

Droit de la concurrence et droit des contrats

Doctrines juridiques · 12 mars 1999

[Retour page principale Droit et Société](#)

DROIT DE LA CONCURRENCE ET DROIT DES CONTRATS

Plan

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE : L'IMMIXTION DU DROIT DE LA CONCURRENCE AU SEIN DU DROIT DES CONTRATS

CHAPITRE I. L'INFLUENCE DU DROIT DE LA CONCURRENCE SUR LA LIBERTE CONTRACTUELLE

Section 1. La transparence de l'offre

Section 2. La non-discrimination et la pratique discriminatoire

Section 3. La non-discrimination et l'ambivalence du refus de vente

Section 4. L'indétermination du prix dans les contrat-cadres de distribution

CHAPITRE II. L'INFLUENCE DU DROIT DE LA CONCURRENCE SUR LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT

Section 1. L'application du droit des ententes aux contrats de distribution commerciale

Section 2. Le contrôle des clauses de non-concurrence

CHAPITRE III. L'INFLUENCE DE LA CONCURRENCE SUR L'EFFET RELATIF DES CONTRATS

Section 1. La limitation de l'effet relatif par la pratique contractuelle en droit interne

Section 2. La limitation de l'effet relatif par le droit de la concurrence communautaire

SECONDE PARTIE - LA RESISTANCE DU DROIT DES CONTRATS

CHAPITRE I. LA CONSTATATION D'UNE RESISTANCE

Section 1. L'abus de dépendance économique

Section 2. L'échec à la reconnaissance d'un droit au renouvellement du contrat de concession exclusive à durée déterminée

CHAPITRE II. ELEMENTS D'EXPLICATION DU PHENOMENE DE RESISTANCE

Section 1. L'hétérogénéité des systèmes juridiques

Section 2. Deux droits en conflit de " légitimité " ?

CONCLUSION

BIBLIOGRAPHIE

INTRODUCTION

D'après le penseur Adam Smith, pour fonder la liberté des individus, on peut prouver que la société n'a pas besoin d'un pouvoir absolu pour faire régner l'ordre. Il existerait de fait " une main invisible " qui guide les passions individuelles vers le bien de tous. Cette main ne serait autre que l'expression de nos aspirations communes.

Cette conception rejoignait celle exprimée entre autres d'une manière quelque peu différente mais dans le fond relativement similaire, par Montesquieu dans L'esprit des lois. Dans cet ouvrage, le politologue français soutenait en effet que, guidés par le lucre et par l'impression qu'il était préférable de faire des affaires que la guerre, les individus livrés à eux-mêmes s'organiseraient très certainement, guidés par la raison des lois, en une communauté régie par des intérêts pécuniaires mais aussi humains.

Les philosophes des Lumières ayant une influence prépondérante, le Code civil de 1804 fut le reflet d'une société vivant une véritable révélation libérale. Néanmoins, le contexte social de 1804 n'en poursuivit pas moins son évolution, et n'a plus guère de similitudes avec celui que nous connaissons aujourd'hui. De nouveaux besoins ont disparu, d'autres se sont fait jour. Parmi ceux-ci, celui de maintenir certains équilibres entre les partenaires économiques a connu une acuité croissante, jusqu'à remettre en cause certains principes du droit des contrats que l'on croyait immuables.

Il convient donc d'envisager quelques raisons pour lesquelles l'histoire a fait émerger le droit de la concurrence face à celui des contrats.

1. Le déclin du libéralisme contractuel et l'émergence d'un dirigisme économique

Le code civil, inspiré des principes de la Révolution (liberté, égalité, laïcité) marque le triomphe de l'individualisme libéral. Le principe de la liberté contractuelle y est constamment affirmé, en particulier par l'article 1134, selon lequel le contrat fait la loi des parties. Il doit aussi se concilier avec les principes de justice contractuelle, de bonne foi, et de sécurité juridique.

Les trois règles qui ont régis les rapports contractuels étaient les suivantes :

- Le contrat est la forme juridique par excellence de la liberté.
- Le contrat est sacré, parce qu'il résulte de deux volontés présumées égales.
- L'Etat doit se garder d'intervenir en matière contractuelle.

Dans la pratique cependant, cette liberté amplifia des déséquilibres sociaux plus attentatoires à celle-ci qu'ils ne la confortaient. Ce phénomène conduisit à tempérer considérablement l'idéologie du libéralisme économique. D'abord, pour des raisons de protection sociale et, par la suite, en raison de circonstances contingentes liées à la guerre de 1914, la crise économique des années 30, les guerre et après-guerre de 1939, la pénurie de l'occupation, et les nécessités de la reconstruction. C'est donc peu à peu que se fit jour la nécessité d'une régulation économique par l'intervention publique.

C'est en 1945 que, dans l'espoir de juguler la hausse de l'inflation, on instaura un système de prix administrés. Ce sont donc les ordonnances du 30 juin 1945 (instituant le blocage par les prix) qui constitueront le texte de base du droit de la concurrence. Par la suite, des modifications seront apportées par le décret du 9 août 1953 relatif à la prohibition des ententes, la loi du 2 juillet 1963 relative aux abus de position dominante, et enfin la loi du 19 juillet 1977 relative au contrôle des concentrations.

Ce n'est que quarante ans plus tard qu'il sera décidé de revenir à un système de liberté des prix par l'ordonnance du 1er décembre 1986.

L'émergence du droit de la concurrence et de son évolution subséquente ont mis en lumière une nouvelle approche économique des relations contractuelles. La corrélation entre le droit de la concurrence et le droit des contrats, si elle procède d'un processus normal, n'apparaît cependant pas toujours facile à cerner. Par exemple, il est malaisé de définir jusqu'où il convient de laisser à la liberté contractuelle sa pleine expression, dans la limite des exigences du droit de la concurrence. En effet, ce dernier a créé des mécanismes nouveaux dont les effets sont difficiles à cerner, du fait de son interaction avec ceux issus de la liberté de la concurrence.

2. La coexistence des principes de liberté contractuelle et de liberté de la concurrence.

Le principe de l'autonomie du consentement qui prédomine dans le code civil, a pour corollaires essentiels les principes de liberté contractuelle, de force obligatoire et d'effet relatif des conventions.

Consacrés aux articles 1134 et 1165 du code civil, ils constituent la trame essentielle des contrats.

Le principe de la liberté contractuelle suppose le choix de son cocontractant, de la détermination du contenu du contrat, des modalités d'exécution des obligations, etc... Or, elle ne peut être absolue dans la mesure où elle doit se combiner avec d'autres grands principes du droit, comme la libre concurrence. Elles ont en effet en

commun de reposer sur une même fiction : une certaine égalité des parties. Celles-ci sont de fait envisagées comme des individus moyens, honnêtes et possédant une idéologie comportementale standard. Concernant notre étude, on peut donc admettre que liberté contractuelle et liberté de la concurrence coexistent bien; la raison en est qu'à priori la liberté de la concurrence va de pair avec la conclusion de contrats civils et/ou commerciaux.

3. Le principe de la liberté de la concurrence

Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie a été proclamé par la loi du 2-17 mars 1791 dite décret d'Allarde qui dispose en son article 7 : " qu'à compter du 1er avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier, qu'elle trouvera bon ". Ce principe a été réaffirmé par l'article 1er, alinéa 1, de la loi d'orientation du commerce et de l'industrie (dite loi Royer) qui dispose : " la liberté et la volonté d'entreprendre sont les fondements des activités commerciales et artisanales ".

La question de la valeur constitutionnelle de ce principe n'a pas été tranchée. En effet, ni la constitution de 1946, ni la constitution de 1958 n'y font référence. Toutefois, le préambule de 1958 renvoie à celui de 1946, lequel réaffirme les principes fondamentaux reconnus par les lois de la république. On admet que la liberté du commerce et de l'industrie fait partie des principes fondamentaux du régime des obligations civiles et commerciales et relèvent par conséquent de la compétence législative. Néanmoins, si sa valeur constitutionnelle n'est pas clairement établie, il reste certain que seule la loi peut y apporter des restrictions. Ce texte constitue un fondement majeur dont la liberté de la concurrence est une application.

Le principe de la liberté de la concurrence est affirmé par l'article 1er de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence qui réalise l'autonomie du droit de la concurrence. Ainsi l'ordonnance empreinte " d'un libéralisme bien tempéré entaché de quelques rémanescences du passé ", abroge les atteintes directes à la libre concurrence et maintient les dispositions destinées à assurer le fonctionnement concurrentiel du marché.

Toutefois, le système du droit de la concurrence a évolué. En effet, celui d'avant 1986 reposait sur un principe d'interdiction précis, assorti d'exceptions qui traduisent le schéma classique que nous connaissons en droit. Or, depuis l'ordonnance du 1er décembre 1986, le système du droit de la concurrence se fonde sur la liberté contractuelle, ne l'assortissant que d'un contrôle de l'abus.

Le droit de la concurrence est un instrument de régulation de la politique économique qui tend à assurer le fonctionnement concurrentiel du marché. L'ordre public économique de direction se trouve directement impliqué.

4. La notion d'ordre public économique

L'intérêt général l'emporte sur l'intérêt particulier, c'est ce qu'exprime l'article 6, renforcé par l'article 1133 du code civil : " on ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs ".

Une question préalable tient au contenu de la notion. Dans une acception classique et selon la définition de Planiol, une disposition est d'ordre public : " toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher d'appliquer la loi ". En matière économique, la notion d'ordre public légitime en quelque sorte l'intervention publique, au nom de l'intérêt général, dans les activités économiques, et plus précisément dans l'échange de biens et de services.

A partir de la notion d'ordre public économique dégagé par M. Ripert, M. Carbonnier opère une distinction devenue traditionnelle entre ordre public de direction et ordre public de protection. Certains auteurs soutiennent qu'en réalité, du fait de l'évolution économique, émerge un nouvel ordre public économique.

L'ordre public peut donc être considéré comme un point d'articulation entre la théorie générale des contrats et le droit de la concurrence, dès lors que tout contrat conclu au mépris des règles internes ou communautaires,

est susceptible d'être annulé par application de l'article 6 du code civil. L'article 9 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 le rappelle en énonçant clairement " qu'est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles 7 et 8 ".

Concrètement, le droit de la concurrence assume un rôle de limitation de la liberté contractuelle au même titre que l'ordre public économique. En effet, si l'objectif du droit de la concurrence est bien d'assurer " l'effectivité de la concurrence sur le marché ", sa justification se fonde sur son maintien par le biais de la protection du marché et de la liberté économique.

On en déduit même que, selon le schéma classique, la liberté contractuelle trouve l'une de ses limites dans l'existence et l'exercice d'une autre liberté, celle de la libre concurrence.

Il convient de préciser qu'il ne sera traité dans cette étude que des contrats commerciaux, et tout particulièrement des contrats de distribution commerciale qui constituent l'épicentre du sujet.

L'immixtion du droit de la concurrence dans la théorie générale du contrat se manifeste dès la naissance de l'acte juridique créateur d'obligations. La liberté contractuelle (expression de la volonté individuelle) déduite du principe (ou dogme) de l'autonomie de la volonté peut se heurter à des principes trouvant leurs sources dans l'intérêt général.

Il convient donc d'examiner le phénomène de l'immixtion au travers de ses manifestations ponctuelles (première partie); immixtion relative puisque se heurtant à une résistance au sein du droit contractuel (seconde partie).

PREMIÈRE PARTIE : L'IMMIXTION DU DROIT DE LA CONCURRENCE AU SEIN DU DROIT DES CONTRATS

Cette immixtion s'observe à différents stades du processus contractuel. Par souci de cohérence, il convient de l'examiner selon le schéma traditionnel civiliste : formation, contenu, et effets du contrat. Ce qui amène à envisager son influence sur la liberté contractuelle (Chapitre), la force obligatoire des contrats (Chapitre) et leur effet relatif (Chapitre).

Chapitre I. L'influence du droit de la concurrence sur la liberté contractuelle

Afin de pallier l'éventuelle affectation de la concurrence qui pourrait résulter de comportements anticoncurrentiels, les pouvoirs publics, considérant que la transparence est le corollaire du principe de la liberté de la concurrence et plus précisément de la liberté des prix, sont intervenus en déterminant un régime spécifique de la formation des contrats entre professionnels. Ils ont privilégié la concurrence entre fournisseurs, laquelle suppose la parfaite transparence de l'offre (Section 1) et la non-discrimination (Section 2).

Section 1. La transparence de l'offre

§ 1) Le fondement textuel

Depuis la loi du 27 décembre 1973, dite loi Royer, la connaissance des tarifs des fournisseurs par les acheteurs professionnels est facilitée par le respect d'un certain formalisme et par l'existence de dispositions d'ordre public.

Ce principe a été consacré par les articles 31 et 33 de l'ordonnance du 1er décembre 1986. Plus précisément, l'article 33 de la même ordonnance contient des dispositions relatives à la phase précontractuelle. En effet, aux termes de cet article : " tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur, est tenu de communiquer à tout acheteur de produit ou demandeur de prestations de services pour une activité professionnelle, qui en fait la demande, son barème de prix et ses conditions de vente (...) la communication s'effectue par tout moyen conforme aux usages de la profession ".

Le principe de transparence dans les transactions commerciales assure la libre fixation des prix par le jeu de la concurrence (c'est-à-dire de l'offre et de la demande), conformément aux dispositions de l'article 1er de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

§ 2) Le contenu du principe

On entend par transparence de l'offre, le fait que " tout pollicitant sur le marché doit faire connaître à tous les cocontractants potentiels les conditions auxquelles il propose de s'engager ".

" Le principe est de fournir aux entreprises clientes une information précontractuelle et de leur permettre de choisir les fournisseurs qui leur offrent le meilleur ratio qualité-prix ". Ce principe vise à prémunir les acheteurs d'éventuels traitements discriminatoires.

Car en privilégiant l'opacité dans les relations commerciales, on ne peut qu'altérer le fonctionnement concurrentiel du marché. Par conséquent, on admet que la transparence est une condition nécessaire du libre jeu de la concurrence.

Au stade de la formation du contrat, la transparence se matérialise par une obligation de communication des conditions générales de vente et de prestations de services. Plus précisément, ce texte impose une obligation de divulgation des professionnels, fournisseurs ou distributeurs, à tout revendeur (en excluant les prestataires de services).

§ 3) Les effets sur la liberté contractuelle lors de la formation du contrat

I - Une transparence nécessaire

Le principe de la transparence verticale, c'est-à-dire relative à des agents situés à des stades différents de l'activité économique, est-elle une condition nécessaire à une concurrence libre et effective ? On peut constater que l'unanimité ne règne pas en la matière.

