



Université Lille 2
Droit et Santé



Gaël Chantepie, Professeur.
Denis Voinot, Professeur.
Aurélien Fortunato, doctorant CRDP

Evelyne Terryn, Professeur



Bert Keirsbilck, Professeur



Muriel Chagny, Professeur

REPONSE AU LIVRE VERT
SUR LES PRATIQUES COMMERCIALES
DELOYALES DANS LA CHAÎNE
D'APPROVISIONNEMENT ALIMENTAIRE ET
NON-ALIMENTAIRE
INTERENTREPRISES EN EUROPE (COM(2013) 37 final)



Le document proposé est le fruit du travail d'une équipe de chercheurs franco-belge des universités de Lille 2 (France)¹, Leuven (Kulak)², HUB (Bruxelles)³, et Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines⁴.

Il s'inscrit dans le prolongement de programmes de recherches relatifs à la distribution transfrontalière (GODIS – Interreg IV)⁵ et aux téléservices transfrontaliers. Parmi les nombreuses réalisations communes, un colloque international avait, en novembre 2011, été consacré au thème « Droit européen des pratiques commerciales déloyales : évolution et perspectives »⁶.

Au-delà de la mise en œuvre de la directive 2005/29/CE relative aux pratiques entre professionnels et consommateurs (B2C), la réflexion avait porté sur les pratiques commerciales déloyales entre professionnels (B2B), qui ne font pas actuellement l'objet d'un traitement spécifique au niveau européen. Le Livre vert permet de prolonger la réflexion entamée.

1) Êtes-vous d'accord avec la définition des PCD présentée plus haut?

La définition présentée dans le Livre vert n'apparaît pas dans le point 2 pourtant intitulé : « *Définition des pratiques commerciales déloyales* ».

Une définition est en revanche proposée en page 4 du livre vert. La notion de « pratiques commerciales déloyales interentreprises » (« *unfair business-to-business trading practices* ») apparaît comme une notion dite « catch-all ». Les PCD y sont définies comme « *des pratiques qui s'écartent manifestement de la bonne conduite commerciale et sont contraires aux principes de bonne foi et de loyauté* ». Il est ensuite précisé que « *les PCD sont généralement imposées lorsqu'il y a un déséquilibre entre une partie forte et une partie faible et peuvent exister des deux côtés de la relation entre entreprises et à toute étape de la chaîne d'approvisionnement* ».

Il apparaît nécessaire que la Commission européenne clarifie au préalable les notions, distinctes, de « pratiques commerciales » mentionnées ci-après (en anglais : « trading practices », « commercial practices », « marketing practices », ...). En effet, la définition retenue semble être la réunion de deux propositions indépendantes, dont chacune pourrait justifier un type de réglementation différente de lutte contre les PCD dans les transactions

1 Gaël Chantepie, Denis Voinot, Professeurs à l'université de Lille 2, Aurélien Fortunato, doctorant, Equipe René Demogue - Droits et Perspectives du droit (CRDP – EA 4487),. <http://crdp.univ-lille2.fr/equipe-rene-demogue/>

2 Evelyne Terryn, Professeur à l'Université de Louvain, Campus Courtrai (KU Leuven). <http://www.kuleuven-kulak.be/>

3 Bert Keirsbilck, HUB Bruxelles, chercheur affilié KU Leuven.

4 Muriel Chagny, Professeur à l'Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, directeur du laboratoire de Droit des affaires et des nouvelles technologies (DANTE). Le point de vue ici exprimé est propre à son auteur et n'engage aucunement l'institution dont il est membre.

5 <http://www.go-dis.eu>

6 E. Terryn, D. Voinot (sous la dir.), *Droit européen des pratiques commerciales déloyales, Evolutions et perspectives*, coll. « Code économique européen », Bruxelles, Larcier : 2012, cité *infra*, *Droit européen des pratiques commerciales déloyales, Evolutions et perspectives*.

commerciales⁷.

La première proposition (dimension subjective de la PCD) porte sur l'exigence de loyauté, valeur sur laquelle repose probablement l'ensemble des droits des Etats membres de l'Union européenne. Elle suppose une appréciation du comportement du professionnel par une autorité, la bonne foi étant généralement présumée. La réglementation peut prendre en considération *ex ante* ce type de comportements en interdisant ceux qui, par nature, sont considérés déloyaux.

La seconde proposition (dimension objective de la PCD) porte sur le déséquilibre entre professionnels en relations d'affaires. Elle suppose, comme l'indique la définition, d'être en présence d'une partie forte et d'une partie faible. En dehors du cas où l'une des parties est titulaire d'une puissance économique erga omnes sur le marché (rapp. position dominante au sens de l'article 102 TFUE), mettre en évidence une disparité de rapports de forces, autrement dit une domination relative peut soulever des difficultés, ainsi qu'à pu le montrer l'interdiction française des abus de dépendance économique (art. L. 420-2 al. 2 C.com.). Deux voies principales se présentent, à cet égard, consistant, pour l'une, à ce que la réglementation s'appuie sur un régime de seuils pour déterminer quels sont les professionnels méritant une protection en matière de PCD dans les transactions commerciales et, pour l'autre, à ce qu'elle indique, à l'attention des juridictions, un ensemble de paramètres à partir desquelles une domination relative pourra être mise en évidence.

2) La notion de PCD est-elle reconnue dans votre État membre? Dans l'affirmative, veuillez expliquer de quelle manière.

2.1. La notion de PCD est d'abord reconnue dans les relations B2C, du fait de la transposition de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis à vis des consommateurs.

En droit français, l'article L. 120-1 du code de la consommation dispose qu'« *Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère, ou est susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service* »⁸.

En droit belge, l'article 84 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (LPMPC) énonce qu'une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle : « *a) est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et b) altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou si elle s'adresse à un groupe de consommateurs déterminé, le comportement économique du membre moyen de ce groupe, par rapport au produit concerné.* » Avant la transposition de la directive, le droit belge connaissait

⁷ V. M. Chagny, *Quel(s) modèle(s) pour un droit européen des pratiques commerciales déloyales entre professionnels*, in *Droit européen des pratiques commerciales déloyales, évolution et perspectives*, op. cit., spéc. n° 27 à 32.

⁸ Les PCD sont visées aux art. L. 120-1 à L. 123-5 et R. 121-1 à R. 123-1 du code de la consommation.

déjà une norme générale interdisant les PCD entre entreprises et consommateurs (norme équivalente à la norme interdisant les PCD entreprises telle que décrite ci-dessus (2.2.2.).

2.2. La notion de PCD est également connue **dans les relations B2B.**

2.2.1. En droit français, plusieurs corps de règles permettent de saisir une PCD. En **droit commercial**, il n'existe certes pas de définition de la notion de PCD dans les relations B to B. En revanche, le Code de commerce comporte plusieurs dispositions d'ordre public ayant pour objectif de lutter contre les pratiques commerciales déloyales entre professionnels, soit directement, soit indirectement :

→ Dispositions du droit commercial visant directement à lutter contre les pratiques commerciales déloyales

Les dispositions du droit commercial visant directement à lutter contre ces pratiques sont principalement situées dans livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et la concurrence et, au sein de ce livre, dans le titre IV, « de la transparence des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées »⁹. A l'intérieur de ce titre, certaines dispositions sont applicables à tous les secteurs d'activité, d'autres en revanche ne s'appliquent qu'à certains secteurs (transport, alimentaire, etc.).

On trouve également des dispositions éparses dans le livre III du code de commerce (de certaines formes de ventes et des clauses d'exclusivité) et notamment le titre I : des liquidations, des ventes au déballage, des soldes et des ventes en magasins d'usine¹⁰.

Cette réglementation a connu une évolution croissante dans les années 2000. Elle s'explique en partie par la volonté de protéger les petites et moyennes entreprises (v. particulièrement loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie¹¹). Il faut également noter que ces règles s'attachent parfois à protéger l'opérateur en fonction de sa position dans la chaîne économique, une évolution étant intervenue à cet égard : si le droit français s'est efforcé, dans une première période, de protéger la distribution en grande surface, il a, par la suite, davantage visé à assurer la protection des fournisseurs. Pour autant le droit français a posé des règles de protection qui, le plus souvent, ne distinguent pas selon la taille des professionnels et qui, pour une partie importante d'entre elles, sont applicables au bénéfice des distributeurs ou des acheteurs, tout autant qu'à celui des offreurs.

→ Dispositions du droit commercial visant indirectement à lutter contre les pratiques commerciales déloyales

Les dispositions du droit commercial visant indirectement à lutter contre les PCD sont, pour l'essentiel, celles relatives au droit des pratiques anticoncurrentielles (L. 420-1 à L. 420-7). Si ce droit vise principalement à rétablir le bon fonctionnement de la concurrence sur le marché et non à lutter contre la déloyauté dans les relations d'affaires, il n'en demeure pas moins qu'en prohibant les ententes anticoncurrentielles ou l'exploitation abusive d'une position dominante, il permet de sanctionner des

9 Art. L. 440-1 à L. 443-3 C. com.

10 Art. L. 310-1 à L. 310-7 C. com.

11 Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

pratiques commerciales que l'on peut qualifier de déloyales (ex. pratiques des prix abusivement bas, clauses de prix imposé, etc.). Une place particulière doit ici être réservée à l'interdiction des abus de dépendance économique (art. L. 420-2 al2 C. com.) précisément destinée à intervenir dans des situations de domination relative, mais qui a été mis en œuvre de façon extrêmement restrictive, l'interprétation retenue de la dépendance économique conduisant à ne quasiment jamais appliquer cette disposition avec succès.

En **droit civil**, ensuite, le droit commun des obligations permet de saisir sans les nommer explicitement certaines PCD.

→ ***Droit de la responsabilité civile délictuelle (art. 1382 et 1383 du code civil) : action en concurrence déloyale***

Si l'on définit les PCD, pour reprendre la définition de la Commission, comme étant « *des pratiques qui s'écartent manifestement de la bonne conduite commerciale et sont contraires aux principes de bonne foi et de loyauté* »¹², on doit alors admettre parmi ces pratiques commerciales, les comportements déloyaux adoptés entre concurrents. Or en droit français, il est possible de lutter contre ces pratiques en exerçant une action en concurrence déloyale qui permet à un professionnel de se fonder sur les dispositions du code civil en matière de responsabilité délictuelle (art. 1382 et 1383 du code civil¹³) pour faire cesser et sanctionner (indemnisation civile) les agissements déloyaux entre concurrents (désorganisation de l'entreprise, confusion, dénigrement, parasitisme).

