



VOGEL ACADEMY

ATELIER NÉGOCIATIONS COMMERCIALES

(hors produits alimentaires)

Joseph Vogel et Margaux Vicaire
Cabinet Vogel & Vogel

23 et 24 novembre 2023



30, Avenue d'Iéna
75116 Paris, France
06.75.37.22.39
www.vogelacademy.fr

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

LES DOCUMENTS

Feuille d'évaluation à renvoyer par mail en fin de stage

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

PLAN DE LA FORMATION

Introduction

Partie I. Les règles de formalisme et de transparence

Partie II. Le droit des pratiques restrictives et abusives

Conclusion

INTRODUCTION

Les contraintes du droit de la négociation commerciale en France

- ✓ En France, les exigences de transparence en matière de CGV, de formalisation de la relation commerciale, de 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.

Un droit de la négociation commerciale en mutation permanente

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

- La loi n° 96-588 dite « Galland » du 1er 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 ;
- L'ordonnance n° 2021-859 du 30 juin 2021 transposant la Directive (UE) 2019/633 du 17 avril 2019 ;
- La loi n° 2021-1357 dite « EGalim 2 » du 18 octobre 2021 visant à protéger la rémunération des agriculteurs ;
- **La loi n° 2023-221 dite « Descrozaille » du 30 mars 2023 tendant à renforcer l'équilibre dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2024 ;**
- **La loi n° 2023-1041 dite « Lemaire » du 17 novembre 2023 portant mesures d'urgence pour lutter contre l'inflation concernant les produits de grande consommation du 14 novembre 2023.**

Les nouveautés résultant de la loi « Descrozaille »

→ **La loi « Descrozaille »** a eu pour objectif **d'équilibrer le rapport de force entre distributeurs et fournisseurs dans le cadre de la négociation annuelle**. Elle a notamment permis de :

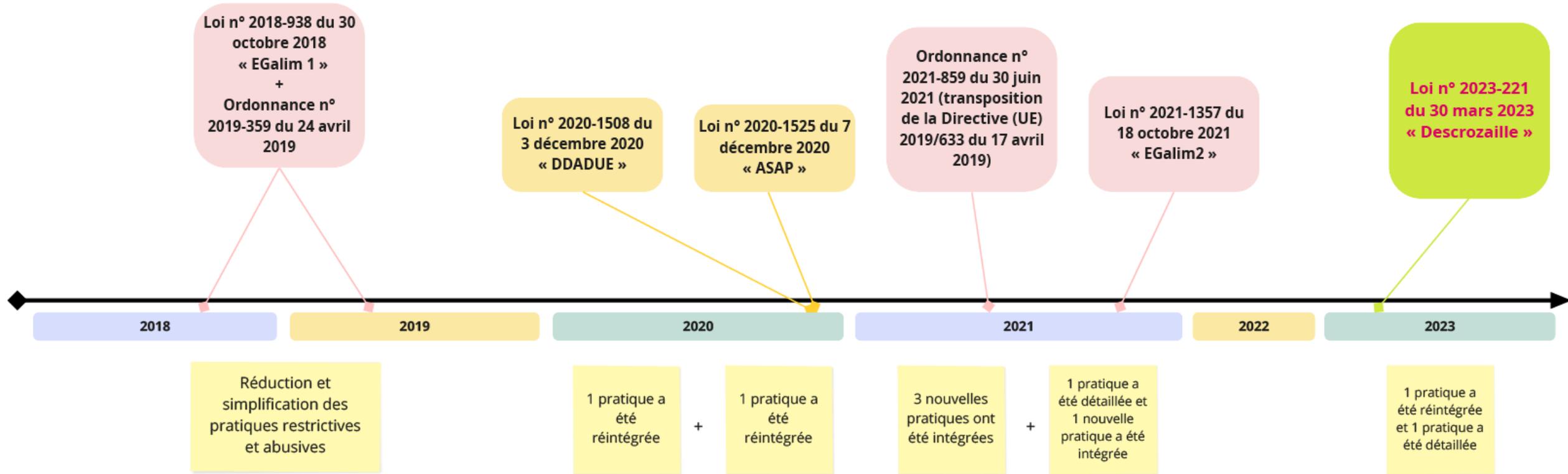
- ✓ Prolonger certaines mesures prises dans le cadre des textes précités (encadrement des promotions et du seuil de revente à perte) ;
- ✓ Prévoir un meilleur encadrement technique de certaines **règles relatives à la négociation commerciale** ;
- ✓ Introduire une **nouvelle pratique restrictive de concurrence**, celle de la négociation de **bonne foi** de la convention écrite (**art. L. 442-1, I, 5°**) ;
- ✓ Sanctuariser le régime applicable aux **grossistes** (**art. L. 441-1-2 et L. 441-3-1**) ;
- ✓ Conférer le **caractère d'ordre public aux dispositions du Titre IV Livre IV du Code de commerce** afin de tenter d'imposer la compétence de la loi et des juridictions françaises face aux pratiques de contournement des grandes centrales (**art. L. 441-1 A**).

→ **Trois tendances marquantes en matière de pratiques restrictives :**

- ① La multiplication de nouvelles pratiques par le législateur ;
- ② D'intenses débats législatifs et jurisprudentiels sur la compétence des juridictions françaises et l'application du droit français ;
- ③ De nombreuses décisions de fond en matière de déséquilibre significatif, d'avantage sans contrepartie et de rupture de relations commerciales établies.

1 La multiplication de nouvelles pratiques

→ Alors que les lois Egalim avaient conduit à simplifier et réduire le nombre de pratiques, un certain nombre de lois se sont succédé depuis, de sorte que le droit des pratiques restrictives de concurrence est encore plus étoffé qu'auparavant :



→ À l'heure d'aujourd'hui, le droit des pratiques restrictives de concurrence s'organise autour de **6 pratiques principales** :

- 1** L'obtention d'un avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné (art. L. 442-1, I, 1°)
- 2** La soumission à un déséquilibre significatif (art. L. 442-1, I, 2°)
- 3** L'imposition de pénalités logistiques non conformes à l'art. L. 441-17 (art. L. 442-1, I, 3°)
- 4** L'interdiction des pratiques discriminatoires s'agissant des PGC (art. L. 442-1, I, 4°)
- 5** Obligation de négociier de bonne foi de la convention écrite (art. L. 442-1, I, 5°)
- 6** La rupture brutale de relations commerciales établies (art. L. 442, II).

D'autres pratiques restrictives de concurrence gravitent par ailleurs autour, notamment le non-respect des obligations prévues par le règlement n° 2019/1150 « P2B » (art. L. 442-1, III), l'interdiction de revente hors réseau (art. L. 442-2), l'annulation de commande à trop brève échéance (art. L. 443-5), le refus de confirmer par écrit les conditions d'un contrat non conclu par écrit portant sur des produits agricoles et alimentaires (art. L. 443-7)..etc.

② D'intenses débats en matière de compétence et de loi applicable

→ La loi « Descrozaille » a introduit un nouvel article :

Article L. 441-1 A du Code de commerce

« Les chapitres Ier, II et III du présent titre s'appliquent à toute convention entre un fournisseur et un acheteur portant sur des produits ou des services commercialisés sur le territoire français. Ces dispositions sont d'ordre public. Tout litige portant sur leur application relève de la compétence exclusive des tribunaux français, sous réserve du respect du droit de l'Union européenne et des traités internationaux ratifiés ou approuvés par la France et sans préjudice du recours à l'arbitrage. »

La loi « Descrozaille » vient confirmer le caractère d'ordre public du Titre IV du Livre IV du Code de commerce.

Elle affirme très prudemment une compétence de principe des juridictions françaises, mais sous réserve du droit européen, de l'application des traités internationaux et du recours à l'arbitrage.

2 D'intenses débats en matière de compétence et de loi applicable

Arrêt Eurelec : CJUE, 22 décembre 2022, C-98/22

→ **Question préjudicielle de la Cour d'appel de Paris :**

« La matière “civile et commerciale” définie à l'article 1er, paragraphe 1, du [règlement no 1215/2012] doit-elle être interprétée comme intégrant dans son champ d'application l'action – et la décision judiciaire rendue à son issue – i) intentée par le [ministre de l'Économie et des Finances] sur le fondement de l'article [L 442-6, I, 2°, du code de commerce] à l'encontre d'une société belge, ii) visant à faire constater et cesser des pratiques restrictives de concurrence et à voir condamner l'auteur allégué de ces pratiques à une amende civile, iii) sur la base d'éléments de preuve obtenus au moyen de ses pouvoirs d'enquête spécifiques ? »

Question posée dans le cadre d'un litige opposant le ministre de l'Économie à la centrale d'achat belge Eurelec. Le Ministre fondait sa compétence sur le règlement Bruxelles I bis, n'étant pas lié par les clauses attributives prévues dans les contrats auxquels il était tiers.

2 D'intenses débats en matière de compétence et de loi applicable

Arrêt Eurelec : CJUE, 22 décembre 2022, C-98/22

→ **Réponse de la Cour :**

« L'article 1er, paragraphe 1, du règlement (UE) no 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2012, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, doit être interprété en ce sens que :

la notion de « matière civile et commerciale », au sens de cette disposition, n'inclut pas l'action d'une autorité publique d'un État membre contre des sociétés établies dans un autre État membre aux fins de faire reconnaître, sanctionner et cesser des pratiques restrictives de concurrence à l'égard de fournisseurs établis dans le premier État membre, lorsque cette autorité publique exerce des pouvoirs d'agir en justice ou des pouvoirs d'enquête exorbitants par rapport aux règles de droit commun applicables dans les relations entre particuliers. »

② D'intenses débats en matière de compétence et de loi applicable

Arrêt Eurelec : CJUE, 22 décembre 2022, C-98/22

→ **Portée de l'arrêt Eurelec :**

Les pouvoirs du ministre de l'Économie dans le cadre d'opérations de visites et saisies, ou lorsqu'il demande le prononcé d'une amende sont des pouvoirs exorbitants du droit commun.

Le règlement Bruxelles I bis n'a donc pas vocation à s'appliquer car l'action du Ministre ne relève pas de la matière civile et commerciale.

 La question de la loi applicable n'a pas été posée à la CJUE qui ne se prononce pas sur la compatibilité du droit des pratiques restrictives et abusives avec le droit européen.

2 D'intenses débats en matière de compétence et de loi applicable

Arrêt Eurelec : CJUE, 22 décembre 2022, C-98/22

→ **Un arrêt dans la continuité de la jurisprudence de la CJUE avec l'arrêt MOVIC :**

« L'article 1er, paragraphe 1, du règlement no 1215/2012 doit être interprété en ce sens que relève de la notion de « matière civile et commerciale », figurant à cette disposition, une action opposant les autorités d'un État membre à des professionnels établis dans un autre État membre dans le cadre de laquelle ces autorités demandent, à titre principal, à ce que soit constatée l'existence d'infractions constituant des pratiques commerciales déloyales prétendument illégales et ordonnée la cessation de celles-ci, ainsi que, à titre accessoire, à ce que soient ordonnées des mesures de publicité et à ce que soit imposée une astreinte. »

CJUE, 16 juillet 2020, Movic, C-73/19

Arrêt Eurelec : CJUE, 22 décembre 2022, C-98/22

→ Les conséquences de l'arrêt Eurelec :

- ① **Action partagée du Ministre avec les opérateurs privés** : le ministre peut agir, au même titre que la victime, devant les tribunaux français sur le fondement du règlement Bruxelles I bis pour solliciter la cessation des pratiques, la nullité des clauses, la répétition de l'indu et le prononcé d'une astreinte, sans être tenu par les clauses attributives de compétence ou compromissaires des contrats conclus (à ce sujet voir déjà : **Cass. 1^{ère} civ., 6 juillet 2016, n° 15-21.811 ; CA Paris, 15 septembre 2015, n° 17/07435**).
- ② **Action sur la base de ses pouvoirs exorbitants du droit commun** : les règles de compétence ne dépendent pas du règlement Bruxelles I bis puisque l'action du ministre n'est pas de nature civile ou commerciale. Par suite logique, l'action autonome du ministre relève de la compétence des juridictions françaises et du droit français, sans même qu'il soit besoin d'invoquer la nature de loi de police de la loi française. **Il s'agit du réel apport de l'arrêt Eurelec.**
- ③ **Faut-il faire une application distributive des compétences** lorsque le ministre agit à la fois au titre de pouvoirs exorbitants et au même titre qu'un opérateur privé ? Non, l'arrêt Eurelec employant l'adverbe « notamment » pour l'hypothèse 2, dans ce cas c'est l'ensemble de son action qui échappe à la compétence civile et commerciale et relève des tribunaux français.

Arrêt Eurelec : CJUE, 22 décembre 2022, C-98/22

→ **L'arrêt Eurelec, un nouvel outil de lutte contre les pratiques des GAFAM :**

➔ **Apport de l'arrêt Eurelec** : en **clarifiant les règles de compétence**, l'arrêt met fin à une controverse et valide la saisine des tribunaux français (et par ricochet la compétence du droit français) (au moins pour ce qui est des actions de l'administration et des syndicats professionnels ou entre les parties en l'absence d'application du droit européen ou d'un traité) pour agir à l'encontre des pratiques des grands opérateurs internationaux sur le territoire national.

→ **S'agit-il de lois de police ?**

> **Réponse de la jurisprudence différenciée :**

❖ **Hésitante sur le droit de la rupture de relations commerciales établies :**

OUI : Paris, 4 juillet 2017, n° 15/19988.

NON : Paris, 28 février 2019, n° 17/16457 ; Paris, 3 juin 2020, « Sobmilab / Waters ».

❖ **Plus affirmée sur le déséquilibre significatif :**

OUI : TCom Paris, 19 décembre 2022, n° 2017040626 « *Apple* » ; TCom Paris, 2 septembre 2019, n° 2017050627 ; Com., 8 avril 2020, n° 17-31.536 « *Expedia* ».

OUI mais uniquement quand action du Ministre, du Ministère public ou du Président de l'ADLC : Paris, 20 janvier 2023.

La sanction des GAFAM par le droit des pratiques restrictives de concurrence ?

Les GAFAM disposent de **moyens financiers très importants**. Ils n'ont aucune limite financière, et disposent donc d'une **force de frappe supérieure à n'importe quel fournisseur ou distributeur**. La grande distribution est également puissante financièrement.

Il est donc en pratique très difficile de les attaquer, notamment en raison du fait que :

- ❑ Les GAFAM, qui ont une activité en France mais des sièges sociaux à l'étranger, vont **donner compétence à un juge étranger et à une loi étrangère** de sorte que toute action en justice sera rendue plus difficile. De la même manière, la grande distribution qui a une activité en France peut créer des centrales d'achat à l'étranger permettant de donner compétence à un juge étranger et à une loi étrangère. **Cela rend les actions plus difficiles à la fois pour les parties (mais aussi pour la DGCCRF ou les syndicats professionnels).**
- ❑ Les GAFAM et la grande distribution vont **multiplier les procédures parallèles et les moyens procéduraux** de façon à rendre les actions plus lourdes et contraignantes. Ils ne vont en effet pas hésiter à poser plusieurs QPC et/ou questions préjudicielles, à remettre en cause l'intérêt à agir d'une association, à faire valoir l'absence de soumission dans le cadre d'une action pour déséquilibre significatif, à revendiquer les marges de négociation...etc.

Exemples : **Affaire « Apple »** : demandes de questions préjudicielles devant la Cour de justice de l'Union européenne / **Affaire « Amazon »** : QPC et question préjudicielle au Conseil d'État.

Loi n° 2023-1041 du 17 novembre 2023 portant mesures d'urgence pour lutter contre l'inflation concernant les produits de grande consommation

- ✓ **Objectifs : lutter contre l'inflation, et accélérer les baisses de prix.**
- ✓ **Cette loi modifie le calendrier des négociations commerciales entre les fournisseurs de PGC et les distributeurs exerçant une activité de commerce de détail à prédominance alimentaire afin de permettre une entrée en vigueur anticipée des nouveaux tarifs en 2024.**
- ✓ **Elle avance la date butoir fixée pour la convention écrite portant sur des produits de grande consommation de mars à janvier (15 janvier ou 31 janvier selon le chiffre d'affaires de l'entreprise) ainsi que la date de communication des CGV.**
- ✓ **Le texte ne concerne que les produits de grande consommation.**

PARTIE I. LES RÈGLES DE FORMALISME ET DE TRANSPARENCE

PARTIE I. LES RÈGLES DE FORMALISME ET DE TRANSPARENCE

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

1. Les conditions générales de vente

➤ Le rôle des CGV

- ✓ Les CGV concernent « *toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services* ».
- ✓ Les CGV constituent le **socle unique de la négociation commerciale**.
- ✓ 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

➤ 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

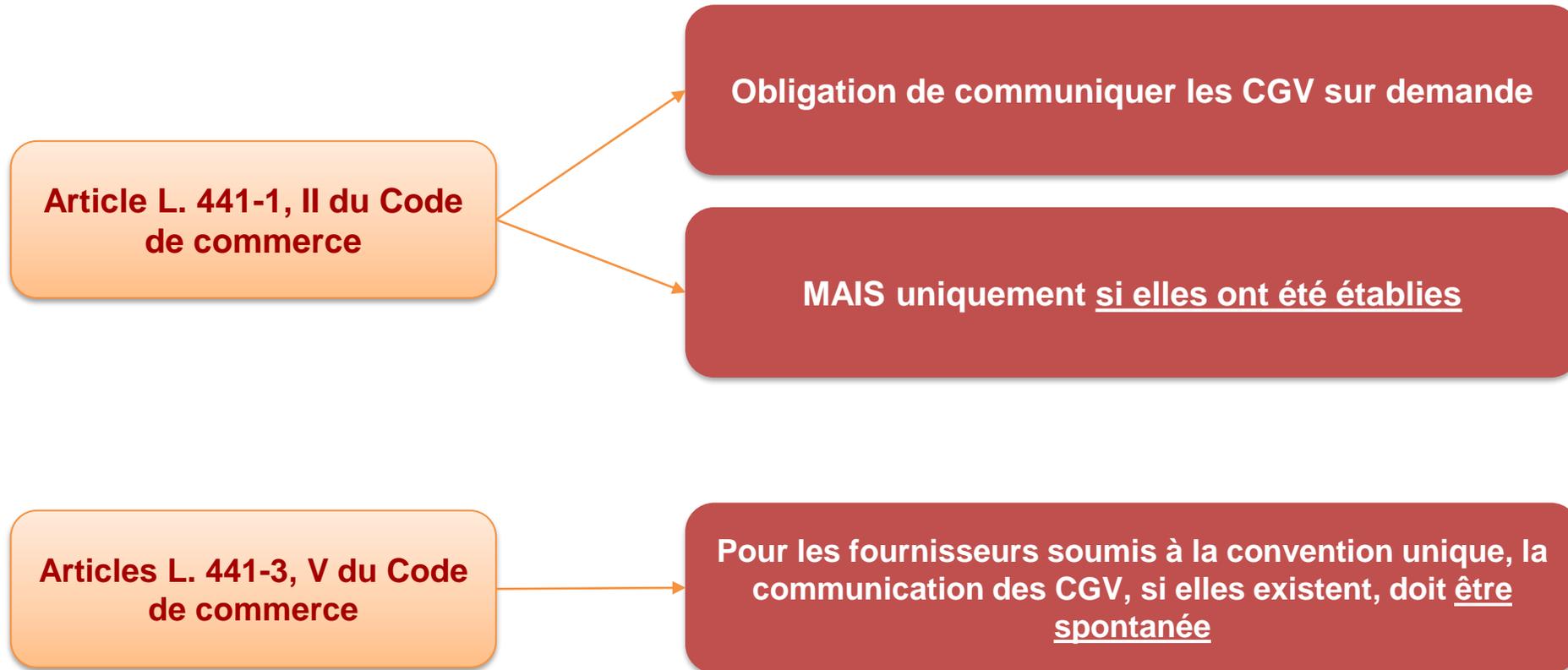
➤ Le contenu des CGV

➔ Autre élément spécifique devant figurer au sein des CGV : l'identifiant unique.

- ✓ **Article R. 541-173, alinéa 1^{er} du Code de l'environnement** : « *Tout producteur indique l'identifiant unique prévu à l'article L. 541-10-13 dans le document relatif aux conditions générales de vente ou, lorsqu'il n'en dispose pas, dans tout autre document contractuel communiqué à l'acheteur.* »
- ✓ **Article L. 541-10-13 du Code de l'environnement** renvoie à l'**article L. 541-10 du même code** lequel vise « *toute personne physique ou morale qui élabore, fabrique, manipule, traite, vend ou importe des produits générateurs de déchets ou des éléments et matériaux entrant dans leur fabrication* ».
- ✓ L'**identifiant unique** est un identifiant qui garantit que chaque entreprise soumise au principe de la responsabilité élargie des producteurs (REP) s'acquitte bien de la contribution auprès des éco-organismes auprès desquels elle doit souscrire. L'identifiant unique est délivré à chaque entreprise qui s'enregistre auprès de l'autorité administrative.

