

Atelier Négociation commerciale

9 et 10 décembre 2021





OBJECTIFS DE LA FORMATION

Permettre aux destinataires de la formation d'approfondir et d'actualiser leurs connaissances en droit de la négociation commerciale, ce droit étant particulièrement formaliste, régulièrement réformé et changeant en jurisprudence. Compte tenu de leur particularité, les produits alimentaires sont exclus du périmètre de la formation qui est centrée sur le droit commun de la négociation commerciale.

MOYENS PEDAGOGIQUES

Animation par Joseph Vogel et Margaux Vicaire

Support de formation à l'issue de la formation

Auto-évaluation des acquis à l'issue de la formation

LES DOCUMENTS

Feuille de présence, à signer via DocuSign

Feuille d'évaluation de stage et d'auto-évaluation des acquis à remplir et à renvoyer par mail en fin de stage

Support de formation, envoyé par mail à l'issue de la formation



PLAN DE LA FORMATION

Introduction

Partie I. Les règles de formalisme et de transparence tarifaire dans le non-alimentaire

Partie II. Le droit des pratiques restrictives et abusives

Partie III. Les aménagements à envisager et les comportements à privilégier en raison de la crise sanitaire liée à la Covid-19

Conclusion



INTRODUCTION



1. Les contraintes du droit de la négociation commerciale en France



En France, les exigences de transparence en matière de CGV, formalisation de la relation commerciale, facturation...etc. sont **très rigoureuses**, bien plus que dans d'autres pays.



La volonté du législateur est double :

- **réguler les relations entre la grande distribution et ses fournisseurs** et de **protéger les fournisseurs** (en imposant que la négociation commerciale s'engage sur la base des CGV et en imposant la conclusion de conventions uniques pour faciliter le contrôle des abus par l'Administration) ;
- **plus récemment, protéger la rémunération des agriculteurs et, à cette fin, rééquilibrer les relations commerciales entre les différents maillons de la chaîne alimentaire et agro-alimentaire.**

2. Un droit en mutation permanente



Plusieurs lois ont successivement modifié le droit de la négociation commerciale :

- La **loi n° 96-588 dite « Galland »** du 1^{er} juillet 1996 ;
- La **loi n° 2008-776 dite « LME »** du 4 août 2008 ;
- La **loi n° 2014-344 dite « Hamon »** du 17 mars 2014 ;
- La **loi n° 2015-990 dite « Macron »** du 6 août 2015 ;
- La **loi n° 2016-1691 dite « Sapin II »** du 9 décembre 2016 ;
- La **loi n° 2018-938 dite « EGalim »** du 30 octobre 2018 et l'**ordonnance n° 2019-359** du 24 avril 2019.



Une nouvelle loi est récemment venue modifier le droit de la négociation commerciale s'agissant de l'agroalimentaire ainsi que le droit des pratiques restrictives de concurrence. Il s'agit de la **loi n° 2021-1357 du 18 octobre 2021 visant à protéger la rémunération des agriculteurs : loi dite « EGalim 2 »**.

2. Un droit en mutation permanente



Font évoluer le droit de la négociation commerciale et doivent impérativement être pris en compte :

- Les **avis de la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC)** ;
- Les **notes de service de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF)** ;
- Les **lignes directrices de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF)** ;
- Les **réformes législatives récurrentes y compris des autres droits** (notamment la réforme du droit des contrats avec l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016) ;
- **Certaines lois adoptées dans d'autres domaines** (notamment la loi dite « DADDUE » du 3 décembre 2020 et la loi dite « ASAP » du 7 décembre 2020) ;
- La **jurisprudence judiciaire et administrative**.

3. Les lois « EGalim »

1. **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 (loi dite « EGalim ») :

 **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 (entrée en vigueur le 26 avril 2019).

= nouveau cadre pour les négociations commerciales, relèvement du seuil de revente à perte des produits agricoles, encadrement des promotions, refonte du droit des pratiques restrictives de concurrence...etc.

3. Les lois « EGalim »

2. **Loi n° 2021-1357 du 18 octobre 2021** visant à protéger la rémunération des agriculteurs (loi dite « EGalim » 2) :

= le constat a été fait :

 *« nous faisons face à trop de contournements de la loi « EGalim ». Il nous faut la renforcer afin qu'on organise un système où la valeur doit revenir, pour une juste part, à celles et ceux qui produisent, commercialisent et distribuent » (exposé des motifs de la proposition de loi n° 4134, 4 mai 2021).*

3. Les nouveautés résultant de la loi Egalim 2 s'agissant des produits alimentaires et « petfood »

- Relations à l'amont (entre le producteur et le premier acheteur) :



Obligation pour le producteur agricole d'adresser à son premier acheteur **une proposition de contrat qui constitue le socle unique de la négociation entre les parties** (article L. 631-24, III, alinéa 15 du Code rural).



Conclusion d'un contrat en application de l'article L. 631-24 du Code rural pour la vente de produits agricoles livrés sur le territoire français :

- Durée : 3 ans minimum (article L. 631-24, III, 5° du Code rural) ;
- Clause relative aux modalités de révision automatique du prix, à la hausse ou à la baisse, selon une formule librement déterminée par les parties, mais qui doit prendre compte des indicateurs de l'art. L. 631-24, alinéa 15 du Code rural (art. L. 631-24, III, 1°) ;
- Clause relative aux modalités de renégociation du prix permettant de prendre en compte les fluctuations à la hausse comme à la baisse (art. L. 631-24, III, alinéa 16 renvoyant à l'art. L. 441-8 du Code de commerce) ;
- Possibilité de prévoir des clauses « tunnels de prix » permettant aux parties de convenir de bornes minimales et maximales à l'intérieur desquelles le prix convenu pourra varier.

3. Les nouveautés résultant de la loi Egalim 2 s'agissant des produits alimentaires et « petfood »

- **Relations à l'aval** (entre le fournisseur et un acheteur) :
 - Entre le fournisseur et un « **acheteur** » ;
 - Sont concernés les produits alimentaires et les produits destinés à l'alimentation des animaux, à l'exception des produits listés au sein du décret n° 2021-1426 du 29 octobre 2021 qu'il convient de lire avec la Nomenclature combinée (du Règlement d'exécution UE n° 2020/1577 de la Commission du 21 septembre 2020 modifiant l'Annexe I du Règlement n°2658/87).
- ↳ **Conditions générales de vente spécifiques** en application de l'article L. 441-1-1 du Code de commerce.
- ↳ Conclusion d'une **convention unique spécifique** en vertu de l'article L. 443-8 du Code de commerce.



PARTIE I. LES RÈGLES DE FORMALISME ET DE TRANSPARENCE DANS LE NON- ALIMENTAIRE





PARTIE I. LES RÈGLES DE FORMALISME ET DE TRANSPARENCE DANS LE NON-ALIMENTAIRE

- 1. Les conditions générales de vente**
2. Les conventions uniques
3. La facturation
4. Les délais de paiement

1. Les conditions générales de vente

❖ Le rôle des CGV :

- Obligation de communication des CGV sur demande pour « *toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services* ».
- Autrefois, l'objectif était de lutter contre le refus de vente et les pratiques discriminatoires.
- Aujourd'hui, l'objectif est de protéger les fournisseurs pour que la négociation commerciale s'engage sur la base des CGV.

Article L. 441-1, II du
Code de commerce

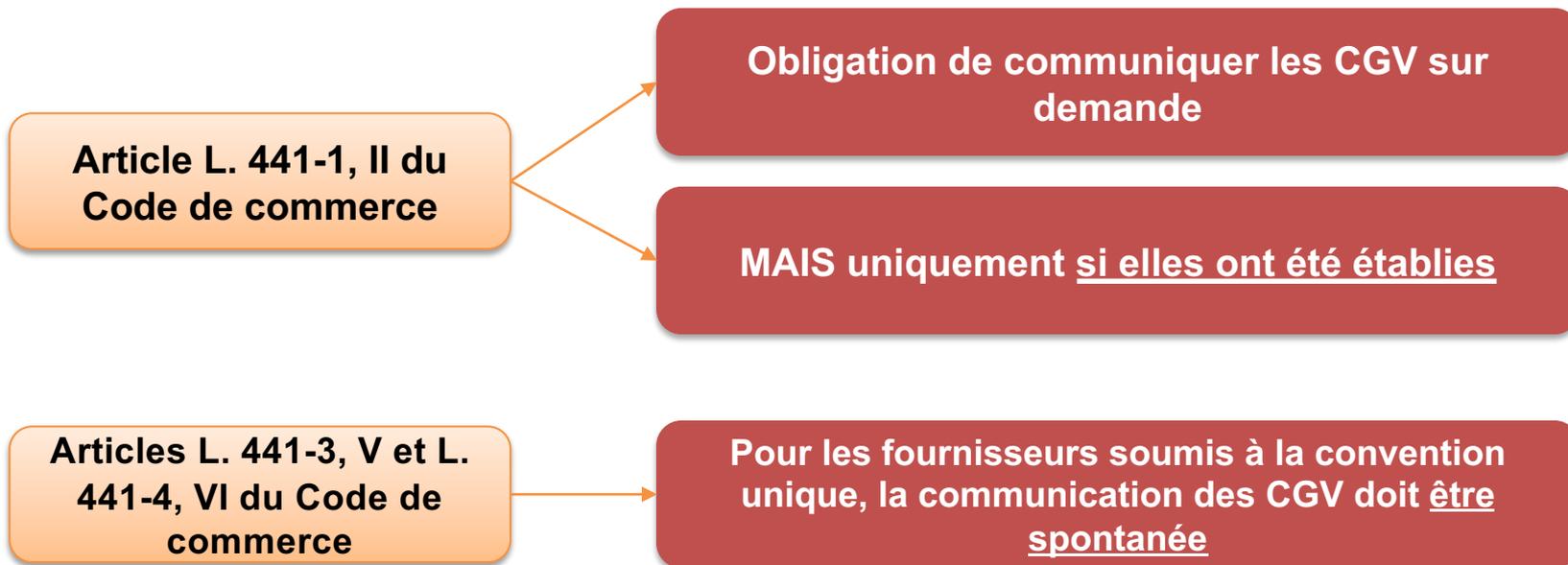
Est concernée « ***Toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services*** »

Article L. 441-1, III, alinéa
1er du Code de commerce

Les conditions générales de vente « ***constituent le socle unique de la négociation commerciale*** »

1. Les conditions générales de vente

❖ La communication des CGV :



1. Les conditions générales de vente

❖ La communication des CGV :

Article L. 441-1, II, alinéa 1^{er} du Code de commerce :

« [...] Cette communication s'effectue **par tout moyen constituant un support durable** ».

➡ Le support durable se définit comme « ***tout instrument permettant à l'utilisateur de services de paiement de stocker les informations qui lui sont personnellement adressées d'une manière telle que ces informations puissent être consultées ultérieurement pendant une période adaptée à leur finalité et reproduites à l'identique*** » (article 4, 25° de la Directive 2007/64/CE).

➡ En pratique, il convient de privilégier **l'envoi par e-mail**.

1. Les conditions générales de vente

❖ La structuration de l'offre du fournisseur (CGV, CCV, CPV) :



Pour la détermination des catégories : principe de liberté d'établissement des critères par le fournisseur, mais les critères doivent être objectifs et non discriminatoires (arrêts « *Pyxis* » : CA Paris, 4 juillet 2019, n° 17/13577 et CA Paris, 2 juin 2021, n° 16/22966).

1. Les conditions générales de vente

❖ La structuration de l'offre du fournisseur (CGV, CCV, CPV) :



Focus sur les arrêts « Pyxis » de la Cour d'appel de Paris en matière de CGV différenciées :

- Pyxis, société de regroupement à l'achat (SRA), réclamait que lui soient appliquées par les laboratoires fournisseurs les conditions commerciales plus favorables des pharmacies, et non celles des grossistes, au motif qu'elle négociait au nom et pour le compte des pharmacies.
- Pyxis a gagné en 2019 et perdu en 2021.

1. Les conditions générales de vente

❖ La structuration de l'offre du fournisseur (CGV, CCV, CPV) :

Affaire PYXIS / COOPER de 2019 :

- 3 catégories :
 - Officines achètent en direct individuellement ;
 - Officines membres d'un groupement ayant conclu un contrat de référencement avec le laboratoire ;
 - Grossistes et intermédiaires (CAP et SRA).
- La CA a considéré que les laboratoires COOPER ne justifiaient pas de façon objective l'application des conditions grossistes aux SRA agissant au titre d'un mandat des officines (CA Paris, 4 juillet 2019, n° 17/13577).

1. Les conditions générales de vente

❖ La structuration de l'offre du fournisseur (CGV, CCV, CPV) :

→ Affaire PYXIS / UPSA de 2021 :

- Découpage plus précis des catégories :
 - Officines ;
 - Grossistes répartiteurs ;
 - SRA et CAP ;
 - Hôpitaux et établissements publics de santé.
- La CA a considéré qu'UPSA avait défini des critères objectifs de différenciation (le laboratoire ne traite pas directement avec les officines et ne s'engage qu'envers les SRA) (CA Paris, 2 juin 2021, n° 16/22966).

1. Les conditions générales de vente

❖ La structuration de l'offre du fournisseur (CGV, CCV, CPV) :

Critères objectifs

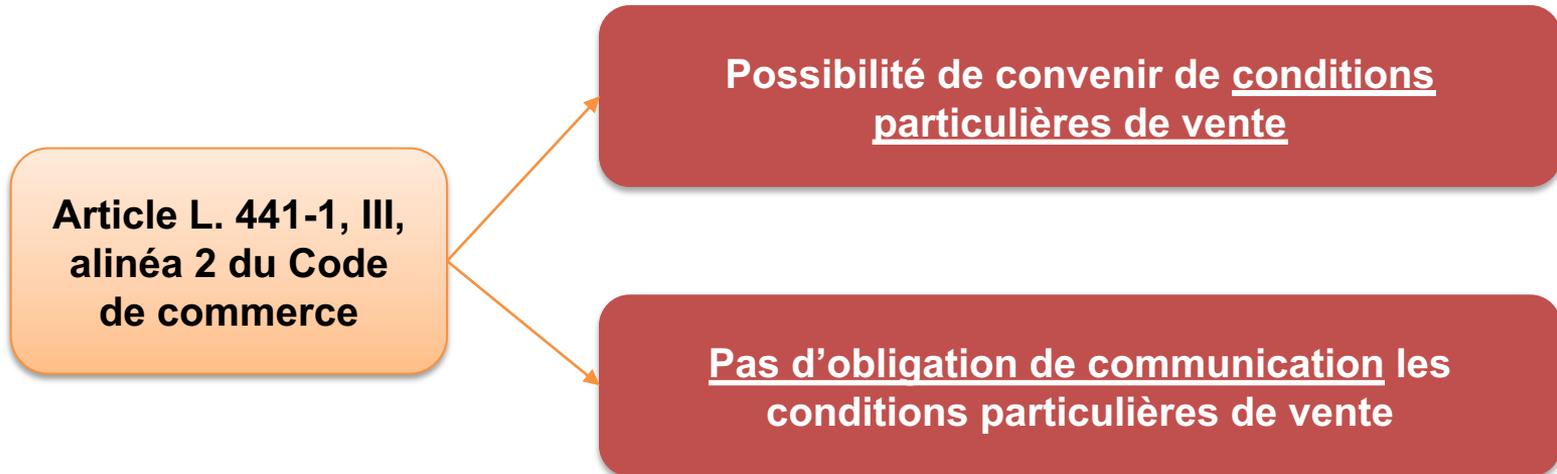
- Chiffre d'affaires ;
- Nature de la clientèle ;
- Mode de distribution ;
- Secteur d'activité concerné ;
- Destination finale du produit.

Critères non objectifs

- Relation privilégiée avec le distributeur ou une catégorie de distributeurs.

1. Les conditions générales de vente

❖ La structuration de l'offre du fournisseur (CGV, CCV, CPV) :



1. Les conditions générales de vente

❖ La structuration de l'offre du fournisseur (CGV, CCV, CPV) :

➡ Possibilité pour le fournisseur d'**adapter le contenu de ses CGV selon le client.**

➡ **Les CPV s'ajoutent aux CGV** en cas de service spécifique offert à l'acheteur.

↳ Exemple : possibilité de modifier le délai de paiement prévu aux CGV compte tenu des relations antérieures entre les parties, possibilité de pratiquer un prix autre que celui des CGV.

1. Les conditions générales de vente

❖ Le contenu des CGV :

Article L. 441-1, I du Code de commerce :

« Les conditions générales de vente comprennent notamment les **conditions de règlement**, les **éléments de détermination du prix** tels que le barème des prix unitaires et les éventuelles réductions de prix ».

- ➡ Focus sur les **éléments tarifaires**.
- ➡ Les conditions de vente ne sont plus mentionnées.
- ➡ MAIS le texte n'est **pas exhaustif** (« *notamment* »).

1. Les conditions générales de vente

❖ Le contenu des CGV :



Les conditions de règlement visent :

- Les **conditions d'escompte** (taux d'escompte accordé et le paiement comptant qui déclenche l'escompte ou l'absence d'escompte) ;
- Les **pénalités de retard** (taux minimum de trois fois le taux légal ; à défaut de mention, taux d'intérêt appliqué par la BCE majoré à 10 points) ;
- Les **délais de paiement** ; et
- L'**indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement** (fixée à 40 euros).