→ ***Droit des contrats (art. 1134 du code civil) : bonne foi contractuelle***

Le droit des contrats permet aussi de lutter contre des comportements déloyaux en ce qu'il se réfère à la bonne foi entre contractants (art. 1134, alinéa 3 du Code civil¹⁴). La Cour de cassation de France a récemment précisé que « *si la bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties* »¹⁵. Cela permet notamment au juge de paralyser la mise en œuvre d'une clause attribuant un pouvoir à un créancier. Cela ne permet pas, cependant, de modifier le contenu du contrat en écartant la clause, indépendamment de son application effective.

Les PCD sont également visées, de manière éparse, dans des **codes ou textes spéciaux** posant des dispositions propres à certains secteurs d'activité. C'est ainsi que les articles L.631-24 et

12 Livre vert, p. 4.

13 L'article 1382 du Code civil français prévoit 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 ». L'article 1383 du même Code prévoit que « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. ».

14 L'article 1134, alinéa 3 du Code civil français prévoit que « [Les conventions] doivent être exécutées de bonne foi ».

15 Cass. com. (Fr) 10 juill. 2007, n° 06-14.768, *Bull. civ. IV*, n° 188.

suivants du Code rural et de la pêche maritime¹⁶ imposent, pour certains contrats de vente de produits agricoles, un contrat écrit comprenant un certain nombre de mentions obligatoires, ce qui permet de lutter contre l'absence de contrats écrits dans ces relations contractuelles. C'est ainsi encore qu'en droit des transports des dispositions spécifiques existent en matière de contrat de sous-traitance qui prévalent sur celles plus générales du code de commerce¹⁷.

2.2.2. La notion de PCD entre entreprises est certainement aussi connue **en Belgique**, mais pas dans le sens très large donné à cette notion dans le Livre vert. Les pratiques commerciales déloyales sont règlementées en Belgique par la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (LPMPC). Cette loi remplace la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur. Les dispositions relatives aux pratiques commerciales déloyales n'ont pas été substantiellement altérées.

La loi belge interdit « *les actes contraires aux pratiques honnêtes du marché par lesquels une entreprise porte atteinte ou peut porter atteinte aux intérêts professionnels d'une ou de plusieurs autres entreprises* » (article 95 LPMPC). Cette interdiction trouve son origine dans l'article 10 bis de la Convention de Paris sur la propriété industrielle. En dehors de cette interdiction générale, la loi interdit certaines pratiques spécifiques (y compris certaines formes de publicités trompeuses, dénigrantes, mais aussi la vente à perte, les achats forcés et des ventes pyramidales).

L'interdiction générale peut être violée par l'infraction d'une disposition légale ou réglementaire imposant un comportement obligatoire à une entreprise mais aussi par la méconnaissance d'une norme de conduite non formulée à apprécier selon le modèle du bon père de famille normalement prudent et diligent dans les mêmes circonstances.

16 L'article L.631-24 du Code rural et de la pêche maritime français prévoit que « I.-La conclusion de contrats de vente écrits entre producteurs et acheteurs, ou entre opérateurs économiques mentionnés au premier alinéa de [l'article L. 551-1](#), propriétaires de la marchandise, et acheteurs, peut être rendue obligatoire pour les produits agricoles destinés à la revente ou à la transformation.

Ces contrats écrits comportent des clauses relatives à la durée du contrat, aux volumes et aux caractéristiques des produits à livrer, aux modalités de collecte ou de livraison des produits, aux critères et modalités de détermination du prix, aux modalités de paiement et aux modalités de révision et de résiliation du contrat ou au préavis de rupture. Ces clauses prévoient l'interdiction, pour les acheteurs, de retourner aux producteurs ou aux opérateurs économiques mentionnés au premier alinéa les produits qu'ils ont acceptés lors de la livraison ; cette interdiction ne s'applique pas en cas de non-conformité des produits à des normes légales ou réglementaires. Sauf stipulations contraires, ces contrats sont renouvelables par tacite reconduction pour une période équivalente à celle pour laquelle ils ont été conclus.

Ils peuvent être rendus obligatoires :

a) Par extension ou homologation d'un accord interprofessionnel, dans les conditions définies aux [articles L. 631-10, L. 632-3, L. 632-4 et L. 632-12](#) ;

b) Ou, si aucun accord interprofessionnel ayant le même objet n'a été étendu ou homologué, par un décret en Conseil d'Etat. L'application de ce décret est suspendue en cas d'extension ou d'homologation d'un accord interprofessionnel mentionné au a ».

17 V. par ex. Cass. com. (Fr.) 4 octobre 2011, n° 10-20.240 : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, qui instaure une responsabilité de nature délictuelle, ne s'applique pas dans le cadre des relations commerciales de transports publics routiers de marchandises exécutés par des sous-traitants, lorsque le contrat-type qui prévoit la durée des préavis de rupture, institué par la LOTI régit, faute de dispositions contractuelles, les rapports du sous-traitant et de l'opérateur de transport, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

Un grand nombre de pratiques diverses ont été condamnées sur le fondement de cette interdiction générale, notamment le dénigrement, l'atteinte au nom commercial, le parasitisme, le refus de vente et le refus de contracter, le détournement de clientèle ou de personnel d'une autre entreprise, etc. Cette énumération non exhaustive démontre que les pratiques interdites concernent surtout les relations entre concurrents, bien qu'une relation concurrentielle ne soit plus requise pour pouvoir entamer une action en justice pour violation de l'interdiction générale des pratiques commerciales déloyales.

Seuls le refus de vente et la vente à perte concernent les relations verticales telles que visées par la Commission. La Cour de Justice a récemment jugé que la prohibition de la vente à perte est contraire à la directive 2005/29/CE¹⁸.

En droit belge actuel, les PCD concernent principalement des relations non contractuelles. L'application de cette interdiction générale est surtout assurée par l'action en cessation. Selon la jurisprudence actuelle, cette action en cessation ne peut pas servir à sanctionner une faute qui constituerait exclusivement une violation du contrat. La jurisprudence n'accepte l'introduction d'une action en cessation contre un cocontractant que si sa faute n'est pas exclusivement une faute contractuelle et si le dommage causé est distinct de celui qui résulte de la mauvaise exécution du contrat. Ces conditions rendent pratiquement impossible le recours à une action en cessation contre un acte de nature contractuelle.

Outre la loi sur les pratiques du marché, doit être mentionnée la transposition de la directive sur les retards de paiements dans la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales. Cette loi autorise le juge à réviser toute clause contractuelle qui déroge aux dispositions de la loi, à la demande du créancier, lorsqu'elle constitue un abus manifeste à l'égard du créancier. Le juge tiendra compte de tous les éléments du cas d'espèce, y compris les bonnes pratiques et usages commerciaux et la nature des produits ou des services (article 7).

En outre, des dispositions spécifiques protègent (indirectement) certains distributeurs et intermédiaires commerciaux contre des comportements qui pourraient être considérés comme déloyaux dans des relations contractuelles. La loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale transpose la Directive 86/653/CEE. La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée protège les concessionnaires en cas de rupture de la relation commerciale.

La notion de pratiques commerciales déloyales n'est pourtant pas centrale et même absente dans ces législations. Les lois mentionnés cherchent surtout à trouver une solution équitable en cas de résiliation du contrat. Ces lois cherchent à protéger les distributeurs et intermédiaires qui sont intégrés dans le réseau de distribution d'un fournisseur. Dans le livre vert, c'est surtout la situation inverse qui est visée, dans laquelle le distributeur a le pouvoir économique et la possibilité d'en abuser. En Belgique, des dispositions spécifiques protégeant les fournisseurs dans de tels cas sont absents pour le moment.

Enfin, comme en droit français, le droit belge des contrats permet aussi de lutter contre des comportements déloyaux en ce qu'il se réfère à la bonne foi entre contractants (art. 1134, alinéa 3 du code civil).

¹⁸ CJUE, 7 mars 2013, C-342/12., Euronics Belgium CVBA/Kamera express BV

3) Selon vous, la notion de PCD devrait-elle être limitée aux négociations contractuelles, ou les phases pré- et post-contractuelles devraient-elles également y figurer?

Telle qu'elle est envisagée par le Livre vert, la notion de PCD est susceptible de recouvrir des pratiques entre partenaires, à l'occasion de l'établissement, de l'exécution ou de la rupture d'une relation commerciale. Elle peut aussi s'étendre à des pratiques à l'égard de concurrents, en dehors de toute relation. C'est surtout dans la première hypothèse que la question posée suscite la discussion. Or, l'exemple du droit européen et des droits nationaux permet de constater que l'orientation retenue est en faveur d'un champ d'application large.

En **droit européen**, d'une part, il faut rappeler que la directive sur les « pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs » (« unfair business-to-consumer commercial practices ») se caractérise par un champ d'application très large, comme l'illustre la définition des « pratiques commerciales (des entreprises vis-à-vis des consommateurs) » énoncée à son article 2, point d) : « *toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs* ».

La directive s'applique donc, pour ainsi dire, à la totalité des transactions entre entreprises et consommateurs (« B2C »), tous secteurs confondus. En outre, elle s'applique non seulement aux stades de la publicité ou du marketing afférents à une transaction (« *avant ... une transaction commerciale portant sur un produit* »), mais également « *... pendant et après une transaction commerciale portant sur un produit* ». La directive adopte ainsi une approche dite « du berceau à la tombe », couvrant toutes les pratiques au moment de la promotion, la négociation, conclusion, exécution du contrat.