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^o de la Directive 2007/64/CE).

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

1. Les conditions générales de vente

➤ Le calendrier des CGV

**Article L. 441-3, V du
Code de commerce**
(convention unique de droit
commun)

Obligation de communiquer spontanément les CGV, si elles
existent, dans un délai raisonnable avant le 1^{er} mars

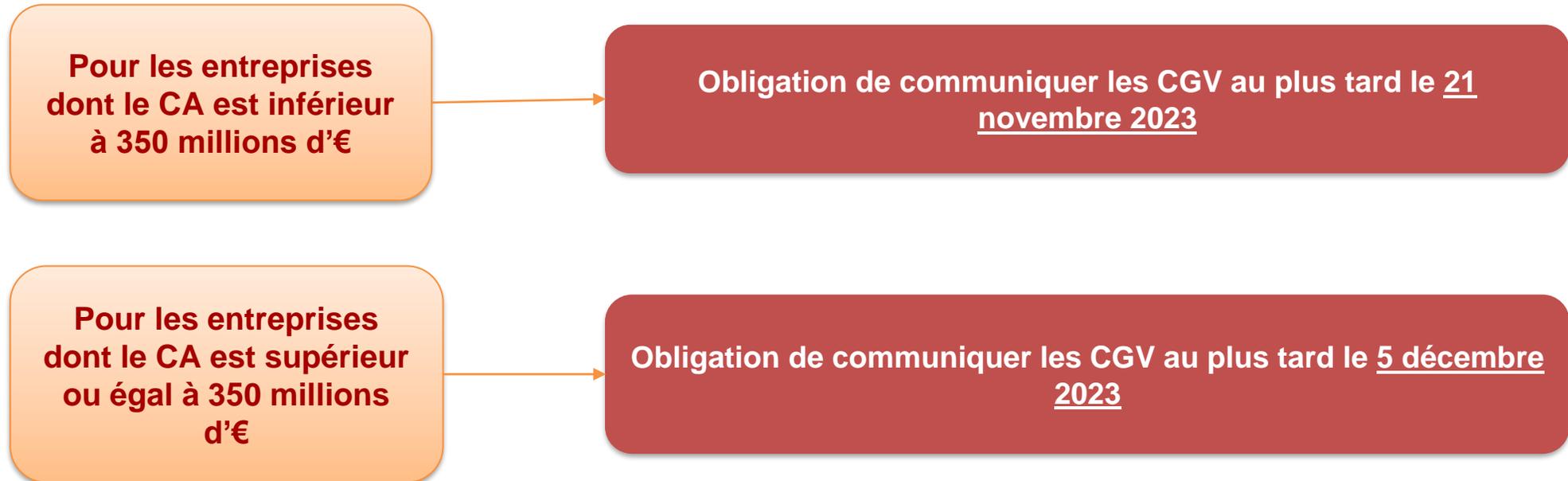
**Article L. 441-4, VI du
Code de commerce**
(convention unique « PGC »)

Obligation de communiquer spontanément les CGV, si elles
existent, avant le 1^{er} décembre de l'année N-1

1. Les conditions générales de vente

➤ Le calendrier des CGV

➔ Nouveau calendrier pour les PGC avec la loi « Lemaire » (article 1^{er}, III) :



1. Les conditions générales de vente

➤ La possibilité d'établir des CCV



➤ **Article L. 441-1, II, alinéa 2 du Code de commerce** : « Ces conditions générales de vente peuvent être différenciées selon les catégories d'acheteurs de produits ou de prestations de services. Dans ce cas, l'obligation de communication prescrite au premier alinéa du présent II porte uniquement sur les conditions générales de vente applicables à une même catégorie d'acheteurs. »

1. Les conditions générales de vente

➤ La possibilité d'établir des CCV

- ✓ Le fournisseur peut établir des **conditions générales de vente (CGV) différenciées en fonction de catégories de distributeurs**, qu'il détermine librement mais sur la base de **critères objectifs**.

Exemples : en fonction du chiffre d'affaires, de la nature de la clientèle ou encore du mode de distribution.

- ✓ 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**).
- ✓ L'intérêt des CGV catégorielles est de **ne devoir être communiquées qu'aux professionnels relevant de la catégorie**.

1. Les conditions générales de vente

➤ La possibilité d'établir des CCV

Jurisprudence :

- ✓ **Com. 28 sept. 2022, n° 19-19.768** : Il a été jugé que si l'acheteur ne correspond exactement à aucune des catégories définies par le fournisseur, il doit être rattaché à celle dont il est le plus proche. Les CGV étant différenciées selon trois catégories de clients - les officines indépendantes, les officines groupées et les grossistes -, l'acheteur était fondé à solliciter la communication des CGV accordées aux officines indépendantes « *dont [il] se rapprochait le plus au regard des trois catégories* ».
- ✓ **Com. 28 sept. 2022, n° 21-20.357** : Le fournisseur peut refuser à un acheteur la communication de conditions catégorielles s'il établit qu'il n'appartient pas à la catégorie concernée.
- ✓ **Com. 28 sept. 2022, n° 19-19.768** : Une fois transmises, ces conditions générales (CG) catégorielles constituent le socle unique de la négociation, y compris pour le fournisseur qui ne peut ensuite entamer les négociations sur la base de CG d'une autre catégorie, alors même qu'il peut en principe refuser de vendre.

1. Les conditions générales de vente

➤ La possibilité d'établir des CCV

Critères objectifs

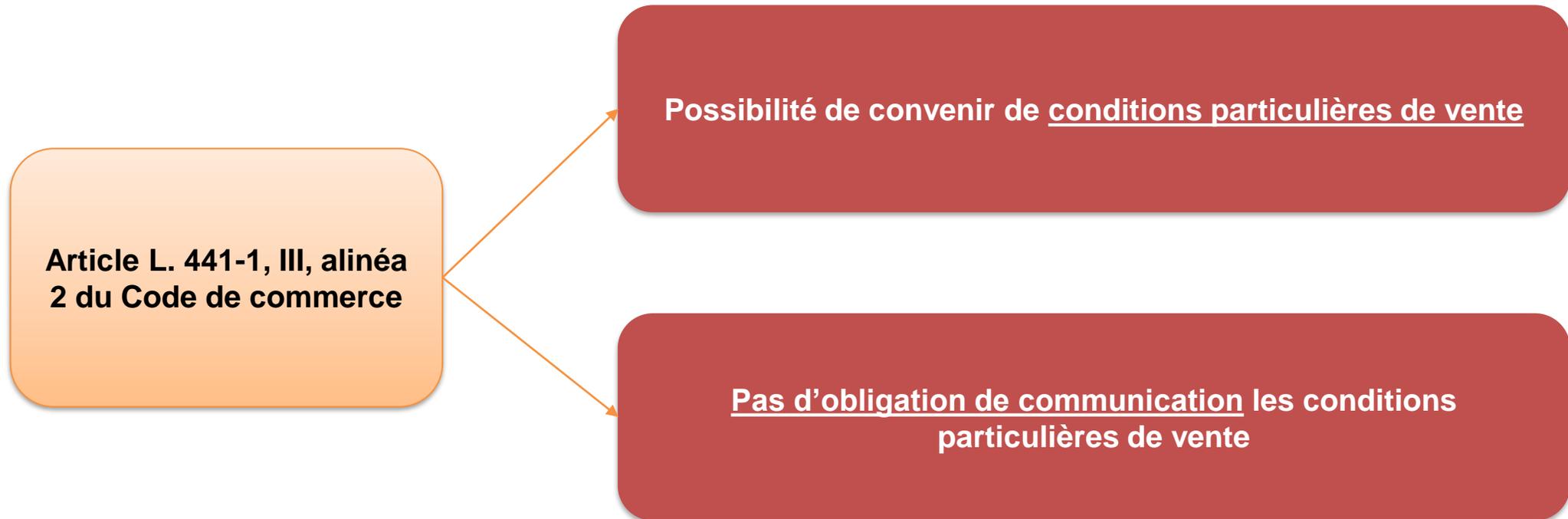
- Chiffre d'affaires ;
- Nature de la clientèle ;
- Mode de distribution ;
- Secteur d'activité concerné ;
- Destination finale du produit.

Critères non objectifs

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

1. Les conditions générales de vente

➤ La possibilité d'établir des CPV



1. Les conditions générales de vente

➤ La possibilité d'établir des CPV

Article L. 441-1 III, al. 2, Code de commerce : « *Dans le cadre de cette négociation, les parties peuvent convenir de **conditions particulières de vente** qui ne sont pas soumises à l'obligation de communication prescrite au II.* »

- ✓ Vendeur et acheteur peuvent convenir de **conditions particulières de vente**.
- ✓ Ces conditions particulières **ne sont pas soumises à l'obligation de communication**.
- ✓ Elles **prévalent sur les conditions générales** en vertu d'une solution jurisprudentielle constante reprise également à **l'article 1119, alinéa 3, du code civil** : « *En cas de discordance entre des conditions générales et des conditions particulières, les secondes l'emportent sur les premières.* » Sur l'ordre de prévalence, v. **CEPC, avis n° 16-11**.

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**.
- **CA Paris, 25 novembre 2021, n°18/04749** : le vendeur ne rapporte pas la preuve que dans le cadre d'un courant d'affaires, les clients auraient eu connaissance des CGV, de sorte qu'elles ne lui sont pas opposables.
- 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**).

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 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**.
- Le non-respect du nouveau calendrier issu de la **loi « Lemaire »** pour la communication des CGV relatives à des PGC est quant à lui passible de l'**amende administrative prévue à l'article L. 441-6, alinéa 1^{er} du Code de commerce, soit** :
 - **75.000 euros** pour une **personne physique** ; et
 - **375.000 euros** pour une **personne morale**.

1. Les conditions générales de vente

➤ Les CGV grossistes

Article L. 441-1-2 du Code de commerce

- ✓ La **loi dite « Descrozaille »** a introduit un article relatif aux conditions générales de vente des grossistes.

- ✓ Définition du grossiste : **article L. 441-1-2, I du Code de commerce**.

Il s'agit d'une **reprise de la définition** qui était auparavant précisée au sein de l'**article L. 441-4, II du Code de commerce**.

- ✓ Les CGV s'appliquent aux grossistes « *tant dans leurs relations avec les fournisseurs que dans leurs relations avec les acheteurs* ».

Les relations « amont » et « aval » sont donc visées.

1. Les conditions générales de vente

➤ Les CGV grossistes

Article L. 441-1-2 du Code de commerce

- ✓ Le contenu de l'**article L. 441-1-2 du code de commerce** est le même que celui de l'**article L. 441-1** (contenu, communication, CGV catégorielles, CPV, socle unique).
- ✓ **Non application aux grossistes de l'article L. 441-1-1 du Code de commerce** relatif aux produits alimentaires et « *petfood* ».

Cette exclusion était auparavant précisée au sein de l'**article L. 441-1-1, V du Code de commerce**.
- ✓ Les **sanctions sont les mêmes** que celles de l'**article L. 441-1, IV du Code de commerce** sont **prévues à l'article L. 441-1-2, VI du Code de commerce** (15.000 euros pour une personne physique et 75.000 euros pour une personne morale).

Cas pratique n° 1 : CGV (1/2)

ENTREPRISE 1 établit des CGV.

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

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

OUI

NON

Cas pratique n° 1 : CGV (2/2)

ENTREPRISE 1 établit des CGV.

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

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

OUI

NON

Cas pratique n° 2 : CGV

ENTREPRISE 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 ENTREPRISE 1 dont le contrat a été résilié, lui demande ses CGV actuelles.

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

OUI

NON

Cas pratique n° 3 : CGV catégorielles

ENTREPRISE 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?
- Mettre en œuvre des constats sur ordonnance (article 145 du Code de procédure civile) ?

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?

Cas pratique n° 6 : contenu des CGV

Les CGV prévoient que « *les marchandises sont fournies au prix en vigueur au moment de la livraison, et pour certaines d'elles au prix déterminé par les dispositions législatives et/ou réglementaires qui leur sont applicables* ».

Les CGV sont-elles contraires à l'article L. 441-1 du Code de commerce?

OUI

NON

= **CA Lyon, 7 avril 2022, n°18/07221** : non, dès lors que les CGV concernent des produits spécifiques dont les tarifs ne sont pas nécessairement fixés par le fournisseur, et que le prix unitaire des produits vendus figure bien sur chacune des factures.

PARTIE I. LES RÈGLES DE FORMALISME ET DE TRANSPARENCE

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

2. Les conventions écrites

➤ La conclusion obligatoire ou facultative de la convention écrite

➔ Champ d'application de l'obligation de rédaction d'une convention unique

Notion de relation fournisseur/distributeur :

Article L. 441-3, I, alinéa 1^{er} du Code de commerce
Convention de droit commun

« Une convention écrite conclue **entre le fournisseur [...] et le distributeur ou le prestataire de services** mentionne les obligations réciproques auxquelles se sont engagées les parties à l'issue de la négociation commerciale ».

+ **Article L. 441-4, I du Code de commerce** relatif à la convention écrite des PGC > renvoi à **l'article L. 441-3, I du Code de commerce**.

2. Les conventions écrites

➤ La conclusion obligatoire ou facultative de la convention écrite

 Les cas où la convention unique est facultative

- ✓ Il est possible d'échapper à la convention unique si :
 - **les CGV ne sont pas négociées,**
 - **les rabais et remises sont appliqués uniformément à l'ensemble du réseau.**

- ✓ Lorsque **la relation commerciale se borne à la conclusion de contrats instantanés sur la base de CGV générales ou catégorielles du vendeur**, il n'est pas requis d'établir une convention unique (**Avis CEPC n°10- 07, 1er avril 2010**).

2. Les conventions écrites

➤ La conclusion obligatoire ou facultative de la convention écrite



Les cas où la convention unique est facultative

Jurisprudence rendue en la matière :

- ✓ **CEPC, avis n° 20-6, 17 déc. 2020** : Une centrale d'achat, s'approvisionnant auprès de fournisseurs pour revendre à des distributeurs indépendants, est soumise au formalisme prescrit par le nouvel article L. 441-3 du Code de commerce tant dans ses relations avec ses propres fournisseurs qu'avec ses clients qui achètent pour revendre. Il n'y est fait exception **que dans le cas où la relation d'approvisionnement est établie sur la seule base des conditions générales ou catégorielles de ses propres fournisseurs, ou de ses conditions générales ou catégorielles lorsqu'elle est fournisseur des distributeurs indépendants.**
- ✓ **CA Lyon, 7 avril 2022, n°18/07221** : La rédaction d'une convention écrite ne s'impose pas lorsque les relations entre les parties sont constituées par une **succession de commandes sur le fondement de CGV auxquelles il n'est pas dérogé.**

2. Les conventions écrites

➤ La conclusion obligatoire ou facultative de la convention écrite

➔ Les cas où la convention unique est obligatoire

- ✓ A l'inverse, à chaque fois que :
 - des **conditions dérogeant aux CGV sont conclues**, ce qui implique une **négociation**,
 - Que des **membres bénéficient de remises différentes** ou
 - Que **des services de coopération commerciale ou d'autres obligations sont convenus**,
- ✓ Il sera alors **obligatoire** d'établir une convention unique.

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?

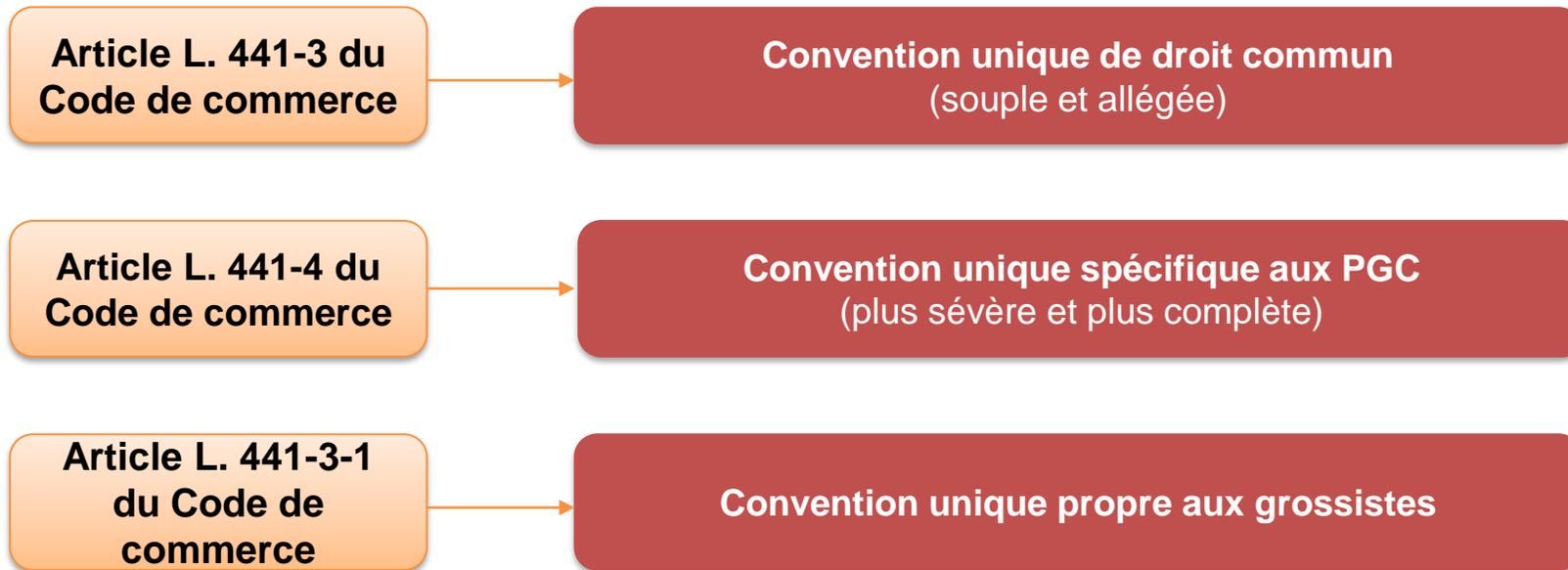
Cas pratique n° 7 : convention unique (2/2)

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 écrites

➤ Trois types de conventions écrites (hors alimentaire) :



2. Les conventions écrites

➤ La convention écrite de droit commun

Article L. 441-3, I du Code de commerce : *I.- Une **convention écrite** conclue entre le fournisseur, à l'exception des fournisseurs de produits mentionnés à l'article L. 443-2, et le distributeur ou le prestataire de services **mentionne les obligations réciproques auxquelles se sont engagées les parties à l'issue de la négociation commerciale**, dans le respect des articles L. 442-1 à L. 442-3. Cette convention est établie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre et des contrats d'application.*

- ✓ Régime général applicable à **toute relation entre un fournisseur et un distributeur** (MAIS pas aux 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**.

2. Les conventions écrites

- **La convention écrite « grossistes » : **nouvel article L. 441-3-1 du Code de commerce****
- ✓ La **loi « Descrozaille »** s'est emparée de la situation du grossiste pour instaurer à son profit une **convention écrite spécifique**.
- ✓ Définition du **grossiste** :
 - Article L. 441-1-2, I, alinéa 1^{er} du Code de commerce** : « *I.-Le grossiste s'entend de toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles, achète des produits à un ou à 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 assimilées 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**.
- ✓ **L'article L. 441-3-1 du Code de commerce est identique à l'article L. 441-3 du Code de commerce propre à la convention écrite de droit commun.**

2. Les conventions écrites

➤ La convention écrite 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**.
- Pour le contenu de la convention, il faut se référer à l'**article L. 441-3, III du Code de commerce**.
- **Exclusion des grossistes**, quand bien même ceux-ci achèteraient et revendraient des PGC.

2. Les conventions écrites

➤ La date de conclusion et la durée de la convention écrite de droit commun et de la convention « grossistes »

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 écrites

➤ La date de conclusion et la durée de la convention écrite 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 écrites

➤ La date de conclusion et la durée de la convention écrite

➔ Apports de la **loi « Descrozaille »** sur le calendrier des négociations :

✓ **Expérimentation d'un dispositif encadrant la situation d'une absence d'accord au 1^{er} mars (article 9, loi « Descrozaille »).** La loi permet au fournisseur :

- Soit de **mettre fin à la relation** avec le distributeur sans que ce dernier ne puisse invoquer la rupture brutale de la relation au sens de **l'article L. 442-1, II du Code de commerce**.

⚠ Le fournisseur reste néanmoins tenu de négocier le **contrat de bonne foi** avant la rupture selon **l'article 1104 du Code civil**. Si il s'agit de PGC, le fournisseur peut également engager sa responsabilité civile pour pratique commerciale abusive sur le fondement du **nouvel article L442-1, I, 5° du Code de commerce**.

- Soit de demander l'**application d'un préavis** conforme à **l'article L. 442-1, II du Code de commerce**.

