

**FACULTE DE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE**  
**4<sup>ème</sup> année (M1), 1<sup>er</sup> semestre, 2018-2019**  
**Droit de la distribution – Cours**  
**Pr. D. Mainguy**

- Présentation prévisionnelle du cours par semaines (sur 10 semaines, plus une pour l'élasticité du cours).
- Le cours se présente comme autant de thèmes visant à proposer une vision générale et critique de chacun de ceux-ci.
- Il est très fortement recommandé aux étudiants de lire les parties d'ouvrage, avant de venir en cours.
- Les étudiants sont également invités à poser des questions en cours.

**1 Intro présentation, attentes**

2 Intro

**3 Vente et Prestations de services commerciales**

4 Vente et Prestations de services commerciales

5 Vente et Prestations de services commerciales

6 Vente et Prestations de services commerciales

**7 Diffusion par salariés**

**8 Diffusion par VRP**

**9 Diffusion par mandataires**

**10 Diffusion par grande distribution**

Introduction

Partie 1 Les ventes et les prestations de services

Titre 1 Ventes et prestations de services entre professionnels

Chapitre 1 La formation des ventes et prestations de services entre professionnels

Section 1 La négociation des ventes et prestations de services entre professionnels

§ 1 Les règles de droit commun de la négociation

§ 2 les règles spéciales de la négociation commerciale : Conditions générales du fournisseur et conditions générales du distributeur

I Principe de la communication des CGV

II Contenu obligation des CGV

III Formalisation de la négociation commerciale

A « Déhiérarchisation » des conditions de vente

B Pluralité des conditions de vente

C Convention unique

Section 2 Le contrôle de la formation des ventes et prestations de services entre professionnels

§ 1 identification des pratiques contrôlées

A. Pratiques sanctionnées par des PRC

1. Obtention d'un avantage sans contrepartie
2. Déséquilibre significatif

B Pratiques sanctionnées par des PA

§ 2 Sanction des pratiques

Chapitre 2 L'exécution des ventes et prestations de services entre professionnels

Titre 1 Ventes et prestations de services entre distributeur et consommateurs



Partie 1 Les ventes et les prestations de services

Titre 1 Ventes et prestations de services entre professionnels

Chapitre 1 La formation des ventes et prestations de services entre professionnels

Section 1 La négociation des ventes et prestations de services entre professionnels

§ 1 Les règles de droit commun de la négociation

## § 2 les règles spéciales de la négociation commerciale : Conditions générales du fournisseur et conditions générales du distributeur

**172. –** **Transparence tarifaire, « facturologie », marge avant et marge arrière.** Le droit de la concurrence français présente cette particularité de disposer d'un corps de règles intéressant la police des prix et des relations contractuelles entre les producteurs et les distributeurs. Entendons que si ce sont les « grands distributeurs » qui sont en principe visés par le régime juridique proposé, toutes les relations de la distribution correspondant à des relations de vente ou de prestations de services entre professionnels sont concernées, y compris donc hors des relations de la grande distribution.

Il s'agit là de l'une des questions les plus usuelles des relations commerciales, des plus techniques aussi, empruntées d'un vocabulaire complexe, située aux confins du droit des affaires, entre droit de la concurrence et droit de la consommation, droit fiscal et comptable et règles spéciales du droit des contrats. Cette réglementation est déjà ancienne.

L'ordonnance du 30 juin 1945 et la loi Royer du 27 décembre 1973 proposaient des règles prohibant, pénalement, les discriminations et imposant aux fournisseurs la communication de leurs conditions de vente. Ces règles avaient été considérablement modifiées et enrichies en 1986, jusqu'à identifier un corps de règles nouveau dit « de la transparence tarifaire ». Ces règles sophistiquées sont commentées par l'Administration, *via* des circulaires faisant part de son interprétation de ces règles, dans un sens qui fut pendant très longtemps très favorable à la grande distribution, vecteur d'une croissance importante, et réformées de manières régulières (cf. supra, n°163).

