

Sous la direction de
Christophe Lemaire
Francesco Martucci

Laurence Idot

Concurrence et Europe *Liber Amicorum* Volume I

Avant-propos de Bruno Lasserre
Préface de Christophe Lemaire et Francesco Martucci

Louis d'Avout, Ludovic Bernardeau, David Bosco, Guy Canivet, Mario Celaya, Muriel Chagny, Carole Champalaune, Anne-Sophie Choné-Grimaldi, Emmanuelle Claudel, Michaël Cousin, Morgan De Walsche, Georges Decocq, Loraine Donnedieu de Vabres-Tranié, Laetitia Driguez, Jean-Louis Fourgoux, Marie-Anne Frison-Roche, Grégory Godiveau, Nathalie Jalabert-Doury, Charles Jarrosson, Maria Kamvysi, Assimakis P. Komninos, Bruno Lasserre, Philippe Maddalon, André Marie, Romain Maulin, Laurence Nicolas-Vullierme, Irena Pelikánová, Fabienne Péraldi Leneuf, Nicolas Petit, Thomas Picot, Sylvaine Poillot-Peruzzetto, Michel Ponsard, Jean-Baptiste Racine, Arnaud Racllet, Marie-Cécile Rameau, Anne Rigaux, Robert Saint-Esteben, Isabelle de Silva, Denys Simon, Anne Wachsmann, Wouter Wils, Marc van der Woude



Concurrences
Antitrust Publications & Events

Réflexions sur le contrat, le temps et la concurrence

MICHEL PONSARD*
Cabinet UGGC Avocats

Résumé

Dans la période de suspension du temps que nous venons de subir, il est intéressant de confronter la question du temps au droit des contrats et au droit de la concurrence. Le contrat, dans sa rédaction comme dans son exécution, doit gouverner le temps. Les parties conviennent de sa durée, des possibilités de modification du contrat au cours de son exécution ou encore des effets des clauses à la résolution du contrat. Le temps permet également d'appréhender les effets de certains engagements contractuels, qui sont susceptibles de fausser le jeu de la concurrence, amenant le juge et le législateur à intervenir pour limiter la liberté contractuelle quand elle produit l'illicite. La concurrence, c'est l'incertitude, c'est la vie mouvante à chaque instant. Aussi, l'inscription dans le long terme des engagements contractuels entre entreprises est souvent vue d'un mauvais œil par le gendarme de la concurrence. Le droit de la concurrence s'approprie d'ailleurs le temps, soit en revisitant la réalité temporelle, afin de déterminer ce qui se serait produit en l'absence de pratiques anticoncurrentielles, soit en prédisant l'avenir, dans le cadre de l'analyse prospective appliquée pour évaluer l'impact d'une concentration économique sur le marché.

* Avocat à la cour. L'auteur remercie M^e Élodie Camous-Léonard pour son aide dans la rédaction de cet article.

La question du temps pose la question de la réalité qui évolue en permanence : la question de la vie donc mais aussi celle de la mort, celle de la renaissance même, et enfin celle de l'effacement.

Je propose deux approches. La première concerne la prise en compte du temps dans le contrat (I.), la seconde celle du temps dans le droit de la concurrence (II.).

I. Temps et contrat

Le contrat, dans sa rédaction comme dans son exécution, doit gouverner le temps. Les parties conviennent de sa durée, des possibilités de modification du contrat au cours de son exécution ou encore des effets des clauses à la résolution du contrat. Le temps permet également d'appréhender les effets de certains engagements contractuels, qui sont susceptibles de fausser le jeu de la concurrence, amenant le juge et le législateur à intervenir pour limiter la liberté contractuelle quand elle produit l'illicite.

Quand on analyse la prise en compte du temps dans le contrat, plusieurs constats s'imposent :

D'abord, il y a la vie du contrat, sa naissance et son épanouissement (1.) :

- l'éternité n'existe pas (A.) ;
- le temps peut néanmoins être indéterminé dans la relation des parties (B.) ;
- la crise et l'urgence peuvent modifier le contrat (C.).

Et puis, il y a la mort du contrat (2.) :

- le temps peut s'annuler (A.) ;
- le temps peut survivre à la mort du contrat, qui peut se maintenir en vie et se renouveler ou se proroger (B.).

1. La vie du contrat

C'est un exercice bien singulier que de rédiger un contrat. C'est fixer un cadre sur quelque chose de mouvant, c'est tenter de prévoir l'imprévisible. Mais nous avons quelques clés.

A. L'éternité n'existe pas : Le principe de prohibition des contrats perpétuels

Si, depuis 1804, la durée du contrat n'a pas suscité une préoccupation particulière de la part du législateur, la question des engagements perpétuels a néanmoins été soulevée devant les juridictions nationales. En 1887, la Cour de cassation avait conclu en leur prohibition au nom de la sauvegarde de la liberté individuelle¹, puis sur le fondement des droits fondamentaux en 1929². Par la suite, le Conseil constitutionnel a consacré ce principe dans sa décision du 9 novembre 1999³.