C'est ainsi que les PCD sont définies comme des pratiques qui sont contraires aux exigences de la diligence professionnelle (pratiques de marché honnêtes et/ou principe général de bonne foi) et qui sont susceptibles d'altérer de manière substantielle l'aptitude du consommateur moyen à prendre une décision en connaissance de cause ou la liberté de choix ou de conduite du consommateur moyen et l'amenant par conséquent à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement. Les Etats Membres ont la faculté de déterminer l'effet des pratiques déloyales sur la validité, la formation ou l'effet d'un contrat, puisque la directive PCD n'harmonise pas le droit des contrats.

En outre, la directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs couvre chaque clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle. La directive est une des pièces importantes du droit européen des contrats. Il convient de rappeler que les champs d'application de la directive concernant les clauses abusives et de la directive PCD se recoupent et que l'utilisation de clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle peut être qualifiée de pratique commerciale d'une

entreprise vis-à-vis des consommateurs¹⁹. Une clause est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat. Le système de protection mis en œuvre par la directive repose sur l'idée que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information, situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci²⁰.

La directive en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, quant à elle, protège les professionnels, qu'ils soient clients ou concurrents, contre la publicité trompeuse et régit également la publicité comparative. Au cours d'une évaluation récente, la Commission a non seulement réuni des données sur l'efficacité générale de la directive et sur les problèmes existants pour son application, mais a également collecté des informations sur des questions plus générales relatives aux pratiques commerciales. L'évaluation a couvert différents types de communications commerciales dans les relations entre entreprises dont l'objectif est la promotion de produits. La Commission envisage maintenant d'élargir le champ d'application de la directive afin de couvrir toutes les « pratiques commerciales trompeuses » (« *misleading marketing practices* »), dont font également partie la publicité trompeuse et certaines techniques de marketing qu'il est difficile d'inclure dans la présente définition de la publicité. Apparemment, cette notion nouvelle couvre toute pratique d'un professionnel en relation directe avec la promotion d'un produit aux consommateurs. Cette notion est donc limitée aux pratiques précontractuelles.

Dans **les droits nationaux**, d'autre part, les PCD sont sanctionnées sans égard pour le moment auquel elles sont mises en œuvre. Ainsi, notamment, le **droit français** permet de lutter contre les pratiques commerciales déloyales entre professionnels généralement à l'occasion d'un contrat²¹. Cela vise aussi bien les relations pré-contractuelles, contractuelles que post-contractuelles. **En droit belge**, l'interdiction générale des actes contraires aux pratiques honnêtes du marché (article 95 LPMPC) est une interdiction très large et permet en principe de lutter contre des pratiques dans une phase précontractuelle, contractuelle et post-contractuelle. Il convient pourtant de noter que selon une jurisprudence majoritaire, une action en cessation sur base de cette interdiction générale ne peut en principe être invoqué entre contractants (voir ci-dessus). Cette interdiction est surtout invoqué entre concurrents qui n'ont pas de relation contractuelle.

→ *Phase pré-contractuelle*

Elles peuvent être mises en œuvre lors de la phase précontractuelle. Par exemple, au cours de la négociation d'un contrat, ces pratiques peuvent consister à avoir recours à des clauses nettement disproportionnées qui sont intégrées dans les conditions générales et qui ne sont pas négociées une à une. La partie contractante qui est en position de force dans la négociation, peut unilatéralement imposer des conditions à l'autre partie. Dans cette phase, les PCD peuvent consister aussi à ne pas fournir suffisamment d'informations sur les clauses

19 V. Perenicova et Perenic, C-453/10).

20 V. par exemple Invitel, C-472/10).

21 Il convient de mettre à part les règles de concurrence déloyale qui s'appliquent en principe entre concurrents.

contractuelles. Les clauses contractuelles ambiguës permettent d'imposer des contraintes supplémentaires aux parties contractuelles plus faibles. L'article L. 442-6 du Code de commerce permet en France d'atteindre la phase des négociations contractuelle par exemple en sanctionnant la tentative de mise en place d'une pratique restrictive de concurrence (« *soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial...* »²²). En droit belge, on peut mentionner à titre d'exemple de pratiques déloyales dans une phase précontractuelle: le refus de contracter.²³

→ *Phase contractuelle*

Les PCD peuvent faire partie du contrat même. Par exemple, elles peuvent consister dans des clauses qui empêchent les contractants de s'approvisionner dans d'autres États membres (restrictions territoriales de l'offre). Les PCD peuvent aussi consister à modifier unilatéralement ou rétroactivement les clauses du contrat. Après la signature d'un contrat, les PCD peuvent simplement consister à appliquer les clauses inéquitables qu'il contient. Sur le terrain de l'exécution, il arrive également que l'acquéreur des produits refuse celles-ci, sans réelle raison ou encore effectué des déductions d'office au titre de pénalités motivées par un retard de livraison ou la non-conformité des produits. Le paiement peut également donner lieu à des PCD.

En droit français, plusieurs dispositions permettent de lutter contre des clauses déloyales entre contractants soit en raison d'un déséquilibre entre les obligations des parties (v. art. L. 442-6, I, 2^o²⁴), soit en raison d'un abus (v. art. L. 442-6, I, 7^o²⁵ c. com. et art. L. 442-6-I-8^o C. com²⁶), certaines clauses étant présumées déloyales par nature (v. art. L. 442-6, II c. com.²⁷).

22 L'article L. 442-6 I, 2^o du Code de commerce français prévoit que « [Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé par le fait, par tout producteur, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers] De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

²³ Cass. 25 septembre 1992, *Pas.* 1992, 1049.

24 *Ibidem*.

25 L'article L.442-6, I, 7^o du Code de commerce français prévoit que « [Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé par le fait, par tout producteur, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers] de soumettre un partenaire à des conditions de règlement qui ne respectent pas le plafond fixé au neuvième alinéa de l'article [L. 441-6](#) ou qui sont manifestement abusives, compte tenu des bonnes pratiques et usages commerciaux, et s'écartent au détriment du créancier, sans raison objective, du délai indiqué au huitième alinéa de l'article L. 441-6. Est notamment abusif le fait, pour le débiteur, de demander au créancier, sans raison objective, de différer la date d'émission de la facture ; ».

²⁶ Cette disposition vise le fait « de procéder au refus ou retour de marchandises ou de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondant au non-respect d'une date de livraison ou à la non-conformité des marchandises, lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant ».

27 L'article L.442-6, II du Code de commerce français prévoit que « Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité :

- a) De bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale ;
- b) D'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande ;
- c) D'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui ;
- d) De bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant ;
- e) D'obtenir d'un revendeur exploitant une surface de vente au détail inférieure à 300 mètres carrés qu'il approvisionne mais qui n'est pas lié à lui, directement ou indirectement, par un contrat de licence de marque ou de savoir-faire, un droit de préférence sur la cession ou le transfert de son activité ou une obligation de

En droit belge, l'interdiction générale d'actes contraires aux ne permet pas de lutter contre des clauses déloyales entre entreprises contractants, pour les raisons expliquées ci-dessus. Cette interdiction s'applique néanmoins à certaines pratiques qu'on peut situer dans la phase contractuelle, telle que la vente à perte.²⁸

→ *Phase post-contractuelle*

S'agissant de la phase post-contractuelle, en droit français, l'article L. 442-6, I, 5^o²⁹ s'attache à la sanction de la rupture brutale des relations commerciales établies. La Cour de cassation retient ainsi que « la qualification de relations commerciales établies au sens de l'article L. 442 6 I 5^o du code de commerce n'est pas conditionnée par l'existence d'un échange permanent et continu entre les parties et qu'une succession de contrats ponctuels peut être suffisante pour caractériser une relation commerciale établie »³⁰. Il importe donc peu que les relations contractuelles résultent de contrat indépendants ou que les parties n'aient pas passé d'accord-cadre préalable³¹. La notion de relation commerciale dépasse le cadre contractuel, ce qui permet notamment d'y inclure des hypothèses où le courant d'affaires a perduré en dépit du terme extinctif du contrat³².

Un autre exemple est celui des clauses de non-concurrence post-contractuelle. La jurisprudence française a défini des critères de validité pour ces clauses. Elles doivent être limitées dans le temps et géographiquement selon un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 12 mars 2002³³. Elles doivent être conformes aux intérêts de l'entreprise, qui peut être la protection d'un savoir-faire par exemple³⁴. Enfin, elles ne doivent pas apporter de restriction trop importante à la liberté du débiteur de la clause. Une disposition spécifique a par ailleurs été prévue, au bénéfice de certains contractants

non-concurrence postcontractuelle, ou de subordonner l'approvisionnement de ce revendeur à une clause d'exclusivité ou de quasi-exclusivité d'achat de ses produits ou services d'une durée supérieure à deux ans ».

²⁸ Cass. 24 octobre 2001, *RDC* 2002, 369, note R. Steennot.

²⁹ L'article L.442-6, I, 5^o du Code de commerce français prévoit que « [Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé par le fait, par tout producteur, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers] De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. Lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur. A défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure. Lorsque la rupture de la relation commerciale résulte d'une mise en concurrence par enchères à distance, la durée minimale de préavis est double de celle résultant de l'application des dispositions du présent alinéa dans les cas où la durée du préavis initial est de moins de six mois, et d'au moins un an dans les autres cas ; »

³⁰ Cass. com. (Fr) 15 sept. 2009, *Bull. civ. IV*, n° 110, *CCC* 2010, comm. 265, obs. N. Mathey. Rapp. Cass. com. 20 mars 2012, n° 10-26.220.

³¹ Cass. com. (Fr) 6 sept. 2011, n° 10-30.679.

³² Cass. com. (Fr) 24 nov. 2009, *CCC* 2010, comm. 94, obs. N. Mathey.

³³ Cass. com. (Fr) 12 mars 2002, n° 99-14762.