La loi Galland de 1996 avait eu pour principal objet de réécrire le texte de l'article 32 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 (C. com., art. L. 443-2 depuis 2000) qui prohibe pénalement la revente à perte. Avant 1996, ce texte établissait un seuil de revente à perte présumé équivalent au prix porté sur la facture d'achat d'un revendeur. Tous les efforts des acteurs du secteur se concentraient sur la rédaction de la facture, au risque de transformer les juristes en « facturologues »<sup>1</sup>. Les règles en la matière étaient en effet particulièrement complexes, imposant la mention sur facture des avantages proposés dans les conditions générales de vente, elles-mêmes largement réglementées, distinguant entre les réductions de prix, entre les réductions inconditionnelles portées sur les factures et les réductions conditionnelles, hors facture. Ces dernières comprenaient à la fois les ristournes insérées dans les conditions générales de vente et la rémunération des contrats de coopération commerciale, ce que l'on désigne « marge arrière ». Le seuil de revente à perte était donc soumis à de larges variations en fonction des mentions sur facture et des mentions hors facture dont on cherchait à prouver qu'elles s'imputaient sur le seuil présumé de revente à perte, faisant s'arracher les cheveux des juges. La loi de 1996 avait bloqué le calcul du seuil de revente à perte, désormais équivalent au prix porté sur la facture, sans aucune possibilité de variation. Les fameuses « marges arrière » ne pouvaient donc plus constituer un argument de vente à bas prix par certains distributeurs, ni un réservoir de justification à des reventes à perte.

Économiquement, ces « marges arrière » correspondent à toutes les réductions de prix et tous les avantages pécuniaires, secrets ou non, perçus postérieurement à la vente selon des périodicités variables, dont la rémunération de la coopération commerciale, et qui déterminent le prix « net » théorique final de l'acheteur, théorique puisque l'existence d'une marge arrière ne signifie pas pour autant une diminution du prix de revente au détail. Elles constituent l'incubateur idéal de l'opacité tarifaire et des discriminations, et s'accompagnent dans un grand nombre de cas de violations évidentes des règles en matière d'établissement des factures. Inversement, les « marges avant » sont bien plus transparentes : inconditionnelles, elles apparaissent sur la facture et diminuent d'emblée le seuil de revente à perte. Les fournisseurs, y compris ceux du monde agricole, ont très tôt pris conscience de la gravité du phénomène et du glissement de la négociation commerciale transparente à partir de l'étalon des conditions générales de ventes, vers les marges arrière toutes catégories confondues, dont la négociation allait se réaliser à huis clos, hors conditions générales de vente, et dont les contreparties allaient parfois être très discrètes<sup>2</sup>. Ces pratiques ont été à l'origine d'une réflexion sur l'existence de ces marges arrière, alors que depuis la loi Galland de 1996, les opérateurs avaient, dans le cadre des négociations annuelles sur les prix, à choisir entre, d'une part, la relative transparence procurée par les marges avant qui assurent une plus grande liberté dans la fixation des prix de revente et, d'autre part, l'opacité tarifaire que produisent les marges arrière avec l'inconvénient de limiter la possibilité de limiter le prix de revente. Sauf à vouloir imaginer que les fournisseurs sont les instigateurs de l'augmentation de ces marges arrière, alors surtout que cela résulte de l'inadaptation de leurs barèmes tarifaires, les distributeurs, demandeurs de marges arrière, surtout les plus

<sup>1</sup>V. J.-M. Mousseron, *Une science nouvelle : la facturologie* : CDE 1988/4, p. 3.

<sup>2</sup>J.-M. Vertut, *Marges arrière et transparence des pratiques commerciales* : *Les Échos* 13 janv. 2000. – T. com. Paris, 1<sup>re</sup> ch., 25 nov. 1996, *Min. Économie c/ SA Inter Marchandises France* : *RJDA* 1997, n° 376.

secrètes, se sont vus pris au piège de leurs anciennes habitudes. Certains groupes de distribution se sont même plaints de ne pas être en mesure de faire bénéficier les consommateurs de plus amples réductions de prix en raison du frein porté à la compétition tarifaire engendrée par l'arsenal juridique précité.

