

**TITRE II****Négociation commerciale****INTRODUCTION****I. Histoire et structure du droit de la négociation commerciale**

- A. Réformes antérieures à la loi EGalim et à l'ordonnance du 24 avril 2019
- B. Loi EGalim et ordonnance du 24 avril 2019

**II. Commission d'examen des pratiques commerciales****III. Pouvoirs spéciaux de l'Administration**

- A. Transaction
- B. Composition pénale et ordonnance pénale
- C. Pouvoirs spéciaux du ministre de l'Économie
- D. Pouvoir d'injonction et amendes administratives

## INTRODUCTION

### A RETENIR

Le titre IV du Livre IV du Code de commerce intitulé « De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées » régit les relations entre professionnels intervenant à des stades différents du processus économique. D'une part, ces dispositions tendent à assurer la transparence tarifaire entre opérateurs économiques. À ce titre, elles introduisent un certain formalisme dans la relation commerciale. Ainsi, il faut émettre une facture qui doit répondre à un certain nombre d'exigences, sous peine d'amende, communiquer les conditions générales de vente sur demande si elles ont été établies et rédiger un contrat qui concrétise l'accord de commercialisation entre fournisseurs et distributeurs. D'autre part, le titre IV sanctionne un ensemble de comportements susceptibles d'affecter les relations commerciales. Il s'agit d'éviter que des professionnels prennent un avantage dans la concurrence en usant de pratiques restrictives - revente à perte, prix imposés - à l'égard de leur partenaire commercial.

Enfin, il prohibe des pratiques ou clauses abusives afin de lutter notamment contre les abus de puissance d'achat, tels que le déréférencement ou le non-référencement abusifs, et de protéger les fournisseurs en position de faiblesse. Que la sanction encourue soit de nature civile, administrative ou pénale, ces règles établissent une prohibition *per se*, c'est-à-dire indépendante de l'incidence sur le marché du comportement en cause. Elles échappent à la compétence de l'Autorité de la concurrence, sauf si elles sont simultanément l'expression d'une pratique anticoncurrentielle.

Le formalisme de cette réglementation et le caractère automatique des prohibitions qu'elle édicte ont été critiqués au point que sa suppression a été proposée. Les enseignements les plus récents de la théorie économique montrent en effet que la revente à perte ou les prix imposés ne sont pas forcément nocifs, et qu'une prohibition absolue n'est pas justifiée. La revente à perte ne semble pas pouvoir être durablement mise en œuvre lorsqu'elle n'est pas le fait d'une entreprise disposant d'un important pouvoir de marché, dont le contrôle fait l'objet du droit des pratiques anticoncurrentielles. Un prix imposé peut s'avérer nécessaire à la distribution de nouveaux produits dont il faut assurer le lancement à travers un réseau de distribution stable ; il est alors une garantie de la qualité des services rendus par les distributeurs membres du réseau. Un tel prix n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence dès lors qu'existe sur le marché une vive concurrence intermarques et que la pénétration n'est pas entravée par des barrières à l'entrée. Toute condamnation automatique devrait donc être exclue. Inversement, la transparence du marché que tend à réaliser la réglementation tarifaire peut, sur certains marchés concentrés, se révéler anticoncurrentielle car elle supprime l'incertitude et le secret qui constituent les conditions d'une concurrence active. De surcroît, la transparence tarifaire entraîne de nombreux effets pervers. La déconfidentialité des conditions générales des entreprises françaises, imposée par l'article L. 441-1 du Code de commerce, parallèlement au maintien de l'opacité de celles de leurs concurrents étrangers, ne représente pas un facteur de compétitivité internationale mais place les entreprises françaises dans une situation d'infériorité concurrentielle tout en les privant de la souplesse de négociation dont bénéficient les entreprises des pays tiers.

Au cours de ces trente dernières années, le droit français de la négociation commerciale a connu de profondes évolutions, en passant par des phases de renforcement successives depuis l'ordonnance du 1er décembre 1986 jusqu'aux mesures de déconstruction partielle auxquelles l'on assiste aujourd'hui. Ainsi, après s'être battues pour conserver le droit d'adopter des dispositions relatives aux pratiques restrictives lors des négociations ayant conduit à l'adoption du règlement 1-2003 du 16 décembre 2002, les autorités françaises ont adopté une attitude plus réservée vis-à-vis du droit des pratiques restrictives pour en limiter les effets pervers : le seuil de revente à perte a été revu à la baisse par la loi Chatel du 3 janvier 2008, avant d'être relevé par la loi EGalim du 30 octobre 2018, l'interdiction *per se* des pratiques discriminatoires abrogée par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, et la liste des abus de dépendance plus de la moitié des treize cas a été supprimée.

**PLAN**

Nous présenterons successivement :

- l'histoire et la structure du droit de la négociation commerciale ;
- la Commission d'examen des pratiques commerciales, organe spécifique qui participe à la mise en œuvre de ces règles ;
- les pouvoirs spéciaux dont dispose l'Administration dans ce domaine.

## I. Histoire et structure du droit de la négociation commerciale

### A. Réformes antérieures à la loi EGalim et à l'ordonnance du 24 avril 2019

L'ensemble de ces dispositions tente d'appréhender les rapports entre le commerce et l'industrie, qui ont beaucoup évolué. À l'origine, une industrie toute puissante faisait face à un commerce atomisé. Les règles traditionnelles du droit de la concurrence ont d'abord été conçues pour lutter contre les pratiques restrictives des offreurs, notamment en vue de réduire les discriminations entre les différentes formes de distribution (grands distributeurs et commerce traditionnel). Ensuite, ce rapport de forces s'est inversé au profit du commerce, qui a connu de profondes mutations : prédominance de la grande distribution de masse, émergence de systèmes de distribution spécialisée et intégrée, disparition des petits commerces de centre ville. Les industriels se sont trouvés en position d'infériorité économique face à certains de leurs clients. Pour tenter de remédier à ce phénomène, l'ordonnance de 1986 a, pour la première fois, incriminé l'abus de dépendance économique. Mais ce texte n'a pas répondu de manière satisfaisante à l'objectif de protection des fabricants contre certaines pratiques abusives des grandes surfaces. Les premières modifications de l'ordonnance de 1986 ont été limitées ; elles ont concerné les délais de paiement et les conditions générales de vente. Des réformes plus ambitieuses ont été tentées par la suite, sans néanmoins atteindre les résultats escomptés.

### 1. Lois Galland et NRE

Il a fallu attendre la loi 96-588 du 1er juillet 1996, dite loi Galland, pour voir le législateur tenir compte de la nouvelle donne entre producteurs et distributeurs. Le texte portait essentiellement sur les dispositions du titre IV du Livre IV du Code de commerce. **Son objectif déclaré était d'assurer la loyauté et l'équilibre des relations commerciales. À cette fin, il a institué une incrimination nouvelle, l'abus de dépendance, et abrogé la prohibition du refus de vente entre professionnels.** Les producteurs retrouvaient ainsi la liberté de vente, contrepartie de la liberté d'achat des distributeurs. Ces dispositions n'ayant pas permis de remédier efficacement aux pratiques abusives de la grande distribution, le législateur est intervenu derechef dans le but déclaré de « moraliser les pratiques commerciales ».

La loi du 15 mai 2001, dite loi NRE a créé de nouveaux cas d'abus de dépendance. Pour garantir l'efficacité de la prohibition, elle a renforcé les pouvoirs du ministre de l'Économie qui pouvait désormais agir en nullité des contrats en cause. Parallèlement, une Commission d'examen des pratiques commerciales a été créée, dont la mission est toutefois principalement consultative.

### 2. Loi Dutreil

Très concentrée, la grande distribution française réalise depuis longtemps des transferts de marge à son profit en ponctionnant ses fournisseurs. Ces transferts de ressources importantes lui ont permis de se développer et de financer son expansion internationale mais ont en même temps affaibli les industriels.

Le titre VI de la loi Dutreil du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, qui se fixe pour objectif la «modernisation des relations commerciales», tentait une nouvelle fois de réformer les relations entre distributeurs et fournisseurs.

**La réforme était libérale d'un double point de vue : au stade de la vente des producteurs aux distributeurs, elle rétablissait la liberté de négociation des conditions de vente ; à celui de la revente, elle restaurait la concurrence par les prix en facilitant la rétrocession d'une partie des marges arrièrè aux consommateurs grâce à leur intégration dans le seuil de revente à perte.**

### 3. Loi Chatel

Adoptée le 3 janvier 2008, la loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs qui réforme le droit des relations commerciales traduit un recul de l'interventionnisme étatique en accordant aux revendeurs une plus grande marge de manœuvre dans la fixation de leurs prix. **La disposition phare du texte, «destinée à restaurer le pouvoir d'achat des consommateurs», concernait le seuil de revente à perte, dont l'incrimination était maintenue, mais dont les modalités de calcul étaient considérablement assouplies.**

Dans le même temps, la loi encadrait strictement la définition des services que les distributeurs peuvent rendre et accroît le formalisme. En effet, la loi substituait au contrat de coopération commerciale unique, déjà très contraignant, un contrat écrit unique d'une portée extrêmement large, qui portait non seulement sur les conditions de l'opération de

vente des produits et des prestations de services telles qu'elles résultent de la négociation commerciale, mais aussi sur les services qui ne relèvent pas des obligations d'achat et de vente et qui sont propres à favoriser la revente des produits et sur les services distincts.

#### 4. Loi de modernisation de l'économie

Un nouveau pas est franchi avec la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008. **Le texte instaure la libre négociabilité des conditions de vente et des tarifs.** Le principe selon lequel les conditions générales constituaient le socle de la négociation commerciale demeurait cependant.

#### 5. Loi Hamon

Le droit de la négociation commerciale a été modifié par la loi relative à la consommation du 17 mars 2014, dite loi Hamon. La tendance à la libéralisation des relations entre distributeurs et fournisseurs qui caractérisait les précédentes réformes s'estompe avec ce texte d'inspiration dirigiste. Sans bouleverser complètement l'équilibre institué par la loi de modernisation de l'économie, la loi Hamon apporte de nombreuses précisions et modifications. Surtout, elle durcit très nettement les sanctions en cas de manquement aux prescriptions du Code de commerce en matière de transparence tarifaire, de pratiques restrictives et d'autres pratiques prohibées.

**Pour éviter que les conditions générales d'achat des distributeurs ne servent de point de départ à la négociation, les conditions générales de vente deviennent le socle «unique» de la négociation commerciale.** Afin d'assurer le respect de cette obligation, l'article L. 441-3 du Code de commerce dispose que la convention écrite «indique le barème de prix 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».

La convention écrite doit contenir, sous peine d'amende administrative, un certain nombre d'informations concourant à la détermination du prix convenu entre le fournisseur et le distributeur. Le calendrier des négociations de la convention est formalisé, même si aucune sanction spécifique n'est attachée au défaut de communication : les conditions générales de vente doivent être communiquées au plus tard trois mois avant le 1<sup>er</sup> mars ou, pour les produits ou services soumis à un cycle de commercialisation particulier, deux mois avant le départ de la période de commercialisation. La loi prévoit que le prix convenu s'applique au plus tard le 1<sup>er</sup> mars. Pour certains produits dont les prix de production sont significativement affectés par les fluctuations des prix des matières premières agricoles et alimentaires, la loi impose l'insertion dans la convention écrite d'une clause relative aux modalités de renégociation du prix, pour prendre en compte ces fluctuations, «à la hausse comme à la baisse».

**L'extension des pouvoirs d'enquête simple de la DGCCRF et le renforcement de son pouvoir de sanction constituent les principales innovations de la loi.** Celle-ci se voit dotée du pouvoir de prononcer des injonctions et des amendes administratives, de 3 000 à 75 000 euro pour une personne physique et de 15 000 à 375 000 euro, pour une personne morale, ces plafonds pouvant pour certaines infractions être doublés en cas de récidive. Ces nouveaux pouvoirs sont exercés sous le contrôle du juge administratif.

## 6. Loi Macron

La loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi Macron, du 6 août 2015 a, par petites touches, légèrement réformé le droit de la négociation commerciale. Ainsi, **l'article L. 441-6 [devenu L. 441-10, I] du Code de commerce plafonne les délais de paiement à 60 jours**, transforme le délai de 45 jours fin de mois en simple dérogation à ce principe et pérennise le régime dérogatoire en faveur des produits présentant un caractère saisonnier particulièrement marqué prévu par la loi du 22 mars 2012. La loi Macron allège également à la marge le formalisme de la convention unique dans les rapports entre fabricants et grossistes, dont elle livre une définition légale et étend le régime de la clause de renégociation du prix aux produits sous marque de distributeur. Elle ajoute par ailleurs un nouveau mode de détermination de l'amende civile sanctionnant les pratiques restrictives : celle-ci peut s'élever, à proportion des avantages tirés du manquement, à 5 % du chiffre d'affaires de l'entreprise contrevenante. Enfin, les articles L. 311-5-1 à L. 311-5-4 du Code de tourisme prohibent formellement les clauses d'alignement tarifaire dans les relations entre hôteliers et plateformes de réservation en ligne.

## 7. Loi Sapin II

La loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi Sapin II, du 9 décembre 2016 apporte de nouvelles retouches au droit de la négociation commerciale, dont les plus significatives affectent le droit de la transparence tarifaire. **Ainsi, pour alléger la charge pesant sur les entreprises, la convention écrite de droit commun, comme la convention grossiste, peut désormais être pluriannuelle.** Dans cette hypothèse, les parties doivent fixer les modalités de révision du prix, si elles le souhaitent par référence à des indices publics, à condition que ceux-ci présentent un rapport direct avec les produits concernés par la convention. La loi Sapin II encadre encore davantage la négociation dans le secteur agricole, en formalisant les mécanismes de fixation du prix et en plafonnant le montant des instruments promotionnels. En matière de délais de paiement, elle introduit une nouvelle dérogation aux délais de paiement conventionnels au profit des entreprises qui exportent en dehors de l'Union, afin de ne pas les désavantager face à leurs concurrents étrangers : dans cette hypothèse, le délai de paiement peut atteindre quatre-vingt-dix jours à compter de la date d'émission de la facture. Mais dans le même temps, la loi renforce la sanction du non-respect des délais de paiement, en augmentant très lourdement l'amende encourue par les personnes morales, en supprimant le plafond légal en cas d'infractions multiples et en prévoyant une publication systématique des condamnations.

## B. Loi EGalim et ordonnance du 24 avril 2019

### 1. Loi EGalim

La loi 2018-938 du 30 octobre 2018, dite EGalim s'inscrit dans le prolongement des États généraux de l'alimentation du dernier semestre 2017. Elle comporte cinq grands volets :

- un encadrement renforcé de la contractualisation en matière agricole ;
- un relèvement du seuil de revente à perte et un encadrement des promotions pour

les produits alimentaires ;

- un renforcement du contrôle des accords de centrale de référencement ou d'achat par l'Autorité de la concurrence ;
- une accentuation de la lutte contre les prix abusivement bas ;
- et une réforme d'ensemble du titre IV du Livre IV du Code de commerce.

L'encadrement de la contractualisation en matière agricole, le relèvement du seuil de revente à perte et la réglementation des opérations promotionnelles ont pour objet de rééquilibrer les rapports de force dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire au profit des agriculteurs.

#### a. Contractualisation en matière agricole

**La loi EGalim généralise la contractualisation obligatoire dans le secteur agricole.** Le nouvel article L. 631-24, I du Code rural et de la pêche maritime dispose que l'encadrement de la contractualisation s'applique à «tout contrat de vente de produits agricoles livrés sur le territoire français» conclu sous forme écrite, sous réserve de quelques exceptions. La loi entend inverser le processus contractuel : le contrat de vente écrit n'a plus pour origine une proposition contractuelle de l'acheteur mais doit être précédé d'une proposition du producteur agricole (art. L. 631-24, II). Le contenu du contrat est strictement réglementé, une liste de clauses devant y figurer impérativement, telles que le prix et les modalités de détermination du prix qui doivent tenir compte d'un certain nombre d'indicateurs de coûts, de prix et de critères (art. L. 631-24, III).

#### b. Relèvement du seuil de revente à perte et encadrement des opérations promotionnelles

La loi EGalim a autorisé le Gouvernement à prendre, par ordonnance avant le 1er mars 2019, deux séries de mesures. **Le seuil de revente à perte (SRP) est relevé de 10 % pour les denrées alimentaires et les produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie. Les opérations promotionnelles financées par le distributeur ou le fournisseur portant sur la vente aux consommateurs de denrées alimentaires et de produits destinés à l'alimentation des animaux de campagne sont encadrées en valeur et en volume, et des sanctions administratives sont adoptées pour assurer l'effectivité de ces dispositions.** Ces mesures sont adoptées pour une durée limitée à deux ans afin d'en tester les résultats et l'efficacité. Il est par ailleurs interdit, dès l'entrée en vigueur de la loi, d'utiliser le terme «gratuit» comme outil marketing et promotionnel dans le cadre de la vente d'un produit alimentaire.

L'Autorité de la concurrence, suivie par la doctrine, a émis un avis très réservé sur le relèvement du SRP et l'encadrement en volume des promotions, et un avis négatif sur leur encadrement en valeur. L'Autorité craint que ces mesures ne produisent un effet inflationniste. Elle considère qu'une meilleure mise en œuvre du dispositif sanctionnant les pratiques commerciales restrictives et l'application des dispositions relatives à la contractualisation auraient été préférables. Certains économistes se sont également montrés critiques quant aux effets de ces mesures : ils doutent que le relèvement des marges des distributeurs produise un effet de ruissellement vers l'amont en faveur des agriculteurs et estiment qu'au contraire il risque de conduire à un détournement des clients des produits à marque de fabricant (MDF) vers les produits à marque de distribu-

teur (MDD), ce qui entraînera une pression à la baisse des prix des produits MDD dont 60 % sont d'origine française. Les premières études statistiques sur les conséquences de la loi EGalim montrent un effet inflationniste général limité, pouvant être élevé pour certains produits (4,8 % sur le Top 100, contre 0,1 % en général) avec une péréquation entre marques nationales (prix en hausse de 0,3 %) et MDD (- 0,3 %).

#### c. Contrôle des centrales de référencement et d'achat des distributeurs

**La loi EGalim donne la possibilité à l'Autorité de la concurrence de prendre de sa propre initiative des mesures conservatoires** pour tout accord conclu par une centrale de référencement ou une centrale d'achat si ce dernier est de nature à entraîner une atteinte sensible à la concurrence présentant un caractère suffisant de gravité (art. L. 462-10 C. com.).

#### d. Lutte contre les prix abusivement bas

**La loi EGalim a autorisé le Gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance pour modifier les dispositions de l'article L. 442-7 et élargir l'interdiction de céder à un prix abusivement bas aux produits agricoles et aux denrées alimentaires.** Intervenue le 24 avril 2019, l'ordonnance 2019-358 prévoit à l'article 1er la suppression des conditions relatives à l'existence d'une crise conjoncturelle et de forte hausse des matières premières et élargit le champ d'application à l'ensemble des produits agricoles et aux denrées alimentaires, avec, en vertu de l'article 2, une entrée en vigueur différée de quatre mois pour les contrats en cours d'exécution à la date de publication de l'ordonnance. L'Autorité de la concurrence s'est montrée sceptique quant à l'effectivité de la mesure et a rappelé l'importance des remèdes structurels en réponse aux problèmes de l'agriculture française comme le regroupement de l'offre des produits agricoles et le développement de la qualité de la production.

## 2. Ordonnance du 24 avril 2019 relative à la refonte du titre IV du Livre IV du Code de commerce.

La réforme la plus importante pour l'économie française en général résultant de la loi EGalim réside dans les dispositions de l'article 17 qui autorise le Gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure relevant du domaine de la loi pour modifier le droit de la négociation commerciale. A la suite de cette autorisation, la DGCCRF a diffusé et soumis à consultation deux projets d'ordonnance modifiant les règles de formalisation de la relation commerciale et le droit des pratiques restrictives et abusives du titre IV du Livre IV du Code de commerce, conformément à l'article 17 de la loi EGalim. Le 24 avril 2019, le Gouvernement a adopté l'ordonnance 2019-359 portant refonte du titre IV du Livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées. Ce texte a pour objectif de clarifier les dispositions applicables aux négociations commerciales, en supprimant notamment celles devenues inutiles, et de réorganiser le titre IV dans un plan chronologique et thématique de la relation commerciale.

L'article L. 441-1 est remanié, mais les conditions de vente ne font toujours pas partie du contenu des CGV. Il n'y aura désormais non plus trois mais deux régimes de convention unique : une convention unique de droit commun relativement souple, également applicable aux grossistes, et une convention particulière pour les produits de grande



consommation. Le texte n'apporte aucune modification significative des règles relatives à la facturation et aux délais de paiement.

Au lieu de la vingtaine de comportements figurant auparavant au sein du Code de commerce, l'Administration a recentré la réglementation autour de deux pratiques chapeaux, que sont « l'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné » (art. L. 442-1, I, 1<sup>o</sup>) et la soumission à un déséquilibre significatif (art. L. 442-1, I, 2<sup>o</sup>), et deux pratiques plus spécifiques, la rupture brutale de relations commerciales établies (art. L. 442-1, II) et la tierce complicité de violation d'obligations contractuelles (art. L. 442-2).

#### PLAN

Tant dans le cadre de la négociation commerciale que de celui des pratiques restrictives et abusives, la réforme réalise à la fois un assouplissement et à une simplification positive, mais à parfaire, de notre droit de la négociation commerciale :

- un assouplissement du droit de la transparence tarifaire ;
- une simplification du droit des pratiques restrictives.

##### a. Un assouplissement du droit de la transparence tarifaire

L'ordonnance assouplit l'obligation de communication des conditions générales de vente (CGV). Celle-ci est désormais limitée au seul cas où les CGV ont été établies. Ce changement majeur était souhaitable, l'activité de nombreuses entreprises étant incompatible avec le pré-établissement des conditions générales. Ces entreprises n'auront plus à démontrer en justice, lors d'une demande de communication, que leur activité ne se prête pas à l'établissement de CGV. Le texte allège également le contenu obligatoire des CGV en n'exigeant plus que les conditions de vente en fassent partie.

**Le régime de la convention écrite de droit commun ainsi que le calendrier de la négociation sont également plus souples que le cadre actuel, en opposition au régime plus sévère de la convention écrite applicable aux fournisseurs de produits de grande consommation (PGC).**

L'ordonnance met fidèlement en œuvre l'article 17, I, 2<sup>o</sup> de la loi EGalim en matière de clarification des règles de facturation en harmonisant les dispositions du Code de commerce avec celles du Code général des impôts. Elle substitue des sanctions administratives aux sanctions pénales.

Enfin, les dispositions relatives aux délais de paiement sont organisées de façon plus logique et compréhensible qu'auparavant.

L'ordonnance conserve l'obligation de communiquer dans les CGV la méthode de calcul du prix des prestations de services ou un devis détaillé. Ce maintien semble paradoxal par rapport à la liberté de ne pas communiquer de CGV si l'on n'en établit pas, précisément parce que le prix du service ne peut pas être déterminé a priori avec exactitude.

Le formalisme des conventions écrites demeure excessif même s'il a été assoupli pour la convention de droit commun.

Si le droit de la facturation a été aligné quant à la date d'émission sur le droit fiscal, l'ajout

de deux mentions supplémentaires assorties d'amendes potentiellement élevées ne paraît pas opportun alors que notre droit de la facturation est déjà très formaliste.

Enfin, la substitution de sanctions administratives aux sanctions judiciaires civiles, commerciales ou pénales, ne s'imposait pas nécessairement. Le fait que le même organe instruit, poursuit et sanctionne est difficile à justifier : il aurait été plus approprié que les litiges relatifs au non-respect par les entreprises des règles applicables à la transparence soit soumis par l'Administration aux tribunaux de commerce qui ont démontré leur capacité à juger rapidement et de manière efficiente les pratiques abusives poursuivies par la DGCCRF.

#### **b. Une simplification à parfaire du droit des pratiques restrictives**

**La simplification radicale du dispositif de l'ancien article L. 442-6 qui énumérait treize pratiques et cinq clauses interdites, qui se traduit par un recentrage autour de deux pratiques chapeaux, deux pratiques spécifiques et deux clauses interdites, est bienvenue.** De même, l'encadrement de la rupture des relations commerciales établies, dont les effets pervers ont été de maintes fois dénoncés, et le maintien du régime de la revente hors réseau, apparaissent opportuns. Du point de vue procédural, l'élargissement des options des victimes constitue aussi un point positif.

L'ordonnance aurait dû prévoir des dispositions transitoires, notamment pour l'application dans le temps du préavis de 18 mois qui met l'auteur de la rupture à l'abri d'une responsabilité pour rupture brutale de relations commerciales établies.

De nombreuses questions de fond restent également non résolues. L'encadrement du droit de la rupture des relations commerciales établies s'avère trop minimaliste : il aurait été plus efficient de prévoir un délai plafond de 12 ou 18 mois plutôt qu'un délai de 18 mois qui permet à l'auteur de la rupture de s'exonérer de sa responsabilité pour durée insuffisante de préavis, ce qui, en cas de préavis inférieur à 18 mois, risque de générer des demandes de préavis supérieur et d'engendrer une importante insécurité juridique. De même, tous les effets pervers du droit de la rupture de relations commerciales établies ne sont pas traités. Deux défauts majeurs subsistent. Une entreprise peut toujours bénéficier d'un long préavis et donc d'une indemnité compensatrice de préavis importante, même si elle s'est immédiatement reconvertie, ce qui est à la fois inéquitable et inefficace. Il faudrait impérativement que le délai de préavis tienne compte de la reconversion de la partie résiliée et qu'en l'absence de préjudice effectif du fait de la reconversion, aucune indemnisation d'un préjudice inexistant ne puisse être ordonnée.

En outre, le texte demeure applicable à des contrats, de distribution notamment, exécutés en-dehors du territoire français. En quoi le droit français des pratiques restrictives a-t-il vocation à s'appliquer de façon extraterritoriale et à protéger les cocontractants étrangers dans leurs relations avec les entreprises françaises ? Il aurait fallu prendre exemple sur le droit belge de la concession exclusive qui certes protège les distributeurs dont le contrat s'exécute sur le territoire belge mais n'est pas applicable lorsque le contrat de distribution s'exécute en-dehors de Belgique.

D'autres faiblesses de fond du droit des pratiques abusives demeurent, telles que la fragilité intrinsèque du fondement de l'action du ministre de l'Économie, que la jurisprudence fait reposer sur la protection de la structure du marché, ce qui peut la rendre in-

compatible avec le droit européen de la concurrence, le maintien d'une incrimination per se des prix imposés (art. L. 442-6) ou le contrôle des prix autorisé par la jurisprudence sur le déséquilibre significatif qui apparaît incompatible avec les règles de l'économie de marché. En matière agricole, la cascade d'indicateurs constitue certainement un formalisme excessif largement inapplicable en pratique et dont les effets pervers ne sont pas encore connus.

Notre droit de la négociation commerciale comme notre droit des affaires semble indéniablement avoir besoin d'un choc de simplification et d'efficacité. La doctrine a clairement mis en lumière la perte de compétitivité, d'attractivité et d'efficacité du droit français des affaires, aggravée par la récente réforme du droit des contrats. Le rapport au Président de la République dresse un diagnostic exact des contraintes excessives des conventions uniques et du droit de la rupture de relations commerciales établies mais n'en tire pas toutes les conséquences. L'assouplissement et la simplification du titre IV du Livre IV demeurent trop timides. Nos entreprises et notre pays ont besoin d'une réforme qui aille beaucoup plus loin et soit inspirée par une véritable doctrine.

## II. Commission d'examen des pratiques commerciales

Créée par la loi 2001-420 du 15 mai 2001 (art. L. 440-1 C. com.), la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) a pour mission la surveillance des pratiques commerciales, facturations et contrats entre producteurs, fournisseurs et revendeurs. Instance consultative, elle peut également donner des avis ou formuler des recommandations sur les questions, les documents commerciaux ou publicitaires et les pratiques commerciales entre producteurs, fournisseurs, revendeurs. Elle joue en outre un rôle d'observatoire des pratiques commerciales, des facturations et des contrats conclus entre producteurs, fournisseurs, revendeurs.

La CEPC est proche de la Commission des clauses abusives. Ses avis ou recommandations n'ont pas force obligatoire. En dépit d'un début d'activité difficile et de l'absence de caractère normatif attaché à ses avis, études et recommandations, les travaux de la CEPC exercent une certaine influence sur les relations commerciales. Les producteurs et les distributeurs s'y réfèrent pour étayer leurs points de vue ou contester les positions de leurs partenaires. Ses travaux alimentent également le débat doctrinal, administratif et législatif. Les limites du travail de la Commission résident dans le risque commercial susceptible de peser sur une partie en cas de saisine, ainsi que dans l'absence de publication d'une partie des avis rendus. L'expérience montre que les saisines horizontales (relations entre fournisseurs) tendent à l'emporter sur les saisines verticales (relations fournisseurs/distributeurs), qui avaient initialement justifié la création de la CEPC, et que les demandes d'avis émanent davantage des fournisseurs que de leurs organisations professionnelles.

### 1. Composition

Placée auprès du ministre de l'Économie (art. D. 440-1 du Code de commerce), la CEPC est composée (art. D-440-2 du Code de commerce) d'un député et d'un sénateur ainsi que de 24 membres titulaires (magistrats de l'ordre administratif ou judiciaire, représentants des secteurs de la production, représentants les grossistes et distributeurs, personnalités qualifiées).

S'agissant des représentants du monde de l'offre et de la demande, la Commission comprend un nombre égal de fournisseurs et revendeurs.

Les membres issus des juridictions, des secteurs de la production et de la distribution et les personnalités qualifiées sont nommés pour trois ans par arrêté conjoint du ministre chargé de l'Économie et ministre chargé du Commerce.

Les chambres d'examen de la Commission sont présidées par un magistrat et comprennent un nombre égal de représentants des producteurs et des distributeurs (art. D. 440-5). Le président de la Commission peut désigner un ou plusieurs rapporteurs en raison de leur compétence, le secrétariat de la Commission étant assuré par la DGCCRF (art. D. 440-6).

## 2. Saisine

La Commission peut être saisie (art. L. 440-1, IV) par :

- le ministre chargé de l'Économie ;
  - le ministre du secteur économique concerné ;
  - le président de l'Autorité de la concurrence ;
  - toute personne morale (notamment les organisations professionnelles ou syndicales, les associations de consommateurs, les chambres consulaires ou d'agriculture) ;
  - tout producteur, fournisseur, revendeur victime, c'est-à-dire «s'estimant lésé par une pratique commerciale» ;
  - les juridictions pour connaître son avis sur des pratiques prévues au titre IV du Livre IV du Code de commerce, relevées dans les affaires dont celles-ci sont saisies.
- La décision de consulter la Commission ne peut pas faire l'objet d'un recours. La Commission rend son avis dans un délai maximal de quatre mois à compter de la saisine.

Durant ce délai ou jusqu'à réception de l'avis, il est sursis à toute décision au fond jusqu'à réception de l'avis ou, à défaut, jusqu'à l'expiration du délai de quatre mois susmentionné. Des mesures urgentes ou conservatoires peuvent être prises le cas échéant. L'avis ne lie pas la juridiction et est publié après la décision rendue par la juridiction saisie pour avis.

Elle a également la faculté de se saisir d'office. La Commission assure, sous la responsabilité de son président, l'anonymat des saisines et des documents qui lui sont soumis, y compris vis-à-vis de ses membres (art. L. 440-1, I). Le président et le vice-président veillent à assurer l'anonymat de tous documents, rapports d'enquête et informations recueillies avant leur communication à la Commission (art. D. 440-11). A cette fin, le secrétariat de la Commission supprime toute mention nominative ou, le cas échéant, retire les pièces rendant identifiable une personne ou une entreprise (art. D. 440-11 *in fine*).

### 3. Procédure devant la Commission

La Commission entend les personnes et fonctionnaires, dont l'audition est utile à l'accomplissement de sa mission. Le président de la Commission peut en outre diligenter une enquête, effectuée par les agents habilités par les articles L. 450-1 du Code de commerce et L. 511-3 et suivants du Code de la consommation. Le compte-rendu de l'enquête remis au président préserve l'anonymat des personnes concernées.

### 4. Avis ou recommandation

La Commission rend un avis ou adopte une recommandation. L'avis porte notamment sur la conformité au droit de la pratique ou du document dont la Commission est saisie. En l'absence de précision, on peut considérer que l'appréciation s'effectue au regard de l'ensemble des règles, et non du seul droit de la concurrence. La recommandation peut concerner, au-delà des questions dont la Commission est saisie, toutes celles relevant de sa compétence, notamment relatives au développement des bonnes pratiques. Elle est communiquée au ministre de l'Économie et publiée à l'initiative de la Commission.

Les avis et recommandations de la Commission et des chambres appelées à se prononcer sont adoptés à la majorité de leurs membres présents. En cas de partage des voix, le président a voix prépondérante (art. D. 440-12 du Code de commerce). Conformément aux dispositions de l'article D. 440-8 du Code de commerce, les avis adoptés par la CEPC ne sont publiés que sur décision de la Commission. En 2016, elle tenu 6 séances plénières et 7 séances en groupe de travail et adopté 19 avis qui ont tous été rendus publics. En 2017, la Commission a tenu 6 séances plénières et réunions en groupe de travail et adopté 13 avis, tous publiés. L'on constate ces dernières années une publication systématique des avis ce qui n'était pas le cas auparavant (en 2015, la Commission avait émis 28 avis dont seulement 17 avaient été rendus publics).

### 5. Rapport d'activité

Chaque année la Commission établit un rapport d'activité rendu public. Il existe un décalage entre l'année d'activité et la publication du rapport. Ainsi, le rapport pour l'année 2017 a été adopté le 20 septembre 2018. Depuis la loi Dutreil du 2 août 2005, ce rapport doit comprendre une analyse détaillée du nombre et de la nature des infractions aux dispositions du titre IV ayant fait l'objet de sanctions administratives ou pénales ainsi que les décisions rendues en matière civile sur les opérations engageant la responsabilité de leurs auteurs.

## III. Pouvoirs spéciaux de l'Administration

### PLAN

Pour mettre en œuvre le droit de la négociation commerciale, le législateur a doté l'Administration de pouvoirs spéciaux :

- la transaction ;
- la composition pénale et l'ordonnance pénale ;
- les pouvoirs spéciaux du ministre de l'Économie ;
- le pouvoir d'injonction et de sanction administrative.

### A. Transaction

Tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation peut transiger, après un accord du procureur de la République. Aux termes de l'article L. 490-5 du Code de commerce, la transaction concerne les délits prévus au titre IV du Livre IV du Code de commerce pour lesquels une peine d'emprisonnement n'est pas encourue (par exemple les infractions aux règles de la revente à perte ou des prix imposés). L'autorisation du procureur de la République a pour effet d'interrompre la prescription de l'action publique. Celle-ci est éteinte lorsque l'auteur de l'infraction exécute dans le délai imparti les obligations fixées dans la transaction. Les modalités de la procédure sont exposées aux articles R. 490-9 et R. 490-10 du Code de commerce.

Pour le système juridique, la transaction n'est pas sans risque : favorisant l'opacité et l'arbitraire des décisions, elle peut conduire à la rupture de l'égalité devant la loi.

### B. Composition pénale et ordonnance pénale

Aux termes de l'article L. 490-6 du Code de commerce, la composition pénale de l'article 41-2 du Code de procédure pénale est autorisée pour les personnes morales qui reconnaissent avoir commis un ou plusieurs délits pour lesquels aucune peine d'emprisonnement n'est encourue. Elle s'apparente à une transaction, et est organisée par le Parquet. La procédure de composition (proposition du Parquet, approbation de la personne mise en cause dans les dix jours, réparation du préjudice de la victime dans un délai de six mois, requête en homologation au juge, audience, ordonnance, exécution, voire retour à la procédure classique en cas d'inexécution) s'avère tout aussi complexe que la procédure correctionnelle classique. Aussi a-t-il été prévu de recourir à la procédure simplifiée d'ordonnance pénale, procédure expéditive, unilatérale et non contradictoire conduisant au prononcé d'une ordonnance susceptible d'opposition dans les 45 jours (art. 495 s. C. pr. pén.).

### C. Pouvoirs spéciaux du ministre de l'Économie

Le ministre de l'Économie est investi d'importants pouvoirs spéciaux en matière d'infractions économiques. L'article L. 490-8 du Code de commerce lui reconnaît la faculté de déposer des conclusions et de les développer oralement à l'audience, ainsi que celle de produire des procès-verbaux et des rapports d'audience. En matière de transparence tarifaire et de pratiques restrictives de concurrence, seul l'article L. 442-4, relatif à des cas d'abus de dépendance *per se* et à un certain nombre de nullités, mentionne le ministre au titre des personnes titulaires du droit d'agir. **Au-delà des pratiques visées par l'article L. 442-4, le Ministre peut intervenir sur le fondement de l'article L. 490-8 quelle que soit la pratique restrictive ou la règle de transparence concernée.** Ces prérogatives relèvent de la protection générale d'un ordre public économique fondé sur la liberté des prix et de la concurrence. Le ministre ne peut dès lors se voir opposer toutes les règles processuelles ordinairement applicables aux parties à l'instance. Ainsi, lorsqu'il exerce l'action prévue par l'article L. 442-4 et les voies de recours y afférentes, il est dispensé de représentation par un avocat (art. R. 442-1 C. com.). La même règle vaut lorsqu'il intervient sur le fondement de l'article L. 490-8 du Code de commerce (art. R. 490-1 C. com.). Son intervention doit en revanche, selon la règle de procédure civile, présenter un

lien suffisant avec les prétentions des parties et suit le sort de l'action principale en cas d'irrecevabilité de cette dernière.

La question de la compétence d'attribution se pose, lorsque la pratique poursuivie met en cause un commerçant et un non-commerçant. En effet, le ministre peut, en principe, saisir au choix la juridiction civile ou commerciale, conformément à la théorie dite de l'acte mixte. Néanmoins, certaines décisions ont estimé qu'agissant en lieu et place de la victime, la faculté de choix de la juridiction ne lui appartenait pas. En réalité, la détermination de la juridiction compétente *ratione materiae* est fonction de la qualité des opérateurs économiques en cause. Si la victime est la partie non commerçante, le ministre peut agir indifféremment devant l'une ou l'autre des juridictions ; en revanche, si elle est la partie commerçante, l'action ne peut être introduite que devant la juridiction commerciale. Ainsi, dans le cadre des relations producteurs/distributeurs, l'action du ministre de l'Économie sur le fondement de l'article L. 442-4 est de la compétence du tribunal de commerce. Le fait que l'action du ministre soit aujourd'hui considérée comme autonome ne devrait pas remettre en cause cette règle.

**Le ministre de l'Économie peut demander la cessation des pratiques visées ou la nullité des clauses ou contrats illicites. Il peut aussi agir en responsabilité, obtenir la répétition de l'indu et le prononcé d'une amende civile qui peut s'élever à 5 millions d'euro, être fixée au triple des sommes indûment versées et même être portée à 5 % du chiffre d'affaires de l'entreprise contrevenante, ou au triple des avantages tirés du manquement (art. L. 442-4).** L'ordre public de protection semble ici clairement céder la place à l'ordre public de direction. Ces dispositions ont donné lieu à des décisions de justice largement médiatisées ordonnant le remboursement par certains grands distributeurs de sommes indûment perçues au détriment de leurs fournisseurs. De même, la nature de l'action du ministre de l'Économie et sa faculté d'agir en l'absence ou même contre la volonté des fournisseurs, victimes de pratiques abusives de distributeurs, a fait l'objet d'une importante controverse jurisprudentielle à laquelle la Cour de cassation a mis fin en disant pour droit que l'action du ministre constitue une action autonome, et non de substitution, qui vise à la protection du marché et de la concurrence, et n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs. Ultérieurement, le Conseil constitutionnel a néanmoins précisé que lorsqu'il agit en nullité des conventions, le ministre doit informer les fournisseurs de l'exercice de son action. L'article L. 442-4 dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 24 avril 2019 consacre cette solution en précisant que «les victimes de ces pratiques sont informées, par tous moyens, de l'introduction de cette action en justice».

#### **D. Pouvoir d'injonction et amendes administratives**

L'article L. 470-1 du Code de commerce consacre, tout d'abord, le pouvoir d'injonction de la DGCCRF : les agents habilités au sens de l'article L. 450-1, II peuvent désormais, «après une procédure contradictoire, enjoindre à tout professionnel, en lui impartissant un délai raisonnable, de se conformer à ses obligations, de cesser tout agissement illicite ou de supprimer toute clause illicite». Le texte confère ensuite à «l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation» le pouvoir de prononcer les «amendes administratives sanctionnant les manquements mentionnés

au titre IV», ainsi que l'inexécution des mesures d'injonction. Lorsque le professionnel n'a pas déféré dans le délai imparti à une injonction qui lui a été notifiée «à raison d'une infraction ou d'un manquement passible d'une amende administrative», l'Administration peut prononcer à son encontre une amende administrative d'un montant maximal de 3 000 euro pour une personne physique et de 15 000 euro pour une personne morale.

La loi semble ainsi limiter la condamnation à une amende administrative pour non-respect d'une injonction à l'hypothèse où celle-ci porte sur une infraction susceptible de faire elle-même l'objet d'une amende administrative. Quel sera l'effet utile d'une injonction portant sur une infraction ou un manquement qui n'est pas expressément sanctionné ? Le décret 2014-1109 du 30 septembre 2014, qui devait adapter le régime des sanctions ne règle malheureusement pas la question.

Selon l'article L. 470-2, les manquements sanctionnés doivent faire l'objet d'un procès-verbal et la personne mise en cause doit être informée de l'existence d'une procédure à son encontre et de la possibilité qu'elle a de se faire assister par le conseil de son choix. Elle a, à compter de cette information, soixante jours pour présenter ses observations écrites ou orales mais doit également être mise en mesure de prendre connaissance des pièces du dossier. Passé ce délai, l'autorité administrative peut, par décision motivée, prononcer l'amende. Il peut être prononcé autant d'amendes que d'infractions individuelles constatées. L'action de l'Administration se prescrit par trois années à compter du jour où le manquement a été commis, si, dans ce délai, aucun acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction de ce manquement n'a été réalisé.

**Sont passibles d'une amende administrative ne pouvant excéder 15 000 euro pour une personne physique et 75 000 euro pour une personne morale :**

- la violation de l'obligation de communication des conditions générales de vente prévue par l'article L. 441-1 du Code de commerce ;
- la violation de l'interdiction de bénéficier de remises, rabais et ristournes pour l'achat de fruits et légumes frais prévue à l'article L. 443-2, II du Code de commerce ;
- la violation de l'obligation de présenter un bon de commande ou un contrat pour les fruits et légumes frais destinés à la vente ou à la revente à un professionnel établi en France prévue à l'article L. 443-3 du Code de commerce.

**Sont passibles d'une amende administrative qui ne peut excéder 75 000 euro pour une personne physique et 375 000 euro pour une personne morale :**

- le fait de ne pas respecter les règles de facturation de l'article L. 441-9 du Code de commerce ;
- le fait de ne pas conclure dans les délais prévus une convention satisfaisant aux exigences de l'article L. 441-3 du Code de commerce ;
- le fait de ne pas conclure une clause de renégociation conforme à l'article L. 441-8 du Code de commerce, de ne pas respecter ses prescriptions, ou de porter atteinte au cours de la renégociation aux secrets de fabrication ou au secret des affaires.



Sont passibles d'une amende administrative qui ne peut excéder 75 000 euro pour une personne physique et 2 millions d'euro pour une personne morale :

- la violation des dispositions relatives aux délais et aux modalités de computation des délais prévues à l'article L. 441-10 du Code de commerce, ainsi que toutes clauses ou pratiques ayant pour effet de retarder abusivement le point de départ des délais de paiement ;
- le fait de ne pas respecter, le cas échéant, le délai supplétif de 30 jours ;
- le fait de ne pas respecter les délais contractuels maximums de 45 jours fin de mois ou 60 jours date d'émission de la facture, ou le délai de 45 jours date de facture en cas des factures périodiques ;
- le fait de ne pas respecter le délai de 30 jours prévu pour le secteur des transports ;
- le fait de ne pas indiquer dans les conditions de règlement les mentions figurant à l'article L. 441-10, II du Code de commerce ;
- le fait de fixer un taux ou des conditions d'exigibilité des pénalités de retard selon des modalités non conformes à ce même alinéa ;
- le fait de ne pas respecter les modalités de computation des délais de paiement convenues entre les parties conformément au deuxième, troisième et quatrième alinéas du I de l'article L. 441-10 ;
- les manquements aux dispositions de l'article L. 441-11, II du Code de commerce relatif aux délais de paiement pour les denrées alimentaires périssables.

Le montant maximal encouru est doublé en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive. Doit-on en déduire que l'Administration tiendra un «casier administratif» des condamnations prononcées ? Le décret pris en application de l'article L. 470-2 est resté muet sur cette éventualité. La décision infligeant la sanction administrative peut être publiée par voie de presse, électronique ou d'affichage. La publication peut porter sur tout ou partie de la décision. Elle peut prendre la forme d'un communiqué portant à la connaissance du public les motifs et le dispositif de la décision. La diffusion de la décision est faite au Journal Officiel, par un ou plusieurs organes de presse, ou un ou plusieurs services de communication au public par voie électronique. La publication de la décision présente un caractère obligatoire, quelle que soit l'infraction sanctionnée, depuis l'ordonnance du 24 avril 2019 (art. L. 442-4, II).