1 Cass. civ., 28 juin 1887, S. 1887, 1, p. 380.

2 Cass. civ., 20 mars 1929, D. P. 1930, 1, p. 13.

3 Cons. const., déc. n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*.

Le législateur est finalement venu codifier cette solution lors de la réforme du droit des obligations de 2016, notamment par l'introduction de l'article 1210 du code civil⁴ : désormais, les engagements perpétuels sont interdits.

Or, ce principe a récemment trouvé une application particulièrement remarquable en droit de la distribution sélective. En effet, sur le fondement de l'interdiction du refus de vente entre professionnels, la Cour de cassation a longtemps imposé aux fournisseurs l'obligation de justifier leur refus d'agrément aux distributeurs⁵.

Avec la consécration de la prohibition des engagements perpétuels dans le code civil, la chambre commerciale de la Cour de cassation relève que le renouvellement d'un contrat de distribution sélective n'est pas de droit, même si le distributeur continue de remplir les conditions de sélection⁶. En ce sens, la cour d'appel de Paris a précisé qu'« [i]l résulte du principe de la prohibition des engagements perpétuels et de la liberté du commerce et de l'industrie qu'un distributeur ne dispose d'aucun droit acquis à la poursuite indéfinie d'un contrat de distribution et que tout opérateur économique peut choisir en toute indépendance ses partenaires commerciaux »⁷.

Le fournisseur peut donc librement refuser le renouvellement d'un contrat de distribution d'un de ses distributeurs, qui répond pourtant à toutes les conditions de sélection, au motif que l'engagement contractuel ne peut être illimité.

B. L'inscription du contrat dans la durée

Afin d'organiser leur relation dans le temps, les parties concluent un contrat dans lequel elles doivent inscrire leurs relations contractuelles dans le temps, en s'entendant notamment sur sa durée.

Cette durée peut être déterminée, voire indéterminée, ce qui peut paraître contradictoire avec la prohibition des engagements perpétuels. Il n'en est rien. Un contrat dont la durée est indéterminée est en fait un contrat dont la vie peut s'arrêter à tout moment sous la seule limite d'octroyer un préavis « raisonnable », notion elle-même à géométrie variable. Un temps doit être laissé au partenaire pour faire face à la réalité de l'arrêt de la convention pour que la victime de cette cessation des relations contractuelles s'adapte à cette nouvelle situation. Plus la relation est ancienne, plus ce temps du préavis doit être important.

4 Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, art. 2.

5 Cass. com., 23 février 1993, n° 90-19.953.

6 Cass. com., 8 juin 2017, n° 15-28.355.

7 CA Paris, pôle 5, ch. 4, 31 juillet 2019, RG 16/20683 ; v. aussi N. Éréséo, « Distribution sélective : La Cour d'appel de Paris réaffirme la liberté de réorganisation des réseaux de distribution sélective (*Hyundai*) », 31 juillet 2019, *Concurrences* n° 4-2019, art. n° 92198.

Ce principe relève du droit commun⁸ – mais peut même relever, au-delà du contrat et de la volonté des parties, de l'ordre public économique afin d'éviter des faillites et des affaiblissements concurrentiels dus à la brutalité de la décision de rupture.

L'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019⁹ a néanmoins instauré un plafond légal du délai de préavis suffisant dans le cadre de la rupture d'une relation commerciale établie. En effet, l'article L. 442-1, II du code de commerce indique désormais, en son alinéa 2 : « *En cas de litige entre les parties sur la durée du préavis, la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un préavis de dix-huit mois*¹⁰. »

La nature de cette durée maximale de préavis ne fait cependant pas l'unanimité au sein de la doctrine. En effet, certains auteurs affirment qu'il ne s'agit que d'une durée « de sécurité » pour laquelle l'auteur de la rupture ne pourrait pas voir sa responsabilité engagée. Il s'agirait ainsi d'une présomption du caractère suffisant du préavis¹¹, analyse partagée par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF)¹². En d'autres termes, les juges pourront apprécier *in concreto* le préavis suffisant pour les litiges dont ils sont saisis, mais ne pourront pas sanctionner l'auteur de la rupture pour le respect d'un préavis de dix-huit mois, et ce, qu'importent la durée et la nature des relations entre les parties¹³. D'autres auteurs affirment qu'il s'agit plutôt d'une durée plafond que les juges ne pourraient dépasser, dans la mesure où le juge ne pourrait aller au-delà du préavis qui a été légalement considéré comme raisonnable¹⁴. Cette limite de dix-huit mois viendra donc limiter le montant des indemnisations en rupture brutale des relations commerciales établies¹⁵.

8 L'article 1211 du code civil, issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, dispose que « [l]orsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable », ce texte constituant une codification de la jurisprudence rendue au visa de l'ancien article 1134 du code civil.