2. Les conventions écrites

➤ La convention écrite spécifique aux PGC

➡ Apports de la loi « Lemaire » concernant les PGC (**article 1^{er}, I**) :

- ✓ Cette loi **avance le cycle annuel des négociations commerciales** afin de **faire bénéficier les consommateurs de nouveaux prix de vente en baisse**.
- ✓ Elle fixe une date butoir au :
 - **15 janvier 2024** pour les fournisseurs dont le chiffre d'affaires est inférieur à 350 millions d'euros avec une prise d'effet de l'accord au 16 janvier 2024 ;
 - **31 janvier 2024** pour les fournisseurs dont le chiffre d'affaires est égal ou supérieur à 350 millions d'euros avec une prise d'effet de l'accord au 1^{er} février 2024.
- ✓ Le texte concerne :
 - *"tout **distributeur** exerçant une activité de commerce de détail à **prédominance alimentaire***
 - *et tout **fournisseur** de **produits de grande consommation**".*

2. Les conventions écrites

➤ La convention écrite spécifique aux PGC

➔ Apports la loi « Lemaire » concernant les PGC (article 1^{er}, I) :

- ✓ Les accords commerciaux signés avant le 1^{er} septembre 2023 entre fournisseurs et distributeurs **prendront fin automatiquement, selon le cas, au 15 janvier ou 31 janvier 2024.**
- ✓ Les fournisseurs relevant du champ d'application de la loi dont le chiffre d'affaires est inférieur à 350 millions d'euros ont jusqu'au **21 novembre 2023** pour communiquer aux distributeurs leurs conditions générales de vente (CGV).
- ✓ Les fournisseurs dont le chiffre d'affaires est supérieur à 350 millions d'euros doivent le faire pour le **5 décembre 2023 au plus tard.**

2. Les conventions écrites

➤ La convention écrite spécifique aux PGC

➔ Apports de loi « Lemaire » concernant les PGC (article 1^{er}, I) :

- ✓ **Ce calendrier anticipé des négociations doit s'appliquer dans le cadre du dispositif expérimental mis en place par la loi « Descrozaille »**. Ainsi, en cas d'échec des négociations au 15 janvier ou 31 janvier 2024, les fournisseurs pourront choisir soit de mettre fin à toute relation commerciale avec le distributeur, soit de demander l'application d'un préavis "classique" ou les parties pourront s'entendre pour saisir le médiateur des relations commerciales agricoles ou le médiateur des entreprises afin de conclure avant le 15 ou le 29 février 2024 (selon le cas) un accord fixant les conditions d'un préavis tenant notamment compte des conditions économiques du marché sur lequel opèrent les parties.
- ✓ Le gouvernement devra remettre un **rapport au Parlement évaluant les effets de l'avancée des négociations commerciales sur les prix et le partage de la valeur** dans les trois mois de la publication de la loi.

2. Les conventions écrites

➤ Le contenu de la convention écrite

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

- Le « prix convenu » se définit avec référence aux composantes **du 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 ;
 - Les **services de coopération commerciale** ;
 - 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).

2. Les conventions écrites

➤ Le contenu de la convention écrite

❖ Les avantages financiers :

Les **conditions de l'opération de vente** comprennent :

- Les **conditions de vente** (conditions relatives aux commandes, à la livraison, au transfert de propriété, à la logistique...etc.).
- Les **conditions tarifaires** (tarifs, réductions de prix, rabais, remises, ristournes).
- Les **conditions de règlement** (conditions d'escompte, délais et mode de paiement, pénalités de retard, indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement).

2. Les conventions écrites

➤ Le contenu de la convention écrite

❖ Les avantages financiers :

- Les **services de coopération commerciale** correspondent à des services qui sont rendus par le distributeur pour le fournisseur. Il s'agit notamment de services promotionnels tels que l'emplacement privilégié des produits, prospectus, catalogue...etc.
- Les parties doivent fixer leur objet, leur date d'exécution, les modalités d'exécution, leur rémunération, les produits ou services auxquels ils se rapportent ainsi que la rémunération globale afférentes à l'ensemble de ces obligations.
- **Avis n° 21-14 de la CEPC du 18 novembre 2021** : les opérations de coopération commerciale doivent faire l'objet d'une facture émise par le distributeur ou le prestataire de services : **facture distincte de celle des marchandises émises par le fournisseur** (pas possible de procéder par une réduction de prix sur la facture).

2. Les conventions écrites

➤ **Le contenu de la convention écrite**

❖ **Les avantages financiers :**

➡ **Jurisprudence récente rendue en la matière :**

TA Paris, 7 novembre 2023, n° 2205984 :

Le fait de ne pas faire figurer le prix de services de coopération commerciale dans les conventions annuelles constitue un manquement à l'actuel article L. 441-3 du Code de commerce, même s'ils sont négociés et facturés par des centrales étrangères, dès lors que les versements des fournisseurs sont rétrocédés au distributeur français et que les services leur sont rendus en France.

2. Les conventions écrites

➤ Le contenu de la convention écrite

❖ Les avantages financiers :

- Les **autres obligations** destinées à favoriser la relation commerciale sont celles qui ne sont **pas destinées à favoriser la commercialisation des produits** et qui ne sont **pas liées à l'achat-vente des produits ou services par le distributeur**.
- Cette catégorie d'obligations remplace **anciennement les « services distincts »** qui correspondaient aux services rendus notamment dans le cadre d'accords internationaux ou par exemple des services statistiques.
- Les parties doivent fixer leur objet, leur date d'exécution, les modalités d'exécution et leur contrepartie financière (soit sous forme de rémunération facturée par le distributeur, soit sous forme de réduction de prix figurant sur la facture).

2. Les conventions écrites

➤ Le contenu de la convention écrite spécifique aux PGC

Article L. 441-4, III et IV du Code de commerce

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 ainsi que **chacune des obligations réciproques** auxquelles se sont engagées les parties à l'issue de la négociation commerciale et leur prix unitaire.

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. La négociation de la convention écrite est conduite de **bonne foi**, conformément à l'article 1104 du code civil.

2. Les conventions écrites

➤ Le contenu de la convention écrite spécifique aux PGC

La **loi « Descrozaille »** a également imposé de nouvelles règles concernant la convention unique spécifique aux PGC : **article L. 441-4 du Code de commerce**.

- ✓ La **règle du ligne à ligne**, applicable auparavant uniquement aux produits protégés, est désormais étendu à l'ensemble des PGC (alimentaires et non alimentaires). La règle du ligne à ligne consiste à rendre obligatoire la mention de chacune des obligations réciproques auxquelles se sont engagées les parties à l'issue de la négociation commerciale.
- ✓ L'objectif est de renforcer la **protection du tarif** en exigeant que **toute dérogation à celui-ci soit légitime et proportionnée**.
- ✓ Introduction de l'interdiction des pratiques discriminatoires au sein de l'**article L. 442-1, I, 4° du Code de commerce** pour les PGC.
- ✓ Renforcement pour les PGC de l'**obligation de négociier de bonne foi** par la référence à l'**article 1104 du Code civil** au sein de l'**article L. 441-4 du Code de commerce**.

Cas pratique n° 8 : coopération commerciale – 1/2

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

- L'attribution de têtes de gondoles?
- La promotion publicitaire?
- La réalisation d'un chiffre d'affaires déterminé?
- L'élaboration et la diffusion de catalogues mettant en valeur les produits du fournisseur?
- Les services logistiques?
- La présentation astucieuse des produits?

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?
- Des prestations d'optimisation des commandes, de paiement centralisé, et d'unité de négociation?
- L'attribution d'emplacements privilégiés?
- La réalisation d'objectifs de vente?
- Des services relatifs à des produits MDD?
- La location de frigos exposant les boissons du fournisseur et permettant de les acheter fraîches?

2. Les conventions écrites

➤ La modification de la convention écrite

- ✓ La convention unique peut faire l'objet en cours d'année de modifications qui doivent prendre la forme d'un **avenant (art. L. 441-3, II du Code de commerce)**.
- ✓ Il peut s'agir de **toute modification** relative aux prix, aux produits, aux gammes de produits...etc. ou aussi pour intégrer au contrat la fourniture de nouveaux services, dans ce cas la rémunération appliquée ne peut naturellement courir qu'à partir de la date de fourniture desdits services et non rétroactivement (**Circ. 8 déc. 2005 - CEPC, avis n° 10-13, 29 sept. 2010**).
- ✓ **Les modifications ne peuvent cependant s'appliquer de manière rétroactive.**

2. Les conventions écrites

➤ 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 du Code de commerce est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder (**alinéa 1^{er}**) :
 - **75.000 € pour une personne physique ; et**
 - **375.000 € pour une personne morale.**

2. Les conventions écrites

➤ Les sanctions applicables

Article L. 441-6 du Code de commerce

- ✓ Le **montant de ces amendes est doublé en cas de réitération de l'infraction** dans un délai de 2 ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive (**alinéa 2**).
- ✓ L'amende administrative est prononcée par la DGCCRF dans les conditions prévues à l'**article L. 470-2 du Code de commerce**.
- ✓ La **loi dite « Sapin II »** a renforcé la rigueur du régime des sanctions de l'**article L. 470-2 du code de commerce** en **supprimant la règle traditionnelle du non-cumul**.
- ✓ Dorénavant, **lorsqu'à l'occasion d'une même procédure ou de procédures séparées, plusieurs sanctions administratives ont été prononcées à l'encontre d'un même auteur pour des manquements en concours, ces sanctions s'exécutent cumulativement**.

2. Les conventions écrites

➤ Les sanctions applicables



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 faites 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).

2. Les conventions écrites

➤ Les sanctions applicables

➔ Apports de la loi « Descrozaille » s'agissant des sanctions :

✓ **Non-respect de la date butoir du 1^{er} mars :**

L'**article L. 441-6, alinéa 3 du Code de commerce** prévoit une **sanction renforcée** en cas de non-respect de l'échéance du 1^{er} mars **s'agissant des PGC :**

- **200.000 euros** pour une personne physique.
- **1.000.000 euros** pour une personne morale.

2. Les conventions écrites

➤ Les sanctions applicables

➔ Apports de la loi « Lemaire » concernant les PGC :

✓ **Non-respect des nouvelles dates butoirs mises en place :**

L'**article 1^{er}, IV, alinéa 1^{er} de la loi** prévoit des **sanctions renforcées** en cas de non-respect des dates butoirs mises en place pour les **PGC** :

- **200.000 euros** pour une **personne physique**.
- **5.000.000 euros** pour une **personne morale**.

PARTIE I. LES RÈGLES DE FORMALISME ET DE TRANSPARENCE

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

3. La facturation

➤ Les règles de facturation

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

- « *Tout achat de produits ou toute prestation de service pour une activité professionnelle fait l'objet d'une facturation* » (I, alinéa 1^{er}).
- La facture doit être délivrée « *dès la réalisation de la livraison ou de la prestation de service* » (I, alinéa 2).
- L'acheteur est **tenu de la réclamer** (I, alinéa 2).

3. La facturation

➤ Les mentions sur facture

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

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
- ➔ Les treize mentions résultant de l'article L. 441-9, I du Code de commerce.

3. La facturation

➤ Les 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 des parties** ;
2. L'**adresse des parties** ;
3. L'**adresse de facturation des parties** si celle-ci est différente ;
4. La **date** de la vente ou de la prestation de services ;
5. La **quantité** ;
6. La **dénomination précise** ;
7. Le **prix unitaire** hors tva des produits vendus et des services rendus ;
8. 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 ;
9. La **date à laquelle le règlement doit intervenir** ;
10. Les **conditions d'escompte applicables** ;
11. Le **taux des pénalités exigibles** le jour suivant la date de règlement inscrite sur la facture ;
12. Le **montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement** due au créancier en cas de retard de paiement ;
13. 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, alinéa 1er 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 (**article L. 441-9, II, alinéa 2 du Code de commerce**) :
 - **150.000 €** pour une **personne physique** ; et
 - **750.000 €** pour une **personne morale**.

3. La facturation

➤ La coresponsabilité du vendeur et de l'acheteur

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

➤ La 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.
- ✓ Au moment de l'habilitation de la loi de finances pour 2021, le Gouvernement a adopté une **ordonnance qui fixe les principes régissant cette nouvelle obligation : ordonnance n° 2021-1190 du 15 septembre 2021.**
- ✓ **Un décret est paru en octobre 2022**, il s'agit du **Décret n° 2022-1299 du 7 octobre 2022** : il formalise la mise en place de la facturation électronique et liste notamment les obligations des plateformes privées et du portail public.

3. La facturation

➤ La facturation électronique interentreprises

- ✓ La facturation électronique pour les transactions interentreprises va devenir **obligatoire selon un calendrier déterminé en fonction de la taille de l'entreprise.**
- ✓ À l'origine, ce calendrier devait débuter à compter du 1^{er} juillet 2024 et s'achever le 1^{er} janvier 2016.
- ✓ Un **amendement au projet de loi de finances pour 2024** a cependant été adopté et a fixé un **nouveau calendrier de l'entrée en vigueur de la facturation électronique.**
- ✓ Les nouvelles dates d'obligation d'émission des factures sous forme électronique et de transmission des données de transaction et de paiement selon la taille de l'entreprise sont désormais les suivantes :
 - **1^{er} septembre 2026** pour les grandes entreprises (au lieu du 1^{er} juillet 2024) ;
 - **1^{er} septembre 2026** pour les entreprises de taille intermédiaire (ETI) (au lieu du 1^{er} janvier 2025) ;
 - **1^{er} septembre 2027** pour les PME et micro-entreprises (au lieu du 1^{er} janvier 2026), étant précisé qu'elles devront être en capacité de **recevoir des factures électroniques dès le 1^{er} septembre 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 100 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

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

4. Les délais de paiement

➤ Les règles sur les délais de paiement

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** :

- ✓ 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

Délai de paiement supplétif

Article L. 441-10, I, alinéa 1er du Code de commerce

- ✓ **30 jours** après la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée

Délai de paiement conventionnels

Article L. 441-10, I, alinéas 2 et 3 du Code de commerce

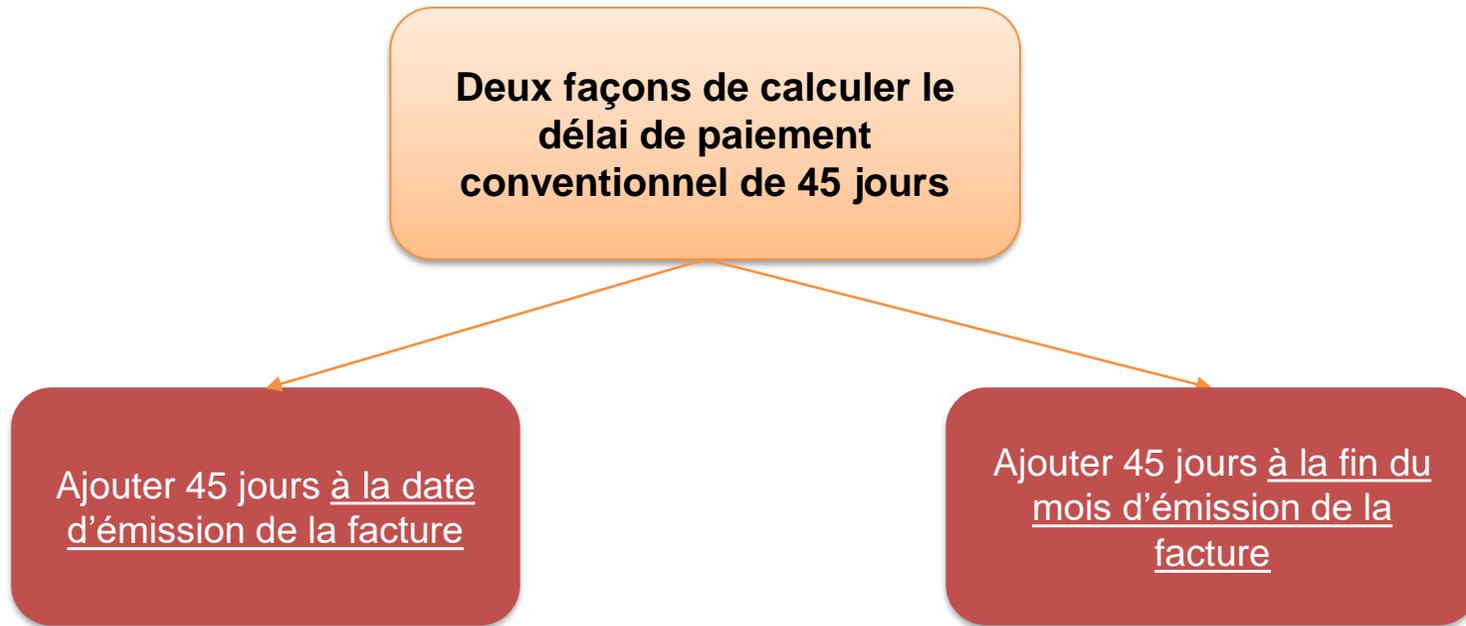
- ✓ **60 jours** après la date d'émission de la facture
- ✓ **45 jours** fin de mois après la date d'émission de la facture (dérogation)



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.**

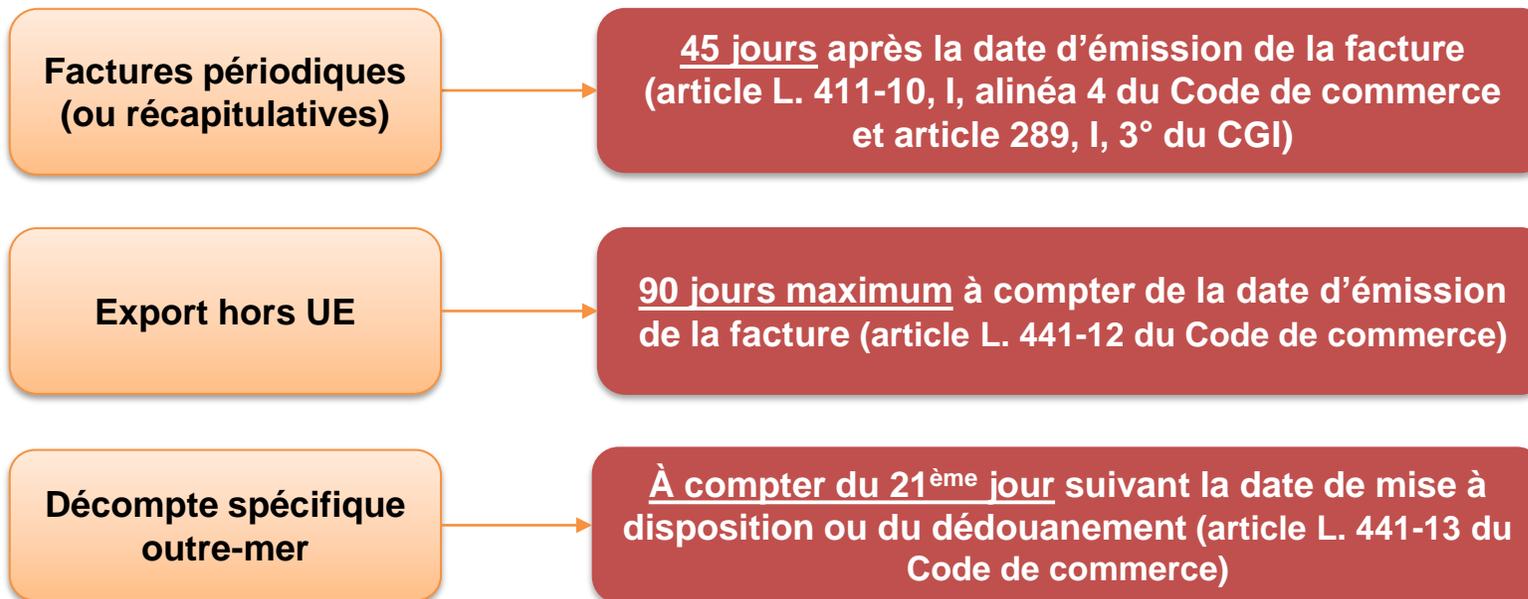
4. Les délais de paiement

➤ Les règles sur les délais de paiement



4. Les délais de paiement

➤ Les règles sur les délais de paiement



4. Les délais de paiement

➤ Les contrôles

➤ **Multiplication des contrôles :**

1^{er} semestre 2021 : 95 procédures d'amende administrative.

1^{er} semestre 2022 : 138 procédures d'amende administrative pour des contrôles opérés en 2021 (75 décisions notifiées et 63 procédures de sanction en cours).

1^{er} semestre 2023 : 224 entreprises contrôlées.

➤ **Sanctions prononcées et publiées de plus en plus lourdes :**

1^{er} semestre 2021 : 16,3 millions d'euros au total.

1^{er} semestre 2022 : 13,8 millions d'euros au total (et 4,3 millions d'euros pour les procédures en cours).

1^{er} semestre 2023 : 30 millions d'euros au total (dont 15,8 millions d'euros d'amendes et 14,3 millions d'euros de pré-amendes).

