêts de son cocontractant, contraint l'opérateur économique qui souhaite rompre une relation, un

⁷⁰⁵ P. Le Tourneau, « *Les contrats de concession* », Litec, 2003, pp. 142-147.

⁷⁰⁶ *Ibid.*, p. 143

⁷⁰⁷ A. De Brosses, *op. cit.*, p. 51.

⁷⁰⁸ Cass. Com., 23 mai 2000, pourvoi n° 97-20.890.

⁷⁰⁹ A. De Brosses, *op. cit.*, p. 51.

⁷¹⁰ Cass. Com., 29 janvier 2002, pourvois n° 00-11.433 et 00.11.951.

⁷¹¹ CA., Paris, 21 mars 1997, Juris-Data n° 1997-612400.

⁷¹² CA. Versailles, 17 décembre 1998, La Gazette du Palais, n° 2, 1999, p. 999.

⁷¹³ CA. Amiens, 30 novembre 2001, décision n° 00/00407, Juris-Data n° 2001-173637.

⁷¹⁴ Cass. Com., 6 mai 2002, pourvoi n° 99-14.093.

⁷¹⁵ P. Le Tourneau, *op. cit.*, p. 145.

contrat à adapter son comportement durant le temps de sa réflexion. Ce même devoir produit des effets pendant la période postérieure à l'annonce de la rupture.

II) Les comportements abusifs postérieurs à l'annonce de la rupture.

627. La période postérieure à l'annonce de la rupture s'entend comme celle qui s'étend de ladite annonce à un temps certain après la fin de la relation.

628. Pendant la durée du préavis, aucun texte ni aucune règle d'origine prétorienne n'imposent une obligation positive postérieure à l'auteur de la rupture⁷¹⁶. Ce dernier doit simplement respecter ses engagements contractuels⁷¹⁷.

629. Par contre, l'auteur de la rupture est tenu d'obligations négatives⁷¹⁸. Il ne doit pas nuire aux intérêts de son partenaire. Cela peut consister à débaucher les salariés de ce dernier⁷¹⁹ ou l'entraver dans sa reconversion⁷²⁰ en maintenant, pendant la durée du préavis, certaines obligations⁷²¹. Pour préserver les intérêts de la victime de la rupture, les juges sont allés plus loin et ont considéré que le cocontractant à l'initiative de la rupture doit maintenir un certain volume de commande lorsque son partenaire est tenu par une clause de non-concurrence⁷²².

630. Les juges utilisent les dispositions du code de commerce relatives aux pratiques anticoncurrentielles et aux pratiques restrictives afin de sanctionner les abus dans la rupture d'une relation commerciale et, plus généralement, pour protéger la victime de la rupture.

⁷¹⁶ A. De Brosses, *op. cit.*, p. 51.

⁷¹⁷ T. com. Paris, 18 octobre 2002, Affaire n° 2000-03537.

⁷¹⁸ A. De Brosses, *op. cit.*, p. 51.

⁷¹⁹ *Ibid.*

⁷²⁰ CA. Paris, 26 mars 1999, Juris-Data n° 1999-111166.

⁷²¹ Cass. Com., 27 octobre 1998, pourvoi n° 96-14.540.

⁷²² T. com. Paris, 27 septembre 2000, Juris-Data n° 2000-134571.

CONCLUSION DU TITRE

631. Le déséquilibre qui existe entre les opérateurs économiques est à l'origine de certains comportements, de certaines demandes de la part de ceux bénéficiant d'une position préférentielle. Les législateurs successifs sont intervenus afin d'édicter des dispositions permettant de lutter contre les abus du déséquilibre structurel. Les textes adoptés ont pour objectif d'encadrer tant la relation commerciale que sa rupture. Ils prohibent les abus des grands distributeurs et de certains industriels et offrent donc une protection aux opérateurs économiques les plus faibles. Toutefois, l'efficacité des dispositions sera d'autant plus faible que la puissance d'achat du distributeur sur sa victime est importante⁷²³.

632. Malgré les doutes sur la réelle capacité d'une victime à poursuivre son partenaire ou ancien partenaire en justice, l'on ne peut que constater l'effort remarquable du législateur dans sa volonté d'inciter les opérateurs économiques à ne pas abuser de leur position et ainsi à adopter un comportement respectueux du devoir de loyauté.

⁷²³ D. Ferrier, *op. cit.*, pp. 192-193.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

633. L'équilibre des relations commerciales consiste en un équilibre contractuel et en l'absence d'abus du déséquilibre structurel.

634. L'insuffisance des concepts classiques tels que la lésion et la cause, d'une part, et des théories développées par la doctrine et utilisées par la jurisprudence, d'autre part, a obligé le législateur à intervenir. Ce dernier a introduit dans le code de commerce les notions de déséquilibre significatif et de déséquilibre abusif. En déclarant nuls certains contrats et certaines clauses, il a aussi souhaité instaurer un ordre public économique.

635. En présence d'opérateurs économiques de taille similaire, la question de l'équilibre d'une relation commerciale ne se pose pas. Dans tous les autres cas, la différence de taille implique une différence de puissance qui peut être financière, économique et commerciale. L'usage de cette différence porte atteinte à l'équilibre des relations commerciales et est contraire au devoir de loyauté quand il est abusif. Le législateur a donc adopté des dispositions pour sanctionner certaines pratiques, développées par les distributeurs et les grands groupes industriels, et ainsi lutter contre les abus du déséquilibre.

CONCLUSION GENERALE

636. Cette étude a permis, à travers les notions de transparence et d'équilibre, d'étudier l'ensemble des textes adoptés afin d'encadrer, d'améliorer les rapports entre fournisseurs et distributeurs et plus généralement les relations commerciales.

637. Les relations entre opérateurs économiques étant matérialisées par des contrats, les dispositions du troisième titre du troisième livre du code civil auraient pu suffire. C'est méconnaître la structure de la grande distribution, les enjeux financiers entre fournisseurs et distributeurs ainsi que la capacité d'interprétation des textes et l'imagination de ces derniers. En 1996, le législateur a donc utilisé la notion de loyauté pour encadrer les relations commerciales telles que définies dans l'introduction.

638. L'étude du devoir de loyauté, à travers la notion de transparence, a permis de constater que les pouvoirs publics ont souhaité réglementer la période précontractuelle. Des textes ont été adoptés afin d'assurer l'information des potentiels acheteurs et des demandeurs de prestations de services. Le moyen utilisé a été d'imposer à certains opérateurs économiques de communiquer leurs conditions générales de vente⁷²⁴. L'information des vendeurs et prestataires de services est, quant à elle, assurée par les conditions générales d'achat⁷²⁵ qui ne sont réglementées par aucun texte. Le concept de transparence, à travers le formalisme imposé par les dispositions de code de commerce⁷²⁶, permet aussi, d'une part, aux cocontractants de s'assurer de la loyauté de leurs partenaires en vérifiant que les engagements pris sont respectés⁷²⁷ et, d'autre part, aux pouvoirs publics d'anticiper les pratiques mises en place par les opérateurs économiques ou, tout du moins, d'être réactifs. La transparence a aussi été utilisée afin de pouvoir pallier l'inaction des victimes qui refusaient de poursuivre en justice leurs cocontractants lorsque les actes, les demandes ou les comportements ne sont pas conformes au devoir de loyauté.

⁷²⁴ Cf. Article L.441-6 du Code de commerce et V. *supra* n° 127 et s.

⁷²⁵ V. *supra* n° 163 et s.

⁷²⁶ Cf. Article L.441-7 du Code de commerce.

