

LE CONTROLE DES ABUS DANS LA NEGOCIATION

Le rapport sur la négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente préconise la levée ciblée des obstacles à une négociabilité accrue des conditions commerciales. Il importe dès lors de disposer d'instruments juridiques efficaces permettant un contrôle des abus éventuellement commis à cette occasion. A cette fin, il convient d'évoquer l'état actuel du droit (I) avant d'envisager les perspectives d'évolution (II).

I – L'ETAT ACTUEL DU DROIT

En l'état actuel des textes, plusieurs pratiques abusives sont visées au sein de l'article L. 442-6 du Code de commerce. L'une des règles énoncées semble permettre, en raison de sa formulation générale, d'appréhender des comportements de toutes sortes constitutifs d'un abus de puissance contractuelle. Il s'agit de l'article L. 442-6 I 2° b) du Code de commerce, disposition qui stigmatise le fait « *d'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées* ».

Cela étant, et comme le montrent les bilans de jurisprudence dressés conformément à l'article L. 440-1 alinéa 8, il apparaît que ce texte est fort peu appliqué.

En outre, se fait jour une tendance consistant à assimiler la relation de dépendance, envisagée par l'article L. 442-6-I 2 b) comme l'un des préalables à la recherche d'un abus, à l'état de dépendance économique évoqué quant à lui au titre des pratiques anticoncurrentielles (v. par exemple, Versailles, 11 mai 2006). Cette assimilation, outre qu'elle est réductrice et ignore l'emploi de termes différents, conduit ensuite et surtout à transposer à la relation de dépendance la définition jurisprudentielle de l'état de dépendance économique (Cass. com. 23 octobre 2007, n° de pourvoi : 06-14981). Elle a donc pour conséquence de n'autoriser qu'une vérification marginale des pratiques abusives susceptibles d'être commises.

De plus, l'abus est actuellement défini d'une façon assez elliptique comme le fait de soumettre un partenaire à des conditions commerciales ou obligations injustifiées.

Dès lors, une réécriture du texte, destiné à en élargir les possibilités de mise en œuvre et à en renforcer l'efficacité, apparaît opportune.

II – LES PERSPECTIVES D'EVOLUTION

Deux grandes orientations se dégagent de l'actuel article L. 442-6 du Code de commerce :

- L'une consiste à établir une liste d'abus. Elle présente l'avantage, mais aussi l'inconvénient, de viser spécifiquement telle ou telle pratique. Une telle règle peut être assez aisément mise en œuvre par les juridictions saisies et peut même avoir parfois, en amont, un rôle dissuasif sur les entreprises. En revanche, une formulation précise interdit d'utiliser la règle dans d'autres hypothèses que celles spécialement envisagées.

- L'autre méthode consiste à énoncer une règle générale formulant une définition des pratiques abusives. Cette solution, qui permet d'appréhender tout comportement correspondant à la définition générale, présente l'intérêt d'une adaptation aux pratiques inédites sans nouvelle intervention législative. Une difficulté peut cependant apparaître dans

sa mise en oeuvre par les juridictions, ces dernières disposant inévitablement d'une marge d'appréciation plus importante que dans l'hypothèse où elles appliquent une disposition très précise.

S'agissant d'une règle générale, se pose également la question de savoir s'il faut en circonscrire l'application en subordonnant la recherche d'un éventuel abus à une condition préalable telle qu'une situation de puissance d'une entreprise par rapport à l'autre (actuel article L. 442-6-I 2 b) – ou s'attacher, en toute occurrence, à la vérification d'un abus (actuel article L. 442-6-I 2 a).

Les avantages respectifs de ces deux options pourraient être conciliés en choisissant une **solution consistant à combiner une règle générale et une liste d'abus spécifiquement visés.**

Deux mécanismes inspirés du dispositif concernant les clauses abusives prévu à l'article L. 132-1 du Code de la consommation **peuvent faciliter l'identification des pratiques abusives par les juridictions** tout en évitant de recourir à une intervention législative chaque fois qu'un nouvel abus est identifié.

D'une part, les tribunaux pourraient se voir reconnaître la faculté de saisir pour avis la Commission d'examen des pratiques commerciales, étant précisé que cet avis ne lierait évidemment pas le juge.

D'autre part, la liste des pratiques abusives aurait vocation à être complétée par le pouvoir réglementaire, après avis de la Commission d'examen des pratiques commerciales.

Compléter l'article L. 440-1 C. com. :

La Commission d'examen des pratiques commerciales peut aussi être consultée pour avis par les juridictions sur les pratiques définies au titre IV du Livre IV du Code de commerce [ou variante : à l'article L. 442-6 du Code de commerce] et relevées dans les affaires dont celles-ci sont saisies. La décision de saisir la Commission n'est pas susceptible de recours. La Commission fait connaître son avis dans un délai maximum de quatre mois à compter de sa saisine. Il est sursis à toute décision sur le fond de l'affaire jusqu'à réception de l'avis ou, à défaut, jusqu'à l'expiration du délai de quatre mois. Toutefois, les mesures urgentes ou conservatoires nécessaires peuvent être prises. L'avis rendu ne lie pas la juridiction.

Nouvel article L. 442-6 C. com.

Des décrets en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission d'examen des pratiques commerciale, peuvent déterminer des types de pratiques qui doivent être regardées comme abusives au sens de l'article XXX.