La décision prononçant l'injonction comme celle infligeant la sanction administrative peuvent être contestées devant le ministre de l'Économie par la personne qui en fait l'objet, ce recours étant exclusif de tout autre recours hiérarchique (C. com., art. R. 470-1 et R. 470-2, II).

#### PLAN

Le droit de la négociation commerciale est constitué de deux catégories de règles :

- la transparence tarifaire (Chapitre 1) ;

- les pratiques restrictives et abusives (Chapitre 2).

## CHAPITRE 1 **Transparence tarifaire**

---

### INTRODUCTION

---

#### SECTION 1

### **Conditions générales de vente**

#### I. Obligation de communication

- A. Parties
- B. D'une obligation inconditionnelle à une obligation limitée
- C. Obligation de communication spontanée dans le cadre de la convention écrite

#### II. Objet de la communication

- A. Conditions de vente différenciées
- B. Conditions particulières de vente
- C. Réductions de prix
- D. Conditions de règlement
- E. Conditions générales de vente/Conditions générales d'achat

#### III. Forme de la communication

#### IV. Sanctions du défaut de communication

- A. Sanction administrative
- B. Sanction civile

#### SECTION 2

### **Convention écrite**

#### I. Conditions de forme

- A. Convention écrite de droit commun
- B. Convention écrite relative aux produits de grande consommation
- C. Convention écrite dans le cadre d'une sous-traitance

#### II. Conditions de fond

- A. Conditions de l'opération de vente
- B. Prix convenu
- C. Services de coopération commerciale
- D. Rémunération des services rendus
- E. Obligations destinées à favoriser la relation commerciale
- F. Clause de renégociation

#### SECTION 3

### **Facturation**

#### I. Obligation du vendeur de délivrer une facture conforme

- A. Champ d'application *ratione personae*
- B. Champ d'application *ratione materiae*
- C. Champ d'application *ratione loci*

#### II. Obligation de l'acheteur de réclamer une facture conforme

### III. Obligation de délivrance immédiate de la facture

#### IV. Formalisme

- A. Dénomination précise du produit ou du service
- B. Prix unitaire hors taxe
- C. Réductions de prix acquises directement liées à la vente ou à la prestation de services
- D. Escomptes assimilables à une réduction
- E. Conditions de règlement

#### **SECTION 4**

### **Délais de paiement**

#### I. Délais de paiement maximum

- A. Délais de droit commun
- B. Dérogations sectorielles
- C. Dispositions spécifiques aux produits alimentaires périssables
- D. Dispositions spécifiques aux marchés publics
- E. Dispositions spécifiques au transport routier de marchandises

#### II. Pénalités de retard

#### III. Sanctions

#### **SECTION 5**

### **Règles spécifiques aux produits agricoles périssables**

## CHAPITRE I **Transparence tarifaire**

### INTRODUCTION

L'exigence de transparence est apparue concomitamment à la réglementation des pratiques discriminatoires. Afin que le commerçant sache s'il est victime d'une discrimination par rapport aux opérateurs placés dans la même situation, le législateur a imposé la transparence tarifaire (L. 73-1193 du 27 décembre 1973). Le droit de la transparence conditionnait au départ la mise en œuvre des règles relatives aux pratiques restrictives avant que celles-ci ne prennent leur autonomie avec la consécration de l'abus de dépendance.

Placée sous le signe de la libre concurrence, la réglementation en vigueur cherche à garantir la transparence des transactions aux différents moments de la relation commerciale. Ainsi, tout acheteur doit pouvoir effectuer son choix en connaissance de cause, notamment en se faisant communiquer les prix et conditions générales de vente des différents offreurs (art. L. 441-1). Pour que l'accord des parties puisse être constaté, une facture doit être établie dans le respect des prescriptions légales, afin de déterminer le contenu de la relation contractuelle (art. L. 441-9).

La libéralisation progressive des parties les plus importantes du droit des pratiques restrictives n'a pas fondamentalement remis en cause le droit de la transparence. Ainsi, l'assouplissement du droit de la revente à perte qui permet de tenir compte des avantages sur facture et hors facture pour abaisser le seuil de revente à perte n'a pas modifié le formalisme des mentions sur facture.

Curieusement, bien que la loi LME ait supprimé l'interdiction *per se* des pratiques discriminatoires, elle a maintenu en vigueur l'ensemble du droit de la transparence tarifaire. Le maintien d'une obligation de transparence s'explique principalement aujourd'hui par la volonté des fournisseurs de faire des conditions générales de vente la base des négociations commerciales et d'encadrer, grâce à elles, les délais et conditions de paiement.

#### PLAN

La transparence tarifaire est assurée par les règles qui régissent :

- les conditions générales de vente ;
- la convention écrite ;
- la facturation ;
- les délais de paiement ;
- spécifiquement, les produits agricoles périssables.

## SECTION 1

**Conditions générales de vente**

## PLAN

Nous distinguerons :

- l'obligation de communication ;
- l'objet de la communication ;
- la forme de la communication ;
- les sanctions du défaut de communication.

**I. Obligation de communication**

## PLAN

Pour déterminer la portée de l'obligation de communication, il convient :

- d'identifier ses débiteurs et créanciers ;
- de définir sa nature ;
- d'apprécier son contenu en cas de convention écrite.

**A. Parties**

## A RETENIR

Selon la conception retenue par notre droit de la négociation commerciale, la transparence des transactions commerciales suppose de permettre à l'acheteur potentiel de connaître le contenu et de comparer les offres des vendeurs avant d'opérer un choix. Aussi, l'article L. 441-1 impose-t-il à toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services la communication de ses conditions générales de vente (CGV), s'il en établit, à l'acheteur qui en fait la demande pour une activité professionnelle.

**Les débiteurs de l'obligation de communication sont les personnes exerçant une activité de production, de distribution ou de services, qui établissent des CGV.** L'ordonnance 2019-359 du 24 avril 2019 a sensiblement modifié l'obligation de communication. En effet, auparavant, tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur était tenu de communiquer ses CGV à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestation de services qui en faisait la demande pour une activité professionnelle. Il n'était pas obligatoire d'établir des CGV mais il était exigé de les communiquer sur demande, ce qui s'apparentait à une obligation d'établissement en cas de demande. Cette obligation a donné lieu à de nombreux contentieux à l'encontre des opérateurs économiques qui ne souhaitaient pas ou ne pouvaient pas communiquer leurs CGV. Depuis le 26 avril 2019, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance 2019-359, l'entreprise qui n'établit pas de CGV n'est plus tenue de les communiquer même en cas de demande expresse.

**Les créanciers sont les acheteurs, qui agissent dans le cadre de leur activité professionnelle.** La notion d'acheteurs professionnels ne se limite pas à la qualité de revendeurs

mais elle n'englobe pas pour autant les concurrents non-acheteurs, qui invoqueraient le bénéfice de la communication indépendamment de tout besoin professionnel. L'acheteur doit-il toutefois être forcément un client actuel ? Les juges du fond s'opposent sur la réponse à apporter à cette question. Alors que la jurisprudence traditionnelle se contentait de relations potentielles, des décisions plus récentes exigent désormais l'existence de relations commerciales actuelles. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a récemment validé le refus de communication opposé par la tête d'un réseau de distribution sélective à un revendeur non agréé, dès lors que ce dernier ne peut pour cette raison être acheteur des produits contractuels.

### **B. D'une obligation inconditionnelle à une obligation limitée**

Avant l'ordonnance du 24 avril 2019, l'absence de barèmes ou de conditions générales préétablis ne permettait pas de se soustraire à une demande de communication régulière des conditions de remises et ristournes effectivement pratiquées. L'obligation de communication s'imposait de manière absolue au producteur qui engageait sa responsabilité s'il s'y opposait ou l'exécutait volontairement de manière incomplète. Aucun fait justificatif ne l'en dispensait, pas même, aux yeux de la jurisprudence la plus sévère, la mauvaise foi du demandeur. Le juge a cependant fini par consacrer quelques exceptions limitées, comme l'impossibilité pratique d'établir de telles conditions, compte tenu de la nature des produits ou services concernés ou encore l'impossibilité juridique pour le demandeur d'être acheteur des biens concernés.

#### **A RETENIR**

Le nouvel article L. 441-1 remet en question le caractère inconditionnel de l'obligation de communiquer les conditions générales de vente puisqu'il limite celle-ci aux opérateurs qui en ont établi.

Ce changement est bienvenu d'autant que l'activité de nombreuses entreprises est incompatible avec le pré-établissement de conditions générales. Il est opportun que ces entreprises ne soient plus contraintes de démontrer en justice que leur activité ne se prête pas à l'établissement de CGV en cas de demande de communication. Il demeure cependant une incohérence dans le texte du Code de commerce. En effet, l'ordonnance a conservé l'exigence selon laquelle «lorsque le prix d'un service ne peut être déterminé a priori ou indiqué avec exactitude, le prestataire de services est tenu de communiquer au destinataire qui en fait la demande la méthode de calcul du prix permettant de vérifier ce dernier, ou un devis suffisamment détaillé». Cette disposition existait déjà sous l'empire du droit antérieur mais semblait être tombée en désuétude. Elle était en effet déjà contraire à la jurisprudence dominante écartant l'obligation de communication des CGV lorsque les prestations demandées relèvent d'offres sur mesure ne se prêtant pas au pré-établissement de conditions générales. Son maintien apparaît d'autant plus illogique que le nouveau droit des CGV a limité l'obligation de communication sur demande des CGV à l'hypothèse dans laquelle la personne concernée en établit. Il est paradoxal de conférer une liberté de ne pas communiquer de CGV si l'on n'en établit pas, notamment parce que le prix du service ne peut être déterminé a priori ou indiqué avec exactitude, et d'obliger néanmoins le prestataire de services à communiquer dans ce cas au destinataire

qui en fait la demande la méthode de calcul de prix permettant de vérifier ce dernier, ou un devis suffisamment détaillé. Le dernier alinéa du nouvel article L. 441-1, III devrait donc être abrogé, comme l'ont demandé plusieurs répondants à la consultation qui a précédé l'adoption de l'ordonnance du 24 avril 2019.

Au-delà de la contradiction intrinsèque de l'article L. 441-1, III in fine avec la liberté reconnue à l'article L. 441-1, II, d'obliger tout prestataire de services à communiquer à tout destinataire qui en fait la demande dans les rapports B to B, l'obligation de communiquer la méthode de calcul du prix ou un devis suffisamment détaillé institue une charge très lourde qui se comprend dans les rapports entre professionnels et consommateurs ou non professionnels, mais non dans les relations B to B. La formulation donne à penser que la fourniture du devis est obligatoire. Or, un devis est juridiquement une promesse unilatérale de contrat d'entreprise à titre onéreux en cas de prestation spécifique ou une offre en cas de prestation standardisée. La disposition aboutit à réinstaurer une interdiction du refus de vente en matière de prestation de services entre professionnels alors que le refus de vente entre professionnels a été abrogé depuis 1996 et que la jurisprudence a reconnu la validité du refus de communication des CGV lorsque le destinataire pouvait légitimement faire l'objet d'un refus de vente ou d'agrément.

### C. Obligation de communication spontanée dans le cadre de la convention écrite

Si la communication des CGV sur demande d'un acheteur n'est obligatoire que si le destinataire de la demande en a établi, le texte pourrait laisser penser que les fournisseurs relevant de l'obligation d'établir une convention écrite avec leurs distributeurs en vertu de l'article L. 441-3 du Code de commerce sont contraints d'établir des CGV qu'ils ont l'obligation de communiquer à leurs distributeurs. En effet, afin de garantir que la négociation commerciale se fonde sur les conditions générales de vente du fournisseur, «socle unique» de la négociation, et qu'elle se déroule aussi rapidement que possible en évitant les communications tardives, l'article L. 441-3 qui régit la convention de droit commun prévoit une communication dans un délai raisonnable avant le 1er mars ou, pour les produits ou services soumis à un cycle de commercialisation particulier, avant le point de départ de la période de commercialisation. L'article L. 441-4 relatif à la convention pour les produits de grande consommation pose une règle plus stricte.

Cependant, l'Administration a interprété cette règle de manière favorable aux fournisseurs et considère que cette disposition n'a pas pour objet de rendre obligatoire l'établissement de CGV même si leur rédaction reste vivement recommandée.

#### A RETENIR

En revanche, si des CGV ont été établies, l'Administration impose qu'elles soient communiquées spontanément par les fournisseurs tenus à l'établissement d'une convention écrite.

En effet, le fournisseur défaillant s'expose au risque de se voir imputer la responsabilité de l'absence de conclusion d'une convention écrite dans les délais impartis ou reprocher d'avoir conclu une convention écrite non conforme à l'article L. 441-3 ou L. 441-4 du Code de commerce. Dans les deux cas, le fournisseur défaillant encourt une amende ad-



ministrative dont le montant ne peut excéder 75 000 euro pour une personne physique et 375 000 euro pour une personne morale (art. L. 441-6).

## II. Objet de la communication

L'article L. 441-1 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 24 avril 2019, dispose : «Les conditions générales de vente comprennent notamment les conditions de règlement ainsi que les éléments de détermination du prix tels que le barème des prix unitaires et les éventuelles réductions de prix».

Pour les CGV relatives aux produits alimentaires comportant un ou plusieurs produits agricoles, lorsque les indicateurs de coûts et de prix prévus au Code rural existent, ces indicateurs doivent à la fois faire l'objet d'une référence et d'une explication quant à la façon dont il en est tenu compte pour la détermination du prix dans les CGV, ce qui constitue un formalisme non seulement extrêmement lourd mais difficile à mettre en œuvre en pratique. Le texte définit précisément le contenu des conditions générales de vente tout en laissant la possibilité d'y inclure d'autres éléments comme les conditions de vente dès lors qu'elles ont été établies. Enfin, les CGV constituent le «socle unique» de la négociation commerciale, la loi consacre le principe de l'antériorité des conditions générales de vente sur les conditions particulières et les conditions générales d'achat (art. L. 441-1, III).

### PLAN

L'analyse du contenu et de la portée des CGV implique d'examiner successivement :

- les conditions de vente différenciées ;
- les conditions particulières de vente ;
- les réductions de prix ;
- les conditions de règlement ;
- les relations entre conditions générales de vente et conditions générales d'achat.

## A. Conditions de vente différenciées

### A RETENIR

Depuis que la loi LME a consacré la libre négociabilité des conditions générales de vente, les conditions générales de vente peuvent être différenciées selon les catégories d'acheteurs de produits ou de prestations de services (art. L. 441-11, II, al. 2). L'obligation de communication ne concerne, dans cette hypothèse, que les acheteurs ou demandeurs d'une même catégorie, à condition toutefois que le fournisseur soit en mesure de justifier des critères selon lesquels il a défini ses catégories d'acheteurs et établisse que, selon ces critères, le demandeur n'appartient pas à la catégorie concernée.

Le recours aux conditions catégorielles de vente ne doit naturellement pas être abusif. Tel serait le cas si des CGV catégorielles étaient rédigées pour une enseigne ou un client. Une

catégorie ne saurait être constituée d'un opérateur particulier. En revanche, il est possible de prévoir des CGV catégorielles même si le fournisseur n'a qu'un seul client de cette catégorie. Cependant, la jurisprudence s'est montrée assez rigoureuse en considérant qu'un fournisseur «ne peut refuser à un acheteur la communication des conditions générales de vente applicables à une catégorie de clientèle que s'il établit, selon des critères objectifs, que cet acheteur n'appartient pas à la catégorie concernée». Il est par ailleurs admis d'appliquer, pour un même groupe, des CGV catégorielles différentes selon l'appartenance des différentes entités de ce groupe à des catégories différentes, par exemple des CGV Grandes et moyennes surfaces et des CGV Magasins de proximité. Selon la Cour d'appel de Paris, le chiffre d'affaires réalisé avec une catégorie d'acheteurs, la nature de leur clientèle, mode de distribution, le secteur d'activité et la destination finale du produit peuvent justifier une différenciation des conditions de vente.

La différenciation des conditions générales rencontre cependant certaines limites. Ainsi, sa reconnaissance par le droit des pratiques restrictives n'entraîne pas nécessairement sa légitimité au regard du droit des pratiques anticoncurrentielles.

## B. Conditions particulières de vente

### A RETENIR

La loi Dutreil avait prévu la possibilité de convenir de conditions particulières de vente (CPV) au sein d'une même catégorie d'acheteurs, justifiées par la spécificité des services rendus et non soumises à l'obligation de communication. Pour favoriser la liberté de négociation entre les parties, la loi LME avait supprimé du texte de l'ancien article L. 441-6 l'obligation de justifier les conditions particulières de vente par des services spécifiquement rendus. L'ordonnance du 24 avril 2019 conserve ce régime (art. L. 441-1, III, al. 1).

Est-ce à dire que les conditions particulières de vente pourraient être fixées librement, de façon totalement dérogoire aux conditions générales, sans limite ni justification ? La prudence impose de prévoir une contrepartie aux CPV. D'abord, il apparaît préférable que les CPV soient, de façon générale, justifiées par une contrepartie dès lors que toute convention doit, pour être valable, avoir une cause au sens du droit civil (pour les contrats antérieurs au 1er octobre 2016) ou un contenu licite et certain (depuis la réforme du droit des contrats applicable aux contrats conclus à compter du 1er octobre 2016) et qu'en outre, des accords dérogoires dépourvus de justification peuvent caractériser un abus de dépendance. Ensuite, l'article L. 441-3 exige que soient mentionnés «la rémunération des obligations ainsi que les produits ou services auxquels elle se rapporte et la rémunération globale afférente à l'ensemble de ces obligations».

L'essor du contrôle des clauses et des comportements qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties doit par ailleurs conduire à une prudence renforcée en matière de CPV. En pratique, il faut d'autant plus prévoir une contrepartie que la jurisprudence autorise désormais les juges à contrôler le caractère abusif des clauses relatives à la détermination du prix puisqu'elle considère que «le principe de la libre négociabilité n'est pas sans limite et que l'absence de contrepartie ou de justification aux obligations prises par les cocontractants, même lorsque ces obligations n'entrent pas

dans la catégorie des services de coopération commerciale, peut être sanctionnée au titre de l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce, dès lors qu'elle procède «d'une soumission ou tentative de soumission et conduit à un déséquilibre significatif». La Cour de cassation requiert clairement dans sa jurisprudence la plus récente une contrepartie à toute réduction de prix. Cette interprétation a été validée par le Conseil constitutionnel. En outre, la jurisprudence procède déjà depuis des années à un contrôle des contreparties aux réductions de prix au-delà du seul contrôle de la coopération sur le fondement d'une interprétation extensive des dispositions de l'ancien article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce validée par le nouvel article L. 442-1, dans sa rédaction issue de l'ordonnance 2019-359, qui sanctionne l'obtention ou la tentative d'obtention «de l'autre partie (d') un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie».

Enfin, les pratiques discriminatoires mises en œuvre par des entreprises titulaires d'une part de marché située au-delà du seuil d'exemption de 30 % fixé par le règlement 330-2010 (qui sert de guide d'analyse en droit interne) peuvent tomber sous le coup de la prohibition des ententes, voire constituer un abus de position dominante.

### C. Réductions de prix

#### A RETENIR

Il est admis de façon classique par la jurisprudence que les rabais, remises et ristournes que le producteur est prêt à consentir à ses clients, en rémunération des économies d'échelle qu'il réalise (ex. : remises par palier de chiffre d'affaires, remises de progression...), entrent dans le champ d'application de l'obligation de communication des conditions générales de vente.

En effet, les rabais et ristournes consentis, même à titre occasionnel, font partie, selon un usage professionnel, des informations communiquées aux distributeurs dans un souci de transparence. L'article L. 441-1, I, du Code de commerce rappelle que les CGV comprennent «les éventuelles réductions de prix». Cependant, l'obligation de communication ne concerne pas les rémunérations hors facture qui sont octroyées en vertu d'un accord de commercialisation, à titre occasionnel, en rémunération d'engagements commerciaux.

### D. Conditions de règlement

#### A RETENIR

L'article L. 441-1 du Code de commerce impose au fournisseur de communiquer avec ses CGV «les conditions de règlement». Il s'agit principalement des délais de paiement et conditions d'application des pénalités de retard et du taux d'intérêt de ces pénalités.

Les parties sont toutefois extrêmement contraintes à cet égard car, conformément au droit européen, les délais de paiement sont plafonnés et le taux d'intérêt des pénalités de retard est soumis à un niveau minimum.

En effet, la Commission a adopté, en 2000, une directive concernant la lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales, qu'elle a modifiée et remplacée

en 2011. La directive 2011-7 s'applique à tous les paiements effectués en rémunération des transactions commerciales (art. 1), c'est-à-dire de toutes les opérations entre entreprises ou entre entreprises et pouvoirs publics conduisant à la fourniture de marchandises ou à la prestation de services contre rémunération (art. 2). Tout dépassement de délais de paiement contractuels ou légaux constitue un retard de paiement. Le texte tend à lutter contre la pratique du « crédit-fournisseur », lorsque celui-ci est abusivement imposé aux fournisseurs ou sous-traitants (sur les conditions manifestement abusives : art. 3, paragr. 5 et 7). Les États membres doivent veiller à l'exigibilité d'intérêts de retard (art. 3) et à la mise en place de procédures de recours rapides et efficaces pour les créanciers (art. 10). Selon la Cour de justice, la directive 2011-7 ne s'oppose pas pour autant à une réglementation nationale qui permet au créancier, après la conclusion du contrat, de renoncer à exiger les intérêts pour retard de paiement et l'indemnisation pour frais de recouvrement en contrepartie du paiement immédiat du montant principal de créances exigibles, sous réserve qu'une telle renonciation soit librement consentie. Les États membres doivent également prévoir, dans le respect du droit national et du droit international privé, une réserve de propriété en faveur du vendeur jusqu'au paiement intégral (art. 9). Une procédure d'acceptation ou de vérification, permettant de certifier la conformité des marchandises ou des services avec le contrat, peut être prévue. Dans ce cas, le délai de paiement ne devra pas excéder trente jours après la date de réception des marchandises ou de prestation des services (art. 3, paragr. 4).

L'article L. 441-10, II du Code de commerce prévoit que les conditions de règlement qui doivent être mentionnées dans les CGV au titre de l'article L. 441-1, I du Code de commerce, précisent :

- les conditions d'application et le taux des pénalités de retard exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture ;
- le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement due au créancier dans le cas où les sommes sont réglées en retard par rapport à la date de règlement figurant sur la facture.

Sauf disposition contraire, qui ne peut toutefois fixer un taux inférieur à trois fois le taux légal, ce taux est égal au taux de la Banque centrale européenne, majoré de 10 points de pourcentage. L'article D. 441-5 du Code de commerce fixe le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement à 40 euro. Enfin, pour éviter le contournement des délais de paiement maximaux par le recours à des procédures d'acceptation ou de vérification permettant de certifier la conformité des marchandises ou des services au contrat, le texte dispose que la durée de la procédure ne doit pas excéder trente jours à compter de la date de réception des marchandises ou de réalisation de la prestation de services. De façon encore plus contraignante il est prévu que la procédure de vérification ou d'acceptation ne peut avoir pour effet ni d'augmenter la durée, ni de décaler le point de départ du délai maximal de paiement, à moins que cette possibilité soit expressément stipulée par contrat, à condition qu'une telle stipulation ne constitue pas une clause ou une pratique abusive.

## E. Conditions générales de vente/Conditions générales d'achat

### A RETENIR

Si le vendeur est tenu de communiquer des conditions générales de vente sur demande s'il en établit, l'acheteur peut de son côté établir ses propres conditions générales d'achat (par ex. modalités de livraison, exclusion de réserve de propriété, pénalités pour livraison tardive ou incomplète). Leur contradiction avec les conditions générales de vente se résout traditionnellement selon le droit commun des contrats. L'incompatibilité des clauses se traduit par leur neutralisation, le contrat demeurant valable à condition que les clauses annulées portent sur un élément secondaire de la relation contractuelle.

Ainsi, lorsque deux clauses attributives de juridiction figurant sur les instruments contractuels sont inconciliables, ces stipulations s'annulent, la juridiction territorialement compétente étant désignée conformément aux dispositions des articles 42 et 46 CPC.

En précisant expressément que les conditions générales de vente constituent le «socle unique» de la négociation commerciale, le législateur a consacré le principe d'antériorité des conditions générales de vente sur les conditions générales d'achat.

L'ordonnance du 24 avril 2019 apparaît toutefois moins protectrice des vendeurs que les textes qui l'ont précédée. Le nouvel article L. 441-1 subordonne désormais à l'établissement de conditions générales le principe selon lequel elles constituent le socle unique de la négociation commerciale. Par ailleurs, le nouvel article L. 441-3 relatif au droit commun de la convention écrite ne mentionne pas le barème de prix. Cette mention n'est maintenue que pour la convention relative aux produits de grande consommation du nouvel article L. 441-4.

Néanmoins, le fait d'imposer les CGA sans discussion relèvera toujours de la soumission ou de la tentative de soumission à des obligations déséquilibrées. Les CGV demeurent le socle unique de la négociation sur la base duquel elle doit s'engager. En pratique, il est vraisemblable que les distributeurs feront mine de commencer les négociations sans exclure d'emblée les CGV pour éviter de tomber sous le coup d'une pratique abusive mais essaieront ensuite de faire prévaloir leurs CGA. La pratique des lettres de réserve des fournisseurs signant les accords visant les CGA sous réserve des dispositions contraires de leurs CGV perdurera certainement aussi, au moins pour ceux disposant d'un certain pouvoir de négociation.

## III. Forme de la communication

### A RETENIR

L'article L. 441-1 précise que la communication des CGV s'effectue par tout moyen constituant un support durable.

En optant pour un formalisme moderne, allégé le cas échéant, le législateur tient compte des besoins des professionnels, pour qui rapidité et souplesse doivent présider aux relations contractuelles. La communication doit néanmoins être complète et actuelle, et se faire dans un délai raisonnable. En particulier, est incomplète la communication qui ne

comprend «pour l'ensemble des produits ni catalogues ni documentation technique ni informations précises sur les conditions de paiement». Si elle ne peut plus être verbale, elle peut emprunter les systèmes numérisés de communication, dès lors que ces modes de communication permettent un enregistrement durable des CGV. A priori, il peut sembler préférable d'avoir recours à un document écrit préétabli qui facilitera la preuve, par le fournisseur, de l'absence de pratiques abusives. En outre, l'article 1365 (ancien art. 1316) du Code civil inclut dans le droit de la preuve non seulement l'écrit, mais encore tous les supports offerts par les nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC).

## IV. Sanctions du défaut de communication

### PLAN

Le défaut de communication des CGV peut faire l'objet :

- d'une sanction administrative ;
- d'une sanction civile.

### A. Sanction administrative

#### A RETENIR

La communication incomplète des conditions générales de vente ou le refus de communication peuvent d'abord faire l'objet d'une injonction de la DGCCRF sur le fondement de l'article L. 470-1 du Code de commerce.

Par ailleurs, l'article L. 441-1 punit, en son paragraphe IV, d'une amende administrative, dont le montant ne peut excéder 15 000 euro pour une personne physique et 75 000 euro pour une personne morale, tout manquement à l'obligation de communiquer les conditions générales de vente, sans d'autres précisions.

En outre, si la relation commerciale relève de l'obligation de rédiger une convention écrite, le fournisseur doit, quel que soit le régime de convention applicable, communiquer ses CGV au distributeur dans les délais fixés par les articles L. 441-3 et L. 441-4. Le fournisseur défaillant encourt une amende administrative dont le montant ne peut excéder 75 000 euro pour une personne physique et 375 000 euro pour une personne morale (art. L. 441-6 C. com.).

En cas de poursuite initiée par l'Administration, les sanctions administratives se sont substituées complètement aux sanctions judiciaires. Le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance 2019-359 du 24 avril 2019 justifie cette substitution de la façon suivante : «Pour être sanctionné le défaut de communication des CGV nécessite donc la saisine des juridictions judiciaires et ainsi l'initiation d'un contentieux qui peut prendre plusieurs années d'abord devant le tribunal de commerce, puis la cour d'appel et parfois enfin devant la Cour de cassation. La saisine des juridictions judiciaires et l'initiation d'une procédure civile qui peut s'avérer longue et complexe ne sont pas justifiées pour des pratiques telles que le défaut de communication des CGV. Ainsi, dans un objectif de simplification, mais aussi de cohérence et d'efficacité (poursuite du mouvement de remplacement des sanctions pénales et civiles par des sanctions administratives entamé

par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation), l'ordonnance prévoit de remplacer la sanction civile par une sanction administrative de 15 000 € pour une personne physique et de 75 000 € pour une personne morale. L'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation est l'autorité compétente pour prononcer cette amende».

Cette argumentation ne convainc qu'à moitié. Les reproches faits à la procédure civile sont en effet transposables à la procédure administrative qui peut s'avérer tout aussi longue, voire plus longue, si l'on cumule l'instruction administrative, le recours gracieux, le recours hiérarchique et le recours contentieux devant le tribunal administratif puis la cour administrative d'appel ou le Conseil d'État. Par ailleurs, si la procédure judiciaire est considérée comme efficiente en matière de pratiques abusives, pourquoi ne le serait-elle pas en matière de CGV ou de transparence tarifaire en général ? Enfin, le fait que le même organe administratif instruit, poursuit et sanctionne pose problème comme l'a fait observer la doctrine, même si la jurisprudence administrative n'y voit rien à redire. Si sa décision est susceptible d'un contrôle, il ne s'agit pas d'un contrôle par le juge judiciaire, garant traditionnel des libertés. Il serait à la fois plus cohérent et plus légitime de donner compétence au juge civil et au juge commercial pour toutes les actions relatives aux CGV et de façon générale pour l'ensemble du droit de la transparence tarifaire et des pratiques abusives.

## B. Sanction civile

Est-il encore possible de sanctionner civilement un manquement à l'obligation de communication alors que l'ordonnance du 24 avril 2019 a abrogé les textes prévoyant une sanction civile et lui a substitué une sanction administrative ?

### A RETENIR

A notre sens, la réforme ne signifie pas que la victime d'un refus de communication de CGV établies de façon générale ou d'un refus de communication des CGV dans le cadre d'une convention unique n'aura plus d'autre recours que de s'adresser à l'Administration. Elle pourra toujours se prévaloir d'une violation d'une disposition d'ordre public lui causant un préjudice et engager une action en référé pour faire cesser un trouble illicite et/ou un dommage imminent.

La question de l'établissement des CGV en dehors d'une convention unique pourrait toutefois se heurter à des difficultés de preuve. Le trouble manifestement illicite pourrait s'appuyer sur la violation de la loi s'il apparaît que les CGV existent et n'ont pas été communiquées et le dommage imminent être constitué par l'impossibilité pour le demandeur d'acheter les produits en cause. L'action sera plus aisée en cas de non-communication spontanée des CGV dans le cadre de la convention écrite puisque celle-ci est obligatoire, l'excuse de non-établissement ne pouvant être invoquée, et le dommage imminent étant avéré, puisque la non-communication peut empêcher la négociation dans les délais de la convention qui expose les deux parties à des sanctions administratives.

## SECTION 2

**Convention écrite****A RETENIR**

Pour diverses raisons (différenciation de l'offre de produits, concurrence intermarques, exigence de traçabilité de certains produits pour des motifs de qualité), la commercialisation d'un produit peut requérir la fourniture de services que le distributeur est le plus à même de rendre et pour lesquels il peut se faire rémunérer par ses fournisseurs. Cette pratique a été qualifiée de «coopération commerciale». Les services de coopération commerciale sont placés sous le signe de la liberté contractuelle. Ils se distinguent des conditions générales de vente dans la mesure où ils échappent à l'obligation de communication de l'article L. 441-1 ; ils n'ont pas à être publiés et n'ont pas à être communiqués à tout acheteur professionnel qui en fait la demande. Ils sont couverts par le secret des affaires. Ils doivent nécessairement faire l'objet d'une convention écrite.

L'article L. 441-6 punit d'une amende dont le montant ne peut excéder 75 000 euro pour une personne physique et 375 000 euro pour une personne morale tout manquement aux articles L. 441-3, L. 441-4 et L. 441-5, ces montants étant portés respectivement à 150 000 et 750 000 euro, en cas de réitération de l'infraction dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive. L'amende administrative est prononcée par la DGCCRF dans les conditions prévues à l'article L. 470-2 du Code de commerce.

En outre, 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. Même s'il convient d'espérer que l'Administration utilisera ses pouvoirs de sanction avec modération, compte tenu de la multitude des partenaires en amont et en aval de nombreuses entreprises, le déplaçonnement des amendes autorise théoriquement l'infliction de sanctions colossales.

L'ordonnance du 24 avril 2019 prévoit désormais deux régimes pour la convention écrite : un régime général simplifié applicable à toute relation entre fournisseurs et distributeurs, y compris les grossistes (art. L. 441-3) et un régime plus strict propre aux produits de grande consommation (PGC), non applicable aux grossistes (art. L. 441-4). Des dispositions spécifiques sont également consacrées à la sous-traitance comme c'était déjà le cas auparavant, et aux produits alimentaires vendus sous marque distributeur (art. L. 441-7). Selon le rapport au Président de la République sur l'ordonnance 2019-359, les modifications apportées tendent à une meilleure cohérence et lisibilité des dispositions applicables aux conventions écrites qui ont fait l'objet de multiples réformes au cours des quinze dernières années.



## I. Conditions de forme

### PLAN

D'un point de vue formel, il faut distinguer entre :

- la convention écrite de droit commun ;
- la convention écrite relative aux produits de grande consommation ;
- la convention écrite conclue dans le cadre d'une sous-traitance.

### A. Convention écrite de droit commun

#### A RETENIR

Librement négociée, la convention doit faire l'objet d'un contrat écrit entre le fournisseur et le distributeur (art. L. 441-3, I).

La convention peut être pluriannuelle. En effet, afin d'alléger la charge pesant sur les entreprises, l'article L. 441-3, IV prévoit que «[l]a convention écrite est conclue pour une durée d'un an, de deux ans ou de trois ans, au plus tard le 1er mars de l'année pendant laquelle elle prend effet (délai butoir) ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation des produits ou des services soumis à un cycle de commercialisation particulier».

L'ordonnance du 24 avril 2019 a allégé le formalisme de la convention écrite. L'article L. 441-3 ne requiert plus la mention du barème de prix 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. Extérieure à la relation fournisseur/consommateur, la convention écrite de droit commun ne contiendra pas non plus de stipulations relatives aux avantages promotionnels. En revanche, l'article L. 441-3, III, 1° prévoit, afin de permettre aux parties de faire évoluer avec souplesse le prix convenu sans avoir à conclure nécessairement de nombreux avenants formels que la convention de droit commun devra, le cas échéant, fixer les types de situation et les modalités selon lesquelles des conditions dérogatoires de l'opération de vente sont susceptibles d'être appliquées. Cet assouplissement concerne les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services, c'est-à-dire les prix et les réductions de prix (rabais, remises et ristournes) de l'article L. 441-3, I, 1°. Il ne semble pas valoir pour les services de coopération commerciale et les autres obligations de l'article L. 441-3, I, 2° et 3°, qui doivent toujours faire l'objet d'un avenant en cas de changement ou nouvelle prestation en cours d'année.

La convention précise enfin l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution pour les services de coopération commerciale et les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale. Elle indique, pour la coopération commerciale, la rémunération des services, les produits ou services auxquels ils se rattachent et la rémunération globale afférente à ces obligations. Lorsqu'elle est conclue pour deux ou trois ans, la convention doit en outre fixer les modalités de révision du prix convenu. Les parties peuvent à cet effet prévoir la prise en considération d'un ou de plusieurs indicateurs disponibles reflétant l'évolution du prix des facteurs de production.

Pour conférer plus de souplesse aux entreprises, la CEPC a proposé d'admettre la négociation en cours d'année d'une nouvelle prestation non prévue dans la convention initiale ainsi que la stipulation d'avenants dès lors que l'équilibre commercial est maintenu. L'ordonnance 2019-359 du 24 avril 2019 a codifié cet avis à l'article L. 441-3, II, mais se montre plus exigeante puisque «sans préjudice des articles L. 442-1 à L. 442-3, tout avenant à la convention mentionnée au I fait l'objet d'un écrit qui mentionne l'élément nouveau le justifiant». Lorsque les parties ont prévu dans leur convention «les types de situation dans lesquelles des conditions dérogatoires de l'opération de vente sont susceptibles d'être appliquées», elles pourront échapper au formalisme de l'avenant écrit si elles veulent modifier le prix tarif et les réductions de prix afférentes, en particulier pour remporter un appel d'offres. En revanche, si elles n'ont pas prévu ces types de situation et modalités dérogatoires ou souhaitent modifier les services de coopération commerciale ou les autres obligations en cours d'année, elles seront contraintes de rédiger un avenant contenant l'élément nouveau le justifiant.

La lourdeur du mécanisme de la convention unique a conduit la CEPC à limiter son champ d'application. Elle a ainsi déduit du texte de la loi (la convention «indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale») que l'exigence de convention écrite était subordonnée d'une part à une certaine permanence de la relation commerciale dont les flux doivent pouvoir être canalisés dans des engagements annuels et, d'autre part, à la condition qu'il soit d'usage de négocier des relations de ce type dans le secteur concerné. En revanche, lorsque la relation commerciale se borne à la conclusion de contrats instantanés sur la base des CGV générales ou catégorielles, l'obligation d'établir une convention devrait tomber. Bien qu'il s'agisse seulement d'un avis, il devrait, notamment en cas d'enquête de la DGCCRF, justifier l'exclusion de la convention écrite pour les ventes ponctuelles aux professionnels.

#### EXEMPLES

##### Doivent être considérés comme non soumis au régime de la convention écrite :

- les contrats instantanés conclus sur la base des CGV ;
- les opérateurs économiques qui transforment les produits avant de les revendre, en particulier dans le cadre d'une prestation de services globale ;
- les opérateurs économiques qui achètent des produits pour leur propre usage, dans la mesure où la notion de distributeur au sens de l'article L. 441-3 vise exclusivement les opérateurs qui achètent des produits en vue de les revendre en l'état ;
- les opérateurs économiques qui agissent comme simples courtiers ;
- les fournisseurs de produits agricoles périssables ou de circuits courts de production, d'animaux vifs, de carcasses ou de produits de la pêche et de l'aquaculture soumis à l'article L. 443-2.

En revanche des commissionnaires à l'achat ont été considérés comme relevant de la convention écrite.

## B. Convention écrite relative aux produits de grande consommation

### A RETENIR

L'article L. 441-4 prévoit des dispositions spécifiques aux produits de grande consommation (PGC) qui écartent le régime plus souple de la convention de droit commun. Les grossistes sont expressément exclus du champ d'application du texte même s'ils vendent des PGC.

L'article L. 441-4, II définit le grossiste comme «toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles, achète des produits à un ou plusieurs fournisseurs et les revend, à titre principal, à d'autres commerçants, grossistes ou détaillants, à des transformateurs ou à tout autre professionnel qui s'approvisionne pour les besoins de son activité». Ne relèvent pas de cette définition les entreprises ou groupements de personnes physiques ou morales exploitant, directement ou indirectement, un ou des magasins de détail ainsi que les centrales d'achat ou de référencement de la grande distribution.

Les produits visés sont «des produits non durables à forte fréquence et à forte récurrence de consommation». Leur liste a été fixée par le décret 2019-1413 du 19 décembre 2019, qui insère un nouvel article D. 441-9 dans le Code de commerce. Aux termes de celui-ci, **constituent des produits de grande consommation :**

- les produits alimentaires et boissons non alcoolisées ;
- les boissons alcoolisées ;
- les piles électriques pour tous usages ;
- les produits de lavage et d'entretien tels que savons, poudres à lessiver, produits lessiviels liquides, poudres à récurer, détergents, eau de Javel, assouplissants, produits pour vitre, déboucheurs, désinfectants et eau distillée, à l'exclusion des cires, cirages, teintures, insecticides et fongicides ;
- les articles pour le nettoyage tels que balais, brosses à récurer, pelles à poussière et balayettes, plumeaux, chiffons, torchons, serpillières, éponges ménagères, tampons à récurer, paille de fer et peaux de chamois ;
- les articles en papier tels que filtres, nappes et serviettes de table, papier de cuisine, sacs pour aspirateurs et vaisselle en carton, y compris feuilles d'aluminium et sacs plastique pour poubelles ;
- les pansements adhésifs ou non ;
- les aliments pour animaux d'agrément ;
- les appareils non électriques tels que rasoirs et leurs lames, limes à ongles, brosses à dents, à l'exclusion des tondeuses mécaniques et leurs lames, ciseaux, peignes, blaireaux, brosses à cheveux, brosses à ongles, épingles à cheveux, bigoudis, pèse-personnes, pèse-bébés ;
- les articles d'hygiène corporelle tels que savon de toilette, savon médicinal, huile et lait de toilette, savon, crème et mousse à raser, pâte dentifrice ;
- les produits de beauté, parfums et déodorants tels que rouges à lèvres, vernis à ongles, produits pour le maquillage et le démaquillage (y compris poudriers, pinceaux

et houppettes), laques et lotions capillaires, produits avant et après rasage, produits solaires, produits dépilatoires, parfums et eaux de toilette, désodorisants corporels, produits pour le bain ;

- les autres produits tels que papier hygiénique, mouchoirs en papier, serviettes en papier, tampons hygiéniques, coton hydrophile, cotons-tiges, couches jetables pour bébés, éponges de toilette.

Outre les conditions fixées par l'article L. 441-3, I, les conventions relatives aux produits de grande consommation doivent indiquer :

- 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 les réductions de prix ;

- le chiffre d'affaires prévisionnel, le plan d'affaires de la relation commerciale et les modalités de révision du chiffre d'affaires prévisionnel (art. L. 441-4, IV).

Les conditions dans lesquelles des avantages promotionnels sont octroyés aux consommateurs font l'objet de mandats confiés au distributeur ou au prestataire de services, soumis à l'article 1984 du Code civil (art. L. 441-4, VII).

L'article L. 441-4, V exige une concomitance entre la date d'entrée en vigueur des obligations mentionnées aux 1° à 3° de l'article L. 441-3 et la date d'effet du prix convenu.

Enfin, les CGV devront être communiquées au plus tard trois mois avant le 1er mars, soit avant le 1er décembre, le distributeur ne disposant plus d'un délai d'un mois mais d'un délai raisonnable pour notifier par écrit les motifs de son refus des CGV, son acceptation ou, le cas échéant, les dispositions des CGV qu'il souhaite soumettre à négociation (art. L. 441-4, VI).

### C. Convention écrite dans le cadre d'une sous-traitance

#### A RETENIR

L'article L. 441-5 prévoit qu'une convention écrite est établie dans le respect des articles L. 441-1 et L. 442-1 à L. 442-3 du Code de commerce, «pour tout achat de produits manufacturés, fabriqués à la demande de l'acheteur en vue d'être intégrés dans sa propre production». Cette obligation ne concerne cependant que les transactions dont le montant est supérieur à un seuil fixé par décret à 500 000 euro.

Les contrats de sous-traitance sont donc soumis à un formalisme important. En effet, sans aller jusqu'à leur imposer toutes les mentions figurant à l'article L. 441-3 du Code de commerce, le texte prévoit que la convention écrite comporte :

1° l'objet de la convention et les obligations respectives des parties ;

2° le prix ou les modalités de sa détermination ;

3° les conditions de facturation et de règlement ;

4° les responsabilités respectives des parties et les garanties, telles que, le cas échéant, les

modalités d'application d'une réserve de propriété ;

5° les règles régissant la propriété intellectuelle entre les parties, lorsque la nature de la convention le justifie ;

6° la durée de la convention ainsi que les modalités de sa résiliation ;

7° les modalités de règlement des différends quant à l'exécution de la convention et, si les parties décident d'y recourir, les modalités de mise en place d'une médiation.

La convention écrite de sous-traitance a fait l'objet de sévères critiques des professionnels concernés dont certains ont fait valoir qu'il s'agissait d'un «carcan contractuel pervers» qui aboutit «faute de conditions claires et cohérentes», à «un concentré d'insécurité juridique au mépris des besoins réels des entreprises concernées».

## II. Conditions de fond

### PLAN

Pour déterminer le contenu de la convention écrite, il convient de distinguer :

- les conditions de l'opération de vente ;
- le prix convenu ;
- les services de coopération commerciale ;
- la rémunération des services rendus ;
- les obligations destinées à favoriser la relation commerciale ;
- la clause de renégociation.

### A. Conditions de l'opération de vente

#### A RETENIR

L'article L. 441-3, I, du Code de commerce relatif à la convention écrite de droit commun impose de mentionner dans un document unique les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services telles qu'elles résultent de la négociation commerciale dans le respect des articles L. 442-1 à L. 442-3. L'article L. 441-3 qui fixe le régime général de cette convention écrite simplifiée n'exige pas d'autres mentions que celles des conditions de l'opération y compris les réductions de prix, ainsi que, le cas échéant, les conditions dérogatoires de l'opération de vente.

En revanche, l'article L. 441-4 applicable à la convention PGC exige que le barème des prix unitaires du fournisseur tel qu'il l'a préalablement communiqué avec ses CGV ou les modalités de consultation de ce barème dans la version ayant servi de base à la négociation figurent dans la convention.