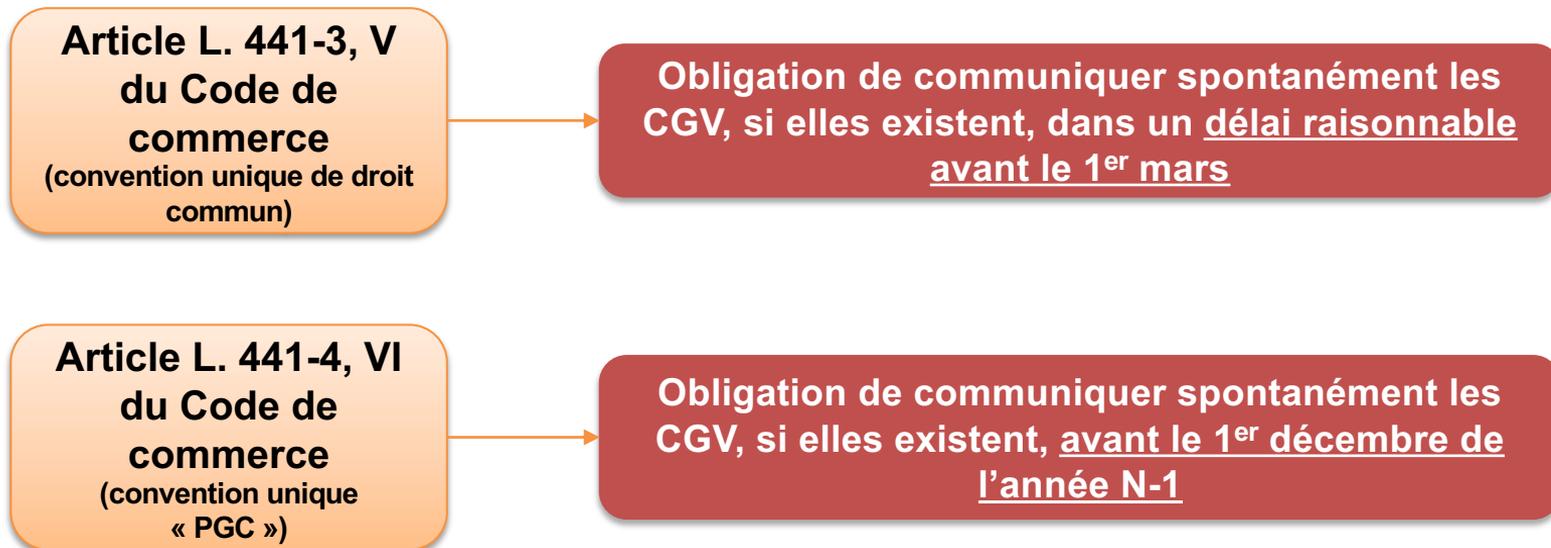


Les éléments de détermination du prix visent :

- Le **barème de prix unitaire** ; et
- Toutes les **réductions de prix** (notamment les remises promotionnelles ponctuelles et les ristournes différées de fin d'année).

1. Les conditions générales de vente

❖ Le calendrier des CGV en cas de convention unique :



1. Les conditions générales de vente

❖ L'opposabilité des CGV :

Article 1119 du Code civil :

« Les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre **que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées** ».



La charge de la preuve revient **au vendeur**.



Les CGV doivent avoir été **connues et acceptées** par l'autre partie, **au plus tard au moment de la formation du contrat**.



Refuser les CGV, avant l'ouverture des négociations, est **illégal** car cela revient à ne pas vouloir traiter avec ce fournisseur (**CEPC, avis n° 15-08 du 26 mars 2015**).



Dans le même sens : **Com., 27 mai 2015, n° 19-11.387** : l'inversion de l'initiative de la négociation par imposition des conditions d'achat sans négociation caractérise un déséquilibre significatif.

1. Les conditions générales de vente

❖ Les sanctions applicables :

- ➡ Substitution complète des sanctions administratives aux sanctions judiciaires.
- ➡ Tout manquement à l'obligation de communication des CGV est désormais passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder (article L. 441-1, IV du Code de commerce) :
 - **15.000 €** pour une **personne physique** ; et
 - **75.000 €** pour une **personne morale**.

Cas pratique n° 1 (CGV) – 1/2

L'entreprise de gros GROSSISTE 1 établit des CGV.
Son concurrent, GROSSISTE 2, lui demande ses CGV afin de connaître ses prix.

GROSSISTE 1 doit-il fournir à GROSSISTE 2 ses CGV indépendamment de tout besoin professionnel?

OUI

NON

Cas pratique n° 1 (CGV) – 2/2

L'entreprise de gros GROSSISTE 1 établit des CGV.

Son concurrent, GROSSISTE 2, lui demande ses CGV afin de connaître ses prix.

GROSSISTE 1 doit-il fournir à GROSSISTE 2 ses CGV si GROSSISTE 2, qui achète régulièrement au GROSSISTE 1, souhaite lui passer une commande de produits?

OUI

NON

Cas pratique n° 2 (CGV)

L'entreprise GROSSISTE 1 établit des CGV et a un réseau de distributeurs sélectifs liés par une interdiction de revente hors réseau.

L'entreprise REVENDEUR A, ancien membre du réseau de grossiste 1 dont le contrat a été résilié, lui demande ses CGV actuelles.

GROSSISTE 1 doit-il fournir ses CGV à REVENDEUR A?

OUI

NON

Cas pratique n° 3 (CGV catégorielles)

GROSSISTE 1 se demande comment rédiger ses CGV catégorielles.

Peut-il :

- Définir les catégories de façon discrétionnaire ou les catégories doivent-elles obéir à des critères objectifs?
- Faire une catégorie par client ou par enseigne?
- Créer une catégorie fondée sur des critères objectifs mais dans laquelle n'entre qu'un seul client?
- Appliquer aux différentes entités d'un même groupe des CGV catégorielles différentes selon l'appartenance des différentes entités du groupe à des catégories différentes?

Cas pratique n° 4 (refus de communication des CGV) – 1/2

Vous êtes un distributeur. Vous avez appris que l'un de vos fournisseurs avait modifié ses CGV en cours d'année mais n'en avait informé que certains clients privilégiés car ces CGV sont plus favorables en termes de remises.

Vous sollicitez communication de ces CGV et le fournisseur ne vous répond pas.

Cas pratique n° 4 (refus de communication des CGV) – 2/2

Que pouvez-vous faire?

- **Saisir l'administration? Est-ce votre seul recours?**
- **Agir au fond devant le tribunal de commerce?**
- **Agir en référé pour manquement à une obligation non sérieusement contestable?**
- **Agir en référé pour trouble manifestement illicite ou dommage imminent?**

Cas pratique n° 5 (CGA / CGV)

- **Les CGV priment-elles sur les CGA? ou sont-elles antérieures aux CGA, c'est-à-dire que la négociation doit débiter sur la base des CGV?**
- **Un distributeur peut-il faire prévaloir systématiquement ses CGA sur les CGV des fournisseurs?**
- **Pour être opposables et gouverner les relations, les CGV doivent-elles être :**
 - **Simplement disponibles sur le site Internet du fournisseur?**
 - **Communiquées par le fournisseur au distributeur?**
 - **Communiquées par le fournisseur et acceptées par le distributeur?**



PARTIE I. LES RÈGLES DE FORMALISME ET DE TRANSPARENCE DANS LE NON-ALIMENTAIRE

1. Les conditions générales de vente
- 2. Les conventions uniques**
3. La facturation
4. Les délais de paiement

2. Les conventions uniques

❖ Deux types de conventions uniques :

**Article L. 441-3 du
Code de commerce**



Convention unique de droit commun
(souple et allégée)

**Article L. 441-4 du
Code de commerce**



Convention unique spécifique aux PGC
(plus sévère et plus complète)

2. Les conventions uniques

❖ La convention unique de droit commun :

Article L. 441-3, I du Code de commerce

- ➡ Régime général applicable à **toute relation entre un fournisseur et un distributeur** (y compris les grossistes).
- ➡ Exclusion des fournisseurs de produits mentionnés à l'article L. 443-2 du Code de commerce.
- ➡ Convention établie soit dans un **document unique**, soit dans un **ensemble formé par un contrat-cadre et des contrats d'application**.

Cas pratique n° 7 (convention unique) – 1/2

La convention unique est-elle obligatoire entre :

- Un fournisseur a qui ne vend à ses distributeurs sélectifs et exclusifs que sur la base de ses CGV avec un tarif et des réductions de prix uniformes pour tout membre du réseau?
- Le même fournisseur a mais qui paie régulièrement à ses distributeurs des participations à leurs opérations de publicité locale?
- Un fournisseur et ses acheteurs qui transforment les produits avant de les revendre?
- Un grossiste en boissons qui vend des boissons à des CHR qui les revendent dans le cadre de leur activité?

Cas pratique n° 7 (convention unique) – 2/2

La convention unique est-elle obligatoire entre :

- Un fournisseur qui vend ses produits à des acheteurs qui les utilisent pour leurs propres besoins?
- Un fournisseur qui vend ses produits à un revendeur qui les revend en l'état et qui rend au fournisseur des services de coopération commerciale?
- Entre un fournisseur et les opérateurs économiques qui agissent envers lui en tant que courtiers?
- Entre un fournisseur de boissons, de chips et de cacahuètes et un cinéma qui les revend en l'état à l'occasion de la diffusion de films?
- Entre un fournisseur et un commissionnaire à l'achat?

2. Les conventions uniques

❖ La convention unique de droit commun :

Communication spontanée des CGV :

- Dans un délai raisonnable avant le 1^{er} mars.

(article L. 441-3, V du Code de commerce)

Signature de la convention unique :

- Date butoir fixée au 1^{er} mars

(article L. 441-3, IV du Code de commerce)

Convention pluriannuelle :

- La convention doit fixer les modalités selon lesquelles le prix convenu est révisé.
- La convention peut prendre en compte un ou plusieurs indices reflétant l'évolution du prix des facteurs de production.

(article L. 441-3, IV du Code de commerce)

Régime des avenants :

- Tout avenant doit faire l'objet d'un « écrit ».
- Cet écrit doit mentionner « l'élément nouveau le justifiant ».

(article L. 441-3, II du Code de commerce)

2. Les conventions uniques

❖ La convention unique de droit commun :

Article L. 441-3, III du Code de commerce

- ➡ Le « prix convenu » se définit **en trois fois net**, en y intégrant la coopération commerciale.
- ➡ La convention doit en effet, pour concourir à la détermination du prix convenu, fixer les obligations suivantes :
 - Les **conditions de l'opération de vente** des produits ou prestations de services, y compris les réductions de prix ;
 - Les **services de coopération commerciale** : lesquels doivent préciser l'objet, la date prévue, les modalités d'exécution, la rémunération des obligations ainsi que les produits ou services auxquels elles se rapportent, et la rémunération globale afférente à ces obligations ;
 - Les **autres obligations** ;
 - L'**objet, la date, les modalités d'exécution, la rémunération et les produits** auxquels il se rapporte de tout service ou obligation relevant d'un **accord conclu entre le distributeur et une centrale internationale** (nouveau résultat de la loi dite « DDADUE » du 3 décembre 2020).

Cas pratique n° 8 (coopération commerciale) – 1/2

Les services suivants font-ils partie de la coopération commerciale :

- L'attribution de têtes de gondoles?
- L'attribution d'emplacements privilégiés?
- La promotion publicitaire?
- L'élaboration et la diffusion de catalogues mettant en valeur les produits du fournisseur?
- La diffusion de planogrammes?
- La location de frigos exposant les boissons du fournisseur et permettant de les acheter fraîches?
- Les services logistiques?

Cas pratique n° 8 (coopération commerciale) – 2/2

Les services suivants font-ils partie de la coopération commerciale :

- Les modalités de livraison, de conditionnement et de stockage?
- La mise en rayon des produits?
- La présentation astucieuse des produits?
- des prestations d'optimisation des commandes, de paiement centralisé, et d'unité de négociation?
- La réalisation d'un chiffre d'affaires déterminé?
- La réalisation d'objectifs de vente?
- La détention d'une gamme?
- Des services relatifs à des produits MDD?

2. Les conventions uniques

❖ La convention unique spécifique aux PGC :

Article L. 441-4 du Code de commerce

- ➡ Convention unique **plus sévère à tous points de vue** uniquement réservée aux « *produits de grande consommation* ».
- ➡ Les PGC sont définis comme étant « *des produits non-durables à forte fréquence et à forte récurrence de consommation* », et sont listés au sein du Décret n° 2019- 1413 du 19 décembre 2019.
- ➡ **Exclusion des grossistes**, quand bien même ceux-ci achèteraient et revendraient des PGC. La définition des grossistes et les exclusions de l'ancien article L. 441-7-1 du Code de commerce sont conservées.

2. Les conventions uniques

❖ La convention spécifique aux PGC :

« I.-Le présent article est applicable à la convention mentionnée au I de l'article L. 441-3 lorsqu'elle est relative aux produits de grande consommation définis comme des produits non durables à forte fréquence et récurrence de consommation. La liste de ces produits de grande consommation est fixée par décret.

II.-Le présent article n'est pas applicable au grossiste, qui s'entend de toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles, achète des produits à un ou plusieurs fournisseurs et les revend, à titre principal, à d'autres commerçants, grossistes ou détaillants, à des transformateurs ou à tout autre professionnel qui s'approvisionne pour les besoins de son activité. Sont assimilés à des grossistes les centrales d'achat ou de référencement de grossistes.

Sont exclus de la notion de grossiste les entreprises ou les groupes de personnes physiques ou morales exploitant, directement ou indirectement, un ou plusieurs magasins de commerce de détail ou intervenant dans le secteur de la distribution comme centrale d'achat ou de référencement pour des entreprises de commerce de détail.

III.-La convention mentionne le barème des prix unitaires, tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, ou les modalités de consultation de ce barème dans la version ayant servi de base à la négociation.

IV.-La convention fixe le chiffre d'affaires prévisionnel, qui constitue, avec l'ensemble des obligations fixées par la convention conformément au III de l'article L. 441-3, le plan d'affaires de la relation commerciale. Lorsque sa durée est de deux ou trois ans, cette convention fixe les modalités selon lesquelles le chiffre d'affaires prévisionnel est révisé.

V.-La date d'entrée en vigueur de chacune des obligations prévues aux 1° à 3° du III de l'article L. 441-3 est concomitante à la date d'effet du prix convenu. Celui-ci s'applique au plus tard le 1er mars.

Les dispositions du 1° du III de l'article L. 441-3 relatives aux conditions dérogatoires de l'opération de vente ne sont pas applicables au présent article. [...] »

2. Les conventions uniques

❖ La convention unique spécifique aux PGC :

Communication spontanée des CGV :

- Avant le 1^{er} décembre de l'année N-1.

(article L. 441-4, VI du Code de commerce)

Refus/Acceptation des CGV :

- Délai raisonnable pour notifier par écrit les motifs de refus des CGV, l'acceptation des CGV ou, le cas échéant, les dispositions des CGV que l'on souhaite soumettre à négociation.

(article L. 441-4, VI du Code de commerce)

Convention PGC doit fixer :

- Le chiffre d'affaires prévisionnel ;
- Le plan d'affaires de la relation commerciale ;
- Les modalités selon lesquelles le chiffre d'affaires prévisionnel est révisé (si durée de 2 ou 3 ans).

(article L. 441-4, IV du Code de commerce)

Concomitance :

- Une concomitance entre la date d'entrée en vigueur des obligations visées aux 1° à 3° du III de l'article L. 441-3, et la date d'effet du prix convenu est prévue.

(article L. 441-4, V du Code de commerce)

2. Les conventions uniques

❖ Les sanctions applicables :

Article L. 441-6 du Code de commerce

- ➡ Article unique de sanctions administratives.
- ➡ Tout manquement aux dispositions des articles L. 441-3 à L. 441-5 est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder :
 - **75.000 €** pour une **personne physique** ; et
 - **375.000 €** pour une **personne morale**.

❖ En prévision des négociations 2022...

➡ Risque d'allongement des négociations :

- Les fournisseurs ont donc intérêt à **anticiper le timing des négociations**, notamment en cas de modifications apportées aux CGV (et notamment à la suite de la crise sanitaire).
- En pratique, envoi des CGV **au courant de l'automne et au plus tard le 1^{er} décembre 2021 pour les produits PGC.**
- Les fournisseurs (hors PGC) ont intérêt à **anticiper le « délai raisonnable »** laissé au distributeur pour notifier par écrit les dispositions des CGV qu'il souhaite modifier.
- Les fournisseurs ont également intérêt à **se ménager un délai suffisant pour tenir compte des difficultés de négociations qui pourraient exister de l'application des nouvelles dispositions propres aux produits alimentaires et « petfood ».**

❖ En prévision des négociations 2022...

 Sanctions infligées pour ne pas avoir été en mesure de signer la convention unique avant le 1^{er} mars :

- Une **amende de 6.340.000 euros** a été prononcée par la DIRECCTE Ile-de-France à l'encontre de la centrale d'achat EURELEC TRADING SCRL pour des manquements à son obligation de signature de conventions conclues avec ses fournisseurs français au plus tard le 1^{er} mars de l'année de leur application.
= **Décision de sanction du 1^{er} octobre 2020.**
- **INTERMARCHÉ, SYSTÈME U et CARREFOUR** s'étaient déjà fait condamner respectivement à **211.000 euros, 1.140.000 euros et 2.931.000 euros** d'amende pour manquements à leur obligation de signature des conventions conclues avec leurs fournisseurs au plus tard le 1^{er} mars.
= **Décisions de sanction du 11 février 2020** (31 manquements, 140 manquements et 157 manquements).

❖ En prévision des négociations 2022...

➡ Avis de la CEPC n° 21-2 du 18 mars 2021 :

Il a été considéré par la cepec qu'il est illicite de conclure une convention unique formée d'un contrat-cadre à durée indéterminée et de contrats d'application d'une durée comprise entre un et trois ans.

❖ En prévision des négociations 2022...

➡ Recommandation n° 21-1 relative à un guide de bonnes pratiques en matière de contrats pluriannuels dans les relations entre industriels et distributeurs :

- Recommandation de la CEPC publiée le 23 septembre 2021.
- La CEPC rappelle que la pluriannualité « *permet d'inscrire la relation commerciale dans la durée et d'éviter la renégociation tous les ans de l'intégralité des éléments qui caractérisent cette relation* ».
- La CEPC précise en outre les modalités de sa mise en œuvre aux stades de la négociation, de l'exécution et de la fin du contrat.



PARTIE I. LES RÈGLES DE FORMALISME ET DE TRANSPARENCE DANS LE NON-ALIMENTAIRE

1. Les conditions générales de vente
2. Les conventions uniques
- 3. La facturation**
4. Les délais de paiement

3. La facturation

❖ Harmonisation des règles :

Sous-section 1 « *Facturation* » : article L. 441-9 du Code de commerce

- ➡ Regroupement des dispositions en une **sous-section spécifique**.

- ➡ La facture doit mentionner :
 - Les **mentions requises** par l'article 242 nonies A de l'annexe II au Code général des impôts ;
 - Les **dix mentions** résultant des **articles R. 123-237 et R. 123-238** du Code de commerce ; ainsi que
 - Les **treize mentions** résultant de l'**article L. 441-9, I, alinéa 4** du Code de commerce.

3. La facturation

❖ Mentions sur facture :

Article L. 441-9, I, alinéas 3 à 5 du Code de commerce



La facture doit comporter les mentions suivantes :

1. Le **nom et l'adresse des parties** ;
2. L'**adresse de facturation des parties** si celle-ci est différente ;
3. La **date** de la vente ou de la prestation de services ;
4. La **quantité** ;
5. La **dénomination précise** ;
6. 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 ;
7. La **date à laquelle le règlement doit intervenir** ;
8. Les **conditions d'escompte applicables** ;
9. 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 ;
10. Le **numéro de bon de commande** si celui-ci a été préalablement établi par l'acheteur.