En effet, selon certains, l'obligation de communication des conditions générales de vente ou de prestations de services conduirait à une normalisation, et même à une standardisation des relations commerciales. Dans cette optique, on s'orienterait vers l'idée que " l'excès de transparence tue la concurrence ", du fait de l'absence de toute négociation individuelle.

D'autres, en revanche, ont cru y voir l'assurance de meilleures conditions d'exercice de la concurrence par la circulation de l'information.

II - La portée de l'obligation

Il faut préciser que l'obligation précontractuelle de renseignement, plus que l'expression d'un certain formalisme, renforce l'obligation de non-discrimination. En effet, comme le souligne Mme Dreiffuss-Netter, " la non-discrimination est la négation de l'intuitus personae ressentie comme un sacrifice de la liberté individuelle au profit de celle de la concurrence ". Il est certain que le principe de transparence exclut la prise en considération d'éléments arbitraires et personnels.

En outre, la chambre commerciale de la Cour de cassation a affirmé dans un arrêt du 18 janvier 1994 la parenté entre les articles 36 et 33 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, qui a vu dans l'obligation légale de communication " un préalable indispensable à une connaissance objective des conditions offertes, à défaut de laquelle il ne saurait être démontré l'absence de discrimination fautive ".

Ainsi, au nom de la libre concurrence, on encadre, en quelque sorte, l'exercice de la liberté contractuelle au moment de la formation du contrat par l'établissement d'obligations précontractuelles d'information, destinées à assurer la limpidité dans les relations commerciales. Si, en droit de la consommation, l'obligation précontractuelle d'information se justifie par les exigences de l'ordre public de protection, en droit de la concurrence, c'est le rattachement à la notion d'ordre public de direction qui a inspiré ces dispositions.

Conclusion

Par conséquent, l'obligation de communication, si elle est bénéfique à l'égalité de la concurrence, constitue cependant une limitation plus ou moins sensible à la prise en compte de l'intuitus personae lors de la formation du contrat.

Section 2. La non-discrimination et la pratique discriminatoire

§ 1) Le principe de non-discrimination

La notion d'égalité dans la concurrence est le pendant de celle de liberté de la concurrence. De toute évidence, elle n'est pas absolue en ce sens " qu'elle consiste seulement à traiter de manière égale des concurrents en situation égale ". Cette égalité de fait reste nécessaire au développement de la concurrence, et c'est la raison pour laquelle l'ordonnance du 1er décembre 1986 prohibe la non discrimination.

Ce principe est énoncé à l'article 36-1 et 36-2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 qui dispose : " engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé par tout producteur, commerçant, industriel ou artisan :

1. De pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiées par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence.

Ce principe de non discrimination avait déjà été consacré par les articles 38 de la loi du 27 décembre 1973 et 37-1 de l'ordonnance du 30 juin 1945 visant respectivement la discrimination illicite et le refus de vente.

L'article 36 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 a dépénalisé les pratiques discriminatoires (discrimination et refus de vente), lesquelles relèvent désormais d'un régime de responsabilité civile.

On notera que ces textes ne posent pas d'interdictions absolues, seuls les abus sont prohibés. En outre, " si la discrimination peut être une forme du refus de vente, inversement, le refus de vente peut être la manifestation d'une discrimination ".

Donc, le principe qui sous-tend la non discrimination est celui d'égalité de la concurrence, et plus spécifiquement la " rupture dans l'égalité des chances ".

§ 2) La pratique discriminatoire

Le champ d'application de l'article 36-1 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 est large et traduit la volonté du législateur d'appréhender toutes les discriminations fautives parce qu'elles affectent soit la capacité concurrentielle d'un opérateur économique, soit le fonctionnement concurrentiel du marché dans sa globalité. Ce que l'on sanctionne ici, ce n'est pas la discrimination en elle-même c'est son caractère illicite, dans la mesure où seront constatés, d'une part, une différence de traitement injustifié, et d'autre part, un effet perturbateur dans la concurrence.

I - Le traitement injustifié consiste en l'inexistence de contreparties réelles.

L'article 37-1 de la loi du 27 décembre 1973 visait les " prix ou conditions de vente discriminatoires qui ne sont pas justifiés par des différences correspondantes du prix de revient de la fourniture ou du service ". Cette justification supprimée par la loi du 30 décembre 1985 a été réintroduite par l'ordonnance de 1986. On entend par contrepartie réelle, tous les éléments commerciaux de nature à fonder une justification économique, objective et effective. Dans cette hypothèse, la discrimination conférerait un avantage ou un désavantage. Son caractère essentiellement économique revêtirait, selon certains, une grande importance dans la mesure où " il constitue une avancée de la théorie de la lésion par rapport au droit commun ".

II - L'effet perturbateur de la concurrence.

En outre, l'appréciation de l'illicéité de la pratique est indissociable de l'affectation du libre jeu de la concurrence. Une appréhension globale justifierait l'intervention du conseil de la concurrence, garant du fonctionnement concurrentiel du marché.

Conclusion

On constate qu'il s'agit d'autant de restrictions apportées au principe de l'autonomie de la volonté et à son corollaire, la liberté contractuelle. En ce sens il y aurait un modelage préétabli des relations contractuelles.

Section 3. La non-discrimination et l'ambivalence du refus de vente

Le refus de vente constitue la pratique la plus attentatoire au fonctionnement concurrentiel du marché. L'article 36-2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 pose que le refus de vente est le fait de " refuser de satisfaire aux demandes des acheteurs de produits ou aux demandes des prestations de service, lorsque ces demandes ne présentent aucun caractère anormal, qu'elles sont faites de bonne foi et que le refus n'est pas justifié par les dispositions de l'article 10 ".

Ainsi, la qualification de refus de vente s'applique au refus abusif de contracter et ne sanctionne plus le simple refus de nouer des relations commerciales, comme sous l'empire de la circulaire Fontanet du 31 mars 1960. Cependant, la question du refus de vente quant à l'appréciation de l'influence du droit de la concurrence sur le droit des contrats, revêt un caractère ambivalent. En effet, on peut l'envisager soit sous l'angle d'une limitation, soit sous celui d'une véritable reconnaissance du droit de ne pas contracter.

§ 1) L'analyse classique civiliste

I - L'analyse classique de la formation du contrat

A - Les principes directeurs

Traditionnellement, on considère que le consentement exprime le caractère volontaire du contrat et qu'il s'analyse comme une offre acceptée par son destinataire; le contrat étant la résultante de la coïncidence de l'offre et de l'acceptation.

L'offre doit présenter des caractères spécifiques. Elle doit être ferme, précise et sans équivoque afin de déterminer les éléments qui feront l'objet de l'acceptation. Or, la détermination des auteurs respectifs de l'offre et de l'acceptation est fondamentale. D'une part, parce qu'elle permet de distinguer les phases précontractuelle (les pourparlers) et contractuelle, et d'autre part parce que " l'auteur de l'offre, qui formera le contrat n'est pas nécessairement celui qui a pris l'initiative de la première proposition ". L'offre qui forme le contrat est celle qui fait l'objet d'une acceptation pure et simple.

Si un fournisseur est en droit de refuser de contracter quand la demande présente un caractère anormal, il est certain que la vente n'est réputée parfaite qu'au moment de la coïncidence de l'offre et de l'acceptation, et aux termes de l'article 1583 du code civil, d'un accord des parties sur la chose et le prix, ainsi que sur les conditions générales de vente. A défaut, si l'on considère que les conditions générales de vente constituent un élément déterminant du contrat, elles empêchent la conclusion du contrat, le fournisseur ne pouvant être contraint de vendre qu'aux conditions qu'il a lui-même déterminées.

B - Les effets.

Dans ces conditions, l'effet principal de l'offre " acceptée " est de donner naissance au contrat dès lors qu'il y a eu rencontre des consentements et de ce fait, accord sur les éléments essentiels du contrat. La conséquence est importante, dans la mesure où, à partir de ce moment, le contrat est réputé parfait et susceptible de produire tous ses effets. En particulier, si l'auteur de l'offre acceptée souhaitait se rétracter, il y aurait inexécution du contrat et celui-ci engagerait sa responsabilité contractuelle sur le fondement de l'article 1147 du code civil.

II - L'application de l'analyse civiliste au droit de la concurrence.

Le droit civil distingue nettement les phases précontractuelle et contractuelle, le plus souvent par ordre chronologique, mais pas systématiquement. En effet, si l'on écartait " la théorie selon laquelle les professionnels sont en état d'offre permanente ", on se repositionnerait dans le processus classique de formation des contrats. Or, la distinction opérée entre la phase précontractuelle et contractuelle est essentielle, dans la mesure où elle conditionne la nature de la responsabilité qui sera engagée.

A partir d'un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 16 mars 1987, Mme Dreiffuss-Netter développe un raisonnement a contrario suivant lequel " l'agrément de la demande du client par le fournisseur, à la différence de la simple fourniture de renseignement, lie les deux parties. On peut donc

en déduire que le refus de contracter est un refus d'acceptation et non un refus d'offre. Par conséquent, l'offrant est le client et non le fournisseur ". Le raisonnement paraît remarquablement logique, dans la mesure où le fournisseur ne peut être simultanément offrant et auteur de l'acceptation.

§ 2) La reconnaissance implicite d'un droit de ne pas contracter par le droit de la concurrence.

Les avantages conférés aux auteurs d'un refus de vente par le droit de la concurrence sont indéniables, et ce à deux titres. D'une part, seuls les abus injustifiés (demande anormale, mauvaise foi) sont susceptibles de tomber sous le coup de l'article 36 de l'ordonnance du 1er décembre 1986. Or, dans la conception classique du droit civil, il n'existe pas de possibilité de justifier l'inexécution hormis le cas exceptionnel de la force majeure. D'autre part, la sanction civile du refus de vente en droit de la concurrence est de nature délictuelle, alors que le droit commun reconnaît la responsabilité contractuelle en l'espèce ; Par conséquent, c'est au " refusé " qu'incombe la charge de la preuve des éléments nécessaires à la mise en œuvre de la responsabilité du " refusant ".

Le droit de la concurrence sous le couvert d'une incrimination visant à limiter les abus à la liberté de ne pas contracter, dans un souci d'assurer le fonctionnement concurrentiel du marché, a reconnu implicitement " le droit de refuser la vente que le droit commun n'autoriserait pas " .

§ 3) La portée de l'article 36-2

La question est de savoir si, bien qu'ayant été dépénalisées par l'ordonnance du 1er décembre 1986, les pratiques restrictives visées à l'article 36 restent interdites a priori. L'enjeu est important, dans la mesure où c'est l'interdiction a priori qui va déterminer une éventuelle violation de l'ordre public. En effet, selon M. Brill, s'il n'y avait pas violation de l'ordre public, il en résulterait que " les contrats dans lesquels sont insérées des pratiques restrictives ne pourraient plus être annulés sauf à invoquer la liberté du commerce et de l'industrie ". En effet, les pratiques visées à l'article 36 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 sont fautives car elles sont contraires à l'ordre public.

§ 4) Le contrat forcé

Il convient de préciser que le refus de vente isolé relève de la compétence du juge judiciaire, garant de la liberté individuelle (en l'espèce la liberté d'entreprendre). Il en résulte que le caractère abusif sera apprécié in abstracto, indépendamment de son effet anticoncurrentiel sur le marché.

En outre, le Conseil de la concurrence peut prononcer des injonctions visant à contraindre le fournisseur, par exemple à s'exécuter. Peut-on envisager le même type de sanction infligée par les juridictions de l'ordre judiciaire ?

En effet, l'article 1382 du code civil dispose que " tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ". Dès lors, si le client refusé parvient à démontrer les conditions nécessaires à la mise en œuvre de la responsabilité, il pourra obtenir réparation du préjudice subi, mais par quelle modalité ? A priori, l'octroi de dommages et intérêts ne fait aucun doute, mais qu'en est-il de la réparation en nature, laquelle consisterait en la conclusion d'un contrat forcé ?

Mme Dreiffuss-Netter admet que " la technique de la responsabilité ne l'exclut pas à condition de considérer que la réparation peut se faire en nature ", et que " l'exécution en nature tant en matière délictuelle que contractuelle a plutôt les faveurs de la doctrine et de la jurisprudence qui ne la refuse que pour des obligations à forte coloration personnelle ".

Il semble donc possible d'admettre l'imposition d'un contrat à un cocontractant qui n'a pas donné son consentement à la convention. Cependant, il s'agirait de nuancer car cette obligation légale de contracter découlerait d'une part d'un texte revêtant un caractère d'ordre public et d'autre part mais surtout, d'une décision judiciaire visant à sanctionner le manquement.

Conclusion

L'intérêt du mécanisme de la responsabilité civile réside dans le fait que l'on pourrait parvenir à la conclusion d'un contrat forcé, lequel illustrerait, non seulement la pénétration du droit de la concurrence dans le droit des contrats, mais aussi son autonomie.

Section 4. L'indétermination du prix dans les contrat-cadres de distribution

§ 1) La complexité des décisions traditionnelles

L'exigence de la détermination du prix dans les contrat-cadres en matière de distribution a suscité et suscite toujours une abondante controverse.

Le plus souvent, le contenu des contrat-cadres de distribution se limite aux stipulations contractuelles et recouvre des combinaisons diverses (contrat d'approvisionnement, de fourniture, etc.). A défaut de statut légal déterminé, ils relèvent pour leur régime du droit commun des obligations.

Traditionnellement, pour prononcer la nullité d'une convention au motif que le prix était indéterminé ou indéterminable, la Cour de cassation fondait ses décisions sur l'article 1591 du code civil (texte spécifique à la vente), qui procède à l'assimilation du contrat d'approvisionnement exclusif au contrat de vente ; dès 1978, la Cour de cassation a étendu son champ d'intervention en se fondant sur l'article 1129 du code civil relevant de la théorie générale des obligations, qui impose la détermination de l'objet du contrat : " il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée ".

Par la suite, à partir de 1987, la jurisprudence de la Cour a évolué, en opérant une distinction entre les contrats de distribution imposant une obligation de donner et ceux imposant une obligation de faire, ces derniers échappant à la nullité pour indétermination du prix.

M. Malaurie relève " qu'il n'existe pratiquement pas de contrats qui fassent naître d'obligations de donner puisque le code civil dispose que le contrat entraîne un transfert instantané de la propriété (articles 1138 et 1583 du code civil) ". Ainsi, les contrats de distribution comportant systématiquement une obligation de faire auraient vu leurs clauses relatives à la détermination être toujours validées.

De plus, en 1991, la Cour a admis que la validité de certains contrats de distribution n'était plus subordonnée à la détermination ou à la déterminabilité du prix des produits futurs dès l'instant que celui-ci pouvait être " librement débattu et accepté " par les parties, au moment de chacune des ventes.