Même si le texte est ambigu et ne semble pas requérir formellement de joindre les CGV à la convention écrite, mais uniquement le barème de prix, la prudence incite à les joindre. En pratique, il est vraisemblable que l'acheteur imposera qu'elles soient jointes afin de pouvoir démontrer que la négociation a commencé sur la base des CGV sans application immédiate des CGA, de manière à limiter le risque de se voir reprocher l'imposition d'obligations manifestement déséquilibrées.

## B. Prix convenu

### A RETENIR

Pour mieux tenir compte de la réalité de la vie des affaires, l'article L. 441-3 définit le prix convenu comme celui qui comprend les conditions de l'opération de vente des produits ou prestations de services, y compris les réductions de prix, les services de coopération commerciale et les autres obligations.

Cette nouvelle approche en triple net du prix convenu ne fait pas l'unanimité au sein des opérateurs. Certaines entreprises font valoir que les négociations qui portent sur les éléments de prix et de remises doivent être indépendantes et déconnectées de celles relatives aux services de coopération commerciale afin de faire en sorte que ces services soient, au vu de la palette de services proposés, négociés au cas par cas, voire adaptés au niveau local. En outre, ces négociations ne relèvent pas toujours des mêmes personnes et services au sein de l'entreprise.

En pratique, les renégociations de prix à l'aval avec des professionnels, qui imposent des renégociations à l'amont avec les fournisseurs, sont quotidiennes dans de nombreux secteurs. Contraindre à la signature d'autant d'avenants à la convention pour formaliser les dérogations paraît excessif : il semble justifier d'y substituer l'admission de la preuve par tous moyens (échanges de mails, de fax, de correspondances, de documents commerciaux, etc.) des dérogations convenues, conformément au principe de la liberté de la preuve en matière commerciale. Cette souplesse a été consacrée par l'ordonnance du 24 avril 2019 à l'article L. 441-3, II, 1°, relatif à la convention de droit commun.

## C. Services de coopération commerciale

### A RETENIR

L'article L. 441-3 issu de l'ordonnance du 24 avril 2019 utilise la notion de «services de coopération commerciale».

Selon la définition classique, les services de coopération commerciale regroupent des services spécifiques, c'est-à-dire des services qui ne sont pas habituellement pris en charge par le distributeur dans le cadre normal de ses fonctions, dont la rémunération relève des conditions générales de vente.

Les services extérieurs au contrat d'achat-vente concernent essentiellement les opérations de promotion du produit ou du service.

### EXEMPLES

**Revêtent un caractère spécifique et constituent des services de coopération commerciale :**

- la mise en avant ou la publicité des produits sur les lieux de vente ;
- l'attribution de têtes de gondole ou d'emplacements privilégiés ;
- la mise en œuvre de nouveaux critères d'implantation des rayons par une réallocation de l'espace ;

- une modification des lieux de circulation de la clientèle ;
- une réorganisation des zones plus ou moins fréquentées par les consommateurs ;
- une mise en valeur des produits frais ;
- une restructuration des rayonnages et de la signalisation du point de vente ;
- l'élaboration et la diffusion de planogrammes ;
- un service d'intermédiation entre les fournisseurs, les plateformes de distribution et le transporteur, qui dispense ce dernier d'avoir à négocier autant de contrats et de tarifs et lui procure un volume d'affaires certain et régulier.

**Sont en revanche exclus du champ de la coopération commerciale :**

- la «présentation astucieuse des produits» réalisée par «tout commerçant soucieux d'assurer une bonne vente de ses marchandises» ;
- des services qui ne se distinguent pas de la mise en rayon des produits ou constituent l'essence même du commerce de produits de consommation courante ;
- des prestations d'optimisation des commandes, de paiement centralisé, d'unicité de négociation et de décision, de logistique et de service qualité, effectuées par une centrale d'achat et facturées à un fournisseur ;
- un service d'assortiment commun qui n'apporte rien aux fournisseurs par rapport aux préconisations qu'ils effectuent eux-mêmes dans le cadre de leurs rencontres directes avec les magasins de l'enseigne ;
- la réalisation d'un chiffre d'affaires déterminé ou d'objectifs de vente ;
- des services de maintien, de détention ou de suivi de gammes.

#### D. Rémunération des services rendus

##### A RETENIR

L'article L. 441-3, III, 2° précise que la convention écrite indique, pour les services ne relevant pas des actes d'achat ou de vente, «la rémunération de ces services ainsi que les produits ou services auxquels ils se rapportent», ainsi que la rémunération globale afférente à l'ensemble de ces obligations.

On peut regretter que le nouvel article L. 441-3 n'explicite pas la notion de rémunération globale. Il serait, en effet, nécessaire de pouvoir déterminer quelle est la personne en charge de fixer et communiquer cette enveloppe globale. Dans son rapport au Président de la République sur l'ordonnance 2019-359, le Gouvernement précise que l'obligation de prévoir la «rémunération globale» suppose que doit être déterminée dès le 1er mars l'enveloppe globale des services de coopération commerciale (exprimée en valeur et/ou en pourcentage de chiffre d'affaires) puisque le prix convenu doit dorénavant être exprimé en «triple net» dans la convention. En revanche, cette nouvelle définition ne devrait pas avoir d'impact sur la facturation de la coopération commerciale par le prestataire dans la mesure où les autres obligations intervenaient déjà dans la définition du prix

convenu.

L'entreprise, qui obtient ou tente d'obtenir de son partenaire commercial «un avantage économique ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu», engage sa responsabilité au titre de l'article L. 442-I, I, 1<sup>o</sup>, du Code de commerce.

La loi n'exige que la mention de la rémunération de la coopération commerciale (qui peut dès lors être exprimée en pourcentage ou en valeur absolue) et des produits ou services auxquels se rapportent les obligations en cause, ainsi que celle de la rémunération globale afférente à ces obligations. Le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance 2019-359 confirme la possibilité de prévoir les services de coopération commerciale en pourcentage ou en valeur absolue puisqu'il précise que l'enveloppe globale de ces services devant être mentionnée dans les conventions écrites peut être «exprimée en valeur et/ou en pourcentage de chiffre d'affaires».

### E. Obligations destinées à favoriser la relation commerciale

#### A RETENIR

Après avoir ensermé la coopération dans un corset très strict de règles, le législateur a été contraint de prévoir une catégorie subsidiaire pour les services détachables de l'acte d'achat-vente, mais ne répondant pas à l'ensemble des conditions posées pour relever des services de coopération commerciale. L'article L. 441-3, III, 3<sup>o</sup> dans sa rédaction issue de l'ordonnance 2019-359 du 24 avril 2019, vise ainsi «les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur».

Le nouvel article L. 441-3, I n'opère quasiment plus de distinction, du point de vue du formalisme requis entre les services de coopération commerciale et les autres obligations. Un contrat écrit unique ou un ensemble formé d'un contrat cadre et de contrats d'application devra les formaliser au plus tard le 1<sup>er</sup> mars ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation lorsqu'il s'agit de produits ou services soumis à un cycle de commercialisation particulier, et indiquer l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution de chaque service. Contrairement aux services de coopération commerciale, il n'est pas nécessaire de préciser les produits ou les services auxquels ils se rapportent. L'article L. 441-3, III, 3<sup>o</sup> précise que la convention écrite doit mentionner la rémunération ou la réduction de prix globale afférente à l'ensemble de ces obligations.

Ces autres obligations «concourent à la détermination du prix convenu».

#### **Les opérateurs ont le choix entre l'octroi d'une réduction de prix par le fournisseur ou l'émission d'une facture par le distributeur.**

L'option entre réduction du prix et rémunération des autres obligations n'est pas neutre du point de vue fiscal. En droit fiscal, les stocks sont strictement évalués à leur coût de revient, c'est-à-dire au prix d'achat minoré des remises, rabais commerciaux et escomptes, sans que les prestations de services facturées par le distributeur, qu'il s'agisse de coopération commerciale ou de services distincts aujourd'hui englobés dans les autres obligations, ne puissent venir minorer la valeur du stock, sous peine de réintégration



dans la valorisation du stock, et donc dans le bénéfice imposable, avec pénalités, le cas échéant, en cas de contrôle.

Enfin, la rémunération et les réductions de prix ne doivent pas être disproportionnées par rapport à la valeur des obligations. L'article L. 441-3 précise, dès son premier alinéa, que la négociation commerciale doit être menée dans le respect des articles L. 442-1 à L. 442-3. Or, le premier sanctionne le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu.

## F. Clause de renégociation

Le prix convenu est en théorie figé pour la durée de la convention (sauf à considérer et à convenir que le fournisseur est en droit de le modifier unilatéralement, sans en abuser et en étant en mesure de le justifier, conformément à la position de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation et au droit commun des contrats).

### A RETENIR

Le prix peut être modifié par un avenant au contrat, négocié par les parties, mais cette solution risque en pratique d'être rejetée par l'une ou l'autre des parties. Pour tenir compte de cette difficulté et de la situation particulière des produits dont le coût est très dépendant des fluctuations de prix des matières premières agricoles et alimentaires, le législateur a imposé à l'article L. 441-8 du Code de commerce que certains contrats contiennent, sous peine d'amende administrative, une clause de renégociation du prix qui doit permettre de prendre en considération ces fluctuations «à la hausse comme à la baisse». La loi EGalim du 30 octobre 2018 a complété ces dispositions en précisant que peuvent désormais être concernés par les fluctuations de prix non seulement les matières premières agricoles et alimentaires, mais également tout produit agricole et alimentaire figurant sur une liste fixée par décret.

La clause doit préciser les conditions de déclenchement de la renégociation et faire nécessairement référence à un ou plusieurs indices publics des prix des produits agricoles ou alimentaires. Des accords interprofessionnels ainsi que l'observatoire de la formation des prix et des marges des produits alimentaires peuvent proposer aux parties des indices publics, ainsi que les modalités de leur utilisation en vue de déclencher la renégociation.

Le législateur impose que la renégociation soit conduite de bonne foi, dans le respect du secret en matière industrielle et commerciale et du secret des affaires, et dans le délai contractuellement prévu, ramené à un mois maximum par la loi EGalim. La répartition des économies ou des surcoûts liés aux fluctuations de prix devra être «équitable». Un compte rendu de cette négociation devra être établi, dont les modalités seront fixées par décret (art. L. 441-8, al. 3, in fine).

La loi EGalim prévoit les conséquences de l'échec des négociations : faute d'accord au terme du délai d'un mois, il sera fait application de l'article L. 631-28 du Code rural et de la pêche maritime sans que le contrat puisse prévoir un autre dispositif de médiation. Le texte organise une procédure devant le médiateur des relations commerciales agricoles, qui, en cas d'échec, pourra être suivie de la saisine du juge des référés du tribunal com-

pétent, qui devra se prononcer sur le fondement des recommandations du médiateur.

Cette disposition, qui poursuit une intention louable, alourdit considérablement le formalisme imposé aux entreprises.

Le fait de ne pas prévoir dans les contrats qui y sont soumis une clause de renégociation conforme aux exigences de l'article L. 441-8 du Code de commerce, de dépasser le délai de deux mois pour la renégociation, de ne pas établir de compte rendu de celle-ci ou de porter atteinte aux secrets de fabrication ou au secret des affaires est passible d'une amende administrative de 75 000 euro pour une personne physique et de 375 000 euro pour une personne morale, prononcée dans les conditions prévues à l'article L. 470-2. Le maximum de l'amende encourue est doublé en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive.

Cette nouvelle obligation ne manquera pas de soulever de nombreuses difficultés d'interprétation et d'application. Pour éviter tout risque, ou tout au moins tenter de le limiter, les entreprises devront être très attentives à la rédaction de la clause de renégociation.

### SECTION 3

#### Facturation

Le non-respect des dispositions de l'article L. 441-9 relatives à la délivrance de la facture et aux mentions obligatoires est désormais puni d'une amende administrative qui ne peut excéder 75 000 euro pour une personne physique et 375 000 euro pour une personne morale, maximum qui peut être porté respectivement 150 000 euro et 750 000 euro en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans. L'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation est compétente pour prononcer cette amende.

Avant la réforme introduite par l'ordonnance du 24 avril 2019, la violation en connaissance de cause de la réglementation relative à la facturation engageait la responsabilité pénale de son auteur.

La substitution de sanctions administratives aux sanctions judiciaires, ici pénales, fait débat. Le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance 2019-359 apporte d'intéressantes justifications à cette réforme des sanctions en faisant valoir que le texte, sanctionné jusqu'à présent par une amende pénale de 75 000 euro ne donne lieu le plus souvent qu'à des transactions ou à des suites pédagogiques et qu'en 2017, 115 dossiers ont fait l'objet d'une transaction, 35 d'un jugement et 10 d'un arrêt. Il justifie le passage aux sanctions administratives par la volonté de dépenalisation des pratiques restrictives de concurrence entamée par la loi Hamon afin d'accroître le caractère dissuasif des sanctions en renforçant leur effectivité. Il est vrai que notre système de procédure et de sanction pénale n'est pas adapté au droit de la concurrence de manière générale. Les délais sont beaucoup trop longs, le droit pénal par essence trop strict et les peines souvent inadaptées. Néanmoins, comme cela a déjà été évoqué pour les CGV, le fait que le même organe instruit, poursuit et sanctionne est difficile à justifier et il serait nettement plus approprié que l'Administration poursuive les entreprises auxquelles elle

reproche une facturation irrégulière devant les tribunaux de commerce qui ont démontré leur capacité à juger rapidement et de manière efficiente les pratiques abusives poursuivies par la DGCCRF.

L'inexactitude ou l'omission sur les factures ou documents qui en tiennent lieu sont également l'objet de sanctions fiscales. L'article 1737 CGI permet aux agents des impôts de condamner à une amende de 15 euro par omission ou inexactitude les assujettis. On citera parmi les mentions soumises à cette sanction celles relatives à la date de la facture et son numéro, au nom du vendeur ou du prestataire, à la quantité, la dénomination précise, au prix unitaire HT, à la TVA. Fait également l'objet de sanctions fiscales sur le fondement de ce texte le fait de travestir ou dissimuler l'identité ou l'adresse du fournisseur ou du client, ou d'accepter une identité fictive (amende égale à 50 % du montant de la transaction).

Enfin, alors qu'aucune conséquence civile n'est attachée au non-respect des dispositions relatives à l'obligation de facturation, le texte est souvent invoqué devant les juridictions civiles, afin d'échapper au paiement de factures non conformes. Toutefois, le non-respect de ces dispositions ne permet pas de faire obstacle à une demande de paiement.

#### PLAN

Le droit de la facturation impose que :

- le vendeur délivre une facture conforme ;
- l'acheteur réclame une facture conforme ;
- la délivrance de la facture soit immédiate ;
- certaines conditions de forme soient respectées.

## I. Obligation du vendeur de délivrer une facture conforme

#### PLAN

Le champ d'application de l'obligation de facturation du vendeur peut se définir dans trois dimensions :

- *ratione personae* ;
- *ratione materiae* ;
- *ratione loci*.

### A. Champ d'application *ratione personae*

«Tout achat de produits ou toute prestation de services pour une activité professionnelle fait l'objet d'une facturation» (art. L. 441-9 C. com.). L'obligation de facturation pèse sur les personnes agissant dans le cadre d'une activité professionnelle.

#### A RETENIR

La facture doit donc être établie uniquement lors des transactions entre des professionnels (industriels, commerçants, artisans, prestataires de services), sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que les sociétés appartiennent ou non à un même groupe.

Sont exclus les intermédiaires qui agissent au nom et pour le compte d'un mandant sans intervenir à l'acte. Tel n'est pas le cas de l'agent commercial ou du commissionnaire de transport, qui, en tant que prestataires de services, sont soumis à l'obligation de facturation. Une centrale d'achat est également tenue d'établir une facture dès lors qu'en achetant en son nom pour le compte de ses adhérents, elle est l'unique vendeur des marchandises à l'égard de ces derniers.

Les particuliers ne sont pas en principe tenus d'établir une facture à moins que les ventes faites à des professionnels dans le cadre de leur activité «ne revêtent un caractère significatif par leur quantité et par leur répétition».

### B. Champ d'application *ratione materiae*

Les règles de concurrence s'appliquent «à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques» (art. L. 410-1 C. com.). Aussi, l'obligation d'établir une facture concerne-t-elle toutes les opérations de vente ou d'achat de produits, en l'état ou transformés, et toutes les prestations de services, accomplies par une personne privée ou par une personne publique, sous réserve de dispositions spécifiquement applicables à celle-ci (règles de la comptabilité publique et Code des marchés publics, notamment). Ainsi, un concessionnaire de marchés communaux est soumis à l'obligation de facturation pour les prestations de mise à disposition de matériel aux usagers.

#### A RETENIR

Si l'obligation de facturation concerne toutes les ventes ou achats de produits ou prestations de services, elle ne concerne que ces opérations.

Les actes juridiques, tels que la cession d'un droit au bail, sont exclus de son champ d'application. Il en va de même du contrat de dépôt-vente. L'article L. 441-9 précise en son alinéa 2 que «le vendeur est tenu de délivrer la facture dès la réalisation de la vente ou la prestation de services». Or, dans le cadre du dépôt-vente, la propriété n'est pas transférée du fournisseur au dépositaire, qui reçoit uniquement dépôt avec mandat de vendre. La vente étant effectuée pour le compte du fournisseur par le dépositaire, aucune facture n'est exigée du fournisseur. Enfin, lorsqu'il revend la marchandise, le dépositaire n'est pas le débiteur de l'obligation de facturation.

Les ventes aux consommateurs n'entrent pas dans le champ d'application de l'article L. 441-9. La Cour de cassation a toutefois estimé, dans une décision isolée, qu'un constructeur de maison individuelle est soumis à l'obligation de délivrer une facture conforme lorsqu'il contracte avec des particuliers.

### C. Champ d'application *ratione loci*

Les dispositions de l'ancien article L. 441-3 étant sanctionnées pénalement avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 24 avril 2019, la facturation s'imposait à toutes les activités réalisées sur le territoire français, car la loi pénale française s'applique aux infractions commises sur le territoire de la République (art. 113-2 C. pén.). Ainsi, la Cour de cassation avait estimé que l'ordonnance de 1986 s'applique aux produits achetés en France, même s'ils doivent être distribués ou revendus à l'étranger. De même, il a été jugé que l'importateur français doit exiger de son fournisseur étranger l'établissement d'une facture conforme aux dispositions de l'ancien article L. 441-3 du Code de commerce. Le nouvel article L. 441-9 ne sanctionne plus pénalement le non-respect des règles relatives à la facturation, qui fait désormais l'objet d'une sanction administrative.

#### A RETENIR

Toutefois, les sanctions administratives étant soumises aux principes applicables en droit pénal, le champ d'application *ratione loci* de l'article L. 441-9 devrait demeurer identique à celui de l'ancien article L. 441-3 : les règles de facturation s'appliquent à toutes les activités ayant lieu sur le territoire français.

## II. Obligation de l'acheteur de réclamer une facture conforme

#### A RETENIR

L'article L. 441-9 du Code de commerce impose non seulement une facturation pour tout achat de produits ou toute prestation de services, mais aussi l'insertion de l'ensemble des mentions obligatoires. Il précise que le vendeur doit délivrer la facture et que l'acheteur doit la réclamer.

La question de l'imputabilité du non-respect des règles de facturation a toujours été discutée. Doit-on reprocher l'irrégularité dans la rédaction de la facture au seul vendeur ou prestataire de services qui en est l'auteur ou peut-on également l'imputer à l'acheteur ou au client qui a reçu la facture litigieuse et s'est abstenu de demander une facture conforme ? Malgré les hésitations de la jurisprudence, la réponse est invariablement extensive. Sous l'empire de la réglementation tarifaire antérieure à l'ordonnance du 1er décembre 1986, la Cour de cassation avait déjà considéré que les textes relatifs à la facturation mettaient à la charge du vendeur et de l'acheteur des obligations réciproques et indivisibles. En dépit des critiques dont il a fait l'objet, notamment de la part des destinataires des factures qui ne les ont pas rédigées, le principe de responsabilité réciproque a néanmoins été confirmé par les juridictions du fond, puis par la Cour de cassation. L'achat sans facture est sanctionnable.

La Haute juridiction estime, en effet, que les dispositions «selon lesquelles tout achat de produits ou toute prestation de services pour une activité professionnelle doit faire l'objet d'une facture mentionnant, notamment, les rabais, remises ou ristournes dont le principe est acquis et le montant chiffrable au moment de la vente, s'imposent indistinctement au vendeur et à l'acheteur, tenus à des obligations complémentaires et réciproques». La jurisprudence a par la suite précisé les contours de l'obligation de l'acheteur. Il doit

exiger une facture conforme aux prescriptions légales et ne peut se borner à la réclamer. Ainsi, le fait, pour un acheteur, de préciser dans ses conditions générales d'achat que les fournisseurs doivent se conformer à la réglementation en vigueur ne lui permet pas d'échapper à toute sanction, à défaut d'acte positif, telle une mise en demeure enjoignant le respect de ces règles.

La détermination de la qualité d'acheteur se révèle parfois délicate. En principe, celui qui a la maîtrise de la facturation endosse la responsabilité du manquement. La Cour de cassation a ainsi estimé qu'un chirurgien est tenu de réclamer une facture conforme lorsqu'il achète des prothèses, même si elles sont destinées à ses patients, dès lors qu'il lui incombe, en tant que professionnel, d'opérer le choix du matériau. Elle a, au contraire, considéré que l'adhérent d'une centrale d'achat ne peut être sanctionnée pour avoir accepté une facture non conforme. De même, lorsque les produits sont directement facturés aux distributeurs, le directeur d'une centrale de référencement n'est pas soumis à l'obligation de réclamer une facture conforme.

La Cour de cassation a par ailleurs précisé que l'obligation de l'acheteur n'est pas contraire au principe de libre circulation des marchandises.

### III. Obligation de délivrance immédiate de la facture

#### A RETENIR

La facture est remise dès la réalisation de la livraison ou de la prestation de services au sens de l'article 289, I, 3 du Code général des impôts.

L'ordonnance du 24 avril 2019 consacre pleinement l'harmonisation entre les règles du Code de commerce et celles du Code général des impôts puisque le nouvel article L. 441-9 indique expressément que la facture est délivrée 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'article 5, III, de l'ordonnance du 24 avril 2019 prévoit que «les dispositions de l'article L. 441-3 du Code de commerce relatives aux factures restent applicables dans leur rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, aux factures émises avant le 1<sup>er</sup> octobre 2019».

### IV. Formalisme

#### A RETENIR

L'article L. 441-9, alinéa 3, issu de l'ordonnance du 24 avril 2019, précise que «la facture sous forme papier est rédigée en double exemplaire». Elle doit être conservée par l'acheteur et le vendeur. Toutefois, le développement de l'informatique a donné naissance à un nouveau mode de remise des factures : la transmission par échange de données informatisées. Cette facture dématérialisée peut tenir lieu de facture d'origine à certaines conditions (art. 289 CGI).

L'Administration doit avoir préalablement autorisé ce mode de transmission. Les informations portées sur la facture doivent être identiques à l'émission et à la réception et être

conservées dans l'ordre chronologique de l'émission par l'émetteur et de la réception par le récepteur. Une liste récapitulative sur papier des messages doit pouvoir être émise pour contrôler la transmission. Enfin, l'entreprise qui émet ou reçoit des factures sous forme numérique doit s'assurer qu'elles sont tenues et conservées sur support papier ou sur support informatique pendant un délai de 6 ans (art. L. 102 B LPF).

La facture doit-elle être rédigée en langue française ? La question a fait l'objet de débats. L'article 2 de la loi 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française dispose en effet que « dans la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emploi ou d'utilisation, la description de l'étendue et des conditions de garantie d'un bien, d'un produit ou d'un service, ainsi que dans les factures et quittances, l'emploi de la langue française est obligatoire ». La jurisprudence initiale rendue après l'entrée en vigueur de la loi a d'ailleurs exigé la rédaction en français des factures destinées à des entreprises ou des professionnels. Dans la mesure où l'objectif de la loi sur l'emploi de la langue française est de permettre au consommateur d'exercer son choix et de faire jouer la concurrence en disposant des informations sur la qualité et le prix des biens et services dans la langue qui lui est directement compréhensible, le français, de disposer des modes d'emploi et d'instructions rédigées en français pour utiliser un matériel à bon escient et de garantir sa sécurité et celle de son entourage, l'Administration a fait une lecture plus compréhensive du texte. Elle considère que « l'obligation d'employer le français ne s'applique pas aux documents (factures par exemple) échangés par les professionnels, personnes de droit privé françaises et étrangères qui ne sont pas consommateurs ou utilisateurs finaux des biens, produits et services ». Sur le plan fiscal, l'article 289, IV, alinéa 2, du Code général des impôts prévoit que « lorsqu'elle est rédigée dans une langue étrangère, le service des impôts peut, à des fins de contrôle, exiger une traduction en français ».

La facture doit être conservée, sous sa forme originale ou en copie fidèle sur microfilms, bandes ou disques magnétiques, pendant trois ans à compter de la vente ou de la prestation de services. Des délais différents s'appliquent en matière fiscale et commerciale. L'Administration fiscale peut exiger la communication des pièces comptables pendant six ans à compter de leur établissement (art. L. 102 B LPF) ; les commerçants sont par ailleurs tenus de conserver leurs documents comptables et les pièces justificatives (factures) pendant dix ans (art. L. 123-22, al. 2, C. com.).

De manière générale, notre droit de la facturation se montre très exigeant eu égard au nombre de mentions obligatoires qu'il impose. La réforme initiée par l'ordonnance du 24 avril 2019 n'a pas allégé ce formalisme puisqu'elle ajoute au contraire deux nouvelles mentions : l'adresse de facturation si elle est différente de l'adresse des parties et le numéro du bon de commande s'il a été préalablement établi par l'acheteur.

Une ultime difficulté non résolue par la réforme réside dans le fait qu'aux mentions obligatoires du titre IV du Livre IV du Code de commerce s'ajoutent celles requises par le droit des sociétés et les règles fiscales qui ne se confondent que partiellement avec les règles commerciales et adoptent parfois des solutions différentes.

## PLAN

Parmi les principales mentions obligatoires requises par l'article L. 441-9 du Code de commerce figurent :

- la dénomination précise du produit ou du service ;
- le prix unitaire hors taxe ;
- les réductions de prix acquises directement liées à la vente ou à la prestation de services ;
- les escomptes assimilables à une réduction ;
- les conditions de règlement.

## A. Dénomination précise du produit ou du service

### A RETENIR

L'article L. 441-9 impose la mention sur la facture de la «dénomination précise» des produits vendus et des services rendus. La Cour de cassation a indiqué qu'il faut entendre par «dénomination précise du produit», non seulement l'identification de la nature du produit, mais aussi de ses caractéristiques (ex : catégorie de classement de fruits) qui permettent d'assurer la transparence des prix pratiqués. La marque du produit vendu ou son origine et sa catégorie doivent être indiquées.

La désignation ne doit pas être générique. Le professionnel qui commercialise des lots de produits variés doit donc détailler le contenu exact de ceux-ci. L'imprécision des mentions relatives aux produits vendus ou aux services rendus a conduit à de fréquentes condamnations à l'époque où le non-respect de la réglementation était pénalement sanctionné. Trop souvent, en effet, les entreprises se contentaient de mentions vagues du type «coopération commerciale», «mise en avant», «animation-rayon», systématiquement condamnées par le juge qui ne s'estimait pas en mesure de vérifier dans ce cas la réalité et la proportionnalité de la rémunération des services concernés. Lorsque les produits concernés sont de caractéristiques ou de nature différentes, la facture doit les individualiser en les ventilant par format et par prix. Le fait de communiquer ses conditions générales de vente à l'acheteur ne peut se substituer à l'obligation de mentionner précisément les prestations effectuées, et notamment le taux horaire, le temps passé, les fournitures et leurs prix. En effet, les factures doivent se suffire à elles-mêmes et ne peuvent être complétées par des éléments extrinsèques. De même, il a été jugé que la facture des services de coopération doit comporter la désignation précise des services rendus sans qu'il soit nécessaire de se reporter aux contrats en vertu desquels ils sont rendus.

## B. Prix unitaire hors taxe

### A RETENIR

La facture doit mentionner le prix unitaire hors TVA des produits vendus et des services rendus, y compris la contribution Eco-Emballages.

L'exigence de mention du prix unitaire des produits ou services rendus, qui peut paraître anodine, suscite parfois des difficultés. Une société informatique a ainsi été condamnée



pour infraction aux conditions de facturation parce qu'elle n'avait pas fait apparaître le prix unitaire de chaque élément d'une solution informatique vendue aux professionnels. Le prix unitaire hors taxe est le prix unitaire des produits ou des services avant toute imputation des réductions de prix éventuellement accordées par le fournisseur et non le prix final effectivement payé. Ce prix est, en application de l'article L. 410-2 du Code de commerce, librement déterminé. Les parties peuvent donc convenir, sans qu'il puisse leur en être fait grief, d'un prix supérieur à celui du marché. Par extension, aucune règle n'impose à un commissionnaire de transport de préciser, sur les factures adressées aux commettants, le montant de la marge qu'il réalise sur la prestation de transport sous-traitée.

## C. Réductions de prix acquises directement liées à la vente ou à la prestation de services

### 1. Réductions de prix acquises

#### A RETENIR

Est juridiquement acquise la réduction de prix qui constitue pour le client une créance certaine, liquide et exigible, c'est-à-dire dont l'existence est incontestable, le montant déjà chiffré et qui peut être demandée sans terme ni condition. La facture doit indiquer toutes les réductions à caractère automatique, systématique et inconditionnel accordées par le fournisseur.

Ainsi, la Chambre criminelle a affirmé que les ristournes conditionnelles, telles que les ristournes de fin d'année dont le bénéfice n'est acquis au distributeur des produits d'une marque qu'après réalisation de certains seuils de chiffre d'affaires ou d'opérations de promotion, ne peuvent être considérées comme acquises au moment de la vente tant que la condition n'est pas réalisée. Ne doivent donc pas figurer sur la facture les réductions assorties d'une condition suspensive, c'est-à-dire celles dépendant d'un événement futur et incertain. Il a été jugé que lorsque l'acheteur s'est engagé contractuellement à réaliser un objectif en contrepartie d'une réduction de prix, celle-ci doit être indiquée sur la facture puisque l'événement n'est pas incertain en raison de cet engagement. Toutefois, la Chambre commerciale de la Cour de cassation est revenue sur la position de la Chambre criminelle. Selon la Haute juridiction, l'article L. 441-9 du Code de commerce dispose que la facture doit mentionner toute réduction de prix acquise à la date de la vente, mais n'interdit pas d'y faire figurer également une remise conditionnelle.

### 2. Réductions directement liées à la vente ou à la prestation de services

#### A RETENIR

Au caractère acquis de la réduction de prix s'ajoute l'exigence d'un lien direct avec la vente ou la prestation de services facturée. Il s'agit notamment de rendre plus efficace la lutte contre la revente à perte, la facture constituant le document de base dans la détermination du seuil de revente à perte.

En exigeant un lien direct entre la réduction et l'opération facturée, le texte vise à empêcher la mention sur la facture des services de coopération commerciale pour abaisser directement le seuil de revente à perte. Ces accords doivent faire l'objet d'une facturation séparée émanant du distributeur. La règle permet surtout d'éviter la pratique de la

«cagnotte», consistant pour un distributeur à capitaliser des ristournes au moyen d'un prix d'achat artificiellement élevé, et à les utiliser ultérieurement, pendant une période de vente promotionnelle, pour compenser les prix de revente très bas proposés à ce moment-là à la clientèle.

#### D. Escomptes assimilables à une réduction

##### A RETENIR

Les «escomptes non prévus sur la facture» mentionnés in fine de l'article L. 441-9, 1, alinéa 4, ne doivent pas être confondus avec les conditions d'escompte de l'alinéa 5 du même article.

Il s'agit ici des escomptes assimilés à une réduction de prix, qui ne peuvent donc en principe concerner que des escomptes acquis à la date de la vente, c'est-à-dire résultant de conventions d'escompte conclues antérieurement entre l'acheteur et le vendeur et qui prévoiraient l'application automatique d'un paiement anticipé. La Cour de cassation en impose la mention sur la facture dès lors que l'acheteur s'est contractuellement engagé à un règlement anticipé par rapport aux conditions générales de vente.

#### E. Conditions de règlement

##### A RETENIR

La facture doit mentionner la date à laquelle le règlement doit intervenir. Elle précise les conditions d'escompte applicables en cas de paiement à une date antérieure à celle résultant de l'application des conditions générales de vente.

Lorsque le paiement est effectué au comptant, ce mode de règlement doit figurer sur la facture. Le paiement comptant ne dispense pas d'indiquer les conditions de règlement. Les conditions de règlement comprennent :

1) **La date de règlement.** Cette mention doit figurer au recto de la facture. La date s'entend du quantième du mois, du mois et de l'année auxquels le paiement doit être réalisé. Si les paiements sont fractionnés, la date de règlement est celle à laquelle intervient le dernier paiement portant règlement définitif du prix du produit ou du service. Les échéances sont mentionnées si telle est la volonté des parties. La date de règlement est celle convenue entre les parties ; elle peut par conséquent être différente de celle figurant dans les conditions générales de vente. Le règlement est réputé réalisé à la date de mise à disposition des fonds par le client (date convenue ou date des CGV).

2) **Les conditions d'escompte.** Les conditions d'escompte correspondent à tout taux ou montant de réduction du prix en raison du paiement anticipé. Elles doivent être mentionnées sur la facture, à moins que les conditions générales de vente prévoient un règlement au comptant, c'est-à-dire le jour même de la livraison du bien ou du service, ou par virement permanent ou prélèvement automatique, empêchant tout paiement anticipé. Lorsque l'escompte est calculé selon un élément de référence, susceptible d'évoluer dans le temps, comme le taux de l'intérêt légal, la date à laquelle cet élément a été retenu doit être précisée. La date de référence pour l'application de l'escompte est celle

des conditions générales de vente. Aussi, seule la mention des conditions d'escompte pour les paiements intervenant avant cette date est-elle obligatoire. Si la date de règlement convenue entre les parties diffère de celle des conditions générales de vente, les conditions d'escompte pour les paiements effectués entre ces deux dates n'ont pas à être mentionnées sur la facture. Il en va autrement lorsque ces dates coïncident.

**3) Les pénalités de retard.** Les conditions dans lesquelles des pénalités sont imposées pour paiement tardif figurent obligatoirement dans les conditions de règlement. Il s'agit de la somme due en cas de paiement après la date figurant sur la facture, lorsque le versement intervient au-delà du délai fixé par les conditions générales de vente. Leur taux est égal, sauf convention contraire, au taux d'intérêt pratiqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majorée de dix points. Le taux minimum des pénalités de retard est fixé à trois fois le taux d'intérêt légal.

**4) Le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement due au créancier en cas de retard de paiement.** Cette exigence transpose les dispositions de l'article 6 de la directive 2011-7 du 16 février 2011 relative à la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales. Conformément à la directive, l'article D. 441-5 du Code de commerce a fixé ce montant à 40 euro.

#### SECTION 4

### Délais de paiement

L'application des règles françaises relatives aux délais de paiement dans les rapports internationaux a toujours posé problème : faut-il appliquer les sanctions administratives prévues par le droit français en cas d'effet en France de délais de paiement non conformes aux règles françaises ou tenir compte des stipulations des parties ?

La question n'a pas été tranchée en jurisprudence mais a fait l'objet d'avis successifs, pas nécessairement cohérents, de la CEPC.

Dans la mesure où le texte est une loi de police et que des délais de paiement trop longs imposés par des clients étrangers à des fournisseurs français sont susceptibles de produire des effets négatifs en France, la CEPC a d'abord considéré qu'«en l'état du droit positif, on peut penser que les sanctions administratives qui viennent assortir le dépassement des délais impératifs de paiement pourraient être mises en œuvre dans les rapports entre un vendeur français et un acheteur étranger malgré la soumission du contrat à la loi interne d'un État étranger, notamment lorsque l'ensemble de la relation commerciale se déroule en France».

Elle s'est prononcée par la suite sur le cas inverse d'un vendeur étranger et d'un acheteur français dans l'hypothèse où la vente relève de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 (CVIM). Elle a estimé que «les contrats de vente internationale de marchandises relevant de la convention de Vienne du 11 avril 1980 ne sont pas soumis au plafond des délais de paiement prévu par l'ancien article L. 441-6, I, alinéa 9, du Code de commerce», mais a atténué la portée de cette affirmation en retenant que «par l'application combinée de la convention, des principes généraux dont elle s'inspire et de la directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre les

retards de paiement dans les transactions commerciales, les délais de paiement convenus entre les parties ne devraient pas constituer un abus manifeste à l'égard du créancier, c'est-à-dire traduire un écart manifeste par rapport aux bonnes pratiques et usages commerciaux, contraire à la bonne foi et à un usage loyal, compte tenu de la nature du produit». La solution ne devrait pas varier sous l'empire des nouveaux articles L. 441-10 à L. 441-16.

## PLAN

Le droit des délais de paiement :

- définit les délais de paiement maximum ;
- détermine les pénalités de retard ;
- sanctionne les manquements à ses règles.

## I. Délais de paiement maximum

L'ordonnance du 24 avril 2019 a complètement réorganisé les dispositions relatives aux délais de paiement (nouveaux art. L. 441-10 à L. 441-16 C. com.) sans pour autant modifier le régime des délais de droit commun.

Les dispositions relatives aux délais de paiement sont désormais présentées de façon beaucoup plus claire et compréhensible qu'auparavant. Alors que les règles relatives aux délais de paiement étaient jusqu'à présent éparpillées dans quatre articles différents traitant également d'autres questions, elles sont désormais regroupées en une sous-section spécifique, sans modification de fond majeure. La nouvelle sous-section aborde dans un cadre logique les dispositions générales de fond (art. L. 441-10), les dérogations relatives aux denrées périssables, au transport, aux accords dérogatoires, à l'export et à l'outre-mer (art. L. 441-11, 12 et 13), les obligations des commissaires aux comptes (art. L. 441-14), la faculté de rescrit (art. L. 441-15) et les sanctions (art. L. 441-16).

## PLAN

Pour brosser un tableau d'ensemble du droit des délais de paiement, il convient de distinguer entre :

- les délais de paiement de droit commun ;
- les dérogations sectorielles ;
- les dispositions spécifiques aux produits alimentaires périssables ;
- les dispositions spécifiques aux marchés publics ;
- les dispositions spécifiques au transport routier de marchandises.

### A. Délais de droit commun

Au-delà de leur régime légal, les délais de règlement ont fait l'objet de codes de bonne conduite, d'accords interprofessionnels encouragés par les pouvoirs publics et de rapports, préconisant leur réduction progressive. L'ensemble de ces dispositifs législatifs et interprofessionnels ont été jugés insuffisants. Les délais de paiement, en moyenne plus longs en France que dans les autres pays européens (en 2017, 74 jours contre 54 en

Allemagne, 50 aux Pays-Bas et 47 au Danemark), pèsent sur la compétitivité des entreprises qu'ils fragilisent en cas de faillite d'un acteur de la chaîne de production ou de distribution. Aussi, l'action législative au cours de ces dernières années a-t-elle régulièrement eu pour objet de réduire les délais de paiement.

#### A RETENIR

Le délai supplétif fixé par l'article L. 441-10, I du Code de commerce est de trente jours après la date de la réception de la marchandise ou d'exécution de la prestation demandée. Mais les parties peuvent déroger sous certaines limites à ces délais. S'agissant des plafonds des délais conventionnels, le délai de soixante jours à compter de la date d'émission de la facture constitue le principe, et celui de quarante-cinq jours fin de mois, l'exception, qui ne peut s'appliquer que si les parties l'ont expressément stipulé au contrat et à condition qu'il ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier (art. L. 441-10, I, al. 2 et 3).

Compte tenu de la sanction administrative attachée au non-respect des modalités de computation des délais de paiement, les entreprises ont intérêt à les préciser clairement dans le contrat : soixante jours à compter de la date d'émission de la facture ou quarante cinq jours à compter de la fin du mois de l'émission de la facture, ou à la fin du mois à l'expiration d'un délai de quarante cinq jours. En principe, le mode de computation doit au moins figurer dans les CGV du fournisseur.

Pour ne pas désavantager les entreprises exportatrices françaises par rapport à leur concurrentes étrangères, l'article L. 441-12 prévoit que pour les achats de biens destinés à faire l'objet d'une livraison en l'état hors de l'Union européenne, effectués en franchise de la taxe sur la valeur ajoutée en application de l'article 275 du Code général des impôts, le délai de paiement pourra atteindre quatre-vingt-dix jours à compter de la date d'émission de la facture. Néanmoins, la dérogation n'est pas applicable aux achats effectués par les grandes entreprises. En outre, le délai convenu entre les parties devra être expressément stipulé dans le contrat et ne pas constituer un abus manifeste à l'égard du créancier. Si en définitive, les biens ne sont pas exportés en dehors de l'Union, les pénalités de retard mentionnées au II de l'article L. 441-10 redeviennent exigibles.

Enfin, lorsque les parties prévoient une procédure d'acceptation ou de vérification, celle-ci ne peut avoir pour effet ni d'augmenter la durée, ni de décaler le point de départ du délai maximal de paiement, à moins que le contrat ne stipule expressément le contraire et à condition que cela ne constitue pas une clause ou pratique abusive, au sens de l'avant-dernier alinéa de l'article L. 441-16 ou de l'article L. 442-1, sous peine d'amende administrative (art L. 441-10, III, C. com.).

#### B. Dérogations sectorielles

Afin de raccourcir les délais de paiement, le législateur a prévu que leur plafond pouvait être réduit par secteur par des accords interprofessionnels.

Des accords interprofessionnels dans un secteur déterminé pouvaient cependant définir un délai maximum supérieur à quarante-cinq jours si le dépassement était motivé par des raisons économiques objectives, spécifiques au secteur concerné et si l'accord prévoyait

une réduction progressive vers le délai légal du délai dérogatoire. La dérogation devait revêtir une durée limitée et cesser le 1<sup>er</sup> janvier 2012. En application de cette disposition, trente-neuf accords ont été négociés et validés par décret pris après avis de l'Autorité de la concurrence. Entre-temps, la directive 2011-7 du 16 février 2011 s'est substituée à la directive 2000-35. L'article 3, paragraphe 5, de la directive prévoit que «les États membres veillent à ce que le délai de paiement fixé dans le contrat n'excède pas soixante jours civils, à moins qu'il ne soit expressément stipulé autrement par contrat et pourvu que cela ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier». Ce texte, transposé par la loi 2012-287 du 22 mars 2012, a permis à la France de proroger la pratique des accords dérogatoires aux délais de paiement maximum. La dérogation est néanmoins strictement encadrée : elle ne profite qu'aux secteurs qui ont déjà fait l'objet d'accords interprofessionnels et doit être justifiée par le caractère saisonnier particulièrement marqué des produits ou prestations en cause ; l'accord interprofessionnel doit fixer des délais inférieurs à ceux prévus par les précédents accords et avoir une durée maximale de trois ans. Sept accords ont été conclus : dans le secteur du vin, du jouet, du commerce des articles de sport, des véhicules de loisir, de l'horlogerie, bijouterie, joaillerie et orfèvrerie (HBJO), des agro-équipements et dans la filière du cuir.

**L'ordonnance du 24 avril 2019 intègre les délais de plafond dérogatoires à l'article L. 441-11.** Le texte fixe ainsi les délais de paiement pour les achats de produits alimentaires périssables, viandes congelées ou surgelées, poissons surgelés, plats cuisinés, conserves fabriqués à partir de produits périssables, de bétail sur pied et de viandes fraîches dérivées, de boissons alcooliques, de raisins et de moûts, pour le secteur de l'agroéquipement, pour les secteurs dont l'activité est quasi exclusivement saisonnière (articles de sport, équipements pour les sports de glisse sur neige), pour la filière du cuir, pour le secteur de l'horlogerie, bijouterie, joaillerie et orfèvrerie et pour le secteur des jouets. Le III de l'article L. 441-11 exige que le délai maximum soit expressément stipulé par contrat et ne constitue pas un abus manifeste du créancier. Cette exigence ne vaut que pour les secteurs mentionnés aux 6° à 10° du texte. Ne sont pas concernés les produits alimentaires et viti-vinicoles ou le transport routier. En l'absence de stipulation expresse, le délai de droit commun s'applique.

### **C. Dispositions spécifiques aux produits alimentaires périssables**

Bien qu'elles figurent dans le chapitre consacré à la transparence, les dispositions relatives aux délais de paiement de certains produits alimentaires visent en réalité à lutter contre certaines pratiques abusives affectant les relations entre fournisseurs et acheteurs.

**L'article L. 441-11 du Code de commerce fixe des délais de paiement inférieurs aux délais de droit commun pour certains produits, sans qu'il puisse y être dérogé contractuellement.** Sous peine d'amende administrative, ces délais ne peuvent être supérieurs :

1° à trente jours après la fin de la décade de livraison pour les achats de produits alimentaires périssables et de viandes congelées ou surgelées, de poissons surgelés, de plats cuisinés et de conserves fabriqués à partir de produits alimentaires périssables, à l'exception des achats de produits saisonniers effectués dans le cadre de contrats dits de culture visés aux articles L. 326-1 à L. 326-3 du Code rural et de la pêche maritime ;

2° à vingt jours après le jour de livraison pour les achats de bétail sur pied destiné à la

consommation et de viandes fraîches dérivées ;

3° à trente jours après la fin du mois de livraison pour les achats de boissons alcooliques passibles des droits de consommation prévus à l'article 403 du Code général des impôts.