⁷²⁷ V. *supra* n° 229 et s.

639. Depuis l'adoption de la loi relative à la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, les interventions du législateur ont pour but de répondre aux pratiques mises en place par certains distributeurs et industriels. Chacune des réformes a modifié le contenu de l'article L.442-6 du code de commerce. L'étude des dispositions de ce texte démontre que le pouvoir législatif a souhaité promouvoir l'équilibre contractuel et lutter contre les abus du déséquilibre structurel. Pour remplir ce premier objectif, les dispositions du code civil relatives au droit des obligations et aux conventions ainsi que certaines règles prétoriennes étant insuffisantes⁷²⁸, une intervention législative a donc été nécessaire. Des dispositions sanctionnant certains déséquilibres⁷²⁹ et instaurant un ordre public économique⁷³⁰ ont été adoptées. Le législateur a aussi utilisé la notion de loyauté afin d'instaurer, malgré la différence de structure entre les distributeurs et de nombreux fournisseurs, un équilibre structurel et commercial ou, tout du moins, lutter contre les abus du déséquilibre. Ont donc été adoptées des dispositions visant à sanctionner certains abus et refus lors de l'établissement de la relation⁷³¹ mais aussi certains textes ayant pour objectif de limiter les conséquences commerciales de la rupture de la relation⁷³² pour l'opérateur économique qui la subit.

649. La notion de loyauté a donc été utilisée pour réglementer les négociations et la période postérieure à la conclusion du contrat, pour prohiber certaines clauses et contrats, pour sanctionner certains comportements, et pour inciter les opérateurs économiques à en adopter d'autres. En outre, elle offre un moyen de contrôle efficace aux cocontractants ainsi qu'aux pouvoirs publics.

650. Au regard des textes relatifs aux relations commerciales adoptés depuis 1996, des articles du quatrième titre de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et des dispositions de l'article L.420-2 du code de commerce, la définition de la loyauté dans les relations commerciales est double :

- La loyauté est un devoir qui impose aux opérateurs économiques certaines obligations, leur permet de jouir de certains droits et leur offre une certaine protection.

⁷²⁸ V. *supra* n° 415 et s.

⁷²⁹ V. *supra* n° 439 et s. et 450 et s.

⁷³⁰ V. *supra* n° 470 et s.

⁷³¹ V. *supra* n° 513 et s.

⁷³² V. *supra* n° 589 et s.

- La loyauté est un concept qui permet aux pouvoirs publics de contrôler et de sanctionner les opérateurs économiques et qui justifie certaines atteintes à la liberté et aux principes fondamentaux du droit.

651. La loyauté est une notion morale qui doit se traduire par un comportement. En décidant d'utiliser la notion de loyauté afin de moraliser les relations commerciales, le législateur aurait donc dû édicter des textes incitatifs qui auraient encouragé les distributeurs, les industriels et plus généralement tous les opérateurs économiques à se comporter loyalement, à adopter et à proscrire certaines attitudes dans leurs rapports avec leurs fournisseurs ou leurs clients. Or, depuis l'adoption de la loi Galland et malgré la création de la Commission d'examen des pratiques commerciales qui caractérise une réelle volonté d'anticipation⁷³³, les législateurs et gouvernements successifs sont intervenus afin d'adapter le concept de loyauté aux circonstances économiques, aux évolutions du secteur de la grande distribution et aux pratiques développées par les fournisseurs et les distributeurs.

652. Les différentes interventions ont alourdi les dispositions des articles L.441-6 et L.442-6 du code de commerce. La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes avait proposé de clarifier et simplifier les articles précités⁷³⁴. La première solution aurait consisté à retirer de l'article L.442-6 du code de commerce les dispositions relatives au régime des sanctions et des pouvoirs du Ministre pour les placer dans un article ou chapitre autonome, d'une part, et de regrouper « *autour de quelques pratiques abusives fondamentales* » les dispositions de cet article, d'autre part. La seconde solution aurait résidé à « *éclater l'article L.442-6 du code de commerce par grandes catégories cohérentes d'abus* ».

653. La proposition de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes n'a pas été suivie d'effet. Pourtant, les opérateurs économiques les plus faibles n'ont généralement pas le savoir et le soutien juridique nécessaire afin de connaître et bénéficier de l'entière protection que leur offrent les articles L.441-6 et L.442-6 du code de commerce. A l'opposé, les grands distributeurs

⁷³³ V. *supra* n° 293 et s.

⁷³⁴ Cf. Rapport de la DGCCRF, « *Bilan et réforme de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME* », 27 juillet 2007, p. 6.

et les groupes industriels ont les capacités d'étudier le contenu des articles précités. Leurs connaissances leur offrent la possibilité d'utiliser au mieux les règles et d'en retirer un bénéfice maximal. En conséquence, une amélioration de la rédaction des textes et l'énoncé de principes généraux sont souhaitables afin de renforcer la loyauté dans les relations commerciales.

BIBLIOGRAPHIE

I. MANUELS, TRAITES, OUVRAGES GENERAUX ET COURS

- Cabrillac R., *Droit des obligations*, Dalloz, 10^{ème} ed., 2012.
- Cornu G., *Regards sur le Titre II du Livre II du Code civil*, Cours D.E.D. droit privé Paris II.
- Frison-Roche M-A. et Payet M-S., *Droit de la concurrence*, Dalloz, 2006.
- Lefort C., *Procédure civile*, Dalloz, 4^{ème} ed., 2011.
- Malaurie P., Aynes L. et Stoffel-Munck P., *Les obligations*, Lextenso éditions, 6^{ème} ed., 2013.
- Malinvaud P. et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, LexisNexis, 12^{ème} ed., 2012.
- Ripert G., *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^{ème} ed., 1949.
- Starck B., *Droit civil, obligations*, Librairies techniques, 1972.

II. THESES, MONOGRAPHIES, OUVRAGES SPECIALISES

- Baudet I., *Négociations commerciales dans les relations B to B*, Lancier, 2009.
- Dany M., Fabre R. et Sersiron L., Loi du 2 août 2005, *relations fournisseurs-distributeurs, bonnes et mauvaises pratiques, sanctions*, Dalloz, 1^{ère} ed., 2006.
- Dany M., Fabre R. et Sersiron L., *Le guide des relations commerciales*, Dalloz, 2^{ème} ed., 2009.
- Dereux G., *De l'interprétation des actes juridiques privés*, Thèse Paris, 1905.
- Ferrier D., *Droit de la distribution*, Litec, 4^{ème} ed., 2006.
- Ferrier D., *Droit de la distribution*, LexisNexis, 6^{ème} ed., 2012.
- Flour J., Aubert J-L. et Savaux E., *Droit civil – Les obligations – 1. L'acte juridique*, Sirey Université, 13^{ème} ed., 2008.
- Guest A., « *Ansons's Law of Contract* », 26ème ed., Oxford, Londres, 1984.
- Grynbaum L et Nicod M., *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004.

- Jamin C., *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel. Le contrat au début du XXI^e siècle*, Etudes offertes à Jacques Ghestin, LGDJ, 2001.
- Le Tourneau P., *Les contrats de concession*, Litec, 2003.
- Le Tourneau. P., *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 9^{ème} ed., 2012.
- Picod Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Thèse, LGDJ, 1989.
- Reuter P., *Principes du droit international public*, Recueil des Cours, Académie de droit international, 1961
- Schmidt-Szalewski J., *Négociation et conclusion de contrat*, Dalloz, 1983.
- Stoffel-Munch Ph., *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, LGDJ, 2000.
- Vouin R., *La bonne foi. Notion et rôles actuels en droit français*, Thèse, Bordeaux, 1939.