La distinction entre les contrats-cadres présentant une obligation de donner ou de faire n'est pas tout à fait satisfaisante. Toutefois, M. l'Avocat général Jéol, dans ses conclusions rendues dans l'affaire Ouest abri, précise la distinction entre les deux types de conventions : " Les premières ont pour objet l'approvisionnement exclusif d'un commerçant en produits déterminés (...). Etroitement solidaires des ventes successives qu'elles annoncent, ces conventions relèvent de l'obligation de donner (...). Les secondes conventions ont un objet plus large que le strict approvisionnement d'un commerçant. Elles tendent à organiser pleinement la distribution de produits généralement plus élaborés (...). Les engagements des parties s'apparentent à des obligations de faire ou de ne pas faire ".

Cette distinction a été critiquée par la doctrine qui oppose que selon que l'on considère " l'exclusivité jouant dans un sens (exclusivité d'approvisionnement) ou dans un autre (exclusivité de fourniture), la convention serait tantôt solidaire des ventes successives, tantôt pourrait être plus facilement détachée, ceci étant censé expliquer que l'article 1129 doive tantôt jouer, tantôt ne le doive pas ".

On conviendra de la complexité de la jurisprudence développée par la Cour de cassation. D'autant plus que l'absence de détermination du prix, c'est-à-dire de l'objet du contrat, doit être sanctionnée par la nullité absolue, ce qui constitue un facteur d'insécurité juridique supplémentaire.

Il convient désormais d'examiner quelles pourraient être les solutions apportées par le droit de la concurrence.

§ 2) L'éventuel recours au droit de la concurrence

De ce qui précède, on comprend bien que la règle prétorienne impose beaucoup de pragmatisme. L'ordonnance du 1er décembre 1986 consacre le principe de la liberté des prix en son article premier.

En matière d'accords verticaux, plus que l'indétermination du prix, c'est l'imposition d'un prix minimal de revente qui est sanctionnée. Et ce, à plusieurs titres : il est clairement prohibé à l'article 34 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, mais il peut aussi constituer une pratique anticoncurrentielle au sens des articles 7 et 8 de la même ordonnance car il constitue une entrave à la libre fixation des prix par le seul marché.

L'interdiction posée à l'article 34 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 consiste en " le fait d'imposer directement ou indirectement un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale ".

Il est certain que le corollaire essentiel de la liberté économique relève d'un principe d'autonomie des agents économiques dans la fixation des prix. La référence à une méthode de détermination du prix des biens faite à partir d'éléments " sérieux, précis et objectifs ", indépendamment de la seule et unique volonté du fournisseur est licite.

En matière de contrats de franchisage, la Cour de cassation ayant emprunté une nouvelle voie vers l'appréciation du caractère arbitraire des prix proposés par le franchiseur au franchisé (débiteur d'une obligation d'approvisionnement exclusif) admet la fixation unilatérale du prix (ne serait-ce pas la manifestation du prix imposé ?) par le franchiseur au motif que le prix apparaît objectif, ou bien que le franchiseur éditait un tarif annuel connu du franchisé dès la conclusion du contrat.

Il convient dès lors d'établir un rapprochement éventuel entre les dispositions de l'article 1129 du code civil et celles de l'ordonnance du 1er décembre 1986, plus précisément, les articles 7 et 8 relatifs aux ententes et abus de position dominante.

Les dispositions de l'article 34 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 étant d'interprétation étroite, la frontière entre prix conseillés et prix imposés n'est pas toujours évidente, notamment quand il existe une politique de prix destinée à assurer la meilleure commercialisation des produits dans le cadre d'un réseau de distribution. Le droit de la concurrence pourrait être en mesure d'apporter une évolution dans le délicat problème de la détermination du prix. En effet, la chambre commerciale de la Cour de cassation a récemment sanctionné dans un arrêt du 1er juin 1993 une clause par laquelle un franchisé s'obligeait envers son franchiseur " à respecter autant que faire se peut les marges bénéficiaires décidées le franchiseur " est illicite car elle est assimilable à une clause de prix imposés. En effet, la Cour retient que la clause en question " avait bien pour effet de dissuader les entreprises appartenant au réseau mis en place par le franchiseur de procéder à la fixation autonome de leurs prix et qu'elle tombait dès lors sous le coup de l'article 7-1 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ".

Il convient de faire deux remarques à propos de cette jurisprudence. D'une part, pourquoi la Cour de cassation a-t-elle fondé sa décision sur l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, en excluant les articles 8 et 34 de la même ordonnance, lesquels eurent été mieux adaptés pour fonder la décision ? Et d'autre part, pourquoi la Cour sanctionne-t-elle l'illicéité de la clause par la nullité de l'ensemble du contrat ?

De surcroît, la Cour de cassation applique le même raisonnement en matière de distribution sélective.

Le rapprochement entre les articles sanctionnant l'indétermination du prix dans le code civil et l'ordonnance du 1er décembre 1986 serait à envisager. En effet, comme le souligne M. Malaurie " la solution consistant à s'inspirer de l'ordonnance serait un grand progrès " aux fins de résoudre les problèmes liés à la sanction de l'indétermination du prix, et ce notamment dans les contrats de concession.

M. Bézard, Président de la chambre commerciale de la Cour de cassation, déclarait à ce propos que " la jurisprudence n'a pas encore atteint son point d'équilibre définitif ".

Conclusion

Il est certain que pour séduisante que soit cette solution de règlement de conflit, elle n'en présenterait pas moins des inconvénients. Le défaut de détermination du prix relevant de la théorie générale des obligations viendrait à être sanctionné par les règles du droit de la concurrence. Dans ce cas, n'existerait-il pas un risque de dérive à encore élargir le champ d'application des dispositions de l'ordonnance ? Ceci dit, il est possible de penser que l'on assisterait non pas à l'infléchissement du droit des contrats sous la pression du droit de la concurrence, mais à son enrichissement. Dès lors, il y aurait application du principe selon lequel les règles spéciales l'emportent sur les règles générales.

Il est quasiment impossible de savoir si la cohérence conceptuelle du système juridique en tirera avantage. Néanmoins, on retiendra que la sécurité juridique pourrait y trouver plus de stabilité.

Les limitations apportées à la liberté contractuelle tiennent plus à des exigences de l'ordre public de direction, qu'à un véritable réajustement opéré par le droit de la concurrence. En effet, celui-ci s'attache plus aux effets post-contractuels, qu'aux conditions de validité du contrat. Il en résulte une immixtion bien plus marquée au niveau du contrôle du contenu du contrat.

Chapitre II. L'influence du droit de la concurrence sur la force obligatoire du contrat

Un contrat civil ou commercial peut se révéler contraire aux règles du droit de la concurrence. En effet, celui-ci contrôle la finalité du contrat afin d'y déceler une éventuelle atteinte au jeu de la concurrence, laquelle justifierait son annulation en application de l'article 9 de l'ordonnance du 1er décembre 1986. L'appréciation de la validité des techniques et stipulations contractuelles au regard du droit de la concurrence peut être envisagée au regard du droit des ententes (section I) et du contrôle des clauses de non-concurrence (section II).

Section 1. L'application du droit des ententes aux contrats de distribution commerciale

Aux termes de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, trois conditions doivent être réunies pour que l'entente illicite soit constituée : une concertation entre les entreprises, l'entrave au jeu normal de la concurrence sur un marché et l'imputabilité de cette entrave à l'entente.

Ainsi, " un contrat même licite (au regard des autres aspects du droit), ne saurait faire échapper à l'application de l'article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945, des pratiques anticoncurrentielles auxquelles il servirait de cadre ou de support ".

En réalité l'atteinte au marché et l'affectation de la concurrence sont des éléments indispensables à l'appréciation de la liceité de la pratique contractuelle en cause, et ce au regard du fonctionnement concurrentiel du marché.

Les contrats de distribution commerciale (distribution sélective, exclusive, franchise...) posent une question de liceité au regard des exigences du droit de la concurrence du fait du cloisonnement qu'ils sont susceptibles de réaliser.

Ces contrats ne sont pas intrinsèquement illicites bien qu'ils comportent des clauses restrictives de concurrence. Il convient dès lors d'établir quelles sont les conditions nécessaires à la validité de tels contrats et d'apprécier leurs effets en termes de restrictions apportées au jeu de la concurrence. On constatera dès lors l'émergence de difficultés entre le droit commun et le droit de concurrence.

§ 1) La liceité conditionnelle des accords de distribution commerciale au regard de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986

Au préalable, il faut établir si la qualification d'entente illicite est applicable aux accords verticaux (fournisseurs-distributeurs). Pour que celle-ci soit constituée, il faut une concertation entre les opérateurs économiques en cause et que l'atteinte au marché en soit la résultante. Il s'agit d'une liceité conditionnelle, qui pourra être remise en cause dès lors que les dispositions du contrat portent atteinte à la concurrence.

I - La concertation

Le Conseil de la concurrence adopte une interprétation large de la notion d'entente. En effet, " les conditions

générales de vente et les engagements présentés à ses clients par la société philips sont acceptés explicitement ou tacitement par les revendeurs lors de la passation des commandes et constituent en tant que tels, entre le fournisseur et les membres de son réseau de distribution, des conventions susceptibles d'affecter le jeu de la concurrence sur le marché en cause et d'entrer dans le champ d'application de la loi ". Ces documents ne sont donc pas analysés en termes d'offre de contracter, mais bel et bien comme des actes conventionnels, permettant ainsi l'application de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986. Il semblerait que l'on soit plus proche d'une notion de contrat d'adhésion, que de celle de contrat librement négocié entre les parties.

II - L'atteinte au marché

La notion d'affectation du marché est fondamentale, et présente un double intérêt. En premier lieu, elle représente le critère objectif déterminant d'atteinte au fonctionnement concurrentiel du marché, lequel permet la mise en _uvre des dispositions visant à en sanctionner les effets néfastes sur le libre jeu de la concurrence. En second lieu, elle constitue le facteur révélateur d'une dichotomie dans l'approche du contrat, laquelle s'effectue désormais pragmatiquement, en considération d'éléments exogènes.

On constate que le contrat n'est plus appréhendé en lui-même, mais en considération de ses effets potentiels sur le marché. En fait, c'est sa finalité qui est examinée. L'atteinte au marché doit donc faire l'objet d'une appréciation globale (procédant d'une analyse macroéconomique, tendant à la sauvegarde de la concurrence), au regard de la concurrence praticable.

D'ailleurs, le mécanisme institué par l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 opère un système de renvoi à l'article 10 de la même ordonnance, lequel permet la justification au titre d'un texte légal ou réglementaire ou bien encore de la contribution au progrès économique. En fait, l'entente ne sera illicite qu'en l'absence de toute justification, ce qui confirme que l'ordonnance de 1986 est fondée sur un système de liberté contractuelle assortie d'un contrôle de l'abus.

En réalité la question de la validité des contrats au regard du droit de la concurrence repose sur une approche économique des relations contractuelles.

C'est le rayonnement contractuel des conventions, par ailleurs licites au regard du droit commun, qui sera apprécié. Un exemple topique est apporté par les contrats d'approvisionnement exclusif.

§ 2) L'application du droit des ententes au contrat d'approvisionnement exclusif

Le problème de la restitution en nature des cuves a donné lieu à un abondant contentieux où s'est illustrée la dualité - si tant est qu'il y en ait une - entre le droit de la concurrence et le droit des contrats.

Plusieurs compagnies pétrolières avaient inséré dans leur contrat d'approvisionnement exclusif une clause aux termes de laquelle, à l'expiration du contrat (d'une durée maximum de dix ans), et pour quelque cause que ce soit, le détaillant devait restituer les cuves de stockage de carburant.

Cette obligation à la charge du détaillant étaient lourdes de conséquences dans la mesure où le détaillant se trouvait dans l'obligation non seulement d'engager des frais considérables dont le montant était disproportionné avec la valeur du matériel, mais aussi et surtout de démolir la quasi-totalité de la piste de la station service afin de récupérer les cuves.

Estimée abusive par les pompistes de marques, des conflits se sont développés et un accord interprofessionnel (entre les organisations professionnelles de pompistes et les compagnies pétrolières) est intervenu le 4 octobre 1982. Aux termes de celui-ci, les compagnies pétrolières s'engageaient à substituer à la clause de restitution en nature des cuves, une cession du matériel contre indemnisation. Cependant, deux compagnies pétrolières (Total et Esso) se fondant sur la loi bancaire du 24 janvier 1984 qui prévoyait une disposition réservant le mécanisme de la location-vente aux établissements bancaires, décidèrent de revenir au système antérieur. En 1985, la Fédération nationale du commerce et de l'artisanat automobile déposait plainte auprès de la

Commission de la concurrence au motif que cette clause, en faisant supporter des frais importants aux détaillants, les empêchaient de changer de réseau, ce qui était de nature à limiter la concurrence.

Le Conseil de la concurrence dans une décision du 29 septembre 1987 a établi que la clause de restitution en nature " constitue une convention pouvant avoir pour effet de restreindre le jeu de la concurrence sur le marché des produits pétroliers et qu'elle tombe sous le coup des dispositions de l'article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945 (article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986) ".

La solution admise par le Conseil de la concurrence rompt avec la jurisprudence, c'est pourquoi il convient d'examiner la liceité de la clause au regard du droit commun () et du droit de la concurrence () afin de s'interroger sur les implications de cette nouvelle approche des relations contractuelles ().

I - La liceité de la clause litigieuse au regard du droit commun : l'analyse civiliste

Jusqu'à la décision du Conseil de la concurrence intervenue le 29 septembre 1987, les juridictions judiciaires retenaient la liceité de la clause de restitution en nature des cuves. Plusieurs fondements étayaient cette solution.

A - La force obligatoire du contrat

En vertu de l'article 1134 du code civil " les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ". Par conséquent en application du droit commun, les compagnies pétrolières sont légalement fondées à demander l'exécution de la stipulation contractuelle litigieuse. Ainsi, la Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 6 janvier 1987 a approuvé une Cour d'appel d'avoir repoussé la demande d'un pompiste au motif que le fournisseur " demandait l'exécution d'une disposition contractuelle parfaitement claire et non susceptible d'interprétation ".

1 - Fraude à la loi et contrôle de la finalité de la clause de restitution

Si le prêt des cuves constitue économiquement et juridiquement la contrepartie de l'obligation d'approvisionnement exclusif, la finalité de la clause de restitution en nature réside dans le maintien de cette obligation. Dès lors, ne tendrait-elle pas à tourner les dispositions impératives de la loi du 14 octobre 1943 limitant à dix ans la durée des clauses d'approvisionnement exclusif ?

Il semblerait que la fraude à la loi n'ait jamais été invoquée par les pompistes. Peut-être est-ce en raison de la difficulté qu'il y aurait à rapporter la preuve de l'intention de fraude, la clause de restitution en nature étant inhérente au contrat.