C'est ce constat qui a précipité les réformes survenues depuis 2005 et notamment de 2008 : on peut se demander sérieusement si, alors que la discrimination tarifaire n'est plus automatiquement sanctionnée et alors qu'il s'agissait de la clé de voûte de tout le système de transparence, tout le reste n'est pas désormais sans réel intérêt, sinon purement formel.

L'article L. 441-6 du Code de commerce, pénalement sanctionné, contient plusieurs règles intéressant le principe de la communication des conditions générales de vente (A), leur contenu (B) et leur formalisation (C).

## **A. – Le principe de la communication des conditions générales de vente**

**173. – « Publicité » des conditions générales de vente.** L'article L. 441-6, alinéa 1 du Code de commerce dispose, dans le dernier état de sa rédaction que :

« Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur est tenu de communiquer ses conditions générales de vente à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour une activité professionnelle ».

À titre de sanction, et pour remplacer la sanction pénale prévue avant 2008, l'article L. 442-6, I, 9° du Code de commerce érige en faute civile particulière, le fait « de ne pas communiquer ses conditions générales de vente, dans les conditions prévues à l'article L. 441-6, à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour l'exercice d'une activité professionnelle ».

La réglementation concerne les conditions générales de vente (relations fournisseur-distributeur) et de services (relations entrepreneur-maître d'ouvrage, mais aussi distributeur-fournisseur). En pratique, on entend par « conditions générales de vente », les conditions contractuelles, les tarifs (c'est-à-dire le catalogue) et le barème de remises et de ristournes, s'il existe, qu'on appelle aussi « le barème d'écart ».

Le terme « conditions générales de vente » pose en outre difficulté depuis que la réforme du droit des contrats de 2016 a introduit la notion de « conditions générales » de contrat soit dans la distinction entre contrats de gré à gré et contrats d'adhésion (C. civ., art. 1110) soit au titre de la formation du contrat (C. civ., art. 1119) : « Les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées. En cas de discordance entre des conditions générales invoquées par l'une et l'autre des parties, les clauses incompatibles sont sans effet. En cas de discordance entre des conditions générales et des conditions particulières, les secondes l'emportent sur les premières ».

Or l'article L. 441-6 du Code de commerce pose une règle par laquelle les conditions générales de vente forment le socle unique de la négociation commerciale, de sorte que cette dernière ne peut s'effectuer, formellement, que dans les conditions qu'il pose, à savoir par l'organisation de la pluralité des conditions de vente et par la conclusion d'une convention écrite, résultat de la négociation. La combinaison des règles générales du droit commun des contrats et celles du droit spécial des pratiques restrictives de concurrence peut alors sa traduite soit pour faire prévaloir les règles de l'article L. 441-6 du Code de commerce sur l'article 1119 du Code civil, dans leur intégralité, soit au contraire pour que le texte spécial ne prévaille que dans la mesure de son champ d'application. Il nous apparaît que les logiques présidant à la considération de ces deux textes ne sont pas identiques, en ce que les articles L. 441-6 et 441-7 se prévalent essentiellement de la négociation sur les prix, les avantages à accorder ou la rémunération de services ou encore les conditions de règlement. Il s'agit donc, face à l'expression d'un prix qui se présente comme éclaté (entre le prix unitaire hors taxe, les remises, les ristournes, les rémunérations de services divers), de faire en sorte que, au final, le prix soit déterminé, au sens de l'article 1582 du Code civil. Il en résulte que l'article L. 441-6 du Code de commerce ne se préoccupe pas de l'organisation de la négociation portant sur les autres éléments, purement contractuels, qui concourent à la détermination des obligations de la vente (ou de la prestation de services). Par conséquent, il faudrait limiter la portée de la primauté du texte spécial à la seule négociation sur les éléments qui concourent à la détermination du prix, le reste reposant sur les règles du droit commun des contrats, autour de l'interprétation de l'article 1119 du Code civil donc. Si par exemple une difficulté surgissait sur la question de savoir si une garantie particulière, une attribution de compétence (qui ne soit pas réglée dans la convention de l'article L. 441-7 ou en l'absence de celle-ci), il faudrait alors comparer le contenu respectif des conditions générales de vente ou d'achat. On ne peut masquer le fait, cependant, que l'article L. 441-6 du Code de commerce précise expressément que les conditions générales de vente constituent le « socle » de la négociation commerciale, terme indéterminé, mais qui institue une forme de primauté, alors que ce même texte identifie, par le contenu obligatoire des conditions générales de vente qui doivent être communiquées les « conditions de vente », sans préciser qu'elles se résument à la détermination du prix et que l'article L. 442-6, IV prévoit des dispositions relatives à la vérification de la conformité, ce qui correspond à l'un des obligations principales de vente (cf. infra, n°174). Il nous semble que ces arguments demeurent faibles au regard des objectifs poursuivis par l'article L. 441-6 : assurer une traçabilité de la négociation sur les éléments composant le prix, dans une logique concurrentielle.