9 Ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, *JORF* n° 0097 du 25 avril 2019

10 Préalablement à cette ordonnance, le temps était librement appréhendé par le juge. Il prenait ainsi en compte un faisceau d'indices qui comprenait principalement « l'existence de relations commerciales établies de longue date, la bonne foi entre les parties, la régularité des transactions et leur évolution dans le temps exprimée en quantité et en valeur, les éventuels accords sur les prix facturés et/ou sur les rabais accordés, ainsi que la correspondance échangée » (CJUE, 14 juillet 2016, *Granarolo SpA c/ Ambrosi Emmi France SA*, aff. C-196/15, EU:C:2016:559, pt 26).

11 J.-B. Gouache et M. Behar-Touchais, « Actualités du droit de la franchise 2019 (1^{re} partie) », *Contrats, conc., consom.* n° 1, janvier 2020, étude 1, pt 7.

12 DGCCRF, Fiches pratiques, « Pratiques restrictives de concurrence », novembre 2019.

13 K. Haeri, B. Javaux et H. J. Adler, « La réforme de la rupture brutale des relations commerciales établies : un encadrement dans la continuité », *RLC* 86/2019, n° 3641.

14 M. Behar-Touchais, « La nouvelle rupture brutale des relations commerciales établies », *RDC* 2019, p. 45.

15 J.-B. Gouache et M. Behar-Touchais, *préc.*, pt 7.

C. La prise en compte de l'urgence

La prise en compte du temps dans le contrat, c'est aussi la tentative d'appréhension de l'imprévisible, et même parfois du fléau, de la survenance de l'évènement irréel, de l'évènement qui « *n'est pas à la mesure de l'homme* », comme Camus décrivait la peste.

L'urgence, c'est le raccourcissement du temps ; il faut faire vite, en s'exonérant de certaines obligations contractuelles, ou il faut suspendre le temps. C'est ce que nous avons connu avec la pandémie. Le droit offre des réponses diverses.

En cas d'urgence, en référé par exemple, l'accord de volonté des parties peut s'effacer. Les clauses contractuelles de choix de juridiction pourront ne pas s'appliquer, comme par exemple la clause compromissoire, qui n'est pas opposable en référé¹⁶.

Le contrat peut aussi se trouver suspendu : c'est la force majeure. Le contrat suspend ses effets, le temps que dure la situation de force majeure.

De même, le contrat peut se trouver adapté, et ce, même si les parties ne l'ont pas prévu. Tel est le cas des clauses d'adaptation ou d'imprévision. Cette adaptation peut parfois se cantonner à la clause de prix, soit mécaniquement par des clauses d'indexation, mais le plus souvent de manière plus sophistiquée, car les prix évoluent chaque année et il n'est pas souhaitable de les figer sur une durée trop importante.

Il est vrai qu'il est possible pour les deux parties de modifier, de manière conjointe, le contrat, mais il est rare en pratique de voir les parties au contrat vouloir, de leur plein gré, modifier les conditions tarifaires. Il existe donc des mécanismes légaux permettant aux parties de pouvoir renégocier les prix durant l'exécution du contrat.

Le sort de la renégociation des produits dont le coût est très dépendant des fluctuations des prix en matières premières agricoles et alimentaires est une question récessive. Aussi, le législateur s'en est emparé et a, depuis 2014, œuvré pour que les contrats portant sur des denrées alimentaires soient pourvus d'une clause de renégociation afin de répercuter les variations de prix des matières premières sur les prix de vente.

En 2017, les États généraux de l'alimentation se sont réunis et ont soulevé la problématique du revenu agricole. Ainsi, la loi Egalim¹⁷ a été promulguée en 2018 afin d'assurer une meilleure répartition de la valeur entre tous les acteurs de la

16 En ce sens, l'article 1449 du code de procédure civile dispose que « [I]l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'État aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire ».

17 Loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, *JORF* n° 0253 du 1^{er} novembre 2018.

chaîne de production des filières agricoles et agroalimentaires, notamment par la prise en compte d'indicateurs par tous ces acteurs.

Dès lors, dans le cadre des documents relatifs à des produits agricoles, les propositions de contrat, les contrats ou les accords-cadres doivent désormais au moins comporter la clause relative au prix ou aux critères et modalités de détermination et de révision du prix¹⁸, notamment en considération d'indicateurs élaborés et diffusés par les organisations interprofessionnelles¹⁹.

De plus, l'ordonnance du 24 avril 2019²⁰ a modifié l'article L. 441-8 du code de commerce, qui oblige à insérer une clause de renégociation du prix dans les contrats de plus de trois mois lorsqu'ils portent sur la vente de certains produits agricoles et alimentaires « *dont les prix de production sont significativement affectés par des fluctuations des prix des matières premières agricoles et alimentaires et, le cas échéant, des coûts de l'énergie* »²¹. Désormais, les contrats doivent prendre en compte les indicateurs énumérés aux articles L. 631-24, L. 631-241 et L. 631-24-3 du code rural et de la pêche maritime. Il faut enfin noter que cette obligation de renégociation des prix s'applique également aux contrats portant les produits vendus sous marque de distributeur (ci-après, « MDD »)²².