³⁴ Cass. Civ. 3^{ème} (Fr) 27 mars 2002, *Trévisan*, n° 00-20732 : *Bull. civ.* 2002, III, n° 77 p.66 ; *D.* 2002, p. 2400, note H. Kenfack ; *JCP G* 2002, II, 10112, note F. Auque.

seulement.³⁵

En droit belge, l'interdiction générale de l'article 95 LPMPC permet entre autres de lutter contre le détournement de clientèle³⁶ et le détournement de personnel.³⁷

En résumé, cette conception large des PCD permet de toucher de nombreuses pratiques. En outre, puisqu'il est abstraction du moment où est mise en œuvre la pratique, le choix d'une qualification contractuelle ou délictuelle perd en partie son intérêt. Ce serait la logique d'un mécanisme fondé sur la déloyauté, notion qui trouverait une sanction adéquate dans la faute civile extracontractuelle³⁸. L'unification des sanctions des pratiques commerciales déloyales dans un régime légal, détaché du cadre contractuel, conduirait cependant à transformer de manière significative le régime des sanctions contractuelles actuellement en vigueur, tant en droit français qu'en droit belge.

4) Que pensez-vous de la notion de «facteur crainte»? Êtes-vous d'accord avec l'évaluation faite ci-dessus? Veuillez préciser.

La notion de crainte est actuellement sanctionnée par le droit commun du contrat, sous le couvert du vice de violence³⁹. C'est ainsi qu'en droit français, la Cour de cassation retient que « *seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement* »⁴⁰. En droit belge, la théorie de la lésion qualifiée permet également d'appréhender les effets de ce « facteur crainte »⁴¹. Les deux mécanismes ne présentent cependant qu'une faible efficacité pratique. En dépit de ce lien avec les vices du consentement, la crainte en matière économique ne peut être appréhendée sans que soit envisagé le contenu du contrat qui en découle.

De manière plus spécifique, la crainte est un facteur important dans le développement et la pérennité des pratiques commerciales déloyales, à la fois, parce qu'elle permet à la partie en situation de force de mettre en œuvre différentes pratiques au détriment du partenaire, mais aussi parce qu'elle dissuade cette dernière d'agir en justice.

L'exemple de la non réclamation des pénalités de retard en cas de défaut de paiement en est une bonne illustration (art. L. 441-6, I, alinéa 8 c. com⁴²). Ce facteur est d'ailleurs mentionné

³⁵ Art. L. 442-6-III-e) C. com. prévoit expressément la nullité des obligations de non-concurrence postcontractuelles lorsqu'elles sont stipulées à la charge d'un revendeur exploitant une surface de vente au détail inférieure à 300 mètres carrés et au profit de celui qui effectue l'approvisionnement, mais seulement dans le cas où les parties ne sont pas liées, directement ou indirectement, par un contrat de licence de marque ou de savoir-faire.

³⁶ Voir par exemple Cour d'appel Anvers 8 février 1999, *Jaarboek handelspraktijken* 1999, 492.

³⁷ Voir par exemple Cour d'appel Gand 6 juin 2005, *Jaarboek handelspraktijken* 2005, 546.

³⁸ Rapp. à propos de la sanction de la mauvaise foi en droit français, Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, préf. R. Bout, Bibl. de droit privé, t. 337, Paris, LGDJ, 2000.

³⁹ Art. 1111 s. C. civ.

⁴⁰ Cass. civ. 1^{re} (Fr) 3 avr. 2002, *Bull.* n° 108.

⁴¹ J.-F. Romain, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, préf. P. Van Ommeslaghe, Bruxelles, Bruylant, 2000, n°176 s. V. pour une illustration, Mons (13^e ch.), 14 févr. 2000, *J.T.* 2000, p. 468.

⁴² L'article L.441-6, I, alinéa 8 du Code de commerce français prévoit que « Les conditions de règlement doivent obligatoirement préciser les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture ainsi que le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement due au créancier dans le cas où les sommes dues sont réglées après

comme une des causes des problèmes persistants des retards de paiements dans l'exposé des motifs de la proposition de la nouvelle directive 2011/7/CE concernant la lutte contre le retard de paiement⁴³.

On peut observer que le contentieux relatif aux pratiques commerciales déloyales est beaucoup plus développé lorsque l'on se situe dans la phase post-contractuelle (ex. rupture brutale des relations commerciales), c'est-à-dire au moment où la crainte de la rupture a laissé la place à la réaction faisant suite à la rupture⁴⁴. Par comparaison, le contentieux en cours de contrat est assez faible sur un plan quantitatif. La même observation peut se faire en Belgique pour ce qui concerne le contentieux relatif aux agents de commerce en concessionnaires qui se concentre aussi dans la phase post-contractuelle.

Afin de lutter contre ce facteur crainte, le droit français donne de plus en plus à l'administration, *lato sensu*, le pouvoir d'agir à la place des victimes. L'article L. 442-6, III du code de commerce⁴⁵ offre ainsi à plusieurs autorités (Ministre de l'économie, Ministère public, Président de l'Autorité de la concurrence à certaines conditions) la possibilité de saisir une juridiction civile pour faire condamner le professionnel auteur de pratiques déloyales à une amende civile dont le montant peut atteindre 2 millions d'euros. Cela n'empêche évidemment pas la victime de réclamer réparation de son préjudice.

L'avant-projet de loi française sur la consommation qui sera présenté le 3 mai en Conseil des ministres envisage d'instituer des sanctions administratives dans le droit des pratiques restrictives de concurrence. Cela renforcerait le pouvoir de l'administration de lutter contre les pratiques commerciales déloyales entre professionnels.

7) Les PCD sont-elles aussi présentes dans le secteur du commerce de détail non alimentaire? Dans l'affirmative, veuillez fournir des exemples concrets.

cette date. Sauf disposition contraire qui ne peut toutefois fixer un taux inférieur à trois fois le taux d'intérêt légal, ce taux est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 10 points de pourcentage. Dans ce cas, le taux applicable pendant le premier semestre de l'année concernée est le taux en vigueur au 1er janvier de l'année en question. Pour le second semestre de l'année concernée, il est le taux en vigueur au 1er juillet de l'année en question. Les pénalités de retard sont exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire. Tout professionnel en situation de retard de paiement est de plein droit débiteur, à l'égard du créancier, d'une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement, dont le montant est fixé par décret. Lorsque les frais de recouvrement exposés sont supérieurs au montant de cette indemnité forfaitaire, le créancier peut demander une indemnisation complémentaire, sur justification. Toutefois, le créancier ne peut invoquer le bénéfice de ces indemnités lorsque l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire interdit le paiement à son échéance de la créance qui lui est due. »

43 COM (2009) 126 final, p. 3. Sur les rapports entre la directive 2011/7/UE et le droit des pratiques déloyales, v. D. Voinot, Une harmonisation partielle du droit des pratiques commerciales déloyales applicables dans les relations entre professionnels : la directive 2011/7 sur les retards de paiement dans les transactions commerciales, in *Droit européen des pratiques commerciales déloyales, évolution et perspectives*, *op. cit.*,

44 Pour un constat similaire, v. l'étude de la CEPC :

http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cepc/etude/bilan_judiciaire_fac_montpellier.pdf

45 L'article L.442-6, III alinéa 1^{er} du Code de commerce français prévoit que « L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article. ».

Les pratiques commerciales déloyales sont également présentes dans le secteur du commerce de détail non-alimentaire.

Ainsi, la Commission d'Examen des pratiques commerciales se prononce dans des secteurs variés, par exemple pour déterminer si une pratique commerciale est déloyale. Pour s'en tenir à des exemples récents, ses avis peuvent ainsi concerner les relations contractuelles entre un fabricant d'électroménager et un partenaire commercial qui réalise des catalogues publicitaires (Avis 12-06 du 26 octobre 2012), ou l'étude d'un contrat de licence d'exploitation d'un site internet (Avis 12-03 du 30 novembre 2012).

L'étude de la jurisprudence permet également de s'apercevoir que les pratiques commerciales déloyales peuvent être mises en œuvre dans des secteurs d'activités très variés. Ainsi, dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 24 mars 2011⁴⁶, les juges ont statué à propos d'une pratique en contradiction avec les règles de facturation dans une relation contractuelle entre un **bijoutier** et une centrale d'achats. Dans un arrêt du 6 septembre 2011, la Chambre commerciale de la Cour de cassation⁴⁷ s'est prononcée dans le même domaine pour des relations entre un **concessionnaire automobile et son fournisseur**. Dans le cadre de l'article L. 442-5 du Code de commerce⁴⁸, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, dans un arrêt du 23 février 2011⁴⁹, a condamné l'imposition par un fournisseur de prix de revente minima à son distributeur dans le secteur de la **distribution des compléments alimentaires**.

S'agissant de l'article L.442-6, et plus particulièrement de sa partie I, 2° consacrée à la sanction du déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties⁵⁰, un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 27 avril 2011⁵¹, rendu dans le secteur de **la distribution de la presse** a mis en évidence un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties puisque le contrat pouvait être rompu sans motifs par le fournisseur sous 48 heures, alors que la rupture à l'initiative du distributeur était limitée à des modalités très strictes. Un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux, du 21 novembre 2011⁵² considère, dans le secteur de la **fourniture d'un véhicule de transport** (camion semi-remorque), que la clause qui prévoit une indemnité au profit du vendeur en cas de résiliation du contrat par l'acheteur, tout en prévoyant qu'aucun dépassement du délai de livraison par le vendeur n'ouvre droit à réparation constitue un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

Sur le fondement de l'article L.442-6 I, 4° du Code de commerce⁵³, qui sanctionne l'obtention

⁴⁶ CA Paris, 24 mars 2011, n° 10/02616.

⁴⁷ Cass. com. (Fr), 6 sept. 2011, n° 10-30.679, précité.

⁴⁸ L'article L. 442-5 du Code de commerce française prévoit que « Est puni d'une amende de 15000 euros le fait par toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale ».

⁴⁹ CA, Aix-en-Provence, 23 févr. 2011, RG n° 09/19682.

⁵⁰ L'article L. 442-6 I, 2° du Code de commerce français prévoit que « [Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé par le fait, par tout producteur, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers] De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

⁵¹ CA Paris, 27 avril 2011, n° 08/21750.

⁵² CA Bordeaux, 21 nov. 2011, n° 10/02746.

⁵³ L'article L. 442-6, I, 4° du Code de commerce français prévoit que « [Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé par le fait, par tout producteur, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers] D'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente ; ».

d'un avantage sous la menace d'une rupture brutale des relations commerciales établies, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence⁵⁴ a condamné un fabricant qui, sous cette menace, a tenté d'obtenir une revalorisation importante de ses tarifs, dans le secteur de la **distribution des peintures**.