On distinguera donc soigneusement les situations dans lesquelles les termes « conditions générales » sont utilisés, en droit des contrats ou en droit de la concurrence : aux règles du droit spécial de la concurrence, les règles relative à la détermination des éléments composant le prix, par sa négociation, au droit commun, donc subsidiaire, des contrats (et donc au jeu de la concurrence des contenus des documents contractuels dont les conditions générales de vente et d'achat), la détermination du contenu contractuel.

Du point de vue du droit de la concurrence et des pratiques restrictives en particulier, l'article L. 441-6 impose la communication des conditions générales de vente ou de prestation de services, dont l'identification précise est prévue dans ce texte, à tout opérateur, acheteur ou prestataire de services selon le cas, qui en fait la demande. La communication n'est donc pas automatique, elle doit être suscitée. L'objectif est double : positivement, il s'agit d'assurer une information claire des conditions contractuelles et tarifaires, et négativement, il s'agit de permettre à l'acheteur de vérifier qu'il n'est pas victime d'une discrimination et l'administration économique avait toujours martelé cette exigence avec force<sup>3</sup>.

Ce formalisme s'étend aux contrats de sous-traitance industrielle, plus exactement, à « tout achat de produits manufacturés, fabriqués à la demande de l'acheteur en vue d'être intégrés dans sa propre production » (C. com., art. L. 441-9).

Cette exigence de communication ne s'impose pas nécessairement par écrit, mais par tout moyen conforme aux usages de la profession. Il en résulte une question purement formelle, mais assez ancienne et discutée, celle de l'obligation de disposer de conditions générales. L'article L. 441-6 du Code de commerce n'exige pas expressément l'établissement des conditions générales par écrit<sup>4</sup>, mais une communication « par tout moyen conforme aux usages de la profession », ce qui est vague. Bien entendu, pour pouvoir communiquer des conditions de vente, encore faut-il qu'elles existent, mais on ne peut en déduire que l'existence des conditions de vente est imposée et leur absence sanctionnée. La circulaire Dutreil de 2003 énonçait par exemple que l'absence d'existence par écrit des conditions de vente « peut constituer une présomption de discrimination ». Or, c'est la doctrine administrative qui avait proposé un tel rapprochement sur la base de décisions de première instance comme celui du tribunal de grande instance d'Évry du 21 janvier 1992<sup>5</sup> cité par la circulaire<sup>6</sup>, alors même que ces décisions se contentaient, comme l'arrêt de 1994, d'imposer une communication des conditions de vente à un fournisseur ne disposant pas de conditions écrites. Or, le texte de l'article L. 441-6 du Code de commerce ne l'impose pas et aucune décision n'a, à notre connaissance, explicitement affirmé que le fait de ne pas disposer de conditions générales était constitutif d'une discrimination. Elles peuvent donc être écrites et la communication s'effectuer ainsi, ou bien encore par voie d'affichage ou encore par référence à des conditions d'une association d'entreprises. Encore faut-il également qu'il y ait une demande de communication, qui ne soit pas une demande anormale (par exemple un concurrent, ou un acheteur non membre du réseau de distribution organisé par le fournisseur). Encore faut-il enfin qu'il y ait une négociation : d'ailleurs l'article L. 441-7, I, al. 7 du Code de commerce, qui détermine les conditions et le contenu du contrat qui formalise le résultat de la négociation commerciale, impose des délais particuliers de de communication.