#### D. Dispositions spécifiques aux marchés publics

Des délais de paiement maximums spécifiques existent en matière de marchés publics conclus avec l'État ou ses établissements publics administratifs, sauf exception, lorsque la personne publique est en position d'acheteur. Ils ont été fixés à 30 jours.

Le dépassement du délai de paiement ouvre de plein droit et sans autre formalité pour le titulaire du marché ou le sous-traitant, le bénéfice d'intérêts moratoires à compter du jour suivant l'expiration du délai ainsi que d'une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement.

#### E. Dispositions spécifiques au transport routier de marchandises

Pour le transport routier de marchandises, la location de véhicules avec ou sans conducteur, la commission de transport ainsi que les activités de transitaire d'agent maritime et de fret aérien, de courtier de fret et de commissionnaire en douane, les délais de paiement ne peuvent en aucun cas dépasser trente jours à compter de la date d'émission de la facture.

## II. Pénalités de retard

### A RETENIR

Les conditions de règlement, qui résultent soit directement des CGV soit de la convention après la négociation commerciale, doivent obligatoirement préciser les modalités de calcul et conditions d'application des pénalités pour paiement tardif, ainsi que le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement due au créancier dans le cas où les sommes dues sont réglées après l'expiration du délai. Les pénalités de retard sont exigibles sans qu'aucun rappel ne soit nécessaire.

Le taux minimum des pénalités de retard s'élève à trois fois le taux légal. Le taux applicable en l'absence de mention dans les CGV ou la convention des parties est le taux de la BCE majoré de dix points. Dans cette hypothèse, le taux applicable pendant le premier semestre de l'année concernée est le taux en vigueur au 1er janvier de l'année et pour le second semestre, celui en vigueur au 1er juillet.

L'indemnité forfaitaire de frais de recouvrement, qui ne s'applique qu'entre professionnels, a été fixée à 40 euro ; mais si les frais de recouvrement exposés sont supérieurs à ce montant, le créancier peut demander une indemnisation complémentaire, sur justification. L'indemnité s'applique à chaque facture réglée avec retard par un client à son fournisseur.

Les pénalités de retard, qui ne sont pas assimilables à une clause pénale réductible par le juge, ne peuvent être cumulées avec une telle clause dans l'hypothèse d'un non-paiement à l'échéance : en cas de conflit, les pénalités de l'article L. 441-10 doivent prévaloir dès lors que le taux prévu par la clause ne dépasse pas trois fois le taux de l'intérêt légal.

Comme les intérêts moratoires, avec lesquels elles peuvent en revanche se cumuler, les pénalités de retard peuvent être capitalisées conformément à l'article 1343-2 (ancien art. 1154) du Code civil. On a fait valoir que l'augmentation du taux des pénalités de retard demeurerait sans conséquence dès lors que les pénalités sont rarement réclamées en pratique. Selon la jurisprudence, les pénalités sont dues de plein droit même si elles n'ont pas été indiquées dans les conditions générales de vente.

Les pénalités de retard ne sont considérées comme imposables que lors de leur encaissement.

### III. Sanctions

Comme dans d'autres domaines, les sanctions administratives se sont substituées aux sanctions pénales. Leur application rétroactive à des dépassements commis avant leur introduction n'a pas été jugée contraire aux droits de la défense car elles sont plus favorables aux entreprises. Les textes punissent tout manquement à la réglementation sur les délais de paiement d'une amende administrative d'un montant de 75 000 euro pour une personne physique. Le montant de 2 millions d'euro, combiné à l'absence de tout plafond en cas de cumul d'amendes administratives résultant de la nouvelle rédaction de l'article L. 470-2, VII, peut désormais conduire à l'infliction de sanctions d'un montant colossal, proprement inadmissibles dans un État de droit. En outre, jusqu'alors facultative, la publication de la décision est devenue systématique (C. com., art. L. 470-2, V). Il résulte des travaux préparatoires de la loi ayant consacré un droit à l'erreur des administrés que le non-respect des dispositions sur le délai de paiement de droit commun de 60 jours, considéré comme une erreur grossière, est de ce fait exclu du droit à l'erreur.

En vertu du nouvel article L. 411-16, les amendes administratives punissent :

- le fait de ne pas respecter les délais maximum de paiement (de droit commun et/ou dérogatoires) ;
- le fait de ne pas indiquer dans les conditions de règlement les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard ;
- le fait de fixer un taux ou des conditions d'exigibilité des pénalités de retard contraires aux spécifications de l'article L. 441-10, II ;
- le fait de ne pas respecter les modalités de computation des délais de paiement convenues entre les parties ;
- le fait d'insérer des clauses ou d'adopter des pratiques qui ont pour effet de retarder abusivement le point de départ des délais de paiement.

Le montant de l'amende encourue est porté à 150 000 euro pour une personne physique et 4 millions d'euro pour une personne morale en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive.

La sanction est prononcée par la DGCCRF dans les conditions prévues à l'article L. 470-2 du Code de commerce. Les contestations doivent être portées devant le juge administratif.



Il serait cependant nettement plus approprié que l'Administration poursuive les entreprises auxquelles elle reproche des irrégularités devant les tribunaux de commerce qui ont démontré leur capacité à juger rapidement et de manière efficiente les pratiques abusives poursuivies par la DGCCRF.

De façon générale, s'agissant de la refonte globale de notre droit de la négociation commerciale opérée par l'ordonnance du 24 avril 2019, il n'y a rien à redire quant à la réorganisation et à la clarification des règles relatives aux délais de paiement. Les axes d'amélioration sont plutôt à rechercher dans la pratique des contrôles et des sanctions. L'expérience montre que les contrôles se sont multipliés et qu'ils peuvent aboutir à des amendes pouvant faire l'objet de publications très préjudiciables pour l'image des entreprises alors que les entreprises en cause affichent des taux de paiement dans des délais exemplaires, supérieurs à 95 % par exemple. Il conviendrait de partir du principe que la recherche d'un taux de paiement dans les délais à 100 % est illusoire et qu'il n'est pas équitable de sanctionner, même par des amendes limitées, des entreprises qui affichent des taux de paiement dans les délais très importants, d'autant plus que les retards résiduels sont en général dus à un envoi tardif des factures par les fournisseurs, la responsabilité de l'acheteur étant alors mise en cause parce qu'il aurait omis de relancer ses fournisseurs défaillants. Or, il faut garder à l'esprit que le service en charge du traitement des factures n'est bien souvent pas en mesure de connaître la date précise à laquelle la facture doit être émise par le fournisseur, et qu'il n'est jamais en mesure de savoir à l'avance que le fournisseur adressera sa facture avec retard.

Comme toutes les sanctions administratives prononcées par l'Administration elle-même qui se sont substituées aux sanctions judiciaires prononcées par le juge civil ou pénal à la suite d'une procédure engagée par l'Administration, les sanctions administratives des délais de paiement posent un problème en soi dès lors que le même organe instruit, poursuit et sanctionne, comme l'a fait observer à juste titre la doctrine. La fréquence des contrôles des délais de paiement et l'importance des sanctions prononcées ont conduit certaines entreprises à contester la validité des sanctions administratives des délais de paiement, mais leurs arguments sont quasiment toujours rejetés par la jurisprudence administrative. Ne constituent pas des fait justificatifs ou des circonstances atténuantes le fait que l'auteur du retard de paiement soit lui-même confronté à des dépassements de délais de la part de ses propres clients, ou qu'une partie des factures litigieuses n'aient été réglées qu'avec un très léger retard de paiement.

## SECTION 5

### Règles spécifiques aux produits agricoles périssables

Comme l'expose le rapport au Président de la République sur l'ordonnance 2019-359 du 24 avril 2019, la réforme du titre IV du Livre IV entrée en vigueur le 26 avril 2019 a également pour but de clarifier les dispositions relatives aux produits agricoles et alimentaires en créant un nouveau chapitre III dans le titre IV du Livre IV du Code de commerce au sein duquel ont été regroupées sinon toutes, du moins la plupart des dispositions spécifiquement applicables aux produits agricoles et alimentaires. Cette réorganisation a pour objet de permettre aux opérateurs des secteurs concernés d'identifier les

obligations relatives au formalisme contractuel et aux pratiques qui leur sont applicables.

L'objectif n'est que partiellement atteint puisque bon nombre de règles figurent au sein du Code rural et de la pêche maritime et que les dispositions relatives aux conventions écrites et aux délais de paiement demeurent régies par les chapitres I et II du titre IV du Livre IV.

Le chapitre III consacré aux produits agricoles et alimentaires comprend une succession d'articles très techniques.

**L'article L. 443-4 définit les règles relatives aux indicateurs à prendre en considération dans les CGV et les conventions portant sur des produits agricoles ou alimentaires qui comportent un ou plusieurs produits agricoles.**

Cette disposition est politiquement très importante même si sa mise en œuvre risque de s'avérer difficile, car elle impose un formalisme extrêmement lourd. Le texte vise à s'assurer que tout au long de la chaîne contractuelle, de l'agriculteur au distributeur final, il est tenu compte des indicateurs qui permettent de fixer le prix et sont mentionnés à l'avant dernier alinéa du III de l'article L. 631-24 du Code rural et de la pêche maritime ainsi qu'aux articles L. 631-24-1, L. 631-24-2 et L. 631-24-3.

Pour les produits agricoles ou les produits alimentaires comportant un ou plusieurs produits agricoles, les indicateurs doivent, lorsqu'ils existent, faire l'objet d'une référence et d'une explication de la manière dont il en est tenu compte pour la détermination du prix dans :

- les CGV ;
- la convention écrite de droit commun ;
- la convention MDD portant sur la conception et la production de produits alimentaires répondant aux besoins particuliers de l'acheteur et vendus sous marque distributeur ;
- et la convention produits agricoles périssables.

L'article L. 441-2-2 modifié par l'ordonnance du 24 avril 2019 prévoit que tout manquement à l'interdiction de bénéficier de remises pour l'achat de fruits et légumes frais est passible d'une amende administrative de 15 000 euro pour une personne physique et de 75 000 euro pour une personne morale, montants doublés en cas de récidive dans les deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive.

L'on peut légitimement s'interroger sur la compatibilité de la loi avec le droit européen dans la mesure où elle paraît s'appliquer non seulement aux fruits et légumes produits en France mais aussi aux produits importés et pourrait constituer une mesure d'effet équivalent : elle empêche les exportateurs européens de fruits et légumes de consentir des rabais aux distributeurs français et de concurrencer les producteurs nationaux. On rappellera, à propos du prix du livre fixé par l'éditeur, que la loi Lang n'a été jugée compatible avec le principe de libre circulation des marchandises que parce qu'elle ne s'appliquait pas aux livres importés ou réimportés. En outre, l'exception relative aux conditions de vente prévue par l'arrêt Keck et Mithouard ne semble pas applicable dès lors que le prix ne se

rattache pas de façon évidente à la condition des produits ou aux modalités de vente. Enfin, la mesure, même si elle a été édictée pour la protection du monde rural, apparaît disproportionnée par rapport à l'objectif à atteindre. Il n'est pas certain que l'interdiction de tous rabais, remises ou ristournes dans un secteur apporte aux opérateurs concernés la protection recherchée. Elle présente en revanche des inconvénients majeurs, notamment celui de ne pouvoir récompenser autrement que par la négociation du prix les économies d'échelle liées à l'importance des volumes achetés. Or, la négociation d'un prix en fonction du volume s'avère infiniment plus complexe que celle d'un rabais de quantité.

**Le dispositif de la convention écrite ne concerne pas les produits agricoles périssables. L'article L. 443-2 prévoit la rédaction d'un contrat écrit comprenant les engagements de volumes, les modalités de détermination du prix, et la fixation d'un prix, ainsi que les avantages tarifaires consentis au distributeur.** Certains agriculteurs bénéficient ainsi d'un régime de faveur en vue de les protéger contre la demande de réductions de prix ou de services sans contrepartie. Sont visés par ce régime spécifique :

- les fruits et légumes, à l'exception des pommes de terre de conservation, destinés à être vendus à l'état frais au consommateur ;
- les miels ;
- les œufs ;
- et les viandes fraîches, congelées ou surgelées de volailles et de lapins.

Le législateur a prévu que pour l'ensemble de ces produits, un distributeur ou prestataire de services ne peut bénéficier de réductions de prix ou prévoir la rémunération de services rendus à l'occasion de leur revente, propres à favoriser leur commercialisation et ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, ou de services ayant un objet distinct, qu'à la condition qu'ils aient été stipulés dans un contrat écrit portant sur la vente des produits par le fournisseur. Ce contrat écrit doit impérativement contenir des clauses relatives aux engagements sur les volumes, aux modalités de détermination du prix en fonction des volumes et des qualités et des services concernés et à la fixation d'un prix. Il mentionne les avantages tarifaires consentis par le fournisseur au distributeur au regard des engagements de ce dernier.

L'article L. 443-2, III punit tout manquement à ces règles d'une sanction administrative de 15 000 euro pour une personne physique et 75 000 euro pour une personne morale.

## CHAPITRE II Pratiques restrictives et abusives

---

### INTRODUCTION

---

#### SECTION 1

### Abus de dépendance

#### SOUS-SECTION 1

#### Typologie

I. Obtention d'un avantage dénué de contrepartie ou manifestement disproportionné

II. Soumission ou tentative de soumission à un déséquilibre significatif

- A. Conditions de l'incrimination
- B. Typologie de clauses et de comportements

III. Rupture brutale de relations commerciales établies

- A. Champ d'application
- B. Relation commerciale établie
- C. Rupture
- D. Caractère brutal de la rupture
- E. Sanctions

IV. Participation à la violation de l'interdiction de revente hors réseau

V. Clauses ou contrat nuls de plein droit

- A. Remises, ristournes ou accords de coopération commerciale rétroactifs
- B. Clause du client le plus favorisé

#### SOUS-SECTION 2

### Actions ouvertes en cas d'abus de dépendance

I. Action en responsabilité

- A. Intérêt à agir
- B. Compétence
- C. Spécialisation des juridictions
- D. Référé

II. Action en cessation ou en nullité

- A. Action en cessation
- B. Action en nullité

III. Action du ministre de l'Économie

- A. Pouvoirs d'action
- B. Soumission aux règles de la procédure civile

IV. Action du président de l'Autorité de la concurrence

#### SECTION 2

### Autres abus de dépendance

- I. Pratiques de prix abusivement bas pour certains produits agricoles et alimentaires
- II. Enchères inversées à distance

### SECTION 3

## Revente à perte

### I. Prohibition

- A. Champ d'application
- B. Élément matériel : le seuil de revente à perte
- C. Élément intentionnel
- D. Compatibilité avec le droit européen

### II. Exceptions

- A. Exception d'alignement
- B. Produits à caractère saisonnier
- C. Produits périssables
- D. Produits démodés
- E. Baisse des cours
- F. Ventes volontaires ou forcées
- G. Soldes

### III. Responsabilité pénale

- A. Imputation
- B. Sanctions pénales
- C. Action de la partie civile

### IV. Responsabilité civile

### SECTION 4

## Prix imposés

### I. Typologie

- A. Imposition de prix conseillés
- B. Prix maximum inférieur au seuil de revente à perte
- C. Clauses de prix imposés

### II. Sanctions

### SECTION 5

## Paracommercialisme

### I. Typologie

- A. Pratiques paracommerciales des organismes à vocation non commerciale
- B. Utilisation irrégulière du domaine public

### II. Sanctions

## CHAPITRE II Pratiques restrictives et abusives

### INTRODUCTION

Les règles relatives à la transparence tarifaire assurent aux opérateurs économiques une meilleure information sur les prix et les conditions de vente. Elles permettent également aux industriels et commerçants d'organiser librement leurs relations, dans le respect, toutefois, de prescriptions légales non dénuées d'un certain formalisme destiné à garantir la loyauté des transactions. Cette loyauté est assurée parallèlement par le droit des pratiques restrictives. Ces dispositions sont dominées par le principe d'égalité dans la concurrence. Selon cette conception qui domine encore largement le droit positif français, un fournisseur ou un acheteur ne doit pas être désavantagé dans la concurrence par rapport à un autre fournisseur ou acheteur se trouvant dans une situation identique, ni être victime de l'état de dépendance dans lequel il se trouve à l'égard de son partenaire commercial. Les relations commerciales doivent être loyales et équilibrées. La revente à perte et la pratique d'un prix minimum sont par conséquent interdites sous peine de sanctions ; les abus de dépendance engagent la responsabilité civile de leur auteur. Enfin, la loyauté de la concurrence implique un contrôle de certaines formes de paracommercialisme. En revanche, le refus de vente et de prestations et les pratiques discriminatoires ne sont plus prohibés *per se* en droit français.

#### PLAN

Les «pratiques restrictives» au sens de la loi recouvrent :

- les abus de dépendance ;
- les «autres» abus de dépendance ;
- la revente à perte ;
- les prix imposés ;
- le paracommercialisme.

#### SECTION 1

### Abus de dépendance

La sanction de l'abus de dépendance économique sur le fondement des pratiques anti-concurrentielles (art. L. 420-2) ayant révélé ses limites, il est apparu nécessaire de créer des cas d'abus de dépendance, prohibés *per se* et sanctionnés civilement. Bien que le texte soit aussi susceptible de s'appliquer aux relations que les producteurs entretiennent avec leurs propres fournisseurs, il visait essentiellement à sanctionner certains abus de puissance d'achat, tels que le déréférencement ou le non-référencement abusifs, dont sont parfois victimes les fournisseurs de la part de certains grands distributeurs ou de leurs centrales, tenant ainsi compte de l'évolution des relations commerciales, caractérisée par un renversement du rapport de forces traditionnel entre fournisseurs et distributeurs au profit de ces derniers. L'efficacité de ces dispositions a été très limitée dans la mesure où les fournisseurs, en situation de faiblesse, n'ont souvent d'autre choix que d'accepter les conditions qui leur sont imposées pour assurer le maintien de leurs débouchés.

Une suite de réformes successives a abouti à un texte complexe qui comportait treize cas d'abus de dépendance réprimés *per se* (sans compter les abus de dépendance dans le domaine agricole) et cinq clauses noires. En pratique, l'efficacité de ces dispositions était extrêmement variable. Si la rupture de relations commerciales établies a fait l'objet d'une jurisprudence abondante, certains abus de dépendance n'ont le plus souvent été appliqués que dans le cadre d'actions intentées par l'Administration alors que d'autres n'ont pratiquement jamais été invoqués.

L'ordonnance du 24 avril 2019 prise en application de la loi EGalim du 30 octobre 2018 simplifie le régime des abus de dépendance. Le nouvel article L. 442-1, I ne conserve que deux pratiques chapeaux : «l'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie» (1°) et le déséquilibre significatif (2°). Viennent ensuite quatre comportements spécifiques :

- la rupture brutale de relations commerciales établies (art. L. 442-1, II) ;
- l'interdiction de revente hors réseau (art. L. 442-2) ,
- la possibilité de bénéficier rétroactivement de remises, ristournes ou d'accords de coopération commerciale (art. L. 442-3, a)) ;
- la possibilité de bénéficier automatiquement de conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant (art. L. 442-3, b)).

Si, conformément au souhait de la doctrine, le déséquilibre significatif semble constituer le pivot du droit des pratiques abusives, notamment grâce à la suppression de toute référence au partenariat commercial, le Gouvernement a maintenu des comportements abusifs sans lien avec la soumission, comme l'interdiction de la participation directe ou indirecte à la violation d'une interdiction de revente hors réseau, ou l'obtention d'un avantage sans contrepartie ou assorti d'une contrepartie disproportionnée. Selon le rapport au Président de la République sur l'ordonnance 2019-359, les abus de dépendance qui ne sont plus visés pourront toujours être sanctionnés sur l'un ou l'autre des fondements plus généraux. En effet, l'article L. 442-1 appréhende les comportements abusifs de la négociation à l'exécution du contrat.

Le droit des relations commerciales établies avait par ailleurs besoin d'être clarifié pour mettre fin à des dérives jurisprudentielles souvent sources d'insécurité juridique. Il était notamment souhaitable que le délai de préavis soit plafonné. L'article L. 442-1, II tient compte en partie de ces demandes et précise qu'un préavis de 18 mois exonère la partie qui met fin à la relation de sa responsabilité pour rupture de relations commerciales établies sans préavis suffisant.

L'article L. 442-4 relatif aux actions en cas d'abus de dépendance permet enfin aux victimes de formuler les mêmes demandes que le ministre de l'Économie, à l'exception de l'amende civile, dont le plafond est fixé au plus élevé des montants suivants : 5 millions d'euro, le triple du montant des prestations et/ou avantage indûment perçus, 5 % du chiffre d'affaires de l'entreprise.

Il retient pour les comportements qu'il prohibe la responsabilité de toute personne exerçant une activité de production, de distribution ou de services pour un préjudice causé dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un

contrat. La question se pose toutefois de savoir quelles sont les personnes qui pourraient invoquer ce texte. Les professions libérales, notamment, sont-elles exclues de son champ d'application ? Selon une jurisprudence dominante, les professions libérales réglementées ne sont généralement pas autorisées à pratiquer des actes de commerce et les règles relatives à la rupture brutale de relations commerciales établies ne leur sont donc pas applicables au moins pour la partie non commerciale de leur activité. L'article L. 442-1, II du Code de commerce issu de l'ordonnance du 24 avril 2019 faisant référence à la notion de «relation commerciale établie», la jurisprudence antérieure qui excluait les professions libérales du champ d'application du droit de la rupture des relations commerciales, au moins pour la partie de leur activité non commerciale, devrait continuer de s'appliquer. En revanche l'incertitude demeure pour les dispositions relatives à l'obtention d'un avantage disproportionné ou au déséquilibre significatif. Dans son rapport au Président de la République, le Gouvernement précise que la notion d'«autre partie» permet d'inclure toutes les situations où la pratique illicite est imposée au cocontractant dans le cadre d'une activité de production, de distribution ou de services.

Enfin, la directive 2019/633 du 17 avril 2019 relative aux pratiques commerciales déloyales dans le secteur agroalimentaire pourrait donner lieu à de nouvelles retouches du droit de la négociation commerciale d'ici le 1er mai 2021. En effet, alors que le droit français vient d'opter pour une approche globale des pratiques abusives, regroupées sous deux incriminations chapeaux en lieu et place des treize précédemment sanctionnées, la directive réintroduit un système de liste de pratiques prohibées *per se* ou autorisées sous conditions, plutôt qu'une définition générale des pratiques commerciales déloyales. Le besoin d'harmonisation ne concernera que les pratiques imposées par les acheteurs aux fournisseurs dans la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, ce qui nécessitera d'établir de nouvelles distinctions au sein des règles françaises, à moins que le législateur français ne décide, ce qui apparaît peu probable, d'étendre l'application des règles protectrices à l'ensemble des secteurs de l'économie française. La directive est d'harmonisation minimale : les Etats membres peuvent adopter ou maintenir des règles assurant un niveau de protection plus élevé aux fournisseurs (art. 9). Elle définit plusieurs fourchettes de chiffres d'affaires susceptibles de traduire une disproportion du pouvoir de négociation entre acheteurs et fournisseurs. Le plafond de protection de ces derniers est fixé à 350 millions d'euro de chiffre d'affaires (art. 1er, paragr. 2). Pour bénéficier de la protection, il suffit que l'une au moins des deux parties soit établie dans l'Union. La directive dresse une liste noire et une liste grise de pratiques commerciales déloyales. Les premières sont interdites *per se*, les secondes uniquement si elles ne sont pas préalablement stipulées en termes clairs et dépourvus d'ambiguïté dans l'accord de fourniture ou dans tout accord ultérieur entre le fournisseur et l'acheteur.

Parmi les pratiques interdites *per se*, on peut citer :

- l'interdiction des délais de paiement excédant 30 jours pour les produits agricoles ou alimentaires périssables ou 60 jours pour les produits non périssables ; si ces délais semblent conformes à ceux déjà prévus par les articles L. 441-10 et L. 441-11 du Code de commerce, leurs points de départ diffèrent ;
- l'interdiction des annulations de commandes de produits agricoles et alimentaires périssables à bref délai ; la modification unilatérale des conditions contractuelles ; le



transfert des risques de la perte ou de la détérioration de la chose au fournisseur ; la menace de représailles commerciales à l'encontre d'un fournisseur qui exerce ses droits contractuels ou légaux ; ces pratiques tombent sous le coup de l'actuel article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce, qui sanctionne le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, mais le texte français exige la preuve d'une soumission ou tentative de soumission ainsi que celle d'un déséquilibre alors que le droit de l'Union les prohibe per se ;

- l'imposition de paiements qui ne sont pas en lien avec la vente des produits du fournisseur ; une telle pratique relève de l'actuel article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce, qui prohibe l'obtention d'un avantage ne correspondant à aucune contrepartie.

Les pratiques interdites si elles ne sont pas préalablement convenues en termes clairs et dépourvues d'ambiguïté dans l'accord entre l'acheteur et le fournisseur relèveraient de l'article L. 442-1, I, 1°, telles que les demandes, par le fournisseur, de paiement i) du stockage, de l'exposition, du référencement ou de la mise à disposition de ses produits ; ii) de la publicité faite par l'acheteur pour les produits du fournisseur ; iii) de la commercialisation de ses produits ; iv) des frais de personnel affectés à l'aménagement des locaux utilisés pour la vente des produits du fournisseur. En effet, la plupart de ces fonctions ne se distinguent pas de l'achat-vente et ne devraient pas être facturées par l'acheteur. Le texte européen vise également le renvoi gratuit des invendus au fournisseur, pratique susceptible de tomber sous le coup de l'interdiction du déséquilibre significatif.

#### PLAN

Nous examinerons successivement :

- les types d'abus de dépendance ;
- les actions ouvertes en cas d'abus de dépendance.

#### SOUS-SECTION 1

### Typologie

#### PLAN

Depuis l'ordonnance du 24 avril 2019, les abus de dépendance recouvrent :

- l'obtention d'un avantage dénué de contrepartie ou manifestement disproportionné ;
- la soumission ou la tentative de soumission à un déséquilibre significatif ;
- la rupture brutale de relations commerciales établies ;
- la participation à l'interdiction de revente hors réseau ;
- les clauses nulles de plein droit.

## I. Obtention d'un avantage dénué de contrepartie ou manifestement disproportionné

### A RETENIR

Le fait 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 contrepartie consentie engage la responsabilité de son auteur (art. L. 442-1, I, 1°). La coopération commerciale constitue le terrain d'élection de cette pratique abusive.

Tenant compte de la jurisprudence, l'ordonnance du 24 avril 2019 a étendu le texte au-delà de la coopération commerciale, aux réductions de prix ainsi qu'à tout avantage.

Pour constituer une contrepartie, le service rendu doit présenter une véritable utilité pour le fournisseur, et non seulement pour le distributeur et ne pas avoir déjà été facturé par ailleurs. Lorsqu'il est conforme à l'intérêt commun des parties, le juge doit s'assurer de la contribution de chacun à son financement. Le distributeur doit démontrer la réalisation effective du service, la preuve contraire pouvant résulter de son absence de définition ou de l'imprécision de celle-ci.

La preuve d'une disproportion manifeste entre l'avantage et sa contrepartie doit être établie. La Cour de cassation a estimé, sous l'empire de l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce, que le texte a défini de manière claire, précise et non ambiguë le comportement qu'il vise, sans qu'il soit possible de faire valoir qu'il ne permet pas aux parties de savoir par avance quand la rémunération du service sera considérée comme manifestement disproportionnée. Le faible montant de la rémunération de services de coopération commerciale peut ainsi exclure l'obtention d'un avantage dénué de contrepartie. Toutefois, si la faiblesse du chiffre d'affaires réalisé par le distributeur sur le ou les produits concernés par une action de coopération commerciale ou l'absence de progression significative des ventes pendant cette période de référence peuvent constituer des éléments d'appréciation, elles ne peuvent à elles seules constituer la preuve de la disproportion manifeste, les distributeurs qui concluent des accords de coopération commerciale n'étant pas tenus à une obligation de résultat. À l'inverse, selon la Cour d'appel de Paris, même l'augmentation du chiffre d'affaires des fournisseurs concernés ne suffirait pas à démontrer la réalité du service facturé par le distributeur. L'appréciation doit être globale : l'on ne saurait pointer le caractère disproportionné de la rémunération d'un service lorsque celui-ci n'est pas représentatif de l'ensemble des prestations facturées. La disproportion peut en revanche s'établir en comparant la rémunération versée au distributeur avec celle facturée par des tiers pour des services similaires ou au regard de la différence des taux appliqués pour le même service selon les fournisseurs.

L'exercice de l'action qui tend à sanctionner l'obtention d'un avantage sans contrepartie n'est pas subordonné à la preuve d'un mouvement de fonds du fournisseur au distributeur : l'avantage peut être consenti en nature. De même, il n'est pas nécessaire de prouver l'existence d'un vice du consentement ou d'une quelconque pression exercée sur le fournisseur, même si l'absence de dépendance d'un partenaire envers l'autre et la preuve d'une réelle négociation sont susceptibles d'exclure l'application du texte.

Le distributeur qui a obtenu de ses fournisseurs des rémunérations manifestement dis-

proportionnées devra rembourser le trop-versé, c'est-à-dire les montants qui excèdent la valeur réelle des services rendus.

## II. Soumission ou tentative de soumission à un déséquilibre significatif

L'article L. 442-1, I, 2° réprime le fait de soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Après avoir été surtout employé dans le cadre d'actions de la DGCCRF contre les enseignes de la grande distribution, au point que la doctrine a pu caractériser une application duale du texte entre la grande distribution, fréquemment et sévèrement sanctionnée, et les autres acteurs économiques, faisant l'objet d'une application plus rare et surtout plus modérée, il commence à être utilisé contre les GAFAs et pourrait à terme constituer un nouvel outil de lutte contre leurs pratiques.

L'ordonnance du 24 avril 2019 a indéniablement étendu le champ d'application de l'article L. 442-1, I, 2° en abandonnant la notion de partenaire commercial au profit de celle d'autre partie. Il reste que le texte pose des conditions très précises puisqu'il subordonne son application à l'existence d'un contrat, du stade de sa négociation à celui de son exécution, entre personnes exerçant une activité de production, de distribution ou de services. Enfin, la jurisprudence constante qui écartait l'application de l'ancien article L. 442-6 aux activités soumises à une réglementation spéciale (banque, bail commercial, droit des sociétés, etc.) devrait perdurer.

### PLAN

Nous présenterons successivement :

- les conditions de l'incrimination ;
- une typologie de clauses et de comportements abusifs.

### A. Conditions de l'incrimination

#### PLAN

Pour que l'article L. 442-1, I, 2° s'applique, trois conditions doivent être satisfaites :

- l'existence d'une «autre partie» ;
- une soumission ;
- un déséquilibre significatif.

#### 1. Du «partenaire commercial» à l'«autre partie»

L'ancien article L. 442-6, I, 2° faisait référence à la notion de partenaire commercial pour punir le déséquilibre significatif. Le partenaire s'entendait de tout professionnel qui exerce une activité de production, de distribution ou de service, notamment des fabricants, grossistes, vendeurs ou acheteurs.

Certains rapports de droit ou activités étaient cependant exclus du champ d'application du texte. Il en allait ainsi des activités des sociétés de financement, qui ne relèvent que du

Code monétaire et financier, des relations entre les associés-coopérateurs et la coopérative, qui sont soumises au seul droit des sociétés, ou de celles entre le bailleur d'un local de centre commercial et le preneur, qui ressortissent au seul statut des baux commerciaux, en l'absence de concours des partenaires à une quelconque activité de production, de distribution ou de services. Les modalités de retrait du membre d'un GIE, prévues par le contrat constitutif ou par une clause du règlement intérieur de ce groupement, étaient également exclues du champ d'application du texte.

Les juges du fond exigeaient, à l'instar de l'ancienne jurisprudence en matière de pratiques discriminatoires, une relation commerciale entre l'auteur de la clause et celui à qui elle est imposée. Le processus de sélection du partenaire, en particulier le recours à une procédure d'enchères électroniques inversées, n'était pas justiciable de l'ancien article L. 442-6, I, 2°, dès lors qu'il se situait en amont de la conclusion du contrat. De même, le déséquilibre ne pouvait être invoqué ni par un concurrent de l'une des parties, ni par un tiers au contrat, dès lors que le texte impliquait l'existence d'échanges commerciaux directement entre les parties. En effet, la qualification de partenaire commercial impliquait une continuité dans la relation d'affaires. Elle ne pouvait se limiter à une opération ponctuelle de location financière, dès lors qu'un tel contrat ne traduisait pas une volonté commune et réciproque d'entreprendre de concert des activités de production, de distribution ou de services. Un contrat de maintenance d'appareil de reprographie ne relevait pas davantage de l'ancien article L. 442-6, I, 2° lorsqu'il ne s'inscrivait pas dans des rapports de distribution ou de partenariat. Allant plus loin, la Cour d'appel de Paris avait même exigé des relations commerciales générant un courant d'affaires stable et continu. La Cour de cassation a censuré cette approche restrictive du partenariat, estimant que par ces exigences, la cour d'appel avait ajouté à la loi des conditions qu'elle ne comportait pas. Interprétant l'ancien article L. 442-6, I, 2° à la lumière du nouvel article L. 442-1, I, 2°, la Haute juridiction a posé en principe que le partenaire commercial est la partie avec laquelle l'autre partie s'engage, ou s'apprête à s'engager, dans une relation commerciale.

Le champ d'application du nouvel article L. 442-1, I, 2° apparaît plus étendu en raison de l'abandon de la notion de partenaire commercial au profit de celle d'«autre partie» et de son applicabilité à la phase précontractuelle. Néanmoins, le texte pose des conditions très précises en subordonnant son application à l'existence d'un contrat, du stade de sa négociation à celui de son exécution, entre personnes exerçant une activité de production, de distribution ou de services. Il n'existe pas d'éléments nouveaux allant à l'encontre de la jurisprudence constante qui écartait l'application de l'ancien article L. 442-6 aux activités soumises à une réglementation spéciale (banque, bail commercial, droit des sociétés, etc.) qui devrait perdurer.

## 2. Soumission

### A RETENIR

Le texte punit la soumission comme la tentative de soumission. Dès lors, le juge n'est pas tenu de mesurer les effets précis du déséquilibre identifié. La tentative ne résulte pas nécessairement de l'exercice de pressions irrésistibles ou d'une coercition.

Dans un premier temps, la jurisprudence, y compris de la Cour de cassation, a admis que

la soumission ou la tentative de soumission pouvait résulter de l'existence d'un rapport de forces déséquilibré entre les parties, voire de la seule insertion, par le distributeur, d'une clause déséquilibrée dans ses contrats-types. Néanmoins, sans doute par souci de canaliser une application exagérément extensive du texte, elle adopte aujourd'hui une interprétation restrictive, qui la conduit à estimer que la concentration du marché de la distribution ou l'insertion de clauses déséquilibrées par un distributeur puissant ne constituent pas des conditions suffisantes pour caractériser la soumission, mais seulement des éléments d'un faisceau d'indices qui doit nécessairement être complété par la preuve d'une absence de négociation effective.

### EXEMPLES

#### Quels indices permettent d'établir la preuve de l'absence de négociation ?

- le refus systématique ou le défaut de réponse du distributeur aux demandes de modifications ou aux réserves des fournisseurs, qui confère aux accords le caractère de contrats d'adhésion ;
- la prévalence systématique, sans négociation possible, des conditions générales d'achat du distributeur sur les conditions générales de vente du fournisseur ;
- le fait que la clause figure non pas dans les conditions générales des fournisseurs, mais dans l'annexe du contrat-type établi par le distributeur, paraphée sans modification par l'ensemble de ses partenaires ;
- le fait que, contrairement aux autres stipulations du contrat, la clause ne comporte pas d'espace libre pour en modifier le contenu et ne fait pas l'objet de négociation véritable eu égard à l'uniformité des conditions appliquées à tous les fournisseurs ;
- le fait qu'une centaine de distributeurs réunis ne parviennent pas à obtenir la modification d'une clause imposée par leur fournisseur ;
- le fait que des clauses manifestement contraires aux intérêts des fournisseurs soient rédigées de manière uniforme, générale et imprécise, sans que la preuve soit apportée qu'une véritable discussion portant sur leur insertion ou leur suppression ait eu lieu entre les parties.

En revanche, il est indifférent que parmi les fournisseurs, certains disposent d'un réel pouvoir de négociation, dès lors que le ministre peut limiter ses prétentions aux contrats conclus par ceux qui ne bénéficient pas d'un tel pouvoir.

Le distributeur qui récuse la soumission à un déséquilibre doit apporter la preuve de l'existence des exceptions négociées par les fournisseurs : l'accord passé avec un seul client n'établit pas, à lui seul, que le distributeur fait facilement droit à une demande de suppression de la part de ses autres fournisseurs. Le distributeur ne peut pas non plus se contenter de produire des contrats anonymisés ou incomplets qui ne permettent pas d'apprécier le poids de leurs signataires ni de vérifier si les modifications obtenues ne sont pas contrebalancées par d'autres dispositions ou l'attestation d'un fournisseur selon laquelle aucun déséquilibre n'affecte les accords qu'il prétend avoir librement signés avec une grande enseigne, dès lors que son auteur est concerné par la procédure.

Le fournisseur qui ne démontre pas avoir soulevé une quelconque objection à certaines des conditions proposées par le distributeur, alors qu'il en a contesté d'autres et obtenu des modifications, n'établit pas la condition de soumission à un déséquilibre. De même, le fournisseur qui a pu négocier le prix, obtenir la suppression d'une clause de reprise des invendus ou la diminution du taux des remises accordées au distributeur, ou de plusieurs autres clauses de la convention, ne peut prétendre avoir été «soumis» à un déséquilibre significatif. Enfin, le distributeur qui ne répond pas dans le délai imposé par le fournisseur à son offre de contrat et conteste l'application de la convention annuelle témoigne d'une force de négociation qui exclut le grief de soumission à un déséquilibre significatif, à plus forte raison lorsqu'il distribue de manière prépondérante des marques concurrentes.

Lorsque la preuve d'une soumission ou d'une tentative de soumission à des clauses déséquilibrées n'est pas établie, il n'est pas nécessaire de vérifier l'existence d'un déséquilibre.

### 3. Déséquilibre significatif

Qu'est-ce qu'un déséquilibre significatif ?

Approuvant les grandes tendances qui se dégagent des décisions rendues au fond, la Cour de cassation a précisé la notion de déséquilibre.

#### A RETENIR

Selon la Haute juridiction, constitue une clause déséquilibrée une stipulation qui impose une obligation dénuée de réciprocité (sauf si l'absence de réciprocité peut être objectivement justifiée) ou de contrepartie, dont l'application est laissée à l'entière appréciation de l'une des parties, ou qui n'a pas fait l'objet de négociation. Le déséquilibre peut également résulter de la disproportion entre les droits et obligations des parties.

Selon le juge, l'équilibre des droits et obligations des parties s'apprécie au regard de l'économie juridique du contrat et non de sa rentabilité économique. En revanche, la mise en œuvre d'une pratique discriminatoire ne traduit pas en soi l'existence d'un déséquilibre et ne saurait donc être sanctionnée sur le fondement de l'article L. 442-1, I, 2° (ancien art. L. 442-6, I, 2°) du Code de commerce.

Comme l'article L. 212-1 du Code de la consommation, l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce, qui utilise l'expression plurielle «des obligations créant un déséquilibre dans les droits et obligations des parties» semble préconiser une appréciation globale de l'équilibre des obligations des parties. Alors que la plupart des juges du fond s'étaient prononcés en faveur d'une telle méthode, certains avaient privilégié une appréciation clause par clause et d'autres retenu que le distributeur qui souhaite que le juge se livre à une appréciation globale de l'équilibre du contrat, doit établir l'existence de clauses susceptibles de compenser le déséquilibre des obligations individuelles qui lui est reproché. **La Cour de cassation a tranché en faveur d'une analyse concrète et globale du contrat, qui tient compte du contexte de sa conclusion et vérifie si les clauses éventuellement déséquilibrées ne sont pas corrigées par d'autres stipulations.** Par ailleurs, le juge estime qu'une entreprise ne peut, pour établir le déséquilibre, effectuer un rapprochement entre deux obligations respectives des parties, sans aucun lien l'une avec l'autre. Un prestataire ne prouve pas davantage que certaines clauses du contrat en rééquilibrent d'autres

lorsque l'accord n'a pas été négocié et que les avantages qu'il prétend accorder à l'autre partie sont rémunérés par cette dernière et ne sont pas propres à son service.

Le juge a toujours adopté une solution plus sévère que celle retenue jusqu'à présent en droit de la consommation lorsque se pose la question de l'applicabilité de l'article L. 442-1 à une clause qui n'a pas été mise en œuvre ou qui n'est plus appliquée. Alors qu'en pareille hypothèse, il estimait l'action des associations de consommateurs irrecevable, il accueille au contraire sans réserve l'action du ministre. Selon lui, l'article L. 442-1 vise aussi bien l'acte consommé que la tentative et l'action du ministre en matière de police économique ne peut être assimilée à celle des associations de consommateurs qui ne font que contribuer, aux côtés des pouvoirs publics, au respect des droits des consommateurs, sans en être les garants. De même, alors que le droit de la consommation ne sanctionne que les clauses abusives, le droit commercial du déséquilibre significatif a été interprété largement par la jurisprudence et appliqué à des comportements unilatéraux dans la mesure où il ne vise pas uniquement des «clauses» mais des «obligations déséquilibrées». Le régime de sanction des clauses abusives entre professionnels du droit de la consommation se rapproche du droit de la consommation en ce qu'il permet aux associations de défense des consommateurs de demander à la juridiction civile ou pénale de déclarer une clause abusive réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le défendeur avec des consommateurs, y compris dans les contrats qui ne sont plus proposés, et de leur ordonner d'en informer les consommateurs concernés par tout moyen approprié.

## B. Typologie de clauses et de comportements

Un déséquilibre significatif des droits et obligations des parties peut se matérialiser dans une grande variété de clauses : clauses déséquilibrées en matière de révision de prix, de parité, de transfert des risques, relatives aux délais de paiement, fixant les pénalités de retard, sanctionnant une inexécution, limitatives ou exonératoires de responsabilité, fixant la rémunération manifestement disproportionnée de services de coopération commerciale, de renonciation au bénéfice de créances résultant d'une action en justice, relatives à la rupture, imposant la charge des retours au fournisseur des produits dégradés par la clientèle ou encore relatives à la cession du contrat. Il a été jugé que les règles du droit de la consommation prohibant les clauses qui réduisent le droit à réparation des consommateurs sont transposables au contentieux de l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce.

### EXEMPLES

**Quelles sont les clauses qui présentent un caractère déséquilibré au sens de l'article L. 442-1, I, 2° ?**

- la clause qui prévoit que «chaque partie s'engage à intervenir dans toute procédure ou instance qui viendrait à être engagée par un tiers au contrat, pour faire valoir sa position sur celui-ci tel qu'il a été négocié ou conclu», qui par la généralité de ses termes, dépourvus d'exceptions, de limites ou de prise en considération de circonstances particulières, porte atteinte au droit d'agir en justice ;
- la clause qui conduit à renverser la charge de la preuve de la réalisation de sa prestation par le distributeur, en posant une présomption d'exécution de celle-ci en cas

de règlement par le fournisseur ;

- des demandes de renégociation des accords conclus formulées en cours d'année ;
- le fait d'imposer, sans l'accord du fournisseur, des codes promotionnels sur certains produits de sa marque ;
- des notes de débit, postérieures à la conclusion de la convention unique ;
- la clause d'un contrat de location financière qui, en liant la maintenance à la location du matériel financé, a pour effet d'imposer au preneur la reconduction indéfinie du contrat sous peine de s'exposer à des paiements exorbitants ;
- la clause qui impose au preneur un préavis de rupture d'un an alors que le bailleur peut résilier le contrat sous huit jours.

Dans des affaires ne concernant pas les rapports entre les fournisseurs et la grande distribution, des clauses de fixation d'un prix forfaitaire, de reconduction tacite, de préavis, de non-concurrence et d'exclusivité, des clauses pénales ou prévoyant la facturation de l'intégralité de la période en cas de résiliation ou de non-paiement d'une facture à l'échéance ou encore des clauses résolutoires ou d'arbitrage n'ont pas été jugées, en elles-mêmes et en raison de leur caractère usuel dans les relations commerciales, source de déséquilibre.

Pour être sanctionnés, des comportements unilatéraux doivent revêtir les mêmes caractères que les clauses jugées abusives. Tel n'est pas le cas de la réduction des encours par un fournisseur en raison d'une baisse d'activité entre les partenaires et de l'exigence d'un paiement comptant des marchandises, tant que subsistent des impayés.

Le déséquilibre n'est caractérisé que lorsqu'aucune autre clause du contrat ne vient le compenser. De même, le déséquilibre supposant l'absence de réciprocité, la clause résolutoire contenue dans un contrat de distribution ne peut caractériser un déséquilibre significatif dès lors qu'elle peut être mise en œuvre par chacune des parties.