Toutefois, cette clause n'est qu'une clause de rencontre, et non une clause d'indexation. Ainsi, « *les parties doivent s'engager à se revoir, pas à aboutir* »²³. Aussi, en cas d'échec de la renégociation au terme du délai d'un mois, les parties intentent une procédure devant le médiateur des relations commerciales agricoles, puis devant le juge compétent en cas de nouvel échec²⁴.

Il semble ainsi que le poids et la durée de la procédure relative à l'activation de ces clauses de renégociation les empêchent d'atteindre leurs objectifs. En effet, les acteurs préfèrent ne pas faire jouer la clause de renégociation, car elle entraîne la réouverture de la négociation du contrat dans son ensemble, et pas uniquement sur le prix. Le Sénat a ainsi conclu que la clause de renégociation n'est « *pas du tout opérationnelle* »²⁵ et souligné l'intérêt de passer d'une clause de renégociation à une clause de révision.

18 Art. L. 631-24, III du code rural et de la pêche maritime.

19 Art. L. 621-34, III, al. 9 du code rural et de la pêche maritime.

20 Ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, préc.

21 Art. D. 441-3 du code de commerce et art. L. 441-8 du code de commerce.

22 Art. L. 441-8, dernier alinéa du code de commerce.

23 Sénat, Rapport n° 809 fait au nom de la commission des affaires économiques (I) sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à la consommation, MM. Martial Bourquin et Alain Fauconnier, 24 juillet 2013, p. 279

24 Art. L. 631-28 du code rural et de la pêche maritime.

25 « Loi Egalim un an après : le compte n'y est pas », rapport d'information de MM. Daniel Gremillet, Michel Raison et Mme Anne-Catherine Loisier, fait au nom de la commission des affaires économiques, n° 89 (2019-2020), 30 octobre 2019, p. 43.

C'est la raison pour laquelle des dispositions prévoyant une formule de révision automatique du prix, à la hausse ou à la baisse, selon une formule librement déterminée entre le producteur et l'industriel et en tenant compte des indicateurs, ont été intégrées au code rural et de la pêche maritime avec l'adoption récente de la loi Egalim 2²⁶.

Il est également possible pour les fournisseurs ou les distributeurs d'inscrire dans leur contrat une clause de renégociation des prix, applicable à d'autres produits. Cela a notamment été préconisé par la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC), qui a indiqué qu'elle recommande la stipulation d'un mécanisme de révision du prix afin de prendre en compte les fluctuations des matières premières, mais également des autres composants de fabrication d'un produit tels que le transport, la main-d'œuvre, l'énergie, etc., dans les contrats MDD²⁷.

Il existe ainsi plusieurs types de clauses qui permettent la renégociation ou la révision du prix (clause d'indexation, clause de *hardship* ou d'imprévision, clause d'alignement, clause d'offre concurrente ou encore clause de *benchmarking*), mais il doit être porté une attention particulière à la rédaction de cette clause, car elle peut constituer un déséquilibre significatif, contraire à l'article L. 442-1 du code de commerce.

À ce sujet, la chambre commerciale de la Cour de cassation a admis qu'une clause de révision des prix était déséquilibrée lorsqu'elle n'imposait qu'une révision à la baisse des prix. Elle a également indiqué que le fait pour une clause de prévoir une procédure plus contraignante pour les distributeurs que pour le fournisseur, lui permettant ainsi de figer le tarif, est une clause déséquilibrée. Cette analyse sera cependant laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond au regard de l'économie générale du contrat²⁸.

Dès lors, le contrat ne semble pas figer le prix dans le temps. Il est en effet possible – voire obligatoire dans certains cas – pour les parties de prévoir une renégociation ou une révision du prix durant son exécution. Il reviendra cependant aux parties de s'accorder sur les événements et les modalités d'une telle renégociation, et surtout de s'assurer qu'elle ne peut être constitutive d'un déséquilibre significatif.

26 Art. L. 631-24, III, 1° du code rural et de la pêche maritime : « La proposition de contrat ou d'accord-cadre écrit mentionnée au II et le contrat ou l'accord-cadre écrit conclu comportent a minima les clauses relatives : 1° Au prix et aux modalités de révision automatique, à la hausse ou à la baisse, de ce prix, selon une formule librement déterminée par les parties, ou aux critères et modalités de détermination du prix, parmi lesquels la pondération des indicateurs mentionnés au quinzième alinéa du présent III [...] »

27 CEPC, « Recommandation n° 20-2 relative à un guide de bonnes pratiques en matière de contrats portant sur des produits à marque de distributeur (MDD) », 17 décembre 2020.

28 Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525 ; v. aussi J.-L. Fourgoux, « Déséquilibre significatif : La Cour de cassation rejette le pourvoi formé par deux enseignes de la distribution contre les arrêts ayant accueilli l'action du ministre chargé de l'Économie et déclaré que les clauses des contrats de référencement créaient un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au sens de l'art. L. 442-6 c. com. (*Eurauchan, Provéra*) », 3 mars 2015, *Concurrences* n° 2-2015, art. n° 72980, pp. 117-119.