La sanction, autrefois pénale, est désormais la (très éventuelle) mise en œuvre de la responsabilité civile du débiteur de l'exigence de communication (C. com., art. L. 442-6, I, 9°) et d'une amende administrative (C. com., art. L. 441-6, VI).

Depuis 2005, l'article L. 441-6 du Code de commerce dispose que celles-ci (les conditions générales de vente) constituent le « socle des négociations commerciales », et depuis la loi de 2014, comme le socle « unique » de ces négociations, ce qui n'est guère signifiant. Il s'agit surtout, par cette formule, de réaffirmer le principe selon lequel toutes les informations tarifaires sont censées être contenues dans les conditions générales de vente, avec l'exception révélée par la reconnaissance et l'identification des contrats de coopération commerciale. La circulaire du 8 décembre 2005 se contente alors d'une simple justification :

« Elles sont le point de départ de la négociation entre le vendeur et l'acheteur, et comprennent les conditions de vente, le barème de prix, les conditions de règlement applicables à tous les acheteurs ou à une catégorie d'acheteurs et les réductions de prix ».

C'est aussi une façon de préciser, ce qui ressortait très indirectement des dispositions précédentes<sup>7</sup>, que les conditions générales de vente s'imposent aux *conditions générales d'achat*. On voit ici la distinction qui s'opère entre les règles du droit des contrats, où nulle hiérarchie de ce type ne s'impose (simplement l'idée que des conditions particulières de contrat s'imposent à des conditions générales de contrat (C. civ., art. 1119), et celles

<sup>3</sup>V. M. et J.-M. Mousseron et D. Mainguy, *Le droit français nouveau de la transparence tarifaire*, op. cit., n° 89.

<sup>4</sup>Cass. com., 18 janv. 1994 : JCP E 1995, I, 492, note L. Vogel.

<sup>5</sup>RJDA 1992, n° 608.

<sup>6</sup>V. P. Arhel, *Les conditions générales de vente* : Rev. conc. consom. juill.-août 1993, n° 74, p. 11 ; *Les pratiques tarifaires*, op. cit., n° 75. – Contra : M. et J.-M. Mousseron et D. Mainguy, op. cit., n° 91. – L. et J. Vogel, *Ombres et lumières sur la transparence tarifaire* : JCP E 1995, I, 436, spéc. n° 17.

<sup>7</sup>M. et J.-M. Mousseron et D. Mainguy, *Le nouveau droit français de la transparence tarifaire*, Litec, 1998, n°s 115 et s.

du droit de la concurrence où, au contraire, et de ce seul point de vue, une hiérarchie y est établie. Cette conception hiérarchique des documents commerciaux n'influence pas, *a priori*, la conception que les règles du droit des contrats envisagent, sur la base d'une rencontre de l'offre, matérialisée par les conditions de vente, et l'acceptation, matérialisée par les conditions d'achat<sup>8</sup>. Rien n'interdit donc à un acheteur de rédiger des conditions générales d'achat ; elles sont même très courantes, parfois suspectes<sup>9</sup>.

Cette hiérarchie et, par là, ce « socle unique » de la négociation, résultait logiquement de l'interdiction des discriminations et, partant, du contrôle ou de la limitation de la négociation entre un fournisseur et un distributeur. On peut alors se demander si la disparition de la stigmatisation particulière en la matière ne change pas le point de vue.

Cette obligation pèse par ailleurs sur l'exportateur français, qui est tenu de communiquer à un acheteur étranger ses conditions générales de vente dans la mesure où l'un des éléments constitutifs de l'infraction est accompli en France<sup>10</sup>.

## B. – Le contenu obligatoire des conditions générales

**174. – Prix et conditions de règlement.** L'article L. 441-6 du Code de commerce précise encore que les conditions générales de vente comprennent les conditions de vente, les barèmes de prix unitaire, les réductions de prix, les conditions de règlement, ce qui est beaucoup plus expressif que la rédaction ancienne, mais aussi plus large : le texte énumère en effet le document visé par l'obligation de communication :

- les conditions de vente ;
- le barème des prix unitaires ;
- les réductions de prix ;
- les conditions de règlement.