La jurisprudence a exclu que le droit du déséquilibre significatif puisse être invoqué pour sanctionner une pratique discriminatoire compte tenu de l'abrogation par la loi LME de l'interdiction per se des pratiques discriminatoires entre entreprises. De même, il a été jugé que les avantages obtenus dans le cadre d'une transaction ayant fait l'objet de concessions réciproques ne peuvent être revus sur le fondement du déséquilibre significatif.

Une partie peut-elle remettre en cause une clause relative à la détermination du prix, par exemple une remise ou une ristourne obtenue d'un fournisseur, ou même le prix lui-même, en faisant valoir que cette clause ou le prix convenu traduisent une soumission à un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties ? En principe, la question devrait recevoir une réponse négative : l'appréciation du déséquilibre significatif ne devrait pas pouvoir porter sur l'adéquation du prix à la prestation.

L'on sait en effet que le droit des clauses abusives en matière de consommation exclut expressément le contrôle de l'adéquation du prix à la prestation, sauf en cas de clauses obscures. Si l'on a entendu protéger le fonctionnement du jeu du marché et la liberté de fixation des prix dans les relations entre professionnels et consommateurs, tel devrait



être a fortiori le cas entre professionnels.

Alors que le Tribunal de commerce de Paris a suivi ce raisonnement et écarté la remise en cause de remises ou ristournes par le biais du déséquilibre significatif, la Cour d'appel de Paris a autorisé le contrôle du prix ou tout au moins celui des clauses relatives à la détermination du prix.

La Cour de cassation affirme clairement que «l'article L. 442-1, 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». L'immixtion du juge dans la détermination du prix convenu entre partenaires commerciaux pose problème. Dans une économie de marché, le contrôle judiciaire du prix doit demeurer exceptionnel. La faculté de remise en cause de l'accord des parties sur un élément aussi déterminant pendant la durée de prescription de 5 ans fragilise les contrats et crée une insécurité juridique importante. Cette jurisprudence doit conduire les parties à une prudence accrue dans la justification du prix et de ses composantes, rabais, remises et ristournes notamment. La prudence s'impose d'autant plus que par le même arrêt, la Cour de cassation impose une contrepartie à toute réduction de prix en affirmant que «le principe de libre négociabilité n'est pas sans limite et que l'absence de contrepartie ou de justification aux obligations prises par les cocontractants, même lorsque ces obligations n'entrent pas dans la catégorie des services de coopération commerciale, peut être sanctionnée au titre de l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce, dès lors qu'elle procède d'une soumission ou d'une tentative de soumission et conduit à un déséquilibre significatif». Enfin, saisi d'une QPC, le Conseil constitutionnel a définitivement validé le contrôle juridictionnel du prix : il a considéré qu'il n'est contraire ni au principe de légalité des délits et des peines, ni aux libertés contractuelles et d'entreprendre.

Cette évolution de la jurisprudence est préoccupante. Elle conduira en pratique à deux réactions. La première consistera à une négociation en prix nets dès lors qu'un prix net sera plus difficile à contester qu'un prix issu de l'application de multiples rabais, remises ou ristournes dont chacun pourrait faire l'objet d'un contrôle. La seconde reviendra sans doute, à défaut de négociation en prix net, à justifier chaque réduction de prix par une contrepartie, en augmentant significativement les coûts de transaction. La liberté de négociation que la loi LME avait voulu instaurer se trouve donc à nouveau singulièrement encadrée et restreinte.

Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 24 avril 2019, seul le ministre de l'Économie pouvait demander l'annulation d'une clause déséquilibrée. Désormais, le nouvel article L. 442-4 issu de l'ordonnance du 24 avril 2019 prévoit que la partie victime des pratiques peut faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites. De même, la jurisprudence considérait que le contentieux en matière de déséquilibre significatif excédait la compétence du juge des référés. Dorénavant, aux termes de l'article L. 442-4, II, dernier alinéa, le juge des référés peut, au besoin sous astreinte, ordonner la cessation des pratiques abusives ou toute autre mesure provisoire.

Introduit par l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016, l'article 1171 du Code civil qui réprime les clauses abusives pose la question de son articulation avec les dispositions

du Code de commerce. Aux termes de l'article 1171 du Code civil, «Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation». L'article 1171 revêt une portée plus large que l'article L. 442-1 car, contrairement à ce dernier, son application n'est pas réservée aux rapports entre parties dans le cadre d'une négociation commerciale. Mais l'article 1171 apparaît sous un autre angle plus restrictif que l'article L. 442-1 puisqu'il suppose l'existence d'un contrat d'adhésion. Or, si la jurisprudence assimile parfois l'exigence de soumission à une absence de négociation, elle ne la limite pas à cette seule hypothèse. Par ailleurs, contrairement à l'article L. 442-1, l'article 1171 exclut expressément, dans son alinéa 2, le contrôle des clauses relatives à l'objet principal du contrat ou de l'adéquation du prix à la prestation. De telles divergences justifient-elles l'application de l'adage *specialia generalibus derogant*, expressément consacré par l'alinéa 3 de l'article 1105 du Code civil ? Nous ne le pensons pas. En effet, l'adage ne vaut que si les dispositions invoquées sont contradictoires. Or, en dépit de conditions de mise en œuvre différentes, les articles L. 442-1, I, 2° et 1171 visent le même objectif : la sanction de clauses déséquilibrées. Rien n'interdit donc d'invoquer les deux fondements alternativement, ou cumulativement, notamment pour demander réparation du préjudice causé par l'insertion dans le contrat d'une clause non écrite. L'article 1171 pourrait également être préféré à l'article L. 442-1 pour échapper à la spécialisation des juridictions imposée par les articles D. 442-3 et D. 442-4 du Code de commerce. Cependant, il faudra dans ce cas justifier de l'existence d'un contrat d'adhésion au sens de l'article 1110 du Code civil et ne pas viser dans son action une clause définissant l'objet principal du contrat ou relative au prix de la prestation.

### III. Rupture brutale de relations commerciales établies

L'article L. 442-1, II du Code de commerce sanctionne la rupture brutale, même partielle, d'une relation commerciale établie, sans préavis écrit suffisant. Alors qu'à l'origine, elle était destinée à lutter contre la pratique des déréférencements abusifs de certains distributeurs, la disposition a été rédigée en des termes si généraux qu'elle a pu être appliquée à l'ensemble des relations commerciales. L'article L. 442-1 a réalisé une extension considérable du champ d'application de la rupture de relations commerciales établies. L'incrimination couvre la quasi-totalité des professionnels, pour l'ensemble de la durée de la relation dont le caractère établi est largement admis, la rupture pouvant n'être que partielle et même résulter du non-renouvellement de contrats à durée déterminée. Pour autant, le droit commun de la rupture des relations commerciales établies ne déroge pas aux règles spéciales prévoyant des délais de préavis. Il en est ainsi pour les contrats-types de transport public de marchandises, les contrats d'agence commerciale dont la durée de préavis de rupture est fixée par l'article L. 134-11 du Code de commerce, les crédits bancaires, les baux commerciaux, ainsi que les relations des associés coopérateurs avec les coopératives relevant de la loi du 10 septembre 1947.

La protection accrue des cocontractants a pour revers une rigidification des relations commerciales et le maintien obligatoire de courants d'affaires avec des partenaires qui ne sont pas nécessairement les plus compétitifs. La perte d'efficacité qui en résulte s'accompagne d'autres effets pervers comme le lancement permanent d'appels d'offres dans

le seul but de rendre la relation précaire ou l'arrêt des relations avec tout fournisseur dépassant un certain taux de dépendance.

En outre, la jurisprudence a encore accentué la rigidification des relations commerciales en allongeant par différents procédés le préavis, qu'elle ne dispense de respecter qu'en cas de faute grave. Elle a ainsi privé d'efficacité les clauses résolutoires permettant la résiliation sans préavis en cas de simple manquement à une obligation si la faute à l'origine de la rupture n'était pas suffisamment grave. La Cour de cassation a ainsi estimé que, en l'absence de faute grave, la mise en œuvre d'une clause qui autorisait la résiliation sans préavis en cas de non-atteinte de 80 % des objectifs était contraire à l'ancien article L. 442-6, I, 5° lorsque le mandataire n'avait réalisé que 40 à 65 % de ses objectifs, même si le taux de réalisation général du réseau était de 105 %. Surtout, en cas d'insuffisance du préavis accordé dans le cadre d'une résiliation ordinaire, la Chambre commerciale a eu tendance à octroyer au partenaire évincé une indemnité correspondant au nombre de mois de préavis manquants, sans tenir compte de sa reconversion ni de son absence de préjudice réel. Ce protectionnisme jurisprudentiel contredit directement l'objectif d'efficacité économique.

Un certain degré de liberté contractuelle dans le contentieux de la rupture a néanmoins été préservé. Dans un arrêt important, la Cour de cassation a reconnu aux partenaires la faculté, lorsque la rupture est consommée, de convenir des modalités de celle-ci et/ou de transiger sur l'indemnisation, en dépit du caractère d'ordre public de l'article L. 442-6. La solution prend appui sur une jurisprudence constante en vertu de laquelle : « s'il est interdit de renoncer par avance aux règles de protection établies par la loi sous le sceau de l'ordre public, il est en revanche permis de renoncer aux effets acquis de telles règles ». Les partenaires peuvent désormais négocier, dans des conditions de plus grande sécurité juridique, les modalités de leur désengagement sans encourir le risque de voir leurs accords remis en cause par le juge.

**L'ordonnance du 24 avril 2019 apporte une modification essentielle au régime de la rupture des relations commerciales établies en prévoyant une exonération de responsabilité pour rupture sans préavis suffisant en cas d'octroi d'un préavis de 18 mois sans préciser les modalités de calcul du préjudice.** La responsabilité de l'auteur de la rupture ne pourra donc être engagée pour insuffisance de préavis, en cas de litige sur la durée de celui-ci, s'il a accordé un préavis de 18 mois. Il aurait cependant été plus judicieux de plafonner la réparation en cas de préavis insuffisant car le texte actuel pourrait conduire les plaideurs à continuer de réclamer des préavis de deux à trois ans en cas d'octroi d'un préavis inférieur à 18 mois. Il aurait également été utile de préciser que la marge pouvant être obtenue s'entend déduction faite des frais évités, comme l'a fait la Cour de cassation. Il est également regrettable, puisque ce critère ne constitue pas, selon une jurisprudence constante, un élément d'appréciation des indemnités accordées à la partie résiliée, que le texte ne fasse pas de la reconversion un critère à part entière dans la fixation de la durée du préavis. Enfin, le législateur aurait pu affirmer que l'application de cette mesure protectionniste à des contrats soumis au droit français destinés à être exécutés en dehors du territoire national ne se justifie pas.

## PLAN

Nous examinerons successivement :

- le champ d'application du texte ;
- la définition de la relation commerciale établie ;
- les formes de la rupture ;
- la définition de son caractère brutal ;
- les sanctions applicables.

### A. Champ d'application

L'interdiction de la rupture brutale de relations commerciales établies édictée par l'article L. 442-1, II du Code de commerce, est-elle limitée aux rapports de distribution ?

À s'en tenir aux travaux préparatoires de la loi de 1996, la réponse devrait être positive. L'objectif du législateur était de lutter contre les pratiques de déréférencement abusif constatées dans le secteur de la grande distribution. Cependant, le texte ne vise explicitement aucun type de rapports en particulier, de sorte que la jurisprudence en a étendu l'application à de nombreux domaines.

## EXEMPLES

#### A quelles relations s'applique l'article L. 442-1, II ?

- à la sous-traitance ;
- à des contrats d'entreprise, telles les prestations de services informatiques ;
- à l'activité de formation ou d'enseignement privé ;
- à la communication financière ;
- aux relations entre un courtier et son client ;
- au mandat de gestion financière ou à l'expertise en assurances ;
- aux architectes ;
- aux mutuelles dont le caractère non lucratif de l'activité n'exclut pas qu'elles effectuent des prestations de service dans un cadre concurrentiel ;
- aux relations entre un EHPAD revêtant la forme d'une association et un pharmacien en raison de l'activité commerciale entretenue par l'association et le pharmacien, caractérisée par le fait que le pharmacien qui achète et revend des médicaments accomplit des actes de commerce et que le service gratuit rendu par le pharmacien avait une contrepartie économique pour les deux partenaires.

Les juges ne s'attachent pas à la qualité de la personne mais à la nature de l'activité : il n'est pas exigé que le demandeur à l'action ait la qualité de commerçant, mais seulement que la relation en cause présente un caractère commercial. Dès lors, il a été jugé que les juridictions de l'ordre judiciaire sont compétentes pour connaître de l'action fondée sur

la rupture des relations commerciales établies entre un commerçant et le concessionnaire chargé de l'exploitation des marchés communaux.

### A qui ne s'applique pas l'article L. 442-1, II ?

- à tous les professionnels libéraux dont le statut légal ou le régime déontologique interdit d'effectuer des actes de commerce (les médecins libéraux, huissiers, notaires, avocats, conseils en propriété intellectuelle, sociétés civiles immobilières ou agricoles)
- aux syndicats, qui n'interviennent pas dans le secteur concurrentiel
- aux caisses d'assurance sociale qui exercent une mission de service public ;
- aux entreprises publiques qui agissent dans le cadre de leur mission de service public et les États ;
- aux coopératives, qui relèvent d'un texte spécial ;
- aux membres d'un GIE, lorsque la sortie de celui-ci est régie par ses statuts ;
- à la cessation d'un bail commercial ne visant que les activités de production de biens ou de prestation de services ;
- au secteur de la production audiovisuelle à qui ne s'applique pas non en raison de sa nature, mais de la précarité qui s'attache nécessairement à ce type de relations ;
- à un fournisseur de produits destinés aux enfants et adolescents, soumis à des modes éphémères ou au succès de certains programmes télévisés sur lesquels il détient une licence, ne peut s'attendre à aucune pérennité des relations ;
- au secteur de la mode, par nature instable et en perpétuelle évolution ;
- à une association, en l'absence de perception d'une commission ou de prise en charge des frais d'exploitation du partenaire et à qui ne s'applique pas le défaut de preuve de l'accomplissement d'actes de commerce par l'association.

Alors que l'exclusion des relations précaires et des relations à régime spécial paraît acquis, la jurisprudence apparaît partagée eu égard aux professions libérales qui sont autorisées à effectuer certains actes de commerce comme les experts-comptables auxquels le régime de l'article L. 442-1, II est tantôt refusé, tantôt appliqué.

Le champ d'application du nouvel article L. 442-1, II dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 24 avril 2019 devrait demeurer identique. En effet, le texte mentionne toujours les activités de production, de distribution et de services. La rupture brutale concerne toujours une relation commerciale. Aussi l'exclusion des professions libérales ou des activités soumises à un régime spécial, comme l'agence ou le bail commercial, ne devrait-elle pas être remise en cause.

## B. Relation commerciale établie

### PLAN

Définir une relation commerciale établie implique :

- d'identifier les parties à la relation ;
- d'établir son caractère établi.

### 1. Parties à la relation

#### A RETENIR

En l'absence de définition légale, la notion de relation commerciale a été précisée par la jurisprudence. Le rapport contractuel doit être direct.

#### Quand n'existe-t-il pas de relation directe entre les parties ?

- entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage, à moins que le premier ne soit expressément mentionné dans le contrat de prestation et n'ait été directement rémunéré par le second ;
- entre un fabricant et un revendeur agréé qui s'est procuré la marchandise auprès du distributeur exclusif de la marque ;
- entre l'agent automobile - en relations avec le seul concessionnaire - et le constructeur ;
- entre les salariés de la société cliente et le prestataire.

Toutefois, l'interposition d'un tiers n'empêche pas nécessairement l'applicabilité de l'article L. 442-1, II.

#### Quand existe-t-il une relation entre les parties ?

- en cas d'intervention d'un grossiste entre un fabricant et les revendeurs/installateurs lorsque le fabricant négocie directement les prix avec les revendeurs ou leur notifie lui-même la rupture ;
- lorsque l'interposition du tiers n'est que temporaire ;
- lorsque le tiers n'agit qu'à titre de mandataire ;
- lorsque les tiers sont placés dans une situation de dépendance à l'égard de la victime et bénéficient d'un intérêt personnel et direct à agir.

L'intermédiaire peut engager sa responsabilité si, ayant connaissance de la cessation future de la relation entre ses deux cocontractants, il n'en informe pas la victime suffisamment à l'avance. De même, l'intermédiaire chargé de négocier le référencement des produits d'un fournisseur auprès d'une enseigne de la distribution doit être considéré comme l'auteur de la rupture lorsqu'il ne démontre pas la véracité de son allégation

selon laquelle l'enseigne a passé un appel d'offres pour trouver de meilleures conditions tarifaires.

La jurisprudence a même étendu le bénéfice de l'article L. 442-1, II à la victime par ricochet d'une rupture brutale de relations commerciales établies. La Cour de cassation estime en effet qu'«un tiers peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, la rupture brutale d'une relation commerciale dès lors que ce manquement lui a causé un préjudice». Une telle solution apparaît critiquable à un double titre. D'abord, elle caractérise un détournement de l'article 1240 du Code civil, le demandeur étant dispensé de respecter les conditions d'application de l'article L. 442-1, II tenant à l'existence d'une relation directe entre partenaires commerciaux, tout en bénéficiant des avantages procurés par ce texte, qui consiste dans l'obligation pour le défendeur de respecter un préavis conforme à la durée des relations. Ensuite, elle crée un système de responsabilité en cascade gravement préjudiciable à la sécurité juridique des entreprises qui s'exposent au risque d'être poursuivies par tous les sous-traitants ou fournisseurs du partenaire évincé. La jurisprudence la plus récente semble d'ailleurs limiter le champ de cette exception, comme le montre le refus d'indemnisation opposé à l'actionnaire majoritaire de la société victime de la rupture, fondé sur son absence de relations commerciales avec le client ou le constat de l'inapplicabilité de l'article L. 442-1, II entre un fournisseur et un détaillant qui n'a commandé qu'auprès de grossistes, en l'absence de relations directes. En outre, pour que la personne qui se prétend victime par ricochet puisse agir en réparation de son dommage, encore faut-il que le partenaire direct de l'auteur de la rupture s'en plaigne lui-même et qu'elle établisse l'existence du manquement contractuel sur lequel elle fonde son action délictuelle.

Afin de contourner l'exigence de rapports directs, le juge s'attache parfois davantage à la marque ou aux produits distribués qu'à la personne des parties. Il a notamment été jugé que la durée dont il faut tenir compte, pour apprécier le caractère établi d'une relation, est celle pendant laquelle un distributeur a commercialisé les produits d'une marque, quel que soit le nombre de ses fournisseurs successifs, et non celle pendant laquelle il a été en relation avec le dernier de ces fournisseurs. Ce courant reste cependant très minoritaire et ce sont bien les partenaires et non pas les produits ou les marques distribués qui caractérisent la relation. Ainsi, pour déterminer le dommage du fournisseur victime d'une rupture brutale de relations commerciales établies, il convient de prendre en considération la durée des relations entretenues entre le distributeur et le fournisseur stricto sensu et non la durée pendant laquelle le distributeur a commercialisé la marque du fournisseur. De même, des relations entre les mêmes parties peuvent présenter un caractère établi bien qu'elles aient pu porter sur des produits différents au cours de la période considérée. Le changement de qualité du revendeur, qui passe du statut d'agent commercial à celui de distributeur indépendant, n'affecte pas la continuité de la relation entretenue avec le fournisseur. En cas de fusion, la cession des marques à un tiers ne fait pas obstacle à l'action intentée par le distributeur de celles-ci à l'encontre de la société ayant repris la société auteur de la rupture. Enfin, les relations nouées entre une enseigne de la distribution et un revendeur indépendant pour la commercialisation d'un vin ne comptent pas pour le calcul de la durée de la relation directe qui a ultérieurement lié l'enseigne et le producteur de ce même vin.

La question de l'imputabilité de la rupture suscite des difficultés particulières lorsque son auteur appartient à un groupe de sociétés ou fait l'objet d'une restructuration. La Cour de cassation se montre réticente à engager la responsabilité solidaire des membres du même groupe.

#### EXEMPLES

##### Quand la responsabilité solidaire des membres du même groupe ne peut-elle être engagée ?

- quand le fournisseur dépendant à l'égard de deux enseignes de distribution appartenant à un même groupe, pour évaluer le préjudice causé par son déréférencement, ne démontre pas que ces dernières ne sont pas autonomes dans les relations commerciales qu'elles entretiennent avec lui ou qu'elles ont agi de concert ;
- quand il n'est pas établi que la société mère d'un groupe de distribution est intervenue personnellement dans la décision de rupture notifiée par sa filiale à l'un de ses fournisseurs ;
- quand les relations entretenues entre la victime de la rupture et les autres sociétés du groupe, auquel appartient son cocontractant, portent sur d'autres projets et couvrent d'autres régions géographiques ;
- quand le partenaire évincé n'a jamais entretenu de relations avec la personne morale dont il recherche la responsabilité du seul fait que celle-ci appartient au même groupe de sociétés que son cocontractant ;
- quand la victime demande à ce qu'il soit tenu compte des relations antérieures avec une société appartenant au même groupe que son client actuel pour le calcul de la durée du préavis ;
- quand la victime se fonde exclusivement sur l'existence de liens capitalistiques entre personnes morales distinctes et le transfert d'établissements de la société mère à la filiale pour leur conférer la qualité d'entité unique vis-à-vis d'elle ;
- quand l'entreprise qui a travaillé pour deux sociétés d'un même groupe prétend à l'existence d'une seule relation alors qu'il n'existe pas de centre de décision unique propre à ces dernières, qui n'interviennent pas sur le même marché, qu'elles proposent des produits différenciés et qu'elles lui sont liées par des contrats distincts qu'elles ont résilié individuellement, quoique de manière concomitante.

##### En revanche :

- une relation unique avec plusieurs sociétés d'un même groupe est caractérisée lorsqu'une entreprise effectue la même prestation pour le compte de ces dernières et que chacun des contrats conclus, rédigés dans des termes similaires, lui interdit toute activité au nom d'un concurrent de l'une quelconque des sociétés du groupe.

L'identification des partenaires est déterminante pour évaluer la durée de la relation en cas de restructuration.



## EXEMPLES

**Quand la relation nouée avec une première société se poursuit-elle de plein droit avec celle qui lui a succédé ?**

- dans l'hypothèse d'une fusion, en vertu du principe de la transmission universelle du patrimoine ;
- en cas de cession de fonds de commerce, s'il existe une manifestation expresse de volonté de reprendre les relations précédentes ;
- lorsque le repreneur endosse par avenant certaines obligations de son prédécesseur ;
- lorsque la « continuation » est démontrée, soit par l'identification d'une volonté de poursuite des échanges, soit par un faisceau d'indices démontrant l'absence de véritable altérité du nouveau partenaire ;
- en cas de mention, dans le contrat conclu entre les parties, que l'accord annule et remplace les précédents contrats conclus entre l'un d'eux et une société tierce ;
- lorsqu'une société reprend, dans le cadre d'un plan de cession, les actifs d'une autre en relation d'affaires avec un distributeur et que le contrat que celui-ci conclut avec le repreneur présente les mêmes caractéristiques que le contrat initial ;
- même si aucun nouveau contrat n'a été conclu ou un avenant stipulé, dès lors que la prestation est identique et qu'il n'y a pas eu interruption du flux d'affaires ;
- en cas de changements successifs de dirigeants à la tête de la société évincée, la notion de relation commerciale établie étant de nature économique et non juridique.

**Quand la relation nouée avec une première société ne se poursuit-elle pas de plein droit avec celle qui lui a succédé ?**

- lorsque l'acte de cession évoque une relation *intuitu personae* et que le cessionnaire a négocié un prix de rachat moindre en raison de l'aléa tenant à la continuité de la relation ;
- lorsque l'accord de cession vise la clientèle du cédant, sans nommer expressément le partenaire en cause ;
- lorsqu'aussitôt après la cession, le cessionnaire d'un fonds de commerce a initié un nouveau mode de fonctionnement avec ses prestataires, fondé sur le lancement d'appels d'offres réguliers.

A défaut de pouvoir invoquer la poursuite de la relation avec le cessionnaire, le partenaire du cédant peut-il reprocher à ce dernier de ne pas avoir inclus son contrat dans le périmètre de la cession ? C'est ce qu'a admis la Cour d'appel de Paris qui a estimé que cette abstention constituait une rupture brutale de relation commerciale établie. Une telle solution est cependant très dangereuse, car elle est de nature à hypothéquer la liberté de cession de son affaire par tout commerçant et institue une responsabilité de plein droit en cas de refus par le cédant.

## 2. Caractère établi de la relation

### A RETENIR

Une relation est établie lorsqu'elle s'inscrit dans la durée (continuité du courant d'affaires) et la stabilité (intensité des échanges ou progression constante du chiffre d'affaires).

Des commandes ponctuelles ne suffisent pas à former une relation commerciale établie, à moins qu'elles se succèdent régulièrement et portent sur le même objet. Selon la Cour de cassation, des relations de quelques mois ne suffisent pas à caractériser une relation établie. Il est ainsi très rare qu'il soit tenu compte de relations inférieures à six mois, voire à une année, à plus forte raison lorsqu'elles se réduisent à des projets non aboutis.

L'importance économique de la relation est également décisive. Des relations qui ne se sont pas encore concrétisées par des flux financiers entre les parties ne présentent pas de caractère établi. Si la progression constante du chiffre d'affaires constitue un indicateur de la stabilité de la relation, le fait que ce chiffre varie à la hausse comme à la baisse au cours de la relation ou soit en diminution à la fin de celle-ci ne suffit pas à remettre en cause l'applicabilité de l'article L. 442-1, II du Code de commerce, dès lors qu'il demeure significatif. Pour fixer le point de départ de relations commerciales établies, il faut se placer à la date où elles ont débuté, et non celle où le chiffre d'affaires des partenaires s'est stabilisé.

L'application de l'article L. 442-1, II suppose seulement une relation de clientèle, situation contractuelle née de l'habitude (série d'achats chez le fournisseur), indépendamment de tout contrat, au sens juridique du terme. Aucun écrit n'est exigé. La Cour de cassation considère que l'absence de contrat-cadre, d'exclusivité ou de garantie de chiffre d'affaires n'empêche pas de caractériser une relation établie.

La conjonction de facteurs multiples peut précariser une relation : selon la Cour de cassation, des relations caractérisées par une absence de garantie de volume de commandes minimum, un chiffre d'affaires très fluctuant en fonction des années, des collections et de la conjoncture, et marquées par de vives tensions entre les partenaires, ne présentent pas de caractère suivi, stable et habituel, de nature à autoriser ces derniers à anticiper raisonnablement, pour l'avenir, une certaine continuité du flux d'affaires. D'ailleurs, dans certains cas, la stabilité de la relation semble impossible. Il en est ainsi, notamment, dans le domaine du transport, pour le sous-traitant dont la prestation dépend par nature des commandes obtenues par le donneur d'ordres auprès des industriels de l'automobile. Il en va de même du sous-traitant qui intervient pour le compte d'un donneur d'ordres sommé par son client de régulariser ses non-conformités en matière de droit social, notamment sur les questions de sous-traitance. Une décision a même écarté la protection de l'article L. 442-1, II pour les relations soumises à la renégociation légale prévue par l'article L. 441-3 du Code de commerce, mais d'autres estiment qu'une renégociation annuelle des tarifs entre les partenaires ne s'oppose pas à la qualification de relations commerciales établies dès lors qu'elle s'inscrit dans une volonté de continuité, démontrée par la persistance d'un flux régulier d'affaires.

**Notion économique et non juridique, la notion de relation commerciale établie peut**

concerner une succession de contrats à durée déterminée. Toutefois, la jurisprudence est partagée lorsque le contrat comporte une clause excluant sa reconduction tacite : certaines décisions considèrent que cette circonstance constitue un facteur de précarité de la relation, d'autres l'estiment indifférente, dès lors que le contrat a été renouvelé. Les relations entre un entrepreneur de travaux publics et un vendeur d'engins ne constituent pas un partenariat pouvant être qualifié de relation commerciale établie, même si elles se sont renouvelées ponctuellement dans le temps par des contrats de ventes successifs, dès lors que leurs activités économiques ne sont pas liées. De même, le passage d'une relation caractérisée par des mandats d'un an renouvelables par tacite reconduction à un régime de mandats de même durée, mais sans tacite reconduction, renouvelables uniquement par avenants, ne peut raisonnablement laisser envisager au partenaire la pérennité des relations.

L'extinction d'un contrat ne met pas nécessairement un terme aux relations. Des relations commerciales maintenues après l'échéance d'un contrat ou interrompues durant une année puis reprises deux années de suite ne peuvent être rompues à tout moment. Lorsque les relations se sont poursuivies après l'expiration du contrat à durée déterminée, il doit être tenu compte de l'intégralité de la relation. En revanche, des relations qui ne se poursuivent après la rupture du précédent contrat que dans l'attente de l'éventuelle négociation d'un nouvel accord présentent un caractère provisoire qui les fait échapper à l'article L. 442-1, II. La relation s'inscrit également dans une perspective de précarité lorsqu'elle se poursuit après l'expiration du contrat dans un cadre prévoyant l'éventualité de la cessation des relations à l'expiration du nouveau contrat. Enfin, les flux d'affaires issus d'un contrat et ceux qui se sont poursuivis après sa rupture, sur un mode et un fondement différent, ne peuvent, à défaut de continuité suffisante, former une relation commerciale établie entre les parties.

**En dépit de l'extension continue du champ d'application de l'article L. 442-1, II, il existe des moyens juridiques de précariser la relation, telle la mise en concurrence systématique des opérateurs.** Selon la jurisprudence, le recours quasi systématique à des procédures d'appel d'offres pendant toute la durée de la relation place cette dernière dans une situation de précarité certaine, même si le partenaire a été sélectionné durant plusieurs années et même si les relations sont formalisées par des contrats-cadres. Dans certains cas cependant, le recours aux appels d'offres ne remet pas en cause la stabilité de la relation. Il en est ainsi lorsqu'il intervient dans le contexte de rapports caractérisés par une pause dans l'utilisation de ces procédures puis de reconductions successives des contrats initiaux avec les mêmes partenaires. Ainsi, le fait que des relations aient débuté à la suite d'un appel d'offres ne les rend pas précaires dès lors que, après l'expiration du premier contrat, les échanges se sont poursuivis de manière informelle. De même, la demande au prestataire ou au fournisseur habituel de ses « meilleurs tarifs » ou la notification par le client de son intention de recourir à un appel d'offres ne suffisent pas à précariser les relations en l'absence de mise en œuvre effective d'une telle procédure ou de préavis suffisant laissé au prestataire pour s'organiser rapidement afin d'y faire face. Enfin, les appels d'offres lancés par un client ne précarisent pas sa relation avec le prestataire incité à y soumissionner lorsqu'ils ne concernent pas les missions qui lui étaient jusqu'alors confiées.

La relation peut aussi être précarisée par des restrictions contractuelles à la reconduction d'une relation à durée déterminée, comme la nécessité de constater les prestations effectuées et de signer un avenant trois mois avant l'échéance ou de parvenir à un accord sur les tarifs de l'année à venir. Enfin, l'article L. 442-1, II du Code de commerce n'est pas applicable lorsque les relations se caractérisent par la transformation de rapports informels en un contrat à durée indéterminée suivi d'un contrat à durée déterminée non renouvelable par tacite reconduction ou par le passage d'un contrat à durée déterminée avec engagement ferme de commandes et clause de reconduction tacite à un contrat à durée déterminée vidé de ces clauses.

## C. Rupture

### PLAN

La rupture peut revêtir la forme :

- d'un déréférencement ;
- d'une rupture partielle ;
- d'un refus de vente ou de commande ;
- du non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée ;
- d'une modification des conditions contractuelles.

### 1. Dééréférencement

#### A RETENIR

L'article L. 442-1, II a eu dès l'origine principalement pour objectif de lutter contre les pratiques de dééréférencement abusif. Que le dééréférencement soit total ou partiel, lorsqu'il est brutal, il engage la responsabilité de son auteur.

Ainsi, une centrale de référencement commet un abus de puissance d'achat en dééréférencant un fournisseur sans respecter un préavis suffisant. Le délai de préavis doit notamment permettre au fournisseur qui a consenti d'importants investissements, en particulier incorporels, d'assurer son redéploiement. La rupture est brutale lorsqu'un fournisseur est dééréférencé au motif qu'il a fait jouer l'exception d'inexécution et suspendu ses livraisons dans l'attente du règlement de créances exigibles. De même, le dééréférencement de nombreux produits qui représentent une part significative du marché confié au fournisseur, puis le lancement d'appels d'offres portant sur des articles essentiels de sa gamme, accompagnés d'une baisse drastique des commandes, traduisent une rupture brutale de relations commerciales établies. Toutefois, le dééréférencement d'un fournisseur lui est imputable lorsqu'il a fait l'objet de nombreux avertissements relatifs à la mauvaise qualité des produits livrés ou, lorsqu'à la suite d'une restructuration interne, il se trouve dans l'incapacité d'assurer le suivi des commandes et de la relation.

## 2. Rupture partielle

### A RETENIR

Au même titre que la rupture totale, la rupture partielle est expressément visée par l'article L. 442-1, II du Code de commerce. Une chute importante du volume d'affaires réalisé entre deux partenaires commerciaux caractérise une rupture partielle de relations commerciales établies.

La responsabilité de l'auteur de la rupture partielle est engagée, même si de nouvelles commandes sont ultérieurement passées, dès lors qu'elles n'atteignent pas le niveau initial. Cependant, un prestataire ne peut se fonder sur les chiffres d'affaires réalisés au cours d'une année exceptionnelle pour prétendre que les résultats ultérieurs, plus conformes à ceux des années précédentes, traduisent une rupture partielle des relations commerciales établies. L'existence d'une rupture partielle est également exclue lorsque la baisse des commandes est justifiée par les difficultés financières du client ou ne résulte pas d'une stratégie volontaire du donneur d'ordres mais s'explique par une baisse d'activité. Une jurisprudence de plus en plus fournie considère que la rupture d'une relation commerciale établie n'est pas imputable à son auteur dès lors qu'elle est justifiée par une baisse d'activité consécutive à la crise économique. La crise invoquée doit impacter significativement l'activité de l'auteur de la rupture, de manière pérenne et non seulement ponctuelle, pour pouvoir être répercutée sur le cocontractant. En outre, la chute des achats auprès d'un fournisseur ne peut être justifiée par la crise économique lorsque le client s'est tourné vers des tiers pour ses approvisionnements. Le seul maintien d'un volume d'affaires ne vaut pas préavis et n'exclut donc pas l'application de l'article L. 442-1, II du Code de commerce.

Certaines décisions, de moins en moins isolées, retiennent qu'il ne peut y avoir de rupture partielle de relations établies lorsque les partenaires ne se sont pas engagés sur un nombre annuel de missions ou sur un volume minimal d'achat. D'autres, plus nombreuses, estiment que la baisse de commandes n'engage pas la responsabilité de son auteur lorsqu'elle n'entraîne pas de perte significative de chiffre d'affaires pour le partenaire ou ne revêt pas de caractère délibéré. La Cour de cassation précise cependant que même si elle ne produit qu'un impact limité sur le partenaire, la réduction des commandes ne doit pas être fondée sur des motifs discriminatoires.

La réduction du périmètre d'intervention d'un prestataire ou la perte d'une exclusivité sont souvent assimilées à une rupture partielle de relations commerciales établies, ce que contestent la Cour de cassation ainsi que, de façon de plus en plus fréquente, certains juges du fond. De même, le fait pour un fournisseur d'établir des rapports directs avec un client de son partenaire ne constitue pas une rupture partielle en l'absence de cessation du courant d'affaires.

## 3. Refus de vente ou de commande

### A RETENIR

Si l'annulation d'une commande ferme n'est pas assimilable à la rupture d'une relation commerciale établie, tel n'est pas le cas du refus de commande.

Dans une affaire où les partenaires en cause étaient liés par un contrat permettant aux clients de recourir aux services de livraison d'un prestataire «en cas de besoin», la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a estimé que le simple fait de ne plus passer d'ordres caractérisait une rupture brutale de relations commerciales établies. Il en est de même lorsqu'un client baisse drastiquement le volume de ses commandes auprès d'un prestataire qui pouvait légitimement croire à la continuité des relations eu égard aux chiffres d'affaires réalisés jusqu'alors, même s'il a stipulé qu'il était libre de recourir ou non aux services du prestataire, qu'il ne lui garantissait aucun chiffre d'affaires et ne lui réservait aucune exclusivité.

### EXEMPLES

#### Quand un refus de vente ou de commande est-il susceptible de tomber sous le coup de l'article L. 442-1, II ?

- lorsque le distributeur cesse de passer commande auprès de son fournisseur, même si celui-ci ne lui a pas expédié de nouvelles références, dès lors qu'il dispose des tarifs pour l'année en cours ;
- lorsque le distributeur passe une commande exorbitante à livrer à très brève échéance après plusieurs mois de silence ;
- lorsque des magasins d'une enseigne ne passent plus de commandes sans adresser le moindre courrier de rupture pour créer une situation tendant à faire endosser la responsabilité de celle-ci à ses fournisseurs ;
- en cas de cessation de toute commande par un client, à la suite du refus du prestataire de lui accorder une remise dont ce dernier conteste la légitimité, même si cette remise est effectivement due ;
- en dépit du principe de libre réorganisation du réseau, lorsqu'un fournisseur oppose un refus de vente à un ancien distributeur, sans établir le caractère anormal de la commande et l'impossibilité matérielle de la satisfaire ;
- lorsqu'un fournisseur cesse de fournir une marque de produits, même si l'importateur propose des produits de substitution, dès lors ceux-ci ne sont pas de qualité équivalente et ne disposent pas de la même réputation commerciale.

#### En revanche :

- un client ne peut se voir imputer la rupture des relations commerciales établies en raison d'un prétendu refus de passer commande lorsque son partenaire n'a donné aucune réponse à une précédente demande de prestations, qu'il est au demeurant dans l'impossibilité de satisfaire eu égard à sa liquidation judiciaire ;
- le refus de vente n'est pas condamnable lorsqu'il repose sur une série d'incidents de paiement de la part de sa prétendue victime.

La Cour d'appel de Paris a estimé que le refus d'honorer une commande déterminée, qui constitue certes une faute contractuelle, ne caractérise pas une rupture brutale lorsque

ce comportement n'a pas été réitéré. Il a même été jugé que l'absence d'exécution de 23 commandes sur une période de 9 mois ne pouvait être assimilée à une rupture de relation commerciale dès lors qu'après cette période, une collaboration avait continué d'exister entre les partenaires. Le revendeur qui reproche à son fournisseur d'avoir rompu les relations commerciales établies en cessant de l'approvisionner doit démontrer l'existence de commandes qui n'auraient pas été satisfaites.

Comme le refus de vente, le refus de prestation peut tomber sous le coup de l'article L. 442-1. Ainsi, le partenaire qui refuse de reprendre l'exécution d'une prestation, qui a fait l'objet d'une rupture partielle, doit endosser la responsabilité de la rupture définitive des relations.

#### 4. Non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée

##### A RETENIR

Le juge a progressivement construit le régime juridique applicable aux contrats à durée déterminée au regard de l'article L. 442-1, II du Code de commerce. Si un seul contrat à durée déterminée ne crée pas en principe de relation commerciale établie, il en va différemment en cas de succession de contrats.

Dans ce cas, les modalités de la rupture négociée entre les parties, et notamment la durée du préavis pour mettre fin au contrat à durée déterminée, doivent être conformes aux dispositions légales. Ce qui importe, c'est la stabilité de la relation. La durée déterminée du contrat et l'absence de tacite reconduction n'entrent pas en ligne de compte : la soumission du renouvellement à un accord exprès et écrit des parties n'a pas pour effet d'exclure l'application de l'article L. 442-1, II, dès lors que les parties ont entretenu une relation commerciale sans interruption pendant plus de quinze années.

Cependant, le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée ne tombe pas sous le coup de l'article L. 441, II lorsqu'il ne présente pas le caractère d'imprévisibilité ou de brutalité justifiant l'exercice d'une action en responsabilité.

##### EXEMPLES

#### Quand le renouvellement d'un contrat à durée déterminée ne tombe-t-il pas sous le coup de l'article L. 442, II ?

- lorsque, dans le cas de relations commerciales établies depuis plus de dix années, son auteur a non seulement respecté le préavis contractuel de trois mois, mais encore accepté de prolonger les relations pendant une année ;
- dans le cas du non-renouvellement notifié neuf mois avant son échéance, même pour des parties en relation depuis dix-huit ans, dès lors que cette mesure était prévisible au regard du cadre contractuel ;
- dans le cas du non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée, notifié en temps utile et justifié par la mauvaise qualité des prestations ;
- lorsque, subordonné à la réalisation d'un chiffre d'affaires non atteint, il était prévisible.

## 5. Modification des conditions contractuelles

### A RETENIR

La modification unilatérale des conditions contractuelles est soumise aux dispositions de l'article L. 442-1, II dès lors qu'elle est substantielle.

### EXEMPLES

#### Quand une modification des conditions contractuelles s'identifie-t-elle à une rupture ?

- lorsque le fournisseur modifie ses conditions de vente en indiquant au distributeur que les produits commandés sont désormais payables au comptant à la livraison et au prix public, contrairement aux pratiques antérieures ;
- lorsque le fournisseur augmente unilatéralement et sensiblement les tarifs pratiqués ;
- lorsque le concédant cesse de produire l'un des articles constituant l'objet principal de l'accord rompt brutalement les relations commerciales établies qui le lient à son distributeur exclusif ;
- lorsque le client informe tardivement son prestataire de services de la mise en location-gérance de son fonds de commerce, avec la conséquence inéluctable de la cessation de leur partenariat ;
- lorsque le fabricant diminue progressivement le volume de commandes pendant onze mois ou réduit très significativement le volume de commandes, au motif qu'il a perdu son plus important client ;
- lorsque le client demande à son prestataire d'aligner ses tarifs sur ceux d'un tiers, sans les lui fournir, puis rompt les relations sans préavis écrit ;
- lorsque la réorganisation par le fournisseur de son système de distribution entraîne une modification des zones de desserte d'un transporteur et une affectation de zones dotées d'un potentiel économique moindre, ou se traduit par l'obligation faite au seul distributeur de la marque sur un territoire de passer commande auprès du nouveau dépositaire agréé sans garantie de maintien des conditions initiales.

#### En revanche :

- une simple proposition de modification des conditions contractuelles, dont il n'est pas démontré qu'elle n'est pas négociable, ne peut ni caractériser, ni fonder une rupture immédiate de relations commerciales établies par l'autre partenaire ;
- en l'absence d'exclusivité de droit, un distributeur ne peut considérer que la nomination d'un nouveau revendeur constitue une rupture brutale de relations commerciales établies de la part du constructeur dès lors qu'il ne démontre pas avoir essayé des refus d'approvisionnement ou pâti de conditions de vente plus rigides.

La modification imposée doit revêtir un caractère suffisamment substantiel et défavorable au partenaire pour constituer, en cas de refus de ce dernier, une rupture brutale



de relations commerciales établies. Ainsi, ne caractérisent pas une rupture brutale des modifications contractuelles qui, appréciées *in concreto*, n'alourdissent pas sensiblement les obligations du partenaire.

#### EXEMPLES

##### Quand une modification des conditions contractuelles ne s'identifie-t-elle pas à une rupture ?

- lorsque le fournisseur exige des garanties bancaires et un paiement préalable des marchandises commandées, contrairement à la pratique antérieure des délais de paiement à 90 jours, accompagnée d'une augmentation de tarif ne présentant un caractère ni anormal ni inhabituel ;
- lorsque le fournisseur réduit de 5 % du taux de remise accordé à un grossiste pour des opérations qui ne concernent que 35 % de son chiffre d'affaires ;
- lorsque le fournisseur contracte directement avec le principal client de son partenaire ;
- en cas de baisse de commandes en raison des difficultés générées par la crise économique ;
- en cas de baisse de commandes justifiée par le choix d'un autre composant dans le cadre d'une démarche d'innovation, en l'absence de volume d'achat garanti et de violation de la clause d'exclusivité ;
- en cas de baisse de commandes due à une augmentation des prix du fournisseur de l'ordre de 25 % sans que ce dernier accepte d'accorder des délais suffisants pour répercuter une telle hausse sur la clientèle ;
- en cas d'ouverture par le fournisseur d'une boutique à proximité immédiate de celle de l'un de ses distributeurs multimarques, à plus forte raison lorsque ce distributeur exploite plusieurs établissements dans la même ville.

#### D. Caractère brutal de la rupture

##### A RETENIR

La rupture de relations commerciales établies n'a pas en principe à être motivée. L'inanité des motifs allégués par l'auteur de la rupture n'est donc pas de nature à engager sa responsabilité.

En effet, le texte de l'article L. 442-1, II ne pose pas d'autres conditions à la rupture que l'existence d'un préavis écrit et suffisant. Des relations commerciales établies peuvent être rompues sans motif en respectant un préavis écrit, la motivation n'étant requise qu'en cas de rupture immédiate pour inexécution par l'autre partie de ses obligations ou de force majeure.

## PLAN

La rupture peut être brutale à cause de :

- l'absence de fait justificatif ;
- l'insuffisance de la durée du préavis ;
- ses circonstances.

## 1. Absence de fait justificatif

### a. Manquement d'une partie à ses obligations

#### A RETENIR

Le manquement d'un partenaire à ses obligations contractuelles dispense l'auteur de la rupture de préavis, à plus forte raison lorsque les parties ont érigé l'obligation en cause en obligation de résultat.