S'agissant de la **définition de la règle générale**, outre les textes actuels de l'article L. 442-6, peuvent se présenter deux sources d'inspiration, sous réserve des adaptations nécessaires :

- L'avant-projet de réforme du droit des obligations présenté au Garde des Sceaux, le 22 septembre 2005.

Cet avant-projet préconise d'insérer dans le Code civil un texte consacrant, au sein des vices du consentement, la violence économique ou, plus exactement, l'exploitation abusive d'une situation de faiblesse provoquée par l'état de nécessité ou de dépendance.

« Il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif.

La situation de faiblesse s'apprécie d'après l'ensemble des circonstances en tenant compte, notamment, de la vulnérabilité de la partie qui la subit, de l'existence de relations antérieures entre les parties ou de leur inégalité économique ».

Cette rédaction autorise un contrôle des déséquilibres contractuels, qu'il s'agisse d'un déséquilibre des obligations principales ou d'un déséquilibre des obligations accessoires. L'abus est caractérisé par l'obtention d'un avantage manifestement excessif, critère qui rappelle partiellement l'ancienne définition des clauses abusives en droit de la consommation. Cet examen est cependant assujéti à une exigence préalable sous la forme d'une situation de faiblesse (un état de nécessité ou de dépendance).

- Le dispositif concernant les clauses abusives dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs.

Selon l'article L. 132-1 C. cons., *« sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel et du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».*

L'abus est ici entendu comme la création, recherchée ou non, d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Cependant, ce dispositif concerne les clauses abusives, à l'exclusion de l'équilibre des obligations principales. Contrairement à la première définition des clauses abusives (antérieure à la loi de 1995), la recherche de l'abus ne suppose pas que la clause litigieuse procède d'un abus de puissance économique de l'autre partie. Il a lieu dès lors que la stipulation est insérée dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur.

- sur l'assujettissement du contrôle de l'abus à une exigence préalable :

D'un côté, ne pas subordonner l'examen des pratiques à la satisfaction d'une condition préalable facilite assurément la tâche de celui qui dénonce un abus (victime directe ou autre personne habilitée à agir). De l'autre, il est permis de s'interroger sur l'opportunité d'une protection généralisée au bénéfice des professionnels. Dans cette option, se pose cependant la question de savoir quel préalable retenir afin de ne pas restreindre à l'excès les possibilités d'examiner des pratiques susceptibles d'être abusives.

La référence à la relation de dépendance a assurément le mérite de faire écho à la situation de faiblesse de la partie à laquelle la protection est accordée. Cependant, l'interprétation qui en a été faite jusqu'à présent en l'assimilant à l'état de dépendance économique du Titre II du Livre IV du Code de commerce, présente l'inconvénient de circonscrire très étroitement les cas d'application. Afin de surmonter cet obstacle, on peut songer à la définir plus précisément, pour la distinguer de l'état de dépendance économique visé à l'article L. 420-2 al. 2 du Code de commerce. Cependant, il peut sembler préférable, par souci d'efficacité, de dissocier nettement le champ du contrôle de l'abus envisagé au titre IV de celui prévu au sein des pratiques anticoncurrentielles. Ainsi est-il concevable de délaissier la notion de relation de dépendance au profit d'une autre notion qui n'existe pas dans le titre II.

Dans cette perspective, la puissance économique permet de s'intéresser à l'ensemble des hypothèses dans lesquelles une partie est en mesure d'imposer sa volonté à son partenaire, soit parce qu'elle est en position de force, soit parce que le partenaire est en situation de faiblesse à son égard.

- **sur la définition de l'abus :**

Il importe de donner un contenu plus précis que celui de l'actuel article L. 442-6-I-2 b). S'il faut se garder de retenir une définition limitant trop strictement l'exercice de la liberté dans les négociations, il est également nécessaire de ne pas rendre impossible la démonstration de l'abus par celui qui l'invoque.

A cette fin, une répartition de la charge de la preuve peut être envisagée : il incombe à la partie dénonçant un abus de mettre en évidence un certain résultat ; il appartient alors à l'entreprise mise en cause de justifier la pratique litigieuse pour échapper à la condamnation.

Par ailleurs, s'il peut sembler opportun de limiter le contrôle à ce qui est *manifestement* abusif, quelle que soit la définition retenue de l'abus (à partir de la disproportion, d'un déséquilibre excessif, ...), l'observation a été faite que l'utilisation d'un tel adjectif pourrait conduire des juridictions à écarter d'emblée l'existence d'une pratique abusive.

Plusieurs rédactions peuvent être proposées, inspirées selon les cas du texte actuel, de l'article L. 132-1 du code de la consommation ou encore de l'article 1114-3 de l'avant-projet.

« Engage la responsabilité civile de son auteur le fait, pour une entreprise en situation d'imposer ses conditions à son partenaire, d'exploiter de façon abusive cette puissance économique, (N. B. : le choix peut être fait de ne pas retenir de condition préalable et de procéder plus largement au contrôle des pratiques abusives)

en le soumettant à une obligation principale ou à un ensemble d'obligations [manifestement] disproportionnées par rapport à celles qu'elle assume elle-même et qu'elle n'est pas en mesure de justifier (1^{ère} possibilité de rédaction)

en créant, au détriment de ce dernier, un déséquilibre [manifestement] excessif et qu'elle n'est pas en mesure de justifier (2^e possibilité de rédaction)

en s'octroyant un avantage [manifestement] excessif et qu'elle n'est pas en mesure de justifier » (3^e possibilité de rédaction)