La jurisprudence est très fournie en matière de rupture brutale des relations commerciales établies (Article L.442-6, I, 5° du Code de commerce⁵⁵). Ainsi,, un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 4 octobre 2011⁵⁶ a estimé que le délai de préavis de six mois pour mettre fin à une relation contractuelle de trente-cinq années était insuffisant, dans le **domaine du transport routier de marchandises**. La Cour d'appel de Montpellier a également considéré, le 18 janvier 2011⁵⁷, qu'entrent dans le champ d'application de ce texte les contrats ayant pour objet la fourniture d'un service, en l'occurrence une **formation**. De même, la Cour d'appel de Riom a considéré, le 23 février 2011⁵⁸, que les **sociétés mutualistes d'assurance automobiles** entraient dans le champ d'application des pratiques restrictives de concurrence. La Cour d'appel de Paris a considéré le 1^{er} juillet 2011⁵⁹ que le secteur de la **production et de la diffusion de programmes audiovisuels** entrait également dans le champ d'application du droit des pratiques restrictives de concurrence.

Un dernier exemple, celui de la **distribution en ligne de chambres d'hôtels** est particulièrement significatif, notamment du fait du caractère transfrontalier du secteur touristique. Le nombre d'opérateurs a diminué et une situation d'oligopole semble exister. L'utilisation de clauses abusives a été rapporté, obligeant les hôteliers à garantir l'utilisation de prix identiques en ligne et 'off line'⁶⁰ ; à payer une commission même en cas de 'no show', etc.⁶¹ En France, certains distributeurs en ligne dans le secteur touristique ont été condamnés pour des actes de concurrence déloyale consistant dans la fourniture d'informations trompeuses concernant la disponibilité de prestations d'hébergement⁶².

En résumé, les pratiques commerciales déloyales ne sont pas limitées au secteur alimentaire. Les exemples pourraient être multipliés, sachant que les assignations médiatiques du ministre de l'économie sur le fondement du déséquilibre significatif (Article L.442-6 I, 2°) qui ont eu lieu en novembre 2009 concernaient les grands distributeurs alimentaires, mais aussi la distribution dans le domaine du bricolage, ou encore dans le domaine de l'électroménager.

9) Les PCD touchent-elles les consommateurs (par ex. en influençant le prix, le choix des produits ou l'innovation)? Veuillez donner des exemples concrets et chiffrés dans la mesure du possible.

Les pratiques commerciales déloyales entre professionnels peuvent avoir une incidence

⁵⁴ CA Aix-en-Provence 7 sept. 2011 RG n° 09/17983

⁵⁵ Article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce français, précité à l'occasion de la question n°3.

⁵⁶ Cass. com. (Fr), 4 oct. 2011, n°10-20240.

⁵⁷ CA Montpellier, 18 janv. 2011, RG n° 10/01974

⁵⁸ CA Riom, 23 févr. 2011, RG n° 10/01169.

⁵⁹ CA Paris, 1^{er} juill. 2011, RG n°10/12993

⁶⁰ Synhorcat News N°296 (26 mars 2013), http://www.synhorcat.com/syn_page.php?rb=com-promo&srb=synhorcat+news&id_article=5951.

⁶¹ Plus d'informations sont disponibles sur hotrec.eu.

⁶² Tribunal de commerce de Paris 15ème chambre Jugement du 4 octobre 2011, N° 2010027945, Numéro JurisData : 2011-034544

indirecte pour les consommateurs notamment lorsqu'elles concernent les prix pratiqués à l'égard des consommateurs. A titre d'illustration, on peut évoquer la revente à perte qui a été dénoncée par les associations de consommateurs et a conduit le législateur, en France (art. L. 442-2 et s. c. com⁶³) à interdire de manière générale cette pratique. Dans une autre perspective, une obligation d'utiliser le même prix en ligne ou hors ligne rend impossible, dans la distribution de chambres d'hôtels, l'utilisation du prix comme un moyen de concurrence.

11) Les cadres nationaux réglementaires ou d'autorégulation en place permettent-ils de remédier suffisamment aux PCD dans certains États membres? Dans la négative, pour quelle raison?

En Belgique, il n'existe pas un cadre réglementaire qui vise spécifiquement les « pratiques commerciales déloyales interentreprises », telles que définies par la Commission européenne. Mais certaines pratiques commerciales déloyales interentreprises sont interdites⁶⁴. L'article 101 de la même Loi interdit la vente avec perte non seulement dans les relations « B2C », mais aussi dans les relations « B2B ». ⁶⁵ En outre, les principes de base du droit civil ou du droit commercial peuvent offrir un certain degré de protection contre les PCD en ce qui concerne la loyauté dans les relations commerciales individuelles.

Il est important que les dispositions belges qui visent à transposer la directive concernant les clauses abusives s'appliquent à toutes les clauses dans des contrats conclus entre un professionnel et un consommateur. Ces dispositions ne s'appliquent pas aux contrats conclus entre professionnels.

Le droit belge de la concurrence peut s'appliquer à certaines PCD en vigueur dans le cadre des relations tissées au long de la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises. Toutefois, il ne saurait s'appliquer à toutes ces pratiques car son but est de préserver la concurrence sur le marché et il traite généralement des questions de pouvoir de marché. La Belgique ne dispose pas de règles de concurrence en matière d'actes unilatéraux qui, par exemple, interdisent ou sanctionnent les comportements abusifs vis-à-vis d'entreprises économiquement dépendantes ou les abus de position dominante.

En Belgique, il existe aussi un « Code de conduite pour des relations équitables entre fournisseurs et acheteurs dans la chaîne agro-alimentaire », rédigé par APFACA, l'AGROFRONT (BOERENBOND, ABS et FWA), UNIZO, FEVIA, UCM et FEDIS pour soutenir des relations équitables entre les fournisseurs et les acheteurs. Ce code est d'application pour tous les maillons dans la chaîne et pour tous les opérateurs (aussi bien du côté des acheteurs que des fournisseurs); concerne les relations entre les acheteurs et leurs fournisseurs. Une adhésion volontaire et transparente à ce code s'effectue p.ex. par la publication d'une « déclaration de relations équitables entre fournisseurs et acheteurs » avec

63 L'article L. 442-2 du Code de commerce français prévoit que « Le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est puni de 75 000 euros d'amende ».

64 V. articles 95 s. de la Loi sur les Pratiques de Marché et sur la Protection des Consommateurs.

65 V. sur la compatibilité avec la directive sur les pratiques commerciales déloyales, v. CJUE, 7 mars 2013, C-342/12., Euronics Belgium CVBA/Kamera express BV

référence à ce code⁶⁶.

Il est difficile de savoir si le cadre réglementaire ou d'autorégulation en Belgique permet de remédier suffisamment aux PCD.

En droit français, le régime de lutte contre les pratiques commerciales déloyales entre professionnels est le résultat d'une politique volontariste de la part des pouvoirs publics. Le choix français a donc été celui d'une réglementation détaillée, décrivant des types de pratiques et prévoyant des sanctions (pénales, civiles, administratives) ainsi qu'un organe consultatif spécifiquement chargé de les observer, d'émettre des avis et des recommandations (Commission d'examen des pratiques commerciales).

Le législateur français est souvent intervenu, montrant la politique volontariste des pouvoirs publics depuis le milieu des années 1980. Ainsi, un certain nombre de textes ont été adoptés (liste des textes législatifs non exhaustive) :

- Ordonnance 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.
- Loi 96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales.
- Loi 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat.
- Loi 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.
- Loi 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique.
- Loi 2005-157 du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux.
- Loi 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises.
- Loi 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.
- Loi 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.
- Loi 2010-874 du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture et de la pêche.
- Loi 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.
- Loi 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer.
- Est par ailleurs prévue une modification de la législation en matière de pratiques commerciales déloyales entre professionnels, dans les semaines à venir, notamment s'agissant des sanctions du Titre IV du Livre IV du Code de commerce (avant-projet de loi consommation)

Il est difficile d'apprécier l'efficacité de ce régime, d'autant que certaines dispositions peuvent produire l'effet recherché sans nécessairement être mises en œuvre (effet prophylactique de dispositions frappant expressément de nullité certaines stipulations). On peut toutefois observer que les interventions législatives remaniant le droit des pratiques restrictives de concurrence sont très fréquentes (parfois annuelles), ce qui accrédite l'idée d'une difficulté à trouver des remèdes pérennes à l'encontre des pratiques commerciales déloyales.

A titre prospectif, indépendamment de l'intensité du contrôle et des sanctions prévues par une réglementation européenne, il paraît important qu'elle fournisse deux garanties. D'une part, que la définition des infractions soit suffisamment précise pour permettre aux opérateurs économiques d'ajuster leurs pratiques. D'autre part, le contre-exemple du droit français incite

66 http://www.comeos.be/files/docs/corporate/7707_1_fr.pdf

à recommander une grande prudence au stade de l'élaboration de la norme, afin d'éviter des modifications trop rapides et nombreuses.

15) Lorsqu'elle existe, la réglementation en matière de PCD a-t-elle une incidence favorable? Existe-il d'éventuels inconvénients/problèmes liés à l'introduction d'une réglementation en matière de PCD, comme la restriction injustifiée de la liberté contractuelle? Veuillez préciser.

L'objectif de la réglementation en matière de pratiques commerciales déloyales est de limiter, voire de faire cesser ces pratiques. Lorsqu'elles sont détectées, celles-ci sont sanctionnées. Il y a souvent, dans les textes, un souci de rééquilibrage des relations contractuelles entre une partie économiquement forte et une partie plus faible. Ainsi, la réglementation a une incidence favorable en ce qu'elle apporte un cadre législatif à la négociation contractuelle et à la pratique contractuelle.

La réponse à la question de savoir si l'introduction d'une réglementation en matière de PCD a pour conséquence une restriction injustifiée de la liberté contractuelle doit être nuancée.

La liberté contractuelle comprend en principe la liberté de contracter mais aussi celle de déterminer le contenu du contrat. Cette liberté repose sur l'idée souvent inexacte en pratique selon laquelle les parties sont à égalité dans leurs relations.