3. La facturation

❖ Les sanctions applicables :

- ➡ Substitution complète des **sanctions administratives** aux sanctions pénales.
- ➡ Les infractions aux règles de facturation sont désormais passibles d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder (article L. 441-9, II du Code de commerce) :
 - **75.000 €** pour une **personne physique** ; et
 - **375.000 €** pour une **personne morale**.
- ➡ Le maximum de l'amende encourue en cas de réitération est porté à :
 - **150.000 €** pour une **personne physique** ; et
 - **750.000 €** pour une **personne morale**.

3. La facturation

❖ Les sanctions applicables :

Article L. 441-9, I, alinéa 2 du Code de commerce :

« **Le vendeur est tenu de délivrer** la facture dès la réalisation de la livraison ou de la prestation de services au sens du 3 du I de l'article 289 du code général des impôts. **L'acheteur est tenu de la réclamer.** ».



Coresponsabilité du vendeur et de l'acheteur :

Les obligations étant réciproques, elles pèsent tant sur l'émetteur que sur le destinataire de la facture.

3. La facturation

❖ Facturation électronique interentreprises :

- La loi dite « Pacte » du 22 mai 2019 a imposé la facturation électronique pour les contrats de la commande publique en cours d'exécution ou conclus postérieurement au 1^{er} janvier 2020.
- La loi de finances pour 2020 a posé le principe de la mise en place progressive du recours obligatoire à la facturation électronique entre opérateurs assujettis à la TVA.
- Sur habilitation de la loi de finances pour 2021, le Gouvernement vient d'adopter une ordonnance qui fixe les principes régissant cette nouvelle obligation : **ordonnance n° 2021-1190 du 15 septembre 2021.**



La facturation électronique pour les transactions interentreprises deviendra obligatoire selon un calendrier déterminé en fonction de la taille des entreprises débutant le 1^{er} juillet 2024 et s'achevant le 1^{er} janvier 2026.

Cas pratique n° 9 (facturation)

Un distributeur fait l'objet d'un contrôle de l'administration relatif aux factures reçues de ses fournisseurs.

L'administration conteste 100 factures portant la mention « *coopération commerciale* ».

Peut-il faire valoir que :

- La dénomination du service est indiquée et remplit les conditions requises par l'article L. 441-9 du code de commerce?
- Les factures ont été rédigées par ses fournisseurs et qu'il n'en est pas l'auteur?
- Il a déjà envoyé 300 LRAR à ses fournisseurs pour leur réclamer des factures conformes?
- La facture peut aisément être complétée par les éléments extrinsèques figurant dans la convention unique qui est très détaillée?



PARTIE I. LES RÈGLES DE FORMALISME ET DE TRANSPARENCE DANS LE NON-ALIMENTAIRE

1. Les conditions générales de vente
2. Les conventions uniques
3. La facturation
- 4. Les délais de paiement**

4. Les délais de paiement

❖ Réorganisation et clarification des règles :

Sous-section 2 « *Délais de paiement* » : articles L. 441-10 à L. 441-16 du Code de commerce

➡ Regroupement des dispositions en une **sous-section spécifique, sans modification de fond majeure :**

- Dispositions générales de fond (article L. 411-10) ;
- Dérogations relatives aux délais de paiement spécifiques (article L. 411-11) ;
- Dérogations relatives aux délais de paiement dérogatoires (article L. 411-11) ;
- Dispositions relatives à l'export et à l'outre-mer (articles L. 441-12 et L.441-13) ;
- Dispositions relatives aux obligations des commissaires aux comptes (article L. 441-14) ;
- Dispositions relatives à la faculté de rescrit (article L. 441-15) ;
- Dispositions relatives aux sanctions (article L. 441-16).

4. Les délais de paiement

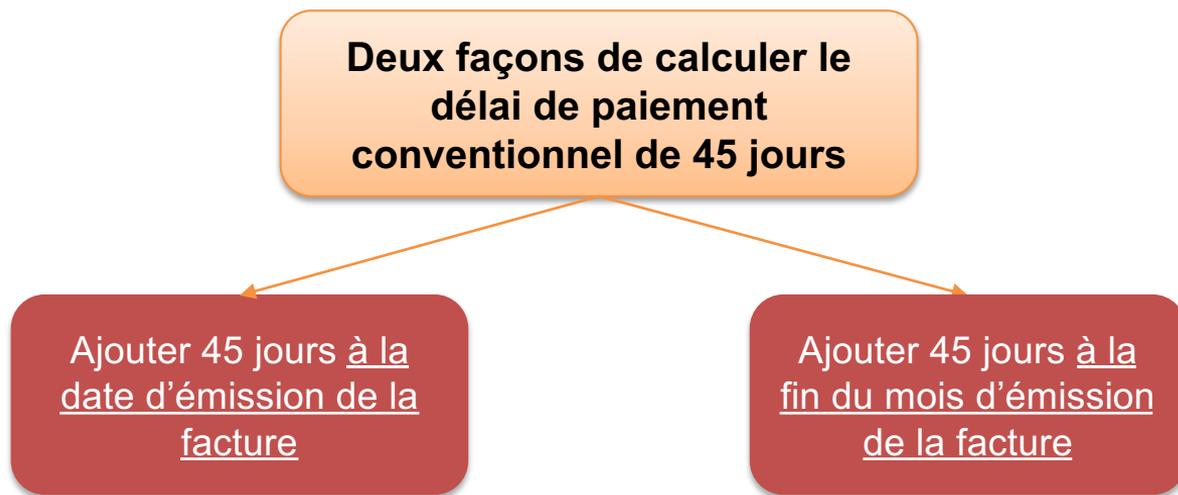
❖ Les règles sur les délais de paiement :



CEPC, Avis n° 17-5 du 22 mars 2017 : le point de départ d'un délai de paiement ne peut pas être la date de réception de la facture.

4. Les délais de paiement

❖ Les règles sur les délais de paiement :



➡ Le mode de calcul doit **être convenu au préalable entre les parties.**

4. Les délais de paiement

❖ Les règles sur les délais de paiement :

Délais de paiement
spécifiques
alimentaire et
boissons

1° au 4° du II de l'article L. 441-11 du Code de
commerce

Délai de paiement
spécifique aux
transports

5° du II de l'article L. 411-11 du Code de commerce

Délais dérogatoires
(5 secteurs)

6° au 10° du II de l'article L. 411-11 du Code de
commerce (et article L. 441-12 pour l'export hors UE)

4. Les délais de paiement

❖ Les règles sur les délais de paiement :

**Factures périodiques
(ou récapitulatives)**

**45 jours après la date d'émission de la facture
(article L. 411-10, I, alinéa 4 du Code de commerce
et article 289, I, 3° du CGI)**

Export hors UE

**90 jours maximum à compter de la date d'émission
de la facture (article L. 441-12 du Code de commerce)**

**Décompte spécifique
outre-mer**

**À compter du 21^{ème} jour suivant la date de mise à
disposition ou du dédouanement (article L. 441-13 du
Code de commerce)**

4. Les délais de paiement

❖ Les contrôles :



Multiplication des contrôles :

- 2019 : 271 décisions de sanctions (et 1.500 entreprises contrôlées).
- 2020 : 209 décisions de sanctions.
- 1^{er} semestre 2021 : 95 procédures d'amende administrative (77 décisions notifiées et 18 procédures de sanction en cours).



Sanctions prononcées et publiées de plus en plus lourdes :

- 2019 : 33,90 millions d'euros au total.
- 2020 : 22,4 millions d'euros au total.
- 1^{er} semestre 2021 : 16,3 millions d'euros au total.



Depuis 2014 : **1.452 amendes notifiées** représentant **98,8 millions d'euros**.

4. Les délais de paiement

❖ Les sanctions applicables :

- ➡ Le fait de ne pas respecter les dispositions des articles L. 441-10 à L. 441-13 est puni d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder :
 - **75.000 €** pour une **personne physique** ; et
 - **2 millions €** pour une **personne morale**.
- ➡ Sous les mêmes sanctions, **sont interdites les clauses ou pratiques ayant pour effet de retarder abusivement le point de départ des délais de paiement mentionnés aux articles L. 441-10 à L. 441-13 du Code de commerce.**
- ➡ Le maximum de l'amende encourue en cas de réitération est porté à :
 - **150.000 €** pour une **personne physique** ; et
 - **4 millions €** pour une **personne morale**.

4. Les délais de paiement

❖ Les sanctions applicables :

Article L. 470-2 du Code de commerce : « Name and Shame »



Publication systématique de la sanction :

- Sur le **site de la DGCCRF** (alinéa 1^{er}) ;
- Sur un **support habilité à recevoir des annonces légales** (alinéa 2) ;



Publication possible de la sanction :

- Sur **tous supports** en fonction des circonstances (alinéa 2), notamment sur la page d'accueil du site Internet de l'entreprise contrevenante.

4. Les délais de paiement

❖ Les sanctions applicables :

Lignes directrices de la DGCCRF du 2 décembre 2021

➡ Des Lignes directrices ont été très récemment établies par la DGCCRF afin d'explicitier les conditions dans lesquelles sont déterminées les sanctions prononcées par l'intermédiaire des DREETS.

Ces lignes directrices (de 5 pages) sont scindées en 3 parties :

- 1) Cadre juridique ;
- 2) Déroulement des enquêtes et de leurs suites ;
- 3) Détermination du montant de l'amende.

4. Les délais de paiement

❖ Les sanctions applicables :

Lignes directrices de la DGCCRF du 2 décembre 2021

- ➔ S'agissant de la détermination du montant de l'amende, les Lignes directrices précisent qu'elle procède « *à la fois d'une méthodologie harmonisée entre les différentes DREETS et d'une analyse particulière au cas par cas tenant compte des circonstances particulières de chaque espèce* ».
- ➔ Elles précisent en outre que :
- Le montant de base et critère principal de détermination de l'amende est **le montant de la rétention de trésorerie** générée par les manquements ;
 - Le résultat de ce calcul est **ajusté** en tenant compte de la taille de l'entreprise (en fonction de l'importance de son chiffre d'affaires) et de l'importance relative du retard par rapport au délai maximum prévu par la réglementation.

4. Les délais de paiement

❖ Les sanctions applicables :

Lignes directrices de la DGCCRF du 2 décembre 2021

➔ Les Lignes directrices précisent en outre que :

- Le montant de base de l'amende peut **être majoré en cas de réitération** des manquements dans un délai de 2 ans à compter de la première décision de sanction devenue définitive ;
- Le maximum légal est de **2 millions d'euros** ;
- Le maximum légal est de **4 millions d'euros en cas de réitération** ;
- La **situation financière de l'entreprise est prise en compte** (au vu des éléments transmis + possibilité de solliciter un étalement du paiement de l'amende).

4. Les délais de paiement

❖ Les procédures de contestation :



Après la phase contradictoire au cours de laquelle l'entreprise est invitée à formuler ses observations écrites ou orales sur la sanction proposée par l'Administration, il est encore possible de contester :

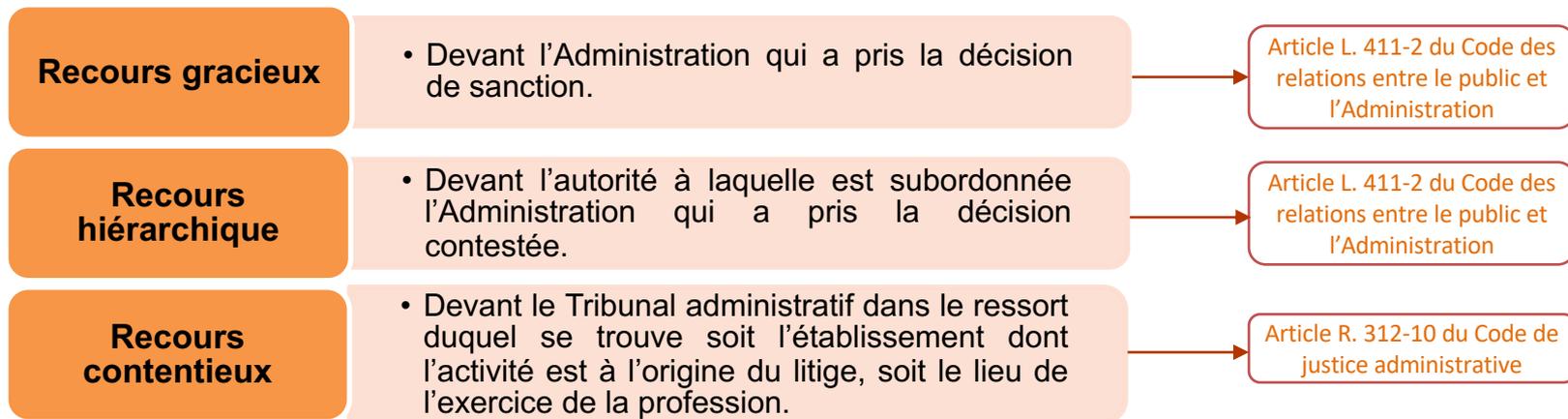
- Le **montant de la sanction** ; et/ou
- La **publication de la sanction**.



L'entreprise qui contester la condamnation ne risque **pas une aggravation de la sanction** : la décision du juge administratif ne peut conduire à aggraver la situation de la personne sanctionnée (**Déc. n° 88-248 DC du 17 janvier 1989**).

4. Les délais de paiement

❖ Les procédures de contestation :



 Délai de **2 mois** à compter de la notification de la décision de sanction.



 **Pas d'effet suspensif.**

 Possibilité de former un **référé-suspension** s'agissant de la publication.

Cas pratique n° 10 (délais de paiement)

Votre entreprise vient de faire l'objet d'un contrôle des délais de paiement des factures de vos fournisseurs.

Votre entreprise a convenu avec ses fournisseurs étrangers de délais de paiement compris entre 90 et 120 jours date de facture. ce comportement est-il susceptible de faire l'objet d'une amende administrative?

En théorie, selon la CEPC?

OUI

NON

En pratique, selon la pratique de contrôle de la DGCCRF?

OUI

NON

Cas pratique n° 11 (délais de paiement)

Votre entreprise a payé 100 de ses fournisseurs de produits et 100 de ses transporteurs en retard.

Que risque-t-elle?

200 amendes de 2 millions d'euros?

OU

2 amendes de 2 millions d'euros?

Cas pratique n° 12 (délais de paiement) – 1/2

Lors d'un contrôle, il apparaît que votre entreprise a réglé en retard de nombreux fournisseurs et de nombreuses factures (10% en nombre et en valeur sur l'échantillon contrôlé).

Pour échapper à une condamnation, pouvez-vous faire valoir :

- Le fait que vous êtes vous-même confronté à d'importants retards de paiement de vos clients?
- Qu'une partie des factures litigieuses n'ont été réglées qu'avec un léger retard?
- Que vos manquements à la réglementation sont liés à l'inexécution des obligations de facturation de vos fournisseurs qui vous envoient régulièrement leurs factures bien après la livraison et même bien après la date de la facture?
- Que la procédure est nulle car la procédure administrative présente des garanties moindres que les procédures judiciaires?

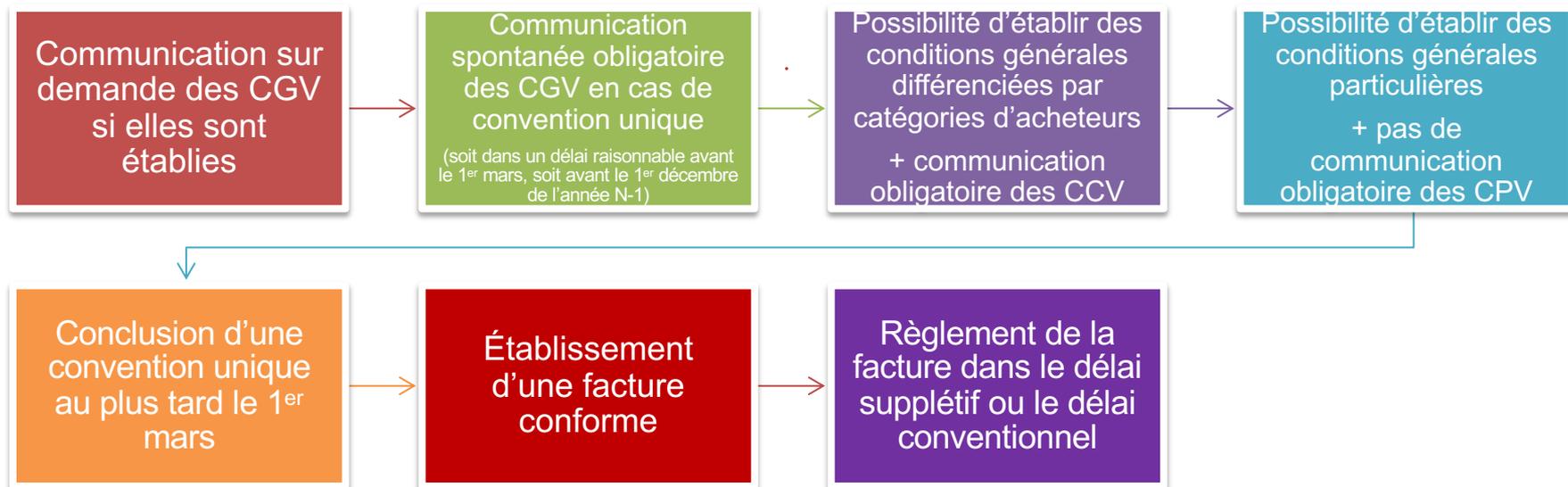
Cas pratique n° 12 (délais de paiement) – 2/2

Lors d'un contrôle, il apparaît que votre entreprise a réglé en retard de nombreux fournisseurs et de nombreuses factures (10% en nombre et en valeur sur l'échantillon contrôlé).

Pour échapper à une condamnation, pouvez-vous faire valoir :

- Que le cumul par l'administration des fonctions de constatation des infractions, d'instruction et de sanction des dépassements des délais de paiement est contraire à la CEDH?
- Que l'administration a effectué une erreur grossière de calcul dans le taux de dépassement qui n'est pas de 60% mais inférieur à 3% et que dès lors la publication de la décision de sanction vous faisant passer à tort comme un très mauvais payeur doit être suspendue en référé?