III. ARTICLES, CHRONIQUES

- Amarani Mekki S. et Fauvarque-Cosson B., *Droit des contrats*, Dalloz, 2005, n°41, pp. 2836-2848.
- Arcelin L., *Pratiques commerciales et concentrations économiques : les apports de la loi NRE*, Contrats-Concurrence-Consommation, novembre 2001, pp. 8-10.
- Arhel P., *Projet de modernisation du droit français de la concurrence*, La semaine juridique entreprise et affaires, 13 avril 2000, n° 15-16, pp. 644-650.
- Augagneur L-M., *Interdiction, droit et devoir de négocier : retour sur la confrontation entre conditions générales de vente et conditions générales d'achat*, La semaine juridique entreprises et affaires, n° 27-28, 8 juillet 2010, pp. 16-19.
- Auguet Y., *Nouvelles régulations économiques et nouveaux contentieux du droit de la concurrence devant les tribunaux de commerce*, Les petites affiches, 2 septembre 2004, n° 176, pp. 3-14.
- Beignier B., « *La conduite des négociations* », Revue trimestrielle de droit commercial, juillet-septembre 1998, pp. 463-470.
- Bonnet-Desplan M.P., *Du référencement...*, La semaine juridique entreprises et affaires, n°2, 1998, pp. 12-13.
- Buy F. et Théron J., *L'éthique et l'entreprise*, La semaine juridique Entreprise et affaires, n° 25, 20 juillet 2013, pp. 1-9.

- Caballero F., *Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe*, Revue trimestrielle de droit civil, 1985, p.427.
- Chevrier E., *Concurrence : oui à la négociabilité des CGV*, Recueil Dalloz, n° 8, 2008, pp. 468-469.
- Claudel E., *Concurrence*, Revue trimestrielle de droit commercial, octobre-décembre 2000, pp. 877-899.
- Dany M., Dowding A. et Fabre R., *Loi Dutreil: quelles nouvelles relations entre fournisseurs et distributeurs ?*, Lamy droit économique, octobre 2005, ed. 2006, pp. 1-7.
- De Brosses A., *La rupture fautive de relations commerciales établies*, Droit et patrimoine, n° 116, juin 2003, p. 50 et s.
- Delbarre F., *Les bons relais d'une législation nouvelle*, Les petites affiches, 1^{er} juillet 2005, n° 130, pp. 27-29.
- Dupré-Dallemagne A. S., *Nouvelles précisions sur le régime applicable à la rupture unilatérale des pourparlers*, Dalloz, n° 12, 2004, pp. 869-873.
- Ferré D., Genty N. et Deberdt E., *La loi Chatel n°2008-3 du 3 janvier 2008 : quelles incidences dans les relations fournisseur-distributeur ?*, Lamy droit des affaires, n° 24, février 2008, pp. 41-50.
- Ferrier D. et Ferré D., *La réforme des pratiques commerciales : loi n° 2005-882 du 2 août 2005*, Contrats-Concurrence-Consommation, novembre 2005, pp. 7-14.
- Ferrier D. et Ferré D., *La réforme des pratiques commerciales : loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008*, Contrats-Concurrence-Consommation, février 2008, pp. 6-10.
- Frison-Roche M. A., *Volonté et obligation*, Dalloz, 2000, n° 38, p. 135-142.
- Genty N., Delesalle D et Deberdt E., *LME: L'ultime réforme des relations commerciales?*, Revue Lamy droit des affaires, octobre 2008, n° 31, pp. 56-66.
- Grall J-C., Meffre J-M., et Guet C., *Loi Dutreil du 2 août 2005 en faveur des PME : Analyse critique des dispositions relatives au droit des relations industrie-commerce*, Recueil Dalloz 2005, pp. 2149-2158.
- Gunther J-P. et Viala F., *La loi « Jacob Dutreil » ou la réforme de la loi Galland*, Les petites affiches, 4 octobre 2005, pp. 9-13.
- Jamin C., *Typologie des théories juridiques de l'abus*, Revue de la concurrence et de la consommation, 1996, n° 92, pp. 8-12.
- Le Tourneau P., *La rupture des négociations*, Revue trimestrielle de droit commercial, juillet-septembre 1998, pp. 479-491.

- Lebreton S., *La commission d'examen des pratiques commerciales: une occasion manquée pour la médiation*, Les petites affiches, 26 août 2002, n° 170, pp. 26-30.
- Lyonnet B., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Gazette du palais, Dimanche 3 au Mardi 5 décembre 2000, pp. 2119-2124.
- Malaurie-Vignal M., *Transparence tarifaire, négociation contractuelle et liberté des prix au regard de la loi du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales*, Recueil Dalloz, 1996, pp. 361-364.
- Malaurie-Vignal M., *Transparence tarifaire et liberté contractuelle*, La semaine juridique édition générale, 1996, pp. 95-99.
- Mignot M., *De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ?*, Revue de la recherche juridique, 2004, n° 4, pp. 2153-2197.
- Montet C. et Venayre F., *Grande distribution française : faire confiance au marché ou céder à la tentation réglementaire ?*, Revue Lamy de la concurrence, novembre 2004 – janvier 2005, n°1, pp.174-181.
- Mousseron M., *Les relations de prestations de services*, Les petites affiches, n° 118, 3 octobre 1994, pp. 11-14.
- Mousseron J-M, *Les procédures informelles d'échange des consentements*, Revue juridique et commerciale, 1995, pp. 22-27.
- Neveu Y., *Le devoir de loyauté pendant la période pré-contractuelle*, Gazette du Palais, 3 décembre 2000, pp. 66-68.
- Nourissat C., *Retour sur les CGV catégorielles et les CPV : différenciation et discrimination tarifaire un an après...*, Revu Lamy de la concurrence, octobre/décembre 2006, pp. 36-40.
- Pancrazi M.E., *La moralisation des pratiques commerciales*, Droit et patrimoine, n° 99, décembre 2001, pp. 65-73.
- Pigassou P., *Les mentions sur facture après la loi du 1^{er} juillet 1996*, Recueil Dalloz, 1997, pp. 157-161.
- Poulet O. et Robert J-A., *De Balladur à la NRE, 15 ans de régulation du droit de la concurrence en France, une approche comparée du droit et de l'économie*, Revue de jurisprudence commerciale, 2001, n° 10, pp. 254-275.
- Raynard J., *Le ministre, le juge et le contrat : Réflexion circonspectes à propos de l'article L. 442-6-III du Code de commerce*, La semaine juridique entreprise et affaires, n° 27-28, 5 juillet 2007, pp. 13-18.

- Rives-Lange J-L, *Le devoir de loyauté : essai d'une définition unitaire*, Gazette du Palais, 3 décembre 2000, pp. 2167-2171.
- Rochfeld J., *Nouvelles régulations économiques et droit commun des contrats*, Revue trimestrielle de droit civil, 14 septembre 2001, pp. 670-687.
- Stoffel-Munch P., *La rupture des pourparlers se dote d'un régime complet et cohérent*, La semaine juridique Entreprise et Affaires, 13 mai 2004, n°20-21, com. 738, pp. 818-822.
- Testu F-X. et Herzele J., *La formalisation contractuelle du résultat des négociations commerciales entre fournisseurs et distributeurs*, La semaine juridique entreprise et affaires, n° 4, janvier 2008, pp. 27-39.
- Vilmart C., *L'effectivité de la lutte contre les pratiques commerciales abusives dans la loi NRE*, La semaine juridique entreprise et affaires, n° 51-52, 20 décembre 2001, pp. 2046-2052.
- Vilmart C., *La loi châtelle pour le développement de la concurrence au service des consommateurs. Analyse de ses conséquences dans les relations producteurs distributeurs*, La semaine juridique entreprise et affaires, n° 2, 10 janvier 2008, pp. 24-31.
- Vogel J. et Vogel L., *Ombres et lumières de la transparence tarifaire (Conditions générales de vente et facturation)*, La semaine juridique entreprise et affaires, n° 5, 2 février 1995, étude 436, pp. 69-78.