Ainsi, face à un contractant mettant en œuvre des pratiques commerciales déloyales, la liberté de son cocontractant est de fait limitée. Parfois même, il n'a guère le choix du cocontractant pour écouler ses produits ou services, ne pouvant faire l'impasse sur des acteurs importants du marché. C'est ainsi que la réglementation sur les pratiques commerciales déloyales ne doit pas être vue comme limitant la liberté contractuelle, mais au contraire comme étant un facteur de plus grande liberté contractuelle, en limitant la crainte, et en rééquilibrant la négociation et la pratique du contrat.

Bien sûr, et à l'inverse, si l'on se place du point de vue du professionnel à l'origine des PCD, la réglementation visant à lutter contre ces pratiques remet en cause sa liberté contractuelle notamment quant à la forme (exigence d'un écrit en cas de négociation commerciale sur le prix – art. L. 441-7 c. com.⁶⁷) et quant au contenu (pas de liberté complète sur les prix – interdiction du prix minimum imposé (art. L. 442-5 c. com.⁶⁸). – interdiction d'introduire certaines clauses (art. L. 442-6, II c. com.⁶⁹).

Si la restriction à la liberté contractuelle est nécessaire pour lutter contre les PCD, elle ne devrait cependant pas conduire à limitation trop sensible à la liberté d'entreprendre. La satisfaction de cet objectif de conciliation entre protection nécessaire et préservation de la liberté dépend, en grande partie, du contenu principalement et du nombre, dans une moindre

67 L'article L. 441-7 du Code de commerce français prévoit que « Une convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale ».

68 L'article L. 442-5 du Code de commerce français prévoit que « Est puni d'une amende de 15000 euros le fait par toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale ».

69 Article L. 442-6, II du Code de commerce français, précité à l'occasion de la question n°3.

mesure, de dispositions adoptées aux fins de protection.

18) Les organes pertinents chargés du contrôle de l'application devraient-ils disposer de pouvoirs d'enquête, notamment le droit d'agir d'office, d'imposer des sanctions et d'accepter des plaintes anonymes?

Les organismes chargés du contrôle doivent disposer de pouvoirs d'enquête, comme cela est le cas en France. Parmi ces pouvoirs, celui d'agir d'office ou d'accepter des plaintes anonymes – sauf à observer qu'il faudrait éviter, dans ce dernier cas, l'application de sanctions pénales - apparaît comme indispensable comme remède au problème du « facteur crainte » selon lequel les contractants n'agissent pas en justice en cas de pratique commerciale déloyale contre leur contractant pour éviter de perdre un client ou un fournisseur. C'est ainsi qu'en France, la plus grande partie du contentieux en ce domaine se situe après la rupture contractuelle. Pour une action pendant le contrat, voire une action à visée préventive, la capacité d'agir d'office, ou d'accepter des plaintes anonymes apparaît indispensable. Pour ce qui est des sanctions, l'autorité de contrôle pourra transmettre à l'autorité judiciaire à même de prononcer des sanctions. La compatibilité de ce contrôle avec les règles du procès équitable a fait l'objet d'un contentieux nourri en France. Tant sur le terrain de la conformité avec les droits et libertés garantis par la Constitution⁷⁰, que sur celui de la conformité avec l'article 6 § 1 de la CESDH⁷¹, l'article L. 442-6, III du Code de commerce a été validé, sous certaines réserves. Il faut cependant relever que, en ce qu'elle dépasse le rapport interpersonnel entre l'auteur de la pratique et son destinataire, l'intervention des pouvoirs publics pourrait favoriser, sous couvert d'un contrôle judiciaire, un contrôle administratif *a posteriori* sur le contenu des conventions ou les pratiques professionnelles⁷².

Les PCD ne s'arrêtent pas aux frontières. Dès lors, il n'est pas très utile de prohiber les PCD si l'application de cette prohibition ne peut pas être assurée aussi bien dans un contexte national que dans un contexte transfrontalier. La coopération transfrontalière devra être assurée. Plusieurs réseaux de coopération existent déjà à ce jour dans des domaines qui sont étroitement liés aux PCD entre entreprises. Nous faisons référence au réseau d'autorités de concurrence (ECN – European Competition Network) et au réseau CPC (coopération en matière de protection des consommateurs). Une prolifération des réseaux de coopération doit être évitée. Si les institutions européennes optaient pour un cadre européen interdisant les PCD entre entreprises, une intégration dans les réseaux existants de coopération pourrait être considérée. Dans certains pays (par exemple les Pays Bas), les autorités de contrôle en matière de concurrence et en matière de protection des consommateurs ont déjà été fusionnées.

L'expérience des réseaux existants révèle en outre l'importance d'une certaine harmonisation

70 Cons. const., 13 mai 2011, déc. n° 2011-126 QPC, JCP G 20 juin 2011, 717, note A.-M. Luciani.

71 Cass. com. (fr.) 8 juill. 2008, D. 2008, 3046, note M. Bandrac ; JCP G 2008, I, 218, n° 18, obs. M. Chagny ; CEDH 17 janv. 2012, Req. n° 51255/08, GALEC c. France.

72 V. sur cette question, G. Chantepie, La détermination de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives des pratiques commerciales déloyales, in *Droit européen des pratiques commerciales déloyales, Evolutions et perspectives*, op. cit.

des pouvoirs des autorités nationales et d'une coordination au niveau européen⁷³. L'expérience dans le cadre du règlement CPC (Règlement 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs) illustre qu'une coopération s'avère difficile dans l'absence d'harmonisation des pouvoirs des organes pertinents nationaux chargés de l'application. Une harmonisation des pouvoirs minimaux dont ces autorités doivent disposer est nécessaire et cette harmonisation doit aller au-delà du niveau du rapprochement prévu par le Règlement CPC. La possibilité de « *naming and shaming* » (rendre public le nom des entreprises qui violent les lois protégeant les consommateurs) – qui a de bons résultats au Danemark dans le cadre de l'application de la réglementation qui protège les consommateurs- pourrait être harmonisé. Les délais maximaux pour obtenir une décision ordonnant ou refusant la cessation des actes litigieux pourraient aussi être harmonisés. L'expérience avec le Règlement CPC démontre finalement qu'un rôle central de coordination s'avère nécessaire.

19) La liste ci-dessus énumère-t-elle les principales PCD? Existe-t-il d'autres types dePCD?

La liste contenue dans le livre vert énumère les principales pratiques commerciales déloyales entre professionnels⁷⁴.

On peut toutefois, en premier lieu, se demander si certaines « pratiques » comme, par exemple, l'absence de contrats écrits sont bien des PCD ou alors si elles ne sont pas présentées sous un angle trop général. Ce n'est pas exactement la même démarche de cibler l'absence d'écrit dans les contrats professionnels en général et l'absence d'écrit dans des circonstances (par ex. négociation annuelle des prix et avantages tarifaires) où le risque de PCD est élevé. L'exigence d'écrit se rattache en réalité davantage à la détection éventuelle de PCD, la transparence contractuelle constituant ainsi un instrument utile, voire indispensable, de la preuve de telles pratiques ?

On peut relever, en second lieu, que la liste de PCD du livre vert ne permet pas la prise en compte de l'ensemble des pratiques. C'est ainsi que les pratiques visées ne permettent de s'intéresser qu'au stade de l'exécution ou de la cessation abusive du contrat. Il apparaît cependant que les pratiques commerciales déloyales qui sont mises en place au stade précontractuel et au stade post-contractuel doivent aussi être atteintes et sanctionnées.

Il peut s'agir d'un abus au stade de la négociation, de la menace d'une rupture de la relation lors d'une négociation ou d'une renégociation, de l'exigence de contrepartie pour entrer en relation contractuelle, le fait, pour un contractant d'obtenir un avantage sans aucune contrepartie commerciale...

Au stade post-contractuel, des pratiques commerciales déloyales peuvent être mises en place

73 V. E. Terryn, Le contrôle de l'application du droit des pratiques commerciales déloyales - l'expérience avec le règlement 2006/2004, in *Droit européen des pratiques commerciales déloyales, Evolutions et perspectives*, *op. cit.*

74 Le Livre vert évoque les clauses ambiguës, l'absence de contrats écrits, les changements rétroactifs dans le contrat, le transfert abusif du risque commercial, l'utilisation abusive d'informations, la cessation abusive d'une relation commerciale, la restriction territoriale de l'offre.

et concerner par exemple des clauses limitatives de liberté commerciale (non-concurrence, non-réaffiliation...). Si ces clauses ne doivent pas être interdites au niveau européen, un encadrement via la sanction des pratiques commerciales déloyales est envisageable.

De même, au stade de l'exécution du contrat, les pratiques commerciales déloyales peuvent être variées, d'où la nécessité d'appréhension des pratiques nuisant à l'équilibre de la relation de manière générale, via une sanction des clauses abusives, qualifiées ainsi car déséquilibrées, à l'instar des clauses qualifiées d'abusives en droit de la consommation.

La Commission devrait regarder la liste noire de la directive sur les pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs et se demander si certaines pratiques interdites dans les relations « B2C » devraient être interdites aussi dans les relations « B2B ». La Commission a suggéré, dans son rapport récent sur la directive, de ne pas élargir le champ d'application de la directive aux relations entre entreprises. Afin de résoudre le problème des escroqueries entre entreprises, la Commission a conclu qu'il conviendrait de réviser la directive en matière de publicité trompeuse (insertion d'une liste noire de pratiques interdites en toutes circonstances) et de renforcer les moyens transfrontières existants de faire respecter les interdictions.

En conclusion, il paraîtrait souhaitable que la définition générale des PCD soit largement explicitée dans le cadre de lignes directrices publiées par la Commission. Il faut en effet garder à l'esprit que si une notion assez large offrirait au juge un large pouvoir d'interprétation, lui permettant d'adapter la notion de PCD à la réalité des pratiques constatées, elle ne devrait pas affecter la capacité de décision des opérateurs économiques.