Les conditions de vente, notamment, en lieu et place des simples « conditions de règlement », englobent l'ensemble des informations contractuelles, conditions de livraison, de garantie, de paiement, etc. Ce sont les conditions de vente de l'article 1119 du Code civil. La question se pose alors de savoir si toutes ces informations doivent figurer dans les conditions générales de vente (au sens de l'article L. 441-6) et être communiquées sous la sanction des pénalités promises au motif qu'elles sont des « conditions de vente » (au sens du droit des contrats). Par exemple, l'article L. 441-6, IV prévoit que lorsqu'une procédure de vérification de la conformité des marchandises est prévue, cette procédure, qui doit s'effectuer selon les « usages de la profession » ne doit pas excéder trente jours. Or, la question de la conformité de la chose vendue est typiquement une question relevant des règles du droit des contrats, ce qui tendrait à militer vers une exigence de communication portant sur toutes les informations contractuelles, et pas uniquement celles qui touchent, directement ou indirectement, le prix.

On peut en outre ajouter que les « conditions de vente » au sens du droit des contrats, sont souvent, s'agissant de ventes commerciales, plus complexes que les conditions de ventes civiles : le fournisseur sait que les acheteurs sont souvent des acheteurs revendeurs ou des transformateurs de ses produits et il impose souvent des suggestions particulières à ces derniers (des conditions de revente). On songe ainsi aux situations plus ou moins proches de celles de la distribution sélective où des conditions de localisation du point de vente, de standing, de présentation, etc., sont des conditions sinon de la revente du moins de l'obtention d'avantages tarifaires. On songe aussi à des situations dans lesquelles le fournisseur impose, comme condition de la vente, l'existence d'un quota de reventes, ou bien assujettit l'obtention d'avantages tarifaires à des seuils de reventes. Toutes ces situations relèvent de la liberté contractuelle, laquelle n'est pas affectée par les exigences de l'article L. 441-6 qui impose simplement la communication de ces conditions.

Il en est de même des conditions de prestation de services. Le terme n'est pas utilisé dans l'article L. 441-6 du Code de commerce, ni *a fortiori*, décrit, mais par itération avec les exigences des conditions de « vente », on peut aisément transposer ces règles, étant entendu que le « demandeur de prestation de services » peut être en même temps un acheteur de produits qui propose des services à son vendeur.

S'agissant des prix, il s'agit du barème de prix, du catalogue, pour autant que ce prix puisse être déterminé. Lors qu'il ne le peut point, pour un service notamment, l'article L. 441-6, II, du Code de commerce prévoit que le prestataire est tenu de communiquer au destinataire qui le demande une méthode de calcul du prix, ou un devis, solution qui est plus sévère que celle posée en droit des contrats. En outre le prestataire est tenu de fournir les informations visées à l'article L. 111-2 du Code de la consommation.

---

<sup>8</sup>V. J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, *L'avant-contrat*, éd. Lefebvre, 2001, n<sup>os</sup> 376 et s.

<sup>9</sup>Cf. CEPC, avis n<sup>o</sup> 04-04, 7 juill. 2004.

<sup>10</sup>Cass. com., 16 juin 1998 : *JCP E* 1998, p. 1067 ; *Rev. Lamy dr. aff.* 1998, n<sup>o</sup> 482, obs. P. Storrer : « L'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 s'applique aux produits achetés en France même si ces produits doivent être distribués ou revendus à l'étranger ». – D. Gaffuri, *Coopération commerciale, conditions générales de vente et tarification dans un contexte international* : *CDE* 1996/5, p. 24.