IV. RAPPORTS

- Rapport du Conseil de la concurrence pour 1987.
- Commission Canivet, *Rapport sur les rapports entre industrie et commerce*, 18 octobre 2004.
- Rapport de la DGCCRF, *Bilan et réforme de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME*, 27 juillet 2007.
- Rapport de la Commission pour la libéralisation de la croissance française, 23 janvier 2008.
- Rapport de Marie-Dominique Hagelsteen, *La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente*, 12 février 2008.
- Rapport annuel de l'Observatoire des délais de paiement, 2012.

V. NOTES, OBSERVATIONS DE JURISPRUDENCE

1°) Cour de cassation

- Chauvel P., Dalloz Sirey, 1998, p. 45, obs. sous Cass. Com., 7 avril 1998.
- Cornu G., Revue trimestrielle de droit civil, 1978, p. 672, obs. sous Cass., Ch. Mixte, 20 janvier 1978.
- Crionnet M., Dalloz, 1997, p. 338, note sous Cass. Soc., 9 juillet 1978.
- Decocq A., La semaine juridique entreprises et affaires, 2003, n° 47, p. 1866, obs. sous Cass. Com., 23 avril 2003.
- Delebecque P., Dalloz, 2000, somm. 364, obs. sous Cass., Com., 15 février 2000.
- Durry G., Revue trimestrielle de droit civil, 1977.127, obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 1^{er} avril 1976.
- Ferrier D., Dalloz, 2001, somm., p. 297, obs. sous Cass. Com., 15 février 2000.
- Fillion- Dufouleur B., Dalloz 1996, somm. 116, note sous Cass., Civ. 1^{ère}, 10 octobre 1995.
- Giboulot F., Dalloz, 1976, 1.193, note. Cass., Civ., 6 mars 1876,
- Guyenot J., Dalloz 1970, p. 108, note sous Cass. Crim., 22 décembre 1969.
- Leveneur L., La semaine juridique édition entreprise, 1996, II. 776, note sous Cass., Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995.
- Levaneur L., Contrat-Concurrence-Consommation, 1997, n° 75, obs. sous Cass., Com., 11 février 1997.
- Manguy D. et Respaud J.-L., La semaine juridique édition entreprise, 2000, cahier droit de l'entreprise n° 4, obs. Cass. Com., 14 mars 2000.
- Marguenaud J.-P., Dalloz, 1990.241, note Cass., Civ. 1^{ère}, 20 décembre 1988.
- Mazeaud J., La semaine juridique édition générale 1957, II, 10008, note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 4 décembre 1956.
- Mestre J., Revue trimestrielle de droit civil, 1995, p. 885, obs. sous Cass. Com., 28 février 1995.
- Mestre J., Revue trimestrielle de droit civil, 1987.750, obs. sous Cass., Civ. 1^{ère}, 16 décembre 1986.
- Sériaux A., Dalloz, 1997. 121, note sous Cass., Com., 22 octobre 1996.
- Serra Y., Dalloz, 1997, somm. 101, obs. sous Cass., Soc., 5 juin 1996.
- Stoffel Munck Ph., Dalloz, 2002, p. 1974, note sous Cass. Com., 15 janvier 2002.

- Vogel L., *Contrat-Concurrence-Consommation*, 1994, n° 162, note sous Cass. Com., 18 janvier 1994.

2°) Cour d'appel

- André C., *Dalloz*, 2002, 307, note sous CA. Douai, 15 mai 2001.

3°) Tribunaux de première instance

- Chantepie G., *La semaine juridique édition Entreprise*, 2011, n° 1701, note sous T. com. Lille, 7 septembre 2011.
- Hassler T., *Dalloz Sirey*, 1994, somm. p. 283, obs. sous T.G.I. Paris, 24 février 1994.
- Sénéchal J., *Dalloz* 2010, note sous T. com. Lille, 6 janvier 2010.

VI. JURISPRUDENCE

1°) Conseil Constitutionnel

- Conseil Constitutionnel, 3 août 1994, décision n° 94-348 DC.
- Conseil Constitutionnel, 10 juin 1998, décision n° 98-401 DC.
- Conseil Constitutionnel, 9 novembre 1999, décision n° 99-419 DC.
- Conseil. Constitutionnel, 13 janvier 2011, décision n° 2010-85 QPC.

2°) Cour de cassation

- Cass., Civ., 29 janvier 1867, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, 11^{ème} ed., n° 266.
- Cass., Civ., 6 mars 1876, *Dalloz*, 1976, 1.193, note F. Giboulot.
- Cass. Crim., 30 avril 1968, pourvoi n° 67-91.385.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 4 décembre 1956, *La semaine juridique édition générale* 1957, II, 10008, note J. Mazeaud.
- Cass. Crim., 22 décembre 1969, pourvoi n° 69-91.630, *Dalloz* 1970, p. 108, note J. Guyenot.
- Cass. Com., 20 mars 1972, pourvoi n° 70-14.154.

- Cass. Civ. 3^{ème}, 3 octobre 1972, Bull. civ. III, n° 491, p. 391.
- Cass. Com., 9 octobre 1973, pourvoi n° 72-10244, Bull. civ. 1973, IV, n° 274.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 1^{er} avril 1976, Bull. civ. I, n° 122, Revue trimestrielle de droit civil, 1977.127, obs. G. Durry.
- Cass., Ch. Mixte, 20 janvier 1978, Juris-Data n° 1978-094001, Revue trimestrielle de droit civil, 1978, p. 672, obs. G. Cornu.
 - Cass. Soc., 9 juillet 1978, Dalloz, 1997, p. 338, note M. Crionnet.
- Cass., Civ. 1^{ère}, 24 juillet 1978, pourvoi n° 77-11.170, Bull. civ. I, n° 280.
- Cass., Civ. 1^{ère}, 19 mars 1980, pourvoi n° 79-70.170, Bull. civ. I, n° 95.
- Cass. Com., 17 octobre 1980, Bull. civ. 1980, IV, n°433.
- Cass. Crim., 23 février 1981, pourvoi n° 80-91.536.
- Cass., Civ. 1^{ère}, 16 décembre 1986, Revue trimestrielle de droit civil, 1987.750, obs. J. Mestre.
- Cass. Crim., 16 novembre 1987, Bull. crim., n° 408.
- Cass. Com., 14 juin 1988, pourvoi n° 86-15.049.
- Cass., Civ. 1^{ère}, 20 décembre 1988, Dalloz, 1990.241, note J.-P. Marguenaud.
- Cass. Com., 27 février 1990, pourvoi n°88-12.189, Bull. civ. IV, n°59, p. 39.
- Cass. Civ. 3^{ème}, 19 février 1992, pourvoi n° 92-16152.
- Cass., com., 3 novembre 1992, pourvoi n° 90-18.547, La semaine juridique édition générale, 1993, II, p. 10.
- Cass. Com., 12 octobre 1993, pourvois n° 91-16.988 et 91-17.090.
- Cass. Com., 26 octobre 1993, pourvoi n° 91-20.012.
- Cass. Com., 4 janvier 1994, pourvoi n° 92-14.121, Bull. civ. IV, n° 4.
- Cass. Civ. 2^{ème}, 5 janvier 1994, pourvoi n° 92-13.856.
- Cass. Com., 18 janvier 1994, pourvoi n° 92-11.425, Contrat-Concurrence-Consommation, 1994, n° 162, note L. Vogel.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 31 janvier 1995, pourvoi n° 92-20.654.
- Cass. Com., 28 février 1995, pourvoi n° 93-14.437, Revue trimestrielle de droit civil, 1995, p. 885, obs. J. Mestre.
- Cass., Civ. 1^{ère}, 10 octobre 1995, pourvoi n° 93-16.869, Dalloz 1996, somm. 116, note B. Fillion- Dufouleur.
- Cass., Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995, pourvois n° 91-15.578 et 91-15.999, La semaine juridique édition entreprise, 1996, II. 776, note L. Leveneur.
- Cass. Com., 16 janvier 1996, pourvoi n° 94-20.620.