2 - L'abus de droit

Selon le raisonnement des pompistes qui offraient une restitution en valeur ou par équivalent des cuves, le refus opposé par les compagnies pétrolières serait abusif car il ne pourrait avoir d'autre fondement que l'intention de leur nuire. Par une décision isolée, la Cour d'appel de Paris a admis que l'inutilité de la récupération des cuves alliée au considérable préjudice en résultant pour le détaillant démontrait l'intention de nuire et caractérisait l'abus de droit.

Mais il ne s'agit que d'une décision isolée : l'abus de droit n'est généralement pas retenu car les compagnies pétrolières ont un intérêt légitime " à éviter que leur matériel ne soit utilisé par un commerçant lié à une marque concurrente ". En réalité, la difficile reconnaissance des pompistes par les juridictions judiciaires est afférente à la qualification du contrat.

B - Le droit de propriété

En qualifiant le contrat de prêt à usage (art. 1875 du code civil), supposant à son expiration la restitution en nature de l'objet (ici les cuves de carburant), en vertu du principe de la remise des choses en l'état antérieur, les juridictions judiciaires faisaient une stricte application du droit des obligations (application absolue du droit de propriété).

Cette qualification de commodat a été critiquée par M. Malaurie, selon lequel le commodat est un acte

essentiellement à titre gratuit, et la gratuité n'étant pas de l'essence des relations d'affaires, il s'agirait de fausses gratuités justifiant la requalification.

En réalité, le raisonnement civiliste se fonde sur le fait que dans les relations individuelles, l'enrichissement même injuste d'un contractant par rapport à l'autre trouve " une cause suffisante " dans l'accord de volonté, concrétisé par la clause de restitution en nature.

II - L'illicéité de la clause au regard du droit de la concurrence

A - L'existence du droit de propriété ne peut faire obstacle à l'application du droit de la concurrence

Le principe posé par la Commission technique des ententes et des positions dominantes dans son avis Fil de nylon du 22 juin 1962 est éloquent : " aucune convention fût-elle fondée sur les droits de propriété industrielle et même sur l'application du droit de propriété en général ne peut échapper à l'application de dispositions d'ordre public ". Dès lors l'exercice du droit de propriété n'est pas exclusif de pratiques illicites.

B - L'approche objective du Conseil de la concurrence

1 - La décision du Conseil de la concurrence

Dans sa décision du 29 septembre 1987, le Conseil de la concurrence se fonde sur un raisonnement purement économique pour déclarer la clause de restitution en nature illicite au regard de l'article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945 et de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986. Pour apprécier la validité de ladite clause, Le Conseil de la concurrence s'est placé dans une optique très différente des juridictions judiciaires, celle de l'entrave à la concurrence.

Cette entrave à la concurrence résultait de l'atteinte portée à la " fluidité du marché "; en ce sens qu'elle réalise à l'expiration du contrat un attachement de fait au fournisseur en dissuadant les détaillants de changer de partenaire économique " sans contrepartie économique ", en raison du montant des frais considérables qu'ils devraient supporter.

La clause se trouve donc replacée dans son contexte économique. Ce qu'examine le Conseil de la concurrence, c'est l'éventualité d'un effet anticoncurrentiel. En effet " la convention peut avoir pour effet de restreindre le jeu de la concurrence sur le marché des produits pétroliers ". Toutefois, un commentaire très remarqué de Mme Perochon établit que la décision semblerait s'orienter " vers la reconnaissance d'un objet aussi bien que d'un effet anticoncurrentiel actuel ".

On peut s'interroger sur l'éventualité d'une exemption dont aurait pu bénéficier la convention au regard du droit communautaire, le rachat de l'entente formulé à l'article 51 de l'ordonnance du 30 juin 1945 (article 10 de l'ordonnance du 1er décembre 1986) n'ayant pas été invoqué.

2 - Le bénéfice de l'exemption au regard du droit communautaire invoqué par les parties

Les contrats d'approvisionnement exclusif ne sont pas en eux-mêmes anticoncurrentiels. La Commission des communautés considère que ces accords " entraînent, en général, une amélioration de la distribution, qu'ils permettent au fournisseur de planifier la vente sur les produits de manière plus exacte..., assurent au revendeur un approvisionnement régulier et qu'ils stimulent la concurrence entre les produits de différents fabricants ". Cependant, la clause de restitution en nature n'est pas expressement visée par le règlement et n'est pas inhérente au contrat, il en résulte qu'elle n'est pas couverte par l'exemption et s'avère dès lors, susceptible de tomber sous le coup des articles sanctionnant les pratiques anticoncurrentielles. Si la clause avait été jugée favorable en droit communautaire elle aurait été " purgée " de ses vices et aurait pu être reconnue licite au regard du droit interne. Tel ne fût pas le cas.

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 5 mai 1988, rompant avec la jurisprudence traditionnelle des juridictions judiciaires a affirmé la prédominance du droit de la concurrence sur le droit commun au nom de l'ordre public.

III - La prédominance du droit de la concurrence sur le droit commun

Plus qu'une immixtion du droit de la concurrence dans le droit commun, il s'agit là de l'affirmation de sa supériorité.

A - L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 5 mai 1988

Par cette décision, la Cour de Paris confirme et explicite la décision du Conseil de la concurrence.

En premier lieu, alors que le Conseil de la concurrence s'était contenté de constater que 8 à 10 % des stations services étaient concernées par la clause, la Cour de Paris démontre la réalité de l'effet anticoncurrentiel sensible sur le marché en observant qu'approximativement 9000 contrats comportaient cette clause.

En second lieu, la Cour de Paris retient que cette clause n'était pas strictement nécessaire à l'objectif poursuivi par le contrat (en ce sens qu'elle est disproportionnée à la fonction qu'elle remplit) que ce soit l'exclusivité ou la protection contre la concurrence déloyale, en effet " la restitution in specie n'est pas le complément indispensable des contrats exclusifs d'achat et de commission, d'autres modalités pouvant être prévues pour maintenir l'équilibre contractuel et le respect des intérêts des parties ".

Enfin, elle retient que bien que l'article 1875 du code civil constitue un fondement textuel légal, " l'obligation de restitution in specie ne résulte pas de l'application nécessaire d'un texte législatif ou réglementaire relevant d'un ordre public impératif ", en revanche, les textes applicables aux ententes relèvent eux d'un ordre public impératif. Dès lors la prédominance du droit de la concurrence sur le droit commun au nom de l'ordre public est donc établie.

B - Appréciation des rapports entre le droit de la concurrence et le droit des contrats

Outre l'enseignement essentiel tiré de l'affirmation explicite que la notion d'ordre public peut limiter la liberté contractuelle quand celle-ci porte atteinte au marché, on relevera dans une optique civiliste, que le lien existant entre droit de la concurrence et le droit commun des contrats réside dans l'application de l'article 6 du code civil, le non respect des exigences du droit de la concurrence constituant bien une cause de nullité.

En revanche dans une optique " pro-concurrentielle ", on pourrait aussi considérer que l'autre fondement textuel de la nullité d'une clause contractuelle, ayant un objet ou un effet anticoncurrentiel, repose désormais sur l'article 9 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 sanctionnant par la nullité les clauses ou conventions visées par les articles 7 et 8 de la même ordonnance.

Dès lors, peut-on estimer que la différence d'approche d'une même clause contractuelle révèle l'autonomie du droit de la concurrence par rapport au droit commun..Pourtant, l'opposition des deux logiques de raisonnement, strictement juridique d'une part concernant les décisions des juridictions judiciaires antérieures à 1988, (l'obligation de restitution en nature découle de l'expiration du contrat de prêt à usage) et purement économique, d'autre part (la clause de restitution peut avoir pour effet de limiter la fluidité du marché) traduit-elle véritablement un conflit entre les deux branches du droit ?

Il convient de préciser que dans la décision du 29 septembre 1987, le Conseil de la concurrence devait faire application des règles antérieures à 1986, ce qui pourrait expliquer que l'affaire ait été examinée sous l'angle du droit des ententes et non pas sous celui de l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique (article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986).

Selon M. Mestre, le recours à l'article 8-2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 eut été envisageable. Au soutien de son hypothèse, il rappelle les observations de M Novella concernant l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 6 janvier 1987 : " les clauses de restitution en nature contribuent certainement à placer le distributeur en état de dépendance économique vis-à-vis de son fournisseur, en le privant de solution équivalente, compte tenu des dépenses qu'il devrait engager en fin de contrat. Il reste à démontrer l'exploitation abusive de la situation ainsi créée ".

Cette notion serait plutôt à rapprocher de celle de clause abusive ou de dépendance économique entendu au sens civiliste du terme.

Conclusion

A cet effet, et en vue de tempérer, on remarquera que la Cour de Paris dans un arrêt du 25 janvier 1990, rappelle que la clause de restitution en nature demeure licite en cas de résiliation anticipée du contrat d'approvisionnement exclusif imputable au distributeur et sans faute du fournisseur. Ainsi, le pompiste est condamné à restituer les cuves et même à verser des dommages et intérêts pour résistance abusive s'il ne s'exécute pas.

Section 2. Le contrôle des clauses de non-concurrence

L'obligation de non-concurrence d'origine conventionnelle se situe en quelque sorte à la frontière du droit des contrats et du droit de la concurrence. En effet si l'on entend, selon M. Serra, sous le terme générique d'obligation de non concurrence, l'obligation " qui interdit à une personne (débitrice de non-concurrence) d'exercer une activité économique ou professionnelle déterminée en concurrence avec celle développée par une autre personne (créancier de non-concurrence) ", la liceité de principe des clauses restrictives de concurrence ne saurait être absolue.

En effet, si la reconnaissance des clauses de non-concurrence suppose le respect des conditions de validité nécessaires à toute convention (article 1108 du code civil), il n'en demeure pas moins que l'influence du droit de la concurrence a été marquante, en la matière.

Selon la nature du contrat considéré, les critères utilisés pour l'appréciation de la liceité d'une clause de non-concurrence post-contractuelle sont plus ou moins stricts.

La liberté contractuelle par le jeu de la clause de non-concurrence vient donc limiter et restreindre la liberté économique de l'une des parties au contrat.

§ 1) Les conditions de validité

En droit des contrats, on remarquera qu'il existe une double condition de validité, l'une tenant à la cause de la convention et l'autre à son objet.

I - La cause de la convention.

On peut dire que la cause réside dans l'existence d'un intérêt légitime de la part du créancier de l'obligation de non-concurrence. L'intérêt légitime réside " dans le souci de protéger directement ou indirectement la clientèle ou des éléments attractifs de clientèle du créancier de non-concurrence ".

La liceité de la cause est donc subordonnée à l'existence d'un intérêt légitime.

II - L'objet de la convention.

La liceité de l'objet s'apprécie au regard de " l'incidence excessive " sur la liberté économique du débiteur de l'obligation de non-concurrence et répond à l'exigence d'une double limitation, l'une tenant à la limitation de l'activité interdite et l'autre à une limitation dans le temps ou dans l'espace (critère alternatif). L'idée étant que l'obligation de non-concurrence doit être relative.

§ 2) L'évolution jurisprudentielle récente et l'apport du droit de la concurrence

I - L'évolution jurisprudentielle récente

Dans un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 13 octobre 1988, la Cour, en se fondant sur le principe de la force obligatoire du contrat édicté à l'article 1134 du code civil, avait retenu " qu'une clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail est licite, si elle ne porte pas atteinte à la liberté du travail en raison de son étendue dans le temps et dans l'espace, compte tenu de la nature de l'activité du salarié et n'est illicite que dans la mesure où elle le fait ". La Cour, en se déterminant ainsi fait une stricte application du critère de l'exercice normal de la profession. Elle exonère les juges du fond de la recherche d'un intérêt légitime de l'employeur. Les conséquences d'une telle jurisprudence sont importantes, puisque la clause de non-concurrence peut être déclarée licite sans aucune réserve quant à la fonction assumée par le salarié dans l'entreprise.

Fort heureusement, l'arrêt de la même chambre de la Cour de cassation en date du 14 mai 1992 a donné lieu à un revirement de jurisprudence. En effet, alors que le problème de fond était semblable, la Cour retient l'intérêt légitime en tant que condition de validité de la clause de non-concurrence et déclare, " qu'ayant fait ressortir qu'en raison des fonctions du salarié, la clause de non-concurrence n'était pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, la Cour d'appel a pu décider que l'employeur ne pouvait se prévaloir de cette clause ". Désormais, les juges du fond devront rechercher si la limitation apportée à la liberté économique d'un salarié est en adéquation avec l'existence d'un danger réel pour l'entreprise.

Cependant, l'influence du droit de la concurrence en la matière est définitivement marquée par l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 4 janvier 1994. En effet, la Cour infirme un arrêt de la Cour d'appel de Versailles, qui se fondait sur l'article 1134 du code civil avait retenu que " les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, qu'en l'espèce, la clause combattue est limitée dans le temps et dans l'espace, et que la liceité des restrictions aux libertés individuelles qu'elle stipule est reconnue ". La Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel, (pour défaut de base légale), sur le fondement de l'article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945, au motif " qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il lui était demandé, si la clause litigieuse, même limitée dans le temps et dans l'espace, n'était pas disproportionnée au regard de l'objet du contrat ".

II - L'apport du droit de la concurrence.

Ainsi, si la légitimité de la clause de non-concurrence est un critère essentiel en droit des contrats, notamment en matière de contrat de travail, désormais la liceité de la clause de non-concurrence se trouve subordonnée à un nouveau critère de proportionnalité.

Le droit de la concurrence retient d'une part, les critères nécessaires à l'économie du contrat (caractère accessoire et nécessaire) et de triple limitation de la clause (activité interdite, temps et espace), et d'autre part, celui de la stricte proportionnalité de la clause à la fonction qu'elle remplit, reconnue en droit communautaire établi pour échapper à la prohibition de l'article 85-1 du traité de Rome.

Le critère de la stricte proportionnalité à la fonction de la clause de non-concurrence procède d'un examen minutieux visant à déterminer l'effet restrictif de concurrence sur le marché.

On notera que la Cour de cassation vise expressément l'article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945 devenu l'article 7 de l'ordonnance de 1986 et ce, en raison de la date de stipulation de la clause, (avant décembre 1986). Selon M. Mestre, " les articles 7, 8 ou 9 de l'ordonnance de 1986 sont en mesure de fonder pareillement la solution donnée ".

En effet, si l'applicabilité de l'article 7 de l'ordonnance de 1986 à une clause de non-concurrence, prohibant les ententes ne semble pas poser problème, il n'en est pas de même quant à l'appréciation de son impact sur le marché. La question est de savoir si le dépassement d'un seuil de sensibilité d'affectation du marché est nécessaire à la mise en œuvre de l'article 7 de l'ordonnance de 1986.