20) Une liste des PCD interdites pourrait-elle constituer un moyen efficace pour résoudre ce problème? Cette liste devrait-elle être régulièrement actualisée? Existe-t-il d'autres solutions possibles?

En annexe I à la directive concernant les pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, figure une liste de pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances, et par conséquent interdites. La mise en œuvre de la directive montre que la liste noire est un instrument utile pour les autorités de contrôle. S'il peut être prouvé que le professionnel s'est effectivement rendu coupable de la pratique, les autorités de contrôle nationales n'ont pas besoin d'appliquer le critère de l'altération substantielle (c'est-à-dire de considérer l'effet de la pratique sur le comportement économique du consommateur moyen) pour prendre des mesures et interdire ou sanctionner cette pratique.

Une liste de pratiques déloyales interdites dans toutes circonstances peut assurément se révéler utile, mais sous quelques conditions. Tout d'abord, il est impossible d'énumérer exhaustivement toutes les pratiques déloyales. En effet, face à une liste limitée, l'imagination des contractants conduira à la mise en œuvre de pratiques commerciales déloyales non prohibées. L'ajout de pratiques nouvelles, outre qu'elle nécessite une nouvelle intervention législative, ne saurait rétroactivement atteindre les contrats en cours, sous peine à toute le moins d'être un facteur de grande insécurité juridique et d'imprévisibilité contractuelle. Une

liste de pratiques déloyales ne peut donc que venir en complément d'une norme générale⁷⁵.

Trois conditions supplémentaires importantes sont encore requises afin d'aboutir à une liste noire performante. Tout d'abord, une liste doit être établie pour prévenir les pratiques qui, d'expérience, sont considérées systématiquement comme déloyales et permettre aux autorités chargées de faire respecter ces interdictions, aux professionnels, aux spécialistes du marketing et aux clients de les identifier, et accroître ainsi la sécurité juridique. Deuxièmement, les interdictions spécifiques doivent être des concrétisations claires et pures des interdictions générales. Troisièmement, il devrait être possible d'actualiser la liste noire, en cas de besoin identifié, régulièrement et assez facilement.

Finalement, si l'établissement d'une liste noire (de pratiques interdites dans toutes circonstances) présente à l'évidence des avantages, il serait intéressant d'envisager l'adoption d'une liste « grise » de pratiques présumées déloyales, sous réserve de la démonstration de la preuve contraire. En annexe à la directive sur les clauses abusives⁷⁶ figure ainsi une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives (sans pour autant établir une présomption de leur caractère abusif).

21) Pour chacune des PCD et pratiques loyales correspondantes énumérées ci-dessus, veuillez:

- a) indiquer si vous approuvez ou non l'analyse de la Commission et, le cas échéant, fournir des éléments complémentaires;**

1. Clauses contractuelles ambiguës

Les PCD visées ici sont les clauses « *qui permettent d'imposer des contraintes supplémentaires aux parties contractuelles plus faibles* ».

Les pratiques loyales envisagées par la Commission sont, d'une part, une obligation d'information à la charge du stipulant et, d'autre part, une obligation de stipuler une clause de variation du prix en fonction de circonstances précisées dans le contrat.

Sur l'obligation d'information :

- Il est en effet nécessaire que les droits et obligations des parties apparaissent clairement. En droit français ainsi qu'en droit belge, le droit commun comporte une règle d'interprétation favorable à celui qui a contracté l'obligation lorsque le contrat n'est pas clair (art. 1162 du code civil⁷⁷), renforcée dans les relations B2C⁷⁸. Cette directive d'interprétation n'a cependant pas paru suffisante aux pouvoirs publics français qui ont introduit un régime spécial de lutte contre le déséquilibre significatif dans les obligations des parties (art. L. 442-6, I, 2° du code de commerce⁷⁹).
- Si le principe d'une obligation d'information paraît louable, le contenu de celle-ci est

75 V. M. Chagny, *Quel(s) modèle(s) pour un droit européen des pratiques commerciales déloyales entre professionnels*, art. préc.

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

77 L'article 1162 du Code civil français et belge prévoit que « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ».

78 En France : Art. L. 133-2 C. consom., en Belgique : article 40 LPMPC.

79 Article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce français, précité à l'occasion de la question n° 7.

délicat à préciser. Les mentions relatives aux sanctions peuvent être utiles notamment lorsqu'elles visent les sanctions légales au moins lorsqu'elles sont indemnitaires (v. par ex. en droit français sur les mentions devant figurer dans les factures – art. L. 441-3 c. com.⁸⁰) et non seulement les sanctions contractuelles. La contrepartie est le renforcement du formalisme. La Commission insiste à juste titre sur la question des sanctions qui est un point capital dans la lutte contre les PCD. Un dispositif européen en la matière mériterait que soit clairement définie la nature des sanctions, les régimes applicables notamment le caractère proportionnel de la sanction, la possibilité pour une autorité judiciaire ou administrative d'en apprécier le quantum, etc.

La précision sur les relations commerciales est parfois pratiquée notamment pour indiquer la part de chiffre d'affaires réalisée auprès du contractant. Elle permet ainsi d'apprécier l'état de dépendance économique d'une partie à l'égard de l'autre. Il convient cependant d'être conscient qu'une dépendance forte du petit professionnel peut, paradoxalement, constituer un moyen de dissuasion inversé dans les régimes, comme en droit français, où des sanctions existent en cas de rupture brutale des relations commerciales (art. L. 442-6, I, al. 5° c. com.⁸¹).

Sur la clause de variation du prix : cette stipulation soulève d'abord la question de savoir si doit être posé le principe d'une variation du prix en cas de changement de circonstances. Ce point est fortement discuté dans certains Etats membres, notamment en France, s'agissant des relations entre cocontractants privés⁸². A l'inverse, l'absence de stipulations relatives à l'évolution du prix ou alors la présence de clauses inadaptées, peut conduire à un déséquilibre financier entre contractant. C'est la raison pour laquelle, en droit français, la Commission d'examen des pratiques commerciales n'exclut pas de qualifier cette situation de déséquilibre significatif dans les obligations des parties⁸³.

2. Absence de contrats écrits

Peut-on formaliser toutes les conventions dans les relations commerciales ? C'est

80 L'article L. 441-3 du Code de commerce français prévoit que « Tout achat de produits ou toute prestation de service pour une activité professionnelle doivent faire l'objet d'une facturation.

Le vendeur est tenu de délivrer la facture dès la réalisation de la vente ou la prestation du service. L'acheteur doit la réclamer. La facture doit être rédigée en double exemplaire. Le vendeur et l'acheteur doivent en conserver chacun un exemplaire.

La facture doit mentionner le nom des parties ainsi que leur adresse, la date de la vente ou de la prestation de service, la quantité, la dénomination précise, et le prix unitaire hors TVA des produits vendus et des services rendus ainsi que toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de services et directement liée à cette opération de vente ou de prestation de services, à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture.

La facture mentionne également la date à laquelle le règlement doit intervenir. Elle précise les conditions d'escompte applicables en cas de paiement à une date antérieure à celle résultant de l'application des conditions générales de vente, le taux des pénalités exigibles le jour suivant la date de règlement inscrite sur la facture ainsi que le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement due au créancier en cas de retard de paiement. Le règlement est réputé réalisé à la date à laquelle les fonds sont mis, par le client, à la disposition du bénéficiaire ou de son subrogé.

81 Article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce français, précité à l'occasion de la question n°3.

82 Pour une présentation de l'état du droit, v. CEPC, [Avis n°12-07 relatif à une demande d'avis d'une fédération professionnelle appartenant au secteur du matériel électrique](#).

83 *Ibid.* Pour une illustration, v. T. com. Lille, 7 sept. 2011, *JCP E* 2011, 1701, note G. Chantepie.

l'interrogation fondamentale que pose ce paragraphe du Livre vert et qui dépasse sans doute le cadre de la lutte contre les PCD. La réponse peut être différente selon qu'il s'agit du contrat fixant les relations initiales des parties et les accords conclus en cours d'exécution du contrat.

Dans les contrats de longue durée, les pratiques apparaissent souvent en cours d'exécution et, en cas de litige, il est assez difficile de déterminer quelle a été la volonté commune des parties. La proposition de la Commission consistant à donner une portée juridique à un acte unilatéral de confirmation (éventuellement contredit par la suite) paraît plus praticable que la formalisation systématique de tous les accords. On peut observer que les conditions générales de contrat prévoient généralement un tel formalisme, notamment en donnant la possibilité à un contractant d'émettre des réserves.

3. Changements rétroactifs dans le contrat

Le fait d'accorder des avantages financiers en cours d'exécution du contrat peut sembler être justifié dans certaines circonstances, mais aussi déloyal si les conditions d'attribution de ces avantages n'étaient pas suffisamment précises au jour de la conclusion du contrat.

Pour des raisons liées à l'interdiction générale de revente à perte, mais aussi à la mise en œuvre des dispositions permettant de sanctionner les déséquilibres flagrants (art. L. 442-6-I 1° et 2° C. Com. notamment), le droit français oblige, à peine de sanction pénale, à conclure une convention comportant un certain nombre de mentions obligatoires (art. L. 441-7 c. com.⁸⁴) avant le 1^{er} mars de l'année en cours.

Par ailleurs, il prévoit expressément la nullité des clauses ou contrats permettant de « bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale » (art. L. 442-6-II a C. com.)

Le régime préconisé par la Commission est plus souple en ce qu'il permet une renégociation des avantages financiers à tout moment à condition que les règles de modification soient claires et détaillées. Moins interventionniste, ce mécanisme présente le risque d'avantager la partie forte au contrat qui aura généralement imposé ses propres conditions générales.

4. Transfert abusif de risque commercial

Les PCD décrites dans ce point peuvent difficilement être écartées sur la base d'un simple engagement de bonnes intentions de la part des parties contractantes. Le droit français comporte plusieurs dispositions visant à encadrer ce type de PCD qui correspondent aux pratiques loyales définies au point 4 du Livre vert. La disposition française visant le fait de soumettre ou tenter de soumettre un partenaire à des obligations créant un déséquilibre significatif permet, par la généralité de sa lettre, d'appréhender les pratiques consistant à opérer, sans contrepartie, un transfert de risque commercial sur l'autre partie. La jurisprudence a déjà eu l'occasion de sanctionner sur le fondement de ce texte ce type de pratiques (T. com. Bobigny 29 mai 2012).