- Cass., Soc., 5 juin 1996, pourvoi n° 92-42.298, Dalloz, 1997, somm. 101, obs. Y. Serra.
- Cass., Civ. 3^{ème}, 17 juillet 1996, Bull. civ. III, n° 193.
- Cass., Com., 22 octobre 1996, pourvoi n° 93-18.632, Dalloz, 1997. 121, note A. Sériaux.
- Cass. Com., 12 novembre 1996, pourvoi n° 94-14329.
- Cass. Com., 10 décembre 1996, pourvoi n° 94-16-192, Bull. civ. IV, n° 309 et 310.
- Cass. Com., 7 janvier 1997, pourvoi n° 94-21.561.
- Cass. Com., 4 février 1997, pourvoi n° 94-19.511.
- Cass., Com., 11 février 1997, pourvoi n° 95-10.851, Contrat-Concurrence-Consommation, 1997, n° 75, obs. L. Levanneur.
- Cass. Com., 18 février 1997, pourvoi n° 94-19.272.
- Cass. Com., 22 avril 1997, pourvoi n° 94-18.953.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 6 janvier 1998, pourvoi n° 95-19.199, La semaine juridique entreprise et affaires, 1998, p. 1499.
- Cass. Com., 7 avril 1998, Dalloz Sirey, 1998, p. 45, obs. P. Chauvel.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 7 octobre 1998, pourvoi n° 96-14.359.
- Cass. Com., 27 octobre 1998, pourvoi n° 96-14.540.
- Cass. Com., 24 novembre 1998, pourvoi n° 96.18-357, Bull. civ. n° 277, p. 232.
- Cass. Com., 16 février 1999, pourvoi n° 96-21.997.
- Cass. Com., 1^{er} juin 1999, pourvoi n° 97-15.421
- Cass. Com., 15 février 2000, pourvoi n° 97-16.690, Dalloz, 2001, somm., p. 297, obs. D. Ferrier.
- Cass., Com., 15 février 2000, pourvoi n° 97-19.713, Dalloz, 2000, somm. 364, obs. P. Delebecque.
- Cass. Com., 14 mars 2000, pourvoi n° 97-15.981, La semaine juridique édition entreprise, 2000, cahier droit de l'entreprise n° 4, obs. D. Manguy et J.-L. Respaud.
- Cass. Com., 23 mai 2000, pourvoi n° 97-20.890.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 14 juin 2000, pourvoi n° 98-17.494.
- Cass. Com., 24 octobre 2000, pourvoi n° 98-12.947.
- Cass. Com., 5 décembre 2000, pourvoi n° 97-21.631.
- Cass. Civ., 5 décembre 2000, pourvoi n° 98-17.705.
- Cass. Com., 25 avril 2001, pourvoi n° 98-22.199.
- Cass. Com., 6 juin 2001, pourvoi n° 99-20.831.

- Cass. Com., 15 janvier 2002, pourvoi n° 99-21.172, Dalloz, 2002, p. 1974, note Ph. Stoffel Munck.
- Cass. Com., 29 janvier 2002, pourvoi n° 001-11.433.
- Cass. Com., 29 janvier 2002, pourvoi n° 00-11.951.
- Cass. Civ. 1^{ère}., 3 avril 2002, pourvoi n° 00-12.932, Bull. civ. I, n° 108.
- Cass. Com., 9 avril 2002, pourvoi n° 99-15.532.
- Cass. Com., 6 mai 2002, pourvoi n° 99.14-013.
- Cass. Com., 2 juillet 2002, pourvoi n° 01-12.685.
- Cass. Com., 15 janvier 2002, pourvoi n° 99-21.172.
- Cass. Com., 29 janvier 2002, pourvoi n° 00-11.433.
- Cass. Com., 29 janvier 2002, pourvoi n° 00.11.951.
- Cass. Soc., 10 juillet 2002, pourvoi n° 00-45.135, Revue de jurisprudence sociale, octobre 2002, n° 1119.
- Cass. Com., 23 avril 2003, pourvoi n° 01-11.664, La semaine juridique entreprises et affaires, 2003, n° 47, p. 1866, obs. A. Decocq.
- Cass. Com., 26 novembre 2003, pourvoi n° 00-10.243.
- Cass. Com., 17 décembre 2003, pourvoi n° 01-16.505.
- Cass. Com., 17 mars 2004, pourvoi n° 02-17.575.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, pourvoi n° 01-00.475.
- Cass. Com., 7 juillet 2004, pourvoi n° 03-11.472.
- Cass. Civ. 3^{ème}, 25 mai 2005, pourvoi n° 03-19.411.
- Cass. Com., 12 juillet 2005, pourvoi n° 04-12.388.
- Cass. Com., 6 février 2007, pourvoi n° 03-20.463.
- Cass. Com., 23 octobre 2007, pourvoi n° 06-16.774.
- Cass. Com., 29 janvier 2008, pourvoi n° 07-12.039.
- Cass. Com., 8 juillet 2008, pourvoi n° 07-16.761.
- Com., 16 novembre 2008, pourvoi n° 07-18.050.
- Cass. Com., 2 décembre 2008, pourvoi n° 08-10.731.
- Cass. Com., 13 janvier 2009, pourvoi n° 08-13.971.
- Cass. Com., 20 janvier 2009, pourvoi n° 07-17.556.
- Cass. Com., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-11.976.
- Cass. Com., 15 septembre 2009, pourvoi n° 08-19.200.
- Cass. Com., 9 mars 2010, pourvois n° 08-21.055 et 09-10.216.
- Cass. Com., 18 octobre 2011, pourvois n° 10-28.005 et 10-15.296.

- Cass. Com., 2 novembre 2011, pourvoi n° 10-26.656.
- Cass. Com., 20 mars 2012, pourvoi n° 11-11.570.
- Cass. Com., 3 mai 2012, pourvoi n° 11-10.544.
- Cass. Com., 11 septembre 2012, pourvoi n° 11-14.620.
- Cass. Com., 6 novembre 2012, pourvoi n° 11-24.570.
- Cass. Com., 20 novembre 2012, pourvoi n° 11-22.660.
- Cass. Com., 12 février 2013, pourvoi n° 12-11.709.
- Cass. Com., 12 février 2013, pourvoi n° 12-13.819.
- Cass. Com., 3 avril 2013, pourvoi n° 12-17.905.

3°) Conseil d'Etat

- CE, 30 mars 1916, Grands arrêts de la jurisprudence administrative, 15^{ème} ed., n° 31.