➤ **Depuis 2014 : 1.800 amendes notifiées représentant 140 millions d'euros.**

4. Les délais de paiement

➤ Les contrôles

Les constats de l'année 2022 (bilan d'activité 2022 de la DGCCRF)

- ✓ **128 700 visites** réalisées en 2022 soit 88 400 établissements et sites internet.
- ✓ **38,38 millions d'euros d'amendes administratives notifiées en 2022** pour délais de paiement, facturation et autres pratiques commerciales restrictives.
- ✓ **Plusieurs amendes d'un montant significatif ont été prononcées en 2022**, notamment une amende de 1.800.000 euros et une amende de 1.290.000 euros.
- ✓ La DGCCRF entend continuer ses contrôles, **en axant ses contrôles sur les grandes entreprises et celles de taille intermédiaire**, et **en ciblant notamment celles ayant bénéficié d'un prêt garanti par l'État**.

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

➔ Jurisprudences rendue en la matière :

✓ **TA Bordeaux, 2 novembre 2021, n° 1901149 :**

La publication d'une décision en matière de délais de paiement, qui présente le caractère d'une sanction complémentaire, **n'a pas à faire l'objet d'une motivation spécifique, distincte de celle relative à la sanction principale.**

Une amende de 225 000 euro assortie d'une mesure de publication pendant 12 mois constitue une **sanction disproportionnée** lorsque les manquements identifiés ne concernent **que 4,7 %** des fournisseurs de l'entreprise et ne représentent qu'un montant total de 572 831 euros, pour un retard moyen de 74 jours, **de sorte qu'il y a lieu de ramener son montant à 56 250 euros et la durée de la publication à 3 mois.**

4. Les délais de paiement

➤ Les sanctions applicables

➔ Jurisprudences rendue en la matière :

✓ **CAA Bordeaux, 17 décembre 2021, n° 19BX03016 :**

Une amende de 350 000 euros pour sanctionner des dépassements de délais de paiement relatifs à moins de 13 % du total des factures examinées, alors que l'avantage de trésorerie conféré à l'entreprise contrevenante représente à peine plus de 10 % de son chiffre d'affaires, présente un caractère disproportionné.

✓ **TA Strasbourg, 6 juin 2023, n° 2108716 :**

« Compte-tenu des manquements constatés et de l'atteinte à l'ordre public économique, l'amende infligée à la société Eiffage Construction Alsace de 110 000 euros, soit 0,14 % du chiffre d'affaires de la société, et dix-huit fois inférieur au montant maximal de deux millions d'euros, n'est pas disproportionnée. »

4. Les délais de paiement

➤ Les sanctions applicables

➔ Jurisprudences rendue en la matière :

✓ **TA Melun, 20 octobre 2023, n° 2102752 :**

« *Eu égard à l'ampleur des retards de paiement constatés par l'administration, à l'importance du montant des sommes payées avec retard par la société TD Synnex France au détriment de ses fournisseurs, l'amende de 800 000 euros qui lui a été infligée ne revêt **pas un caractère disproportionné.*** » (4,83% des factures de droit commun (amende : 30.000 €) et 60,45% des factures transport (amende : 770.000 €) ont été payées en retard).

✓ **CAA Marseille, 25 septembre 2023, n° 22MA00698 :**

Une amende de 65 000 euros pour sanctionner le non-respect des délais de paiement a été **considérée comme excessive eu égard aux circonstances de l'espèce** et a été **ramenée à la somme de 20 000 euros.**

4. Les délais de paiement

➤ Les sanctions applicables

➔ Jurisprudences rendue en la matière :

✓ **CAA Paris, 30 janvier 2023, n° 21PA04834 :**

- La **tardiveté de la transmission** des factures par le fournisseur n'est **pas un motif valable** ;
- Le fait que le point de départ du délai de paiement soit la date d'émission, et non la date de réception, **ne méconnaît pas le principe de proportionnalité des peines** dès que l'article L. 441-9 du Code de commerce institue une co-responsabilité de l'acheteur et du fournisseur s'agissant de la délivrance de la facture.
- Le fait que les retards de paiement n'aient eu qu'un faible impact économique sur les fournisseurs concernés est **sans incidence** ;

4. Les délais de paiement

➤ Les sanctions applicables

➔ Jurisprudences rendue en la matière :

✓ **CAA Paris, 30 janvier 2023, n° 21PA04834 :**

- Une amende de 160.000 euros n'apparaît **pas disproportionnée** pour un différé de paiement correspondant à la somme de 839.370,06 euros, en l'absence de difficultés financière alléguées ;
- L'entreprise qui n'a pas exercé de recours contre la décision de publication de l'amende **ne peut soutenir qu'elle est contraire au principe de présomption d'innocence** prévue à l'article 6-2 de la CEDH.

4. Les délais de paiement

➤ Les sanctions applicables

Les 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

Les 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 le 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.
 - **L'amende est plafonnée à 2 millions d'euros** (4 millions en cas de réitération), le plafond étant appliqué au montant total de la sanction, et non à chaque amende par type de délais).

4. Les délais de paiement

➤ Les sanctions applicables

Les 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

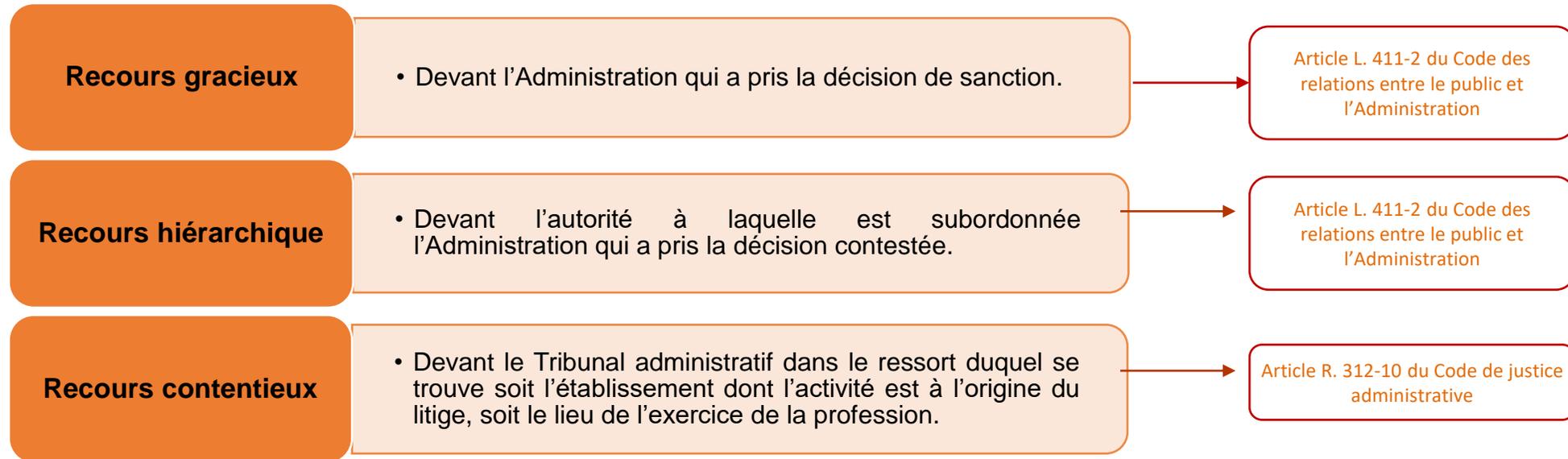
➤ Les procédures de contestation

- ✓ 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 conteste 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 notamment de la publication.

4. Les délais de paiement

➤ Les sanctions applicables

Projet de règlement européen sur les délais de paiement

Un projet de règlement européen, qui vise à soutenir les PME, entend **réduire les délais de paiement à 30 jours stricts**, sans possibilités de dérogations et dans l'ensemble de l'Union européenne.

Ce que prévoit le projet :

- ✓ **Interdiction des paiements à plus de 30 jours** à compter de la date de réception de la facture ou d'une demande de paiement équivalente par le débiteur.
- ✓ **En cas de retard de paiement**, obligation automatique pour le débiteur de payer des **intérêts**. Ils correspondront au taux de référence appliqué par la BCE majoré de 8% sans possibilité de négocier un taux différent.
- ✓ **L'indemnité forfaitaire** pour frais de recouvrement **passerait de 40 à 50 €**.

4. Les délais de paiement

➤ Les sanctions applicables

Projet de règlement européen sur les délais de paiement

Les risques si le règlement est adopté :

- ✓ La réduction des délais de paiement entraînerait un **besoin de fonds de roulement supplémentaire** estimé à 30 milliards d'euros pour le commerce français dont 1,2 milliards pour l'équipement de la personne, 7 à 8 milliards pour les GSA et 6 milliards pour les GSS, dans une période où les trésoreries sont au plus bas et où les banques ne sont pas enclines à prêter de l'argent.
- ✓ **Fin des campagnes de paiement en fin de mois** : l'organisation et la gestion de la comptabilité des entreprises et de leurs fournisseurs devront être complètement revues et les factures payées au jour le jour.
- ✓ Cela **risque de favoriser des importations hors Europe**, notamment d'Asie où les délais de paiement sont bien plus souples et créera des distorsions de concurrence avec les marketplaces qui n'ont pas de stocks à porter.

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 des 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?

OU

200 amendes de 2 millions d'euros?

OU

2 amendes de 2 millions d'euros?

1 amende 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?

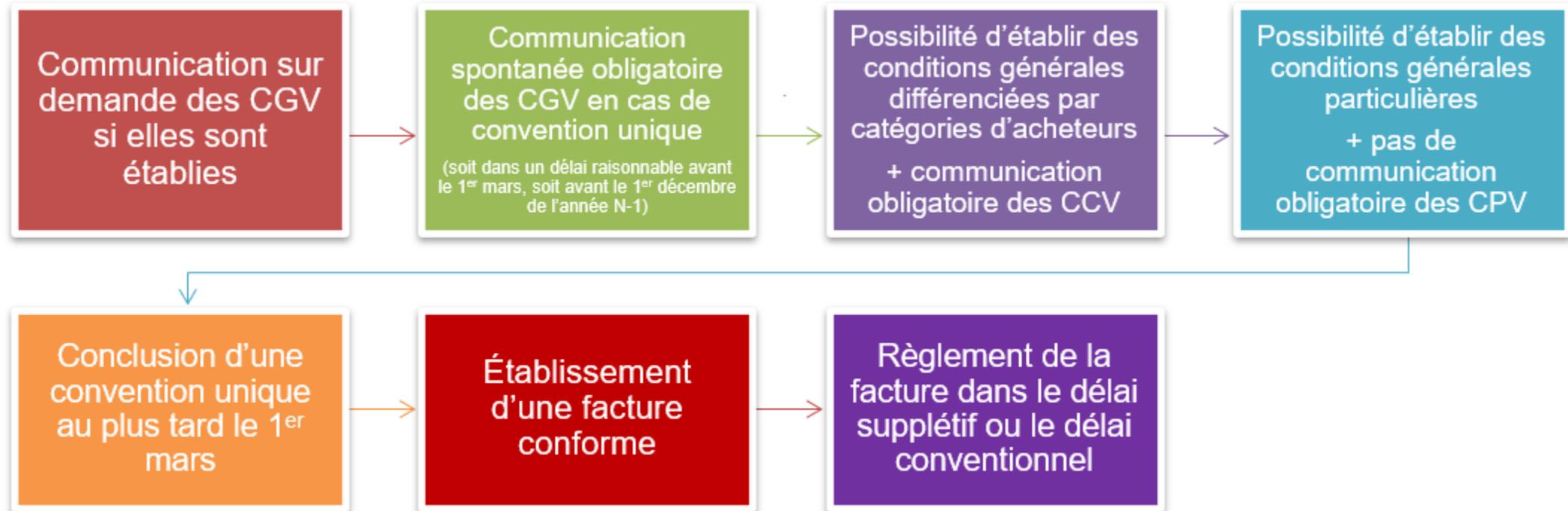
Cas pratique n° 11 : délais de paiement (2/2)

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 40% mais inférieur à 2% 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

1. Les règles de fond

➤ Présentation des pratiques restrictives

→ À l'heure d'aujourd'hui, le droit des pratiques restrictives de concurrence s'organise autour de **6 pratiques principales** :

- 1 L'obtention d'un avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné (art. L. 442-1, I, 1°)
- 2 La soumission à un déséquilibre significatif (art. L. 442-1, I, 2°)
- 3 L'imposition de pénalités logistiques non conformes à l'art. L. 441-17 (art. L. 442-1, I, 3°)
- 4 L'interdiction des pratiques discriminatoires s'agissant des PGC (art. L. 442-1, I, 4°)
- 5 Obligation de négociation de bonne foi de la convention écrite (art. L. 442-1, I, 5°)
- 6 La rupture brutale de relations commerciales établies (art. L. 442, II).

D'autres pratiques restrictives de concurrence gravitent par ailleurs autour, notamment le non-respect des obligations prévues par le règlement n° 2019/1150 « P2B » (art. L. 442-1, III), l'interdiction de revente hors réseau (art. L. 442-2), l'annulation de commande à trop brève échéance (art. L. 443-5), le refus de confirmer par écrit les conditions d'un contrat non conclu par écrit portant sur des produits agricoles et alimentaires (art L. 443-7)..etc.

LE CHAMP D'APPLICATION DE L'ARTICLE L. 442-1 DU CODE DE COMMERCE

1. Les règles de fond

➤ Le champ d'application de l'article L442-1 du Code de commerce

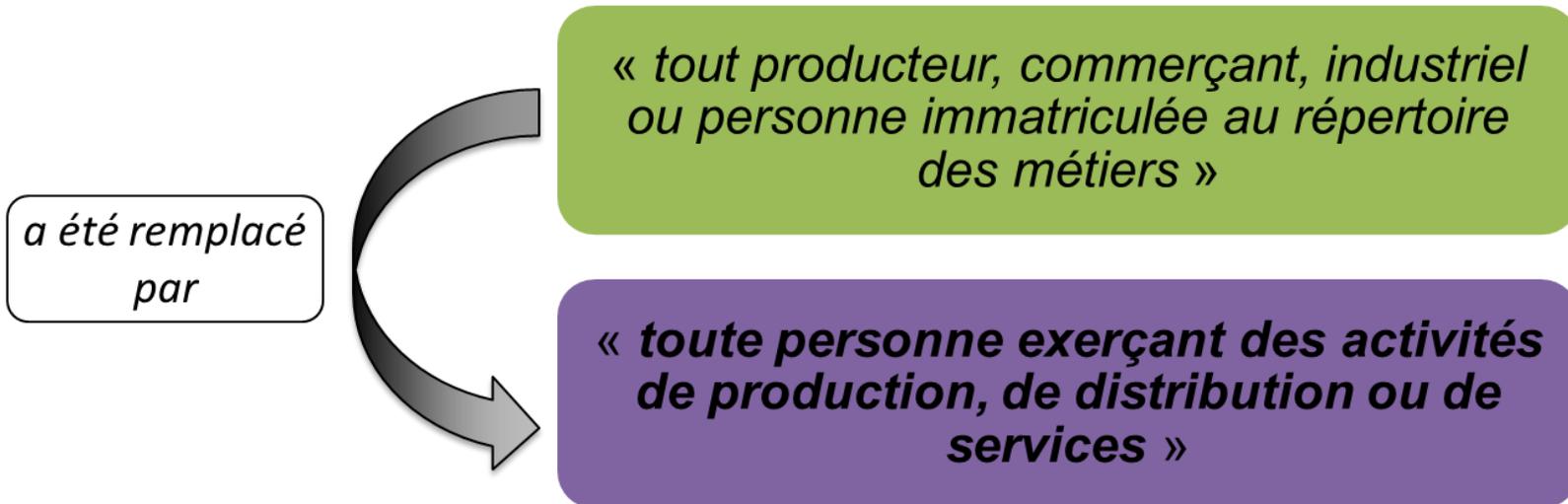
Un champ d'application étendu en ce qui concerne :



1. Les règles de fond

➤ Le champ d'application de l'article L. 442-1 du Code de commerce

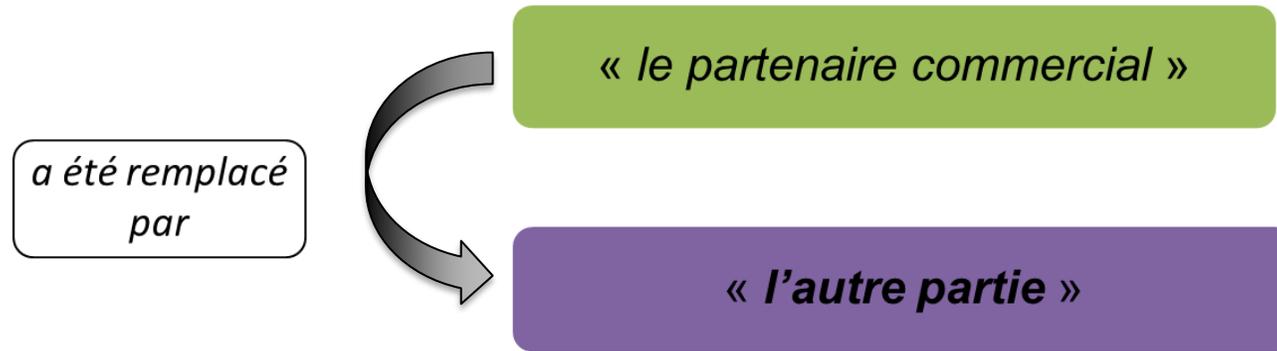
Auteur :



1. Les règles de fond

➤ Le 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

➤ Le 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- 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

➤ Le champ d'application de l'article L. 442-1 du Code de commerce

Moment :

a été intégré



« *dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat* »

- ✓ 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, I, 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 ?**

- ✓ **Quelle que soit la nature de cet avantage (Com., 11 janvier 2023, n° 21-11.163) :**

« *l'application de l'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce exige seulement que soit constatée l'obtention d'un avantage quelconque ou la tentative d'obtention d'un tel avantage ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu, quelle que soit la nature de cet avantage* »

- ✓ **Au-delà des seuls services de coopération commerciale.**

1. Les règles de fond

➤ L'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné

➔ Les conditions :

✓ **L'article L. 442-1, I, 1° 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.

OU

✓ 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

➤ La concurrence 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 neutralisant les clauses attributives de compétence déséquilibrées nonobstant l'autonomie de ces clauses dans les rapports avec les PME.
- Le déséquilibre juridique permet d'éviter le débat sans fin sur la contrepartie économique offerte par le contrat.

1. Les règles de fond

➤ L'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné

➔ La concurrence avec le déséquilibre significatif

- Il s'avère qu'une même pratique peut **être poursuivie sur plusieurs fondements**, ce qui induit une **liberté de choix ou une faculté de cumul 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 élément 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 souvent de se fonder sur le déséquilibre significatif.

À titre illustratif : **T. Com. Paris, 22 février 2021, n° 2016/071676.**

1. Les règles de fond

➤ L'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné

➔ La concurrence avec le déséquilibre significatif

❑ CA Paris, 10 mai 2023, MPH Distribution c/ Monoprix, Achats Marchandises Casino, Distribution Leader Price, n° 21/04967 :

« Si les 1° et 2° de l'article L. 442-6 I du Code de commerce mobilisent des notions se recoupant partiellement, notamment en ce que la disproportion manifeste ou l'inexistence de la contrepartie est un élément d'appréciation du caractère significatif du déséquilibre, **leurs régimes sont néanmoins distincts**, le second, instrument de préservation de l'équilibre contractuel global impliquant une absence de négociation effective, autorisant **une mise en balance plus étendue et plus subjective et qualitative** que le premier qui commande une **analyse essentiellement objective et quantitative et s'opère terme à terme sans égard pour l'existence d'une soumission.** »

1. Les règles de fond

➤ L'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné



La concurrence avec le déséquilibre significatif

❑ **CA Paris, 10 mai 2023, MPH Distribution c/ Monoprix, Achats Marchandises Casino, Distribution Leader Price, n° 21/04967 :**

Cet arrêt précise, de manière pédagogique, la distinction entre les deux notions :

- Le **déséquilibre significatif** doit s'analyser comme un instrument de préservation de l'équilibre contractuel global, impliquant une absence de négociation effective. Il autorise une mise en balance étendue, subjective et qualitative ;
- **L'avantage sans contrepartie** implique quant à lui une analyse principalement objective et quantitative, sans nécessité de prouver l'existence d'une soumission.

1. Les règles de fond

➤ L'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné

➔ La concurrence avec le déséquilibre significatif

- **Bilan des décisions rendues en 2022 sur les fondements du déséquilibre significatif et de l'avantage sans contrepartie :**

Décisions	Déséquilibre significatif	Avantage sans contrepartie
Nombre de condamnations sur ce fondement	4	0
Absences de condamnations sur ce fondement	31	7

→ Le fondement du **déséquilibre significatif** l'emporte encore en 2022 par rapport à l'avantage sans contrepartie. Il est donc encore utilisé et utile.

→ Il n'empêche que le taux de succès de l'action demeure en revanche très faible...