La chambre commerciale de la Cour de cassation a, dans un arrêt du 4 mai 1993⁶², non seulement confirmé l'application du critère de stricte proportionnalité au clause de non-concurrence relevant du droit des ententes, mais aussi l'exigence d'une atteinte sensible au jeu de la concurrence. On en déduit que la clause de non-concurrence ne sera justiciable de l'application de l'article 7 de l'ordonnance de 1986, que dans la mesure où elle détermine une atteinte notable au marché en question. Dès lors, on peut se demander si cette exigence du seuil de sensibilité a bien été appliquée dans l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 4 janvier 1994.

Une fois de plus, la liberté contractuelle supporte des limitations.

Conclusion

Quoiqu'il en soit, cet arrêt met en lumière les diverses inflexions que peut avoir le droit de la concurrence sur le

droit des contrats. Cependant, on pourrait craindre des effets néfastes pour la sécurité juridique, les conditions de validité d'une clause de non-concurrence semblant tendre vers plus de sévérité. Néanmoins, l'apport pourrait être sans nul doute bénéfique si le contrôle des juridictions judiciaires relevait de la stricte adéquation entre l'évaluation d'une concurrence réelle et véritablement préjudiciable au créancier de l'obligation de non-concurrence, et la limitation minima de la liberté économique du débiteur de l'obligation de non-concurrence. Dans de telles conditions, non seulement la liberté contractuelle et son corollaire la force obligatoire seraient assurées, mais le principe de la liberté de la concurrence sauvegardé.

Chapitre III. L'influence de la concurrence sur l'effet relatif des contrats

Le principe d'autonomie de la volonté a pour troisième corollaire celui de l'effet relatif des contrats, exprimé aux articles 1134 et 1165 du code civil : " les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ", elles ne peuvent nuire, ni profiter aux tiers, car ceux-ci ne peuvent subir des effets de droit qu'ils n'auraient pas voulus.

Si l'effet relatif en droit interne est infléchi du fait de la pratique contractuelle (section), au niveau communautaire, il l'est par le droit de la concurrence (section).

Section 1. La limitation de l'effet relatif par la pratique contractuelle en droit interne

Ainsi, le droit de la concurrence en appréhendant le contrat sous les aspects de ses effets et de sa globalité semble bien être en mesure de modifier ce principe. En effet, le raisonnement économique auquel il procède nécessite de tenir compte de situations paracontractuelles, afin d'évaluer l'impact de la convention sur le marché.

En raison de la complexité des relations contractuelles, " les contrats peuvent en tant que faits sociaux, être opposés aux tiers par les parties, et même par les tiers aux parties ". L'effet relatif des contrats subirait des atténuations ne résulte pas d'obligation légale, mais de la pratique contractuelle.

L'une des manifestations de l'atténuation de l'effet relatif résultant de l'immixtion du droit de la concurrence dans le droit des contrats pourrait résulter de la nature propre des contrats en cause. Ainsi, en matière de distribution, la question de la portée des clauses d'exclusivité réciproque a posé problème. En effet, devait-on reconnaître un effet à l'égard des tiers de ces stipulations contractuelles?

La jurisprudence a admis l'opposabilité relative de celles-ci, en visant à sanctionner " les violations déloyales accomplies, non seulement en connaissance de l'exclusivité conventionnelle, mais encore dans le souci de désorganiser l'entreprise de son bénéficiaire ".

Cependant, la question s'est posée plus récemment à propos de distribution sélective, qui ne comporte pas cette fois de clauses d'exclusivité. Il s'agissait de savoir si des distributeurs non agréés qui mettent en vente des produits couverts par la distribution sélective, engagent leur responsabilité pour méconnaissance du contrat de distribution. En réalité, le fait que ce distributeur soit un tiers au contrat de distribution devrait le dégager de toute responsabilité eu égard aux dispositions des articles 1134 et 1165 du code civil. Or, on retient que si le contrat de distribution sélective n'est pas opposable " en tant qu'acte juridique ", il l'est en tant que " fait juridique ". Dès lors, les mécanismes de la concurrence déloyale seront mis en œuvre car, " dans la mesure où elles ne sont pas prohibées, les clauses limitant la liberté commerciale s'imposent également au respect de tiers ". Cependant, le principe de la liberté de la concurrence s'oppose à ce que les fournisseurs restreignent l'accès au marché. C'est pourquoi, la preuve de la licéité du réseau incombe au distributeur.

Section 2. La limitation de l'effet relatif par le droit de la concurrence communautaire

Le droit communautaire de la concurrence diverge du droit national quant à la méthode d'appréciation de l'effet anticoncurrentiel d'un contrat. En effet, la Cour de justice des communautés européennes retient la théorie de l'effet cumulatif, qui consiste à prendre en considération l'ensemble des contrats similaires afin de déterminer l'effet anticoncurrentiel du contrat qui lui est soumis.

En effet, la Cour de justice des communautés européennes, dans un arrêt du 28 février 1991 concernant l'affaire Délimitis, retient que " l'existence des contrats similaires est une circonstance, qui avec d'autres, peut former un ensemble constitutif du contexte économique et juridique dans lequel le contrat doit être apprécié " Si la solution peut heurter par le fait qu'elle oblige les parties à tenir compte d'éléments exogènes, elle s'inscrit parfaitement dans la logique du droit de la concurrence communautaire. Car, d'une part, le système entier est fondé sur la rivalité des compétiteurs, et d'autre part, le marché unique a des exigences d'équilibre qui lui sont propres.

Il a été étudié dans la première partie comment le droit de la concurrence s'immisce au sein du droit contractuel, notamment au travers des inflexions apportées aux principes de la liberté contractuelle, de la force obligatoire, et de l'effet relatif des contrats. Il ne s'agit pas de systématiser : cette immixtion est ponctuelle mais en tout état de cause suffisamment conséquente.

Cependant, si le droit de la concurrence influe sur le droit contractuel, ce dernier réagit en résistant. C'est cette résistance étudiée notamment au travers d'une analyse des systèmes de droit qui constitue l'objet de la seconde partie.

SECONDE PARTIE - LA RESISTANCE DU DROIT DES CONTRATS

" Insensiblement et au-delà des évolutions politiques, le tentaculaire droit de la concurrence ne cesse de renforcer son emprise sur la théorie générale du contrat ".

L'observation liminaire de M. Mestre recouvre la réalité de la situation contractuelle subordonnée aux contraintes imposées par le droit de la concurrence.

Si le droit de la concurrence peut être un facteur d'évolution du droit des contrats, il peut aussi être un élément perturbateur. Cependant, le droit des contrats recèle de possibilités pour " résister ", le cas échéant, aux inflexions du droit de la concurrence. Cette résistance sera étudiée en deux temps : la constatation du phénomène (chapitre) et ses éléments d'explication (chapitre).

Chapitre I. La constatation d'une résistance

La constatation d'une résistance du droit des contrats est remarquable à deux égards : la dépendance économique (section) et l'échec à la reconnaissance d'un droit au renouvellement du contrat de concession (section).

Section 1. L'abus de dépendance économique

La notion de dépendance économique est une notion controversée qui n'a reçu jusqu'à maintenant que peu d'échos. Cependant, elle est susceptible d'illustrer la résistance du droit commun à l'immixtion du droit de la concurrence dans la sphère contractuelle.

§ 1) La notion de dépendance économique

I - En droit des contrats

Les relations contractuelles entre professionnels et particulièrement entre producteurs et distributeurs révèlent une situation d'inégalité des parties au contrat. L'illustration la plus marquante en est faite par les contrats dits de dépendance. Utilisées dans les deux grands secteurs de l'activité économique, la production et la distribution, ces conventions sont, de par leur propre nature, susceptibles de mettre en lumière une situation de dépendance économique. M. Virassamy les définit comme " des contrats régissant une activité professionnelle dans laquelle, l'un des partenaires, l'assujetti se trouve tributaire pour son existence ou sa survie, de la relation régulière privilégiée ou exclusive qu'il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer dans sa dépendance économique et sous sa domination ".

Ces contrats, où sont inclus les contrats de distribution commerciale, sont établis dans leur majorité sur la base d'une exclusivité d'approvisionnement, de fournitures ou bien territoriale. Dans la pratique, il en résulte un certain assujettissement économique important.

Aux renforts de cette constatation, la jurisprudence avant la lettre, a essayé de pallier l'inégalité résultant de la situation de dépendance économique d'une partie à l'égard de l'autre.

Ainsi, un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 20 mai 1980, casse un arrêt très prometteur de la Cour de Paris en date du 27 septembre 1977, qui énonçait " que les deux partenaires au contrat de concession de vente d'automobiles ne sont pas placés sur un pied d'égalité du fait, à l'égard du concédant, de la sujétion économique du concessionnaire, actuellement privé dans notre droit positif de toute protection légale ; que les premiers juges ont à bon droit qualifié une telle convention de contrat d'adhésion entre une entreprise puissante et un concessionnaire incomparablement plus faible ".

II - En droit de la concurrence (fondement textuel)

Alors que depuis la loi du 2 juillet 1963, les abus de position dominante sont assimilés aux ententes, il a fallu attendre la loi du 30 décembre 1985 portant amélioration de la concurrence et modifiant ainsi l'article 37 de l'ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix, pour que la notion de dépendance économique soit évoquée. On remarquera que l'état de dépendance économique est entré dans le droit positif français en tant que circonstance aggravante (les sanctions de l'article 41 étant plus sévères) d'une infraction préexistante, celle de l'article 37 de l'ordonnance du 30 juin 1945.

Désormais, l'ordonnance du 1er décembre 1986 a définitivement réalisé l'introduction de cette nouvelle notion. L'article 8-2 prohibe, dans les mêmes conditions que les ententes, " l'exploitation abusive, par une entreprise ou un groupe d'entreprises, de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente ". En outre, il précise que comme pour l'exploitation abusive d'une position dominante, cet abus peut " notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées ".

§ 2) Les conditions nécessaires à la qualification d'état de dépendance économique

I - L'état de dépendance économique

Les critères de dépendance économique ont été dégagés par le Conseil de la concurrence dans une décision en date du 2 mai 1989, relative à des pratiques anticoncurrentielles reprochées par la société Chaptal S.A. à la société Mercedes Benz France.

" Considérant que la situation d'un état de dépendance économique au sens de l'article 8, alinéa 2, s'apprécie en tenant compte de l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur, de la notoriété de la marque du fournisseur, de l'importance de la part de marché du fournisseur, de l'impossibilité pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents; que ces critères doivent être simultanément présents pour entraîner cette qualification. "

Ainsi, pour être retenue, la qualification d'état de dépendance économique suppose la réunion de plusieurs éléments :

- La part que représente les produits du fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur : Appliquée de manière mathématique, plus celle-ci est importante, plus elle est susceptible de révéler une forte relation de dépendance.
- La notoriété de la marque du fournisseur : le particularisme d'un produit d'une marque notoire influe sur les possibilités d'obtenir des produits substituables.
- La part de marché du fournisseur : Il s'agit du critère révélateur de l'éventuelle domination (relative ou absolue) du fournisseur sur un marché donné.
- L'absence de solution équivalente : constitue la caractéristique essentielle de l'abus de dépendance économique et concerne l'existence de solutions alternatives. On s'intéresse au degré de substituabilité du produit (Cons.conc., 21 novembre 1989, Grossistes en jouets / Affaire Trivial poursuit (B.O.C.C.R.F. 13 décembre

1989, p.319), et notamment par la possibilité d'acquérir des produits auprès d'autres fournisseurs (cons.conc., 6 décembre 1988, B.O.C.C.R.F. 14 juillet 1989).

M. Pedamon analyse l'exigence légale en ces termes : " la notion est subordonnée à la réunion des deux éléments constitutifs suivants : il faut d'une part qu'il n'y ait pas d'alternative suffisante, et d'autre part, qu'il n'y ait pas d'alternative supportable. Le premier élément s'apprécie de manière objective et le second de manière subjective ".

Encore faut-il que ces critères puissent être indifféremment transposables à chaque type de dépendance envisagée (pour cause d'assortiment, de relations d'affaires, etc...

II - L'exploitation abusive

Selon M. Chaput " les simples attentes d'abus ne sont en principe pas réprimées. Il faut que l'entreprise se livre à une exploitation abusive de la situation ".

Ainsi, l'hypothèse seule de l'existence d'un état de dépendance n'est pas suffisant, il faut caractériser l'excès. A cet effet, on s'attache en premier lieu au comportement de l'agent dominant et en second lieu à l'entrave ou atteinte à la concurrence.

De manière générale, pour caractériser le comportement fautif de l'agent économique dominant, on calque les notions classiques d'abus de droit ou de mauvaise foi.

La constatation de l'abus repose essentiellement sur la notion d'atteinte à la concurrence.

1. L'atteinte à la concurrence doit être dûment constatée pour que l'abus puisse être caractérisé. Cette exigence résulte d'un renvoi express à l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relatif aux pratiques anticoncurrentielles qui dispose, que l'abus est prohibé quand il a " pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché ".

L'appréciation de l'affectation de la concurrence procède d'une analyse macro-économique, globale.

Le fait du rattachement des notions d'abus de dépendance économique et d'atteinte au jeu de la concurrence relève d'une particulière originalité, d'une part eu égard à son caractère purement économique et d'autre part, par son caractère évolutif. En effet, l'évolution du marché est empreinte d'une multitude d'éléments conjoncturels. Par conséquent, " l'appréciation de la liceité d'un contrat ou d'une clause au regard du droit de la concurrence dépend en partie d'éléments extérieurs au contrat pas nécessairement connus des cocontractants et surtout variables dans le temps ".

Modérée, la Cour de Paris réserve son analyse aux conventions qui auraient uniquement pour objet de fausser le jeu normal de la concurrence. Elle entend limiter ainsi, le champ d'application de l'article 8-2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, en maintenant la prévalence du raisonnement juridique sur le raisonnement économique.

En réalité, l'affectation de la concurrence risque d'avoir des incidences sur l'équilibre du marché, d'autant que la protection visée n'est pas celle des entreprises mais du marché, dont il convient d'essayer de donner une définition.

2. La définition de marché ne pose pas de difficultés. De manière générale, on entend par marché l'ensemble des produits ou services offerts par les entreprises. En revanche, celle de marché pertinent ou de référence est bien plus délicate à cerner. Car elle doit être modulée en fonction de la spécificité de l'activité économique exercée par chaque entreprise. De sorte que la notion de marché pertinent s'avère nécessairement plus restrictive et s'applique aux produits et services offerts par une entreprise et aux produits et services qui lui seraient substituables.