❖ Récapitulatif de la structuration de la négociation et de la contractualisation :





PARTIE II. LE DROIT DES PRATIQUES RESTRICTIVES ET ABUSIVES



PARTIE II. LE DROIT DES PRATIQUES RESTRICTIVES ET ABUSIVES

- 1. Les règles de fond**
2. Les règles de procédure

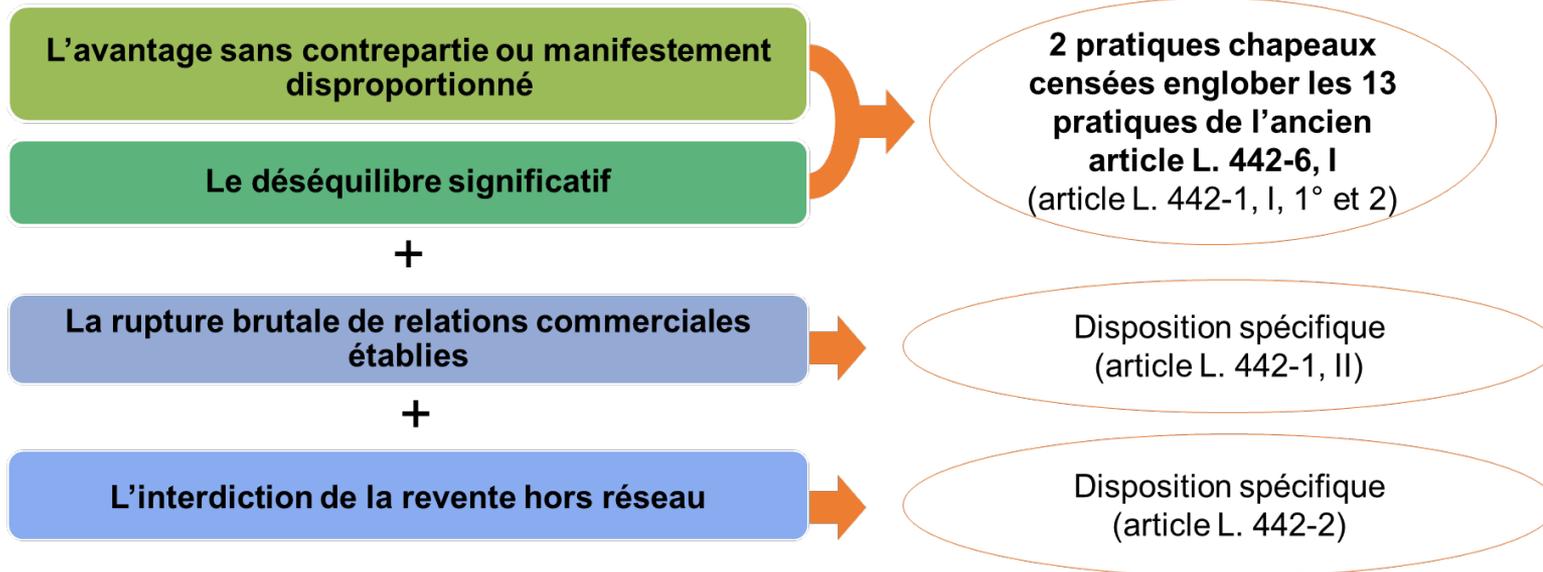


PRÉSENTATION DES PRATIQUES RESTRICTIVES ET ABUSIVES

1. Les règles de fond

❖ Présentation des pratiques restrictives :

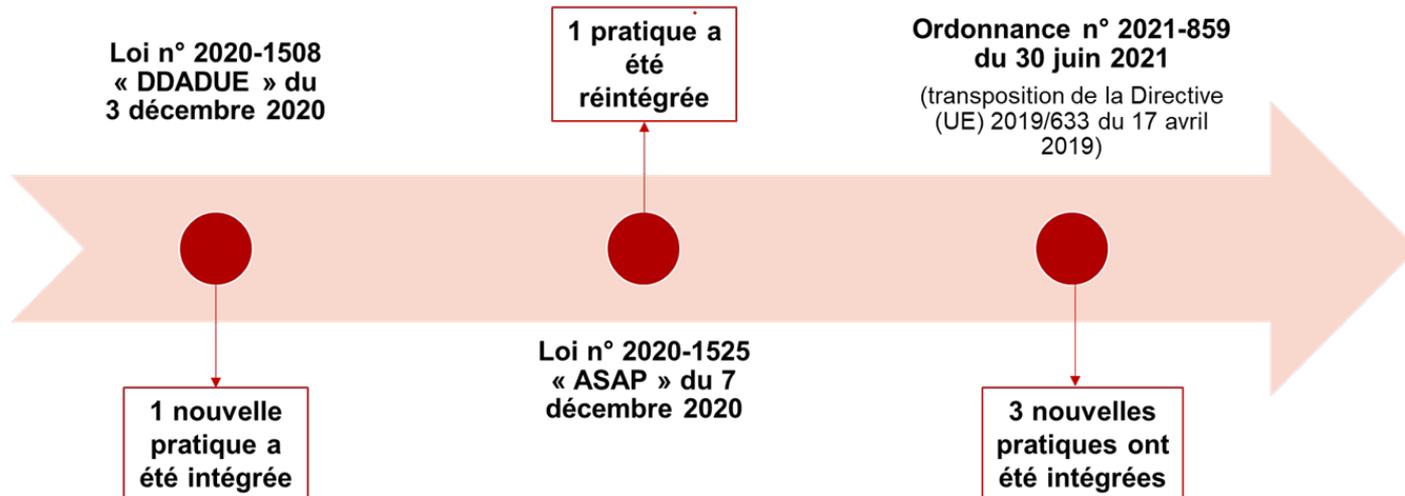
➔ Depuis la loi dite « Egalim » et l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 :



1. Les règles de fond

❖ Présentation des pratiques restrictives :

➡ Mais depuis, plusieurs autres pratiques ont été intégrées, voire réintégrées :



1. Les règles de fond

❖ Présentation des pratiques restrictives :

 Il s'agit précisément des pratiques suivantes :

Article L. 442-1, III	<ul style="list-style-type: none"> • Le non respect des obligations prévues par le Règlement (UE) n° 2019/1150 du 20 juin 2019 a été introduit par la loi « DADDUE » du 3 décembre 2020.
Article L. 442-1, I, 3°	<ul style="list-style-type: none"> • L'interdiction des pénalités logistiques, qui constituait la pratique de l'ancien article L. 442-6, I, 4° du Code de commerce, a été réintégrée par la loi « ASAP » du 7 décembre 2020.<
Article L. 443-5	<ul style="list-style-type: none"> • L'annulation de commande à trop brève échéance de produits agricoles et alimentaires périssables mentionnées à l'article L. 411-11, II, 1° du Code de commerce.
Article L. 443-6	<ul style="list-style-type: none"> • L'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicites de secrets d'affaire par un acheteur de produits agricoles et alimentaires.
Article L. 443-7	<ul style="list-style-type: none"> • Le refus, par toute personne exerçant des activités de production, de transformation, de distribution ou de services, de confirmer par écrit les conditions d'un contrat non conclu sous forme écrite et portant sur des produits agricoles et alimentaires.

1. Les règles de fond

❖ Présentation des pratiques restrictives :

➡ Et depuis la loi dite « Egalim 2 » du 18 octobre 2021 :

↳ 1 nouvelle pratique :

- Le **principe de non discrimination pour les produits alimentaires et les produits destinés à l'alimentation des animaux** (art. L. 442-1, I, 3°).

➡ Il existe donc désormais **10 pratiques comportementales**.

1. Les règles de fond

❖ Présentation des pratiques abusives :

➡ Sont interdites les clauses et comportements qui prévoient :

Article L. 442-3, a) du Code de commerce

La possibilité de bénéficier rétroactivement de remises, ristournes ou d'accords de coopération commerciale

Article L. 442-3, b) du Code de commerce

La possibilité de bénéficier automatiquement de conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant

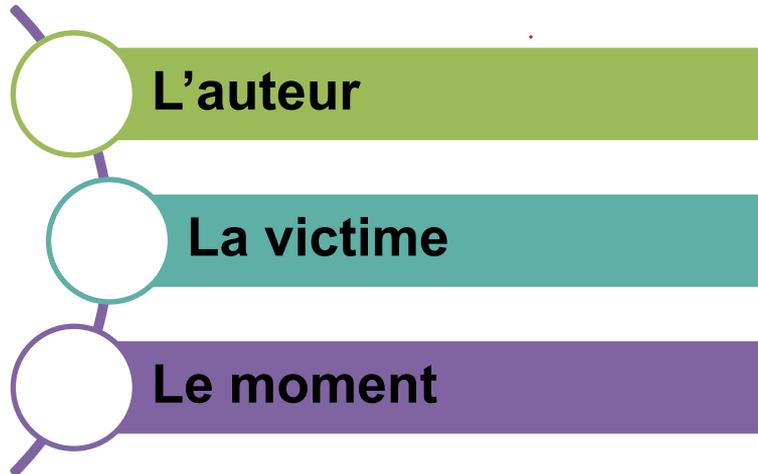
Article L. 442-3, c) du Code de commerce

D'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur elle

1. Les règles de fond

❖ Champ d'application de l'article L. 442-1 du Code de commerce :

↳ Le champ d'application a été élargi en ce qui concerne :



1. Les règles de fond

❖ Champ d'application de l'article L. 442-1 du Code de commerce :

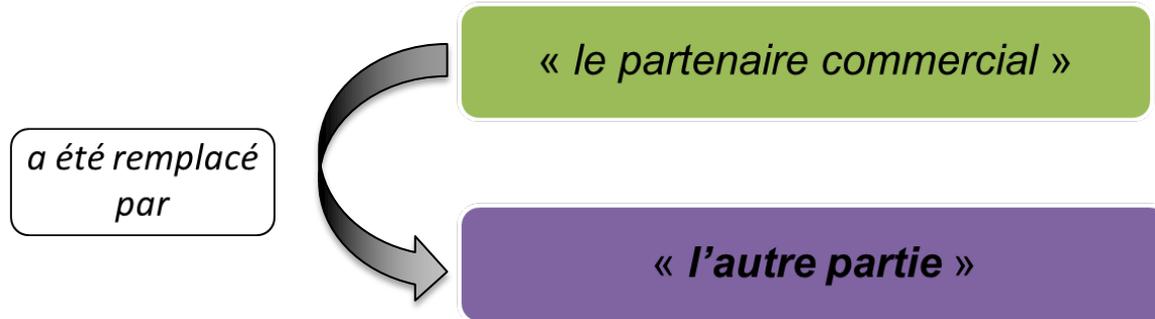
 Auteur :



1. Les règles de fond

❖ Champ d'application de l'article L. 442-1 du Code de commerce :

↳ Victime :



- ☰ notion plus large qui permet d'inclure toutes les situations où le déséquilibre significatif est imposé à un cocontractant dans le cadre de son activité de distribution, de production ou de services.
- ☰ application plus large du déséquilibre significatif **aux relations contractuelles, même ponctuelles, sans que des critères d'intensité ou de durée des échanges entre les partenaires ne rentrent en compte.**

1. Les règles de fond

❖ Champ d'application de l'article L. 442-1 du Code de commerce :

 Victime :

- Ancienne définition : **CA Paris, 27 septembre 2017, n° 16/11262**

« un partenaire se définit comme le professionnel avec lequel une entreprise commerciale entretient des relations commerciales pour conduire une activité quelconque, ce qui suppose une volonté commune et réciproque d'effectuer de concert des actes ensemble dans des activités de production, de distribution ou de services, par opposition à la notion plus large d'agent économique ou plus étroite du cocontractant ».

- Nouvelle définition : **Com., 15 janvier 2020, n° 18-10.512**

Le partenaire commercial au sens de l'article L. 442-6 du Code de commerce « **est la partie avec laquelle l'autre partie s'engage, ou s'apprête à s'engager, dans une relation commerciale** ».

- ☰ **conception extensive de la Cour de cassation** excluant l'idée d'un projet commun mais faisant toujours référence à une relation commerciale.

1. Les règles de fond

❖ Champ d'application de l'article L. 442-1 du Code de commerce :

 Moment :



- Désormais, le déséquilibre significatif peut être sanctionné **alors même que la négociation n'aboutit pas à la conclusion du contrat** (exemples : refus de modifier une clause déséquilibrée ou de contracter à un prix raisonnable). Mais le texte peut conduire à restreindre la liberté que l'on a lors de la négociation du contrat. Le déséquilibre significatif dans le cadre de l'exécution du contrat peut aussi être sanctionné.



L'AVANTAGE SANS CONTREPARTIE OU MANIFESTEMENT DISPROPORTIONNÉ

1. Les règles de fond

❖ L'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné :

Article L. 442-1, I, 1° Code de commerce

« I. Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services :

1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie ».

1. Les règles de fond

❖ L'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné :

➡ Le domaine matériel :

- L'article L. 442-1, 1° du Code de commerce vise **un avantage**.
 - **Appréciation au regard de la contrepartie effectivement rendue**
 - (au lieu du « *service commercial effectivement rendu* »).
 - **Quelles exclusions ?**

1. Les règles de fond

❖ L'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné :



Les conditions :

- L'article L. 442-1, 2° du Code de commerce pose une condition :

① Un résultat :

- **Un avantage ne correspondant à aucune contrepartie effectivement rendue.**
- **Un avantage manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie.**

- Aucune condition de soumission n'est exigée (CA Paris, 13 juin 2018, n° 18/04602).

1. Les règles de fond

❖ L'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné :

Le contrôle judiciaire du prix :

- Lors de l'adoption de la réforme, la doctrine estimait que le nouvel article L. 442-1, I, 1° du code de commerce semblait consacrer un contrôle judiciaire de la lésion.
- Toutefois, la jurisprudence semble désormais prendre le contre-pied de cette analyse :

CA Paris, 4 novembre 2020, n° 19/09129 (rendu sous l'empire de l'ancien article L. 442-6 °) :

Il a été jugé qu'en raison de la libre négociation du prix, le contrôle judiciaire du prix demeure exceptionnel en matière de pratiques restrictives de concurrence. Ainsi, **lorsque le prix n'a pas fait l'objet d'une libre négociation, ce contrôle ne peut intervenir en dehors du déséquilibre significatif.**

→ Décision ayant fait l'objet d'un pourvoi.

1. Les règles de fond

❖ L'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné :

➡ Le contrôle judiciaire du prix :

T. Com Paris, 11 mai 2021, « *Ministre de l'Économie c/ Galec* », n° 2018014864 :

↳ **refus des juges de contrôler les réductions tarifaires sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce.**

↳ **il semble que les juges auraient été mieux disposés si la demande avait été formée sur le fondement de l'ancien article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce (déséquilibre significatif).**

Question en débat : cette jurisprudence restrictive sera-t-elle également appliquée au nouvel article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce ?

1. Les règles de fond

❖ La concurrence de l'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné avec le déséquilibre significatif :

- Faut-il penser que les parties à une instance feront systématiquement le choix par facilité d'invoquer l'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné, plutôt que le déséquilibre significatif, ou tenteront d'invoquer simultanément les deux ?
- Existe-il des clauses pour lesquelles seul le déséquilibre significatif peut être invoqué ?
- **Oui**, car le déséquilibre significatif est un déséquilibre juridique créé par une obligation (non réciproque sauf justification objective, disproportionnée, arbitraire, discrétionnaire...etc.) n'impliquant **pas de prise en compte de la contrepartie économique**.
- **Jurisprudence récente « Subway » du 2 juin 2020** neutralisant les clauses attributives de compétence déséquilibrées nonobstant l'autonomie de ces clauses dans les rapports avec les PME.
- La jurisprudence restrictive sur le contrôle du prix sur le fondement de l'avantage sans contrepartie conduit à utiliser le déséquilibre significatif pour contester le prix.

1. Les règles de fond

❖ La concurrence de l'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné avec le déséquilibre significatif :

- Il s'avère qu'une même pratique peut **être poursuivie sur plusieurs fondements**, ce qui induit une **liberté de choix pour le poursuivant**, que ce soit le ministre ou la victime.
- Lors de la réforme, la doctrine pensait que l'on pouvait **s'attendre à ce que l'avantage sans contrepartie devienne l'instrument privilégié** de contrôle des déséquilibres contractuels, au détriment du déséquilibre significatif, notamment en raison du fait qu'un seul constitutif doit être prouvé en ce qui concerne l'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné à la différence du déséquilibre significatif pour lequel il y a en a deux.
- Néanmoins, **il semble que ce ne soit pas le cas dans les faits** car en pratique, des jugements et arrêts permettent d'établir que les parties poursuivantes continuent de se fonder sur le déséquilibre significatif.
- À titre illustratif : **T. Com., 22 février 2021, n° 2016/071676.**



LE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF



1. Les règles de fond

❖ Le déséquilibre significatif :

Article L. 442-1, I, 2° Code de commerce

« 1. Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services :

2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

1. Les règles de fond

❖ Le déséquilibre significatif :



Le domaine matériel :

- L'article L. 442-1, 2° du Code de commerce vise **des obligations**.
 - **Quels contrats ?**
 - **Quelles exclusions ?**
 - Relations sociétaires (GIE, société coopérative de commerçants détaillants) ;
 - Relations régies par le Code monétaire et financier (Com., 15 janvier 2020, n° 18-10.512) ;
 - Louage d'un local à usage commercial (exclusion qui semble désormais non conforme au droit européen – CJUE, 9 juillet 2020, aff. C-199/190).

1. Les règles de fond

❖ Le déséquilibre significatif :

➡ Le domaine matériel :

- Exclusion des baux ?
- Par un récent **arrêt du 9 juillet 2020 (aff. C-199/190)**, il a été considéré par la Cour de justice de l'Union que **la réglementation relative aux délais de paiement doit s'appliquer aux baux** en ce que « *la remise, à titre onéreux, d'un bien immobilier pour un usage temporaire, tel qu'un contrat de location d'un local professionnel, constitue une transaction commerciale conduisant à une prestation de services* » au sens de l'article 2, point 1 de la Directive n° 2011/7/UE du 16 février 2011.

☰ **solution a priori transposable au déséquilibre significatif.**

1. Les règles de fond

❖ Le déséquilibre significatif :

 Les conditions :

- L'article L. 442-1, 2° du Code de commerce pose deux conditions :

① Un résultat : **des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.**

② Un comportement : **soumettre ou tenter de soumettre.**

- La soumission « *implique de démontrer l'absence de négociation effective des clauses incriminées* » (**Com., 20 novembre 2019, n° 18-12.823**).