1. Les règles de fond

➤ L'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné

➔ Le contrôle judiciaire du prix

- Voir déjà avant EGalim 1 : applicable possible aux réductions de prix (**Paris, 13 septembre 2017, n° 15/24117** ; **Rennes, 20 janvier 2009, n° 07-07013** ; **CEPC, avis n° 18-2, 12 avril 2018**).
- Au moment de l'adoption de la loi « EGalim 1 », 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 a dans un premier temps pris 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 mais pouvant être transposé au nouvel article L. 442-1, I, 1°) :

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 qu'à l'aune du déséquilibre significatif.**

➔ Décision ayant fait l'objet d'un pourvoi qui aboutira à une solution contraire.

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 :**

« Le législateur a dans cet article expressément visé la responsabilité d'un producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers portant sur un service commercial rendu effectivement, c'est à dire prévu par les parties ;

*En l'espèce, l'examen par le tribunal de l'ensemble des contrat-cadres versés au débat montre que **les remises visées par le Ministre dénommées toutes « Remises sur facture inconditionnelle » ne se réfèrent à aucun service commercial sur lequel les parties se seraient accordées ;***

*Dès lors, le Ministre ayant formulé sa demande **au titre exclusif de l'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce, fondé sur le seul moyen de l'absence d'un service commercial effectivement rendu, alors que celui-ci n'était prévu par aucun des contrat-cadres litigieux, le tribunal dit l'action du Ministre mal fondée ;** »*

Refus initial des juges de contrôler les réductions tarifaires sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce qui 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).

1. Les règles de fond

➤ L'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné

➔ Le contrôle judiciaire du prix

❑ **CA Paris, 3 juin 2021, n° 18-26724 :**

La rémunération de la mise en relation d'un prestataire avec un client, à hauteur de 15 % du montant du chantier, n'apparaît pas manifestement disproportionnée à la valeur du service rendu, dès lors que, par son intervention, celui qui la réclame a obtenu deux commandes au profit de l'entrepreneur et qu'il a suivi l'exécution des travaux et prodigué ses conseils afin de parvenir à un résultat conforme aux très hauts standards de qualité attendus par le maître de l'ouvrage.

En l'espèce, les juges semblent accepter le principe du contrôle du prix du service rendu sur le fondement de l'ancien article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce.

1. Les règles de fond

➤ L'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné

➡ Le contrôle judiciaire du prix

→ Constitutionnalité du contrôle judiciaire ?

❑ **T. Com. Paris, 1^e ch., 10 mai 2022, n° 2020032138QPC (« *Ilec c. Amazon EU* ») :**

Le Tribunal de commerce de Paris a transmis à la **Cour de cassation** la **question de la conformité à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle de l'article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce**, qui, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 24 avril 2019, **autorise un contrôle judiciaire illimité du prix, y compris dans le cadre de contrats négociés entre des parties disposant d'une force de négociation similaire.**

⇒ Il s'agit d'une QPC transmise à la Cour de cassation en considérant que les nouvelles dispositions sortent du champ de la décision du Conseil constitutionnel du 30 novembre 2018, ce qui en ferait une **question nouvelle.**

1. Les règles de fond

➤ L'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné

➔ Le contrôle judiciaire du prix

→ Constitutionnalité du contrôle judiciaire ?

❑ **Cass. Com., 7 juillet 2022, n° 22-40.010 :**

La Cour de cassation accepte de transmettre la QPC au Conseil constitutionnel.

❑ **Décision n° 2022-1011 QPC du 6 octobre 2022 :**

Le Conseil constitutionnel valide le contrôle judiciaire des conditions économiques d'une relation commerciale en ce qu'il permet de constater une pratique illicite tenant à l'obtention d'un avantage dépourvu de contrepartie ou manifestement disproportionné.

En ce sens, le Conseil constitutionnel a considéré que l'atteinte portée à la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre n'est pas disproportionnée, et qu'elle se justifiait par un objectif d'intérêt général de préservation de l'ordre public économique et de l'équilibre des relations commerciales.

⇒ **Disposition déclarée conforme à la Constitution.**

1. Les règles de fond

➤ L'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné

➔ Le contrôle judiciaire du prix

→ Légalité du contrôle judiciaire ?

❑ **T. Com. Paris, 1^e ch., 10 mai 2022, n° 2020032138 (« *Ilec c. Amazon EU* ») :**

Par un autre jugement rendu le même jour, le Tribunal de commerce de Paris a saisi le **Conseil d'État d'une question préjudicielle portant sur la légalité de l'article L. 442-1, I, 1°** du **Code de commerce** issu de l'ordonnance du 24 avril 2019 au motif que ses dispositions modifient largement le champ d'application de l'ancien article L. 442-6, I, 1° alors que l'habilitation législative octroyée par la loi « Egalim » donnait uniquement pouvoir au Gouvernement « *de simplifier et de préciser les définitions des pratiques mentionnées à l'article L. 442-6, en ce qui concerne notamment la rupture brutale des relations commerciales, les voies d'action en justice et les dispositions relatives aux sanctions civiles* ».

- ✓ Il s'agit d'une **question préjudicielle posée au Conseil d'État**, compétent pour apprécier l'illégalité ou l'excès de pouvoir d'un acte réglementaire (ici, **l'ordonnance non ratifiée**).
- ✓ Le Conseil d'État a rendu sa décision : il a confirmé la légalité de l'article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce.

1. Les règles de fond

➤ L'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné

➔ Le contrôle judiciaire du prix

→ Précisions relatives au contrôle judiciaire des avantages tarifaires :

❑ **Cass. Com., 11 janvier 2023, n° 21-11.163 :**

L'article L. 442-1, I, 1° s'applique aux réductions de prix : « Pour rejeter les demandes du ministre chargé de l'économie, l'arrêt retient que lorsque le prix n'a pas fait l'objet d'une libre négociation, son contrôle judiciaire ne s'effectue pas en dehors d'un déséquilibre significatif, au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce et en déduit que les dispositions de l'article L. 442-6, I, 1° du même code ne s'appliquent pas à la **réduction de prix obtenue** d'un partenaire commercial.

En statuant ainsi, alors que l'application de l'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce exige seulement que soit constatée l'obtention d'un avantage quelconque ou la tentative d'obtention d'un tel avantage ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu, **quelle que soit la nature de cet avantage**, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

- ✓ Dans le cadre d'une relation entre un donneur d'ordre et ses sous-traitants, les réductions de prix obtenues peuvent être sanctionnées au titre de l'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionnée.

1. Les règles de fond

➤ L'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné

➔ Le contrôle judiciaire du prix

→ Précisions relatives au contrôle judiciaire des avantages tarifaires :

❑ **CA Paris, 10 mai 2023, MPH Distribution c/ Monoprix, Achats Marchandises Casino, Distribution Leader Prix n° 21/04967 :**

L'arrêt confirme que les **avoirs et baisses de prix sont inclus dans le champ d'application de l'avantage sans contrepartie**. La Cour d'appel précise que cette interprétation n'autorise aucun contrôle généralisé de la lésion et de la stricte adéquation du prix au service.

Le contrôle des avantages tarifaires peut aussi bien être fondé sur le déséquilibre significatif que sur l'avantage sans contrepartie. Les dispositifs peuvent être invoqués cumulativement sans que cela conduise à multiplier les restitutions et préjudices.

1. Les règles de fond

➤ L'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné

➔ Les débats les plus récents en jurisprudence sur l'avantage sans contrepartie ou sans contrepartie proportionnée (CA Paris, 6 septembre 2023, n° 21/19954) :

• **Sur la répartition de la charge de la preuve :**

- le fournisseur, conformément à l'**article 1353 du Code civil** doit prouver qu'une contrepartie a été versée ;
- le distributeur doit prouver qu'un service a été effectivement rendu ;
- voir déjà : **Com., 3 mars 2021, n° 19-13.533 ; CA Paris, 10 mai 2023, n° 21/04967 ;**
- il appartient au distributeur de conserver les justificatifs des services rendus ;
- il importe peu que le fournisseur n'ait pas contesté le paiement des sommes litigieuses ;
- il importe peu que le contrat indique que c'est le fournisseur qui a souhaité profiter des services.

1. Les règles de fond

➤ L'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné

➔ Les débats les plus récents en jurisprudence sur l'avantage sans contrepartie ou sans contrepartie proportionnée (CA Paris, 6 septembre 2023, n° 21/19954) :

- **Sur le domaine matériel de la prohibition de l'avantage sans contrepartie :**

- un avantage quel qu'il soit (**Com., 11 janvier 2023, n° 21-11.13**) ;

- **Sur la définition des services pouvant donner lieu à rémunération dans le cadre d'une convention grande distribution / fournisseurs :**

- un service spécifique allant au-delà des simples obligations résultant des opérations d'achat et de vente en donnant au fournisseur un avantage particulier de nature à favoriser la commercialisation des produits (**Com., 26 septembre 2018, n° 17-10.173**).

LE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF



1. Les règles de fond

➤ Le déséquilibre significatif

Article L.442-1, 1,2° 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 :

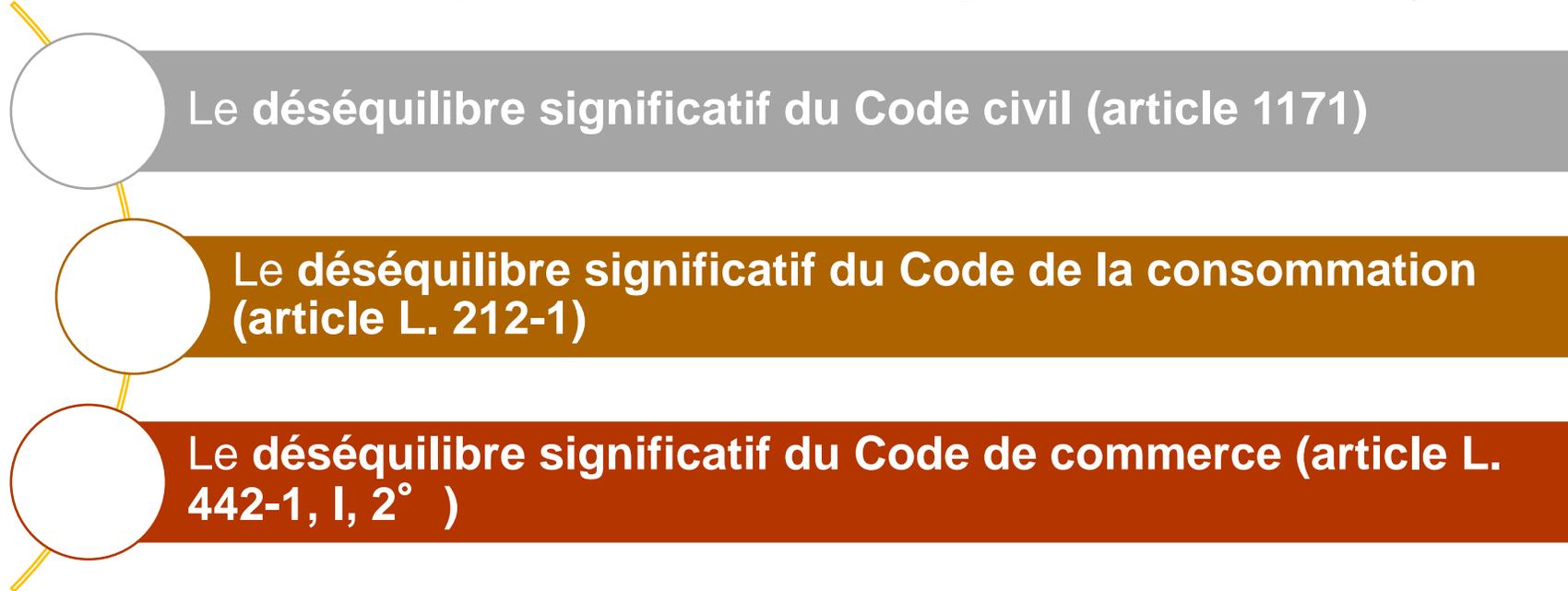
2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

1. Les règles de fond

➤ Le déséquilibre significatif

→ **L'articulation entre les trois déséquilibres significatifs :**

Il existe en effet trois types de déséquilibre significatif en droit français :



1. Les règles de fond

➤ Le déséquilibre significatif

→ **L'articulation entre les trois déséquilibres significatifs :**

AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DE L'ARTICLE L. 442-1, I, 2° DU CODE DE COMMERCE	
AVANTAGES	INCONVÉNIENTS
① La mise en cause des clauses relatives à l'objet du contrat et à la détermination du prix.	① Conditions de mise en œuvre plus strictes : prouver le déséquilibre significatif ne suffit pas, encore faut-il prouver le comportement d'avoir soumis ou tenté de soumettre à un déséquilibre.
② La mise en œuvre d'une action du ministre de l'Économie.	② Cette disposition ne peut être invoquée que devant des juridictions spécialisées.
③ Possibilité de mettre en cause non seulement des clauses mais aussi des comportements.	③ Prescription de 5 ans alors que le droit civil permet de faire valoir le déséquilibre significatif de façon imprescriptible.

1. Les règles de fond

➤ Le déséquilibre significatif

→ **L'articulation entre les trois déséquilibres significatifs :**

La Cour de cassation tranche pour le **non-cumul** de l'article 1171 avec les dispositifs spéciaux :

✓ **Cass. Com., 26 janvier 2022, n° 20-16782, FB**

*« 5. Il ressort des travaux parlementaires de la loi du 20 avril 2018 ratifiant ladite ordonnance, que **l'intention du législateur était que l'article 1171 du code civil, qui régit le droit commun des contrats, sanctionne les clauses abusives dans les contrats ne relevant pas des dispositions spéciales des articles L. 442-6 du code de commerce et L. 212-1 du code de la consommation.***

*6. **L'article 1171 du code civil, interprété à la lumière de ces travaux, s'applique donc aux contrats, même conclus entre producteurs, commerçants, industriels ou personnes immatriculées au répertoire des métiers, lorsqu'ils ne relèvent pas de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 24 avril 2019, applicable en la cause, tels que les contrats de location financière conclus par les établissements de crédit et sociétés de financement, lesquels, pour leurs opérations de banque et leurs opérations connexes définies à l'article L. 311-2 du code monétaire au financier, ne sont pas soumis aux textes du code de commerce relatifs aux pratiques restrictives de concurrence (Com. 15 janv. 2020, n° 18-10.512).** »*

1. Les règles de fond

➤ Le déséquilibre significatif

→ **L'articulation entre les trois déséquilibres significatifs :**

L'article 1171 du Code civil s'applique lorsque l'article L. 442-1 du Code de commerce n'est pas applicable :

✓ **CA Paris, 17 mars 2023, n° 21/10782 :**

L'article 1171 du Code civil s'applique aux contrats de location financière conclus par les établissements de crédit et les sociétés de financement qui, pour leurs opérations de banque et leurs opérations connexes définies à l'article L. 311-2 du Code monétaire et financier, ne sont pas soumis à l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce.

1. Les règles de fond

➤ Le déséquilibre significatif

➔ Le domaine matériel

L'**article L. 442-1, I, 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 **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, I, 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

Critère principal de la soumission : absence de négociation effective

Précision n° 1 : Le partenaire doit s'être trouvé dans l'impossibilité de négocier effectivement le contrat.

- Le seul fait que le contrat est un **contrat d'adhésion est insuffisant** à prouver l'impossibilité d'en négocier les conditions (CA Paris, Pôle 5 ch. 5, 13 janvier 2022, n° 19/09063).
- **La soumission implique la démonstration de l'absence de négociation effective**, qui ne peut se déduire de la seule structure d'ensemble du marché de la grande distribution, même si celle-ci peut constituer un indice de l'existence d'un rapport de forces déséquilibré se prêtant difficilement à des négociations véritables entre distributeurs et fournisseur. (CA Paris, 15 mars 2023, n° 21/13481).

1. Les règles de fond

➤ Le déséquilibre significatif

Critère principal de la soumission : absence de négociation effective

Précision n° 1 : Le partenaire doit s'être trouvé dans l'impossibilité de négocier effectivement le contrat.

- L'élément de soumission n'est pas caractérisé lorsque, sur 45 fournisseurs, 42 ont relevé l'absence totale de pression, mais seulement une « forte incitation » pour signer les accords. En outre, **la seule proposition d'un contrat d'adhésion ne suffit pas à caractériser la soumission** à des clauses déséquilibrées lorsque les fournisseurs, même peu nombreux, ont modifié, supprimé ou négocié certaines. **L'arrêt souligne que la soumission ne saurait en principe se déduire de la seule ampleur du déséquilibre (CA Paris, 7 juin 2023, n° 22/19733)**
- La preuve de la soumission à un déséquilibre ne peut résulter d'appels d'offres, dans la mesure où ces derniers **permettent au sous-traitant, et à d'autres candidats, de proposer des prix et de les négocier**, le partenaire conservant le choix de ne pas contracter si les conditions tarifaires lui semblent déséquilibrées (**Cass. Com., 28 juin 2023, Société des transports Pavanello, n° 22-17.668**).

1. Les règles de fond

➤ Le déséquilibre significatif

Critère principal de la soumission : absence de négociation effective

Précision n° 2 : Le partenaire doit prouver qu'il a tenté de négocier les clauses qu'il estime déséquilibrées.

❑ **CA Paris, Pôle 5 ch. 4, 26 janvier 2022, n° 19/18769 :**

Les juges imposent à l'entreprise qui invoque un déséquilibre significatif :

- Soit d'apporter des **éléments de contexte sur les conditions de la négociation des clauses prétendues déséquilibrées**
- Soit de justifier **avoir tenté de les faire supprimer** (ou au moins une partie).

❑ **CA Paris, Pôle 5 ch. 4, 26 janvier 2022, n° 20/04761**

Le distributeur, **bien qu'en situation de dépendance vis-à-vis de son fournisseur**, est tenu à la même obligation de **justifier d'une contre-proposition concrète ou de suggestion d'amendements au projet contractuel fourni**. À défaut, il ne peut se prévaloir d'une impossibilité de négociation effective.

⇒ Conseil : *Être pro-actif dans les négociations, formaliser les demandes de négociation des clauses les plus déséquilibrées, archiver les refus ou réponses uniformes, documenter l'état des négociations.*

1. Les règles de fond

➤ Le déséquilibre significatif

Critère principal de la soumission : absence de négociation effective

Précision n° 2 : Le partenaire doit prouver qu'il a tenté de négocier les clauses qu'il estime déséquilibrées.

❑ **Cass com. 16 novembre 2022, n° 21-20.427 :**

L'existence d'une soumission ou d'une tentative de soumission **ne peut résulter du refus allégué d'accéder aux hausses de tarifs sollicitées dès lors que des négociations, au cours desquelles les entreprises plaignantes ont effectivement pu faire valoir leur point de vue, ont eu lieu.**

❑ **CA Paris, 15 mars 2023, n° 21/13481 :**

L'existence ou non d'un élément nouveau, condition matérielle de toute renégociation de la convention écrite en cours d'année, constitue un **critère pertinent d'appréciation de la soumission ou de la tentative de soumission.**

❑ **CA Paris, 10 mai 2023, n° 21/04967 :**

L'existence d'une soumission n'est pas caractérisée lorsque, après avoir **refusé les propositions tarifaires du distributeur tout en annonçant "une autre proposition", le grossiste a démontré sa capacité à s'opposer aux demandes de son partenaire** en érigeant le paiement des factures échues en condition préalable à toute discussion et à obtenir des contreparties supplémentaires.

1. Les règles de fond

➤ Le déséquilibre significatif

Critère principal de la soumission : absence de négociation effective

Précision n° 2 : Le partenaire doit prouver qu'il a tenté de négocier les clauses qu'il estime déséquilibrées.

❑ **CA Paris, 17 mai 2023, n°21/05790 :**

La présentation de contrats élaborés par la tête de réseau **sans discussion préalable** avec ses agents constitue un **indice fort de soumission**.

❑ **CA Paris, 24 mai 2023, n°21/04354 :**

Le fait qu'un contrat-cadre de cinq années ne prévoit les modalités de discussion ou de fixation des prix que pour la première année ne suffit pas à caractériser une soumission ou une tentative de soumission du client, dès lors **qu'il renvoie à des négociations pour les années suivantes**.

1. Les règles de fond

➤ Le déséquilibre significatif

Critère principal de la soumission : absence de négociation effective

Précision n° 3 : La soumission s'apprécie cependant aussi à l'aune du poids économique des parties.

- ❑ **T. com. Paris, 15e ch., 28 mars 2022, n° 2018017655, Ministre de l'Economie contre Google :**
Le rôle **incontournable** de l'une des deux parties, **sa puissance de négociation dérivée de sa position de leader dans le secteur économique** concerné du fait de **sa taille et sa notoriété**, l'absence de marge réelle de négociation des cocontractants ou encore la présence des clauses litigieuses dans tous les contrats, **permettent d'établir la soumission.**
- ❑ **CA Paris, Pôle 5 ch. 5, 12 mai 2022, n° 18/05232 :**
Le client qui réalise un chiffre d'affaires de 18 millions d'euros ne peut prétendre avoir été soumis à un déséquilibre significatif par son prestataire qui ne réalise que 500 000 euros de chiffre d'affaires.
- ❑ **CA Paris, 10 mai 2023, n° 21/04967 :**
La **dépendance économique d'un opérateur**, appréciée selon les critères de l'article L. 420-2, 2° du Code de commerce, constitue un élément d'appréciation de son état de soumission vis-à-vis de son partenaire.