3. Les effets de l'adoption d'une conception large ou restrictive de la notion au regard de l'article 8-2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 sont importants. En effet la conception large du marché s'applique " au marché intérieur ou à une partie substantielle de celui-ci ", dans ce cas, on risque de voir le champ d'application

de l'article 8-2 se réduire proportionnellement, car peu d'entreprises couvriront le marché concerné. En allant plus loin, et en se penchant sur les potentiels bénéficiaires de l'action, certains auteurs prétendent que " retenir une appréciation trop large du marché donne un champ d'application réduit à l'article 8-2 ne permettant qu'aux entreprises détentrices d'une part de marché représentative de le mettre en action ".

Inversement, la notion restrictive entendue comme la zone de chalandise ou le territoire exclusif d'un concessionnaire permettrait d'appréhender, peut-être de manière excessive une trop grande majorité d'entreprises et plus gravement de permettre une généralisation de l'application de l'article 8-2, préjudiciable à l'ensemble de l'économie.

Après avoir examiné les caractères de l'abus de dépendance économique, il convient de s'interroger sur la transposabilité de cette notion en droit des contrats et sur les conséquences qui en résulteraient.

§ 3) L'abus de dépendance économique : un nouvel instrument de justice contractuelle?

Il convient de déterminer si l'article 8-2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 permet de réprimer les abus de force contractuelle.

I - La théorie des vices du consentement

La question du rapprochement éventuel des notions de vices du consentement (spécifiquement celle de violence) et d'abus de dépendance économique suscite de vives interrogations. Il s'agit de déterminer si l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique constitue une atteinte à la liberté contractuelle et plus particulièrement à la liberté du consentement.

Certains auteurs ont cru déceler dans la lettre de l'article 8-2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, " la reconnaissance officielle d'une certaine forme de violence économique ". En adoptant une définition classique de la violence en tant que " contrainte exercée sur la volonté d'une personne pour l'amener à donner son consentement ", on la rapprochera aisément du refus pour le partenaire de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

A l'appui de cette hypothèse quelques décisions des juridictions judiciaires dans le domaine des contrats de distribution commerciale ; notamment, en matière de franchise, les juges du fond ont admis, à plusieurs reprises l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique afin de faciliter l'obtention de la rupture du lien contractuel par le cocontractant " assujetti ". En l'espèce, la Cour de Paris souligne l'absence d'initiative des franchisés qui les plaçait " dans une situation de dépendance économique incompatible avec la nature même du contrat dans lequel le franchisé demeure un commerçant indépendant ". Dans cet arrêt, la Cour insiste non seulement sur le fait que la situation de dépendance n'est pas inhérente au contrat à forte intégration, mais surtout qu'elle est en soi incompatible avec la nature propre du contrat en cause.

II - Le conflit entre deux conceptions

" Malgré l'identité de la terminologie, il n'est pas sûr que la dépendance économique constatée par les juges civils soit celle qui est explicitée par l'art.8-2 notamment tel qu'interprété et appliqué par le conseil de la concurrence et la Cour d'appel de Paris ". Ceci traduirait parfaitement l'opposition existant entre les deux courants de pensée.

A - La conception de l'abus de droit.

En l'absence de jurisprudence, la question de l'abus de dépendance économique reste très controversée. Le plus souvent, on l'assimile à la notion d'abus de droit. L'abus de puissance contractuelle peut se manifester par des modifications contractuelles, entendues dans le texte légal en des conditions commerciales injustifiées. Dans cette hypothèse, on peut estimer qu'il y a pratique abusive répréhensible au titre de l'article 8-2.

Néanmoins, la solution devra être modulée en fonction de l'effet perceptible sur le marché.

A ce propos, certains auteurs se sont interrogé sur l'éventualité d'un contrôle des motifs de la rupture. En l'espèce, la jurisprudence demeure ferme et estime de manière constante que ceux-ci, dès l'instant où ils ne

sont pas frauduleux ou abusifs ne constituent pas une condition de la validité de la rupture.

Cette conception de l'abus de dépendance économique constituerait, selon certains, une approche dite sociale, qui serait à rapprocher du traitement des clauses abusives. En ce sens que l'article 8-2 aurait pour objectif principal la protection des concurrents les plus faibles. En toute logique, cette hypothèse ne semble guère pouvoir être admise, dans la mesure où le but recherché est l'existence et le maintien de la libre concurrence et au-delà de l'économie de marché.

En effet, l'objectif essentiel du droit de la concurrence " est de protéger le marché ou la libre concurrence entre contractants "

B - La conception d'instrument de régulation du marché.

Le droit de la concurrence devient un instrument au service de la politique économique. La politique de l'économie et plus spécifiquement celle de la concurrence " doit favoriser les conditions de la libre concurrence "

Dans cette acception l'article 8-2 servirait à réprimer certains effets néfastes sur la concurrence Prudente, la Cour de Paris exprime sa volonté au maintien de l'abus de dépendance économique dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, elle évite de transformer cette notion en un instrument de rétablissement de l'équilibre au sein des relations contractuelles.

Conclusion

Cette notion d'abus de dépendance économique, bien qu'elle présente de nombreux avantages, doit cependant être utilisée avec prudence, sachant que le juge pourrait rétablir l'équilibre du contrat. C'est pourquoi ses conditions de mise en œuvre sont très restrictives.

Section 2. L'échec à la reconnaissance d'un droit au renouvellement du contrat de concession exclusive à durée déterminée

§ 1) La licéité du non renouvellement au regard du droit des contrats

I - Une limite légale

En l'absence d'un statut légal le contrat de concession est nécessairement marqué par la liberté contractuelle. Il en résulte que son contenu se limite aux stipulations contractuelles. Toutefois, il existe une limite légale imposée par la loi du 14 octobre 1943, et qui dispose en son article 1er : " est limitée à dix ans la durée maximale de validité de toute clause d'exclusivité par laquelle l'acheteur concessionnaire ou locataire de biens meubles s'engage vis-à-vis de son vendeur cédant ou bailleur à ne pas faire usage d'objets semblables ou complémentaires en provenance d'un autre fournisseur ".

Ces dispositions sont d'ordre public et tendent au-delà de la validité limitée d'une clause d'approvisionnement exclusif à éviter la perpétuation des engagements contractuels.

II - La reconnaissance de l'exercice d'un droit contractuel

La fixation d'un terme permet donc au concédant (et même au concessionnaire) de rompre ou résilier le contrat à l'expiration de celui-ci.

Ainsi, le contrat de concession exclusive conclu pour une durée déterminée prend fin à l'arrivée du terme sans que le concédant soit tenu de le renouveler.

Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation, en date du 21 octobre 1970, énonce clairement que " le non-renouvellement d'un contrat de concession venu à expiration est un droit pour le concédant qui n'engage sa responsabilité qu'en cas d'abus dans l'exercice de ce droit ".

Il s'agit donc de l'exercice d'un droit contractuel contenu dans la convention initiale et non d'un abus de droit, ce qui explique que la Cour de cassation considère que le concédant ne soit pas tenu de se justifier. Toutefois, si en lui-même le non-renouvellement n'est pas constitutif d'abus, les conditions dans lesquelles il intervient peuvent être abusives, dès lors que le comportement du concédant s'avère contraire notamment aux usages

commerciaux et à la bonne foi. A titre d'exemple " un concédant qui laisserait faussement croire au concessionnaire qu'il renouvellerait le contrat en lui faisant réaliser d'importants investissements dans cette perspective " commettrait une faute qui engagerait sa responsabilité délictuelle.

Néanmoins, il semblerait selon certains auteurs, dont M.M. Collart et Dutilleul, que la jurisprudence récente tendrait à imposer au concédant la justification de ses actes . En effet, bien que l'existence d'un motif de rupture ne puisse en aucun cas être considéré comme une " condition de validité de la décision, elle contribuerait à écarter, à posteriori, un abus caractérisé soit par une intention de nuire, soit par un détournement du droit de rupture de sa finalité ".

Il en résulte que même si le concédant n'a pas à se justifier, le concessionnaire qui parviendra à rapporter la preuve que les motifs de la rupture sont illégitimes, pourrait prétendre à des dommages et intérêts pour rupture abusive.

Ainsi, même si l'on constate ce léger infléchissement en faveur des concessionnaires. L'abus de droit continue à être reconnu dans les mêmes conditions qu'en droit commun. C'est pourquoi, les concessionnaires évincés de leur réseau de distribution du fait de la dissolution du lien contractuel, ont emprunté la voie du droit de la concurrence.

§ 2) La vaine assimilation du refus de renouvellement au refus de vente

Le plus souvent, les ex-concessionnaires continuent de demander, à leur ancien concédant de les approvisionner, en dépit de l'expiration du contrat. Dans une telle hypothèse, le refus d'approvisionner l'ex-concessionnaire constitue-t-il un refus de vente au sens de l'article 36-2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ?

La chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 10 juin 1986 affirme que " le refus de renouvellement ne saurait constituer en lui-même un refus de vente ". Il ne peut y avoir assimilation à un refus de vente, dès lors, que le non-renouvellement ou la résiliation du contrat ne sont ni fautifs, ni abusifs.

Cependant, ce principe subit une atténuation. En effet, la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 22 avril 1992, considère que le concédant oppose un refus de vente fautif à son ex-concessionnaire lorsqu'il refuse de satisfaire aux demandes de celui-ci alors qu'il n'est pas encore lié par contrat avec un nouveau concessionnaire dans la zone considérée. En effet, les juges du fond retiennent que " le concédant aurait pu traiter son ancien concessionnaire comme un simple revendeur tant que ses commandes ne se heurteraient pas à une indisponibilité juridique découlant de l'obligation de respecter l'exclusivité ".

On pourrait en tirer deux enseignements. D'une part, le fait que le concédant ait choisi un autre bénéficiaire de l'exclusivité, pour le secteur considéré, prive l'ex-concessionnaire de la possibilité d'invoquer efficacement le refus de vente. D'autre part, cette décision ne fonde pas une reconnaissance implicite du droit au renouvellement, puisque la Cour précise, " en tant que simple revendeur ". Ce qui préserve du danger de la pérennisation des engagements contractuels.

Conclusion

Ainsi, si le droit de la concurrence se manifeste parfois de façon brutale pour entériner les effets d'un contrat ou d'une stipulation contractuelle, ne serait-ce que virtuellement attentatoires au fonctionnement concurrentiel du marché, son application peut être néanmoins jugulée par le droit contractuel.

Après avoir illustrer le phénomène de résistance du droit contractuel, il convient de tenter de l'expliquer.

Chapitre II. Eléments d'explication du phénomène de résistance

Deux séries d'éléments d'explication peuvent être envisagées: l'une tient aux caractéristiques structurelles des systèmes (), alors que l'autre externe, est directement en relation avec un contexte plus socio-politique (). Cette approche globaliste permettra de mieux cerner ce qui peut séparer mais aussi unir ces deux droits.

Section 1. L'hétérogénéité des systèmes juridiques

Afin d'apprécier les différences qui peuvent opposer le droit de la concurrence au droit des contrats, il convient d'opérer une distinction reposant sur leur organisation respective. A cet effet, il sera fait usage d'une distinction classique opposant les schémas théoriques d'un droit dit " jurisprudentiel " (§) à un droit dit " codifié " (§), ce qui permettra de comparer ces deux droits dans la pratique.

§ 1) Un droit d'inspiration jurisprudentielle

De nombreux traits font du droit de la concurrence un droit original. Il est partiellement codifié, mais possède de nombreux caractères de droit jurisprudentiel. On peut citer sa place dans les branches du droit (), ses principes directeurs () et les moyens qu'il se donne pour y parvenir (). Ces particularités présentent des avantages () mais aussi des inconvénients ().

I - La classification du droit de la concurrence

Le droit de la concurrence pose des difficultés de classification. En effet, lui attribuer sa classification selon la nature des règles qu'il contient est bien malaisé. Cela tient, notamment au fait qu'il englobe des dispositions de nature civile, pénale, et administrative. Il en résulte que le droit de la concurrence, comme le droit de la consommation d'ailleurs, revêt une nature particulière. Sa spécificité en fait un droit dit " transversal ". En effet, selon M. Calais-Auloy " la classification traditionnelle, fondée sur la nature des règles doit être combinée avec une classification transversale plus récente, dictée par la fonction des règles juridiques ".

Cependant, s'il est permis d'hésiter sur sa nature exacte, il ne semble guère contestable qu'il s'agisse d'un droit à vocation économique. En effet, comme le souligne M. Chaput " chacun admettra que le droit de la concurrence interesse ceux qui ont une activité économique, pour simplifier les entreprises ". Toutefois, il faut préciser que le particularisme du droit de la concurrence réside tant dans son objet, " l'existence et le maintien d'une concurrence régulée " que dans les moyens dont il dispose pour y parvenir (d'ordre public).

En réalité, le droit de la concurrence est un instrument de régulation de politique économique, ce qui lui confère un large domaine d'application.

II - Une inspiration globale

Le droit de la concurrence a la particularité de posséder des principes directeurs originaux, qui puisent leur définition dans une réalité globale et pragmatique.

En premier lieu, le droit de la concurrence possède de nombreux raisonnements basés sur une appréciation in concreto de l'effet d'un acte sur le marché dans sa globalité. L'existence même du droit de la concurrence est en effet justifiée par celle de protection du marché. Si l'on considère que " l'ensemble des règles du droit de la concurrence s'appliquent aux opérateurs économiques dans l'activité concurrentielle afin que la concurrence soit suffisante tout en n'étant pas excessive ", on met nécessairement en lumière la raison d'être de cette discipline.

C'est pourquoi, au-delà du critère économique de fonctionnement concurrentiel du marché, qui sous-tend l'entière ordonnance de 1986, on vise " l'économie de marché ". En fait, c'est " la loi du marché " qui régit le droit de la concurrence.

Cette démarche est originale, et s'inscrit en marge du courant classique de raisonnement en droit civil, en ajoutant un nouveau contrôle a posteriori du processus contractuel. Du coup; le champ d'action s'étend considérablement, jusqu'à constituer un véritable instrument de régulation économique. Il est donc possible de dire que le droit de la concurrence se situe à une place post-contractuelle, mais aussi quasiment " extracontractuelle ". Le lien qui lui permet d'associer ainsi effet global et convention particulière est constitué par une analyse des effets de cette dernière.

Cette démarche procède d'un courant de pensée d'inspiration communautaire en général et anglo-saxonne en particulier. Anglais et Américains analysent volontiers les situations juridiques à partir de leurs effets, ce qui fait qu'un contrat peut être remis en cause, et ce indépendamment de sa validité. Ce mode de pensée a été

décrit comme résultant du fait que ces pays sont largement axés sur la décision judiciaire. Il en résulte un droit à connotation éminemment pragmatique, qui se donne les moyens de son efficacité.