Encore faut-il, pour que la dispense de préavis s'applique, que le juge ait retenu l'existence d'un contrat entre les parties ou que l'obligation invoquée existe bien dans leurs rapports personnels et ne dérive pas d'un contrat conclu entre l'une d'elles et un tiers. En l'absence de rapports contractuels, la jurisprudence exige en règle générale que le manquement présente les caractères d'une faute grave.

#### EXEMPLES

#### Quand le manquement du cocontractant est-il suffisamment grave pour dispenser de préavis ?

- lorsque le distributeur commet des actes déloyaux à l'égard de son fournisseur ;
- lorsque le distributeur revend les produits contractuels à des tiers non agréés ;
- lorsque le distributeur viole l'*intuitus personae* ;
- lorsque le distributeur ne respecte pas les procédures d'encaissement et porte atteinte à l'image du réseau ;
- lorsque le distributeur se rend coupable d'impayés malgré les délais de paiement accordés et ne respecte pas les conditions d'agrément du réseau ;
- lorsque le distributeur commercialise des produits contrefaits ;
- lorsque le bénéficiaire d'une exclusivité territoriale cesse toute commande auprès de son fournisseur durant une longue période ou refuse délibérément de respecter la clause d'exclusivité, en dépit de multiples rappels à l'ordre ;
- lorsque le membre d'un réseau de distribution sélective s'approvisionne hors réseau en violation de ses obligations contractuelles ;
- même lorsqu'une clause n'est pas stipulée, en l'absence totale de vente de produits neufs pendant vingt-huit mois ;
- lorsque le fournisseur augmente unilatéralement ses prix sans engager de négociation tarifaire avec son client ;

- lorsque des problèmes majeurs de qualité et de traçabilité du produit livré sont survenus dans un court laps de temps, sans que le fournisseur y remédie, malgré les injonctions du client ;
- lorsque l'agrément nécessaire à l'exercice d'une activité n'a pas été obtenu en dépit des délais accordés ;
- lorsqu'un prestataire ne respecte pas d'importantes consignes sanitaires ou les conditions générales de son partenaire ;
- lorsqu'un représentant obtient le versement de pots-de-vin de la part des clients du représenté en rémunération de ses prestations ;
- lorsqu'un sous-traitant ne s'acquitte pas des formalités légales nécessaires à l'exercice de l'activité, exposant son donneur d'ordres à des sanctions pénales ou porte atteinte à la crédibilité commerciale du donneur d'ordres à l'égard du client final ;
- lorsque les faits présentent une gravité telle qu'ils ont été dénoncés à la justice.

#### En revanche :

- la seule dégradation des relations entre les partenaires ne peut, en l'absence d'inexécution contractuelle, justifier une rupture immédiate de relations commerciales établies.

#### EXEMPLES

##### Quand le manquement du cocontractant n'est-il pas suffisamment caractérisé pour dispenser de préavis ?

- en cas de problèmes de qualité et de livraison, à plus forte raison lorsque le client attend de trouver un nouveau fournisseur avant de rompre ses relations avec son partenaire ;
- en cas de reprise d'une activité concurrente de celle du partenaire dans une zone où il n'est pas encore présent ;
- en cas de refus de diminuer ses prix ;
- en cas de prétendus impayés alors que les créances invoquées sont de faible montant ou ne sont pas échues à la date de la notification ;
- en cas de factures en souffrance dont le montant n'excède pas les facilités de paiement jusqu'ici accordées au distributeur ;
- en cas de perte de confiance dans le partenaire ;
- en cas de simples soupçons de fraude en l'absence de preuve de concert frauduleux ;
- en cas de doutes sur la capacité du prestataire à financer l'acquisition de la matière première
- dans le cas de relations avec une personne physique lorsque l'âge est invoqué ;

- en cas de cession de parts sociales à un tiers concurrent du partenaire commercial ;
- en cas de faillite d'une société distincte, même société sœur du distributeur ;
- les partenaires étant en relation au titre de deux activités, lorsque la faute commise dans le cadre de l'une est invoquée pour justifier la rupture de relations concernant l'autre ;
- en cas de non-conformités qui font obstacle à l'obtention du label social, mais qui ne constituent pas des manquements contractuels.

S'agissant de la portée du non-respect d'une clause d'objectifs, la jurisprudence apparaît aujourd'hui exagérément protectrice du débiteur de l'obligation. Même en présence d'une clause résolutoire en cas de non-atteinte des objectifs, la Cour de cassation estime que le manquement du distributeur ne constitue pas une faute suffisamment grave pour justifier une rupture immédiate.

La sévérité du juge se manifeste aussi par le fait que l'auteur de la rupture ne peut se prévaloir de fautes graves commises par son partenaire pour justifier la brutalité de la rupture lorsqu'il lui a spontanément accordé un préavis, alors qu'une faute grave, par son importance, rend impossible le maintien du contrat. Cette solution paraît injustifiée car elle est contraire aux usages du commerce selon lesquels l'auteur d'une rupture pour faute peut souhaiter par longanimité laisser un bref délai à son cocontractant pour mettre en œuvre la fin des relations, et incitera les entreprises à ne laisser aucune flexibilité à leurs partenaires en cas de faute grave.

De même, certaines décisions retiennent que des manquements qui n'ont pas fait l'objet d'observations ou de mises en demeure, qui ne sont pas visés dans la lettre de rupture ou ont été découverts *a posteriori* ne peuvent être considérés comme des fautes graves.

### b. Force majeure

#### A RETENIR

En principe, la force majeure peut justifier la rupture sans préavis, à condition que les faits invoqués à l'appui de la rupture présentent un caractère fortuit et involontaire.

#### EXEMPLES

##### Quand la force majeure peut-elle être invoquée et dispenser de préavis ?

- en cas de fermeture administrative d'un établissement ;
- en cas de changement du cadre réglementaire d'exercice de l'activité ;
- en cas d'incendie des locaux du client entraînant l'interruption de commandes de prestations sans préavis.

##### Quand la force majeure ne peut-elle être invoquée ?

- en cas de restructuration interne du service commercial du fournisseur qui a provoqué la suspension de toute livraison pendant plusieurs saisons ;

- en cas de délocalisation ultérieure de la production ;
- en cas de conditions météorologiques difficiles lorsque celui qui les invoque ne démontre pas qu'elles ont paralysé son activité ou fait obstacle à la passation de commandes ;
- en cas de problèmes d'approvisionnement et de cession de son activité par le fournisseur qui ne démontre pas de caractère imprévisible, insurmontable, ou irrésistible ;
- en cas de simples difficultés économiques.

Les juges du fond adoptent des positions divergentes lorsque l'auteur de la rupture se prévaut de la conjoncture économique pour justifier la rupture immédiate pour force majeure. Selon la Cour de Dijon, l'auteur de la rupture est dégagé de toute responsabilité lorsqu'indépendante de sa volonté, elle résulte de l'évolution de la conjoncture qui s'est traduite par une diminution de 62 % de son propre chiffre d'affaires en raison de la perte de commandes qu'il a lui-même subie en qualité de sous-traitant. Au contraire, la Cour d'appel de Paris se montre particulièrement stricte : après avoir estimé que les difficultés économiques du secteur ne constituent un cas de force majeure que si l'entreprise concernée en démontre l'imprévisibilité et si elles ont sensiblement affecté l'activité de l'entreprise, elle estime dorénavant que la conjoncture économique ne caractérise pas un cas de force majeure dès lors qu'elle touche dans la même mesure l'auteur et la victime de la rupture. De même, elle considère que la perte d'un client par le donneur d'ordres ne constitue pas un cas de force majeure l'autorisant à se dispenser de préavis dans ses relations avec le sous-traitant. Enfin, elle considère que la crise survenue en 2008 ne peut être invoquée pour justifier une rupture notifiée en 2016. La jurisprudence se montre beaucoup plus sensible aux difficultés invoquées par l'auteur de la rupture lorsque les poursuites sont fondées sur la rupture partielle : dans cette hypothèse, la Cour d'appel de Paris admet que la rupture n'est pas condamnable si la baisse des commandes est justifiée par les difficultés financières du client ou ne résulte pas d'une stratégie volontaire du donneur d'ordres mais s'explique par une baisse d'activité.

## 2. Durée du préavis

### PLAN

Pour apprécier le caractère suffisant ou non de la durée du préavis, il faut tenir compte de :

- sa longueur ;
- son point de départ.

### a. Longueur du préavis

#### A RETENIR

Le préavis doit être fixé compte tenu de la durée de la relation commerciale. Il doit prendre en considération non seulement l'ancienneté des relations, mais aussi la nature de l'activité elle-même, c'est-à-dire la globalité de la relation. En outre, l'article L. 442-1, II, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 24 avril 2019, exclut que la

responsabilité de l'auteur soit engagée pour insuffisance de préavis s'il a accordé un préavis de 18 mois.

### 1) Délai de préavis contractuel

Selon la Cour de cassation, l'existence d'un délai de préavis contractuel ne dispense pas les juges du fond d'examiner si ce délai tient compte de la durée de la relation commerciale et des circonstances au moment de la notification. La faible ancienneté des relations peut ainsi justifier une réduction de la durée stipulée au contrat. A l'inverse, en présence d'une relation longue et continue et d'une clause de non-concurrence couvrant un secteur économique touché par la crise, les juges ont estimé nécessaire d'allouer un préavis supérieur au préavis contractuel.

### 2) Facteurs accessoires

La notoriété, l'implantation et l'importance de l'auteur de la rupture peuvent accessoirement entrer en ligne de compte. La jurisprudence se réfère parfois à l'importance des investissements effectués par le fournisseur et à la part du chiffre d'affaires réalisé avec le distributeur ou à la dépendance de la victime de la rupture. La Cour d'appel de Paris considère que les investissements dédiés à la relation n'influent pas sur la durée du préavis utile lorsqu'ils n'ont pas été exigés par l'auteur de la rupture et qu'il n'est pas établi qu'ils n'ont été ni amortis, ni profitables à la victime. Selon la Cour de cassation, le fait que le partenaire évincé ait réussi sa reconversion n'exclut pas l'obligation pour le juge de contrôler le caractère suffisant du préavis accordé eu égard à la durée de la relation commerciale et aux autres circonstances au moment de la notification de la rupture. Après avoir dans un premier temps considéré que l'absence de perte de chiffre d'affaires dans l'année suivant la rupture ne remettait pas en cause la brutalité de la mesure, la Cour d'appel de Paris a semblé s'opposer frontalement à la Haute juridiction, en retenant que la reconversion possible ou effective du partenaire évincé en cours de préavis atténuait ou hypothéquait son droit à réparation. N'ayant pas réussi à infléchir la position de la Cour de cassation, la Cour d'appel de Paris a abandonné sa résistance et retient aujourd'hui que pour apprécier le préjudice de la victime d'une rupture brutale de relations commerciales établies, il n'y a pas lieu de tenir compte de la réorientation de son activité au cours du préavis. Un fournisseur ne saurait être privé de son droit à un préavis utile sous prétexte qu'il a spontanément développé une activité complémentaire à celle objet de la relation.

### 3) Préavis suffisant

#### A RETENIR

Le nouvel article L. 442-1, II, alinéa 2, institue une exonération de responsabilité pour préavis insuffisant en cas d'octroi d'un préavis de 18 mois. Sous l'empire de l'ancien article L. 442-6, I, 5°, la durée du préavis n'était pas plafonnée et variait selon les circonstances de l'espèce.

## EXEMPLES

**Quels délais de préavis ont été jugés suffisants ?**

- un préavis d'une année pour rompre des relations ininterrompues depuis trente années peut être justifié eu égard aux difficultés qui ont émaillé les relations au cours des trois dernières années et de la part modeste du chiffre d'affaires réalisé entre les partenaires ;
- un préavis de quatre ans pour mettre un terme à des relations vieilles de quarante ans lorsque les investissements invoqués par le partenaire résilié ne sont pas spécifiques à la marque et ont été amortis ;
- un préavis de deux ans pour rompre, même partiellement, une relation commerciale établie depuis trente-huit ans.

La liberté de rompre demeure néanmoins la règle et un préavis de trente mois exigé par des distributeurs a été jugé excessif et ramené à six mois pour des relations établies depuis quatre années.

**4) Modification de la durée du préavis****A RETENIR**

Lorsque le préavis est jugé trop bref au regard de la durée des relations antérieures, le report du point de départ du délai de préavis ne suffit pas à exonérer automatiquement l'auteur de la rupture de sa responsabilité.

La Cour de cassation considère qu'une lettre postérieure à la notification de la rupture, dans laquelle le fournisseur propose un allongement du préavis initialement accordé, ne peut être prise en considération pour apprécier le caractère raisonnable de ce dernier. Dans le prolongement de cette solution, la Cour d'appel de Paris retient que le refus opposé par un distributeur à la proposition de son fournisseur de prolonger la durée du préavis initialement accordé ne se répercute pas sur le montant de son indemnité dès lors que la victime d'un comportement fautif n'est pas tenue de limiter son droit à indemnisation au profit de son auteur. Quand les relations ont été interrompues pendant plusieurs années, puis reprises, le juge ne peut, pour calculer le préavis, tenir compte que de la deuxième période. Par ailleurs, lorsqu'une rupture totale des relations fait suite à une rupture partielle, il convient d'accorder un préavis différent pour chacune d'elles, qui tienne compte de la durée des relations à la date de la notification de la mesure. Enfin, la durée de la clause de non-concurrence qui s'impose au partenaire évincé s'ajoute à la durée des relations dont il est tenu compte pour apprécier le préavis. Ainsi, la durée du préavis accordé à un locataire-gérant doit être portée de six à douze mois pour tenir compte du fait qu'il est tenu par une clause de non-concurrence sur le territoire de la commune où il a exercé son activité pendant un an.

**5) Règlement d'exemption**

La question s'est posée de savoir dans quelle mesure les dispositions de l'article L. 442-1, II s'appliquent lorsque les relations entre les parties sont régies par un contrat valable en vertu d'un règlement d'exemption qui fixe un délai de préavis en cas de résiliation ordi-

naire. La jurisprudence a d'abord considéré, à juste titre, qu'un distributeur résilié pour réorganisation du réseau avec un préavis d'un an ne pouvait se prévaloir des dispositions de l'article L. 442-1, II pour contester la durée du préavis, ce texte devant être interprété à la lumière du droit européen qui prime le droit national. Puis, différents arrêts ont affirmé la compatibilité de l'article L. 442-1, II avec le droit européen de la concurrence, sur la base de raisonnements contradictoires : i) parce que les règlements d'exemption européens ne fixeraient que des durées minimales de préavis ; ii) parce que les règlements d'exemption ne comporteraient pas de prescriptions contraignantes puisque le règlement automobile 1400-2002 ne prévoyait qu'une durée de préavis minimale et que le règlement 1-2003 permet aux États membres d'adopter des règles plus strictes que le droit européen pour sanctionner des comportements unilatéraux ; ou encore iii) parce que les articles 101 et 102 TFUE poursuivraient des objectifs différents de ceux visés par l'article L. 442-1. En réalité, la jurisprudence sanctionnant des contrats exemptés en droit européen au motif que le préavis contractuel conforme au droit européen de la concurrence serait trop court par rapport aux exigences de l'article L. 442-1, II du Code de commerce apparaît critiquable. Si les textes européens et français ont tous deux pour objectif de protéger le marché et la concurrence, dès lors que le droit européen de la concurrence est applicable et permet d'exempter un contrat qui prévoit un préavis contractuel conforme aux dispositions du règlement, une remise en cause de l'exemption sur le fondement de l'article L. 442-1, II devrait être exclue. Il apparaît en effet contradictoire d'affirmer que ce dernier texte relève de l'ordre public économique et protège le fonctionnement du marché et de la concurrence et de refuser d'en tirer les conséquences quant à la primauté de l'article 101 TFUE sur l'article L. 442-1, II. Se fonder, pour faire prévaloir les dispositions de l'article L. 442-1, II, sur le fait que le règlement 1-2003 autorise l'adoption de règles plus strictes en matière de comportements unilatéraux semble peu convaincant. Une telle interprétation revient à condamner l'invocation par une partie d'une stipulation contractuelle exemptée sur le fondement du droit de l'Union. La Cour de justice devrait être saisie d'une question préjudicielle afin de mettre fin aux errements de la jurisprudence nationale ou le juge français devrait trouver un autre fondement aux pouvoirs du ministre que la protection du marché et de la concurrence pour rationaliser l'application de l'article L. 442-1 du Code de commerce.

#### 6) Spécificités sectorielles

##### A RETENIR

Le caractère raisonnable de la durée du préavis s'apprécie au regard des spécificités de l'activité en cause. Dans certains secteurs professionnels, comme l'agriculture, le commerce du vin ou le prêt-à-porter, le préavis doit être fixé en tenant compte du caractère saisonnier du cycle de production.

Il a ainsi été jugé que pour un cycle de production de 6 mois, un préavis de 4 mois, avec une notification en début de cycle, est insuffisant. De même, la rupture intervenue en fin de saison de « collection été » est brutale dès lors qu'elle prive la victime de la possibilité d'une « collection hiver » susceptible d'être substituée. En d'autres termes, la rupture doit être notifiée à la victime dans un délai qui lui permette de reconvertir ses activités. Un préavis de trois mois est dès lors insuffisant pour rompre des relations de vingt-trois



ans sur un marché oligopolistique où l'exercice de l'activité suppose de respecter une réglementation particulière et de disposer d'équipements spécialisés. L'intervention sur un marché caractérisé par le nombre réduit de clients et sur lequel les reconversions sont longues, coûteuses et difficiles, peut justifier l'octroi d'un préavis de dix-huit mois. En revanche, la spécificité de l'activité en cause ne constitue pas un critère d'appréciation pertinent lorsque les achats de l'auteur de la rupture ne représentent qu'une infime partie de l'activité de la victime ou qu'il existe des solutions alternatives qui pourront facilement être mises en œuvre. La rupture est exempte de critique lorsque le fournisseur offre de maintenir la relation commerciale pendant une durée permettant la mise en œuvre d'une solution de remplacement, même si cette solution nécessite une nouvelle relation contractuelle entre les parties.

### 7) Accords interprofessionnels

#### A RETENIR

Le préavis doit respecter la durée minimale fixée par les accords interprofessionnels, en référence aux usages du commerce.

Ainsi, les usages professionnels entre éditeurs et imprimeurs s'appliquent à la durée du préavis qui doit être accordée lors de la rupture de la relation commerciale établie entre un imprimeur et un graphiste. De même, en matière de transport de marchandises, le délai minimum de préavis ne peut être inférieur à trois mois en application du contrat-type relatif à la sous-traitance en matière de transports, qui, selon la Cour de cassation, exclut l'application de l'article L. 442-1, II. L'applicabilité du contrat-type implique cependant l'existence de rapports tripartites entre un donneur d'ordres, un transporteur principal et un sous-traitant. En présence de rapports bipartites, l'article L. 442-1, II retrouve son empire. Par ailleurs, lorsque les partenaires à un contrat de sous-traitance de transport stipulent un délai de préavis, elles manifestent leur volonté d'exclure l'application du contrat-type approuvé par le décret du 26 décembre 2003, de sorte que la rupture de leurs relations relève de l'article L. 442-1, II du Code de commerce. L'existence d'usages professionnels ne dispense pas le juge de vérifier si le préavis accordé en vertu de ces usages tient compte de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances de l'espèce, notamment de l'état de dépendance de l'entreprise évincée. En effet, selon le juge, les usages professionnels applicables dans le secteur en cause constituent le minimum qui peut être accordé au partenaire évincé.

### 8) Préavis légaux

#### A RETENIR

Le délai de préavis peut être légalement fixé.

Il en est ainsi de l'article L. 134-11 du Code de commerce pour le contrat d'agence commerciale qui n'est pas soumis à l'article L. 442-1, II du même code, ce contrat étant en outre de nature civile. De même, la rupture d'un concours bancaire dans le respect du délai de préavis prévu par l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier ne peut être remise en cause sur le fondement de l'article L. 442-1, II du Code de commerce. Cette solution ne s'applique pas au contrat de gérance-mandat, dont les conditions de la

rupture sont certes fixées par l'article L. 146-4 du Code de commerce mais pas la durée du préavis.

Avant la réforme du droit de la négociation commerciale par l'ordonnance du 24 avril 2019, l'ancien article L. 442-6, I, 5° prévoyait que si la relation commerciale portait sur la fourniture de produits sous marque distributeur, la durée minimale du préavis était portée au double de celle qui serait applicable pour des produits autres. La règle du doublement du préavis ne figure plus à l'article L. 442-1, II.

### 9) Relations des parties

#### A RETENIR

Durant le préavis les relations se poursuivent selon les mêmes modalités et le volume d'affaires doit, en principe, se maintenir même s'il ne doit pas nécessairement atteindre un niveau équivalent. La modification des conditions du contrat doit présenter un caractère substantiel pour être assimilée à une inexécution du préavis.

#### Que ne peut-on pas faire en cours de préavis ?

- baisser de 50 % le chiffre d'affaires sans que la baisse soit justifiée par des circonstances extérieures exceptionnelles ;
- faire chuter brutalement les commandes de prestations en tentant d'imposer à son partenaire des tarifs nettement inférieurs à ceux pratiqués par le passé ;
- pour le client, cesser ou refuser de passer commande en cours de préavis ;
- pour un fournisseur, prétendre exécuter effectivement le préavis accordé à son distributeur lorsqu'il lui retire de facto la vente des services qui génèrent le plus de marge ;
- pour l'auteur de la rupture, augmenter les obligations de son partenaire en cours de préavis, notamment en conditionnant la signature d'un nouveau contrat à la réalisation, au cours de cette période, de ventes supérieures aux objectifs contractuels ou en modifiant la procédure de passation de commandes en imposant au client de passer un nombre minimum d'ordres dans l'année pour bénéficier de remises auparavant inconditionnelles ;
- retirer l'exclusivité au cours du préavis et priver celui-ci de tout intérêt en mettant le partenaire évincé dans l'impossibilité de le mettre à profit pour se réorganiser ;
- pour un fournisseur, démarcher les clients de son distributeur en cours de préavis ;
- pour un fournisseur, refuser de livrer les commandes passées par le partenaire évincé, à moins qu'elles ne présentent un caractère inhabituel eu égard aux stocks encore en possession du distributeur ou que ce dernier soit encore débiteur de très lourds impayés.

#### En revanche :

- le retrait de l'exclusivité est licite lorsque l'abandon de l'exclusivité est réciproque ;

- les ventes sur le territoire sont licites en l'absence d'exclusivité préalable ;
- l'atteinte à l'exclusivité est autorisée lorsque le partenaire évincé est commissionné pour les ventes effectuées en violation de son exclusivité.

Selon la Cour de cassation, une clause, qui, au cours du préavis, permet au concédant de vendre ses produits par l'intermédiaire d'autres revendeurs, et au concessionnaire de rompre le plus tôt possible l'interdiction de vendre d'autres marques et de se limiter à un territoire donné afin de faciliter sa reconversion commerciale, ne constitue qu'un aménagement contractuel de l'exécution du préavis qui n'a pas pour effet de déroger aux dispositions impératives de l'article L. 442-1, II du Code de commerce.

Du reste, pour pouvoir prétendre que le préavis n'a pas été respecté, encore faut-il que le partenaire évincé justifie des commandes que son fournisseur aurait refusé de satisfaire.

En outre, une rupture en cours de préavis est possible lorsque le partenaire évincé commet de nouvelles fautes pendant cette période, comme l'accumulation d'impayés. Enfin, l'article L. 442-1, II n'impose pas la poursuite des relations durant le préavis lorsque l'auteur de la rupture propose une compensation pécuniaire adéquate à son partenaire.

#### b. Point de départ du préavis

##### A RETENIR

Le délai de préavis court dès la manifestation par l'auteur de la rupture de son intention de ne pas poursuivre les relations et non du jour où la rupture est consommée. La lettre annonçant le terme des relations doit marquer sans ambiguïté la volonté de rompre.

Ainsi, un distributeur ne peut se plaindre d'une absence totale de préavis lorsqu'il résulte des termes clairs et précis de deux courriers de son fournisseur, adressés plus d'un an avant la rupture, que celui-ci n'avait pas l'intention de renouveler le contrat à son échéance, même s'il n'excluait pas d'examiner sa candidature pour un nouveau contrat.

Par ailleurs, la notification de la rupture par lettre simple suffit à faire courir le préavis, même si le contrat prévoit une lettre recommandée avec accusé de réception, dès lors que son destinataire ne conteste pas l'avoir reçue.

En revanche, le seul ralentissement des commandes ou des courriers qui font seulement état de problèmes de qualité ne peuvent tenir lieu de préavis. Un préavis oral, délivré au cours d'une réunion, ne suffit pas non plus. Enfin, selon certaines décisions, la lettre de rupture ne fait courir le préavis que si elle indique la durée de celui-ci.

Lorsque l'une des parties lance un appel d'offres, elle marque sa volonté de ne pas poursuivre la relation aux conditions antérieures. Le lancement de l'appel d'offres ne doit toutefois pas avoir été présenté au prestataire habituel comme une simple formalité. En outre, le lancement d'un appel d'offres par une société sœur du client, avec laquelle le fournisseur est également en relations, ne vaut pas notification de la rupture des relations entre ces derniers. Le point de départ du préavis doit être fixé au jour de l'émission de l'appel d'offres et non à celui où la proposition du partenaire habituel n'est pas retenue. La mise en concurrence dans le cadre d'un appel d'offres d'un partenaire commercial

avec d'autres entrepreneurs équivaut donc à une rupture de relations commerciales établies, à condition que la procédure d'appel d'offres ait fait l'objet d'une notification écrite au partenaire, le cas échéant, selon la Cour de cassation, sous la forme d'un courriel. Si le partenaire est sélectionné, de nouvelles relations s'instaurent.

### 3. Circonstances de la rupture

#### A RETENIR

La brutalité de la rupture s'apprécie au regard des accords interprofessionnels, des usages ou de la relation commerciale. Elle implique «l'imprévisibilité, la soudaineté et la violence», ainsi que l'absence de préavis suffisant.

Le respect du préavis contractuel exclut, selon la Cour de cassation, la brutalité ou l'imprévisibilité de la rupture, sous réserve que le préavis contractuel soit lui-même suffisant eu égard à la durée de la relation commerciale. Les mobiles de la rupture n'ont pas à être examinés par le juge dès lors que son auteur a respecté un préavis conforme à l'article L. 442-1, II du Code de commerce. Le juge ne peut cependant se contenter, pour appliquer le texte, de constater que l'un des partenaires a pris l'initiative d'une rupture immédiate mais doit au préalable se prononcer sur la durée du préavis qui aurait dû être respecté.

#### EXEMPLES

##### La rupture n'est pas brutale :

- en cas de non-renouvellement de relations commerciales, même anciennes, dès lors que le processus de rupture s'étale sur plusieurs mois ;
- lorsque le partenaire a notifié son intention de ne pas poursuivre les relations contractuelles dans les conditions antérieures ;
- lorsque le partenaire a annoncé une possible réorganisation de ses approvisionnements ou de ses activités et la réduction significative du volume d'affaires qui en résultera, voire la possibilité de l'exclusion d'un distributeur ;
- lorsqu'elle a été précédée de fréquents rappels à l'ordre d'un prestataire sur la qualité de ses prestations, de ses produits ou de son organisation ;
- lorsqu'elle intervient après la dégradation continue des rapports entre les partenaires durant une longue période ;
- lorsque l'entreprise, qui avait connaissance de sa mise en concurrence avec d'autres opérateurs, a été alertée de la nécessité de réduire son taux de dépendance ;
- lorsque l'entreprise a elle-même fortement diminué ses approvisionnements auprès de son client ;
- lorsqu'elle fait suite à une année de négociations stériles entre les partenaires sur la revalorisation du prix des marchandises.

La Cour de cassation a cependant remis cause ces solutions en posant en principe qu'une rupture, quoique prévisible, demeure brutale si sa victime n'a pas bénéficié d'un préavis suffisant. Ainsi, des menaces de rupture, mêmes graves et réitérées à plusieurs reprises, ne tiennent pas lieu de préavis lorsqu'elles ne sont pas mises à exécution et sont même suivies de nouvelles commandes. Désormais, la prévisibilité de la rupture ne la prive plus de son caractère brutal si elle ne résulte pas d'un acte du partenaire manifestant son intention de ne pas poursuivre la relation commerciale et faisant courir un délai de préavis.

**A RETENIR**

L'invocation d'un état de dépendance ne constitue pas un facteur d'appréciation en soi de la brutalité de la rupture.

D'abord, l'existence d'un rapport d'exclusivité entre les partenaires, ou la difficulté à trouver des solutions de substitution, ne s'identifie pas à un état de dépendance. Tel est le cas, en particulier, lorsque l'exclusivité résulte du propre choix de la victime de la rupture, notamment lorsque cette dernière ne diversifie pas sa clientèle en dépit de l'annonce, par son partenaire, d'une modification future des modalités de la relation. *A fortiori*, le distributeur qui n'est lié par aucune exclusivité, puisqu'il commercialise des produits concurrents, et a pu réorienter ses activités au cours du préavis, ne peut faire valoir sa dépendance. Il en va de même du distributeur qui n'a pas eu à se retirer du marché en cause et a, certes avec difficulté, retrouvé des fournisseurs à l'étranger ou du prestataire qui n'est tenu par aucune exclusivité ou clause de non-concurrence et n'a pas réalisé d'investissements spécifiques puisqu'il ne fait que détacher de la main d'œuvre chez son client, pour travailler sur des matières premières fournies par ce dernier. Ensuite, selon la Cour de cassation, le fait que le distributeur réalise une part très élevée de son chiffre d'affaires avec l'auteur de la rupture ne suffit pas à caractériser la dépendance du premier à l'égard du second, en l'absence d'exclusivité dans les relations contractuelles. Elle impose ainsi au partenaire, qui réalise 77,25 % de son chiffre d'affaires avec l'auteur de la rupture, de s'expliquer sur son choix de ne pas diversifier son activité ou sur l'état du marché sur lequel il intervient et ses perspectives de reconversion. Un prestataire qui ne réalise que 32 à 35 % de son chiffre d'affaires avec l'auteur de la rupture n'est pas en état de dépendance vis-à-vis de ce dernier, même si celui-ci détient 50 % de part de marché, dès lors qu'il n'est pas établi qu'il ne puisse travailler pour les numéros 2 et 3 du secteur ou accentuer sa reconversion vers d'autres segments du marché, voire vers d'autres secteurs. Le partenaire contractuellement invité à diversifier sa clientèle et à informer son client lorsque son taux de dépendance excède 20 % ne peut ultérieurement se prévaloir d'une telle situation à l'égard de celui-ci. Tel est aussi le cas lorsque l'exclusivité ne concerne que les activités concurrentes de celles déployées par le client et permet au prestataire de contracter avec des non-concurrents. Enfin, le prestataire qui intervient sur un marché sur lequel une diversification facile et rapide de la clientèle est possible, ne peut se prévaloir d'aucune dépendance.

**A RETENIR**

La dépendance constitue cependant parfois un critère d'évaluation complémentaire de la durée du préavis.

Ainsi, selon la Cour de cassation, le juge n'est pas tenu de se limiter au critère de la durée des relations antérieures mais peut compléter son appréciation en tenant compte de l'état de dépendance du partenaire évincé, notamment pour vérifier si ce dernier peut facilement obtenir d'autres clients des commandes techniquement et économiquement équivalentes à celles résultant de la relation. Ainsi, la dépendance d'un fabricant à l'égard de son fournisseur, qui contrôle le marché avec une autre entreprise, justifie l'octroi de trois ans de préavis, lorsqu'il ne dispose pas de sources alternatives d'approvisionnement à un coût satisfaisant pour lui et ses clients. De même, la dépendance d'un distributeur en relations depuis trente-cinq ans avec un fournisseur qui lui a imposé une obligation de non-concurrence peut justifier l'allocation d'un préavis de deux ans dès lors que sur le marché en cause, qui présente des caractéristiques particulières et sur lequel la marque occupe une position importante, l'organisation de la reconversion nécessite une formation du personnel, la prise en considération de contraintes liées aux stocks de pièces de rechange et la recherche de nouveaux clients. Le client qui exige que son transporteur lui dédie la plupart de ses camions, impose que ceux-ci soient floqués à sa marque et que les chauffeurs portent des vêtements à ses couleurs, place ce dernier dans un état de dépendance dont il convient de tenir compte dans l'appréciation du préavis, même s'il l'a invité à se diversifier. Enfin, l'importance d'un client sur le marché français de l'approvisionnement de la grande distribution en fruits et légumes, sa part dans le chiffre d'affaires du fournisseur, l'interdiction faite à ce dernier de vendre directement à la grande distribution ou de fournir d'autres clients sans son autorisation préalable et l'immixtion dans sa gestion quotidienne établissent l'existence d'une dépendance subie, et non choisie, qu'il faut prendre en considération.

**A RETENIR**

Enfin, la forme de la rupture peut constituer un indice de sa brutalité.

Des relations qui durent depuis dix ans ne peuvent être rompues à l'expiration d'un délai de 48 heures, équivalent dans ce cas à une absence de préavis. De même, la rupture de relations établies depuis douze ans, notifiée dix jours seulement avant sa prise d'effet, présente un caractère brutal même si le fournisseur offre au distributeur de l'approvisionner jusqu'à l'ouverture de sa filiale de distribution. Tombe également sous le coup de l'article L. 442-1, II, la rupture de relations commerciales établies depuis 25 ans qui n'est pas annoncée au moyen d'un préavis écrit, mais d'un communiqué de presse, diffusé seulement un mois avant sa prise d'effet, dont le partenaire n'a eu connaissance que fortuitement. Dans tous les cas, la présence dans le contrat d'une clause autorisant la rupture de plein droit en cas de survenance d'un événement déterminé ne dispense pas les parties de respecter un préavis. La rupture est également abusive lorsque son auteur a laissé espérer à son partenaire la poursuite normale de leurs relations.

## EXEMPLES

Quand l'auteur de la rupture fait-il indûment espérer à son partenaire la poursuite des relations ?

- en définissant avec ce dernier le plan marketing de l'année à venir ;
- en acceptant des hausses tarifaires et en demandant de nouvelles évolutions du produit ;
- en concluant, à l'issue d'une période de crise, un protocole d'accord prévoyant de nouvelles commandes et en maintenant un important volume d'affaires par la suite ;
- en adoptant, après la notification de la rupture, une attitude ambivalente sur la continuité du courant d'affaires qui empêche le partenaire de mettre à profit le préavis pour se reconvertir ;
- en incitant le distributeur à réaliser d'importants investissements pour combler les lacunes géographiques du réseau et en laissant croire à un renouvellement ;
- en lui adressant un courrier de félicitations qui envisage les perspectives d'activité pour les années à venir ou en poursuivant les relations plus d'un an après l'incendie des locaux invoqué pour y mettre un terme.

## E. Sanctions

## PLAN

Nous examinerons successivement :

- la portée de la responsabilité ;
- l'évaluation du préjudice ;
- l'application de la règle dans les relations commerciales internationales.

## 1. Responsabilité

## a. Responsabilité contractuelle ou délictuelle ?

L'article L. 442-1, II du Code de commerce prévoit que l'auteur d'un abus de dépendance, et notamment de la rupture brutale de relations commerciales établies, engage sa responsabilité. La nature de la responsabilité est déterminante pour désigner le tribunal territorialement compétent pour connaître du litige. En effet, l'article 46 du Code de procédure civile fixe des règles d'attribution de compétence différentes selon que l'action est contractuelle ou délictuelle. Le Code de commerce étant muet sur ce point, on en déduisait généralement qu'il s'agissait d'un cas de responsabilité civile générale, contractuelle ou délictuelle. Ainsi, lorsque de nombreux contrats de vente successifs ont été passés entre le fournisseur et son client, il a été jugé que celui-ci peut rechercher la responsabilité contractuelle du fabricant qui a rompu ces relations commerciales régulières.

## A RETENIR

La Cour de cassation a décidé, de façon implicite mais nécessaire, que la responsabilité au titre de l'article L. 442-6, I, 5°, devenu L. 442-1, II est de nature délictuelle.

Cette prise de position en faveur de la nature délictuelle de l'action en rupture de relations commerciales établies sans préavis suffisant a été affirmée clairement depuis par la Chambre commerciale à l'occasion de multiples affaires, en dépit d'une assez forte résistance des juges du fond et de la prise de position contraire de la Cour de justice dans les rapports internationaux (CJUE, 14 juill. 2016, aff. C-196-15, Granarolo, LawLex161360, qui estime que l'action fondée sur l'article L. 442-1, II présente un caractère contractuel dans l'ordre international). Cette jurisprudence a été critiquée par la doctrine qui estime que le fondement de la responsabilité pour rupture de relations commerciales établies n'est ni contractuel, ni délictuel, mais légal, ou encore qu'elle conduit à qualifier différemment un même type de responsabilité dans l'ordre juridique national et international. **A la suite de l'arrêt Granarolo de la Cour de justice, la jurisprudence interne a dû aligner ses solutions sur le droit de l'Union en ce qui concerne les rapports comportant un élément d'extranéité.** Plus fondamentalement, la rupture d'une relation commerciale établie intervient le plus souvent dans un cadre contractuel et nécessite très fréquemment une appréciation de la violation des obligations contractuelles (justifiant la privation de préavis), ou de leur bonne exécution, ou un jugement quant à la modification des conditions contractuelles (équivalente à une rupture totale ou partielle). Il apparaît dès lors peu cohérent d'inférer de la seule inscription d'un principe de responsabilité dans une loi son caractère délictuel.

La jurisprudence de la Chambre commerciale en faveur de la reconnaissance du caractère délictuel de la responsabilité avait pour corollaire l'éviction des clauses attributives de compétence au profit du juge du contrat. Elle apparaissait ainsi contraire à la jurisprudence de la première Chambre civile qui reconnaît traditionnellement l'application des clauses attributives de compétence quelle que soit la nature de la responsabilité invoquée. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a assoupli sa jurisprudence pour se rapprocher de la position adoptée par la première Chambre civile dans les rapports internationaux. Elle a ultérieurement confirmé sa position en considérant qu'une clause attributive de compétence figurant au verso de factures réglées sans contestation par le distributeur, qui attribue compétence aux juridictions allemandes pour tous litiges découlant des relations contractuelles, est suffisamment large pour s'appliquer à la rupture de relations commerciales établies, quelle que soit la nature, contractuelle ou délictuelle, de la responsabilité encourue. En revanche, dans les rapports purement internes, les clauses attributives de compétence ne sont valables que pour autant qu'elles ne dérogent pas aux règles de spécialisation des juridictions fixées aux articles L. 442-4, D. 442-3 et D. 442-4 du Code de commerce.

La consécration du caractère délictuel de l'action dans les relations internes entraîne l'application du principe du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle. Cependant, ce principe n'interdit pas au créancier d'une obligation contractuelle de présenter une demande distincte fondée sur l'article L. 442-1, II. Enfin, l'article 1240 du Code civil ne peut être invoqué à titre subsidiaire au soutien de prétentions fondées sur l'article L. 442-1, II lorsqu'aucune faute distincte de la seule rupture brutale n'est établie.

L'action se prescrit selon les règles de la prescription commerciale de droit commun, ramenée de dix ans à cinq ans par le nouveau droit de la prescription.



### b. Maintien des relations contractuelles

La sanction de la rupture brutale peut-elle se traduire par le maintien des relations contractuelles ?

#### A RETENIR

Selon la Cour de cassation, si la rupture valable de relations commerciales établies ne saurait donner lieu à la condamnation du fournisseur à poursuivre les relations avec le distributeur, le juge des référés peut cependant, pour faire cesser le trouble manifestement illicite qui en résulte et prévenir un dommage imminent, décider de prolonger la durée du préavis accordé au fournisseur par une centrale d'achats ou imposer, pour une durée déterminée, la reprise des livraisons ou le maintien des relations commerciales avec ses clients à une société dont la dissolution et la liquidation précipitée révèle une manœuvre délibérée pour se soustraire à ses obligations.

La Cour d'appel de Paris a même considéré que lorsqu'il y a encore lieu, le juge des référés peut, sur le fondement de l'article L. 442-4 du Code de commerce, faire injonction à un partenaire de reprendre les relations auxquelles il a manifestement mis fin de manière illicite ou ordonner l'extension du préavis accordé. Les conditions de l'injonction sont d'interprétation stricte : l'absence de trouble illicite et/ou de dommage imminent exclut *ipso facto* le maintien des relations. Aussi, les pertes financières et licenciements invoqués par la prétendue victime d'une rupture brutale de relations commerciales établies ne justifient-ils pas l'octroi des mesures demandées lorsqu'ils sont la conséquence non de l'insuffisance de préavis octroyé, mais de la rupture elle-même, due à l'arrivée du terme du contrat conclu entre les partenaires.

### c. Amende civile

#### A RETENIR

Comme tous les manquements à l'article L. 442-1 du Code de commerce, l'auteur d'une brusque rupture s'expose à une amende civile pouvant s'élever à un montant de 5 millions d'euro, au triple du montant des sommes indûment versées ou à 5 % du chiffre d'affaires réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédent celui au cours duquel les pratiques en cause ont été mises en œuvre (art. L. 442-4, I).

Les interventions de la DGCCRF sur le fondement de l'article L. 442-1, II qui sont beaucoup plus rares qu'en matière de déséquilibre significatif, ont notamment lieu dans des affaires où les victimes ne peuvent agir pour des raisons juridiques ou de rapports de force. Le montant de l'amende civile est fixé selon une analyse multicritères minorants et aggravants.

### d. Publication de la décision

L'article L. 442-4, II du Code de commerce rend obligatoire la publication de la décision, même si très peu de décisions appliquent cette sanction.

## e. Impact de la spécialisation des juridictions sur le contentieux

### A RETENIR

Le décret du 11 novembre 2009, codifié aux articles D. 442-3 et D. 442-4 du Code de commerce, désigne huit juridictions spécialisées au titre du droit de la concurrence pour connaître du contentieux de l'article L. 442-1 du Code de commerce, la Cour d'appel de Paris étant la seule juridiction de second degré compétente pour les appels dirigés contre leurs décisions. Seuls les recours formés contre les décisions rendues par les juridictions de première instance spécialisées doivent être portés devant la Cour d'appel de Paris. Si une juridiction non spécialisée s'est prononcée, la cour d'appel de son ressort est seule compétente pour statuer sur le recours contre le jugement. Elle devra relever d'office l'excès de pouvoir commis par le premier juge, annuler sa décision et statuer le cas échéant sur le litige dans les limites de sa compétence.

Comment combiner l'attribution de compétence au profit de huit juridictions spécialisées avec les clauses attributives de compétence convenues entre les parties ? Faut-il faire prévaloir la clause attributive de compétence en considérant qu'elle doit s'appliquer même lorsque l'action est délictuelle conformément à la jurisprudence de la Chambre civile dans l'ordre international et à la jurisprudence la plus récente de la Chambre commerciale ? La solution la plus respectueuse de la volonté des parties consisterait à attribuer compétence au tribunal saisi, à vérifier qu'il fait partie des huit juridictions spécialisées et, à défaut, à opérer un renvoi à la juridiction spécialisée pour le ressort du tribunal désigné par les parties. La jurisprudence estime néanmoins que le caractère d'ordre public de la compétence des juridictions spécialisées exclut l'application des clauses attributives de compétence stipulées par les parties.

Enfin, la spécialisation des juridictions s'applique-t-elle aussi en cas de référé ? Si la juridiction locale saisie n'est pas compétente, cette incompétence doit logiquement viser toutes les formations du tribunal, qu'il s'agisse du juge des référés ou du juge du fond. Telle est la solution retenue par la Cour de cassation.

## 2. Évaluation du préjudice

Les entreprises poursuivies au titre de la rupture de relations commerciales ont longtemps hésité à se défendre sur le terrain du préjudice car il leur semblait qu'elles auraient ainsi indirectement reconnu une faute. Lorsqu'il retenait une faute dans la résiliation du contrat, le juge se contentait le plus souvent d'accueillir les demandes des victimes qui réclamaient invariablement des dommages-intérêts à hauteur de la marge brute. La stratégie judiciaire des défendeurs a changé par la suite. Ils ont fait valoir que le préjudice devait être apprécié compte tenu de la marge nette ou semi-brute et non plus brute. La solution paraît pleinement justifiée : en l'absence de poursuite des relations, une grande partie des frais liés à l'activité ne sont plus supportés par l'entreprise. Toutefois, la jurisprudence a dans un premier temps majoritairement continué de se référer à la perte de marge brute, dont la définition varie selon que l'on est en présence d'activités de production ou de prestations de services. La Cour d'appel de Paris, dans ses fiches méthodologiques sur l'indemnisation du préjudice économique, préconise désormais d'indemniser non plus la perte de marge brute, mais la perte de marge sur coûts variables, c'est-à-dire de retrancher du chiffre d'affaires les charges qui n'ont pas été supportées du fait de la

baisse d'activité. Néanmoins, si certaines formations de la Cour d'appel de Paris ont aussitôt mis en œuvre ces principes, d'autres continuent malheureusement de se référer à la perte de marge brute.

**A RETENIR**

La Cour de cassation a validé l'appréciation du préjudice sur le fondement de la marge déduction faite des coûts évités, qui peuvent s'étendre à des charges fixes non supportées lors du préavis non effectué.