1. Les règles de fond

❖ Le déséquilibre significatif :

 La jurisprudence récente :

CA Paris, 27 juin 2019, n° 18-07576 :

*« Que, **nonobstant le caractère pré-rempli des clauses du contrat qui ne suffit pas à prouver la soumission ou la tentative de soumission** au sens de l'article L. 442-6 précité, il convient de rechercher si la société Avenir Télécom, laquelle s'est reconnue au contrat comme professionnelle, en matière de logistique et donc de stockage, **disposait ou non d'un pouvoir réel de les négocier** ;*

*Qu'à cet égard, **le rapport de force entre les parties, compte tenu de leur taille, de leur poids économique et de leur présence sur le marché ne traduit pas un déséquilibre économique**, aucun élément n'étant produit en faveur d'un risque encouru par la société Avenir Télécom en cas de refus de la clause litigieuse ;*

*Que **la soumission ou tentative de soumission de la société Avenir Télécom à des conditions créant un déséquilibre significatif entre les parties n'est pas établie** et que, par infirmation du jugement, l'application de l'article L. 442-6 1° du code de commerce sera écartée ; »*

1. Les règles de fond

❖ Le déséquilibre significatif :



La jurisprudence récente :

T. Com., 2 septembre 2019, n° 2017050625 :

Il a été considéré par le Tribunal que **lorsque l'impossibilité de négociation est consubstantielle au type de distribution en cause, l'existence d'une soumission ou d'une tentative de soumission doit être recherchée dans la teneur du rapport de forces entre les parties, le caractère incontournable ou non de la relation pour l'une d'elles et la praticabilité d'un changement de partenaire.**

CA Paris, 5 septembre 2019, n° 17-01506 :

Il a été jugé que **le fournisseur qui n'apporte aucun élément de contexte sur les conditions de négociation du contrat qu'il prétend déséquilibré, alors qu'il ne s'agit pas d'un contrat-type, n'établit pas la condition de soumission** visée à l'article L. 442-1, I, 2° (ancien art. L. 442-6, I, 2°) du Code de commerce.

1. Les règles de fond

❖ Le déséquilibre significatif :



La jurisprudence récente :

Com., 31 mars 2021, n° 19-16214 :

*« l'arrêt retient que **la rédaction du contrat en anglais n'était pas de nature à empêcher M. Tonnelier de comprendre la portée de ses clauses**, celui-ci s'exprimant lui-même dans cette langue, et relève que les négociations avaient duré plus de trois mois, au cours desquels le projet de contrat avait été amendé à plusieurs reprises, à la demande de chacune des deux parties, et que la société Mobilead avait elle-même reconnu « être en phase » avec le projet négocié. En déduisant de ces constatations et appréciations que les termes du contrat avaient été négociés par les deux sociétés, la cour d'appel, qui a procédé aux recherches invoquées par les deux premières branches, a légalement justifié sa décision. »*

*« l'arrêt retient que **l'asymétrie entre les conditions dans lesquelles chacune des parties pouvait faire usage de cette faculté [de résiliation] résultait de l'économie générale du contrat** ».*

1. Les règles de fond

❖ Le déséquilibre significatif :



La jurisprudence récente :

Com., 1^{er} juillet 2021, n° 19/04035 :

La Chambre commerciale a jugé que le partenaire qui a **activement participé à la rédaction des clauses dénoncées en proposant des modifications acceptées par l'autre partie ne peut prétendre avoir été soumis à un déséquilibre significatif.**

Com., 7 juillet 2021, n° 19-22.807 :

Il a été considéré que **le caractère pré-rempli du contrat présenté à un professionnel du secteur, qui, eu égard à sa taille, son poids économique et sa présence sur le marché, n'est pas placé dans un rapport de forces déséquilibré, ne suffit pas à établir la soumission ou la tentative de soumission.**

1. Les règles de fond

❖ Le déséquilibre significatif :



Les conditions :

- D'une manière générale, le nouveau droit du déséquilibre significatif semble plus difficile **dans son application**.
- Les juges sont **de plus en plus exigeants** en ce qui concerne les conditions du déséquilibre significatif, et en particulier celle de la soumission.

Elle considère souvent que les éléments rapportés sont seulement des éléments d'un faisceau d'indices qui doit nécessairement être complété par la preuve d'une absence de négociation effective.

- La jurisprudence semble donc adopter une **interprétation plus restrictive**.

1. Les règles de fond

❖ Le déséquilibre significatif :



Le contrôle judiciaire du prix :

Cons. const., 13 janvier 2011, n° 2010-85, QPC : le Conseil constitutionnel a considéré que les dispositions de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce dans leur rédaction issue de la loi dite « LME » du 4 août 2008 étaient **conformes à la Constitution**.



Le Conseil constitutionnel a effet considéré qu'elles ne portaient pas atteinte au principe de légalité des délits et des peines consacré par l'article 8 de la DDHC en ce que « ***l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire*** » et que la notion de clause abusive avait déjà fait l'objet d'une définition dans le cadre du droit de la consommation.

1. Les règles de fond

❖ Le déséquilibre significatif :



Le contrôle judiciaire du prix :

Cass. com., 25 janvier 2017, « Galec », n° 15-23.547 : la Cour de cassation a conféré une nouvelle portée aux dispositions de l'ancien article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce en énonçant que « ***l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties*** ».



Dans ce contexte, le Tribunal de commerce a été saisi (T. com. Paris, 2 juillet 2018, n° 2016071676) et les défenderesses à l'action ont demandé au tribunal de **transmettre à la Cour de cassation une nouvelle QPC portant sur l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce.**

1. Les règles de fond

❖ Le déséquilibre significatif :



Le contrôle judiciaire du prix :

Cass. com., 27 septembre 2018, n° 18-40.028 : la Cour de cassation a relevé que le 2° du paragraphe I de l'article L. 442-6 a déjà été déclaré conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif de la décision du Conseil constitutionnel du 13 janvier 2011 (n° 2010-85, QPC).



Elle considère toutefois qu' « *un changement de circonstance de droit* » est intervenu avec l'arrêt « *Galec* » du 25 janvier 2017 (n° 15-23.547) lequel confère une « **portée nouvelle** » à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, et décide ainsi de **renvoyer une QPC au Conseil constitutionnel** portant sur la conformité de cette disposition, telle qu'interprétée par la Cour de cassation permettant d'exercer un contrôle sur les prix.

1. Les règles de fond

❖ Le déséquilibre significatif :



Le contrôle judiciaire du prix :

Cons. const., 30 novembre 2018, n° 2018-749, QPC : le Conseil constitutionnel a, tout d'abord, **admis la recevabilité de la QPC** considérant qu'il résulte de l'arrêt du 25 janvier 2017 de la Cour de cassation « *un changement de circonstances justifiant un réexamen des dispositions contestées* ».



Le Conseil constitutionnel a, par ailleurs, admis que l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, tel qu'interprété par la Cour de cassation, était **conforme à la Constitution**.



Autrement dit, **le Conseil constitutionnel a validé la conformité du contrôle du prix par le juge au titre du déséquilibre significatif**.

1. Les règles de fond

❖ Le déséquilibre significatif :

➡ Le contrôle judiciaire du prix :

- Cette décision du Conseil constitutionnel du 30 novembre 2018 va **au-delà de la solution adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt du 25 janvier 2017 :**

↳ Ainsi, **toutes les relations commerciales** relevant du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce paraissent concernées.

- Le contrôle judiciaire du prix doit par ailleurs être **mis en parallèle avec l'extension du champ d'application relativement au moment :**

↳ En effet, le nouvel article L. 442-1, I du Code de commerce précise désormais « ***dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat*** ».

↳ Le contrôle judiciaire du prix au titre du déséquilibre significatif deviendrait alors permanent, dès sa naissance et tout au long de la relation contractuelle.

1. Les règles de fond

❖ Le déséquilibre significatif :



La jurisprudence récente :

CA Paris, 15 octobre 2020, n° 17/10743 :

La Cour d'appel de Paris a jugé que le contrôle de l'adéquation du prix à la prestation s'applique **dans tous les domaines**.

CA Paris, 4 novembre 2020, n° 19/09129 :

Il a été rappelé que **le contrôle du prix ne s'effectue pas en dehors du déséquilibre significatif**.

1. Les règles de fond

❖ Le déséquilibre significatif :

 La jurisprudence récente :

CA Paris, 18 novembre 2020, n° 19/12813 :

Il a été considéré que l'inadéquation du prix à la prestation, susceptible de caractériser un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, n'est pas établie lorsque les tarifs prétendument imposés à un prestataire ne sont pas sensiblement inférieurs aux prix de référence qu'il invoque et que les ristournes qu'il doit verser constituent la contrepartie d'un apport de clientèle par son cocontractant.

Com., 3 mars 2021, n° 19-13.533 :

La stipulation de ristournes subordonnées à la réalisation de services dépourvus de contrepartie précise pour le fournisseur est susceptible de caractériser un déséquilibre significatif.



LA RUPTURE BRUTALE DE RELATIONS COMMERCIALES ÉTABLIES

1. Les règles de fond

❖ La rupture brutale de relations commerciales établies :

Article L. 442-1, II du Code de commerce

« II. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de **rompre brutalement**, même partiellement, une relation commerciale établie, **en l'absence d'un préavis écrit** qui tienne compte **notamment de la durée de la relation commerciale**, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels.

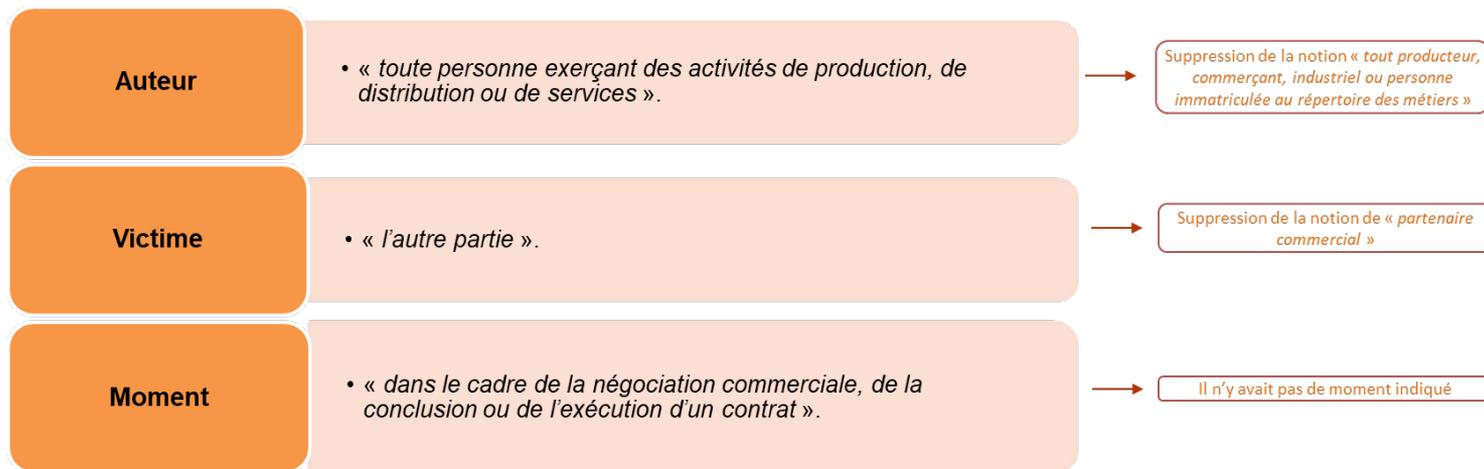
*En cas de litige entre les parties sur la durée du préavis, la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante **dès lors qu'il a respecté un préavis de dix-huit mois.***

*Les dispositions du présent II 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.** ».*

1. Les règles de fond

❖ La rupture brutale de relations commerciales établies :

➡ Le champ d'application :



☰ champ d'application plus large que pour l'ancien article L. 442-6, I du Code de commerce.

1. Les règles de fond

❖ La rupture brutale de relations commerciales établies :

➡ Le champ d'application :

- Arrêt récent : **Com., 31 mars 2021, n° 19-16139 (« Sourire et santé c/ Laboratoire BC »)**

La Chambre commerciale de la Cour de cassation a exclu l'application de l'ancien article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce à la **relation entre un chirurgien-dentiste et son fournisseur** considérant qu'il ne s'agissait pas d'une « *relation commerciale* ».

- ☰ solution qui semble s'inscrire dans le prolongement des solutions retenues en présence de réglementations professionnelles spécifiques excluant l'exercice de la profession comme un commerce.

1. Les règles de fond

❖ La rupture brutale de relations commerciales établies :

Le champ d'application :

- Indifférence du statut juridique des parties :
 - **Une association** est une partie si elle exerce « *une activité de producteur, de commerçant, d'industriel ou de prestation de services* » (**Com., 5 janv. 2016, n° 14-15.555**).
 - **Un syndicat professionnel constitué sous forme d'association** est tenu de respecter les prescriptions de l'article L. 442-1, II du Code de commerce, qui s'appliquent à toute relation commerciale, indépendamment du régime juridique des partenaires et du caractère lucratif ou non de leur activité (**CA Paris, 25 janvier 2019, n° 17-15.416**).
- Indifférence de la situation économique ou contractuelle des parties : l'application de la prohibition de la rupture brutale n'est **pas conditionnée à l'existence d'une situation de dépendance ou d'exclusivité**.
- **Tête de réseau de distribution ou société-mère** (**Com., 5 juillet 2016, n° 14-27.030**), si respect des consignes et de la stratégie (**Com., 20 mai 2014, n° 12-26.705, 12-29.281**).

1. Les règles de fond

❖ La rupture brutale de relations commerciales établies :

➡ Le champ d'application :

- Arrêt récent : **CA Paris, 24 septembre 2021, n° 18/02209.**

La Cour d'appel de Paris a souligné à propos de la Fédération Française de Rugby (FFR) que **les règles de concurrence s'appliquent « à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégations de service public ».**

- ☰ application de l'article L. 442-1, II du Code de commerce à une association reconnue d'utilité publique.

1. Les règles de fond

❖ La rupture brutale de relations commerciales établies :

Les conditions :

- ① Une **relation commerciale** : toutes les relations économiques sont concernées (à l'exception des professions réglementées, les agents commerciaux, les experts-comptables...etc.).
- ② Le **caractère établi** de la relation commerciale : sont pris en compte la durée, la stabilité, les circonstances particulières de la relation ou encore les usages en vigueur dans le secteur.
- ③ Une **rupture brutale** : résiliation d'un CDI, non-renouvellement d'un CDD, forte variation des conditions de la relation commerciale, absence de nouvelles commandes...etc.

1. Les règles de fond

❖ La rupture brutale de relations commerciales établies :



La mise en œuvre :

- C'est la **brutalité de la rupture** qui est sanctionnée, et non la rupture elle-même (**CA Paris, 28 janvier 2021, n° 18/15222** ; **CA Paris, 14 avril 2021, n° 19/10700** ; **CA Paris, 8 septembre 2021, n° 18/21471**).
- Nécessité de notifier la rupture **par écrit** et de **respecter un délai de préavis raisonnable** dans le cadre de relations commerciales établies :
 - Prise en compte de plusieurs critères, dont la durée de la relation commerciale.
 - Un mois par année de la relation (selon la position initiale de la DGCCRF), mais tendance baissière en jurisprudence.

1. Les règles de fond

❖ La rupture brutale de relations commerciales établies :



La mise en œuvre :

- **Com., 27 mai 2021, n° 19-18.301 :**

La notification de l'intention de rompre la relation n'est régulière et le préavis ne commence à courir que si la date de la rupture est précisée.

- **CA Paris, 8 septembre 2021, n° 20/00883 :**

« le point de départ de la prescription d'une action fondée sur la rupture brutale d'une relation commerciale établie est constituée par la notification de la rupture à celui qui s'en prétend victime, dès lors que celui-ci a connaissance, à cette date, de l'absence de préavis et du préjudice en découlant ».

1. Les règles de fond

❖ La rupture brutale de relations commerciales établies :



Facteurs pris en compte pour déterminer si le préavis est suffisant :

- La **durée de la relation** et **son importance** ;
- Autres facteurs :
 - État de dépendance économique ;
 - Difficulté à trouver un autre partenaire ;
 - Importance des investissements effectués ;
 - Notoriété du produit ou caractère difficilement substituable ;
 - Obstacles à la reconversion...etc.



Pratique contentieuse avant les ordonnances EGA :

- Relations < 7 ans : préavis ≤ 6 mois
- Relations entre 7 et 20 ans : préavis entre 6 et 12 mois
- Durée > 20 ans : préavis entre 12 et 36 mois

1. Les règles de fond

❖ La rupture brutale de relations commerciales établies :



La mise en œuvre :

- Nouveauté : l'auteur de la rupture ne verra pas sa responsabilité engagée si un préavis d'au moins 18 mois a été accordé (alinéa 2).
 - ↳ **Exemption instaurée mais qui ne constitue pas un plafond** (il n'est pas exclu que les juges saisis puissent octroyer un délai de préavis supérieur à 18 mois en cas d'absence d'octroi de préavis ou de préavis inférieur).
 - ↳ Elle ne peut être invoquée dans un litige antérieur à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 (**CA Paris, 27 novembre 2019, n° 17-18305**).
- Maintien des deux exemptions : **force majeure** et **inexécution contractuelle** (alinéa 3).
- **Suppression de la règle du doublement** de la durée de préavis en cas de marque de distributeur ou de mise en concurrence par enchères à distance.

1. Les règles de fond

❖ La rupture brutale de relations commerciales établies :



La mise en œuvre :

- Depuis la loi « Egalim » et l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, il n'y a selon nous **pas de modifications substantielles** en jurisprudence en ce qui concerne la rupture brutale de relations commerciales établies, sinon une poursuite de la **tendance baissière de la durée des préavis déjà effective avant**.
- Une place centrale est donnée à **l'appréciation du préavis** à accorder pour mettre un terme à une relation commerciale établie.

1. Les règles de fond

❖ La rupture brutale de relations commerciales établies :



La mise en œuvre :

- On peut toutefois regretter que :
 - La jurisprudence ne prenne pas en compte, pour apprécier la durée du préavis nécessaire, **les événements postérieurs**, tel que la reconversion rapide du partenaire, ce qui permettrait réellement de « *réparer le dommage causé* ».
 - La jurisprudence applique des **solutions radicalement différentes pour indemniser le préavis**, en prenant en compte **tantôt la marge brute (CA Paris, 6 novembre 2019, n° 18-03050)**, tantôt **la marge sur coûts variables (CA Paris, 30 octobre 2019, n° 17-14646)**, même si la prise en compte de la marge sur coûts variables est plus rationnelle et semble gagner du terrain.