III - Des moyens voulus efficaces

Le droit de la concurrence dispose de puissants moyens d'action, en plus du pouvoir que lui confère sa position vis-à-vis du contrat. Son mode de rédaction y participe. On peut citer deux grands moyens : l'emploi du flou (), et le phénomène d'émergence des principes ().

A - Le flou

On parle de " concepts soupapes ", de " paragraphes caoutchouc ", de " notions à contenu variable ".

Le droit de la concurrence n'y échappe pas : Selon M.M. Malaurie et Aynès, " ...apparaît depuis quelque temps un " droit économique " (le droit de la consommation et le droit de la concurrence), qui ne constitue pas un corps cohérent, a une terminologie parfois imprécise et est souvent en contradiction avec les règles traditionnelles, en raison de ses objectifs sociaux et économiques ".

Le flou est un mode d'adaptation du droit.

L'imprécision de certains termes du droit de la concurrence représente une garantie à ses multiples possibilités d'application. En effet, la plupart des termes sybillins qui jalonnent l'ordonnance du 1er décembre 1986, nécessitent une interprétation du Conseil de la concurrence et des juridictions judiciaires.

Les causes sont multiples. Le mode de pensée du droit de la concurrence est essentiellement économique.

L'indétermination (et non indéterminabilité) de certains termes : " abus de domination ", " situation manifestement anormale ", " part substantielle du marché ", et " atteinte à la concurrence " tant ils peuvent être lourds de signifié, permet un droit souple, qui relève de peu de règles écrites, très adaptable et par conséquent tout à fait efficace en accord avec l'objectif poursuivi : le rétablissement du fonctionnement concurrentiel du marché.

Cependant, le droit de la concurrence pourrait être un droit instable car, de par sa nature économique, il est nécessairement lié à la conjoncture. Mais force est de reconnaître que les notions floues sont indispensables à un droit tenu " d'épouser les incertitudes de la vie ".

Une comparaison peut également être faite entre le droit de la concurrence et le droit administratif, grâce au phénomène de l'émergence, même si le droit de la concurrence peut être qualifié de partiellement codifié.

B - L'émergence

Le recours à l'émergence ne procède pas tant d'une volonté que d'un fait relativement accompli. Le phénomène est observé depuis longtemps en droit administratif : les principes sont jurisprudentiellement dégagés de situations : c'est l'émergence factuelle, ou alors ils procèdent d'un courant jurisprudentiel constant : c'est l'émergence jurisprudentielle. Ce dernier phénomène est plus étalé dans le temps, et donc plus stable.

La particularité de ces procédés est de faire un large recours à l'implicite. En effet, un courant de jurisprudence réemploie sous une forme plus ou moins descriptive des modes et des courants de pensée qui ne sont pas toujours clairement exprimés, ni dans les textes légaux, ni dans les décisions ponctuelles. Le juge va alors souvent jouer un rôle de révélateur.

Comme en droit administratif, la question va alors se poser de savoir d'où ces principes sont tirés. De principes immanents, d'une raison pratique, ou d'une volonté politique ?

Différentes écoles s'affrontent chez les civilistes, les publicistes et les théoriciens du droit. Il ne nous appartient pas de trancher, d'autant qu'aucun modèle ne présente de caractère réellement universel. Il est d'ailleurs fort possible que le droit de la concurrence relève un peu de toutes ces sources.

Ceci lui confère certains avantages, essentiels à sa vocation d'efficacité.

IV - Qualités

Comme tous les droits d'émergence, le droit de la concurrence répond à des besoins réels et contemporains.

C'est un droit du présent, facilement fiable à son contexte, et donc d'une interprétation aisée. Ceci en fait un droit très adaptatif.

Cette qualité est un critère essentiel d'effectivité, surtout pour un droit économique. En effet, le monde des affaires est un milieu dans lequel les informations circulent avec une grande rapidité, ce qui en fait un milieu particulièrement sensible aux changements juridiques. Une norme trop rigide est rapidement contournée par des justiciables souvent extrêmement imaginatifs.

L'effectivité est de plus renforcée par l'aspect " orienté effets " du droit de la concurrence. Le visa des effets des pratiques permet une économie substantielle d'articles et de lois. Il suffit alors de les rédiger en termes assez flous laisser aux autorités compétentes un large pouvoir de décision.

Ce pouvoir d'interprétation leur permet des réactions immédiates. Il leur sera particulièrement aisé, en combinant le flou des textes et leur globalité, de qualifier rapidement telle ou telle pratique d'anticoncurrentielle ou non. Cette rapidité permet de faire le pendant de celle des justiciables, conférant au droit son efficacité.

V - Faiblesses

Le droit de la concurrence pâtit, comme tous les droits d'inspiration jurisprudentielle, d'une tendance à ce que l'on pourrait qualifier de suivisme. En effet, faute d'une réflexion globale et anticipatrice, ce droit s'inscrit dans un processus résolument coévolutif, se développant et s'adaptant sans cesse à son milieu. Ce caractère a tendance à faire de lui un droit relativement " à la traîne ", procédant à une perpétuelle compétition avec des pratiques insaisissables qui sont en perpétuelle mutation.

D'autre part, le fait de constituer des règles de droit " au coup par coup ", serait non seulement susceptible d'engendrer une incohérence conceptuelle, mais aussi peut-être un affaiblissement de la règle au profit de la décision. En effet, en matière de concurrence, la Cour de cassation n'assume pas son rôle traditionnel d'uniformisation du droit car, en l'absence d'une législation précise, c'est au Conseil de la concurrence, le plus souvent, que revient la charge d'élaborer des structures d'appréciation de la validité des pratiques soumises. Le flou est quant à lui une arme à double tranchant : s'il permet au juge d'interpréter, il autorise également cette interprétation aux justiciables. La concurrence étant un équilibre fragile que tout le monde a intérêt à fausser, il est inévitable que toute " brèche " soit immédiatement exploitée. La précision des termes des décisions judiciaires n'y change rien : la pratique sait également se jouer des normes trop précises, et de nombreuses techniques (contractuelles, rédactionnelles, statutaires...) permettent de jouer sur les termes ou d'inventer des cas de figure non encore envisagés pour faire échec à la réglementation.

D'un point de vue idéologique, le flou confère au juge un pouvoir d'interprétation tel qu'il devient créateur de droit. On voit alors ressurgir les craintes du gouvernement des juges. D'un point de vue politique, la puissance conférée par le droit de la concurrence aux magistrats peut être ressentie par le pouvoir comme une intrusion dans ses fonctions de direction économique.

On pourra également insister sur l'instabilité qui résulte de la rapidité du droit. Cette faculté de mutation est en effet contraire à la volonté traditionnelle de sécurité juridique. On peut toutefois objecter qu'un droit peut être changeant sans être instable, ses principes directeurs, sa " raison " restant, eux, immuables.

C'est précisément sur cette notion d'immuabilité que repose un droit codifié.

§ 2) ... s'oppose à un droit largement codifié

Même s'il a subi de nombreux aménagements législatifs et réglementaires, le droit des contrats est resté largement codifié et fait appel à des modes de raisonnement issus directement de ce type de normes. Il conviendra d'adopter la même structure que précédemment. Il en ressort que le droit des contrats et plus largement le droit commun des obligations trouve son fondement essentiel dans le code civil. La structure du même du code civil est tant forte qu'axiomatisée. En effet, des principes sont posés à priori et ne nécessitent

pas de démonstration. De surcroît, il fonctionne de manière autonome sur la base de concepts prédéfinis, ce qui lui assure une importante cohérence conceptuelle.

I - Des sources traditionnelles

Comme précédemment évoqué, le droit des contrats puise largement ses sources dans le code civil. Si de nombreux aménagements ultérieurs ont eu lieu, ils n'ont cependant pas remis en question la structure initiale du code ni ses principes de manière fondamentale.

Les aménagements ont en effet consisté en de petites retouches. Techniquement, il s'agit d'affiner les principes par l'introduction d'exceptions. Le contenu de la règle générale se trouve donc infléchi, sans être modifié dans sa substance.

Tel que présenté de nos jours, le droit des contrats reste donc un droit d'inspiration codifiée, car basée sur celle du code civil, dont il est de fait une émanation. Cette filiation se manifeste particulièrement en termes " d'esprit directeur ".

II - Une inspiration individualiste

La notion d'individualisme doit ici entendue comme en opposition à celle de globalité. Il convient de dire que le droit des contrats oriente sa protection en priorité sur les parties ou des tiers. La première raison du droit civil réside dans leur protection, c'est la loi des parties qui est la règle. Or, au-delà, de cette première raison, ne serait-ce pas l'ordre social qui serait visé ? L'intérêt général s'apprécie peu hors des concepts d'ordre public ou de bonnes mœurs lors de la formation du contrat.

Les conséquences de cette préoccupation première sont nécessairement une nette orientation du droit civil en amont du contrat, et d'autre part, l'aspiration à la sécurité et aux garanties individuelles.

On constate, dès lors une nette distinction entre les différentes " idéologies " de ces deux droits ; Le droit de la concurrence s'intéresse à " la loi du marché " et le droit des contrats à " la loi des parties ". Mais est-ce réellement une source de conflit irréductible ou bien l'expression d'un enrichissement quasi-mutuel ? Cette possibilité sera évoquée en conclusion.

Cette constatation a permis à de nombreux auteurs de qualifier le code civil de défenseur des libertés individuelles. De nombreux principes n'ont en effet d'autre fin que de protéger les individus contre eux-mêmes ou un groupe (majorité, effet relatif, autonomie de la volonté, droit de propriété, etc...). La notion d'ordre public se teintera donc en règle générale de la connotation de protection.

C'est pour assurer cette protection que le code s'est doté des moyens appropriés : une syntaxe et une logique très bien définies.

III - Des moyens voulus sûrs

Dans un esprit omniprésent de sécurité juridique, le code civil a été conçu d'une manière qui devait assurer tant son universalité que sa pérennité. La méthode des codificateurs de 1804 consista donc à créer des principes intangibles (), les axiomes, reliés entre eux par une méthode déductive : le syllogisme ().

A - Les principes

Dans le droit civil, comme dans tout droit axiomatisé, on trouve des lignes directrices intangibles, qui ont donc valeur d'axiomes : ce sont les principes, auxquels doivent en théorie se soumettre toutes les règles inférieures. D'un point de vue rédactionnel, les principes font, au lieu du flou, appel à la propriété de généralité. Les termes généraux ne sont en effet pas forcément flous, et leur plasticité interprétative est bien moindre. Ces concepts sont donc souvent des instruments précis.

Le droit des contrats reste très largement soumis aux axiomes du code civil. Il en reprend même sa logique en l'affinant du droit civil. Le terme de logique doit ici être entendu dans le sens de philosophie interne. Les renvois implicites du droit des contrats au droit civil sont fréquents : il se pose soit en extension, soit en exception des principes de base.

Mais le droit des contrats reprend également une autre logique du droit civil : il s'agit du syllogisme.

B - Le syllogisme

Au moment de la rédaction du code, il était entendu que seul le syllogisme aristotélicien, adapté au droit par une formule semblable à celle-ci : " Tous les voleurs doivent être punis, X est un voleur, donc X doit être puni ". Les codificateurs, suivant l'idéologie des Lumières et soutenus par l'école de l'exégèse, avaient posé le syllogisme en moyen unique et définitif d'assurer une justice universelle et équitable. La Loi étant la même pour tous et nul n'étant censé l'ignorer, le syllogisme déductif, fruit de la logique, et donc de la raison, se présentait comme l'expression suprême du fléau de la balance.

L'application exclusive du syllogisme, si elle constituait par rapport à l'Ancien Régime un net progrès, et malgré sa pureté théorique, se trouva rapidement être inapplicable en pratique. On postulait la loi parfaite, c'est-à-dire claire, complète et cohérente. De fait, et malgré la qualité rédactionnelle du code, aucun texte de l'époque ne possédait toutes ces qualités. On assista donc au retour d'une certaine orthodoxie juridique, laissant plus de place à l'argumentation.

De nos jours, et malgré le scepticisme de nombreux auteurs, on peut quand même soutenir que le syllogisme et la logique restent la pierre angulaire d'un système juridique spécialement codifié. De plus, il ne semble pas non plus vraisemblable qu'un droit, même non codifié, ne soit pas basé sur des applications faisant appel à des raisonnements logiques.

IV - Qualités

Tout droit axiomatisé possède la qualité d'explicitement la plupart de ses principes a priori, ce qui en fait un outil extrêmement prévisible. Cette qualité sous-tend la sécurité du système. En effet, les principes ont été posés dans une optique de pérennité. Toute modification ultérieure ne se pose donc qu'en un sous-produit du principe : l'exception.

Cette stabilité dans le temps donne au droit axiomatisé la capacité d'un véritable instrument de direction sociale. Autrement dit, seul un droit suffisamment axiomatisé permet un infléchissement durable des comportements individuels.

V - Faiblesses

En premier lieu, on peut déduire de ce qui précède quel est le point le plus faible d'un droit axiomatisé : la rigidité. Le fait est que son contexte étant en perpétuelle mutation, le droit est condamné à s'adapter ou disparaître.

Techniquement, la codification est un facteur supplémentaire de rigidité. La jurisprudence s'est donc rapidement avérée être le seul outil de production normative capable de donner au code la souplesse qui lui manquait. Il en est résulté un mélange de rigidité et de flexibilité : rigidité " en haut ", au niveau des principes, et flexibilité " en bas ", au niveau de l'application.

En second lieu, un des principaux inconvénients d'un système codifié réside dans le temps et le travail de synthèse et d'analyse nécessaires pour produire quelques règles de portée générale.

Conclusion

Il ressort du bref exposé qui précède que droit de la concurrence et droit des contrats recèlent de manière interne comme externe certains éléments d'hétérogénéité mais également des convergences. Est-ce cependant une raison d'incompatibilité ? Cela n'est pas si sûr. Il a été montré lors en première partie qu'il y avait interpénétration. Néanmoins, on peut relever des éléments de résistance de la part du droit des contrats, qui se voit " infiltré " (cette opinion transparaît des opinions de certains civiliste). Cette crise n'est donc pas seulement structurale. Il y a d'autres points conflictuels. D'aucuns, comme A.-J. Arnaud, y verront " un conflit d'identité issu de la théorie des greffes ".

Section 2. Deux droits en conflit de " légitimité " ?

Après avoir explicité le phénomène de pénétration, (), il pourra être montré en quoi le conflit de deux droits peut engendrer des conflits internes () ou externes ().

§ 1) Le processus de pénétration

I - La théorie des greffes

Dans sa Critique de la raison juridique, A.-J. Arnaud présente une description de la manière dont deux systèmes antagonistes se confrontent.

En cas d'incompatibilité trop forte, " ces affrontements se résolvent normalement par l'effacement généralement brutal d'une raison au profit de l'autre ". La raison est ici entendue comme la philosophie générale du système.