1. Les règles de fond

➤ Le déséquilibre significatif

Critère principal de la soumission : absence de négociation effective

Précision n° 3 : La soumission s'apprécie cependant aussi à l'aune du poids économique des parties.

❑ **CA Paris, 17 mai 2023, n° 21/05790 :**

Un rapport déséquilibré entre une société gestionnaire d'un réseau de premier plan et deux entreprises moyennes qui en sont membres et dont **le chiffre d'affaires cumulé est inférieur de près de sept fois au sien**, ne constitue qu'un **indice faible de soumission**, lorsque celle-ci ne constitue pas un **partenaire incontournable sur le marché en cause**.

❑ **CA Paris, 7 juin 2023, n° 22/19733**

L'absence de dépendance économique de fournisseurs caractérisée par **l'existence d'un portefeuille de clients élargi, de débouchés variés dans divers domaines d'activité**, voire d'un pouvoir compensateur important en raison de leur situation de quasi-monopole dans leurs relations avec l'entreprise mise en cause, exclut l'élément de soumission.

❑ **CA Paris, 28 juin 2023, n° 21/16174**

Attention néanmoins, à l'inverse il a récemment été jugé que **l'absence de rapport de force déséquilibré**, en présence de fournisseurs qui sont parfois des leaders sur leurs marchés et des multinationales réalisant une **faible part de leur chiffre d'affaires avec le distributeur** et ne se trouvent pas de ce fait en état de dépendance vis-à-vis de ce dernier, **n'exclut pas qu'ils puissent être victimes de soumission ou de tentative de soumission**.

1. Les règles de fond

➤ Le déséquilibre significatif

Critère principal de la soumission : absence de négociation effective

Précision n° 4 : Dans certains cas, l'on considère qu'il ne peut y avoir de soumission si l'entreprise l'alléguant peut facilement sortir du contrat ou adapter son activité.

❑ **CA Paris, Pôle 5 ch. 4, 24 mars 2021, n° 19/13527**

La clause imposée par le concédant dans un contrat-type qui s'apparente à un contrat d'adhésion proposé à tous les membres de son réseau, ne révèle pas de soumission ou de tentative de soumission, au sens de l'article L. 442-1, I, 2° (ancien art. L. 442-6, I, 2°) du Code de commerce, **lorsque le concessionnaire est en mesure de résilier le contrat sans difficulté excessive et de réorienter son activité vers d'autres marques.**

❑ **CA Paris, Pôle 5 ch. 4, 22 septembre 2021, n° 19/03196**

Le distributeur, qui, pour faire face à l'augmentation de tarifs notifiée par son fournisseur, **cesse de passer commande**, ne peut prétendre avoir été soumis à un déséquilibre significatif soumission ou la tentative de soumission.

⇒ Conseil : *Ne pas se faire justice soi-même, ni sortir de la relation contractuelle déséquilibrée au risque de priver l'entreprise de la possibilité de faire valoir un déséquilibre.*

1. Les règles de fond

➤ Le déséquilibre significatif

Critère principal de la soumission : absence de négociation effective

Précision n° 5 : Un courant de jurisprudence considère que l'absence de contrepartie, élément du déséquilibre, peut servir d'indice de soumission.

❑ CA Paris, 10 mai 2023, n° 21/04967 « MPH Distribution / Casino »

« Si l'analyse de la contrepartie participe prioritairement de l'appréciation du déséquilibre significatif, celle de son existence, plutôt que de sa suffisance, demeure utile pour caractériser une éventuelle soumission ou tentative de soumission en ce que l'absence d'avantage attendu par le cocontractant ou de réciprocité des obligations est de nature à éclairer subjectivement, à raison de la dimension purement unilatérale de la démarche, une volonté d'assujettissement ».

⇒ Voir déjà dans le même sens : Paris, 15 mars 2023, n° 21/13227 et 21/1348.

1. Les règles de fond

➤ Le déséquilibre significatif

Au regard de la condition de soumission, le déséquilibre significatif est-il encore utile ?

MOINS Il l'est moins en présence de **véritables négociations** qui font obstacle à la soumission, autrement dit dans le cadre :

- De négociations menées dans le respect de l'expression et des droits de chaque partie, sans pression, ni menace, ni revendications abusives (**Cass. Com., 11 mai 2022, n° 19-16.749**) ;
- De longues discussions laissant le temps de la réflexion (**CA Paris, Pôle 5 ch. 16, 16 février 2021, n° 19/22197**) ;
- De discussions effectives au cours desquelles l'entreprise n'a pas été privée de sa faculté de négociation et a pu obtenir des modifications (**CA Paris, Pôle 5 ch. 6, 25 mai 2022, n° 20/05732**).

ENCORE Il reste utile lorsque les **conditions contractuelles proposées excluent toute modification ou ne sont pas modifiées, comme par exemple :**

- Des **conditions de souscription excluant la possibilité de modifier les clauses exonérant ainsi la victime de devoir justifier avoir cherché à négocier les conditions vainement** (**Cass. Com., 6 avril 2022, n° 20-20.887**) ;
- Des clauses insérées par le prestataire dans tous les contrats avec un client pendant 8 ans **lorsque ce prestataire ne modifie pas ces clauses dans aucun des contrats souscrits avec sa clientèle** (**Cass. Com., 11 mai 2022, n° 20-23.298**) ;
- Du **mode d'attribution opaque d'espaces publicitaires** par une régie contraignant les candidats soit à accepter ses offres sans discuter, soit à renoncer à tout achat (**Cass. Com., 26 février 2022, n° 20-10.897**).



Le défaut de la condition de « soumission » de la partie au déséquilibre significatif demeure le premier motif qui conduisait à écarter l'application du texte. Cette condition semble être un « filtre préalable ».

Source : Bilan des décisions judiciaires civiles et pénales (2022), Centre du Droit de l'Entreprise, Faculté de Montpellier

1. Les règles de fond

➤ Le déséquilibre significatif

Problème de la jurisprudence actuelle

- Il devient **difficile de prouver la soumission** car l'on risque de se trouver dans une **situation inextricable** :
 - si l'on ne demande pas de modification, l'on ne peut pas faire état d'une soumission ;
 - et si l'on demande une modification et qu'elle est obtenue, l'on va considérer que l'on a pu négocier.
- Y-a-t-il réellement négociation effective si l'on a demandé qu'une obligation ne soit pas imposée et que finalement l'obligation a été maintenue avec simplement acceptation d'une légère modification de son quantum ?

1. Les règles de fond

➤ Le déséquilibre significatif

➔ Le contrôle des prix par le biais du déséquilibre significatif

→ L'ancien article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce a fait l'objet de plusieurs débats :

• **Cons. const., 13 janvier 2011, n° 2010-85, QPC** : les dispositions de l'ancien article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce dans leur rédaction issue de la loi dite « LME » du 4 août 2008 sont considérées 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

→ L'ancien article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce a fait l'objet de plusieurs débats :

• **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

→ L'ancien article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce a fait l'objet de plusieurs débats :

• **Cass. com., 27 septembre 2018, n° 18-40.028** : la Cour de cassation a relevé que le 2° du paragraphe I de l'ancien 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'ancien 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 judiciaire sur les prix.

• **Cons. const., 30 novembre 2018, n° 2018-749, QPC** : le Conseil constitutionnel **admet 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* ».

➔ Puis, il admet que l'ancien article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, tel qu'interprété par la Cour de cassation, est **conforme à la Constitution**.

1. Les règles de fond

➤ Le déséquilibre significatif

→ État des lieux : **La constitutionnalité du contrôle judiciaire du prix validée.**

- ✓ Dans cette **décision du 30 novembre 2018**, le Conseil constitutionnel valide la conformité à la Constitution du **contrôle judiciaire du prix au titre du déséquilibre significatif**.
- ✓ Le Conseil va plus loin que la solution apparemment retenue par la Cour de cassation dans son **arrêt Galec du 25 janvier 2017** : désormais, il est précisé que **toutes les relations commerciales relevant du champ d'application de l'ancien article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce paraissent concernées**.

1. Les règles de fond

➤ Le déséquilibre significatif

→ État des lieux : **Le champ d'application du contrôle.**

Les hypothèses dans lesquelles le contrôle judiciaire du prix peut être opéré sont larges.

- Selon le nouvel article L. 442-1, I du Code de commerce, il peut intervenir « ***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 apparaît dès lors permanent, dès sa naissance et tout au long de la relation contractuelle.**

1. Les règles de fond

➤ Le déséquilibre significatif

→ État des lieux : **Les précisions issues de la jurisprudence récente.**

❑ **Cass. 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.

❑ **T. Com. Paris, 15e ch., 28 mars 2022, n° 2018017655 (« Google c. Ministre de l'Économie ») :**

Le taux de la commission prélevée par une plateforme revêt un caractère déséquilibré lorsqu'elle s'applique à un prix encadré par cette dernière et n'est assortie d'aucune justification sur son adéquation au coût de la **protection des développeurs** contre le risque de fraude qu'elle est supposée rémunérer, alors que son bénéficiaire dispose par ailleurs d'autres sources de revenus générés par la transaction, comme la publicité ou la valorisation des données de l'utilisateur.

❑ **CA Paris, 10 mai 2023, MPH Distribution c/ Monoprix, Achats Marchandises Casino, Distribution Leader Price, n° 21/04967 :**

Le contrôle judiciaire du prix peut porter sur des **avantages tarifaires** dès lors qu'ils ne résultent pas d'une libre négociation et caractérisent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

1. Les règles de fond

➤ Le déséquilibre significatif

➔ Les obligations déséquilibrées sanctionnées récemment en jurisprudence :

→ Clauses de reconduction ou résiliation : **TC Paris, 19 décembre 2022, n° 2017040626** :

La clause qui offre la faculté de suspendre, à la discrétion de la plateforme, la distribution d'une application ou l'accès à ses services crée un déséquilibre significatif, même si le développeur peut également suspendre son application.

De même, la clause qui offre à une plateforme des conditions de résiliation asymétriques à son seul bénéfice crée un déséquilibre significatif.

La clause qui prévoit une résiliation immédiate par la plateforme en cas d'action en justice du développeur, sans possibilité pour ce dernier de s'expliquer, crée un déséquilibre significatif.

1. Les règles de fond

➤ Le déséquilibre significatif

→ Clauses de modification unilatérale :

- **TC Paris, 19 décembre 2022, n° 2017040626** :

La clause qui prévoit la possibilité de modifier unilatéralement le contrat ou les conditions du contrat sous peine de résiliation et qui ne prévoit aucune contrepartie et aucune possibilité de négociation crée un déséquilibre significatif.

→ Clause limitative de responsabilité :

- **TC Paris, 19 décembre 2022, n° 2017040626** :

La clause qui exonère la plateforme de toute garantie et responsabilité à l'égard des tiers sur ses produits, certificats et services, crée un déséquilibre significatif.

1. Les règles de fond

➤ Le déséquilibre significatif

→ Suspension de la prestation pour impayés :

- **CA Paris, 12 avril 2023, n° 22/09354** :

Des clauses, qui ont pour objet de sanctionner un impayé par la suspension de la maintenance sur l'ensemble des contrats, y compris ceux dont les échéances ont été réglées, présentent un caractère disproportionné.

→ Clauses de prix :

- **CA Paris, 28 juin 2023, n° 21/16174** :

Une demande de remise présentée au fournisseur peu de temps après la signature de la convention annuelle, afin de compenser la baisse de marge du distributeur, sans contrepartie immédiatement proposée et sous menace de déréférencement caractérise une tentative de soumission et peut être sanctionnée au titre du déséquilibre significatif.

1. Les règles de fond

➤ Le déséquilibre significatif

→ À l'inverse, divergences jurisprudentielles sur les **clauses de commission des GAFAM** :

- **TC Paris, 19 décembre 2022, 13^{ème} ch., n° 2017040626 « Ministre de l'Économie / Apple » :**

Le prélèvement d'une commission de 30 % sur chaque transaction effectuée pour la distribution du produit, qui se retrouve très fréquemment dans le commerce, qu'il soit en ligne ou physique, n'apparaît pas excessive ou dénuée de contrepartie et ne crée pas de déséquilibre significatif, d'autant que les prix sont libres.

Le fait de fixer les tarifs d'applications qui ne représentent que 16 % des applications de la plateforme, parmi une grille de prix qui contient plus de 95 tarifs différents, et qui permet de modifier à tout moment le prix proposé, ne prive pas les développeurs de la faculté de choisir leur modèle économique et ne crée pas de déséquilibre significatif.



Solution contraire à celle retenue par la 15^{ème} chambre du TC de Paris dans l'affaire Google Play store

TC Paris, 28 mars 2022, n° 2018017655

1. Les règles de fond

➤ Le déséquilibre significatif

→ Et n'ont pas été sanctionnées les obligations suivantes :

- **CEPC, avis n° 23-3 relatif à une demande d'avis d'un professionnel portant sur la conformité d'une clause relative aux conditions de paiement au regard du déséquilibre significatif :**

N'est pas déséquilibrée la clause qui permet à un créancier d'exiger paiement par l'un des modes de règlement indiqués dans le contrat : soit par lettre de change relevé non acceptée, soit par prélèvement automatique.

- **CA Paris, 15 mars 2023, n° 21/13481 :**

L'exigence d'un investissement non prévu dans la convention annuelle, dont le montant est quasiment triplé au cours des négociations sous la menace de déréférencements, bien qu'elle constitue une tentative de soumission, n'engage pas la responsabilité de la centrale lorsque, faute de preuves suffisantes, le déséquilibre significatif de l'obligation imposée n'est pas établi.

1. Les règles de fond

➤ Le déséquilibre significatif



Sur la possibilité de remettre en cause les clauses attributives de compétence au titre du déséquilibre significatif

→ Divergences jurisprudentielles en matière de clauses attributives de juridiction :

- **CA Paris, 20 janvier 2023, n° 22/13154 (antérieur à la loi « Descrozaille ») :**

La disproportion d'une clause attributive de juridiction ne peut être déduite de la seule nécessité de saisir un juge étranger dès lors que le droit de l'Union permet à tout ressortissant d'un Etat membre d'engager une action dans un autre Etat que le sien dans les mêmes conditions que devant la juridiction nationale. Ni l'article 1171 du Code civil, ni l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce ne peuvent être qualifiés de lois de police, à moins, s'agissant de ce dernier, qu'en vertu des prérogatives que l'article L. 442-3 leur réserve, le ministère public, le ministre de l'Economie ou le président de l'Autorité de la concurrence, ne poursuivent une pratique commerciale restrictive déterminée susceptible de porter atteinte à l'ordre public économique de l'État qu'il leur appartient de défendre.

- **TC Lyon, 1 février 2023, n° 2021J01736 :** (même sens que la jurisprudence « **Subway** » du 2 juin 2020)

Une clause attributive de compétence présente un caractère déséquilibré lorsqu'elle prévoit que le distributeur français est tenu d'agir devant les seules juridictions d'Amsterdam, alors que le fournisseur peut saisir tout autre tribunal compétent.

Cas pratique n° 13 :

La SARL P a pour activité principale la vente en gros de piles, batteries et matériels électriques aux enseignes de la grande distribution.

La SAS D est un gros distributeur de renom.

La SARL P et la SAS D entretiennent des relations commerciales depuis 2012 portant sur la fourniture de piles électriques, et concluent chaque année une convention écrite encadrant les conditions de vente et d'achat des piles électriques.

Une nouvelle convention a été signée au titre de l'année 2023.

La SARL P a toutefois pu constater que la convention qui lui a été communiquée par la SAS D avait un contenu différent de celle des années précédentes. Elle a également pu noter une différence de comportement de la part de la SAS D dans le déroulement des négociations.

Cas pratique n° 13 :

Par ailleurs :

- La SARL P reproche à la SAS D de déduire des factures une remise systématique de 2% au titre du Crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi (CICE) touché par la SARL P et de s'octroyer un escompte de 3% pour des factures réglées en retard ;
- La SARL P conteste le fait que la SAS D ait déduit d'office des pénalités logistiques sans qu'elle ait été en mesure d'en connaître la cause et d'en contrôler la réalité en violation des stipulations contractuelles, et ce en dépit de ses contestations systématiques demeurées sans réponse ;
- La SARL P soutient que les données brutes communiquées en contrepartie du paiement de la somme de 417 250 euros n'ont pour elle aucun intérêt faute d'être exploitables.

Par courrier du 14 septembre 2023, la SARL P a mis en demeure la SAS D de lui restituer le montant de sommes indument perçues.

Cette mise en demeure est toutefois restée sans réponse.

Cas pratique n° 13 :

La SARL P souhaiterait désormais intenter une action à l'encontre de la SAS D.

La SARL P vous consulte.

Que lui conseillez-vous ?

D'intenter une action ? Dans l'affirmative, quel type d'action ? Devant quelle juridiction ? Sur quel(s) fondement(s) et pour quelle raison ? Quelles seraient selon vous les chances de succès d'une telle action selon le fondement choisi ?

Lui conseilleriez-vous autre chose ? Et selon quelles précautions ?

LES PÉNALITÉS LOGISTIQUES



1. Les règles de fond

➤ Les pénalités logistiques

- ✓ **La loi « EGalim 2 »** a commencé à définir un cadre régissant les pénalités logistiques en créant une section spécifique relative aux pénalités logistiques :
 - **Article L. 441-17 du Code de commerce** pour les pénalités infligées par le **distributeur** au fournisseur ;
 - **Article L. 441-18 du Code de commerce** pour les pénalités infligées par le **fournisseur** au distributeur ;
 - **Article L. 441-19 du Code de commerce** pour les **obligations devant être respectés par les uns et les autres en matière de pénalités logistiques.**
- ✓ Une nouvelle pratique restrictive de concurrence a en outre été créée au sein de l'**article L. 442-1 du Code de commerce.**

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

La **loi « Descrozaille »** est ensuite venue compléter le dispositif. Parmi les nouveautés :

- Plafonnement du montant des pénalités logistiques infligées entre fournisseurs et distributeurs à **2 % de la valeur des produits commandés** ;
- Interdiction d'infliger lesdites pénalités « *pour l'inexécution d'engagements contractuels survenue plus d'un an auparavant* » (**article L. 441-17, I, alinéa 3 du Code de commerce**) ;
- **Les grossistes**, tels que définis à l'**article L. 441-1-2, I du Code de commerce**, sont exclus de ce dispositif (**article L. 441-17, IV du Code de commerce**) ;
- **Obligation de déclarer le montant des pénalités infligées tous les ans auprès de la DGCCRF**, sous peine d'une amende administrative (**article L. 441-19 du Code de commerce**).

1. Les règles de fond

➤ Les pénalités logistiques

Lignes directrices de la DGCCRF en matière de pénalités logistiques du 03/11/2023 **Foire aux questions portant sur les lignes directrices en matière de pénalités logistiques**

À la suite l'adoption de la **loi « Descrozaille »**, la DGCCRF a **publié le 3 novembre 2023 des lignes directrices en matière de pénalités logistiques afin de faciliter l'appropriation du nouveau cadre légal par les acteurs économiques.**

Ces lignes directrices (de 12 pages), structurées sous forme de foire aux questions, sont scindées en 3 parties :

- I. Sujets transversaux
- II. Questions et réponses par alinéa de l'article L441-17, I du Code de commerce
- III. Questions et réponses par alinéa de l'article L441-19 du Code de commerce

1. Les règles de fond

➤ Les pénalités logistiques

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

« I bis.-Les **obligations réciproques en matière de logistique** auxquelles s'engagent le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de service, **notamment** le **montant des pénalités** mentionnées à l'article L. 441-17 et les **modalités de détermination de ce montant**, font l'objet d'une **convention écrite, distincte** de celle mentionnée au I du présent article. Les dispositions du IV du présent article relatives à l'échéance du 1er mars ne s'appliquent pas à cette convention.

L'arrivée à échéance ou la résiliation de la convention mentionnée au premier alinéa du présent I bis ne peut entraîner la résiliation automatique, le cas échéant, de la convention écrite mentionnée au I. »

La **loi « Descrozaille »** a par ailleurs introduit une nouveauté en imposant que **les obligations réciproques en matière de logistique donnent lieu à l'établissement d'une convention distincte** de la convention écrite.

1. Les règles de fond

➤ Les pénalités logistiques

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

- ✓ **Aucune précision sur le contenu de la convention logistique et son champ d'application**, le terme « logistique » n'est même pas défini.
- ✓ A priori, elle ne doit **pas être limitée aux seules pénalités logistiques**, le texte vise les « *obligations réciproques* » et contient le terme « *notamment* ».
- ✓ Être vigilant sur les éléments à faire figurer dans la convention logistique et à ne pas faire apparaître des éléments devant relever de la convention écrite.