4°) Cour d'appel

- CA Paris, 25 avril 1989, *Milupa c/ Paradoc, Galec et a.*, Lettre de la distribution, juin 1989.
- CA Paris, 5 juillet 1991, Juis-Data n° 1991-643682.
- CA. Versailles, 5 mars 1992, Juris-Data n° 1992-040895.
- CA Paris, 17 février 1993, RJDA 8-9/1993, n° 689.
- CA., Paris, 21 mars 1997, Juris-Data n° 1997-612400.
- CA. Grenoble, 7 janvier 1998, Gaz. Pal. 1998, 1, p. 217.
- CA. Paris, 29 mai 1998, Juris-Data n° 1998-024433.
- CA. Nancy, 23 juin 1998, décisions n° 94003968 et 95000075, Juris-Data n° 1998-045642.
- CA. Paris, 26 mars 1999, Juris-Data n° 1999-111166.
- CA. Versailles, 10 juin 1999, Juris-Data n° 1999-108323.
- CA Montpellier, 11 août 1999, décision n° 98/0003685, Juris-Data n° 1999-127668.
- CA. Douai, 5 septembre 2000, décision n° 2000/01918, Juris-Data n° 2000-171238.
- CA Paris, 24 octobre 2000, D. Mazeaud, *Petite leçon de solidarisme contractuel...*, Dalloz 2001, n° 40, pp. 3235-3237.
- CA Paris, 11 mai 2001, Juris-Data n° 2001-143878.
- CA. Douai, 15 mai 2001, Dalloz, 2002, 307, note C. André.

- CA. Amiens, 30 novembre 2001, décision n° 00/00407, Juris-Data n° 2001-173637.
- CA. Lyon, 15 mars 2002, Cahier Droit de l'Entreprise, 2002, n° 5.
- CA. Lyon, 24 juillet 2002, Juris-Data n° 2002-196667.
- CA. Agen, 21 août 2002, Juris-Data n° 2002-223718.
- CA Montpellier, 24 janvier 2006, Juris-Data n° 2006-296241.
- CA. Nîmes, 25 février 2010, RJDA 2010, n° 682.
- CA Versailles, 27 octobre 2011, Affaire n° 2010-05259.
- CA., Lyon, 16 mai 2013, Eve Monier c/ Locam, RG 11/07 152.
- CA., Paris, 7 juin 2013, Netmakers c/ Antigone, RG 11/08.674.

5°) Tribunaux de première instance

- T.G.I. Paris, 24 février 1994, Dalloz Sirey, 1994, somm. p. 283, obs. T. Hassler.
- T.G.I. Chalon-sur Saône, 21 juin 1994, RJDA 1994, n° 1160.
- T. corr. Nanterre, 14 mars 1995, Revue de jurisprudence de droit des affaires, n°1016, 1995.
- T. com. Paris, 27 juin 1996, Juris-Data n° 1996-047078.
- T. com., Avignon, 25 janvier 1999, Dalloz, 1999, actualité jurisprudentielle, p. 49.
- T. com. Paris, 27 septembre 2000, Juris-Data n° 2000-134571.
- T. com. Paris, 18 octobre 2002, Affaire n° 2000-03537.
- T. com. Lille, 6 janvier 2010, Affaire n° 2009-05184, Dalloz 2010, note J. Sénéchal.
- T. com. Lille, 7 septembre 2011, Affaire n° 2009-05105, La semaine juridique édition Entreprise, 2011, n° 1701, note G. Chantepie.
- T. com. Meaux, 6 décembre 2011, Affaire n° 2009-02295.

6°) Conseil de la concurrence

- Cons. Conc. n° 99-D-45, 30 juin 1999.
- Cons. Conc. n° 93-D-21, 8 juin 1993.
- Cons. Conc. n° 03-D-42, 18 août 2003.
- Cons. Conc., n° 04-D-13, 8 avril 2004.
- Cons. Conc., n° 04-D-26, 30 juin 2004.
- Cons. Conc., n° 05-D-32, 22 juin 2005.

7°) Cour de Justice des communautés Européennes

- CJCE, 13 février 1979, *Hoffman-La Roche c/ Commission*, affaire 85/76.

VII. AVIS ET REPONSES MINISTERIELLE

- Avis de la Commission de la concurrence du 14 mars 1985.
- CEPC, avis n° 04-04 du 7 juillet 2004.
- CEPC, avis n°08-06 du 19 décembre 2008.
- CEPC, avis n°10-04 du 18 février 2010.
- CEPC, avis n° 10-09, du 3 juin 2010.
- CEPC, avis n° 11-06 du 1^{er} juin 2011.
- CEPC, avis n° 12-07 du 16 mai 2012.
- Réponse ministérielle n°3027, 3 février 1994.

VIII. SITES INTERNET

- www.courdecassation.fr
- www.economie.gouv.fr
- www.ilec.asso.fr

INDEX

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Abus, 431, 468, 624 et s.
de dépendance économique, 541 et s.
de position dominante, 527 et s.
de puissance d'achat et de vente, 514
du déséquilibre (Voir déséquilibre)
rupture (Voir rupture)

Action du Ministre, du Ministère public et du président de l'Autorité de la concurrence, 328 et s.
autonome 340
répétition de l'indu 356 et s.
préjudice 359 et s.
preuve 357, 361

Amende civile, 363 et s.

Avantage
sans contrepartie 453 et s.
préalable (Voir référencement)
rétroactif 478 et s.

B

Bonne foi, 18 et s., 422 et s.
Bouton de porte (Voir référencement)

C

Cause, 384 et s., 453

CEPC

attributions 313 et s.
saisine 294, 300
nature 305 et s.
missions 296 et s.

Clause du client le plus favorisé, 484 et s.

Clause pénale

définition 408
appréciation 411 et s. (et Voir pénalités)

Conditions générales de vente

communication 137, 520 et s., 524
contenu 125 et s.
portée 82 et s.
sanction 120 et s., 147 et s.
socle 84 et s., 107, 177, 201

Conditions générales d'achat, 163 et s.

validité 166 et s.
contenu 182 et s.
communication 137 et s. et 520 et s.

Conditions particulières de vente, 231 et s.

définition 240
contrepartie 244, 245

Coopération commerciale, 250 et s., 454

définition 250, 251
formalisme 252

Corbeille de la mariée, 455 et s.

D

Déséquilibre

abusif 450 et s.
contractuel (Voir équilibre)
significatif 439 et s.

Dépendance économique (Voir abus de.)

E

Equilibre

contractuel 348 et s., 377 et s., 429,
441, 480, 620
structurel 343 et s.

Equité 20, 26, 442 et s.

Exclusivité d’approvisionnement, 494
et s., 528, 545

F

Facture, 275 et s.

contenu 282 et s., 580
délivrance 279, 575

Fonds de commerce (cession) 500 et s.

Force obligatoire (atteinte), 436

Franchise, 494, 504

G

Globalisation du chiffre d’affaires,
458 et s.

I

Imprévision

en droit privé 418 et s.
en droit public 417

L

Loyauté

définition 650
nature 41

Lésion, 382

N

Négociation

obligation 106 et s.
formalisme 259 et s.
rupture (Voir rupture)

Non-concurrence (clause), 503 et s.

O

Ordre public, 348 et s., 470 et s.
définition 470

Obligation

destinée à favoriser la relation 254 et
s.
de négociier 106 et s.

P

Paiement

abus 565 et s.
créance 488 et s.
délais 570

Pénalités, 556 et s., 580

Préavis, 605 et s.