84 L'article L. 441-7, I, 3° alinéa 3 du Code de commerce français prévoit que « La convention unique ou le contrat-cadre annuel est conclu avant le 1er mars ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation des produits ou des services soumis à un cycle de commercialisation particulier ». L'article L.441-7, II. prévoit qu' « Est puni d'une amende de 75 000 euros le fait de ne pas pouvoir justifier avoir conclu dans les délais prévus une convention satisfaisant aux exigences du I ».

5. Utilisation abusive d'informations

L'utilisation abusive d'informations peut constituer une pratique commerciale déloyale. L'analyse du Livre vert de la Commission sous-tend deux pratiques commerciales déloyales. D'une part, celle qui consiste à s'approprier des informations pour développer un produit concurrent. Celle-ci sera atteinte en droit français sur le fondement de la concurrence déloyale, via la sanction du parasitisme économique qui concerne deux entreprises qui sont ou non en situation de concurrence⁸⁵. En droit belge, l'interdiction générale de l'article 95 LPMPC permet de lutter contre le parasitisme économique.⁸⁶ D'autre part, la pratique qui consiste à refuser de conclure un accord de confidentialité. Cette pratique commerciale déloyale n'est pas spécifiquement visée en droit français, où le principe reste celui de la liberté contractuelle, qui implique la liberté de détermination du contenu du contrat par les parties. Quant au non-respect de cette clause, si elle est incluse dans le contrat, il peut être sanctionné par la responsabilité contractuelle, qui est le fondement de droit commun concernant la sanction des engagements contractuels non respectés. Il y a en conséquence en droit français deux catégories de sanctions différentes pour ce que le livre vert identifie comme une pratique commerciale déloyale unique.

L'utilisation exclusivement loyale des informations obtenues à l'occasion d'une relation commerciale est une pratique qui peut s'appliquer à l'ensemble des secteurs, alimentaires ou non. L'appréciation de cette pratique commerciale déloyale ne peut se faire qu'au cas par cas.

6. Cessation abusive d'une relation commerciale

La pratique décrite par la commission dans le Livre Vert est identifiée en France comme la « rupture brutale des relations commerciales établies », qui est à l'origine de beaucoup d'exemples en jurisprudence. Il s'agit en effet de se servir de la possibilité de rompre le contrat comme une menace et de la mettre à exécution de manière brutale. A la lecture de la jurisprudence, on s'aperçoit de tous les secteurs sont concernés⁸⁷.

La pratique loyale proposée par la Commission peut s'appliquer dans les différents secteurs. Mais, le droit français fait référence aux usages commerciaux dans l'article L.442-6 I, 5° du Code de commerce⁸⁸. Ce texte prohibe la rupture brutale des relations commerciales établies « sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée en référence aux usages du commerce, par des

85 V. ainsi, Cass. com. 30 janv. 1996, n° 94-15.725, qui a considéré que « les agissements parasitaires d'une société peuvent être constitutifs d'une faute au sens de l'article 1382 du code civil, même en l'absence de toute situation de concurrence ».

86 V. Cass. 29 mai 2009.

87 V. par exemple, CA Montpellier, 11 janvier 2011, RG n° 10/05625 dans le domaine du transport, CA Paris, 20 janvier 2011, RG n° 09/19277 dans le domaine de la création de bijoux, CA Paris, 28 janvier 2011, RG n° 08/18567 dans le domaine de la gestion immobilière, CA Rennes, 28 juin 2011, RG n° 10/01515 dans le domaine de la distribution de fruits et légumes.

88 L'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce français prévoit en effet que « [engage la responsabilité de son auteur le fait (...)] De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels »

accords interprofessionnels ». C'est ainsi qu'une place est laissée pour les secteurs d'activité d'établir une autorégulation dans ce domaine, en prévoyant une durée de préavis. Néanmoins, pas plus que les préavis contractuels⁸⁹, les accords interprofessionnels n'empêchent le juge d'apprécier *in concreto* la durée du préavis. Dans cet esprit, la Commission pourrait laisser cette possibilité d'autorégulation, en prévoyant toutefois un contrôle du juge le cas échéant sur l'ensemble des ruptures brutales de relations commerciales⁹⁰. Il resterait à déterminer la portée d'un accord interprofessionnel préalable sur l'appréciation judiciaire du préavis. (maintien d'un examen tenant compte de la durée et de l'ancienneté des relations commerciales, du secteur d'activité, des investissements des parties?).

Par ailleurs, il importe de souligner que s'il est opportun de permettre, en présence d'un motif constitué par une inexécution grave ou la survenance d'un événement de force majeure, de rompre sans délai la relation, il ne faut pas exiger une motivation de la rupture dès lors que celle-ci s'effectue moyennant le respect d'un préavis.

23) Les pratiques loyales précitées pourraient-elles être intégrées dans un cadre à l'échelle de l'UE? Y aurait-il des inconvénients à une telle approche ?

Une liste de pratiques loyales pourrait être incluse dans un code de conduite à l'échelle européenne.

Un éventuel cadre réglementaire devrait se focaliser sur les pratiques commerciales déloyales et définir les critères permettant de déterminer le caractère déloyal d'une pratique commerciale; un tel cadre ne devrait imposer aux professionnels aucune obligation positive à respecter pour prouver la loyauté de leurs pratiques. Une plus grande sécurité juridique pourrait être atteinte en définissant la notion de pratique déloyale plutôt que celle de pratique loyale, tout en donnant une réponse proportionnée aux situations portant substantiellement préjudice aux PME.

24) Estimez-vous qu'il faudrait prendre de nouvelles mesures au niveau de l'UE? Si vous estimez que d'autres mesures doivent être prises à l'échelle de l'UE, devraient-elles prendre la forme d'un instrument législatif contraignant? D'un instrument non-contraignant? D'une initiative d'autorégulation?

Sur le principe, l'UE devrait intervenir en matière de PCD, comme elle l'a fait à l'égard des consommateurs.

S'agissant des modalités, il est possible d'étendre le domaine d'application de la directive européenne 2005/29/CE du 11 mai 2005, afin de couvrir non seulement les relations « B2C » mais aussi les relations « B2B »⁹¹, mais ceci en adaptant la législation aux cas des relations interentreprises.

Ainsi, cet élargissement du champ d'application devrait être complété par l'*élaboration de lignes directrices* expliquant l'application de ces normes dans un contexte B2B. L'élaboration

89 Cass. com. 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-10.731.

90 Cass. com., 3 mai 2012, n° 11-10.544 ; CP G, 2012 n° 29, 867, note S. Le Gac-Pech.

91 V. B. Keirsbilck, Vers un règlement européen unique relatif aux pratiques commerciales déloyales « b2c » et « b2b » ? ; G. Straetmans, *Harmonisation des pratiques commerciales déloyales : protection des entreprises*, in *Droit européen des pratiques commerciales déloyales, Evolutions et perspectives*, op. cit.

de telles normes est une tâche importante pour la Commission européenne. De telles lignes directrices existent déjà pour l'application de la directive 2005/29/CE⁹², et bien plus élaborées en droit de la concurrence⁹³ ; les lignes directrices qui existent en droit national peuvent en outre servir comme source d'inspiration⁹⁴. De telles lignes directrices peuvent renforcer la sécurité juridique et aider les autorités nationales dans l'application du droit européen.

Se poserait également la question de l'adaptation de la liste des pratiques réputées déloyales en toutes circonstances à la situation des professionnels.

Dans les contrats interentreprises, les clauses qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle pourraient être considérées comme abusives si leur application s'écarte manifestement des bonnes pratiques commerciales, contrairement au principe de bonne foi et de loyauté. Les clauses ne pourraient être opposées à l'autre partie que si cette dernière les connaissait ou si des mesures raisonnables ont été prises pour les porter à son attention.

25) Le présent livre vert est consacré aux PCD et à la loyauté dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non alimentaire. Estimez-vous qu'un point important a été omis ou n'a pas été assez mis en avant?

S'il n'ignore les questions d'effectivité et les difficultés de mise en œuvre, le Livre vert n'y attache pas suffisamment de place, ce alors que celles-ci apparaissent cruciales, au moins à la lumière de l'expérience française.

Par ailleurs, ne sont pas véritablement abordées, alors qu'elles ne manqueraient pas de se poser, les questions de relation et de coordination entre des dispositions visant les PCD entre professionnels et d'autres interventions de l'Union européenne, comme par exemple le règlement optionnel sur la vente.

Bien que le Livre vert annonce être consacré « à la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non alimentaire interentreprises, à savoir la chaîne des opérations entre entreprises ou entre entreprises et autorités publiques »⁹⁵, aucune précision n'est apportée sur les PCD dans les relations public/privé. En particulier, ne sont pas évoquées les relations contractuelles entre les services publics industriels et commerciaux et les entreprises dans le cadre d'un marché public ou d'une procédure d'appel d'offre et qui peuvent induire des pratiques commerciales déloyales. Ce thème mérite pourtant une attention particulière du fait que les concepts utilisés n'ont pas nécessairement le même contenu (par ex. la liberté contractuelle dans les relations entre entreprises n'est pas la même de celle qui prévaut dans les relations privé/public⁹⁶), ce qui justifie peut-être des solutions différentes⁹⁷.

92 Orientations pour la mise en œuvre et l'application de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales, http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/Guidance_UCP_Directive_fr.pdf.

93 V. par exemple les lignes directrices sur les restrictions verticales.

94 V. B. Keirsbilck, *The new European law of unfair commercial practices and competition law*, Oxford, Hart, 2011, 568.

95 Livre vert, p. 1.

96 Sur la liberté contractuelle en droit public français, v. AJDA 1998, n°9 et 10 ; Thibaut Fleury, La liberté contractuelle des personnes publiques, Questions critiques à l'aune de quelques décisions récentes, *RFDA* 2012 p. 231.

97 Comp. sur les différences de régimes entre le « public » et le « privé » dans la directive 2011/7/UE du 16 mars 2011 relative la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.