Un cas de figure plus proche de celui du droit de la concurrence est constitué par la deuxième voie de la théorie des greffes : la vaccination. Cette terminologie à connotation biologique compare la raison la plus forte à un corps, que l'autre cherche à coloniser. Il y a alors " vaccination de la raison la plus forte, qui s'immunise en absorbant à faible dose des éléments de la raison concurrente ".

II - Analyse pratique du processus de pénétration

Le droit des contrats deviendrait-il inadapté aux problèmes contemporains? Si cette affirmation était relevée, on justifierait l'existence et la raison d'être du droit de la concurrence (droit spécial), entendu comme un droit de progrès.

L'immixtion du droit de la concurrence dans le droit des contrats se produit presque de manière " impressionniste ", c'est-à-dire par touches successives qui ne bouleversent pas complètement le corps de règles civilistes, tout du moins pas encore.

Cependant, du fait des manifestations isolées, il est ardu d'évaluer la portée réelle de ces inflexions sur le droit des contrats et plus largement, sur la théorie générale. Toutefois, le droit de la concurrence s'attache aux effets potentiellement anticoncurrentiels du contrat. C'est là privilégier une analyse finaliste en harmonie avec son but recherché en plaçant son action à posteriori et en les appréciant au regard d'une globalité (le marché) Or, le droit des contrats se place plus naturellement au stade de la formation et de la détermination du contenu du contrat. Il y aurait donc un effet " rétro " produit sur le processus contractuel habituel.

III - Conséquences du phénomène

La conséquence essentielle défavorable au phénomène d'infiltration du droit de la concurrence dans le droit des contrats pourrait bien résider dans l'absence d'une véritable cohésion des deux systèmes juridiques. En effet, en l'absence d'une cohérence entre les différents concepts des deux droits, on pourrait assister soit à une sorte de dénaturation, avec la création d'exceptions multiples, soit à un véritable infléchissement de la théorie générale au profit du droit de la concurrence.

Conceptuellement, le droit de la concurrence devrait prévaloir sur le droit des contrats, sa " raison " étant supérieure à la sienne. Mais la résistance opposée par le droit des contrats traduirait-elle l'émergence d'une raison nouvelle encore supérieure ?

§ 2) Le conflit des raisons

I - Efficacité contre sécurité

Schématiquement, on peut affirmer que le droit des contrats s'est donné pour vocation d'être stable quand celui de la concurrence se veut efficace. Ce dernier se pose ainsi en opposition, mais aussi peut-être en complément, d'un droit plus rigide et plus axiomatisé.

On peut évoquer à l'appui de cette stratégie (à supposer que quelqu'un ait pris ce genre d'option) les raisons évoquées précédemment à propos des besoins particuliers du monde des affaires.

Il en résulte que le droit de la concurrence est intimement liée à des notions d'efficacité, de sécurité, de rédaction textuelle et de moyens mobilisables. Tous ces facteurs étant en interaction les uns avec les autres.

On peut penser que le droit de la concurrence revêt aujourd'hui ces caractères. Si tel était le cas, ce serait le fait de nécessités pratiques

II - Logique économique contre logique juridique

Tout en se gardant de toute considération partisane, on peut faire remarquer que par-delà les systèmes juridiques, il y a deux modes différents de raisonnement. L'un raisonne en " droit par le droit ", l'autre raisonne en " droit par l'économie ". Le droit de la concurrence peut en effet être présenté comme un droit au service de la concurrence.

Dans ce cas, et dans la mesure où la concurrence est présentée comme le support idéologique de l'économie de marché, alors son droit est aussi connoté d'idéologie. Ce nouveau mode de raisonnement, qui fait intervenir des éléments exogènes au droit, qui normalement se suffit à lui-même, constitue peut-être un des principaux facteurs de désordre potentiel lors du croisement des deux systèmes.

§ 3) Le conflit du pouvoir : Ordre public de protection contre ordre public de direction

Ces deux concepts sont plus que des instruments de pouvoir. Leur étude révèle également certains rapports de force entre le droit et son environnement. Ils seront sommairement évoqués.

Le droit de la concurrence, droit économique, est ressenti par nombre de juristes comme un instrumentum utilisé par les économistes pour véhiculer des préceptes extérieurs à la raison juridique. Il a été évoqué supra par quels moyens. Le droit de la concurrence se présente donc conceptuellement comme une passerelle entre le droit des contrats et les influences directes de systèmes économico-politiques.

Il ne sera donc guère étonnant d'assister de la part du droit des contrats à des résistances. Toutefois, celles-ci ne seront peut-être pas si importantes que cela, si la pénétration par le droit de la concurrence se fait pour répondre à des besoins que le droit civil, par son inertie, n'est pas en mesure de satisfaire.

Conclusion

Vers un droit du futur : antagonisme ou harmonie ?

Une rationalité commune

Le droit de la concurrence et le droit des contrats ne sont pas tant éloignés. En effet, chacun possède son mode de fonctionnement propre mais ils possèdent tous deux des principes directeurs communs et une rationalité commune. La résultante est que chaque droit est susceptible de s'inspirer, ou d'emprunter à l'autre des éléments de théorie. En effet, il convient de rappeler que le droit de la concurrence sanctionne les atteintes portées à l'intégrité du consentement, et en fait même une condition d'applicabilité au droit des ententes. A l'inverse, le droit des contrats redécouvre des notions qui préexistaient déjà (le critère de proportionnalité en matière de clauses de non-concurrence).

Vers une perspective d'harmonisation ?

En réalité, la question de savoir comment assurer la cohérence du système positif reste posée. Faut-il envisager l'évolution parallèle et étanche de chaque branche du droit ou bien faut-il s'appuyer sur des multiples interactions entre chacune? Faut-il considérer les principes généraux comme susceptibles de subir des infléchissements majeurs sous l'influence de règles de droit spécial ou bien relever l'affirmation des règles générales indispensables à l'interprétation des règles spéciales?.

Selon M. Malaurie-Vignal, " il est deux façons de régler un conflit : soit par l'éviction d'un droit au profit de l'autre, soit par l'absorption d'un droit par l'autre ".

L'éviction du droit civil par le droit de la concurrence

Cette mise entre parenthèses du droit des contrats pourrait résulter non seulement du principe selon lequel les règles spéciales sont supérieures aux règles générales mais aussi du fait de la forte connotation d'ordre public du droit de la concurrence. Or, l'éviction d'une règle générale au profit d'une autre spéciale manifeste bien souvent la prééminence de l'ordre public, justifiée par la protection de l'intérêt général.

Dans cette hypothèse, " le droit spécial de la concurrence constituerait un nouvel ordre public économique, autonome, qui s'ajouterait à l'ordre public traditionnel ". Mais ce n'est pas la seule possibilité.

L'absorption du droit de la concurrence par le droit civil

Ce processus d'intégration donnerait lieu à une double constatations. Il y aurait infléchissement des règles du droit commun, et substitution de l'ordre public traditionnel au profit d'un ordre public économique, lieu commun des deux droits. Dès lors, cet état de fait pourrait favoriser l'émergence " d'un droit civil économique " selon l'expression de M. Mestre. Pragmatiquement, on pourra postuler que de manière alternative et rétroactive des échanges se produisent et se produiront entre les deux corps de règles. Il en résulte des points communs.

Une inspiration civiliste, et des complémentarités

Contrairement à ce qui pourrait ressortir de la lecture des paragraphes précédents, tout n'oppose pas en effet le droit de la concurrence et celui des contrats.

A commencer par la raison qu'historiquement, le droit de la concurrence est d'inspiration privatiste, et que cette " paternité " n'a pas été sans influence. L'hétérogénéité dont il avait été dit qu'elle présentait un danger du fait du phénomène d'émergence ne serait de fait qu'une fausse alerte, l'expérience montrant que le droit de la concurrence reste empreint d'une forte connotation civiliste, et qu'il n'infléchit le droit commun qu'en posant explicitement des exceptions.

Le droit de la concurrence se présenterait alors sous cet aspect comme une extension de celui des contrats, extension d'autant plus profitable qu'elle serait fortement adaptative, tout en continuant de véhiculer les principes directeurs posés par le droit antérieur.

Enfin, ce panorama ne serait pas complet s'il n'était pas fait état des perspectives offertes par le droit européen, qui se posera peut-être un jour comme l'ultime coordinateur des principes disparates, réconciliant l'inconciliable en une supranationale harmonie, comme, pour reprendre M. Delmas-Marty, " autant de nuages portés par un même souffle (qui) s'ordonneraient peu à peu tout en gardant leur propre rythme, leurs propres formes "...

Bibliographie

Liste des ouvrages

ARNAUD A.-J., Critique de la raison juridique, Paris, L.G.D.J., 1981

AZEMA J., Le droit français de la concurrence, Paris, PUF, 1981

CARBONNIER J., Droit civil, T. 1, 7^e éd., Paris, PUF, 1967

CHAPUT Y., Le droit de la concurrence, Paris, PUF, 1988

DELMAS-MARTY M., Pour un droit commun, Paris, Seuil, 1994

FERRIER D., Le droit de la distribution, Montpellier, Fasc. Université Montpellier I, Cours 1993-1994

GHESTIN J., Traité de droit civil -les obligation le contrat : formation, Paris, L.G.D.J., 1988

GHESTIN J., Traité de droit civil -les obligations -le contrat, Paris, L.G.D.J., 1980

GHESTIN J./DESCHE B., Traité des contrats -la vente, Paris, L.G.D.J., 1990

GUYON Y., Droit des affaires, Paris, Economica, 1990

MALAUZIE P./AYNES L., Les contrats spéciaux, Paris, Cujas, 1991

MOUSSERON J.-M., Technique contractuelle, Paris, Francis Lefebvre, 1988

MOUSSERON J.-M./SELINSKY V., Le droit français nouveau de la concurrence, Paris, Litec, 1987

PIZZIO J.P./LAMBERT J./BAUDOIN DE LA VILLEON, Droit du marché, Paris, Dalloz, 1993

SERRA Y., La non-concurrence, Paris, Dalloz, 1991

SERRA Y., Le droit français de la concurrence, Paris, Dalloz, 1993

SERRA Y./CALAIS-AULOY J., Concurrence et consommation, Paris, Dalloz, 1994

VOGEL L. & J., Le droit européen des affaires, Paris, Dalloz, 1992

Liste des articles

- AMADIO M., Les contrats de franchise à l'épreuve de l'ordonnance du 1er décembre 1986, *Rev. conc. conso.*, n° 40, 1987, p. 8
- AMIEL-DONAT, La légitimité de la clause de non-concurrence, *Cont., conc., conso.*, juil. 1992, p. 1
- ARHEL P., Les pratiques discriminatoires, *Rev. conc. conso.*, n° 70, 1992, p. 29
- AYNES L., Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse, *D.* 93, *chron.* p. 25
- BARBUSIAUX C., Le nouveau dispositif en matière de concurrence et ses conséquences pour les contrats de franchise, *Rev. conc. conso.*, n° 39, 1987, p. 4
- BARBUSIAUX C., Le nouveau droit des relations contractuelles, *Rev. conc. conso.*, n° 38, 1987, p. 1
- BRILL J.-P., Les sanctions civiles de l'ordonnance du 1er décembre 1986, *Gaz. Pal.* 1er déc. 1987, p. 775
- DE LA LAURENCIE J.-P., Le droit économique et le droit contractuel, *Rev. conc. conso.*, n° 49, 1987, p. 8
- DESCOTTE R., Les contrats de distribution et le nouveau droit de la concurrence, *Rev. conc. conso.*, n° 40, 1987, p. 12
- DREIFFUSS-NETTER F., Droit de la concurrence et droit des obligations, *R.T.D.Civ.* 1989, p. 369
- DURAND P., La rupture des contrats de concession exclusive au regard de l'art. 8 de l'ordonnance du 1er déc. 1986, *Cah. dr. ent.*, 1987-6, p. 21
- FERRIER D., L'impact du droit de la concurrence dans les rapports contractuels avec les concédants, *Rev. conc. conso.*, n° 49, 1988, p. 5
- GUILLON C., Application de l'art. 36 : une jurisprudence prometteuse pour le traitement des relations verticales, *Rev. conc. conso.*, n° 83, 1995, p. 96
- GUYON Y., Développer la concurrence, *Cah. dr. ent.*, 1995-2, p. 19
- KRIMMER, La gestion de la concurrence par la Cour d'appel de Paris : un nouvel ordre juridictionnel ?, *J.C.P. éd. E*, 1991, n° 41, *chron.* p. 82
- La distribution sélective, *Atelier* du 8 sept. 1994, *Rev. conc. conso.*, n° 82, 1994, p. 31
- LEPAGE M., La théorie économique de la franchise, *Rev. conc. conso.*, n° 38, 1987, p. 1
- LEVENEUR L., Des contrat-cadres en matière de distribution et l'exigence de la détermination du prix : le reflux et ses limites, *Cont., conc., conso.*, mai 1992, p. 1
- LEVENEUR L., Les conséquences de la nullité pour indétermination du prix dans les contrat-cadres de distribution, *Cont., conc., conso.*, nov. 1992, p. 1
- MALAUZIEU P., L'indétermination du prix dans les contrats de concession, *Rev. conc. conso.*, 1995, n° 83, p. 64
- MALAUZIEU P., La notion d'ordre public économique, *Rev. conc. conso.*, n° 83, 1995, p. 48
- MALAUZIEU-VIGNAL, Droit de la concurrence et droit des contrats, *D.* 95, *chron.* p. 51
- MOUSSERON J.-M., Un principe de départ : la liberté contractuelle, *Cah. dr. ent.*, 1995-2, p. 5
- PEROCHON F., " L'adieu aux cuves ", *Cah. dr. ent.*, 1987-2, p. 4
- PICOD Y., L'obligation de non-concurrence de plein droit et les contrats n'emportant pas transfert de clientèle, *J.C.P. éd. E*, 1994, n° 14-15, p. 195
- RENAUDIN N., Droit d'user et droit d'abuser : un refus de vente peut en cacher un autre, *Rev. conc. conso.*, n° 79, 1994, p. 5
- SELINSKY V., La spécificité des accords verticaux au regard du droit de la concurrence, *D.* 92, *chron.* p. 41
- TARGA A., La notion de discrimination abusive, *Rev. conc. conso.*, n° 83, 1995, p. 54
- VIRASSAMY G./LE TOURNEAU P., Détermination du prix dans les contrat-cadres de fourniture, *Cont., conc., conso.*, déc. 1993, p. 1
- VOGEL, Interview : la Cour de cassation, juge de la concurrence, *Cont. conc., conso.*, fév. 1993, p. 1

[Retour au sommaire](#)

[Retour à la Home-Page du RED&S](#)