Selon la Cour de cassation, la perte de marge se calcule non à partir du chiffre d'affaires global de la victime, mais de celui réalisé avec l'auteur de la rupture ou l'activité considérée. La période de référence pour le calcul de la marge ne peut être celle d'avant crise, dès lors qu'il n'est pas établi qu'en cas de poursuite des relations, le même chiffre d'affaires aurait été réalisé. De même, la victime de la rupture ne peut exiger que son indemnité soit calculée sur la base du chiffre d'affaires réalisé au cours d'une année marquée par un événement exceptionnel. Lorsque les relations se sont poursuivies pour une partie des produits contractuels, il doit être tenu compte dans le calcul de la marge brute du volume d'affaires conservé durant ce laps de temps. L'indemnisation des pertes d'exploitation ne peut être contractuellement exclue. Les dommages-intérêts doivent tenir compte du temps de préavis effectué : il ne peut être octroyé deux années de marge à la victime qui a bénéficié d'un préavis effectif de dix mois et demi, même si le juge estime que le préavis aurait dû être de deux ans. Le juge qui condamne une entreprise pour rupture brutale de relations commerciales établies ne peut assortir l'indemnité accordée à la victime des intérêts aux taux prévu par l'article L. 441-10 du Code de commerce, qui ne s'appliquent qu'en cas de non-paiement de factures à bonne date. En revanche, les indemnités versées à titre de dommages-intérêts par l'auteur d'une rupture brutale de relations commerciales établies sont assujetties à la TVA. Enfin, l'existence même du préjudice doit être établie : un distributeur ne peut invoquer aucun préjudice lorsqu'au cours du préavis qui lui a été accordé, il a réalisé une marge plus importante avec les commandes passées auprès de son fournisseur que les dommages-intérêts qu'il réclame.

**A RETENIR**

Seul le préjudice lié à l'insuffisance du préavis peut être réparé et non celui résultant de l'arrêt de la relation elle-même.

L'action ne peut par conséquent pas tendre à la réparation du préjudice constitué par la perte partielle du fonds de commerce et les coûts de licenciement du personnel, l'obligation de réactualiser sa politique de commercialisation ou d'engager des investissements pour la recherche de nouveaux clients, les frais de réinstallation, le remboursement du stock ou la perte de clientèle. Les investissements spécifiques engagés par le partenaire évincé ne doivent être indemnisés que s'ils ne sont pas amortis et réutilisables. Par ailleurs, l'absence de préavis constitue un préjudice distinct du fait de maintenir un partenaire dans l'ignorance de la poursuite ou non des relations pendant six mois, qui doit être réparé par l'allocation de six mois supplémentaires de marge brute. En cas de rupture

anticipée d'un contrat à durée déterminée, le préjudice de la victime s'apprécie compte tenu de la durée restant à courir jusqu'au terme normal du contrat. La jurisprudence considère en outre que le préjudice de la victime s'apprécie compte tenu du préavis dont elle a effectivement bénéficié et non de celui accordé par son partenaire.

#### A RETENIR

La jurisprudence de la Cour de cassation tend actuellement à accorder au partenaire évincé une indemnisation forfaitaire de la marge perdue qui tient compte du nombre de mois de préavis manquants par rapport au préavis fixé par le juge, indépendamment des événements postérieurs à la rupture, tels que la reconversion réussie du partenaire, et donc sans tenir compte du préjudice réel lié à l'insuffisance du préavis.

La Haute juridiction estime ainsi que «le délai de préavis s'apprécie en tenant compte de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances au moment de la notification de la rupture», ce qui s'oppose à la prise en considération d'éléments survenus après la rupture. Cette jurisprudence est préoccupante. Le préavis a normalement pour objet d'assurer la reconversion du partenaire et non de lui garantir une indemnité automatique. Par ailleurs, si l'indemnisation dépend uniquement d'un nombre de mois de préavis manquants, déconnecté du dommage réel, la réparation n'est pas octroyée sur le fondement du droit de la responsabilité, mais représente un tarif forfaitaire, qui apparaît contraire tant à l'esprit qu'à la lettre de l'article L. 442-1, II du Code de commerce qui pose le principe d'une action en responsabilité visant à «réparer le dommage causé».

Enfin, la Cour de cassation reconnaît aux partenaires la faculté, lorsque la rupture est consommée, de convenir des modalités de celle-ci et/ou de transiger sur l'indemnisation, en dépit du caractère d'ordre public de l'article L. 442-1. La solution prend appui sur une jurisprudence constante en vertu de laquelle : «s'il est interdit de renoncer par avance aux règles de protection établies par la loi sous le sceau de l'ordre public, il est en revanche permis de renoncer aux effets acquis de telles règles». Les partenaires peuvent donc négocier, dans des conditions de plus grande sécurité juridique, les modalités de leur désengagement sans encourir le risque de voir leurs accords remis en cause par le juge. Pour être valable, la transaction ne doit pas être entachée par le vice du consentement de l'un de ses signataires. La transaction conclue entre les partenaires sur l'indemnisation de la rupture de leurs relations n'est pas affectée du vice de violence du seul fait qu'elle intervient au cours de l'appel d'offres lancé par le client, dès lors qu'il n'est pas démontré que la participation à cette procédure était subordonnée à la finalisation de l'accord. Conformément à l'article 2044 du Code civil, la transaction doit également se traduire par des concessions réciproques des parties : tel est le cas lorsque l'auteur de la rupture consent à allonger le préavis contractuel de six mois en échange de la renonciation de son partenaire à agir en justice. Les concessions acceptées ne doivent pas être dérisoires. La transaction est valable lorsque les sommes versées, conséquentes, sont celles qui ont été réclamées par le partenaire évincé dans un courrier antérieur ou lorsque le préavis accordé est supérieur à celui considéré suffisant par le juge et prévoit un niveau de commandes très élevé. Les juges s'opposent en revanche sur les effets de la transaction à l'égard du ministre de l'Économie. Alors que la Cour d'appel de Metz retient que le désistement d'action de la victime d'une rupture brutale de relations commerciales établies, à

la suite d'une transaction conclue avec son ancien partenaire, n'empêche pas le ministre d'intervenir pour la défense de l'ordre public économique, la Cour d'appel de Paris estime qu'une transaction valable lui est opposable, y compris dans son rôle de gardien de l'ordre public économique, et fait obstacle à toute condamnation d'un partenaire à une amende civile ou à l'allocation de dommages-intérêts.

### 3. Application aux relations commerciales internationales

L'application de l'article L. 442-1, II aux rapports internationaux est à l'origine d'importantes difficultés. Pour éviter la mise en jeu de leur responsabilité au titre de la rupture de relations commerciales établies, de nombreux fournisseurs étrangers, notamment américains, ayant mis fin aux contrats de distribution qui les liaient à leur distributeur français, ont fait valoir une exception d'incompétence au profit du juge du contrat au titre d'une clause attributive de compétence ou d'une clause compromissoire ainsi que le droit pour les parties de se soumettre à une loi étrangère pour gouverner l'exécution et la résiliation de leurs relations.

Les juges du fond considèrent généralement que les dispositions de l'article L. 442-1, II du Code de commerce constituent une loi de police au sens du droit international privé, notamment en raison du droit d'action du ministre de l'Économie et de la mission de protection générale de l'ordre public économique qui lui est confiée même si la jurisprudence récente est plus divisée. Ce raisonnement les a conduits dans un premier temps à écarter l'application des clauses attributives de compétence ainsi que de celles désignant le droit étranger, au profit du droit français, en considérant par ailleurs que la demande de réparation du préjudice subi au regard de l'insuffisance des préavis ne repose pas sur les dispositions du contrat mais sur celles de l'article L. 442-1, II du Code de commerce.

#### A RETENIR

La Cour de cassation a décidé qu'une action fondée sur l'article L. 442-1, II du Code de commerce relevait du tribunal étranger désigné par une clause attributive de compétence en vertu du règlement 44-2001 du 22 décembre 2000, abrogé et remplacé par le règlement 1215-2012 du 12 décembre 2012. La solution a été confortée par deux arrêts qui refusent de faire prévaloir la nature de loi de police du texte sur la clause attributive de compétence.

Elle a encore été confirmée à propos d'une clause compromissoire visant tout litige ou différend né du contrat ou en relation avec celui-ci dès lors qu'une demande portant sur la rupture de relations commerciales établies présente un lien avec le contrat, même si des dispositions d'ordre public, fussent-elles constitutives de lois de police, régissent le fond du litige. La solution a été réitérée à propos d'une clause attributive de compétence internationale figurant dans un contrat de distribution entre un concédant automobile anglais et un concessionnaire français et attribuant compétence aux tribunaux anglais pour «tous litiges découlant de la relation contractuelle».

Dans les relations internationales, la jurisprudence tend aujourd'hui à priver les distributeurs français ayant conclu avec des partenaires étrangers de la protection prévue par le droit français en cas de rupture de relations commerciales établies. Les clauses

attributives à un tribunal étranger et le choix d'un droit étranger conduiront, dans la plupart des cas, à l'exclusion des règles impératives du droit français dans la mesure où il est relativement rare que le juge étranger applique la loi française en tant que loi de police. Encore faut-il que la clause attributive de compétence soit rédigée de manière suffisamment large. A ainsi été écartée dans le cadre d'une action pour rupture de relations commerciales établies une clause attributive de compétence figurant dans un contrat entre un fournisseur allemand et son distributeur français au motif qu'elle se rapportait uniquement aux litiges «relatifs à la non-conformité des produits vendus, aux problèmes de livraison et de paiement», l'interprétation des clauses attributives relevant en principe de l'appréciation souveraine des juges du fond. Dans ce cas la compétence de la juridiction française et de la loi française a été retenue car le contrat s'exécutait en France et l'article L. 442-1, II a été considéré comme une loi de police.

#### IV. Participation à la violation de l'interdiction de revente hors réseau

##### A RETENIR

Toute participation directe ou indirecte à la violation d'une interdiction de revente hors réseau est susceptible d'engager la responsabilité de son auteur, dès lors que l'interdiction en cause est conforme au droit de la concurrence (art. L. 442-2). Seuls les accords dont la licéité serait la conséquence d'une exemption sont visés par ce texte. À l'origine, cette disposition a paru quelque peu restrictive, les exemptions par catégorie ne concernant que certains types d'accords comme la distribution exclusive et la franchise ou encore la distribution automobile. L'esprit de la loi impliquait cependant de considérer que des accords licites en vertu de l'application de la règle de raison puissent également fonder la condamnation d'un tiers participant à l'opération de revente hors réseau.

La distribution sélective était donc aussi protégée par la disposition. Le règlement d'exemption par catégorie unique relatif aux accords verticaux ne laisse plus de doute : la condamnation de la participation directe ou indirecte à la violation d'un réseau exempté concerne toutes les formes de distribution. La règle sur la tierce complicité de violation du réseau n'apporte cependant pas de sécurité supplémentaire par rapport à la jurisprudence qui condamne les tiers extérieurs au réseau pour concurrence déloyale ou usage illicite de marque, au point que les articles L. 442-2 du Code de commerce et 1240 du Code civil sont quasiment toujours invoqués conjointement. Dans le cadre de la réforme du droit des pratiques restrictives à la suite de la loi EGalim, il avait été envisagé dans les premiers projets d'ordonnance de supprimer l'ancien article L. 442-6, I, 6° du Code de commerce. Les opérateurs économiques consultés par le Gouvernement ont unanimement manifesté leur souhait de conserver le texte. En effet, sa codification facilite les actions en justice et la démonstration du trouble manifestement illicite permettant une action en référé.

## V. Clauses ou contrat nuls de plein droit

L'ordonnance du 24 avril 2019 a réduit la liste des clauses noires. Désormais, l'article L. 442-3 déclare nulles la possibilité de bénéficier de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale rétroactifs ou automatiquement des conditions plus favorables consentis aux entreprises concurrentes par le cocontractant. Le champ d'application de l'incrimination a toutefois été étendu puisque le nouveau texte s'applique à toute personne exerçant une activité de production, de distribution ou de services, et non plus aux producteurs, distributeurs, industriels ou artisans.

### PLAN

Nous envisagerons successivement :

- les remises, ristournes ou accords de coopération commerciale rétroactifs ;
- la clause du client le plus favorisé.

### A. Remises, ristournes ou accords de coopération commerciale rétroactifs

#### A RETENIR

Les clauses ou contrats prévoyant la possibilité de bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale sont nuls (art. L. 442-3, a)). L'objet de cette disposition est notamment d'interdire les pratiques du type «corbeille de la mariée», qui consistent à renégocier la participation financière du fournisseur et à subordonner la poursuite des relations à l'acceptation de conditions supplémentaires par rapport à celles acceptées auparavant.

Le texte ne doit pas être interprété comme interdisant toute ristourne calculée sur des ventes ou prestations réalisées antérieurement. Une telle interprétation serait contraire à l'esprit de la loi et remettrait en cause la régularité des ristournes de fin d'année. Ainsi, le fait que le contrat stipulant le paiement d'une remise sur chiffre d'affaires soit conclu en fin de période ne signifie pas que le distributeur a obtenu un avantage rétroactif, lorsqu'il se limite à régulariser comptablement une lettre d'accord signée en milieu d'année précédente. De même, l'exigence d'un versement provisionnel de ristournes ne s'analyse pas en un prélèvement rétroactif prohibé, mais en une avance sur le chiffre d'affaires de la période en cours. En revanche, lorsqu'un contrat de coopération commerciale a été conclu après la réalisation des prestations, la nullité est automatique. Le fait que les prestations auraient été effectivement rendues et qu'elles seraient réellement spécifiques est sans incidence, dès lors qu'elles sont antérieures à la signature du contrat. Des contrats faussement présentés comme relatifs à des services rendus au titre de l'exercice en cours confèrent des avantages rétroactifs à leur bénéficiaire lorsqu'ils rémunèrent en réalité des services rendus précédemment. Le texte permet également de sanctionner les clauses de parité, par lesquelles une plateforme de réservation en ligne obtient automatiquement les conditions plus favorables consenties par l'hôtelier aux autres canaux de distribution et aux concurrents.

D'un point de vue juridique, l'interdiction des avantages rétroactifs ne devrait viser que la situation dans laquelle l'une des parties entendrait modifier rétroactivement de façon

abusive un accord trouvé préalablement. En revanche, en cas de conclusion d'un nouvel accord dans le cadre d'une convention unique, il n'est aucunement question d'octroyer rétroactivement un avantage par rapport à ce qui avait été initialement convenu. Même si le texte de l'article L. 441-3, IV du Code de commerce permet de penser qu'une application rétroactive entre le 1er janvier et le 1er mars est possible, il serait souhaitable que l'Administration admette sans ambiguïté la faculté d'une application rétroactive du tarif et des conditions pendant la période de «petite rétroactivité» liée à la conclusion de la convention unique entre le 1er janvier et le 1er mars lorsque les négociations sont menées dans le cadre de l'année civile.

## B. Clause du client le plus favorisé

### A RETENIR

Est nulle la clause qui prévoit la possibilité de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant (art. L. 442-3, b)). L'interdiction de la clause du client le plus favorisé permet d'éviter l'alignement automatique sur les conditions plus favorables obtenues par le concurrent.

Dans la mesure où la loi ne sanctionne que l'alignement automatique, la pratique a imaginé, pour tenter d'éviter le jeu de la nullité, des clauses d'équité imposant une obligation, générale et non automatique, de non-discrimination à l'un des partenaires. Peu appliquée jusqu'à présent, la disposition interdisant la clause du client le plus favorisé a été utilisée pour contester les clauses de parité incluses dans les contrats de réservation d'hôtels, également poursuivies dans certains pays sur le fondement du droit de la concurrence. Aux termes de ces clauses, l'hébergeur s'engage à assurer à l'exploitant du site de réservation des tarifs égaux ou plus avantageux aux tarifs et conditions disponibles auprès de l'hébergeur, directement ou via son site Internet ou ses centres d'appel, mais aussi auprès de tout concurrent de la centrale de réservation (parité des tarifs et des conditions). Selon la Commission d'examen des pratiques commerciales, de telles clauses sont nulles dès lors qu'elles prévoient un alignement automatique sur les conditions les plus favorables accordées aux concurrents. Le Tribunal de commerce de Paris, saisi de la licéité de telles clauses, les a annulées, mais sur le fondement du déséquilibre significatif qu'elles créent dans les droits et obligations des parties. La loi Macron du 6 août 2015 a consacré cette évolution en introduisant des dispositions spécifiques au sein du Code du tourisme afin de prohiber expressément la stipulation de clauses de parité dans les contrats entre hôteliers et plateformes de réservation en ligne. Aux termes de l'article L. 311-5-4 du Code du tourisme, les contrats conclus avant la publication de la loi cessent même de produire leurs effets dès son entrée en vigueur.



## SOUS-SECTION 2

**Actions ouvertes en cas d'abus de dépendance**

## PLAN

En cas d'abus de dépendance (art. L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8) et indépendamment de la possibilité d'agir du ministère public qui n'est jamais utilisée, différentes actions sont ouvertes aux parties et aux autorités de contrôle :

- l'action en responsabilité ;
- l'action en cessation ou en nullité ;
- l'action du ministre de l'Économie ;
- l'action du Président de l'Autorité de la concurrence.

**I. Action en responsabilité**

## PLAN

Pour agir en responsabilité, il faut :

- justifier d'un intérêt à agir ;
- agir devant un tribunal compétent ;
- en tenant compte des règles régissant la spécialisation des juridictions ;
- et éventuellement de celles s'appliquant au juge des référés.

**A. Intérêt à agir**

## A RETENIR

L'article L. 442-4 du Code de commerce ouvre une action en responsabilité délictuelle à toute personne justifiant d'un intérêt.

Une personne n'a intérêt à agir sur le fondement de ce texte qu'à la condition d'établir l'existence d'un préjudice. Tel n'est pas le cas, en l'absence de commande, lorsque la demande est fondée sur des références purement abstraites. En revanche, une fédération professionnelle, qui regroupe plusieurs syndicats, est recevable à agir contre des pratiques affectant l'organisation du marché, et donc l'intérêt collectif de la profession.

**B. Compétence**

## A RETENIR

L'action en responsabilité des pratiques, clauses ou contrats énumérés aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 peut être introduite devant la juridiction civile ou commerciale. La compétence d'attribution dépend de la qualité des parties : le litige opposant deux commerçants est porté devant les juridictions commerciales ; celui opposant un commerçant à un non-commerçant sera, au choix de ce dernier, du ressort de la juridiction civile ou commerciale s'il est défendeur ; dans le cas contraire la juridiction civile sera seule compétente.

Selon la jurisprudence, les règles de compétence d'attribution entre commerçants ne sont pas d'ordre public et deux sociétés commerciales peuvent valablement donner compétence au TGI pour connaître des différends relatifs à l'article L. 442-1 dès lors que le TGI désigné est lui aussi une juridiction spécialisée. La clause attributive de compétence au TGI de Paris contenue dans un assez grand nombre de contrats de distribution a été validée à plusieurs reprises par la jurisprudence.

#### A RETENIR

La compétence territoriale est définie par l'article 46 du Code de procédure civile (CPC). L'action étant considérée, en droit interne, comme de nature délictuelle, le demandeur a le choix entre le tribunal du lieu où demeure le défendeur, celui du lieu du fait dommageable ou celui dans le ressort duquel le dommage a été subi.

En application de l'article 46 CPC, la Cour de cassation a considéré que le lieu du dommage subi est celui où s'exerce l'activité, c'est-à-dire le siège social, lorsque la victime d'une rupture brutale de relations commerciales établies est en cessation totale d'activité. Dès lors que son action est de nature délictuelle, et même si elle agit contre une pluralité de défendeurs, la victime d'une rupture de relations commerciales établies peut saisir la juridiction du lieu du fait dommageable, si celle-ci est compétente à ce titre à l'égard de tous les défendeurs. Ces règles doivent se combiner, dans un second temps, avec les articles D. 442-3 et D. 442-4 du Code de commerce, qui dressent la liste des juridictions spécialisées. Aussi, une fois la juridiction désignée par l'article 46 CPC déterminée, faut-il, si celle-ci ne figure pas dans la liste des articles D. 442-3 et D. 442-4, rechercher la juridiction compétente dans le ressort de la cour d'appel désignée.

En droit de l'Union, les notions de matière contractuelle et délictuelle sont autonomes par rapport aux qualifications nationales. Prenant le contre-pied des solutions françaises, la Cour de justice a estimé que l'action indemnitaire fondée sur une rupture de relations commerciales établies ne relève pas de la matière délictuelle ou quasi délictuelle si les parties ont entretenu une relation contractuelle tacite constituée par des éléments tels que l'existence de relations de longue date, la bonne foi entre les parties, une régularité des transactions et leur évolution dans le temps exprimée en quantité et en valeur, d'éventuels accords sur les prix facturés et/ou sur les rabais accordés, ainsi que la correspondance échangée. La solution, difficile à concilier avec le droit français, puisqu'en France la responsabilité trouve sa source dans un texte de loi et non dans une inexécution contractuelle, est avant tout fondée sur un souci d'harmonisation : la Cour souligne en effet que «dans une partie importante des États membres, les relations commerciales de longue date qui se sont nouées en l'absence d'un contrat écrit peuvent, en principe, être considérées comme relevant d'une relation contractuelle tacite, dont la violation est susceptible de donner lieu à une responsabilité contractuelle» (pt 23). La Cour de cassation s'est immédiatement alignée sur la position du juge européen pour les litiges comportant un élément d'extranéité.

La question s'est également posée de l'applicabilité des clauses attributives de compétence dérogeant à la compétence territoriale. Dans les litiges purement nationaux, il a été soutenu, parfois avec succès, qu'en raison du caractère délictuel de l'action, la clause

attributive de compétence ne trouvait pas à s'appliquer. Puis, pour aboutir à la même exclusion, la jurisprudence s'est fondée sur la rédaction de la stipulation. La Cour de cassation a ainsi retenu qu'une clause attributive de compétence ne visant que la «cession du contrat» ne pouvait s'appliquer à l'action engagée pour rupture de relations commerciales établies. Aujourd'hui, s'alignant sur la position de la Première Chambre civile, qui, en matière internationale, reconnaît depuis longtemps l'applicabilité des clauses attributives de juridiction à la rupture brutale, la Cour de cassation et les juges du fond adoptent une appréciation plus souple de ces clauses et considèrent en général que leur formulation englobe les litiges visés par l'article L. 442-1, II. La clause peut même attribuer compétence au tribunal de grande instance, pourvu que les partenaires soient commerçants.

Dans les litiges internationaux, la première Chambre civile estime que le caractère d'ordre public des dispositions relatives aux abus de dépendance ne peut interférer avec l'application des clauses attributives de compétence : le juge désigné par la clause est pleinement compétent, à charge pour lui d'appliquer, le cas échéant, le texte français. La Cour de cassation a par ailleurs souligné qu'une clause attributive de juridiction conforme à l'article 25 du règlement 1215-2012, qui vise tout litige découlant de la rupture des relations contractuelles entre les parties, est applicable même dans le cas d'une action fondée sur l'article L. 442-1, II du Code de commerce. Il n'en va autrement que si l'une des parties renonce à son application en assignant le distributeur en paiement de factures devant les juridictions françaises.

En application de la théorie selon laquelle la responsabilité édictée par les articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 revêt une nature délictuelle, la jurisprudence conclut à l'application de la loi française lorsque le fait dommageable a été subi en France ou lorsque le fait générateur du dommage trouve son origine en France. A l'inverse, en vertu de l'article 4 du règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, l'article L. 442-1, II du Code de commerce n'a pas été jugé applicable à l'action engagée par la victime d'une rupture de relations commerciales établies qui avait son siège social et exerçait son activité en République dominicaine. Selon la Cour de cassation, l'article L. 442-1, II, d'ordre public, s'impose à la juridiction qui statue dans le cadre d'un litige international. Considérée comme une loi de police internationale, la disposition s'applique au litige même lorsqu'une loi étrangère est applicable en vertu du règlement Rome I. Comme l'article L. 442-3, b), l'article L. 442-1, I, 2° a également été considéré comme une loi de police qui permet d'écarter l'application de la loi étrangère, choisie par les parties au contrat. La jurisprudence exige cependant, pour retenir l'application de ces textes à un litige international, que celui-ci présente un lien suffisant de rattachement avec la France.

Après quelques hésitations, la jurisprudence a admis l'arbitrabilité des actions fondées sur l'article L. 442-1, II du Code de commerce. La Cour de cassation a considéré que le litige relatif à la rupture d'un contrat de distribution exclusive relève de la clause compromissoire qui vise tout litige ou différend né du contrat ou en relation avec celui-ci, même si les dispositions d'ordre public de l'article L. 442-1, II du Code de commerce sont applicables au fond du litige. En effet, selon la Haute juridiction, l'action en indemnisation du préjudice qui résulte de la rupture de relations commerciales établies n'est

pas de celles dont la connaissance est réservée aux juridictions étatiques. Autonome par rapport au contrat dans lequel elle s'insère, la clause compromissoire survit même à l'arrivée du terme de celui-ci et s'applique aux relations commerciales informelles qui se sont poursuivies après son échéance.

Enfin, la jurisprudence n'est pas hostile à l'application de clauses de médiation préalable à toute action contentieuse, pour autant que celles-ci, à l'instar des clauses attributives de compétence, visent expressément l'hypothèse de la rupture des relations commerciales établies. Ainsi, la clause de règlement amiable contenue dans un contrat conclu dans les dernières années d'une relation déjà ancienne et qui concerne les litiges liés à l'interprétation ou l'exécution de cet accord ne s'impose pas au partenaire qui entend agir sur le fondement de l'article L. 442-1, II du Code de commerce.

L'action en responsabilité se prescrit par cinq ans, aux termes de l'article L. 110-4 du Code de commerce, même si les parties sont liées par un contrat de transport de marchandises.

### C. Spécialisation des juridictions

Le décret 2009-1384 du 11 novembre 2009, codifié aux articles D. 442-3 et D. 442-4 du Code de commerce, attribue compétence pour les actions fondées sur l'article L. 442-1 à un nombre limité de juridictions spécialisées dont il fixe le siège et le ressort, à l'instar des règles relatives à la spécialisation des juridictions pour connaître des dispositions relatives au droit de la concurrence. L'ordonnance du 24 avril 2019 a conservé ces dispositions (art. L. 442-4, III). Les tribunaux de commerce et de grande instance compétents sont situés à Marseille, Bordeaux, Lille, Fort-de-France, Lyon, Nancy, Paris et Rennes.

**1) La compétence des juridictions spécialisées s'applique-t-elle aussi bien lorsque les dispositions relatives aux abus de dépendance sont invoquées en défense qu'en demande ?** La Cour d'appel de Montpellier a estimé dans un litige relatif à des pratiques anticoncurrentielles qu'il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas. Marquant le stade ultime de cette évolution, la Cour d'appel de Douai a étendu la solution aux moyens fondés sur des pratiques restrictives et retenu que les dispositions impératives de compétence édictées par l'article D. 442-3 du Code de commerce s'appliquent même si l'ancien article L. 442-1, II n'est invoqué qu'à titre subsidiaire. Réduisant à néant l'argument tiré du caractère dilatoire de l'invocation de l'article L. 442-6, la Cour de cassation a souligné que la compétence des juridictions spécialisées est indépendante du bien-fondé de la prétention. Elle précise cependant que le moyen de défense ne peut être soulevé uniquement en cause d'appel.

**2) Comment combiner l'attribution de compétence au profit de huit juridictions spécialisées avec les clauses attributives de compétence convenues entre les parties ?** La jurisprudence estime que le caractère d'ordre public des articles D. 442-3 et D. 442-4 exclut l'application des clauses attributives de compétence stipulées par les parties. Afin de déterminer la juridiction compétente, il convient donc d'appliquer les règles ordinaires de compétence, avant de définir le ressort de la cour d'appel et d'identifier la juridiction spécialisée située dans le ressort de cette cour. Lorsque la clause attributive de compétence désigne l'une des huit juridictions compétentes pour appliquer l'article L. 442-1, il semblerait logique et légitime de l'appliquer même si le lieu du dommage se situe dans

le ressort d'une autre juridiction spécialisée dès lors que l'impératif de spécialisation est respecté. En effet, la volonté des parties doit, autant que faire se peut, être préservée et conciliée avec une bonne administration de la justice. La position du juge semble d'ailleurs évoluer en cas de clause compromissoire. La Cour de cassation a retenu que la mise en œuvre d'une clause d'arbitrage qui désigne un juge autre que le juge spécialisé n'est pas exclue du seul fait de l'applicabilité au litige des dispositions impératives de l'article L. 442-1, II du Code de commerce. Autrement dit, le recours à l'arbitrage pour trancher un litige relatif à l'application de l'article L. 442-1, II demeure possible.

**3) La spécialisation des juridictions s'applique-t-elle aussi en cas de référé ?** Si une juridiction locale saisie n'est pas compétente, cette incompétence doit logiquement viser toutes les formations du tribunal, qu'il s'agisse du juge des référés ou du juge du fond. Telle est la solution consacrée par la jurisprudence. La règle s'applique également aux demandes d'expertise : un juge non spécialisé n'est pas compétent pour ordonner une mesure d'instruction de l'article 145 du Code de procédure civile dans un litige fondé sur l'article L. 442-1 du Code de commerce, même si les constatations doivent s'effectuer dans son ressort.

**4) Devant quelle juridiction les recours doivent-ils être portés ?** Après un premier temps de respect des règles d'ordre public posées par les articles D. 442-3 et D. 442-4, un nombre important de juridictions non spécialisées a rendu des arrêts fondés sur les dispositions de l'ancien article L. 442-6, sans soulever d'office une fin de non-recevoir. La Cour de cassation estime que la solution consistant à étendre aux recours exercés contre des jugements rendus par des tribunaux non spécialisés la compétence exclusive de la Cour d'appel de Paris constitue une source d'insécurité juridique pour les parties, puisqu'elle contredit les termes mêmes de l'article D. 442-3 du Code de commerce, qui ne confèrent compétence à cette cour que pour connaître des recours exercés contre les décisions rendues par des juridictions spécialisées. En outre, elle souligne qu'une telle position conduit au maintien de décisions irrégulièrement rendues par des juridictions incompétentes. Pour remédier à cette situation, la Haute juridiction a posé une règle de conduite simple : à la Cour d'appel de Paris, les recours contre les seuls jugements des juridictions spécialisées et aux cours d'appel du ressort des juridictions de première instance, les recours contre les jugements des juridictions non spécialisées. Dans ce dernier cas, la cour d'appel devra déclarer le recours recevable, mais relever d'office l'excès de pouvoir commis par le juge de première instance et annuler son jugement, avant de statuer dans les limites de sa compétence.

La jurisprudence s'est montrée très divisée sur la question des actions composées de demandes multiples. Selon la Cour de cassation, en l'absence de demande de disjonction, la Cour d'appel de Paris est seule compétente pour connaître du recours exercé contre un jugement rendu dans un litige fondé à la fois sur les règles relatives aux abus de dépendance du Code de commerce et sur d'autres dispositions. Il en va de même lorsque le litige est indivisible.

**5) Que se passe-t-il en cas de conflit de compétence entre les juridictions spécialisées en matière de pratiques abusives et certaines juridictions investies d'une compétence exclusive pour des matières définies (baux commerciaux, droits de propriété intellectuelle, etc.) ?** La question s'est posée à l'occasion de demandes portées devant le même

tribunal invoquant à la fois l'article L. 442-1, I, 2° et les règles relatives aux baux commerciaux et a été résolue par une attribution de compétence au tribunal de grande instance. Ce dernier peut en effet connaître de deux demandes relatives d'une part au statut des baux commerciaux et d'autre part à l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce dès lors que la résolution du litige implique d'apprécier le statut des baux commerciaux, qui relève de la compétence exclusive du tribunal de grande instance, et que l'article L. 442-4, I reconnaît tant aux juridictions civiles que commerciales la compétence pour connaître des litiges portant sur ce texte. Le Tribunal de grande instance de Paris est également compétent pour connaître d'un litige relatif à des pratiques restrictives de concurrence, lorsqu'il concerne des sociétés libérales et des personnes physiques non commerçantes.

Les juridictions spécialisées peuvent consulter la Commission d'examen des pratiques commerciales sur les pratiques abusives qu'elles relèvent dans les recours dont elles sont saisies. La décision de saisir la CEPC n'est pas susceptible de recours. La CEPC donne son avis dans un délai maximum de quatre mois à compter de sa saisine. Le tribunal sursoit sur le fond de l'affaire jusqu'à réception de l'avis ou, à défaut, jusqu'à l'expiration du délai de quatre mois. Toutefois, des mesures urgentes ou conservatoires peuvent être prises. La décision rendue par la CEPC ne lie pas le juge. En pratique, les principaux cas d'application concernent les contentieux portant sur la rupture de relations commerciales établies.

## D. Référé

### A RETENIR

Le juge des référés peut être saisi. L'article L. 442-4, II, dernier alinéa, lui donne le pouvoir d'ordonner la cessation des pratiques abusives ou toute autre mesure provisoire.

L'action en référé peut être mise en œuvre, même si aucune action au fond n'est introduite dès lors que la pratique en cause est constitutive d'un trouble manifestement illicite. Si le juge des référés peut ordonner la cessation d'une pratique abusive, au besoin sous astreinte, il n'est pas autorisé, en revanche, à imposer la continuation d'un contrat d'assurance avec une entreprise en redressement judiciaire.

## II. Action en cessation ou en nullité

### A. Action en cessation

#### A RETENIR

L'article L. 442-4, I, alinéa 2, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 24 avril 2019, prévoit la possibilité pour toute personne justifiant d'un intérêt de demander à la juridiction civile ou commerciale saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8.

Une réparation du préjudice subi pourra être concomitamment demandée. L'action n'est pas limitée à la seule victime directe, autre partie au contrat. La notion de personne justifiant d'un intérêt mériterait cependant d'être précisée. Est-ce à dire qu'un tiers au contrat pourrait solliciter du juge la cessation de la pratique abusive et la réparation du préjudice

qu'il a subi du fait de cette pratique ? La jurisprudence a déjà admis l'action de tiers mais se montre assez stricte sur les conditions de recevabilité. Il a été jugé qu'une victime par ricochet de la rupture de relations commerciales établies ne peut agir en réparation de son dommage si le partenaire de l'auteur de la rupture ne s'en plaint pas. De même l'actionnaire majoritaire d'une société victime de la rupture ne peut, en l'absence de relations commerciales avec le client, solliciter réparation du préjudice qu'il prétend subir du fait de cette rupture. En revanche, il a été jugé que le distributeur qui rompt brutalement les relations commerciales établies avec son fournisseur cause un préjudice aux propres fournisseurs de ce dernier.

## B. Action en nullité

### A RETENIR

Sous l'empire de l'ancien article L. 442-6, III, le ministre de l'Économie et le ministère public étaient seuls habilités à «faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu». L'ordonnance du 24 avril 2019 permet dorénavant à la victime de formuler les mêmes demandes (art. L. 442-4, I, al. 2).

Contrairement à l'action en responsabilité ou celle en cessation ouverte à toute personne justifiant d'un intérêt, l'action en nullité n'est ouverte qu'à la victime qui pourra également demander la restitution des prestations/avantages indus. A l'instar des nouvelles dispositions du Code civil en matière de paiement de l'indu (art. 1302 s.), le Code de commerce retient la notion de restitution, qui est aussi l'un des effets de la nullité du contrat désormais organisé par le Code civil dans un chapitre indépendant consacré aux restitutions.

## III. Action du ministre de l'Économie

### PLAN

Le ministre de l'Économie :

- dispose de pouvoirs d'action propres ;
- tout en demeurant soumis aux règles de la procédure civile.

## A. Pouvoirs d'action

### PLAN

Le ministre de l'Économie peut :

- agir en responsabilité ;
- demander la cessation des pratiques abusives ;
- faire constater la nullité des clauses et contrats illicites et demander la restitution des avantages indûment obtenus ;
- prononcer une amende civile qui peut s'élever à cinq millions d'euro, au triple des sommes indûment versées ou à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques.

Les pouvoirs reconnus au ministre de l'Économie ont donné lieu à plusieurs décisions largement médiatisées ordonnant le remboursement par certains grands distributeurs de sommes conséquentes indûment perçues au détriment de leurs fournisseurs.

## 1. Action en responsabilité

### A RETENIR

Le ministre de l'Économie peut, comme toute personne justifiant d'un intérêt, introduire une action en responsabilité devant la juridiction civile ou commerciale.

Le pouvoir reconnu au ministre de demander réparation du préjudice pose une série de questions. La lettre du texte («Lors de cette action, le ministre chargé de l'Économie et le ministère public peuvent demander...») semble bien indiquer que le ministre peut toujours agir, même en cas d'action simultanée de la victime. Inversement, en l'absence d'action de la victime, d'autres problèmes surgissaient : sur quels éléments de preuve le ministre appuiera-t-il sa demande ? Comment évaluera-t-il le préjudice subi ? Dans tous les cas, on peut se demander à qui seront versés les dommages-intérêts.

Le principe de l'exercice d'une action en réparation par le ministre de l'Économie a été consacré par différentes décisions des juges du fond. Comme l'action en nullité, l'action en réparation du ministre de l'Économie est une action autonome, qui n'est pas incompatible avec l'article 6, paragraphe 1er, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Le Conseil constitutionnel a estimé que le droit d'action du ministre de l'Économie est conforme aux principes de la liberté contractuelle et du droit à un recours juridictionnel effectif, sous réserve que les parties au contrat soient informées de l'introduction de l'action. Le manquement à l'obligation d'information (qui ne s'applique pas lorsque le ministre se contente de demander la cessation des pratiques) des fournisseurs constitue une fin de non-recevoir, qui peut cependant être régularisée en cause d'appel, même si elle ne laisse à ceux-ci que la possibilité d'intervenir à titre accessoire.

## 2. Action en cessation

### A RETENIR

Pendant longtemps délaissée au profit de l'action en nullité, l'action en cessation prévu à l'article L. 442-4, alinéa 3, a connu un regain d'intérêt lorsque le Conseil constitutionnel a posé en principe que les demandes en nullité étaient subordonnées à l'information préalable des fournisseurs.

Après une première période d'hésitation, certaines décisions ayant admis la substitution d'action en l'absence d'information des fournisseurs, d'autres l'ayant rejeté, la jurisprudence a estimé que la réserve d'interprétation du Conseil ne s'applique pas lorsque le ministre se contente de demander la cessation des pratiques. Selon le juge, l'action en cessation, même si elle est exercée sans information des fournisseurs, ne porte pas atteinte aux droits de la défense dès lors qu'elle n'interdit pas aux victimes des pratiques en cause d'engager une procédure ou d'intervenir à l'instance et que l'équilibre entre les parties est assuré par sa soumission aux règles du Code de procédure civile.



N'intervenant pas dans la sphère contractuelle, le ministre qui demande la cessation des pratiques non seulement n'a pas à informer les fournisseurs de l'exercice de l'action mais n'est pas tenu par les éventuelles clauses attributives de compétence contenues dans les contrats dénoncés. Il n'est pas davantage obligé de mettre les opérateurs en demeure de se conformer à la réglementation avant d'agir en justice et peut intervenir même si les pratiques ont cessé. Enfin, la communication orchestrée par le ministre de l'Économie autour de l'action engagée contre une enseigne de la grande distribution ne constitue pas un dénigrement, ni une atteinte à la présomption d'innocence, dès lors qu'il relève de sa mission de gardien de l'ordre public économique d'informer les consommateurs de son action et d'alerter les opérateurs économiques de sa vigilance concernant l'équilibre des négociations commerciales.

### 3. Action en nullité

#### A RETENIR

La nullité des conventions organisant des pratiques abusives peut être ordonnée à la demande du ministre de l'Économie, ainsi que la restitution des sommes indûment versées par leurs victimes et une amende civile (art. L. 442-4, I, al. 4).

La Cour de cassation a considéré que l'action du ministre est une action autonome qui n'est soumise ni au consentement, ni à la présence des fournisseurs. La portée de cette solution a néanmoins été remise en cause par le Conseil constitutionnel. Appelé à se prononcer sur une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel n'a estimé l'action en nullité du ministre conforme à la Constitution qu'à la condition que les fournisseurs soient informés de l'exercice de cette action. La Cour européenne des droits de l'Homme a, de son côté, considéré que l'action du ministre de l'Économie n'est pas contraire à l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH dès lors qu'il ne s'agit pas d'une action en substitution, les fournisseurs demeurant en droit d'engager eux-mêmes une action en justice ou de se joindre à celle initiée par le ministre et pouvant même être atraits à l'instance par le défendeur.

L'article L. 442-4 prévoit que les victimes doivent être informées, par tous moyens, de l'introduction en justice de l'action en nullité par le ministre de l'Économie.

### 4. Amende civile

#### A RETENIR

Le ministre de l'Économie peut prononcer une amende civile dont le plafond est fixé à cinq millions d'euro. La juridiction saisie, pour laquelle il s'agissait jusqu'à présent d'une faculté, devra dorénavant systématiquement ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de la décision et, le cas échéant, assortir sa décision d'une astreinte.

On peut regretter que l'ordonnance du 24 avril 2019 maintienne ces dispositions, alors que les montants peuvent paraître excessifs. La formulation a cependant légèrement évolué : l'article L. 442-4 prévoit que le montant de l'amende civile ne peut excéder le plus élevé des trois montants fixés par le texte (5 millions d'euro, trois fois le montant des

sommes indûment perçues, 5% du chiffre d'affaires hors taxe réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédent celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre). L'expression «de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement» a également été supprimée concernant les 5 % du chiffre d'affaires.

L'amende civile ne présente pas le caractère d'une sanction pénale : le respect des principes de légalité ou de personnalité des peines ne s'impose pas au juge et ne s'oppose donc pas à ce que l'amende civile soit supportée par la personne morale qui a absorbé l'auteur de l'infraction. Comme l'a souligné le Conseil constitutionnel, une telle solution est fondée compte tenu de la mutabilité des formes juridiques sous lesquelles s'exercent les activités économiques et du fait que l'absorption ne met pas fin à celles-ci puisqu'elles se poursuivent au sein de l'entreprise absorbante. Le montant de l'amende peut se voir conférer une portée exemplaire et n'a donc pas nécessairement à être proportionné au préjudice subi, dès lors qu'elle a pour objet, non de réparer un préjudice, mais de restaurer l'ordre public économique. La pratique sanctionnée doit avoir causé un réel trouble à l'ordre public. Tel n'est pas le cas lorsque les deux entreprises en litige sont de taille relativement modeste dans le secteur concerné.

Le juge comme le législateur paraissent amorcer une politique d'alignement des critères de fixation du montant de l'amende civile sur ceux de la sanction pécuniaire des pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, la Cour d'appel de Paris, approuvée par la Cour de cassation, s'inspirant des critères de détermination du montant de l'amende en matière d'ententes et d'abus de domination, a estimé que le juge doit non seulement tenir compte de la nécessité de conférer à l'amende civile un niveau suffisamment dissuasif, mais aussi de la gravité du comportement en cause, du dommage à l'économie qui en résulte et de la situation individuelle de l'entreprise poursuivie. La Haute juridiction a ultérieurement souligné que l'infliction d'une amende civile est justifiée par la gravité de pratiques mises en œuvre pour contourner l'interdiction des remises, rabais ou ristournes et obtenir des avantages sans contrepartie, dès lors qu'elles faussent le jeu de la libre concurrence par le maintien de prix artificiellement élevés et lèsent le consommateur.

Enfin, selon la Cour d'appel de Paris, une transaction valable entre les partenaires est opposable au ministre de l'Économie, y compris dans son rôle de gardien de l'ordre public économique, et peut donc faire obstacle à toute condamnation d'un partenaire à une amende civile.

## B. Soumission aux règles de la procédure civile

### A RETENIR

L'article L. 442-4, I du Code de commerce, précise que l'action doit être «introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente», et ajoute qu'elle est, notamment, ouverte au ministre de l'Économie.

La question s'est posée de savoir si le ministre est libre de saisir la juridiction de son choix, conformément à la théorie de l'acte mixte. La Cour de cassation a considéré que le droit d'action du ministre ne lui conférait pas pour autant la qualité de partie au contrat

et que, par conséquent, le choix de la juridiction ne lui appartenait pas. En réalité, la détermination de la juridiction compétente *ratione materiae* dépend de la qualité de la victime. S'il s'agit d'un non-commerçant, le ministre pourra agir indifféremment devant l'une ou l'autre des juridictions. En revanche, s'il s'agit d'un commerçant, l'action devra être introduite devant la juridiction commerciale. Le fait que l'action du ministre soit aujourd'hui considérée comme autonome ne devrait pas remettre en cause cette règle.

Il est désormais établi, par ailleurs, que l'action du ministre de l'économie revêt une nature quasi-délictuelle. Aussi le ministre a-t-il le choix de former sa demande devant la juridiction du domicile du défendeur, celle du lieu du fait dommageable ou celle du lieu dans le ressort duquel le dommage a été subi. En outre, lorsqu'il agit pour sanctionner le déséquilibre significatif de clauses contenues dans des contrats dont il n'est pas le signataire, le ministre n'est pas tenu par les clauses d'attribution de compétence ou les clauses compromissaires qu'ils renferment.