2. La mort du contrat

La mort du contrat n'entraîne pas nécessairement celle des obligations qui le composent.

A. L'abolition du temps : La rétroactivité

Qu'un tel concept existe est un peu un mystère. Si le contrat est nul dans sa constitution, dans son ordonnance, il est réputé n'avoir jamais été exécuté. Il faut alors replacer fictivement les parties dans la situation où elles se seraient trouvées si le contrat n'avait jamais existé.

C'est donc une remontée dans le temps qui est opérée par le juge. Le juge reprend tous les coûts liés à la vie du contrat pour les restituer à chaque partie. Ainsi, dans un contrat de distribution, les investissements nécessités par le contrat devront être restitués à chaque partie.

Pourtant, il n'est pas tout à fait vrai de prétendre que la résolution fait abstraction du temps qui est passé, la remontée dans le temps ne pouvant qu'être artificielle. Pour les investissements, par exemple, il sera tenu compte de l'amortissement éventuel de ceux-ci pendant la durée du contrat jusqu'à son anéantissement. De même, les ventes intervenues avant la résolution du contrat-cadre ne sont, en général, pas remises en cause. C'est donc une remontée dans le temps imparfaite qui est opérée, car on ne peut pas totalement faire abstraction de la vie.

Le droit de la concurrence est bien sûr au cœur de cette nullité, qu'il s'agisse de la loi Doubin par exemple sur l'engagement précontractuel ou des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce. La violation de ces dispositions entraîne la nullité de la clause infectée (si elle n'est pas une condition essentielle de la conclusion du contrat) ou du contrat tout entier.

B. La survivance d'obligations contractuelles après la cessation du contrat

Nombreuses sont les clauses qui permettent à un contrat de continuer de produire des effets après son terme. Tel est le cas plus particulièrement de la clause de confidentialité ou des clauses de non-concurrence.

La clause de non-concurrence a la particularité de pouvoir être stipulée pour l'avenir et ainsi de continuer à produire ses effets après la résolution du contrat. À ce titre, l'article 1230 du code civil indique que la résolution du contrat n'empêche pas la clause de non-concurrence de produire ses effets.

Les clauses de non-concurrence ne bénéficient pas du principe d'autonomie octroyé aux clauses compromissaires ou aux clauses attributives de juridiction²⁹ en cas

29 Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2010, n° 07-17.788.

d'annulation du contrat. La doctrine soulignait sur ce point que le seul fait que la clause de non-concurrence soit stipulée pour déployer ses effets à la suite de l'extinction du contrat ne permettait pas de présager de son autonomie en cas de résolution du contrat³⁰. Il revenait donc au législateur de se prononcer sur les effets d'une telle clause en cas de disparition du contrat. C'est désormais chose faite³¹.

Cette survivance des obligations paraît adaptée aux contrats de distribution, car la clause de non-concurrence conserve sa raison d'être, quand bien même le contrat est anéanti. En d'autres termes, ses effets ne disparaissent pas du fait de la résolution du contrat³². En effet, s'agissant par exemple d'une clause de non-concurrence post-contractuelle insérée dans un contrat de franchise, la nécessité de protéger le savoir-faire du franchiseur existera toujours, malgré la disparition du contrat de franchise. Ainsi, une clause de non-concurrence post-contractuelle s'inscrit dans le temps, alors même que le contrat dans lequel elle figurait est résolu.

De même, la clause de confidentialité semble être une clause essentielle dans les contrats. En effet, l'article L. 151-1 du code de commerce, instituant le secret des affaires en droit français, ne permet la protection de certaines informations que si elles font l'objet de « *mesures de protection raisonnables* », en d'autres termes, que si elles sont protégées par une clause de confidentialité.

La clause de confidentialité, également appelée « clause de non-divulgaration » ou « clause de secret », oblige son débiteur à ne pas communiquer les informations dont il a eu connaissance durant l'exécution de son contrat. Ce type de clauses assurent une protection contre toute forme de communication des informations confidentielles à des tiers non-autorisés. Elles peuvent être inscrites dans le contrat ou prendre la forme d'un accord de confidentialité distinct, plus communément appelé « *non-disclosure agreement* ».

Par la suite, la question qui se pose donc est celle de savoir si une telle clause peut être stipulée pour l'avenir et si celle-ci doit nécessairement avoir un terme. En effet, la rédaction d'une clause de non-confidentialité stipulée pour la période d'exécution du contrat a relativement peu d'intérêt, car elle ne permettra pas au créancier de protéger ses informations à la fin du contrat.

À cet égard, la question de l'autonomie de la clause par rapport au contrat a été tranchée par le législateur par l'article 1230 du code civil, qui indique qu'en cas de résolution du contrat, la clause de confidentialité survivra et continuera de produire ses effets.