Prix

abus 424, 528, 544
alignement 6, 485
blocage 2, 48
hausse 9, 61, 63 et s., 70 et s.

R

Rabais, 135, 556 et s.

Reddition des comptes, 270 et s.

Référencement, 456, 462, 474 et s.

Refus

de marchandises 551 et s.
de vente 71 et s., 523 et s.

Relation commerciale

définition 13 et s.
établie 598 et s.
rupture (Voir rupture)

Remise, 135

Répétition de l'indu (Voir action du
Ministre...)

Retour de marchandises (Voir refus)

Ristourne, 135

Rupture

menace 466
négociation
abusive 219 et s.
brutale 215 et s.
préjudice 210
principe 207 et s.
relation
abusive 613 et s.
principe 590 et s.

S

Seuil de revente à perte, 4

Solidarisme contractuel, 426 et s.

T

Transparence, 33 et s.

TABLE DES MATIERES

(Les chiffres renvoient aux numéros de pages)

SOMMAIRE	5
INTRODUCTION GENERALE	6
PARTIE I : LA TRANSPARENCE DES RELATIONS COMMERCIALES	17
TITRE I : L'INFORMATION DES OPERATEURS ECONOMIQUES	19
Chapitre I : L'information sur les conditions de vente et de prestation de services.	21
Section I : L'adaptation de la portée des conditions générales de vente aux objectifs des pouvoirs publics.....	22
§I) Les objectifs des pouvoirs publics.	22
I) Les objectifs de politique économique.	23
A) Favoriser la concurrence.	23
B) Limiter l'inflation.....	25
II) Les objectifs en matière de relation commerciale.....	27
A) Premier temps : Favoriser les distributeurs.....	27
B) Deuxième temps : Protéger les fournisseurs et les prestataires de services.....	29
§II) La portée des conditions générales de vente et de prestation de services..	30
I) La consécration des conditions générales comme socle de la négociation commerciale.	31
A) La conception large de la notion de socle.	31
B) La conception stricte de la notion de socle.	32
II) L'affaiblissement postérieur des conditions générales de vente et de prestation de services.	34

A)	L'instauration des conditions générales différenciées.....	34
B)	La libéralisation des négociations commerciales.....	36
Section II : Les obligations liées aux conditions générales de vente et de		
	prestation de services.....	38
§I)	L'établissement des conditions générales.....	38
I)	Le moment de l'établissement.....	39
A)	La nécessaire rédaction préalable.....	39
B)	La sanction.....	41
II)	Le contenu des conditions générales.....	42
A)	Les mentions relatives à l'acte de vente et au règlement.....	42
1°)	Les mentions relatives à l'acte de vente.....	42
2°)	Les mentions relatives à l'acte de règlement.....	43
B)	Les mentions relatives au prix.....	44
§II)	La communication des conditions générales.....	45
I)	L'identification des débiteurs et créanciers de l'obligation.....	46
A)	Pour les conditions générales de vente et de prestation de services.....	46
B)	Pour les conditions générales différenciées.....	47
II)	La sanction du défaut de communication.....	48
A)	La nature des sanctions.....	48
B)	Le montant des sanctions.....	49
Chapitre II : L'information sur les intentions des opérateurs économiques. ... 52		
Section I : L'intention de l'acheteur manifestée dans les conditions générales		
	d'achat.....	53
§I)	Les éléments acquis.....	53
I)	La licéité des conditions générales d'achat.....	54
A)	L'absence de texte prohibitif.....	54
B)	L'obligation de transparence de l'acheteur.....	55
II)	L'absence d'obligation d'établissement et de communication.....	56
§II)	Les éléments sujets à discussion.....	58
I)	Le contenu des conditions générales d'achat.....	58
A)	En présence de conditions générales de vente.....	58

1°) Un complément aux conditions générales de vente.....	59
2°) Le problème des contradictions avec les conditions générales de vente.....	60
B) En l’absence de conditions générales de vente.....	61
II) La portée des conditions générales d’achat.....	62
 Section II : L’intention des parties quant à la rupture des négociations.....	64
§I) Le principe : la libre rupture des pourparlers.....	64
§II) L’encadrement du principe.....	66
I) La rupture brutale.....	67
II) La rupture tardive.....	68
 CONCLUSION DU TITRE	70
 TITRE II : LE CONTROLE DE LA LOYAUTE DE LA RELATION COMMERCIALE	71
 Chapitre I : Le contrôle exercé par les cocontractants.	73
 Section I : Un contrôle lors de l’exécution des conventions.....	73
§I) Pour l’opération de vente : les conditions particulières de vente.....	73
I) La différenciation entre les conditions particulières et les conditions générales de vente.....	74
II) Les conditions particulières de vente, un instrument de contrôle.	75
A) Le contrôle de l’étendu des engagements.....	75
B) Le contrôle de l’opportunité des engagements.....	76
§II) Pour les autres obligations.....	77
I) Premier temps : la multiplicité du nombre de conventions.....	78
A) Le contrat de coopération commerciale.....	78
B) Les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale.	80
II) Deuxième temps : le retour à la convention unique ou au contrat cadre annuel.....	81
A) La conclusion.....	82

B) Les sanctions.....	83
Section II : Un contrôle <i>a posteriori</i>	84
§I) La reddition annuelle des comptes.....	85
§II) La facture.....	86
I) L'établissement de la facture.....	86
A) La délivrance de la facture.....	87
B) Le contenu de la facture.....	87
II) Les sanctions.....	88
Chapitre II : Le contrôle exercé par les pouvoirs publics.....	90
Section I : Une tentative d'anticipation : la création de la Commission d'examen des pratiques commerciales.....	91
§I) Le rôle de la commission.....	92
I) Les objectifs des pouvoirs publics.....	92
A) Permettre une meilleure information des pouvoirs publics.....	92
B) Favoriser une anticipation des pouvoirs publics.....	93
II) La nature de la commission.....	94
A) La volonté initiale : une juridiction.....	94
B) Une simple autorité.....	95
§II) Les pouvoirs de la commission.....	96
I) Les attributions de la commission.....	96
A) Donner des avis et formuler des recommandations.....	96
B) Etablir un rapport d'activité.....	98
II) Les moyens de la commission.....	99
Section II : Une volonté de sanction : l'action du Ministre de l'économie, du Ministère public et du président de l'Autorité de la concurrence.....	100
§I) L'existence de l'action.....	100
I) La qualité à agir.....	101
II) L'intérêt à agir.....	101
§II) L'étendue de l'action.....	103
I) Contrôler les relations commerciales.....	104

A) La cessation de pratiques illicites.	104
B) Faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites.	106
II) Sanctionner les opérateurs économiques indécents.	107
A) La protection de la partie réputée faible.	108
1°) La répétition de l'indu.	108
2°) La réparation du préjudice.	109
B) L'amende civile.	110
CONCLUSION DU TITRE	112
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	113
PARTIE II : L'EQUILIBRE DES RELATIONS COMMERCIALES	114
TITRE I : LA PRESERVATION DE L'EQUILIBRE CONTRACTUEL.	117
Chapitre I : Le déséquilibre significatif.	119
Section I : L'insuffisance des concepts classiques.	119
§I) La cause du contrat.....	119
I) La théorie de la cause.....	120
A) La théorie classique.....	120
B) La théorie moderne.	122
II) Le problème de l'absence, de l'illicéité et de l'immoralité de la cause.....	123
A) L'absence de cause.	123
B) L'illicéité et l'immoralité de la cause.	124
§II) Le maintien de l'équilibre.....	125
I) La révision des clauses pénales.....	125
A) Les fondements juridiques.	125
B) L'appréciation du caractère excessif ou dérisoire de la clause.	126
II) Les règles d'origine prétorienne.....	127
A) La théorie de l'imprévision.....	127