Enfin, le ministre de l'Économie qui, par voie de conclusions déposées au visa de l'article L. 490-8 du Code de commerce a demandé en première instance la condamnation d'un opérateur à une amende civile pour violation de l'article L. 442-1, a la qualité de partie au procès et peut donc, par la voie de l'appel incident, demander à la cour d'appel de réformer le jugement qui l'a débouté de sa prétention. Son appel incident provoqué dans le cadre du recours exercé par une entreprise condamnée pour rupture brutale de relations commerciales établies est également recevable lorsque ce recours fait naître un intérêt nouveau d'user d'une voie de droit qu'il n'avait pas exercée.

#### IV. Action du Président de l'Autorité de la concurrence

Aux termes de l'article L. 442-4, le Président de l'Autorité de la concurrence peut saisir la juridiction civile ou commerciale compétente de pratiques mentionnées aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 qu'il a constatées à l'occasion d'affaires relevant de sa compétence.

##### A RETENIR

Le Président peut non seulement introduire une action, mais aussi interjeter appel des jugements rendus. Comme celle du ministre de l'Économie, l'action exercée par le Président de l'Autorité de la concurrence est une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence. Pas plus que le ministre, le président de l'Autorité de la concurrence n'a à informer les fournisseurs préalablement à l'exercice de l'action, mais seulement dans un délai utile leur laissant le temps de décider d'intervenir ou non à l'instance.

## SECTION 2

**Autres abus de dépendance**

## PLAN

Le Code de commerce vise de façon spécifique deux autres abus de dépendance :

- les pratiques de prix abusivement bas pour certains produits agricoles et alimentaires ;
- les enchères inversées à distance.

**I. Pratiques de prix abusivement bas pour certains produits agricoles et alimentaires**

## A RETENIR

L'ordonnance du 24 avril 2019 a modifié le délit civil de pratiques de prix abusivement bas pour certains produits agricoles et alimentaires afin de le rendre plus effectif. L'article L. 442-7 possède un champ d'application élargi puisqu'il ne vise plus ni les crises conjoncturelles ni les fortes hausses de cours. Il sanctionne purement et simplement la pratique de prix abusivement bas par l'acheteur de produits agricoles ou de denrées alimentaires.

Pour caractériser le prix abusivement bas, il est tenu compte d'indicateurs mentionnés au Code rural et de la pêche maritime mais aussi de tout indicateur disponible, tels que notamment les indicateurs relatifs aux coûts pertinents de production en agriculture et à l'évolution de ces coûts, aux prix des produits agricoles et alimentaires constatés sur le ou les marchés où l'acheteur opère et à l'évolution des ces prix.

Il n'est pas certain que le dispositif réformé et étendu soit plus effectif que le précédent. L'Autorité de la concurrence s'est montrée sceptique sur les résultats qu'on pouvait en attendre. Elle considère que le risque de rétorsion ou de recours à des produits de substitution importés est de nature à désinciter les producteurs agricoles ou leurs associations professionnelles d'avoir recours à des actions contre des prix abusivement bas. Elle ajoute que les coûts de production ne constituent pas la seule référence pertinente de l'évaluation du prix abusivement bas et conclut que les difficultés du secteur agricole ne pourront pas être résolues par ce seul dispositif.

**II. Enchères inversées à distance**

## A RETENIR

L'article L. 442-8 du Code de commerce régit les procédures d'enchères inversées à distance, qui imposent aux candidats-fournisseurs de sous-enchérir pour emporter le marché, en posant toute une série de conditions dont le non-respect est sanctionné par la nullité du contrat.

Les conditions et modalités d'achat, les critères de sélection détaillés ainsi que les règles

gouvernant le déroulement des enchères doivent être communiqués à l'ensemble des candidats admis à présenter une offre de vente, de manière transparente et non discriminatoire.

Le candidat ayant participé aux enchères qui en fait la demande peut obtenir communication, à l'issue de la période d'enchères, de l'identité du candidat retenu. Si l'auteur de l'offre sélectionnée est défaillant, nul n'est tenu de reprendre le marché au dernier prix ni à la dernière enchère.

Les enchères sont enregistrées par l'acheteur ou la personne qui organise les enchères pour son compte. L'enregistrement est conservé pendant un an et présenté s'il est procédé à une enquête.

Par ailleurs, les procédures d'enchères à distance ne peuvent concerner certains produits agricoles et alimentaires de première transformation, dont la liste doit être établie par décret.

Le fait de ne pas respecter les dispositions de l'article L. 442-8, I à III engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé. Conformément aux dispositions de l'article L. 442-4, l'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre de l'Économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article. Le juge des référés peut également être saisi.

### SECTION 3

## Revente à perte

#### A RETENIR

Le droit français n'autorise la concurrence par les prix qu'à certaines conditions. Tout d'abord, une libre concurrence par les prix ne doit pas dégénérer en abus et conduire à un détournement de la clientèle ou une tromperie du consommateur. De telles pratiques sont susceptibles de constituer des actes de concurrence déloyale. Ensuite, certains procédés restrictifs de concurrence sont purement et simplement interdits par les textes. Tel est le cas de la revente à perte depuis la loi du 2 juillet 1963.

La revente à perte est prohibée pour plusieurs raisons. D'une part, elle offre une image déformée de la concurrence aux consommateurs. Le commerçant cherche principalement à accréditer l'idée qu'il pratique des marges réduites favorables aux utilisateurs finals, alors qu'il s'est fixé comme objectif de détourner la clientèle du ou des concurrents. D'autre part, la revente à perte ne bénéficie pas forcément aux consommateurs, car, bien souvent, la réduction des marges sur la vente d'un produit s'accompagne d'une majoration abusive des prix d'autres produits. Aussi, le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est-il interdit par l'article L. 442-5 du Code de commerce.

La réglementation française sur la revente à perte, de même que l'ensemble des législa-

tions sur l'interdiction de vente ou de revente à perte, sont jugées sévèrement par l'OCDE qui prône leur suppression. L'organisation internationale considère qu'il n'est pas démontré que les pratiques de revente à perte tendraient nécessairement à tromper le consommateur. L'efficacité des réglementations instaurées pour les interdire serait particulièrement douteuse, notamment s'agissant de l'objectif de sauvegarde du commerce de proximité. Si elles ne semblent guère avoir d'effets positifs, leurs effets négatifs seraient en revanche avérés, selon l'OCDE : privation du prix plus bas que les consommateurs seraient en droit d'attendre en l'absence de réglementation et privation de produits qu'ils auraient pu acheter à ce prix plus bas.

La Cour de justice semble peu favorable à l'interdiction générale de la revente à perte lorsqu'elle vise le consommateur. Dans un arrêt de principe fondé sur la directive 2005-29 du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales, elle a déclaré contraire au droit de l'Union la législation belge, très proche de la loi française, qui instaure une interdiction générale d'offrir à la vente ou de vendre des biens à perte. La solution ne paraît cependant transposable en droit français qu'à la condition de considérer que celui-ci poursuit au moins partiellement un objectif de protection du consommateur. En effet, la directive exclut de son champ d'application les lois nationales relatives aux pratiques commerciales qui portent «uniquement» atteinte aux intérêts économiques des concurrents ou qui concernent une transaction entre professionnels. La Cour de justice a précisé qu'une législation nationale ne relève pas de la directive si elle se borne à «réglementer les relations concurrentielles entre commerçants et ne poursuit pas des finalités tenant à la protection des consommateurs». Il est donc possible qu'en cas de contentieux, la réglementation française relative à la revente à perte fasse l'objet de débats relatifs à son objet, exclusif, de protection des concurrents ou, accessoire, de protection des consommateurs. Si l'on retient que la loi du 2 juillet 1963 qui a institué le délit partait du postulat que la revente à perte offrait une image déformée de la concurrence aux consommateurs, il faudrait considérer le dispositif actuel contraire à la directive même si sa vocation principale consiste à garantir l'équilibre et la loyauté des relations commerciales. Dans un arrêt remarqué, la Cour d'appel de Douai s'est référée à l'objectif premier de la loi de 1963, en retenant que l'article L. 442-5 du Code de commerce ne relevait pas du champ d'application de la directive 2005-29, dès lors qu'il n'avait pas pour finalité la protection des consommateurs, mais l'équilibre et la loyauté des relations commerciales.

La revente à perte a donné lieu à une affaire largement médiatisée à l'occasion de l'opération promotionnelle lancée par le groupe Intermarché en janvier 2018 portant sur la vente de Nutella avec remise de 70 %. Fin juin 2018, le groupe Intermarché a reconnu l'existence d'une revente à perte et accepté le paiement d'une transaction pénale à hauteur de 375 000 euro à la suite d'un procès-verbal d'infraction de la DGCCRF.

La loi EGalim du 30 octobre 2018 a autorisé le Gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance avant le 1er mars 2019 en vue de relever de 10 % le seuil de revente à perte pour les denrées alimentaires et les produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie, revendus en l'état au consommateur, et ce pour une durée de deux ans.

Cette mesure, accompagnée d'un encadrement des promotions, est destinée à éviter la guerre des prix sur les produits alimentaires et les pressions à la baisse des prix pouvant en résulter tout au long de la chaîne d'approvisionnement dans l'espoir que la marge

dégagée sera répercutée aux agriculteurs. L'Autorité de la concurrence s'est montrée circonspecte quant à l'efficacité du dispositif. Elle redoute un effet inflationniste. Il n'est pas non plus certain que les marges ainsi générées ruissellent vers l'amont. L'ordonnance mettant en œuvre cet aspect de la loi EGalim est intervenue dans un temps record, dès le 12 décembre 2018. Selon l'article 2 de l'ordonnance, dont les dispositions sont entrées en vigueur plus le 1er février 2019, «le prix d'achat effectif défini au deuxième alinéa de l'article L. 442-2 du code de commerce est affecté d'un coefficient de 1,10 pour les denrées alimentaires et les produits destinés aux animaux de compagnie revendus en l'état au consommateur». L'ordonnance 2019-359 a réorganisé les dispositions relatives à la revente à perte qui figurent désormais à l'article L. 442-5 du Code de commerce.

## I. Prohibition

La Cour de justice a été saisie de la question de la conformité au droit européen de la libre circulation d'une réglementation nationale interdisant la revente à perte. Selon elle, l'interdiction de la revente à perte n'est pas contraire au principe de libre circulation des marchandises pourvu que les dispositions répressives affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres. S'agissant des règles de concurrence, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé que les articles 3, 5, 101 et 102 TFUE ne s'opposent pas à l'application d'un droit national interdisant aux commerçants de revendre un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat.

Pour assurer au mieux la libre circulation des marchandises et la protection des consommateurs, l'Union a adopté des directives d'harmonisation. Il en est ainsi de la directive 2005-29 du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales. Le texte «s'applique aux pratiques commerciales des entreprises vis-à-vis des consommateurs [...] avant, pendant et après une transaction commerciale portant sur un produit» (art. 3) et vise donc tous les stades de la commercialisation du produit. Aussi, dès lors qu'une pratique a pour objectif d'attirer les consommateurs dans les locaux du commerçant et de les inciter à procéder à des achats, constitue-t-elle une pratique commerciale au sens de l'article 2 de la directive 2005-29. La revente à perte répond selon la Cour de justice à cette définition. La directive imposant, lorsqu'une pratique commerciale ne figure pas dans la liste de l'annexe I, qui déclare déloyale *per se* les pratiques qu'elle énumère, d'exercer un contrôle préalable de son caractère déloyal, une législation nationale ne peut pas, de manière générale, interdire la revente à perte.

La France doit-elle pour autant réviser sa législation ? Pour l'heure, la jurisprudence est parvenue à préserver le régime français en retenant que l'article L. 442-5 du Code de commerce ne relève pas du champ d'application de la directive 2005-29, soit parce qu'il n'aurait pas pour finalité la protection des consommateurs, mais la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, soit, sans prendre position sur les objectifs de la réglementation, parce que les litiges en question ne concernaient pas des consommateurs, mais les rapports entre des centrales d'achats et des détaillants. Il n'est pas certain que cette solution soit conforme à la jurisprudence de la Cour de justice, qui a estimé que la directive s'appliquait même à un litige concernant les rapports entre grossistes et petits commerçants, dès lors que la réglementation en cause visait à la protection des consommateurs.

Le critère essentiel d'applicabilité de la directive semble donc être l'objectif poursuivi par la réglementation et non la qualité des parties au litige. La Cour de cassation ne pourra indéfiniment se dispenser de prendre position sur les objectifs des règles françaises dont la fragilité au regard des règles européennes est régulièrement rappelée par la doctrine.

#### PLAN

Pour tomber sous le coup de la prohibition, la revente doit :

- tomber dans le champ d'application de la loi ;
- s'effectuer à un prix inférieur au prix d'achat effectif ;
- satisfaire à l'élément intentionnel du délit.

## A. Champ d'application

### 1. Champ d'application *ratione personae*

#### A RETENIR

L'interdiction de l'article L. 442-5 (concerne «tout commerçant», sans distinction. Tous les opérateurs qui achètent pour revendre sont soumis à la réglementation sur la revente à perte et notamment les importateurs, les grossistes et les détaillants.

Dès lors, sont exclues du champ de la prohibition les activités de production et de services, qui sont toutefois soumises à l'interdiction de pratiquer des prix abusivement bas (art. L. 420-5 C. com.) ou des prix prédateurs constitutifs d'un abus de position dominante (art. L. 420-2 C. com.). La qualité de commerçant étant expressément requise par le texte, le consommateur qui revend un produit en l'état n'est pas concerné par la prohibition de la revente à perte. En revanche, peu importe la qualité de l'utilisateur final. Il peut s'agir d'un consommateur ou d'un professionnel. Les relations intra-groupe n'échappent pas à l'incrimination. Ainsi, est punissable la revente à perte de produits par une société mère à ses filiales, dès lors que les biens livrés le sont en vertu de contrats de vente et non de contrats d'entreprise.

### 2. Champ d'application *ratione materiae*

#### A RETENIR

L'article L. 442-5 prohibe la revente ou l'offre de revente à perte. Le fait d'annoncer la revente à perte est réprimé au même titre que la revente elle-même. L'annonce doit s'entendre non seulement de l'offre directe de revente (exposition sur le lieu de vente de produits dont le prix est affiché, par ex.), mais aussi des opérations publicitaires préalables à une campagne commerciale, réalisées en vue de la revente. La prohibition vise tous les produits revendus ou offerts à la revente en l'état, c'est-à-dire sans avoir subi de transformation.

Les éventuelles opérations d'intermédiation doivent ainsi être exclusives de toute transformation. Les prestations de services, ainsi que les opérations des producteurs, industriels ou artisans sur les produits qu'ils fabriquent ne sont pas concernées par l'interdiction. La transformation doit, cependant, être effective. Certaines opérations comme



le découpage ou le tranchage sont très certainement une transformation. En revanche, le doute est permis s'agissant de la décongélation ou du reconditionnement. À titre d'exemple, on peut citer une note de service de la DGCCRF relative au téléphone portable. Selon cette note, la simple adjonction d'une carte à puces par le revendeur constitue une transformation significative du produit qui exclut la qualification de revente en l'état. La Chambre criminelle a également estimé que l'abonnement au réseau Internet et la fourniture d'un modem constituent une opération globale indivisible, qui tombe dans le champ d'application de la revente à perte. La vente ou la prestation de services à des prix abusivement bas de produits transformés peut, sous certaines conditions, faire l'objet d'une sanction au titre de l'article L. 420-5 du Code de commerce.

La prohibition suppose une succession de ventes entre un fournisseur, un distributeur et un acheteur final. Il a néanmoins été jugé qu'il y a achat pour revendre lorsque la vente entre le distributeur et l'utilisateur final est réalisée avant même que le distributeur ait passé la commande au fournisseur. L'application des règles relatives à la revente à perte apparaît toutefois contestable dans ce cas dans la mesure où le revendeur ne connaît pas le prix d'achat effectif de la marchandise au moment de la vente.

### 3. Champ d'application *ratione loci*

#### A RETENIR

Les vendeurs étrangers doivent se conformer aux prescriptions relatives à la revente à perte lorsqu'ils interviennent sur le territoire français.

### B. Élément matériel : le seuil de revente à perte

#### A RETENIR

Un produit est revendu ou offert à perte lorsque son prix est inférieur à son prix d'achat effectif.

La notion de prix d'achat effectif a donné lieu à des difficultés d'interprétation. Il a été jugé qu'il convient de tenir compte non pas du prix d'achat moyen auprès des fournisseurs, mais du prix d'achat par lot. Lorsque l'offre commerciale combine une prestation de services et la vente d'un produit, la Cour de cassation l'assimile à un tout indivisible, même si, pour les besoins de la publicité, un prix individualisé est artificiellement annoncé. Enfin, le seuil de revente à perte doit être calculé à partir d'un prix d'achat effectif et non projeté, c'est-à-dire déterminé à partir d'extrapolations tirées de la progression du chiffre d'affaires entre une centrale et ses fournisseurs au cours de l'année écoulée.

Selon l'article L. 442-5, I, alinéa 2, du Code de commerce, le prix d'achat effectif, au-dessous duquel un distributeur ne peut revendre sans commettre d'infraction, est le «prix unitaire net [...], minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur [...]». La disposition a pour objectif de permettre à l'acheteur de revendre à un prix plus bas en utilisant toutes les marges arrière concédées par le fournisseur.

Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 12 décembre 2018 prise en application de la loi EGalim du 30 octobre 2018, le prix d'achat effectif est affecté d'un coefficient de

1,10 pour les denrées alimentaires et les produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie revendus en l'état au consommateur.

Le «prix unitaire net» semble se référer au «prix unitaire hors TVA des produits vendus et des services rendus» visé à l'article L. 441-9 du Code de commerce diminué de «toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de services et directement liée à cette opération de vente ou de prestation de services, à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture».

Le prix d'achat effectif étant le prix de facturation (prix unitaire et réductions acquises), les réductions de prix conditionnelles sont exclues de l'évaluation du prix. Sont notamment concernées les ristournes consenties par le vendeur sous condition de maintien d'une certaine quantité de ses produits dans les rayons du distributeur pendant un délai prévu, les ristournes d'objectif à taux progressif, ou encore les ristournes accordées par le fournisseur en considération du chiffre d'affaires tant que celui-ci n'est pas réalisé.

Les «autres avantages financiers» (AAF) déduits du prix unitaire net ne sont pas énumérés. Logiquement, ils devraient englober l'ensemble des avantages qui ne sont pas mentionnés sur la facture, c'est-à-dire toute la marge arrière (rémunération des services de commercialisation et des ristournes hors facture). Toutes les questions ne sont pas pour autant résolues.

L'article L. 442-5, I, alinéa 3, autorise les grossistes à vendre avec un coefficient de 0,9 aux détaillants, pour permettre à ces derniers de concurrencer la grande distribution.

### C. Élément intentionnel

#### A RETENIR

Aux termes de l'article 121-3 du Code pénal, il n'y a pas de crime ou délit sans intention de le commettre. Dès lors, pour que le délit de revente à perte soit constitué, il est nécessaire de constater soit que le prévenu a agi en connaissance de cause, soit qu'il s'est rendu coupable de négligence ou d'imprudence.

## II. Exceptions

La prohibition de la revente à perte tend à assurer une concurrence loyale entre les différentes formes de distribution. Lorsque la revente à perte est justifiée par la nature des produits ou les caractéristiques de la vente afin de rééquilibrer les relations entre concurrents de puissance économique différente, elle échappe au dispositif répressif. Six exceptions à l'interdiction ont été posées par le législateur, dont certaines ont vu leur champ d'application réduit. Cette liste est limitative.

#### PLAN

La revente à perte est autorisée lorsque le commerçant :

- peut invoquer l'exception d'alignement ;
- revend à perte des produits à caractère saisonnier ;
- revend à perte des produits périssables ;
- revend à perte des produits démodés ;

- peut invoquer une baisse des cours ;
- peut invoquer une cessation ou un changement d'activité ;
- revend à perte en période de soldes.

## A. Exception d'alignement

### A RETENIR

Pour justifier une revente à perte, le commerçant revendique couramment le droit de s'aligner sur les prix légalement pratiqués pour les mêmes produits par un autre commerçant dans la même zone d'activité. L'exception d'alignement est visée par l'article L. 442-5, II, 5° du Code de commerce. S'agissant d'un moyen de défense au fond, cette exception peut être invoquée à tout moment de la procédure, même après la clôture du procès-verbal.

L'exception d'alignement est assortie de conditions de recevabilité très strictes relatives à la nature et aux conditions de commercialisation des produits dont les prix sont alignés. Ne sont concernés que les produits alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de trois cents mètres carrés ou les produits non alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de mille mètres carrés. La recevabilité de l'exception d'alignement est subordonnée à la preuve, par le revendeur, du prix de référence, c'est-à-dire du prix sur lequel il prétend s'aligner. Il appartient, en revanche, à la partie poursuivante (l'Administration) d'établir le caractère illégal de ce prix. La Cour de cassation a, en outre, précisé que les juges du fond ne peuvent écarter le fait justificatif qu'en caractérisant eux-mêmes l'illicéité des prix de référence, ce qui paraît impliquer que les motifs de la décision reprennent des éléments précis de comparaison entre les prix d'achat effectifs des produits du concurrent et le prix de revente au public.

L'exception d'alignement peut être mise en œuvre sans que le commerçant communique au préalable à l'Administration les éléments justificatifs de son alignement. Le prix pratiqué n'a pas à être identique au prix servant de référence. L'alignement n'a pas non plus à être concomitant à la pratique constatée chez le concurrent, pourvu qu'il soit réalisé dans un temps voisin, pouvant varier de quelques jours à quelques semaines, et dans la même zone d'activité, qui s'apprécie au regard de l'entreprise et du marché sur lequel elle intervient. En fixant des seuils de surface de vente, la loi confère au critère jurisprudentiel du marché un caractère déterminant pour l'appréciation de la légitimité de l'alignement. En particulier, puisque seuls les petits commerçants peuvent se prévaloir de l'exception d'alignement, la distance séparant les concurrents devient essentielle ; un petit commerçant, qui n'a qu'une clientèle locale, ne peut pas justifier un alignement sur un commerçant établi à plus d'une vingtaine de kilomètres de son propre établissement.

## B. Produits à caractère saisonnier

L'article L. 442-5, II, 2<sup>o</sup>, autorise la revente à perte des produits à caractère saisonnier. Le produit doit présenter un caractère saisonnier marqué et la revente à perte ne peut intervenir que « pendant la période terminale de la saison des ventes et dans l'intervalle compris entre deux saisons de vente ». Cette exception ne doit pas être l'occasion pour les commerçants d'écouler leurs stocks « à tout prix ». Il est donc nécessaire que la revente

à perte ait lieu à un moment où les produits sont potentiellement dépréciés (période de soldes, par ex.). Tel n'est pas le cas de la revente à perte de jouets quelques jours avant Noël. En revanche, la revente à perte de jouets ou de peluches le 23 décembre n'est pas illicite, dès lors qu'elle se situe dans la phase terminale de la saison des ventes.

### C. Produits périssables

La prohibition de la revente à perte n'est pas applicable aux produits périssables (produits laitiers, légumes et fruits frais, viandes, etc.) menacés d'altération rapide, à la condition que l'offre de prix réduit ne fasse pas l'objet d'une quelconque publicité ou annonce à l'extérieur du point de vente (art. L. 442-5, II, 6<sup>o</sup>). En effet, la vente doit être motivée par un risque d'altération rapide. Elle ne peut donc être projetée de longue date.

### D. Produits démodés

Les produits démodés ou techniquement dépassés qui ne répondent plus à la demande générale peuvent également être revendus à perte (art. L. 442-5, II, 3<sup>o</sup>). La possibilité de revendre ce type de produits en dessous de leur prix d'achat effectif ne saurait en revanche être justifiée par des raisons économiques ou climatiques, ou par le faible nombre de ventes.

### E. Baisse des cours

La revente à perte est justifiée lorsqu'il s'agit de produits dont le réapprovisionnement s'est effectué en baisse (art. L. 442-5, II, 4<sup>o</sup>). Le réapprovisionnement doit avoir eu lieu effectivement à la baisse. Le prix effectif d'achat est alors celui figurant sur la nouvelle facture d'achat. Par ailleurs, il doit s'agir de produits présentant des caractéristiques identiques à ceux de l'approvisionnement initial. L'exception de réapprovisionnement, qui est indépendante de celle de cessation ou de changement d'activité, peut être invoquée pour deux commandes non concomitantes intervenues successivement le même jour dès lors que le lot le moins cher a été commandé après le lot le plus cher, sans qu'il soit nécessaire que le stock de la première commande ait été vendu.

### F. Ventes volontaires ou forcées

La revente à perte peut être justifiée en cas de cessation ou de changement d'une activité commerciale (art. L. 442-5, II, 1<sup>o</sup>). Elle n'est toutefois admise dans les hypothèses de liquidation que sous réserve d'une déclaration préalable auprès de l'autorité administrative dont relève le lieu de la liquidation, conformément aux exigences de l'article L. 310-1 du Code de commerce.

### G. Soldes

Bien que la solution retenue ait été contestée en doctrine, l'Administration a toujours considéré que les produits pouvaient être revendus à perte en période de soldes. Cette tolérance administrative a été légalisée (art. L. 442-5, II, 7<sup>o</sup>).

### III. Responsabilité pénale

#### PLAN

Pour apprécier la portée de la responsabilité pénale, il convient de vérifier :

- les conditions d'imputation de la responsabilité ;
- les sanctions pénales encourues ;
- le régime de l'action de la partie civile.

#### A. Imputation

##### A RETENIR

La responsabilité de l'infraction pèse sur le chef d'entreprise. L'application de ce principe ne peut être écartée qu'en cas de délégation de pouvoirs à un salarié.

Ce dernier doit cependant disposer de l'autorité et des moyens nécessaires pour être reconnu coupable de l'infraction. L'ampleur d'une opération de revente à perte au moment de l'ouverture d'un hypermarché fait ainsi obstacle à l'exonération du responsable de la politique commerciale du magasin, en dépit d'une délégation de pouvoirs régulière. Le titulaire d'une délégation de pouvoirs peut lui-même déléguer ses pouvoirs. La sub-délégation exonère son auteur lorsqu'il a le pouvoir de déléguer et que son délégataire dispose des compétences, des moyens et de l'autorité nécessaires. Tel est par exemple le cas du chef de rayon auquel le directeur du magasin a délégué ses pouvoirs, à la condition que ce dernier n'ait pas pris une part personnelle à la commission de l'infraction.

#### B. Sanctions pénales

La répression de la revente à perte a connu un double mouvement depuis 1996 : alors que la sévérité des peines encourues a été renforcée, le seuil de revente à perte a été abaissé, les lois Dutreil du 2 août 2005 et Chatel du 3 janvier 2008 ayant autorisé l'intégration des marges arrière. L'adoption d'un seuil de revente à perte plus faible a eu pour conséquence de dépénaliser certaines pratiques. Cet assouplissement du droit de la revente à perte a donné lieu à d'importantes difficultés de droit transitoire.

##### A RETENIR

Tant la revente à perte que l'annonce d'une telle revente sont sanctionnées.

Les personnes physiques encourent une amende de 75 000 euro, qui peut être portée à la moitié des dépenses de publicité dans l'hypothèse où une annonce publicitaire fait état d'un prix inférieur au prix d'achat effectif (art. L. 442-5, I, al. 1) ; la cessation de l'annonce publicitaire peut être ordonnée dans les conditions de l'article L. 132-8 du Code de la consommation, par le juge d'instruction ou par le tribunal saisi des poursuites, soit sur réquisition du ministère public, soit d'office. De plus, le prévenu de revente à perte peut être condamné à une peine de publication et d'affichage de la décision. Les personnes morales encourent, outre une amende qui peut s'élever au quintuple de celle infligée aux personnes physiques (art. 131-38 C. pén.), la peine d'affichage de la décision prononcée

ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique, conformément au 9<sup>o</sup> de l'article 131-39 du Code pénal (art. L. 442-5, III, C. com.).

La revente à perte peut enfin être l'objet de la procédure de transaction prévue à l'article L. 490-5 du Code de commerce. Au vu des derniers bilans de jurisprudence publiés par la DGCCRF, le texte semble être tombé en désuétude.

### C. Action de la partie civile

#### A RETENIR

L'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction (art. 2 C. pr. pén.) : personne physique ou morale ou association de consommateurs agréée ou de commerçants.

Une association de consommateurs est recevable à se constituer partie civile pour faire sanctionner une pratique de revente à perte, car celle-ci cause un préjudice aux consommateurs en leur présentant une image faussée de la concurrence, la réduction des marges sur la vente d'un produit s'accompagnant en règle générale d'une majoration abusive du prix des autres produits. De même, un syndicat professionnel peut se constituer partie civile pour défendre l'intérêt collectif de la profession. Le préjudice, qui résulte pour les membres de la profession de la revente à perte, est personnel car il porte sur le même secteur d'activité. Il est direct dans la mesure où les professionnels, qui respectent le prix du marché, ne peuvent proposer à leurs clients les mêmes tarifs que le prévenu et perdent des parts de marché.

## IV. Responsabilité civile

#### A RETENIR

L'incrimination pénale de revente à perte n'exclut pas l'exercice d'une action en concurrence déloyale.

En effet, la revente à perte constitue un moyen d'éliminer les concurrents du marché. Une fois ce but atteint, les prix retrouvent souvent leur niveau antérieur, s'ils ne sont pas majorés. En outre, la violation d'une prescription légale constitue en soi une faute. Ainsi, la pratique de prix inférieurs au coût de revient du produit en contrepartie de l'octroi d'aides financières par une collectivité caractérise un comportement déloyal. De même, des concurrents situés à une distance raisonnable peuvent invoquer dans le cadre d'une action en concurrence déloyale le caractère illicite de l'offre de réduction de 20 % sur le ticket de caisse d'un magasin. Le concurrent doit néanmoins établir que la pratique a déstabilisé son réseau en l'obligeant à revoir sa politique tarifaire ou en l'exposant au passage de certains de ses membres à la concurrence. L'action en concurrence déloyale n'est pas réservée au seul concurrent. Le fournisseur dont les produits sont revendus à perte peut également agir en concurrence déloyale contre son distributeur pour obtenir réparation du préjudice résultant de la dépréciation de son image de marque et du risque

de déstabilisation de son réseau commercial.

L'action en cessation de la pratique de revente à perte peut être exercée en référé par le fournisseur qui justifie d'un intérêt légitime à agir. La Cour de cassation reconnaît que la condition est satisfaite à un double titre. Tout d'abord, la revente à perte déprécie l'image de marque de ses produits, qui apparaissent bradés. Ensuite, cette pratique entraîne un risque de désorganisation du réseau de distribution du fournisseur, certains distributeurs pouvant être portés à croire que la vente à bas prix du produit a été rendue possible par les avantages tarifaires discriminatoires qu'il aurait octroyés. L'action est également ouverte aux concurrents.

#### SECTION 4

### Prix imposés

L'article L. 442-6 du Code de commerce prohibe per se le fait pour toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'une prestation de services, ou à une marge commerciale. La liberté des prix instaurée par l'ordonnance de 1986 suppose la libre détermination du prix de vente par le revendeur. Ce principe s'impose à toute personne, fournisseur, grossiste, importateur, État, et vise tous les contrats, vente ou prestation de services. Le texte édicte ainsi une prohibition générale également applicable aux vendeurs étrangers qui interviennent sur le territoire français. Toutefois, comme toute règle pénale, il est d'interprétation stricte. Aussi bien, les prix ou marges maxima, ou les prix conseillés sont-ils exclus du champ d'application de l'interdiction dès lors que le revendeur dispose d'une marge de manœuvre et ne subit aucune pression de la part du fournisseur. La légitimité de l'interdiction per se de la pratique de prix minimum imposé a été contestée en doctrine. Dans certains cas, des prix minima pourraient être justifiés d'un point de vue économique, notamment en cas de lancement de nouveaux produits. En outre, l'interdiction per se des prix minima imposés au titre des pratiques restrictives paraît délicate à maintenir dès lors que le droit des pratiques anticoncurrentielles ne les condamne pas lorsque les distributeurs auxquels de tels prix sont imposés ne sont pas situés sur la même zone de chalandise. Enfin, la jurisprudence relative à la sanction pénale des prix minima imposés est en général assez ancienne. Elle applique des critères qui apparaissent aujourd'hui décalés par rapport au triple test, appliqué par les autorités de concurrence, qui implique que les prix soient conseillés ou discutés, qu'ils soient appliqués de manière significative et fassent l'objet d'une police des prix ou d'une intervention en vue de les faire respecter. En pratique, l'incrimination pénale des prix de vente imposés est quasiment tombée en désuétude. Cependant, elle demeure inscrite dans les textes et une application au cas d'espèce apparaît toujours possible.

La réforme du droit des pratiques restrictives par l'ordonnance du 24 avril 2019 a laissé sans changement de fond l'incrimination *per se* des prix imposés, désormais interdits par l'article L. 442-6. Il s'agissait pourtant de la règle qui correspondait le mieux au but de l'article 17, I, 1<sup>o</sup> de la loi EGalim autorisant le gouvernement à supprimer « les dispositions devenues sans objet ». L'obsolescence de cette disposition aurait dû conduire à son abrogation pure et simple, ce d'autant plus qu'elle fait double emploi sur le plan pénal

avec l'article L. 420-6 du Code de commerce qui sanctionne le fait de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-2-2.

Une seule exception à l'interdiction des prix imposés a été introduite par le législateur. Tout éditeur ou tout importateur de livres a en effet l'obligation de fixer un prix de vente au public, sur lequel le distributeur ne peut accorder qu'une remise maximale de 5 %. En outre, le texte de l'article L. 442-6 devant s'interpréter strictement, le fait pour un producteur, un importateur ou un grossiste de recommander au détaillant un prix de revente ne tombe pas sous le coup de la prohibition de l'article L. 442-6 s'il ne revêt aucun caractère obligatoire. Cependant, la dénomination prix «conseillés» ou «indicatifs» ne doit pas avoir pour effet de tourner par un biais l'interdiction de prix minimum. Si tel est le cas, le délit de l'article L. 442-6 est caractérisé en tous ses éléments constitutifs, tant matériel qu'intentionnel.

## I. Typologie

### PLAN

La prohibition des prix imposés s'applique notamment à :

- l'imposition de prix conseillés ;
- la pratique de prix maximum inférieurs au seuil de revente à perte ;
- la stipulation des clauses de prix imposés.

### A. Imposition de prix conseillés

#### A RETENIR

L'article L. 442-6 ne prohibe ni l'indication de prix conseillés, ni la fixation de prix maxima de revente. Cependant, lorsque le juge constate que des pressions sont exercées sur les distributeurs afin de leur imposer l'application effective de prix minima, il n'hésite pas à condamner l'auteur de ces pratiques au titre de l'article L. 442-6.

La Cour de cassation a ainsi sanctionné l'animateur d'un réseau de distribution sélective qui imposait le respect de prix prétendument conseillés par la menace de mesures de rétorsion d'ordre commercial, tels des refus de vente, ou l'exclusion du bénéfice de primes. De même, elle condamne la livraison de produits pré-étiquetés dont le prix est impossible à modifier, et/ou la pré-programmation des prix dans le logiciel de caisse des détaillants, car elles sont de nature à dissuader le distributeur de pratiquer des prix différents. L'article L. 442-6 n'exige pas que le fournisseur fixe un prix minimum à son distributeur, mais vise le fait d'imposer un caractère minimal au prix de revente. Aussi, le refus de livrer un distributeur pratiquant une politique de bas prix ou le refus de vente afin de maintenir un certain niveau de prix sont-ils sanctionnés, car ils constituent des moyens indirects d'imposer un prix. Enfin, il a été jugé que si le prix maximum est fixé à un niveau tellement bas que le distributeur ne pourra, sans voir sa marge bénéficiaire considérablement réduite, vendre en dessous du prix fixé, il constitue un prix imposé illicite. En revanche, le fournisseur qui aligne un revendeur sur les conditions générales appliquées aux autres



distributeurs de la marque ne peut être poursuivi pour imposition de prix dès lors qu'il n'oblige pas le revendeur à répercuter ces nouvelles conditions sur ses prix de revente et que cette mesure n'a pas pour objet de l'évincer du marché puisque ce dernier bénéficie des mêmes tarifs que ses concurrents. De même, le refus d'un fournisseur de prendre en charge les frais de marketing d'un distributeur, en lui faisant remarquer que s'il avait concédé des marges moins élevées à ses propres revendeurs, il aurait pu en assumer le coût, ne peut s'analyser comme une pratique d'imposition de marge. Aucune pratique de prix imposé n'est établie lorsqu'un franchiseur démontre que son franchiseur a organisé de sa propre initiative des événements promotionnels, que de nombreux autres membres du réseau accordent des remises et qu'il n'a pas accès à leur logiciel de caisse. Par ailleurs, la seule obligation faite au franchiseur d'informer le franchiseur sur les marges pratiquées ne traduit pas l'existence d'un contrôle sur ces marges, constitutif d'une pratique indirecte de prix imposés.

### **B. Prix maximum inférieur au seuil de revente à perte**

La pratique indirecte d'imposition de prix la plus fréquente consiste, pour un fournisseur, à conseiller au distributeur un prix maximum qui serait inférieur au seuil de revente à perte si les réductions de prix accordées étaient répercutées. L'engagement du fournisseur de rembourser au consommateur une partie du prix supérieur à celui fixé incite aussi indirectement le distributeur à pratiquer un certain niveau de prix pour que son client ne perde pas le bénéfice du remboursement partiel.

### **C. Clauses de prix imposés**

L'imposition d'un prix ou d'une marge minimale émanant d'un producteur, d'un commerçant isolé, voire d'un groupement professionnel, peut prendre la forme d'une «pression ou d'une menace» incluse dans le contrat (clause pénale, par ex.). Peu importe qu'elle n'ait pas été effectivement mise à exécution. Le contrat qui comporte une clause de prix imposés contraire aux règles de la concurrence est nul. Constitue une pratique d'imposition de prix, la clause qui interdit aux distributeurs agréés de proposer des remises promotionnelles sur les produits de la marque et de se livrer à une politique de discount ou aux franchiseurs de modifier les tarifs clientèle communiqués par le franchiseur, ou leur impose le respect d'un prix plancher ou organise un contrôle rigoureux du respect des directives fixées par le fournisseur en matière de prix.

## **II. Sanctions**

L'article L. 442-6 du Code de commerce punit d'une amende de 15 000 euro le délit de prix minimal imposé. L'affichage ou la diffusion de la décision de condamnation sont régis par les dispositions de l'article L. 490-2.

Lorsqu'une délégation de pouvoirs a été consentie, il est nécessaire que le bénéficiaire de la délégation dispose de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires.

Le délit pénal de prix de revente imposé peut faire l'objet de poursuites contre les personnes morales.

L'imposition de prix minimum est également sanctionnée civilement. La clause est jugée nulle. Cette nullité s'étend à l'ensemble du contrat, dès lors que la clause revêt un

caractère essentiel. La victime peut également obtenir une réparation civile. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi estimé que des distributeurs pouvaient obtenir réparation du préjudice moral subi du fait de la pratique de prix imposés de leur fournisseur, en dépit de leur participation à cette infraction. Cette décision, rendue sur le fondement de l'article 2 du Code de procédure pénale, ouvre l'action civile en réparation à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction. Elle n'est pas sans rappeler la décision de la Cour de justice qui a reconnu à une partie à un accord anticoncurrentiel, un droit à réparation, dès lors qu'elle se trouve en situation d'infériorité par rapport à l'autre partie. La réparation du préjudice subi du fait de l'imposition d'un prix minima suppose cependant que le distributeur concerné établisse avoir effectivement appliqué les consignes.

## SECTION 5

### Paracommercialisme

#### A RETENIR

Les pratiques de paracommercialisme «consistent à se livrer à une activité commerciale sans en supporter les charges correspondantes». Le Code de commerce prohibe deux types d'activités paracommerciales : celle des associations, coopératives ou administrations se livrant de façon habituelle à une activité économique ou commerciale sans en supporter les charges (art. L. 442-10) ; celle consistant à offrir à la vente des produits ou de proposer des services en utilisant, dans des conditions irrégulières, le domaine public (art. L. 442-11).

## I. Typologie

#### PLAN

Le paracommercialisme recouvre :

- certaines pratiques d'organismes à vocation non commerciale ;
- les utilisations irrégulières du domaine public.

### A. Pratiques paracommerciales des organismes à vocation non commerciale

Une association ou une coopérative d'entreprise (comité d'entreprise) ou d'administration qui se livre de façon habituelle à une activité économique ou commerciale sans en supporter les charges correspondantes (fiscales, sociales, etc.), rompt l'égalité dans la concurrence. Soucieux de protéger la liberté de la concurrence, le législateur interdit à ces groupements d'offrir des produits à la vente, de les vendre ou de fournir des services de façon habituelle, si ces activités ne sont pas prévues par les statuts (art. L. 442-10). Le paracommercialisme (ou paracommercialité) apparaît, en effet, comme une extension abusive de la faculté reconnue aux personnes morales à but non lucratif de procéder à titre accessoire à des opérations commerciales. Il n'est pas constitutif de concurrence déloyale pour la Cour de cassation, malgré la résistance de certaines juridictions du fond.

Les activités commerciales d'organismes à vocation non commerciale revêtent des formes

variées. Elles tombent sous le coup de la prohibition de l'article L. 442-10, qu'elles soient occasionnelles (vente sauvage) ou permanentes, à la seule condition de n'être pas prévues par les statuts. La jurisprudence se montre très sévère dans l'examen des pratiques auxquelles se livrent les personnes morales concernées, dans la mesure où elle exige le strict respect des clauses insérées dans les statuts.

Aussi, l'autorisation de vendre contenue dans les statuts doit-elle identifier précisément les produits qui pourront être vendus ou achetés. Une association dont l'objet est de promouvoir des randonnées par la publication de cartes, ne peut pas, par exemple, revendre de façon habituelle des cartes géographiques éditées par des tiers. De même, une association offrant des prestations de caractère sportif ne peut pas en outre assurer des prestations de sauna et de bronzage non prévues statutairement. Enfin, il a été jugé que se rend coupable de paracommercialisme le gérant d'une association exerçant habituellement une activité de vente de produits ou de services de restauration alors que ces activités ne sont pas prévues par les statuts de l'association.

Cette rigueur jurisprudentielle est renforcée par la position des pouvoirs publics qui considèrent que le caractère paracommercial de l'activité doit être présumé, dès lors que, n'étant pas assujettie à l'ensemble des obligations des commerçants, elle s'adresse de manière habituelle à des tiers, c'est-à-dire à des personnes non membres de l'association : a) dans le but de réaliser un profit ou de rentabiliser la prestation offerte aux membres de l'association, b) pour autant qu'elle concurrence directement des activités commerciales similaires et que le chiffre d'affaires réalisé avec ces tiers n'est pas marginal.

### **B. Utilisation irrégulière du domaine public**

Deux textes spécifiques sanctionnent l'utilisation irrégulière du domaine public, l'article L. 442-11 du Code de commerce et l'article R. 644-3 du Code pénal.

L'article L. 442-11 du Code de commerce interdit les ventes dites «sauvages» ou «à la sauvette» consistant à vendre ou offrir à la vente des produits ou à proposer des services en utilisant, dans des conditions irrégulières, le domaine public de l'État, des collectivités locales et de leurs établissements publics. Cette interdiction s'applique tant aux ventes statiques qu'aux ventes par coursiers ou porte à porte.

Elle est sanctionnée par une contravention de 5<sup>e</sup> classe en application de l'article R. 442-2 du Code de commerce.

Parallèlement, l'article R. 644-3 du Code pénal sanctionne par une contravention de 4<sup>e</sup> classe «le fait, sans autorisation ou déclaration régulière, d'offrir, de mettre en vente ou d'exposer, en vue de la vente des marchandises ou d'exercer toute autre profession dans les lieux publics en violation des dispositions réglementaires sur la police de ces lieux». L'application du texte est subordonnée à la violation d'une disposition réglementaire sur la police des lieux publics.

Ainsi, un arrêté municipal ayant seulement pour objet de réglementer la police des foires et marchés et non d'interdire l'exercice du commerce ambulant sur le domaine public communal ne constitue pas une base suffisante aux poursuites engagées sur le fondement de l'article L. 442-11 du Code de commerce.

## II. Sanctions

L'article R. 442-2 du Code de commerce qualifie le paracommercialisme d'infraction de 5e classe, punie à ce titre d'une amende de 1 500 euro (ou 3 000 euro en cas de récidive). Une association se rendant coupable de paracommercialisme encourt en outre la suppression temporaire ou définitive de la subvention ou le reversement au Trésor des sommes perçues ou employées irrégulièrement, le retrait de son agrément ainsi que la perte d'exonérations fiscales.

Lorsqu'ils agissent en application des articles L. 442-10 et L. 442-11 du Code de commerce, les agents enquêteurs de l'Administration peuvent consigner les produits offerts à la vente et les biens ayant permis la vente des produits ou l'offre de services (tréteaux, camionnettes, etc.). Ils devront simplement se conformer aux exigences de la loi, les obligeant à dresser un procès-verbal comportant certaines mentions obligatoires (inventaire des biens et des marchandises consignés, valeur, etc.) et soumis à communication. Le juge peut également assortir sa condamnation d'une confiscation. Elle peut donner lieu au versement d'une somme d'argent correspondant à la valeur des biens lorsqu'il n'a pas été procédé à une saisie.

La confiscation est également encourue en cas de violation de l'article R. 644-3 du Code pénal.