Il est possible d'indiquer un terme à cette clause. Il peut s'agir d'un terme renvoyant à un événement particulier, notamment le jour où l'information tombera dans le

30 L. Bernheim-Van de Castele, « Survie de certaines clauses en cas de résolution du contrat pour inexécution : Brèves réflexions à la lumière de la jurisprudence récente », *Petites Affiches*, 15 février 2013, n° 34, p. 6.

31 Art. 1230 du code civil.

32 C. Noblot, « La clause de sauvetage de la clause de non-concurrence post-contractuelle en cas d'anéantissement d'un contrat de distribution, *Contrats, conc., consom.* n° 2, février 2017.

domaine public. Par ailleurs, la doctrine considère que le terme est le jour où l'information est tombée dans le domaine public lorsque la clause n'est pas assortie d'un terme³³.

La doctrine a cependant soulevé que, bien que la clause ne soit pas à durée déterminée, elle peut être à durée déterminable. En effet, la clause dure « *tout le temps que la confidentialité est nécessaire* »³⁴. Cela signifie ainsi que le terme ou la condition de la clause est le moment de la révélation hypothétique de l'information dans le domaine public. Ce moment peut cependant ne jamais intervenir. Il faut également préciser que la divulgation de l'information au public est laissée à l'appréciation du créancier, qui pourrait ainsi décider du terme de l'obligation de non-divulgation³⁵.

La doctrine ne semble pas s'être accordée sur la manière dont la clause de confidentialité doit être rédigée. Il ressort en effet que certains auteurs considèrent qu'il est possible de ne pas indiquer de terme³⁶, alors que pour d'autres, il serait plus prudent d'indiquer un terme afin d'éviter de tomber sous le joug de l'interdiction des engagements perpétuels³⁷.

Les parties peuvent ainsi s'approprier les effets du temps et ses aléas dans les relations contractuelles. Au demeurant, le temps conditionne la validité des engagements contractuels.

II. Temps et droit de la concurrence

La concurrence, c'est l'incertitude, c'est la vie mouvante à chaque instant. Aussi, l'inscription dans le long terme des engagements contractuels entre entreprises est souvent vue d'un mauvais œil par le gendarme de la concurrence (1.).

Par ailleurs, le droit de la concurrence s'approprie le temps, soit en revisitant la réalité temporelle, afin de déterminer ce qui se serait produit en l'absence de pratiques anticoncurrentielles (2.), soit en prédisant l'avenir, dans le cadre de l'analyse prospective appliquée pour évaluer l'impact d'une concentration économique sur le marché (3.).

1. Le droit de la concurrence n'aime pas les engagements de longue durée

Pour maintenir une concurrence libre et non faussée, les clauses limitant la capacité des acteurs économiques d'agir sur le marché vont se trouver limitées dans le temps. L'ordre public se substitue à la libre volonté des parties.

33 M. Behar-Touchais, « Le contenu des contrats 1 », *RDC* 2013, pt 12.

34 *Ibid.*

35 D. Sassolas, « La durée des clauses de confidentialité », *RTD com.* 2015, p. 625.

36 M. Behar-Touchais, « Le contenu des contrats 1 », préc., pt 12.

37 « La clause de confidentialité ne doit pas être nécessairement limitée dans le temps », in B. Fages (dir.), *Le Lamy droit du contrat*, Saint-Ouen, Wolters Kluwer France, 2021.

En effet, si de tels engagements limitatifs de liberté sont le plus souvent justifiés (par exemple, pour inciter et protéger des investissements), certaines clauses contractuelles ou post-contractuelles doivent être assorties d'un terme, compte tenu de leur caractère restrictif de concurrence et de la liberté d'exercice de l'activité commerciale qu'elles induisent.

Tel est le cas par exemple des obligations de non-concurrence, quelle que soit leur application – contrat de distribution, contrat de partenariat entre concurrents, ayant ou non une dimension « concentrative » –, et des clauses de non-réaffiliation inscrites dans les contrats de distribution : celles-ci doivent être limitées dans le temps.

L'appréciation de la validité de ces clauses repose ainsi sur un contrôle de proportionnalité, celles-ci devant être nécessaires et proportionnées aux objectifs qu'elles visent à atteindre. Il s'agit d'une analyse *in concreto* relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Ainsi, la Cour de justice et la Cour de cassation se sont prononcées sur la validité des clauses de non-concurrence post-contractuelles, en indiquant que les clauses organisant « *le contrôle indispensable à la préservation de l'identité et de la réputation du réseau [...] ne constituent pas des restrictions de concurrence* »³⁸. Cependant, afin qu'elles soient valides, les clauses doivent être proportionnées à l'objectif qu'elles poursuivent. Ces clauses doivent plus particulièrement faire l'objet d'une limitation matérielle, géographique et temporelle³⁹.