1. Les règles de fond

❖ La rupture brutale de relations commerciales établies :



Les clauses attributives de juridiction :

- Les juges du fond ont eu tendance par le passé à faire prévaloir l'article L. 442-1, II du Code de commerce sur la clause attributive de juridiction ou la clause compromissoire, au motif qu'il s'agit d'une **loi de police**.
- Toutefois, la Cour de cassation décide qu'une telle action relève du tribunal étranger désigné par une clause attributive de compétence ou de l'arbitre désigné par la clause compromissoire (**Civ. 1^{ère}, 22 octobre 2008, n° 07-15.823** ; **Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, n° 09-67.013**).
- La clause attributive de compétence ne s'impose pas au **ministre de l'Économie** qui dispose d'une **action autonome** pour poursuivre devant les tribunaux français les violations de l'article L. 442-1, II du Code de commerce produisant leurs effets en France (**CA Paris, 21 juin 2017, n° 15-18784**).

1. Les règles de fond

❖ La rupture brutale de relations commerciales établies :

 Les clauses attributives de juridiction :

- **CA Paris, 7 juillet 2020, n° 20/01583.**

La Cour d'appel de Paris a rappelé que **la portée de la clause dépend de la volonté des parties** dans la définition du champ d'applicabilité de cette dernière. La nature délictuelle ou contractuelle de l'action en responsabilité en jeu importe peu puisque la portée de la clause doit découler de l'interprétation conduite en fonction de la volonté des parties.

Il suffit que **la clause soit rédigée de façon suffisamment large** pour inclure tout litige né de la rupture brutale de relations commerciales établies, la qualification de l'action elle-même étant indifférente.

1. Les règles de fond

❖ La rupture brutale de relations commerciales établies :

 Les clauses attributives de juridiction :

- Arrêt récent : **CA Paris, 11 mars 2021, n° 18/03112.**

La Cour d'appel de Paris a considéré que **les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° (devenu l'art. L. 442-1, II) du Code de commerce**, qui visent à la protection des intérêts privés de la victime d'une rupture brutale de relations commerciales établies, **ne peuvent, dans l'ordre international, être considérées comme une loi de police**, cruciale pour la sauvegarde de l'organisation économique du pays au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application..

1. Les règles de fond

❖ La rupture brutale de relations commerciales établies :

➡ Quid de la crise sanitaire liée à la Covid-19 ?

- Une baisse d'activité et d'achats du fait de la pandémie auprès d'un fournisseur ou d'un prestataire peut-elle donner lieu à une action pour rupture des relations commerciales établies ?
- En principe non : **CA Paris, Pôle 1, Chambre 8, 26 mars 2021, n° 20/13493**, à propos du rejet de la demande d'un sous-traitant chargé d'assurer l'équipement et le remplissage d'avions en plateaux-repas et matériels de bords, à Roissy dont le contrat a été suspendu puis résilié en raison de la chute de 84% des vols long-courriers à Roissy.

1. Les règles de fond

❖ La rupture brutale de relations commerciales établies :



Quid de la crise sanitaire liée à la Covid-19 ?

- La Cour d'appel statuant en référé a débouté le sous-traitant en se fondant sur 4 moyens :
 - Ces circonstances relèvent de la **force majeure** prévue à l'article L. 442-1, II du Code de commerce ;
 - Le contrat liant les parties prévoyait expressément une clause de force majeure aux termes de laquelle **étaient prévues les épidémies entraînant la suppression partielle ou totale de l'activité sur la plateforme aéroportuaire**, le caractère de force majeure devant être reconnu à ces événements **même s'ils ne revêtent pas les caractères d'imprévisibilité, d'irrésistibilité et d'extériorité** ;
 - L'article 5.5 du contrat prévoyait **une possibilité de résilier avec un préavis de 3 mois en cas de baisse d'activité de plus de 10% sur une période de 30 jours consécutifs** ;
 - **En cas de difficultés économiques avérées ou de crise du secteur économique en cause**, la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée sur le fondement de l'article L.442-1, II, du code de commerce précité, celle-ci ne lui étant pas imputable (**Com., 8 novembre 2017, pourvoi n° 16-15.285, Bull. 2017, IV, n° 145 ; Com., 6 février 2019, pourvoi n° 17-23.361**).



LES AUTRES PRATIQUES

1. Les règles de fond

❖ Les prix imposés :

- ➡ **Double incrimination** en tant que pratique restrictive de concurrence.
- ➡ Accumulation **vers le droit des ententes** (art. L. 420-1 du Code de commerce et art. 101 TFUE).
- ➡ Évolution de la jurisprudence dans le sens d'une **plus grande sévérité**.
- ➡ Passage du « *triple test* » à un **simple test de convention d'un prix fixe ou minimum**.

1. Les règles de fond

❖ L'interdiction de la revente hors réseau :

Article L. 442-2 du Code de commerce :

« Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de **participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive** exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence. »

- ➡ **Maintien justifié** du régime de la revente hors réseau.
- ➡ Pratique illicite qui facilite l'action des têtes de réseau contre la revente hors réseaux sélectifs et exerce un effet dissuasif à l'encontre de comportements qui fragilisent les systèmes de distribution sélective.
- ➡ Pratique qui peut aussi concerner des tiers au contrat.

1. Les règles de fond

❖ Le non-respect du règlement (UE) n° 2019/1150 « Platform to business » :

Article L. 442-1, III du Code de commerce :

« III. – Engage la responsabilité de son auteur et l’oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne proposant un service d’intermédiation en ligne au sens du règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l’équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d’intermédiation en ligne, de ne pas respecter les obligations expressément prévues par ce règlement. »

➡ Introduite par la loi dite « DDADUE » du 3 décembre 2020, le manquement aux obligations fixées par le règlement (UE) n° 2019/1150 constitue donc une **nouvelle pratique restrictive de concurrence**.

➡ Le droit « classique » des pratiques restrictives s’appliquera donc **de plein droit pour tout manquement non expressément prévu par le règlement**.

1. Les règles de fond

❖ Le non-respect du règlement (UE) n° 2019/1150 « Platform to business » :

➡ Le règlement impose aux fournisseurs de plateformes en ligne de nombreuses **obligations destinées à protéger les entreprises utilisatrices de leurs services** (qui ne sont pas sans rappeler les manquements reprochés à Amazon dans le jugement du Tribunal de commerce de Paris du 2 septembre 2019).

➡ Les plateformes devront notamment :

- garantir que leurs conditions générales sont simples à comprendre et facilement disponibles pour les utilisateurs professionnels ;
- énoncer à l'avance les raisons possibles pour restreindre, suspendre ou résilier leurs services ;
- informer leurs utilisateurs professionnels au moins 15 jours à l'avance de toute modification de leurs conditions générales, sauf en cas de soumission à une obligation légale particulière ou pour faire face à des risques imprévus et imminents en matière de cybersécurité ;
- agir de bonne foi en s'abstenant de procéder à des changements rétroactifs de leurs conditions générales, en octroyant un droit de résiliation à leurs utilisateurs professionnels et en indiquant s'ils maintiennent un accès aux données de leurs entreprises utilisatrices une fois leur contrat résilié ;
- veiller à ce que l'identité de leurs utilisateurs professionnels soit bien visible.

1. Les règles de fond

❖ Le non-respect du règlement (UE) n° 2019/1150 « Platform to business » :

-  En outre, les conditions générales des plateformes devront **présenter les principaux paramètres déterminant le classement** ainsi que l'importance relative de ces paramètres par rapport à tous les autres paramètres, et mentionner toute possibilité d'influencer le classement moyennant rémunération directe ou indirecte.
-  Les CGV devront également **décrire, notamment, l'ensemble des biens ou services accessoires que la plateforme proposer elle-même en complément des biens ou services de ses utilisateurs professionnels**, et indiquer tout traitement différencié qu'elle accorde à ses biens et services par rapport à ceux des utilisateurs professionnels.
-  De plus, les fournisseurs de plateformes en ligne qui emploient plus de 50 personnes ou dont le chiffre d'affaires annuel atteint plus de 10 millions d'euros doivent **établir et gérer un système interne de traitement des plaintes émises par des utilisateurs professionnels** concernant les manquements à une obligation légale, spécifiée dans le règlement, ou concernant toute question technologique ou mesure prise par les fournisseurs ou tout comportement de la part de ces derniers qui pourraient affecter les entreprises utilisatrices. Le règlement impose un traitement rapide et efficace de ces plaintes.

1. Les règles de fond

❖ Les pénalités logistiques :

Article L. 442-1, I, 3° du Code de commerce :

« I. Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services :

3° D'imposer des pénalités logistiques ne respectant pas l'article L. 441-17 ; ».

- ➡ **Renvoi à l'article L. 441-17 du Code de commerce.**
- ➡ **Seules les relations fournisseurs/distributeurs semblent concernées.**
- ➡ **MAIS confusion** avec l'article L. 442-1 qui vise « *toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services* ».

1. Les règles de fond

❖ Les pénalités logistiques :



Renforcement de l'encadrement des pénalités logistiques :

Articles L. 441-17 et suivants du Code de commerce :

- Article L. 441-17 du Code de commerce : **encadrement des conditions dans lesquelles des pénalités logistiques peuvent être infligées au fournisseur.**
- Article L. 441-18 du Code de commerce : **possibilité pour les fournisseurs d'infliger des pénalités aux distributeurs en cas d'inexécution d'un engagement contractuel.**
- Article L. 441-19 du Code de commerce : **création d'un guide de bonnes pratiques par la DGCCRF sur l'application de ces dispositions.**

Cas pratique n° 13 – 1/4

Le fournisseur X dont le siège est à Courbevoie était en relations commerciales avec le distributeur Y, établi à Nanterre, depuis 50 ans. Le contrat, à durée indéterminée conclu entre les parties, prévoit une clause attributive de compétence pour toute action et litige devant le tribunal de commerce de Nanterre.

Depuis deux ans, les achats de Y auprès de X sont en baisse de 30% en raison d'une baisse des ventes de Y en général de 28% et d'un mauvais caractère du nouveau directeur commercial de X qui ne donne pas envie de traiter avec lui.

Cas pratique n° 13 – 2/4

Les conventions uniques convenues entre les parties pour 2019 et 2020 négociées entre elles à la suite de discussions prévoient une remise inconditionnelle de 15% liée à un service de distribution, des ristournes de quantités, de progression de chiffre d'affaires et des services de coopération commerciale de 2% pour la mise en avant des produits dans les agences.

Le 1^{er} octobre 2020, Y adresse un courrier par LRAR à X lui indiquant qu'il met fin aux relations entre les parties avec un préavis de 18 mois à compter de la réception de son courrier.

Cas pratique n° 13 – 3/4

Le 19 octobre 2020, X assigne Y devant le tribunal de commerce de Nanterre en lui réclamant :

- Une indemnité pour rupture partielle de relations commerciales établies à hauteur du chiffre d'affaires non réalisé depuis 2 ans ;
- Une indemnité pour rupture totale de relations commerciales établies de 18 mois de marge brute pour le préavis manquant de 18 mois par rapport au préavis de 3 ans qui aurait dû lui être accordé compte tenu de l'ancienneté des relations ;
- Un remboursement des ristournes de fin d'année sur les années 2012 et 2013, celles-ci n'étant pas dues selon lui ;
- Un remboursement de la ristourne inconditionnelle de 15% pour 2019 et 2020, celle-ci constituant la soumission à une obligation déséquilibrée et l'obtention d'un avantage sans contrepartie proportionnée et en tout état de cause, une clause déséquilibrée au sens du Code civil ;
- Une indemnité de 5 millions d'euros au titre de la perte du fonds de commerce liée à la fin des relations commerciales et le remboursement des indemnités de licenciement qui seront à effectuer à hauteur de 1 million d'euros.

Cas pratique n° 13 – 4/4

Vous êtes le directeur juridique du distributeur Y.

Le PDG vous convoque et vous indique que si c'est comme ça, il va donner instruction de privilégier systématiquement les concurrents de X dans les mois à venir.

Accessoirement, il vous demande ce que vous pensez de l'assignation délivrée.

Quels conseils lui donnez-vous?

Quelle stratégie de défense pensez-vous opposer aux demandes faites devant le tribunal de commerce de Nanterre?



PARTIE II. LE DROIT DES PRATIQUES RESTRICTIVES ET ABUSIVES

1. Les règles de fond
- 2. Les règles de procédure**

2. Les règles de procédure

❖ Les procédures :

Article L. 442-4, I, alinéa 1^{er} du Code de commerce

- ➡ L'action introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par :
- **Toute personne justifiant d'un intérêt ;**
 - **Le ministère public ;**
 - **Le ministre chargé de l'économie ; ou**
 - **Le président de l'Autorité de la concurrence.**

2. Les règles de procédure

❖ Les procédures :

Article L. 442-4, I, alinéa 2 du Code de commerce



Nouvelle rédaction qui met fin à la contestation de la recevabilité de l'action en nullité de la victime :

- Désormais, **toute personne justifiant d'un intérêt peut demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques ainsi que la réparation de son préjudice.**
- **Seules les victimes des pratiques restrictives de concurrence peuvent faire les mêmes demandes que le ministre et le ministère public, à savoir la nullité des clauses et la répétition de l'indu, à l'exception de l'amende.**

2. Les règles de procédure

❖ Des sanctions renforcées :

Article L. 442-4, I, alinéa 4 du Code de commerce

- ➡ Le plafond de l'amende est le plus élevé des trois montants suivants :
- **5 millions d'euros ;**
 - **5% du chiffre d'affaires hors taxe réalisé en France ;**
 - **Le triple des sommes indûment perçues ou obtenus.**
- ➡ Suppression de la condition de proportion avec les avantages tirés du manquement qui limitait l'application du plafond de 5% du chiffre d'affaires.

2. Les règles de procédure

❖ Nouveautés avec la loi n° 2020-1508 « DDADUE » du 3 décembre 2020 :



Articles L. 470-1 et L. 470-2 du Code de commerce



La mise en place d'une mesure d'injonction administrative de mise en conformité pour les pratiques listées par le règlement (UE) n° 2019/1150 et pour les pratiques restrictives de concurrence des articles L. 442-1 à L. 442-4, et L. 442-7 et L. 442-8 du Code de commerce.



Pour les manquements passibles d'une amende civile, la DGCCRF pourra, en outre, assortir ses décisions d'injonction d'**une astreinte journalière** (ne pouvant excéder 0,1% du CA mondial HT consolidé) qui ne sera liquidée que si l'opérateur ne corrige pas son comportement dans le délai imparti (au total, les sommes réclamées ne peuvent être supérieures à 1% du CA inscrit au compte de résultat du dernier exercice clos).

2. Les règles de procédure

❖ Nouveautés avec la loi n° 2020-1508 « DDADUE » du 3 décembre 2020 :



Articles L. 470-1 et L. 470-2 du Code de commerce

- ➔ La décision prononçant la mesure d'injonction et celle prononçant la liquidation de l'astreinte journalières devront **être motivées**.
- ➔ L'injonction et l'astreinte seront précédées d'une **procédure contradictoire** avec le professionnel concerné, lequel n'aura que 60 jours pour présenter ses observations.
- ➔ **Possibilité de publier l'injonction** en cas d'inexécution de celle-ci (sur le site de la DGCCRF et sur un support habilité à recevoir des annonces légales).
- ➔ Ces décisions pourront ensuite **faire l'objet d'un recours de pleine juridiction et d'un référé suspension devant la juridiction administrative**.



PARTIE III. LES AMÉNAGEMENTS À ENVISAGER ET LES COMPORTEMENTS À PRIVILÉGIER EN RAISON DE LA CRISE SANITAIRE LIÉE À LA COVID-19



PARTIE III. LES AMÉNAGEMENTS À ENVISAGER ET LES COMPORTEMENTS À PRIVILÉGIER EN RAISON DE LA CRISE SANITAIRE LIÉE À LA COVID-19

- 1. La force majeure**
2. La renégociation sur le fondement de l'imprévision
3. Le guide de bonnes pratiques de la CEPC

1. La définition de la force majeure

Ancien article 1148 du Code civil (applicable jusqu'au 1^{er} octobre 2016) :

« il n'y a lieu à aucun dommages-intérêts lorsque par la suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ».

➡ Pas de définition légale de la force majeure, mais une définition jurisprudentielle autour de 3 éléments constitutifs :

- ① **L'imprévisibilité ;**
- ② **L'irrésistibilité ; et**
- ③ **L'extériorité.**

1. La définition de la force majeure

Article 1218, alinéa 1^{er} du Code civil (applicable à compter du 1^{er} octobre 2016) :

« Il y a force majeure en matière contractuelle

- *lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur,*
- *qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat,*
- *et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées,*
- *empêche l'exécution de son obligation par le débiteur ».*

➡ **Définition légale** de la force majeure introduite par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

➡ L'article 1218, alinéa 1^{er} du Code civil consacre **l'autonomie du concept de force majeure** en matière contractuelle sur la base d'une définition désormais acquise.

1. La définition de la force majeure

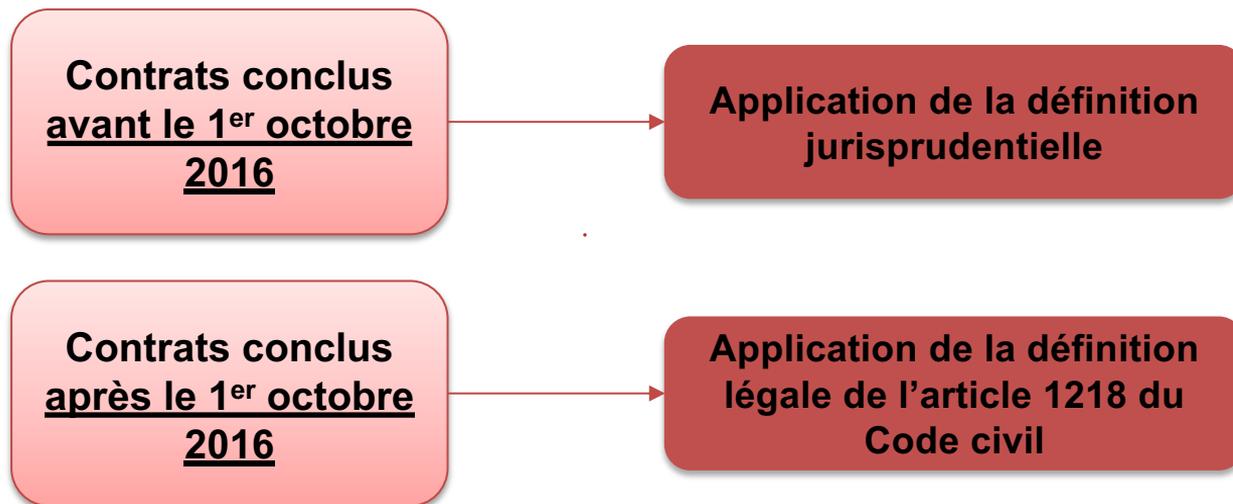
➔ Pour pouvoir invoquer la force majeure et pouvoir libérer le débiteur, il faudra démontrer que l'événement remplit **cumulativement remplir les 3 conditions**, à savoir que :

- ① L'événement est **irrésistible et rend impossible l'exécution de l'obligation du débiteur** ;
- ② L'événement est **imprévisible** ; et
- ③ L'événement est **extérieur**.