LES PRATIQUES DISCRIMINATOIRES



1. Les règles de fond

➤ Les pratiques discriminatoires

Article L. 442-1, I, 4° 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 :

4° De pratiquer, à l'égard de l'autre partie, ou d'obtenir d'elle des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles prévues par la convention mentionnée à l'article L. 441-4 en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence ; »

 Attention, avec la **loi « EGalim 2 »**, le **4° de l'article L. 442-1 du Code de commerce** visait les produits alimentaires et les « *petfood* » ainsi que la convention écrite de l'**article L. 443-8 du Code de commerce** propre à ces produits. Depuis la **loi « Descrozaille »**, ce sont désormais les PGC et la convention écrite propre aux PGC de l'**article L. 441-4 du Code de commerce** qui sont visés.

1. Les règles de fond

➤ Les pratiques discriminatoires

- ✓ En matière de discrimination l'**article L. 442- 1, I, 4° du code de commerce** circonscrit le champ de l'interdiction *per se* qui était en vigueur avant l'adoption de la « LME » en 2008.
- ✓ Seuls sont concernés les **PGC au titre de l'article L. 442-1, I, 4° du Code de commerce depuis le 1^{er} avril 2024** ;
- ✓ L'interdiction de la discrimination joue tant quand le **fournisseur** est lui-même l'auteur de la discrimination que quand **l'acheteur** pratique envers le fournisseur des conditions discriminatoires ;
- ✓ L'interdiction de la discrimination porte sur les **prix**, les **délais de paiement**, les **conditions de vente** et les **modalités de vente ou d'achat** ;

1. Les règles de fond

➤ Les pratiques discriminatoires

- ✓ Cette interdiction de la discrimination nécessite la réunion de deux conditions cumulatives :
 - d'une part, **une pratique discriminatoire** portant sur les éléments mentionnés ci-avant ;
 - et d'autre part, **une pratique non justifiée par des contreparties réelles** prévues par la convention écrite de **l'article L. 441-4** propre aux PGC.
- ✓ Enfin, la discrimination identifiée doit **être de nature à créer**, du fait de son absence de justification par des contreparties réelles, « **un désavantage ou un avantage dans la concurrence** » pour le fournisseur ou le distributeur selon l'hypothèse considérée.

LA BONNE FOI



1. Les règles de fond

➤ La bonne foi

Article L. 442-1, I, 5° 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 :

5° De ne pas avoir mené de bonne foi les négociations commerciales conformément à l'article L. 441-4, ayant eu pour conséquence de ne pas aboutir à la conclusion d'un contrat dans le respect de la date butoir prévue à l'article L. 441-3. »

- ✓ création d'une **nouvelle pratique restrictive de concurrence**.
- ✓ est désormais passible d'une **amende civile significative** le fait de **ne pas avoir mené de bonne foi les négociations commerciales** ayant eu pour conséquence de ne pas avoir abouti à la conclusion de la convention écrite dans le respect de la date butoir du 1^{er} mars.

LA RUPTURE BRUTALE DE RELATIONS COMMERCIALES ÉTABLIES

1. Les règles de fond

➤ La rupture brutale des relations commerciales établies

Article L.442, II 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.

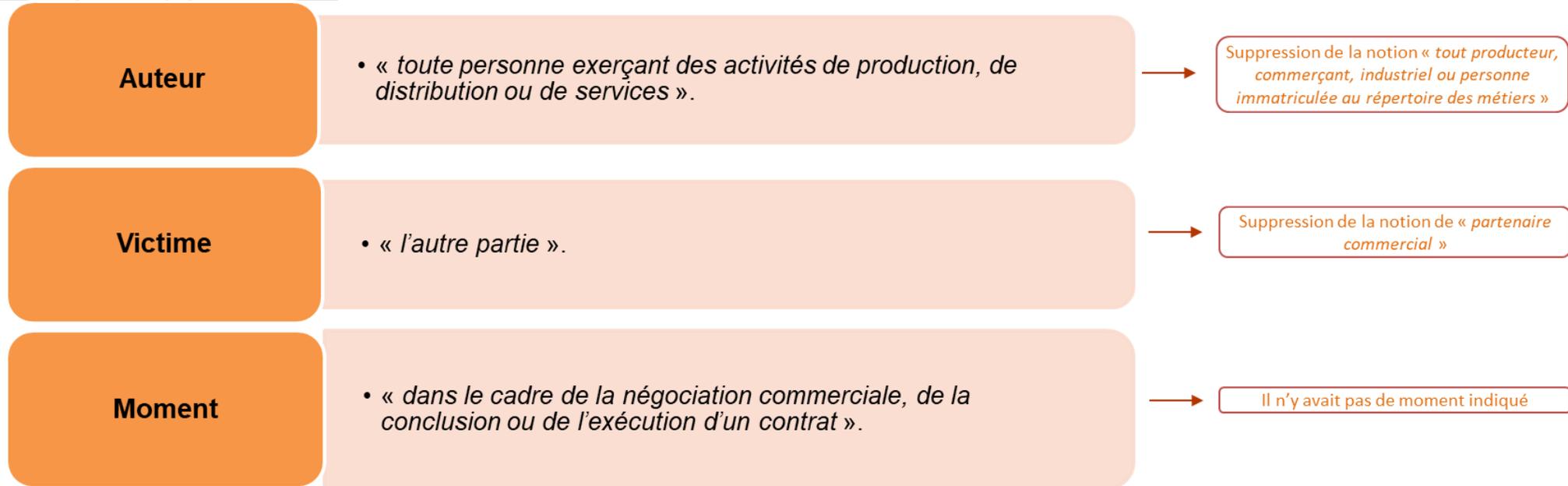
*En cas de litige entre les parties sur la durée du préavis, la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante **dès lors qu'il a respecté un préavis de dix-huit mois.***

*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 des relations commerciales établies

Le champ d'application :



➤ Champ d'application textuel plus large que pour l'ancien article L. 442-6, I du Code de commerce, mais l'on peut aussi considérer qu'il s'agit en grande partie d'une codification de la jurisprudence.

1. Les règles de fond

➤ La rupture brutale des relations commerciales établies

Les conditions :

- ① **Une relation commerciale** : toutes les relations économiques sont concernées (à l'exception des professions réglementées dont le statut prévoit un préavis spécifique ou exclut la commercialité / les agents commerciaux car préavis spécifique / les avocats car non commercialité...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 des relations commerciales établies

→ L'existence d'une **relation commerciale** :

❑ **Cass. Com., 28 juin 2023, n° 21-16.940** :

L'article L. 442-1, II du Code de commerce est applicable, en dépit de la nature civile de la relation, aux **rapports entre un syndicat de copropriétaires d'un autre commercial et une société de services de sécurité incendie**, lorsque le contrat conclu a exclusivement pour objet une prestation de services pour les besoins de l'activité commerciale de ses membres.

1. Les règles de fond

➤ La rupture brutale des relations commerciales établies

→ L'existence d'une relation commerciale **établie** :

Une relation est considérée comme établie dès lors qu'elle a un caractère **suivi, stable et habituel** et où la partie victime de l'interruption pouvait **raisonnablement anticiper pour l'avenir une certaine continuité** du flux d'affaires avec son partenaire commercial (**CA Paris, 10 février 2022, n° 19/00728**).

❑ **Cass. Com., 22 mars 2023, n° 21-22.741** :

Il n'existe pas de relation commerciale établie lorsque les relations entre les parties peuvent être qualifiées de **précaires**. Cette précarité peut se déduire d'**évaluations périodiques**. Le contrat concerné par cet arrêt contenait des clauses d'objectifs, et une clause conditionnant la poursuite du contrat à un examen semestriel des ventes réalisées.

❑ **CA Paris, 31 mai 2023, n° 21/10748** :

Des rapports dégradés au cours des deux dernières années de la relation, marquées par une tentative de réduction significative de la remise accordée au distributeur et les efforts de ce dernier pour diminuer sa dépendance, ne peuvent plus être considérés comme "établis".

1. Les règles de fond

➤ La rupture brutale des relations commerciales établies

→ L'existence d'une relation commerciale **établie** :

❑ **CA Paris, 7 juin 2023, n° 21/01064** :

Les parties n'entretiennent plus qu'une relation précaire à la date de la rupture lorsque celle-ci a été précédée de **très nombreuses mises en garde relatives à la nécessité pour le fournisseur de respecter ses délais de livraison, restées vaines.**

❑ **CA Paris, 14 juin 2023, n° 21/04536** :

Une relation commerciale ne peut plus être qualifiée d'« établie » au moment de sa rupture lorsqu'elle a été **émaillée d'incidents qui ont remis en cause sa stabilité.**

❑ **CA Paris, 7 juillet 2023, n° 21/17819** :

Des relations fondées sur des **missions ponctuelles et sans exclusivité, détériorées à peine un an après** leur engagement, ne présentent pas de caractère établi.

1. Les règles de fond

➤ La rupture brutale des relations commerciales établies

→ La caractérisation de la **rupture brutale** :

L'article L. 442-1, II du Code de commerce ne sanctionne pas la rupture d'une relation commerciale établie, mais uniquement sa brutalité (**CA Paris, 28 janvier 2021, n° 18/15222 ; CA Paris, 14 avril 2021, n°19/10700 ; CA Paris, 8 septembre 2021, n°18/21471**) qui se caractérise par l'insuffisance de la durée de prévenance avant la cessation de cette relation.

➤ Forme et point de départ du préavis : La notification doit se faire **par écrit**.

De jurisprudence constante, la notification du recours à un appel d'offres peut valoir notification et faire office de point de départ du délai de préavis.

Attention : la notification doit préciser expressément la date de la rupture, faute de quoi elle sera irrégulière (**Cass. com., 27 mai 2021, n°19-18.301**).

1. Les règles de fond

➤ La rupture brutale des relations commerciales établies

→ La caractérisation de la **rupture brutale** :

□ **Cass, com., 16 février 2022, n° 20-18.844** :

Il est rappelé que **la baisse significative du chiffre d'affaires avec le partenaire**, sauf à être justifiée par la conjoncture économique ou le désintérêt des consommateurs pour le produit ou le service, **doit être assimilée à une rupture de relation commerciale** au sens de l'**article L. 442-1, II du Code de commerce**.

1. Les règles de fond

➤ La rupture brutale des relations commerciales établies

→ La caractérisation de la **rupture brutale** :

❑ **CA Paris, 17 mai 2023, n° 22/13861** :

Le préavis de 18 mois accordé par la tête de réseau, insuffisant pour rompre une relation de 56 ans, qui représente 32% du chiffre d'affaires du distributeur agréé, alors qu'il est difficile de trouver un fournisseur équivalent dans le département en cause, doit être porté à 30 mois.

❑ **CA Paris, Pôle 5 ch. 4, 5 juillet 2023, n° 22/19028** :

À l'inverse, une modification des conditions contractuelles en cours de préavis qui ne porte que sur 10 % des références distribuées, n'engage pas la responsabilité du fournisseur.

1. Les règles de fond

➤ La rupture brutale des relations commerciales établies

→ La **rupture** peut également être **partielle** :

La rupture peut résulter :

- ✓ de **l'interruption totale** des relations ou ;
- ✓ de **leur diminution**, alors qualifiée de **rupture partielle**.

La rupture partielle a généralement lieu :

- lorsque le montant des achats **diminue fortement** (**Com., 7 juill. 2004, n° 03-11.472**) ; et
- **durablement** (**CA Paris, 4 avril 2013, n° 10/02735**).

1. Les règles de fond

➤ La rupture brutale des relations commerciales établies

→ La **rupture** peut également être **partielle** :

- ❑ **CA Paris, 1^{er} mars 2023, n° 21/06082** : Une absence de commande d'un partenaire pendant trois mois, non précédée de préavis, ne peut être qualifiée de rupture totale des relations commerciales établies entre les parties mais seulement de **rupture partielle**, qui engage la responsabilité de son auteur s'il ne démontre pas que cet événement lui aurait été imposé ou n'est pas de son fait.
- ❑ **CA Paris, 17 mai 2023, n° 20/17785** : La chute de 45 % du chiffre d'affaires réalisé entre les parties, **suivie, quelques mois après, de sa réduction à une part dérisoire**, caractérise une **rupture partielle** de relations commerciales établies imputable au client lorsque celui-ci ne justifie d'aucune circonstance objective pour l'expliquer.
- ❑ **CA Paris, 7 juin 2023, n° 21/01190** : La réduction drastique des commandes d'un client à son fournisseur s'analyse en une rupture brutale partielle de relations commerciales établies qui ne peut se justifier par la fermeture administrative de l'établissement de ce dernier **pendant cinq mois**, dès lors qu'après la réouverture, **les flux d'affaires avaient repris**, quoique pour des volumes moindres.

1. Les règles de fond

➤ La rupture brutale des relations commerciales établies

→ Les 18 mois résultant de la réforme « EGalim 1 », plafond ou exemption ?

L'**article L. 442-1, II, alinéa 2 du Code de commerce** dispose qu'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 18 mois** :

*« 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.** »*

➡ Si l'on s'en tient au texte, il s'agit *a priori* d'une **exemption en cas d'octroi d'un préavis de 18 mois**, et **non d'un plafond**, qui s'appliquerait en tout état de cause même en cas d'octroi d'un préavis jugé insuffisant.

1. Les règles de fond

➤ La rupture brutale des relations commerciales établies

→ **Les 18 mois résultant de la réforme « EGalim 1 » écartent effectivement toute responsabilité au titre de la rupture brutale**

Consécration en jurisprudence sur le fondement de l'article L. 442-1, II du Code de commerce :

❑ **CA Lyon, 8e ch., 4 mai 2022, n° 21/00336 :**

La Cour considère que l'acheteur qui accorde un préavis de 18 mois à son fournisseur ne peut engager sa responsabilité sur le fondement de l'article L. 442-1, II du Code de commerce ni causer, par conséquent, de trouble manifestement illicite.

1. Les règles de fond

➤ La rupture brutale des relations commerciales établies

→ **L'application dans le temps :**

- La rupture brutale d'une relation commerciale établie, qui s'analyse en un fait juridique engageant la responsabilité délictuelle de son auteur, est **soumise au droit applicable au moment de la notification de la rupture litigieuse.**
- En conséquence :
 - Les ruptures intervenues à compter du 26 avril 2019, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance, sont soumises au **nouvel article L. 442-1, II du Code de commerce** ;
 - Et celles antérieures restent régies par les dispositions de l'**ancien article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce.**

1. Les règles de fond

➤ La rupture brutale des relations commerciales établies

→ L'application dans le temps :

❑ **CA Paris, 27 novembre 2019, n° 17-18305 :**

La Cour d'appel de Paris a ainsi été obligée de **préciser que les dispositions relatives au plafond légal de 18 mois de préavis ne peuvent être invoquées dans un litige antérieur à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019.**

❑ **CA Paris, pôle 5, ch. 5, 2 décembre 2021, n° 17-15348 :**

Le fait générateur de la responsabilité étant la rupture, la loi applicable est celle en vigueur à la date de la rupture alléguée.

1. Les règles de fond

➤ La rupture brutale des relations commerciales établies

→ **La durée des préavis accordés :**

➤ 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 spécifiques 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 des relations commerciales établies

→ La durée des préavis accordés :

- Depuis les lois « EGalim 1 » et « EGalim 2 », 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**.
- La tendance qui se dégage est que **pour une année de relation, les juges accordent en moyenne 0,8 mois de préavis** avec une forte dégressivité du temps de préavis marginal additionnel en fonction de la durée.

1. Les règles de fond

➤ La rupture brutale des relations commerciales établies

→ **La durée des préavis accordés :**

• Ont été réajustés par les juges les préavis suivants :

○ **CA Paris, 22 février 2023, n° 20/17375 :**

= **4 mois** de préavis pour **4 ans** de relation, donc **1 mois par année**.

○ **CA Paris, 31 mars 2023, n° 21/05612 :**

= **10 mois** de préavis pour **11 ans** de relation, donc **0,9 mois par année**.

○ **CA Paris, 12 avril 2023, n° 20/15101 :**

= **18 mois** de préavis pour **22 ans** de relation, **0,81 mois par année**.

○ **CA Paris, 17 mai 2023, n° 22/13861 :**

= **30 mois** de préavis pour **56 ans** de relation, **0,5 mois par année**

1. Les règles de fond

➤ La rupture brutale des relations commerciales établies

→ **La durée des préavis accordés :**

• Ont été considérés comme suffisants les préavis suivants :

○ **CA Paris, 5 juillet 2023, n° 22/19028 :**

= **6 mois** de préavis pour **7 ans et 9 mois** de relations, donc **0,7 mois par année**.

○ **CA Paris, 31 mai 2023, n° 21/03292 :**

= **4 mois** de préavis pour **20 mois** de relation, donc **2 mois par année**.

○ **CA Paris, 27 janvier 2023, n° 21/11943 :**

= **12 mois** de préavis pour **33 ans** de relation, **0,4 mois par année**.

○ **TC Lyon, 1er février 2023, n°2021j01736**

= **17 mois** de préavis pour **15 ans** de relation, **1,1 mois par année**

1. Les règles de fond

➤ La rupture brutale des relations commerciales établies

→ La durée des préavis accordés :

- Les juges prennent de plus en plus en compte **du temps nécessaire pour retrouver un autre partenaire** pour apprécier la durée du préavis nécessaire :

- **CA Paris, 10 février 2022, n° 19/00728 :**

*« Au vu de la durée de la relation commerciale, de la spécificité du domaine d'activité, et du flux d'affaires conséquent, et des investissements réalisés, un préavis d'une durée de 6 mois était nécessaire à la société Imateg 93 **pour lui permettre de retrouver de nouveaux partenaires commerciaux susceptibles de lui confier des prestations** ».*

- **CA Paris, 16 mars 2022, n° 21/00684 et CA Paris, 30 mars 2022, n° 20/01173 :**

Le préavis doit être suffisant pour **« préparer le redéploiement de son activité, trouver un autre partenaire ou une autre solution de remplacement »**.

1. Les règles de fond

➤ La rupture brutale des relations commerciales établies

→ Appels d'offres et précarisation de la relation :

- Principe :

□ **CA Paris, 15 avril 2021, n° 18/15899** :

« le recours régulier à des appels d'offres est de nature à conférer à la relation commerciale, quelle que soit sa durée, une **précarité exclusive de toute rupture brutale** » et malgré la reconduction du contrat tous les ans à l'issue de chacun des appels d'offres, « **il n'en demeure pas moins que l'existence même de ces appels d'offres a généré chaque année un aléa** » ne permettant pas au transporteur « d'avoir une croyance légitime dans sa pérennité » ».

= La CA de Paris avait saisi l'**arrêt Cass. com., 18 oct. 2017, n° 16-15.138** et revenait sur son **arrêt du 25 juin 2020, n° 18/00121** dans lequel elle avait jugé que « le simple recours à une mise en concurrence n'était pas suffisant pour annuler le caractère établi d'une relation commerciale ».

1. Les règles de fond

➤ La rupture brutale des relations commerciales établies

→ **Appels d'offres et précarisation de la relation : tantôt oui, tantôt non, tout est affaire de circonstances**

Jurisprudences récentes quant au recours à l'appel d'offres et le caractère suivi, stable et habituel :

> Relation établie en dépit d'appel d'offres :

❑ **CA Paris, 27 janvier 2023, n° 20/11912** : Une relation caractérisée par une **succession de contrats à durée déterminée d'un an** et le recours à l'appel d'offres peut néanmoins présenter un caractère suivi, stable et habituel.

❑ **CA Paris, 10 mars 2023, n° 22/00564** : Le recours régulier à la mise en concurrence par le client et l'allégation d'une inflation des coûts unitaires des prestations ne sont pas de nature à remettre en cause la nature suivie, stable et habituelle de la relation commerciale et à le dispenser de notifier un préavis conforme à l'article L. 442-1, II du Code de commerce.

> Précarisation :

❑ **CA Paris, 12 avril 2023, n° 21/03687** : Une relation commerciale, même ancienne de trente ans, présente un **caractère précaire lorsqu'elle repose sur le recours systématique à une procédure d'appels d'offres annuelle**.

1. Les règles de fond

➤ La rupture brutale des relations commerciales établies

→ Critiques de la doctrine :

❖ Sur le point de départ du préavis au lancement de l'appel d'offres :

- Artificiel, voire discriminatoire, par rapport aux CDD ou aux CDI sans appels d'offres ;
- Absence de certitude ;
- Rend le préavis effectif quand la victime est dépendante.

❖ Sur la précarisation volontaire de la relation commerciale par le biais des appels d'offres systématiques :

- Possibilité de contournement d'une loi impérative dont l'impérativité a été réaffirmée par la loi « Descrozaille » ;
- Nécessité de soumettre la précarisation à des conditions : appels d'offres très rapprochés et nécessité de prouver un motif légitime.