Qu'en est-il de la clause de non-réaffiliation ? Celle-ci n'a en effet pas le même objet que la clause de non-concurrence, comme l'a souligné la Cour de cassation dans un arrêt du 28 septembre 2010 : « *la clause de non-concurrence a pour objet de limiter l'exercice [...] d'une activité similaire ou analogue à celle du réseau [...], tandis que la clause de non-réaffiliation se borne à restreindre sa liberté d'affiliation à un autre réseau* »⁴⁰. Toutefois, dans son avis n° 10-A-26 relatif aux contrats d'affiliation dans le secteur de la distribution alimentaire⁴¹, l'Autorité de la concurrence a relevé que ce type de clauses dissuadait les affiliés de changer d'enseigne et qu'elles avaient le même effet restrictif que les clauses

38 CJCE, 28 janvier 1986, *Pronuptia*, aff. 161/84, EU:C:1986:41 ; Cass. com., 20 décembre 2017, n° 16-20.501.

39 Art. L. 341-2, 4° du code de commerce ; v. égal. règlement (UE) n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et des pratiques concertées, *JOUE* n° L 102 du 23 avril 2010, p. 1, art. 5, § 3, b).

40 Cass. com., 28 septembre 2010, n° 09-13.888 ; v. aussi N. Éréséo, « Contrat de franchise : La Cour de cassation considère que la clause de non-concurrence a pour objet de limiter l'exercice par le franchisé d'une activité similaire ou analogue à celle du réseau qu'il quitte, tandis que la clause de non-réaffiliation se borne à restreindre sa liberté d'affiliation à un autre réseau (*Prodim*) », 28 septembre 2010, *Concurrences* n° 1-2011, art. n° 34144, pp. 121-123.

41 Aut. Conc., avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire ; v. aussi L. Vogel, J. Vogel, « L'Autorité française de la concurrence propose aux opérateurs des mesures pour améliorer la fluidité du secteur de la distribution alimentaire (*Secteur de la distribution alimentaire*) », 7 décembre 2010, *Concurrences* n° 4-2010, art. n° 48296.

de non-concurrence. Depuis un arrêt de la Cour de cassation du 10 janvier 2008⁴², le régime de la clause de non-réaffiliation est ainsi calqué sur celui de la clause de non-concurrence : celle-ci doit être légitime et proportionnée aux objectifs poursuivis. L’Autorité a, dans son avis susvisé, notamment recommandé la limitation de ces clauses dans le temps à une durée d’un an⁴³.

De même, les clauses d’exclusivité, qui ne sont pas anticoncurrentielles par elles-mêmes, sont de nature à exclure des concurrents et sont susceptibles de fausser le jeu de la concurrence sur le marché concerné en figeant la situation de concurrence sur un marché.

Aussi, les éventuels effets d’éviction et de verrouillage que peuvent comporter les clauses d’exclusivité doivent être appréciés au regard d’une grille d’analyse qui prend en compte « *le champ et la portée de l’exclusivité, [...] la durée ou la combinaison dans le temps des contrats, les conditions de résiliation et de renouvellement, la position des opérateurs et les conditions régnant sur le marché en cause* »⁴⁴.

S’agissant plus spécifiquement des clauses d’exclusivité d’achat, celles-ci sont assimilées à des obligations de non-concurrence. Ainsi, pour pouvoir bénéficier de l’exemption par catégorie, il faudra que le contrat ait une durée déterminée, ne contienne pas de clause de tacite reconduction et que la durée de la clause n’excède pas cinq années.

Aussi le droit de la concurrence est souvent très réticent à des engagements de longue durée souscrits par différents opérateurs, car ils peuvent constituer une barrière à l’entrée du marché, notamment en cas d’effet cumulatif de réseaux. Ce fut le cas par exemple des contrats concernant les machines à affranchir qui par leur durée supérieure à cinq ans et leur application par l’ensemble des fournisseurs de la place aboutissaient à étouffer la concurrence sur le marché et rendait quasi-impossible le changement de fournisseur pour les clients.

Mais ce n’est pas toujours vrai. Pour la partie faible, la durée d’un engagement peut être une protection, comme nous l’avons vu, contre la rupture brutale. Ainsi en matière de concentrations, quand l’autorité de concurrence peut craindre que l’opération n’aboutisse à inciter l’acquéreur à changer de fournisseur ou de client, un engagement comportemental de maintenir la relation pendant une certaine durée qui va rarement au-delà de trois ans peut constituer un remède concurrentiel satisfaisant. Nous ne sommes pas là dans l’expression d’une situation de concurrence parfaite, mais davantage dans la recherche de remèdes face à une situation concurrentielle imparfaite.

42 Cass. 2^e civ., 10 janvier 2008, n° 07-13.558.

43 Aut. conc., avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010, préc., pt 236.

44 CA Paris, pôle 5, ch. 4, 3 juillet 2013, RG 11/17158 ; v. aussi N. Érèséo, « Bail commercial : La Cour d’appel de Paris rejette le grief d’entente anticoncurrentielle excipé contre des clauses d’exclusivités présentes dans une centaine de baux commerciaux signés par un centre commercial (*Odysseum/Le Polygone*) », 3 juillet 2013, *Concurrences* n° 4-2013, art. n° 59250, p. 98.