1°) Le rejet de la théorie de l'imprévision.	128
2°) Le recours aux notions de bonne foi et d'équité.	129
B) Le solidarisme contractuel.	130
1°) Présentation de la conception solidariste du contrat.	130
2°) Critique de la conception solidariste du contrat.	133
 Section II : La notion de déséquilibre significatif.	134
§I) Définition du caractère significatif du déséquilibre.	134
§II) Appréciation du caractère significatif du déséquilibre.	135
 Chapitre II : Le déséquilibre abusif.	139
 Section I : L'absence de contrepartie équivalente.	139
§I) Les avantages.	139
I) Les avantages sans contrepartie.	139
A) La participation à l'intérêt commun et le rapprochement d'enseigne.	140
B) La globalisation artificielle du chiffre d'affaires.	141
II) Les avantages préalables.	142
§II) Les conditions évidemment abusives.	143
 Section II : L'instauration d'un ordre public économique : la nullité de certaines clauses et contrats.	145
§I) Les clauses ou contrats à caractère économique et financier.	146
I) L'octroi d'un avantage.	146
A) La prime de référencement.	146
B) Les avantages rétroactifs.	147
II) Les autres clauses ou contrats.	149
A) La clause dite « du client le plus favorisé ».	149
B) La clause relative à la cession de créance.	150
§II) Les clauses et contrats limitant la liberté contractuelle.	151
I) Lors de la relation : l'exclusivité d'approvisionnement.	152
II) A la fin de la relation.	153

A) Le droit de préférence sur la cession ou le transfert du fonds de commerce.....	153
B) La clause de non-concurrence post-contractuelle.....	154
CONCLUSION DU TITRE	157
TITRE II : LA LUTTE CONTRE LES ABUS DU DESEQUILIBRE STRUCTUREL	158
Chapitre I : Les abus durant la relation commerciale	160
Section I : Lors de l'établissement de la relation.....	161
§I) Les pratiques matérialisées par un refus.....	161
I) La non communication des conditions générales de vente.....	162
II) Le refus de contracter.....	163
§II) Les pratiques caractérisant un abus.....	164
I) L'abus de position dominante.....	164
II) L'abus de dépendance économique.....	166
Section II : Lors du développement de la relation.....	168
§I) Les pratiques mises en place lors du transfert de marchandises.....	168
I) Les pratiques d'achat condamnables.....	169
A) Le refus ou le retour de marchandises.....	169
B) La déduction d'office des pénalités et rabais.....	170
II) Le refus de mentionner le nom et adresse du fabricant d'un produit vendu sous marque de distributeur.....	172
§II) Les abus liés au paiement.....	173
I) L'encadrement des délais de paiement.....	173
A) La diminution des délais de paiement.....	174
B) L'instauration d'un plafond légal.....	175
II) Les sanctions.....	176
A) Les pénalités de retard.....	177
B) Les sanctions judiciaires.....	178
1°) La sanction civile.....	178

2°) La sanction pénale.....	179
Chapitre II : Les abus lors de la fin de la relation.	180
Section I : La rupture brutale.	181
§I) Les conditions d’application des dispositions relatives à la rupture brutale d’une relation commerciale établie.....	182
I) Une relation commerciale établie.	182
II) Une brutalité dans la rupture.....	184
§II) Le nécessaire respect d’un préavis.....	185
I) La forme et le contenu du préavis.....	185
II) La durée du préavis.....	186
Section II : La rupture abusive.....	187
§I) La sanction de la rupture abusive.....	187
I) Une pratique restrictive de concurrence.	188
II) Une pratique anticoncurrentielle.....	189
§II) Les comportements abusifs.....	189
I) Les comportements abusifs antérieurs à l’annonce de la rupture.	190
II) Les comportements abusifs postérieurs à l’annonce de la rupture.	191
CONCLUSION DU TITRE	192
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	193
CONCLUSION GENERALE	194
BIBLIOGRAPHIE	198
INDEX	211

TABLE DES ABREVIATIONS

al. : alinéa

Ass. Plén. : Assemblée plénière.

Bull. civ. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre civile)

Bull. crim. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)

CA : Cour d'appel

Cass. : Cour de cassation

Cass. Civ. : Chambre civile

Cass. Ch. Mixte : Chambre mixte

Cass. Com. : Chambre commerciale

Cass. Crim. : Chambre criminelle

CE : Conseil d'Etat

CEPC : Commission d'examen des pratiques commerciales

CGV : conditions générales de vente

CJCE : Cour de Justice des Communautés Européennes

Cons. Conc. : Conseil de la concurrence

DGCCRF : Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

ed. : édition

Ibid. : même ouvrage que celui de la note précédente

LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

n° : numéro

NRE : nouvelles régulations économiques

obs. : observation

op. cit. : ouvrage déjà cité

p. : page

pp. : de la page à la page

RJDA : Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires

s. : suivant

somm. : sommaire

T. com. : Tribunal de commerce

T. corr. : Tribunal correctionnel
TGI : Tribunal de grande instance

Résumé :

Les références à la morale sont présentes dans différents domaines du droit tels que le droit de la famille, le droit des contrats et le droit commercial. Lorsque le législateur est intervenu dans les relations entre fournisseurs et distributeurs, et plus généralement dans les relations commerciales, il a utilisé la notion de loyauté. Cette dernière restreint la liberté des opérateurs économiques et encadre tant l'établissement que le développement de leurs relations. La loyauté, qui doit être qualifiée de devoir, incite les opérateurs économiques à adopter un comportement protecteur des intérêts de leurs cocontractants. Elle leur impose certaines obligations, notamment en matière d'information, d'une part, mais leur permet d'exercer un contrôle sur leurs partenaires et de bénéficier d'une protection contre certains abus, d'autre part. Pour remplir ce dernier objectif des dispositions, permettant d'assurer l'information des pouvoirs publics sur les pratiques développées par les opérateurs économiques, ont été adoptées. En outre, le législateur est allé plus loin en offrant la possibilité à certaines personnes de se substituer aux cocontractants victimes de pratiques restrictives qui par peur de représailles hésitent à intenter une action en justice. La loyauté dans les relations commerciales favorisant ainsi la sanction.

Mot clés : morale, transparence, pratiques restrictives, solidarité, ordre public économique, abus, dépendance, régulation.

Summary :

The references to moral are present in different areas of law, such as family law, contract law and commercial law. When the legislator took part of the suppliers and distributors relations, and more generally commercial relations, he started using the notion of loyalty. This notion limits the economic operator's liberty and frames the establishment, as well as its relationship development. The loyalty, must also be qualified as a duty, incites the economic operators to adopt a protective conduct with the interests of their co-contracting parties. The loyalty also imposes some obligations, especially regarding information, on the one hand, but it also allows them to apply a control on their own co-contracting parties and to receive protection against some abuses on the other. To meet this last objective, dispositions help to provide the information to the public authorities on the economic operator's practices, and on their respect to the provisions. Besides this, the legislator went further, authorizing some people to act as a representative for the co-contracting parties, who were victims of restrictive practices and hesitate to take a legal proceeding, for fear of reprisals. The loyalty in commercial relations furthers the sanction in this way.

Keywords : moral, transparency, restrictive practices, solidarity, protection of the public economy, abuses, dependence, regulation.