1. Les règles de fond

➤ La rupture brutale des relations commerciales établies

→ **Cumul de responsabilités ?**

Principe : non cumul / non option

- En principe, un préjudice ne saurait être réparé à la fois sur le fondement de la responsabilité contractuelle et sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle.
- Plus précisément, **lorsque les conditions de l'engagement de la responsabilité contractuelle sont réunies, le demandeur a l'obligation de choisir cette dernière voie.**

C'est le principe de « non option » qui impose le choix de la responsabilité contractuelle.

- Or, l'action en responsabilité sur le fondement de la rupture brutale de relation commerciale établie est une **action en responsabilité délictuelle** (**Cass. com., 6 févr. 2007, n° 04-13178**).

1. Les règles de fond

➤ La rupture brutale des relations commerciales établies

→ **Cumul de responsabilités ?**

Un cumul possible si les préjudices invoqués sont distincts.

❑ **Cass. Com., 15 février 2023, n° 20/18699 :**

Une demande indemnitaire fondée sur l'article L. 442-1, II du Code de commerce, **distincte de celle formulée au titre de la rupture anticipée du contrat** et visant à réparer la perte de marge escomptée pendant la durée du contrat conclu à durée déterminée **ne peut être déclarée irrecevable au regard du principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle.**

❑ **CA Paris, 6 juin 2023, n° 22/13366 :**

Le prestataire qui demande à être indemnisé de la brutalité de la rupture mais aussi au titre de manquements contractuels ne viole pas le principe de non-cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle, dès lors qu'il s'agit de **chefs de préjudice distincts.**

1. Les règles de fond

➤ La rupture brutale des relations commerciales établies

→ **Cumul de responsabilités ?**

Quelques exemples de préjudices distincts :

- ❑ **CA Paris, Pôle 5 ch. 5, 10 février 2022, n° 19/00728** : Un prestataire ne viole pas le principe du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, lorsque, au titre de la **rupture brutale, il demande à être indemnisé de l'insuffisance de préavis** qui lui a été accordé et, au titre de l'inexécution contractuelle, il sollicite le remboursement des investissements en personnel et en matériel qu'il a dû réaliser en raison des variations inopinées du volume des commandes de son client ainsi que des dommages-intérêts équivalant au **gain manqué lié à l'absence d'exécution du contrat jusqu'à son terme.**
- ❑ **Cass. Com., 28 juin 2023, n°22-10184** : L'indemnisation au titre de la rupture brutale d'une relation commerciale établie avec un client qui répare seulement le préjudice découlant de l'absence ou de l'insuffisance de préavis, peut se cumuler avec l'indemnisation, par l'auteur d'actes de **détournement de clientèle**, du **préjudice résultant de la perte de clients au-delà de la période de préavis.**

1. Les règles de fond

➤ La rupture brutale des relations commerciales établies

→ **La corrélation avec le taux de dépendance :**

- **Prise en compte de l'état de dépendance économique pour établir la durée du préavis :**

La dépendance économique du partenaire délaissé n'est pas une condition du succès de son action. En revanche, elle constitue un des critères essentiels pour déterminer la durée du préavis exigible.

L'un des indicateurs de l'état de dépendance économique de la victime de la rupture brutale à l'égard de l'auteur de la rupture est **la part de chiffre d'affaires réalisée** par la victime avec son cocontractant.

1. Les règles de fond

➤ La rupture brutale des relations commerciales établies

→ **La corrélation avec le taux de dépendance :**

- Prise en compte de l'état de dépendance économique pour établir la durée du préavis :

❑ **CA Paris, 31 mars 2023, n° 22/15032** : (arrêt très critiquable, frappé de pourvoi)

Des relations établies de seize années sur le **marché très concentré** de la téléphonie où les distributeurs se trouvent dans une **situation de dépendance contrainte**, ne peuvent être rompues avant l'expiration d'un préavis de vingt-quatre mois.

❑ **CA Paris, 16 juin 2023, n° 21/19914** :

L'auteur de la rupture doit tenir compte, pour apprécier le préavis accordé à son partenaire, de la dépendance de ce dernier, même s'il ne lui a été imposée aucune exclusivité, lorsque le rythme de production des émissions commandées ne peut que réduire ses chances de diversification.

❑ **CA Paris, 28 juin 2023, n° 21/04685** :

Un concessionnaire qui n'est tenu par **aucune clause d'approvisionnement exclusif** mais qui a **fait le choix délibéré de ne se fournir qu'auprès d'une seule marque**, qui représente moins de 5 % du marché français, **ne peut se prévaloir de sa dépendance** à l'égard de cette dernière.

1. Les règles de fond

➤ La rupture brutale des relations commerciales établies

→ **Marge brute ou sur coûts variables ou évités ?**

- ✓ **En principe : réparation de l'intégralité des préjudices résultant du caractère brutal de la rupture de la relation commerciale, mais pas de réparation des préjudices résultant de la rupture elle-même.**

- ✓ **Ce préjudice est constitué du gain manqué pendant la période d'insuffisance du préavis.**

- ✓ La jurisprudence applique des **solutions radicalement différentes pour calculer ce gain**, 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.

- ✓ En 2020, la Cour d'appel de Paris a publié **deux notes allant en faveur de la marge sur coûts variables** (« Quel concept de marge ? » (Fiche n° 6, avril 2020), et « Comment réparer les préjudices résultant de la rupture brutale des relations commerciales établies ? » (Fiche n°13, avril 2020)).

1. Les règles de fond

➤ La rupture brutale des relations commerciales établies

→ Marge brute ou sur coûts variables ou évités ?

Cette approche semble de façon générale être de plus en plus suivie par la pratique de la Cour d'appel de Paris qui rappelle à cet égard que : « **la référence à retenir est la marge sur coûts variables, définie comme la différence entre le chiffre d'affaires dont la victime a été privée sous déduction des charges qui n'ont pas été supportées du fait de la baisse d'activité résultant de la rupture** » (CA Paris, 1^{er} sept. 2021, n° 19-13714 ; CA Paris, 8 sept. 2021, n° 20-00883 ; CA Paris, 8 sept. 2021, n° 20-09996 ; CA Paris 26 janv. 2022, n° 20/08372 ; CA Paris, 9 fév. 2022, n° 20/08333 ; CA Paris, 15 juin 2022, n° 20/07458).

- ❑ **Cass. com., 11 mai 2022, n° 21-11.337** : la Cour de cassation a récemment considéré qu'en l'absence de coûts variables déductibles, le préjudice subi par la victime d'une rupture brutale de relations commerciales établies correspond à la marge brute qu'elle aurait pu réaliser au cours du préavis non accordé.
- ❑ Toutefois, force est de constater que le recours à la marge brute demeure... : **CA Paris, 21 janvier 2022, n° 19/11770 ; CA Paris, 10 février 2022, n° 19/00728 ; CA Paris, 10 février 2022, n° 19/03034 ou encore CA Paris, 30 juin 2022, n° 19/21143.**
- ❑ La Cour d'appel de Paris a pu se fonder sur la « **nature intellectuelle** » de l'activité pour justifier tantôt le recours à un taux de marge brute (**CA Paris, Pôle 5 ch. 4, 22 juin 2022, n° 21/14840**) tantôt le recours direct au chiffre d'affaires (**CA Paris, Pôle 05 ch. 05, 24 février 2022, n° 19/12294**).

1. Les règles de fond

➤ La rupture brutale des relations commerciales établies

→ **Marge brute ou sur coûts variables ?**

❑ **CA Paris, 17 mai 2023, n° 22/13861 :**

« Il ressort des explications de la société [X], du rapport d'expert-comptable versé aux débats (pièce n°17 notamment tableau n° 7) non utilement critiqué par la société Claas France et des comptes annuels de la société [X] sur les exercices 2012 à 2015 (pièces n°13 à 16) que :

- la marge sur coûts variables de l'activité achat-revente des matériels Claas **se chiffre en retenant la différence entre le coût des achats et le prix de leur revente, en tenant compte des frais de transports et des rabais, remises et autres ristournes**, les autres frais (personnel, loyers....) restant des frais fixes de l'activité non entièrement consacrée à la vente de matériel Claas, soit une marge moyenne annuelle sur les exercices 2012 à 2014 précédant la rupture de 251 612 euros,

- la marge sur coûts variables de l'activité de services accessoires relatifs aux produits Claas, activité essentiellement de main d'œuvre, **se calcule au niveau du chiffre d'affaires**, le personnel étant permanent, soit une marge moyenne annuelle sur les exercices 2012 à 2014 de 162 851 euros,

Le préjudice subi par la société [X] sur la durée d'insuffisance de préavis de 12 mois est dès lors estimé à la somme de 414 463 euros. »

➡ La Cour d'appel retient ici la marge sur coûts variables mais opère une **distinction selon l'activité concernée.**

1. Les règles de fond

➤ La rupture brutale des relations commerciales établies

→ Marge brute ou sur coûts variables ?

□ **Cass. com., 28 juin 2023, n° 21-16.940 :**

*« Il résulte de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce que le préjudice principal résultant du caractère brutal de la rupture s'évalue en considération de la **marge brute escomptée**, c'est-à-dire la **différence entre le chiffre d'affaires hors taxe escompté et les coûts variables hors taxe non supportés durant la période d'insuffisance de préavis**, différence dont pourra encore être déduite, le cas échéant, la part des coûts fixes non supportés du fait de la baisse d'activité résultant de la rupture, durant la même période. »*

➡ La Cour de cassation fait ici référence à la « **marge brute escomptée** » mais **décrit la méthode d'évaluation de la marge sur coûts variables** et **admet même une marge sur coûts non supportés à la fois fixes et variables.**

1. Les règles de fond

➤ La rupture brutale des relations commerciales établies

→ **À quelle date se placer pour apprécier le préjudice ?**

➤ **Réponse assez théorique et inéquitable de la jurisprudence** : Le préjudice s'apprécie à la date de la rupture et non au regard d'éléments postérieurs. Une entreprise n'ayant subi aucun préjudice peut se voir indemniser en cas de préavis insuffisant ce qui est pour le moins paradoxal.

❑ **CA Paris, 22 février 2023, n° 20/17375** :

L'indemnisation de la victime d'une rupture de relations commerciales établies **ne peut être minorée par le fait que l'exécution du préavis était impossible en raison de la crise sanitaire**, dès lors que le préjudice **s'apprécie à la date de la rupture** et non au regard d'éléments postérieurs.

❑ **CA Paris, 1^{er} mars 2023, n° 21/06082** :

La rupture des relations commerciales établies s'analyse **au jour où elle survient**, sans égard aux éléments postérieurs, de sorte que la société qui ne souffre pas du ralentissement provisoire des commandes de son partenaire, peut tout de même solliciter une indemnité.

1. Les règles de fond

➤ La rupture brutale des relations commerciales établies

→ À quelle date se placer pour apprécier le préjudice ?

- Réponse assez théorique et inéquitable de la jurisprudence :

- ❑ **Cass, com., 17 mai 2023, n° 21-24809** : Le délai de préavis suffisant s'apprécie au moment de la **notification de la rupture** au partenaire, même en cas d'éventuelle **réorientation des activités de la victime** à l'issue de la rupture.
- ❑ **CA Paris, 17 mai 2023, n° 22/13861** : La reconversion réussie du distributeur agréé en cours de préavis ne constitue pas un élément d'appréciation du préavis qui doit lui être accordé dès lors que la durée de celui-ci doit **être évaluée à la date de la notification de la rupture**.
- ❑ **CA Paris, 4 juillet 2023, n° 22/11351** : La cessation d'activité du prestataire après la rupture ne peut être prise en considération dans l'appréciation du caractère raisonnable du préavis accordé, dès lors que celle-ci doit uniquement se fonder sur les **circonstances existantes au moment de la notification**.

Cas pratique n° 14 :

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° 14 :

Les conventions uniques convenues entre les parties pour 2022 et 2023 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. Elles précisent aussi qu'avant toute action judiciaire, les parties tenteront de trouver une issue amiable par recours à un médiateur désigné par la Chambre de commerce et d'industrie de Nanterre.

Le 1^{er} octobre 2023, 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° 14 :

Le 19 octobre 2023, 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 2014 et 2015, celles-ci n'étant pas dues selon lui ;
- Un remboursement de la ristourne inconditionnelle de 15% pour 2022 et 2023, 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° 14 :

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.

Qu'en pensez-vous ?

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 ?

LES AUTRES PRATIQUES

1. Les règles de fond

➤ Les autres pratiques

Les prix imposés

- ✓ **Double incrimination par les textes** en tant que pratique restrictive de concurrence et en tant que pratique anticoncurrentielle.
- ✓ Application privilégiée du **droit des ententes** (**article L. 420-1 du Code de commerce** et **article 101 TFUE**).
- ✓ Évolution de la jurisprudence dans le sens d'une **plus grande sévérité**.
- ✓ En droit de la concurrence, extension de la notion de preuve documentaire excluant la nécessité d'indices et de tests, et en cas de recours à la méthode des indices, passage du « *triple test* » à un **simple double test de convention par invitation et acceptation d'un prix fixe ou minimum**.

1. Les règles de fond

➤ Les autres pratiques

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.
- ✓ Problème de l'extension de la location au détriment de l'achat-vente.

1. Les règles de fond

➤ Les autres pratiques

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

➤ Les autres pratiques

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

➤ Les autres pratiques

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.

PARTIE II. LE DROIT DES PRATIQUES RESTRICTIVES ET ABUSIVES

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

LES PROCÉDURES ET LES SANCTIONS



2. Les règles de procédure

➤ Les procédures et les sanctions

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

L'action est 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 et les sanctions

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

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

- ✓ **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.**
- ✓ **Seul le ministre et le ministère public peuvent demander le prononcé d'une amende civile.**

2. Les règles de procédure

➤ Les procédures et les sanctions

Article L. 442-4, I, alinéa 1^{er} 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

➤ Les procédures et les sanctions

- ✓ En outre, la juridiction :
 - ordonne systématiquement la **publication des décisions** (**article L. 442- 4, II, alinéa 1^{er} du Code de commerce**) ; et
 - peut **ordonner l'exécution de sa décision sous astreinte** (**article L. 442- 4, II, alinéa 2 du Code de commerce**).
- ✓ De plus, le **juge des référés** peut ordonner, au besoin sous astreinte, la **cessation des pratiques abusives ou toute autre mesure provisoire** (**article L. 442- 4, II, alinéa 3 du Code de commerce**).
- ✓ Enfin, es litiges portant sur des **pratiques restrictives de concurrence** du Titre IV du Livre IV du Code de commerce sont attribués à des **juridictions spécialisées et désignées par décret** (article D. 442-2 pour les commerçants ou artisans et article D. 442-3 pour les personnes qui ne sont ni commerçants ni artisans) **article L. 442- 4, III du Code de commerce**).

LE REVIREMENT DE JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE JURIDICTIONS SPÉCIALISÉES

2. Les règles de procédure

- Règle de spécialisation des juridictions judiciaires en matière de pratiques restrictives de concurrence
- ✓ **Article D. 442-2 du Code de commerce** et tableau de l'**annexe 4-2-1 du Livre IV du Titre IV du Code de commerce**.
- ✓ Le contentieux est confié à **8 tribunaux de commerce** et **8 tribunaux judiciaires** en première instance :
 - Marseille ;
 - Bordeaux ;
 - Tourcoing ;
 - Fort-de-France ;
 - Lyon ;
 - Nancy ;
 - Paris ; et
 - Rennes.
- ✓ Et en appel à un cour d'appel, **la Cour d'appel de Paris**.

2. Les règles de procédure

➤ Le revirement de jurisprudence en matière de juridictions spécialisées

Cass. Com., 18 octobre 2023, n° 21-15.378

« En statuant ainsi, alors que le moyen par lequel une partie conteste, en application des articles L. 442-6, III, devenu L. 442-4, III, et D. 442-3 précités, la compétence d'une juridiction à connaître d'une demande reconventionnelle fondée sur l'article L. 442-6, I, devenu L. 442- 1, du code de commerce, constitue, non pas une fin de non-recevoir mais, une exception d'incompétence qui ne rend pas la demande irrecevable, la cour d'appel a violé les textes susvisés. »

- ✓ Revirement de jurisprudence de la Chambre commerciale de la Cour de cassation concernant les **effets de la méconnaissance du pouvoir juridictionnel exclusif octroyé à certaines juridictions du premier degré et à la Cour d'appel de Paris, en matière de contentieux liés à l'application de l'article L. 442-1 du Code de commerce.**
- ✓ La **fin de non-recevoir** est abandonnée au profit de l'**exception d'incompétence**.

2. Les règles de procédure

➤ Le revirement de jurisprudence en matière de juridictions spécialisées

Cass. Com., 18 octobre 2023, n° 21-15.378

Conséquences :

- ✓ Avec cette nouvelle sanction, le demandeur pourra bénéficier de **l'effet interruptif de prescription** aux termes des **articles 2241 et 2243 du Code civil**.
- ✓ Le défendeur devra veiller à **soulever l'incompétence du tribunal saisi *in limine litis***, sous peine d'irrecevabilité conformément à **l'article 74 du code de procédure civile**.
- ✓ Attention au **lien de connexité** lorsque des demandes sont fondées sur le droit commun et sur l'article L. 442-1. Possibilité pour le défendeur d'invoquer ce lien pour contraindre le tribunal à surseoir à statuer le temps qu'une juridiction spécialement désignée se prononce sur l'argument tiré de l'article L. 442-1 du Code de commerce. Pour éviter cet écueil, il semble que le demandeur ait intérêt à se désister et saisir la juridiction spécialement compétente en matière de pratiques restrictives de concurrence.

LES POUVOIRS DE L'ADMINISTRATION



2. Les règles de procédure

➤ Les procédures et les sanctions

Autre instrument d'action de la DGCCRF : (introduit 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 visés au sein du Titre IV du Livre IV 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

➤ Les procédures et les sanctions

Autre instrument d'action de la DGCCRF : (introduit 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 dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État** (celui-ci devrait prochainement intervenir > modification apportée par la loi n° 2022-1158 du 16 août 2022).
- ✓ Ces décisions pourront ensuite **faire l'objet d'un recours de pleine juridiction et d'un référé suspension devant la juridiction administrative**.

2. Les règles de procédure

➤ Les procédures et les sanctions

Autre instrument d'action de la DGCCRF : (introduit avec la **loi n°2020-1508 « DDADUE » du 3 décembre 2020**)

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

- ✓ La DGCCRF a récemment utilisé ce nouvel instrument d'action **pour la première fois à l'encontre d'Amazon.**
- ✓ Le 20 décembre 2021, la DGCCRF a enjoint à Amazon de **modifier des clauses abusives** dans les contrats qui la lient aux marchands tiers **dans un délai qui courrait jusqu'au 22 mars 2022, date à partir de laquelle une astreinte de 90.000 euros par jour serait réclamée si rien ne changeait.**
- ✓ Amazon s'est mise en conformité **avec un mois de retard, une astreinte de 3,3 millions d'euros lui est donc réclamée.**

CONCLUSION

CONCLUSION

- **Un droit toujours en évolution permanente :**

- Du fait des changements législatifs : en principe, volonté du législateur de simplifier le droit de la négociation commerciale, en limitant le nombre de pratiques restrictives de concurrence. Si de nombreuses pratiques ont été supprimées, d'autres sont réintégrées par un certain nombre de textes (**ordonnance du 30 juin 2021**, **loi « Egalim 2 »** et **loi « Descrozaille »**).

➡ **Intervention rapprochée de textes et forte instabilité législative.**

- Du fait de la jurisprudence : **constantes évolutions de la jurisprudence sur l'interprétation de l'article L. 442-1 du Code de commerce** (ex : contrôle judiciaire du prix) **parfois incertaines** (ex : notion de négociation effective, rôle des appels d'offres et critères de réparation du préjudice issu de la rupture brutale de relations commerciales établies).

CONCLUSION

- ✓ **Il est important de respecter les règles de la négociation et de 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 faut se former en permanence et **analyser les évolutions de la jurisprudence qui sera prochainement rendue en la matière.**

CONCLUSION

- ✓ **Une nécessité de valoriser le droit de la négociation commerciale au sein des entreprises** car les opérationnels ne le connaissent souvent pas, et peuvent faire des erreurs car ces dispositions leur paraissent souvent contraires aux règles commerciales de base.
- ✓ **Un grand nombre de questions demeurent incertaines** et sont appréciées de façon variable selon les tribunaux saisis ou demeurent dans l'attente d'une solution jurisprudentielle.

CONCLUSION

S'AGISSANT DES POINTS DE VIGILANCE

- ✓ Il ne faut pas raisonner de façon générale, mais toujours **au cas d'espèce**.
- ✓ En cas de litige :
 - **Se référer non seulement au contrat mais aussi au droit positif en vigueur à date, qui peut rendre le contrat inopposable, illégal ou obsolète ;**
 - **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 avantageuses pour soi en toutes circonstances ;**
 - **Réfléchir en fonction du rapport bilatéral applicable.**



**MERCI POUR VOTRE
ATTENTION !**

DES QUESTIONS ?



Legal Intelligence By **Vogel**