2. Le droit de la concurrence revisite une réalité temporelle

Quand des pratiques anticoncurrentielles sont intervenues sur un marché, que des entreprises en ont été victimes et qu'elles sollicitent la réparation du préjudice en découlant, le calcul du préjudice économique, complexe par nature, va conduire le juge à élaborer une situation contrefactuelle.

En effet, « [l]e propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage, et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit »⁴⁵. Autrement dit, le principe général de l'évaluation d'un préjudice économique consiste à comparer la situation observée (ou scénario réel) avec la situation qui aurait été celle du demandeur en l'absence de fait générateur de responsabilité (situation dite « contrefactuelle »).

La question centrale réside ainsi dans la détermination de ce qui se serait vraisemblablement produit en l'absence de la faute.

Ceci est d'autant plus vrai lorsque la victime sollicite l'indemnisation du manque à gagner subi du fait du caractère artificiel de la situation de concurrence qui prévalait sur le marché. C'est une nouvelle réalité, un peu virtuelle, qui va être déterminée pour évaluer avec justesse le préjudice subi.

Le temps est ainsi pris en compte dans la détermination du préjudice, en particulier, la durée des pratiques, l'évolution du marché, les ventes qui auraient dû être réalisées ou le prix qui aurait dû être payé, si l'infraction ne s'était pas produite.

Là encore, le temps est un peu aboli, mais pas totalement, à la différence de la résolution du contrat.

3. Le droit de la concurrence se projette dans le temps

Enfin, comment ne pas souligner également que le droit de la concurrence est parfois visionnaire. L'analyse des projets de concentration économique qui lui sont soumis conduit l'autorité de concurrence saisie à imaginer le futur temporel du marché et l'incidence que l'opération aura sur celui-ci.

Lorsqu'elle est saisie de l'examen préalable d'une concentration, l'autorité de concurrence cherche en effet à vérifier si l'opération notifiée ne risque pas de porter atteinte à la concurrence, en s'interrogeant sur les risques de réduction significative de concurrence qu'elle engendrera dans le futur.

Cette évaluation est faite à partir d'une analyse prospective tenant compte de l'ensemble de données pertinentes et se fondant sur un « scénario économique plausible ». En effet, seule la situation antérieure à l'opération est observable

45 Cass. 2^e civ., 28 octobre 1954, *JCP* 1955, II, 8765.

et les effets probables de la concentration doivent être présumés. Cette analyse s'appuie sur les caractéristiques du marché pertinent et du fonctionnement de la concurrence sur celui-ci, telles qu'elles existent au moment du contrôle mais aussi compte tenu des évolutions envisageables.

Nous sommes à nouveau dans une forme de fiction, mais cette fois, tournée vers l'avenir.

III. Conclusion

Le temps est donc une préoccupation que l'on retrouve à toutes les étapes du contrat : lors de sa formation, lors de son exécution, mais également lors de sa résolution.

Les rédacteurs, le législateur et les juges ont façonné, petit à petit, les limites temporelles des clauses contractuelles, au regard des principes juridiques applicables et notamment du principe de liberté du commerce et de l'industrie. Les parties doivent ainsi faire preuve d'ingéniosité dans la rédaction des clauses du contrat afin de se prévaloir des effets et aléas du temps sur leur situation individuelle, mais également sur la situation du marché. Une contractualisation qui permet ainsi à l'homme d'opérer une maîtrise du temps qui passe et de maintenir en vigueur une situation de concurrence libre et non faussée.

Sous la direction de
Christophe Lemaire
Francesco Martucci

Laurence Idot

Concurrence et Europe *Liber Amicorum*

Volume I

La carrière de Mme le Professeur Laurence Idot appelle un hommage. Sa pensée a mûri le droit de la concurrence, tant par ses écrits que ses enseignements ou son activité à l'Autorité de la concurrence. Aucun de ses anciens collègues ou étudiants n'est resté insensible à sa finesse d'esprit et sa personnalité exceptionnelle. L'impact de sa pensée, de son enseignement et de ses consultations justifie que, dans la plus pure tradition universitaire, des Mélanges lui soient dédiés.

Théoricienne confrontée à la réalité des dossiers, Laurence Idot a marqué la recherche par son analyse fine et habile des interactions entre le droit de la concurrence, le droit de l'Union européenne, et le droit de l'arbitrage et le droit international. A l'heure du développement des recours à l'arbitrage international et de la croissance du droit européen de la concurrence, ses écrits et sa compréhension du droit conservent leur actualité.

L'originalité du parcours du Professeur Idot tient aux chemins qu'elle a tracés dans des droits en développement : le droit européen d'un côté, le droit de la concurrence de l'autre - auxquels elle a chacun consacré une revue. Les destins de Concurrence et Europe sont désormais entremêlés.

Mélanges réalisés à l'initiative de Christophe Lemaire et Francesco Martucci.

Concurrences
Antitrust Publications & Events

ISBN 979-10-94201-39-8



9 791094 201398

145 € TTC