➔ Article 1351 du Code civil :

« *l'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence **lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure** et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure.* »

1. La définition de la force majeure

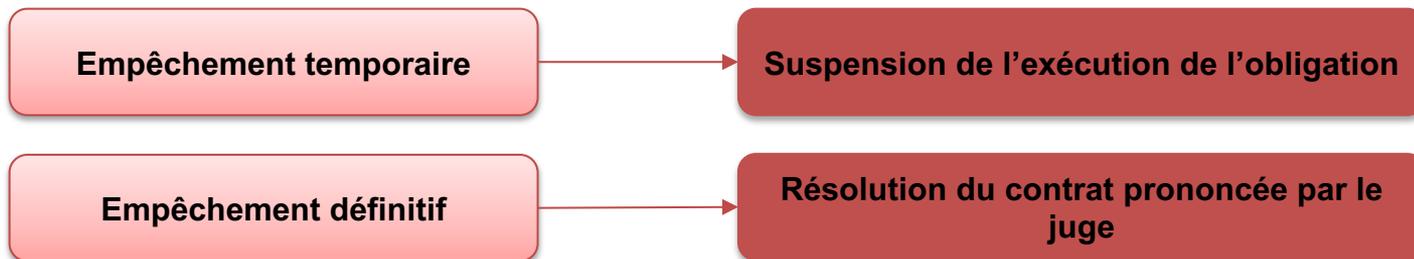


Les conditions ne sont pas strictement identiques mais en pratique **les solutions ne devraient pas différer** entre ce qui était considéré comme un cas de force majeure avant l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 et ce qui le serait depuis.

2. Les effets de la force majeure

Pour les contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016 → application de la jurisprudence et du droit antérieur :

- Empêchement temporaire : Cass. Civ., 15 février 1988 et Cass. 3^{ème} Civ., 22 février 2006, n° 05-12.032
- Empêchement définitif : application du principe selon lequel la résolution du contrat n'est pas automatique et doit être prononcée par le juge.



2. Les effets de la force majeure

Pour les contrats conclus après le 1^{er} octobre 2016 → application de l'article 1218, alinéa 2 du Code civil :

« *Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1. »*

Empêchement temporaire

Suspension de l'exécution de l'obligation

Empêchement définitif

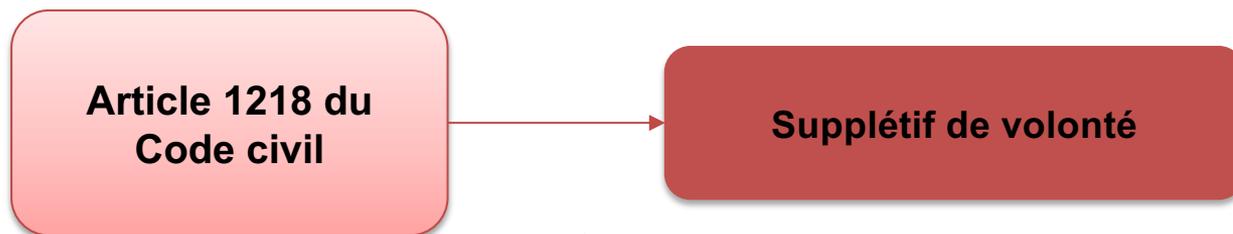
Résolution de plein droit du contrat

Empêchement temporaire conduisant à une exécution tardive ou différée qui n'aurait plus d'intérêt pour le débiteur

Résolution du contrat

+ exception prévue par le texte

3. Les clauses et aménagements possibles



- ➡ Dans la mesure où l'article 1218 du code civil est supplétif de volonté, il est nécessaire de **se reporter au contrat** pour vérifier s'il contient **une clause relative À la force majeure**.
- ➡ Si les parties ont inséré dans le contrat (peu important sa date de conclusion) une clause de force majeure aménageant la définition légale ou jurisprudentielle, **c'est la définition prévue par cette clause qui prévaudra**.
- ➡ En toute hypothèse, il faudra mener une appréciation **au cas par cas, contrat par contrat**.

3. Les clauses et aménagements possibles

➡ En insérant une clause de force majeure à leur contrat, les parties peuvent décider de plusieurs aménagements, et notamment de :

- **Élargir ou restreindre les événements pouvant constituer un cas de force majeure ;**
- **Définir les effets de la force majeure ;**
- **Prévoir une procédure de notification de l'évènement de force majeure dès lors que ce dernier survient.**

➡ Ces aménagements peuvent varier selon le rôle que l'on joue dans la relation commerciale, autrement dit selon que l'on est fournisseur ou acheteur.

3. Les clauses et aménagements possibles

- ➔ S'agissant des cas de force majeure, les parties peuvent décider d'adopter :
- une **définition large** de la force majeure ;
 - une **définition restreinte** de la force majeure : par exemple en intégrant une liste d'évènements ou en excluant des évènements particuliers.

Exemple de clause :

« En cas de survenance d'un cas de force majeure, l'exécution des obligations dont la réalisation est devenue impossible est suspendue tant que dure cette impossibilité.

Est considéré comme un cas de force majeure, tout événement échappant au contrôle du débiteur, raisonnablement imprévisible lors de la conclusion du contrat, dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées et qui empêche l'exécution de son obligation par le débiteur, conformément à l'article 1218 du Code civil.

Seront également considérés comme des cas de force majeure, sans que la partie qui n'est pas en mesure d'exécuter ses obligations n'ait à établir que l'événement en cause présente les caractères définis au paragraphe précédent, les événements suivants : les épidémies ayant des répercussions internationales graves... »

3. Les clauses et aménagements possibles



S'agissant des effets de la force majeure, les parties peuvent décider d'**atténuer ou d'aggraver les effets de la force majeure**, notamment :

- En prévoyant **une résiliation de plein droit même si l'empêchement est temporaire** ;
- **En prévoyant la durée de la suspension** et en précisant que **si la suspension dure plus de x jours ou mois, la partie la plus diligente pourra mettre fin au contrat.**

Exemple de clause :

*« L'exécution des obligations dont la réalisation est devenue impossible sera suspendue tant que dure cette impossibilité et **dans la limite d'une durée de trois (3) mois.***

*En cas d'empêchement définitif de la part de l'une ou de l'autre des Parties, ou dans l'éventualité où l'évènement de force majeure **durerait plus de trois (3) mois**, le présent Contrat prendra fin sans autre formalité. »*

3. Les clauses et aménagements possibles

- ➔ S'agissant de la procédure de notification, les parties peuvent décider des modalités :
- En prévoyant **que la partie constatant l'évènement de force majeure devra informer l'autre partie de son impossibilité d'exécuter son obligation ;**
 - **En prévoyant que la partie qui se trouve dans l'impossibilité d'exécuter son obligation devra en justifier auprès de l'autre partie.**

Exemple de clause :

« En cas de survenance d'un cas de force majeure, la Partie constatant l'évènement de force majeure devra informer l'autre Partie dans les plus brefs délais de son impossibilité à exécuter son obligation contractuelle et en justifier auprès de celle-ci. »

3. Les clauses et aménagements possibles

➔ En tout état de cause, **les clauses contractuelles doivent être appliquées** :



Sans qu'il y ait lieu de rechercher si le fait stipulé réponde aux critères légaux (Cass. Com., 8 juillet 1981, n° 79-15.626)



En respectant la stipulation convenue (une clause visant l'arrêt des approvisionnements ne s'applique pas à une simple raréfaction du produit) (CA Versailles, 31 mars 2011, n° 09/09728)

➔ **Sous réserve de leur caractère non-disproportionné** : une clause de force majeure excessivement étendue peut priver de sa substance l'obligation essentielle du débiteur.

4. Les difficultés rencontrées

❖ Les difficultés pratiques :

➔ La force majeure ne peut être invoquée que lorsque le débiteur se trouve dans l'impossibilité d'exécuter son obligation, ce qui n'est pas toujours évident.

↳ Illustration : un débiteur ne peut pas s'exonérer de l'obligation de payer une somme d'argent en invoquant la force majeure (*Cass. Com., 16 septembre 2014, n° 13-20.306*)

↳ Sauf cas exceptionnel, comme un bug informatique empêchant un virement bancaire (*Cass. 3ème civ., 17 février 2010, n° 08-20.943*).

↳ Sauf selon une jurisprudence minoritaire des juges du fond, si le débiteur parvient à démontrer que l'épidémie a eu, sur le plan économique, des conséquences irrésistibles expliquant le défaut de paiement (*CA Bourges, 21 mai 2010, n° 09/01290*).

4. Les difficultés rencontrées

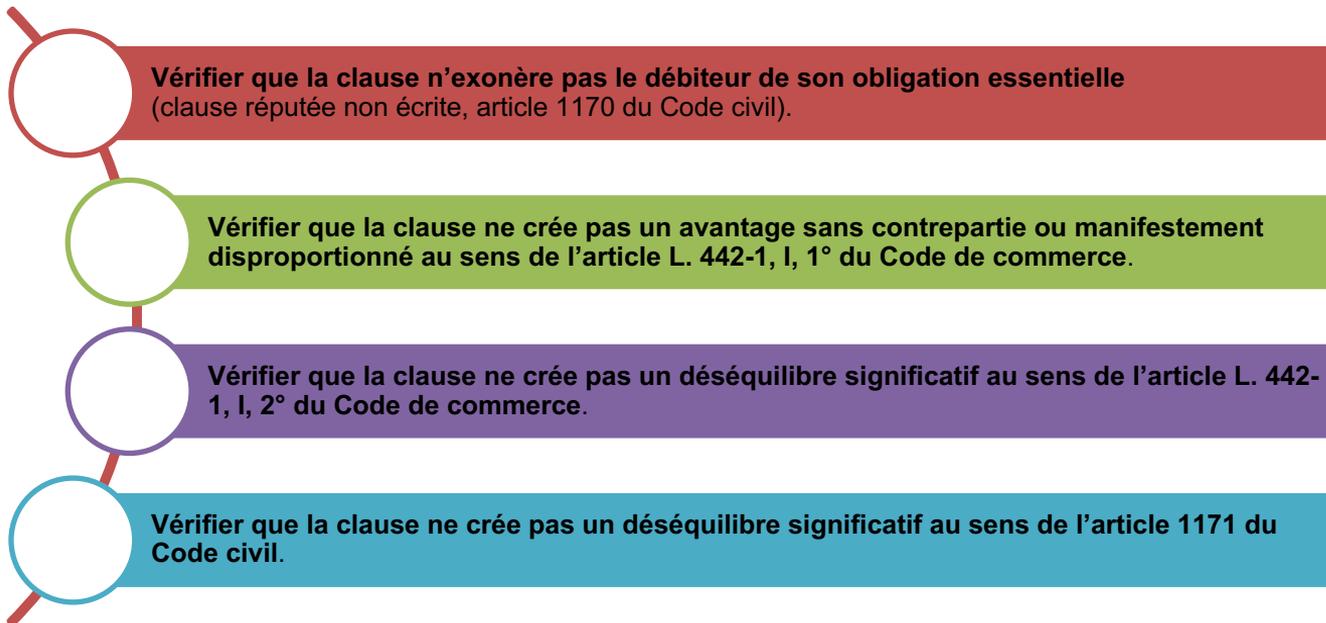
❖ Les difficultés pratiques :

➡ Le caractère automatique de la résolution du contrat pouvant être sollicité lorsque l'empêchement est définitif semble limité :

↳ aux hypothèses dans lesquelles l'obligation inexécutée est une obligation essentielle du contrat.

4. Les difficultés rencontrées

- ❖ **Faire attention aux clauses excessives et prévoir des clauses ayant un certain degré de réciprocité :**



4. Les difficultés rencontrées

- ❖ **Faire attention aux clauses excessives et prévoir des clauses ayant un certain degré de réciprocité :**



Vérifier qu'elle **ne crée pas un avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné** au sens de l'article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce :

Avantages	Inconvénients
Pas besoin de prouver l'absence de négociation.	Jurisprudence encore limitée.
Fondement plus facile à mettre en œuvre.	
Liste limitée de tribunaux spécialisés compétents.	

4. Les difficultés rencontrées

- ❖ **Faire attention aux clauses excessives et prévoir des clauses ayant un certain degré de réciprocité :**



Vérifier qu'elle **ne crée pas un déséquilibre significatif** au sens de l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce :

Avantages	Inconvénients
Liste limitée de tribunaux spécialisés compétents.	Apporter la preuve de l'absence de négociation du contrat.
Intervention possible de la DGCCRF.	Délai de prescription de 5 ans.
Amende civile.	

4. Les difficultés rencontrées

- ❖ **Faire attention aux clauses excessives et prévoir des clauses ayant un certain degré de réciprocité :**



Vérifier qu'elle **ne crée pas un déséquilibre significatif** au sens de l'article 1171 du Code civil :

Avantages	Inconvénients
Choix plus large de tribunaux compétents.	Risque de se faire opposer le caractère non-optionnel de l'article L. 442-1 du Code de commerce qui s'applique aux relations commerciales entre professionnels.
Imprescriptibilité du réputé non-écrit.	

4. LES DIFFICULTÉS RENCONTRÉES

❖ Aux éléments auxquels il faut être attentif :

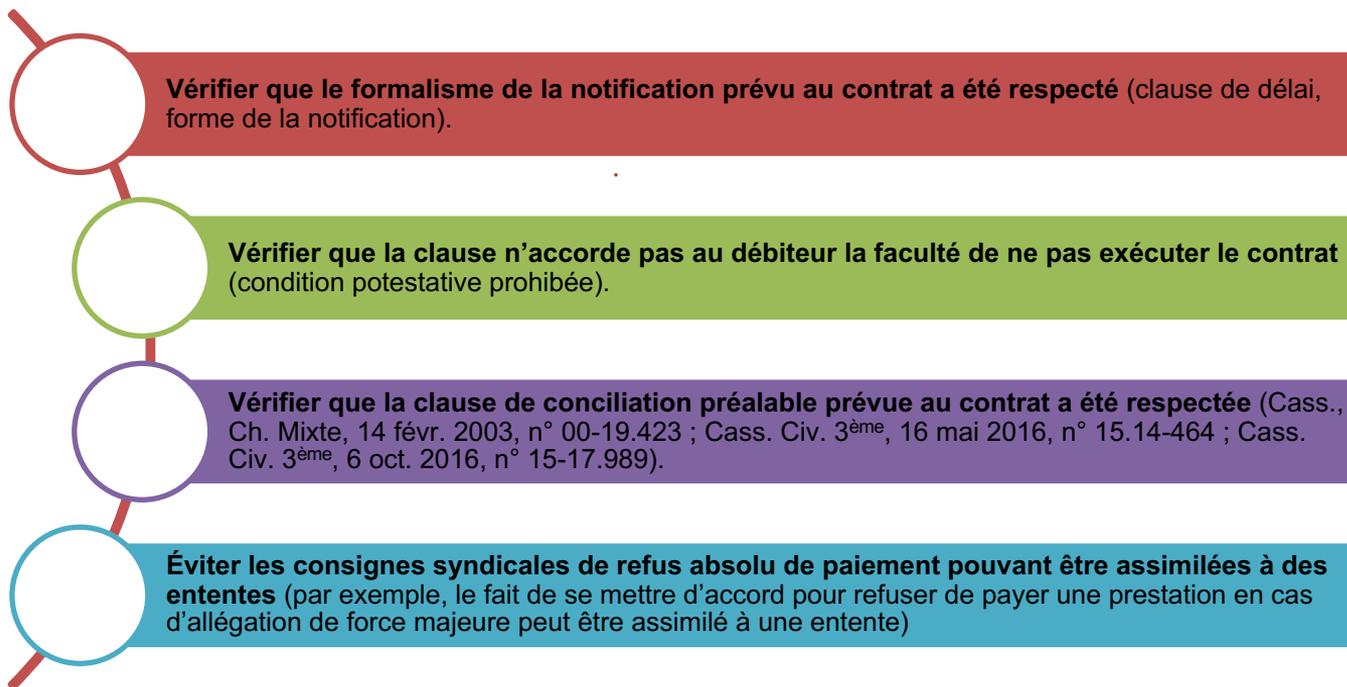


ILLUSTRATION :

❖ Rép. Min. N° 28330, 25 août 2020 :



Question :

la crise sanitaire du covid-19 est-elle constitutive d'un cas de force majeure, à savoir un événement imprévisible, extérieur aux parties et empêchant l'exécution du contrat?



Réponse :

si les deux premières conditions apparaissent aisément remplies au regard des caractéristiques de la crise sanitaire et des conséquences qui en ont résulté (fermetures administratives notamment), **la troisième condition, à savoir l'impossibilité pour une partie d'exécuter ses obligations, doit être démontrée au cas par cas pour que la force majeure soit constituée.**

ILLUSTRATION D'UN CAS DE FORCE MAJEURE :

❖ Crim., 14 octobre 2020, n° 20-84.098 :

➡ La chambre criminelle de la cour de cassation a été saisie à propos de **la durée de la détention provisoire d'un individu**, et a rejeté le pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt de la chambre d'instruction, considérant que les juridictions françaises ont été confrontées à une situation inédite de grève pendant quasiment deux mois, et qu'ensuite **la crise sanitaire sans précédent que la France a connue a paralysé la justice pénale.**

➡ La chambre d'instruction avait, quant à elle, considéré que « *ces difficultés successives particulièrement exceptionnelles sont caractéristiques de **circonstances insurmontables extérieures au service public de la justice**, et constituent un **cas de force majeure** ».*

PARTIE III. LES AMÉNAGEMENTS À ENVISAGER ET LES COMPORTEMENTS À PRIVILÉGIER EN RAISON DE LA CRISE SANITAIRE LIÉE À LA COVID-19

1. La force majeure
- 2. La renégociation sur le fondement de l'imprévision**
3. Le guide de bonnes pratiques de la CEPC

1. LA DÉFINITION LÉGALE DE L'IMPRÉVISION ET SES ÉTAPES

Article 1195 du Code civil :

« Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

 **L'imprévision a été introduite dans le code civil par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.**

La jurisprudence frémissait et quelques arrêts avaient déjà, avant 2016, imposé aux parties une obligation de renégociation en cas de bouleversement des circonstances.

1. LA DÉFINITION LÉGALE DE L'IMPRÉVISION ET SES ÉTAPES

➔ La solution de l'article 1195 du code civil se déroule en plusieurs étapes :

Première étape :

Les parties ont l'obligation d'**entamer la négociation de bonne foi**, tout en continuant à exécuter leurs obligations durant la négociation.



Deuxième étape :

En cas d'échec de la négociation, les parties peuvent convenir de la **résolution du contrat**, ou **demandeur d'un commun accord au juge d'adapter le contrat**.



Troisième et dernière étape :

À défaut d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, **le juge peut, à la demande de l'une ou l'autre des parties, réviser le contrat ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe**.

2. LES POSSIBILITÉS ET IMPOSSIBILITÉS D'INVOCATION DE L'IMPRÉVISION



Il est possible de recourir à l'imprévision lorsque :

- la **force majeure ne peut être invoquée** ; et
- Le débiteur n'est pas dans l'impossibilité d'exécuter son obligation mais éprouve des **difficultés pour l'exécuter**.



Pour pouvoir invoquer l'imprévision, il faut :

- Vérifier que **le mécanisme n'a pas été écarté par les parties** ; et
- Apporter la preuve de 2 conditions, et précisément que :
 - 1) **l'événement était imprévisible au jour de la conclusion du contrat** ; et
 - 2) **le contrat est devenu excessivement déséquilibré**.

2. LES POSSIBILITÉS ET IMPOSSIBILITÉS D'INVOCATION DE L'IMPRÉVISION

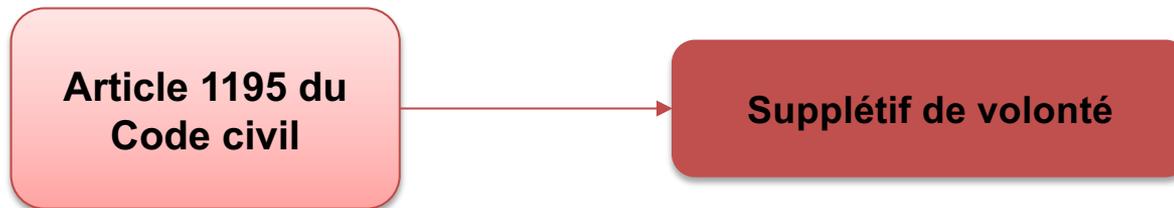
- ➔ **Exclusion de l'imprévision pour les contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016 :**
 - Application de la loi dans le temps prévue par la réforme.
 - Abandon depuis fin 2018 de l'application rétroactive du nouveau droit par la cour de cassation par application téléologique de l'évolution du droit des obligations à des contrats antérieurs.

- ➔ **Exclusion des contrats postérieurs au 1^{er} octobre 2016 comportant une clause d'exclusion expresse.**

- ➔ **Exclusion des contrats antérieurs ou postérieurs au 1^{er} octobre 2016 interprétés comme comprenant une acceptation du risque d'imprévision.**

- ➔ **Exclusion légale en matière d'obligation résultant d'opérations sur les titres et les contrats financiers ou de dispositifs de révision spécifiques.**

3. Les clauses et aménagements possibles



➡ Les parties peuvent donc décider d'**aménager les conditions de la révision pour imprévision**.

Toutefois, selon une partie de la doctrine, cet article n'est pas supplétif de volonté en ce que les parties ne peuvent pas exclure l'imprévision (voir Rémy Libchaber, « *pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision* », recueil dalloz, 11 juin 2020).

➡ Si les parties ont inséré dans le contrat une clause aménageant la révision pour imprévision, **c'est cette clause qui prévaudra**.

➡ En toute hypothèse, il faudra mener une appréciation **au cas par cas, contrat par contrat**.

3. Les clauses et aménagements possibles

➔ Les parties peuvent décider d'adopter :

- **Une clause qui définit les cas d'imprévision et qui précise les évènements déclencheurs** (changement/aggravation de la réglementation, augmentation des coûts...etc.).

Exemple de clause :

« Les parties conviennent que des renégociations du contrat, telles qu'elles sont prévues à l'article 1195 du Code civil en cas de survenance d'une situation d'imprévision, devront être menées en cas de changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rendant l'exécution excessivement onéreuse.

Ces circonstances peuvent être d'ordre financier, économique, juridique, politique, technologique, environnemental ou naturel.

Est imprévisible lors de la conclusion du contrat, un événement hors du contrôle des parties et ne pouvant être raisonnablement prévu. »

3. Les clauses et aménagements possibles

→ Les parties peuvent décider d'adopter :

- Une clause qui **aménage la renégociation du contrat sous certaines conditions** :
 - En prévoyant les **modalités de la renégociation** (durée, procédure) ;
 - En prévoyant **le moment où la renégociation sera considérée comme ayant échoué** et en précisant **les conséquences de l'échec de la renégociation** (obligation de renégocier, résiliation, révision automatique).

Exemple de clause :

« Les parties auront trois mois, à compter de la notification écrite de la partie ayant fait la demande de révision du Contrat, pour renégocier le contrat. Les modifications s'appliqueront après accord des Parties moyennant la signature d'un avenant au Contrat.

En cas d'échec de la négociation dans le délai de trois mois, chacune des Parties aura la possibilité de résilier par anticipation le présent Contrat moyennant un préavis de deux mois et sans aucune indemnité et/ou dommages intérêts à verser à l'autre Partie. »

3. Les clauses et aménagements possibles

→ Les parties peuvent également décider d'adopter :

- Une **clause écartant l'imprévision** (contrairement aux dispositions de l'article 1195 du Code civil).

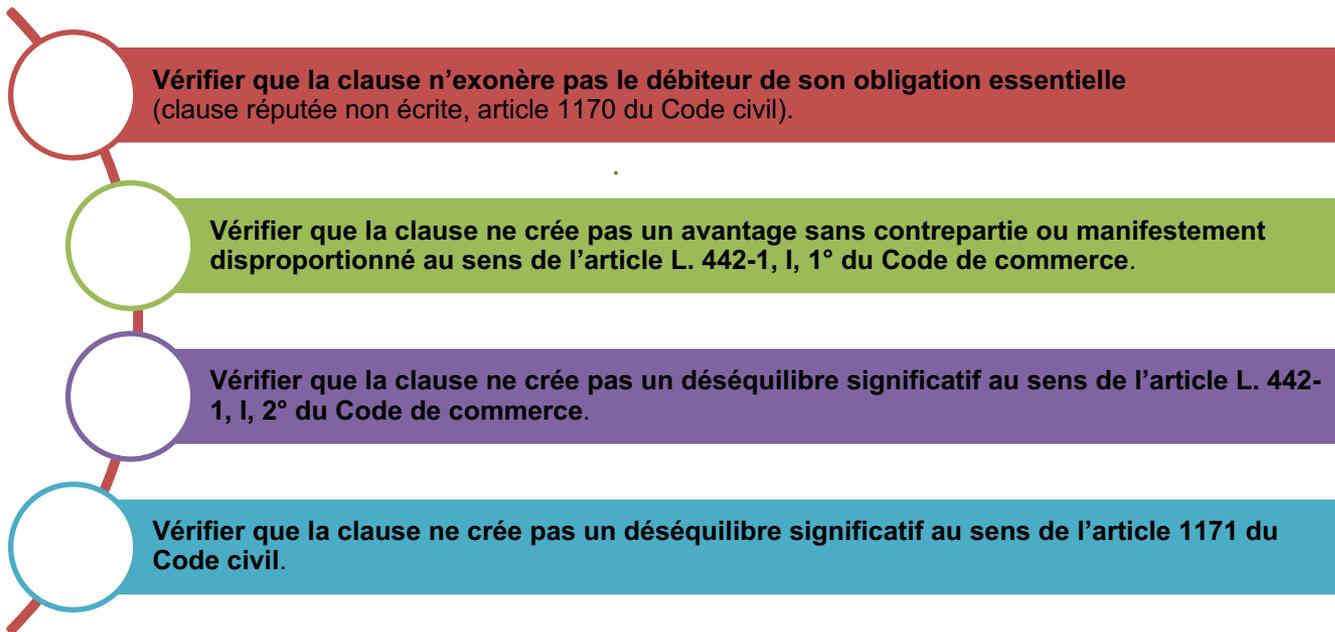
= **Clause de non-révision.**

Exemple de clause :

« L'article 1195 du Code civil est inapplicable au présent contrat. En conséquence, la société A et la société B déclarent, chacune pour ce qui le concerne, assumer le risque qui pourrait être lié à un changement de circonstances imprévisible au sens dudit article. »

4. LES DIFFICULTÉS RENCONTRÉES

- ❖ Faire attention aux clauses excessives et prévoir des clauses ayant un certain degré de réciprocité :



4. Les difficultés rencontrées

- ❖ **Faire attention aux clauses excessives et prévoir des clauses ayant un certain degré de réciprocité :**



Vérifier qu'elle **ne crée pas un avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné** au sens de l'article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce :

Avantages	Inconvénients
Pas besoin de prouver l'absence de négociation.	Jurisprudence encore limitée.
Fondement plus facile à mettre en œuvre.	
Liste limitée de tribunaux spécialisés compétents.	

4. Les difficultés rencontrées

- ❖ **Faire attention aux clauses excessives et prévoir des clauses ayant un certain degré de réciprocité :**



Vérifier qu'elle **ne crée pas un déséquilibre significatif** au sens de l'article L. 442-1, I, 2° du code de commerce :

Avantages	Inconvénients
Liste limitée de tribunaux spécialisés compétents.	Apporter la preuve de l'absence de négociation du contrat.
Intervention possible de la DGCCRF.	Délai de prescription de 5 ans.
Amende civile.	

4. Les difficultés rencontrées

- ❖ **Faire attention aux clauses excessives et prévoir des clauses ayant un certain degré de réciprocité :**

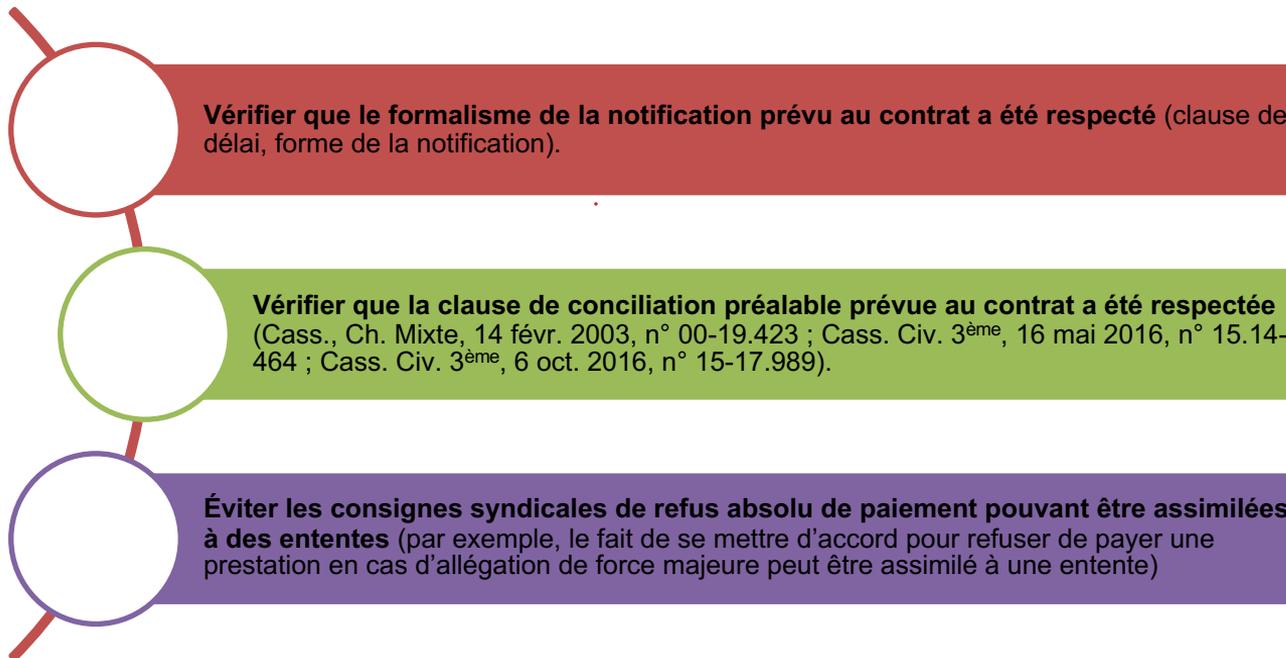


Vérifier qu'elle **ne crée pas un déséquilibre significatif** au sens de l'article 1171 du code civil :

Avantages	Inconvénients
Choix plus large de tribunaux compétents.	Risque de se faire opposer le caractère non-optionnel de l'article L. 442-1 du Code de commerce qui s'applique aux relations commerciales entre professionnels.
Imprescriptibilité du réputé non écrit.	

4. LES DIFFICULTÉS RENCONTRÉES

❖ Aux éléments auxquels il faut être attentif :



PARTIE III. LES AMÉNAGEMENTS À ENVISAGER ET LES COMPORTEMENTS À PRIVILÉGIER EN RAISON DE LA CRISE SANITAIRE LIÉE À LA COVID-19

1. La force majeure
2. La renégociation sur le fondement de l'imprévision
- 3. Le guide de bonnes pratiques de la CEPC**

3. Le guide de bonnes pratiques de la CEPC

Recommandations de la CEPC en matière logistique :

- Suspendre l'application des pénalités logistiques et constater leur annulation ;
- Mettre en place le plus rapidement possible des démarches permettant d'accompagner la sortie de crise au cas par cas ;
- S'accorder sur un suivi individualisé des taux de service, le cas échéant en prévoyant des aménagements pour prendre en compte d'éventuelles variations de volumes dans les commandes ;
- Assurer une transparence de l'information sur les éventuelles difficultés à honorer les commandes, afin de permettre aux distributeurs de trouver des solutions alternatives pour leurs approvisionnements et de limiter ainsi l'impact à l'égard des consommateurs.

3. Le guide de bonnes pratiques de la CEPC

Recommandations de la CEPC en matière commerciale :

- Raccourcissements de délais de paiement ;
- Modification ou modulation des assortiments des gammes de produits ;
- Report du lancement de nouveaux produits ou de certaines actions commerciales telles que les NIP ;
- Adaptation des moyens de communication et supports des promotions ;
- Réévaluation du chiffre d'affaires prévisionnel pour tenir compte des nouveaux comportements d'achat des consommateurs (à la baisse ou à la hausse).

3. Le guide de bonnes pratiques de la CEPC



Mesures bilatérales d'adaptation à encourager :

- Les fournisseurs sont invités à mettre en place le plus rapidement possible des cadences équitables de livraison à l'égard de tous leurs clients ;
- Le maintien de l'intégralité de l'assortiment initial pour l'exercice 2020 doit être la priorité des parties ;
- Le plan de lancement des innovations qui était prévu pour 2020 doit être appliqué ;
- Les parties sont incitées à négocier une révision du chiffre d'affaires prévisionnel s'il est affecté par la crise sanitaire ;
- Lorsque les services de coopération commerciale n'ont pas pu être réalisés en tout ou partie, les parties négocient une adaptation de ces services ou de leurs modalités d'exécution ;
- S'il est affecté par la crise sanitaire, le plan promotionnel et les contrats de mandat qu'il entraîne doivent être adaptés au regard de la faisabilité des opérations sur le second semestre 2020.

3. Le guide de bonnes pratiques de la CEPC

Recommandations générales :

- Être à la recherche d'une **solution amiable** ;
- Faire preuve de « **discernement** » ;
- Recourir aux **techniques de règlement amiable des litiges**, en particulier la médiation, pour faire aboutir les renégociations.

CONCLUSION

S'AGISSANT DE LA NÉGOCIATION ET DE LA CONTRACTUALISATION

- Il est important de **respecter la structuration dans la négociation et la contractualisation d'une relation commerciale.**
- Il faut **veiller à émettre et réclamer des factures conformes** aux dispositions du Code de commerce et du Code général des impôts.
- Les contrôles opérés en matière de délais de paiement sont de **plus en plus récurrents** et les sanctions sont de **plus en plus lourdes**. Il faut s'y préparer et les gérer en les prenant très au sérieux.
- Dans la mesure où il existe désormais de nouvelles pratiques restrictives et abusives de concurrence, il peut être intéressant d'**analyser la jurisprudence qui sera prochainement rendue en la matière.**

CONCLUSION

S'AGISSANT DES POINTS DE VIGILANCE EN RAISON DE LA CRISE SANITAIRE

- Il ne faut pas raisonner de façon générale, mais toujours **au cas d'espèce**.
- En cas de litige :
 - **Se référer au contrat** ;
 - **Évaluer la position juridique** ;
 - **Préférer la solution commerciale**.
- En cas de rédaction et de négociation :
 - **Ne pas être obnubilé par la volonté de rédiger à tout prix des clauses de force majeure ou d'imprévision en toutes circonstances** ;
 - **Réfléchir en fonction du rapport bilatéral applicable**.

CONCLUSION

S'AGISSANT DES POINTS DE VIGILANCE EN RAISON DE LA CRISE SANITAIRE

Dans une relation fournisseur – acheteur :

- Les clauses de force majeure (définies largement et pouvant être étendues à l'obligation d'achat et de paiement) **présentent un réel intérêt pour les acheteurs.**
- En revanche, elles constituent un **piège pour les fournisseurs.**
- Si le fournisseur exerce **plusieurs activités**, le fournisseur doit être vigilant et faire une **application distributive du droit en fonction de sa position dans la chaîne distributive.**
- Le **droit commun du Code civil protège mieux le fournisseur** puisqu'il va pouvoir facilement faire valoir que l'acheteur ne peut pas se prévaloir de la force majeure.

CONCLUSION

S'AGISSANT DES POINTS DE VIGILANCE EN RAISON DE LA CRISE SANITAIRE

Dans une relation amont fournisseur acheteur – fournisseur vendeur/prestataire :

- Une clause de force majeure étendue pourra permettre d'éviter éventuellement la mauvaise situation de l'acheteur en droit commun.



**MERCI POUR VOTRE
ATTENTION !**

DES QUESTIONS ?