**175. – Réductions de prix.** Les réductions de prix sont les rabais, les remises et les ristournes. Les conditions générales de vente doivent présenter les conditions dans lesquelles elles sont consenties, qu'elles présentent un caractère quantitatif ou qualitatif, ce que l'on désigne comme le « barème des réductions de prix ». Il résulte surtout que l'ensemble doit présenter un prix, lequel est le « prix unitaire hors taxe » (PUHT) puis les éventuelles réductions de prix, une par une et non de manière globale, qui peuvent aboutir, pour l'acheteur à déterminer son prix réel d'achat. La communication doit donc, entre professionnels, comporter le tarif, qui accompagne souvent le catalogue de produits (ou de services) lequel comprend les prix unitaires hors taxe, et le barème de réduction, dit aussi « barème d'écart » qui comporte l'ensemble des réductions de prix, sous forme d'escompte, de rabais, de remises ou de ristournes (« RRR » dans le langage commercial). On désigne comme « rabais », une réduction de prix accordée parce que le produit ou service est démodé, dépassé. On désigne comme remise, une réduction de prix accordée immédiatement à l'acheteur. Elle peut être qualitative (remise pour emport immédiat) ou quantitative (remise pour achat d'une quantité déterminée). Les ristournes sont des réductions de prix accordées en fin de période, dont les « ristournes de fin d'année » (RFA). Elles peuvent être également qualitatives ou quantitatives, conditionnelles ou inconditionnelles. La distinction a une importance en termes de désignation et facturation de ces réductions.

**176. – Escomptes.** L'escompte est, dans le jargon commercial, la réduction de prix accordée en cas de paiement anticipé ; il accompagne donc l'éventuel délai de paiement accordé à l'acheteur. L'article L. 441-3, alinéa 4 du Code de commerce impose que les conditions d'escompte applicables en cas de paiement anticipé figurent sur la facture. Elles doivent certainement également figurer sur les conditions générales de vente en tant que « condition de règlement ». Par ailleurs, au titre de l'article L. 441-3, alinéa 3, l'escompte mentionné sur la facture peut venir en déduction du prix net à payer. Il est donc analysé comme une remise.

**177. – Date de règlement et pénalités de retard.** Reste la question de la date de règlement et des pénalités de retard, question toujours sensible dans ce type de relation commerciale, dans la mesure où ces délais constituent une forme de « crédit fournisseur » dont le coût pour ces derniers n'est pas négligeable en période de fort taux d'intérêt (la vigueur de la législation suit d'ailleurs, avec retard, l'évolution de ces coûts).

En outre, le délai de paiement n'est pas libre. Outre les délais raccourcis et impératifs de l'article L. 443-1 du Code de commerce pour la vente de certains produits alimentaires, l'article L. 441-6, alinéa 4 du même code pose, depuis 2008, une règle générale selon laquelle : « Sauf dispositions contraires figurant aux conditions de vente ou convenues entre les parties, le délai de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée ».

Le délai normal, supplétif, de paiement est donc de trente jours à compter de la date de réception de la facture ou l'exécution de la prestation

Toutefois, ce délai est supplétif, mais encadré : « le délai convenu entre les parties pour régler les sommes dues ne peut dépasser soixante jours à compter de la date d'émission de la facture. Par dérogation, un délai maximal de quarante-cinq jours fin de mois à compter de la date d'émission de la facture peut être convenu entre les parties, sous réserve que ce délai soit expressément stipulé par contrat et qu'il ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier », sauf à ce qu'un accord interprofessionnel prévoit un délai inférieur ou retienne comme point de départ la date de réception des marchandises, éventuellement étendu par décret.

Le délai de paiement est donc borné dans sa date maximale, quarante-cinq jours fin de mois ou soixante jours à compter de l'émission de la facture, et les parties peuvent, dans cette limite, choisir un délai de paiement autre. Précisons que, avant 2008, ce même délai était fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises.

En outre, lorsqu'il s'agit de factures périodiques récapitulant un ensemble d'opérations au sens de l'article 289, I, 3° du CGI, le délai maximal impératif est de quarante-cinq jours à compter de la date d'émission de la facture.

Une amende administrative sanctionne l'ensemble (C. com., art. L. 441-6, V, remplaçant l'ancien article L. 442-6, I, 7° du Code de commerce qui établissait une faute civile particulière).

Dès lors, le délai, imposé ou choisi, doit être mentionné sur la facture. L'article L. 441-3 (relatif à la facturation) impose la mention de la date de règlement sur la facture et l'article L. 441-6 impose que toutes les « conditions de règlement » figurent dans les conditions générales de vente. On peut donc en déduire que la date de règlement doit figurer dans les conditions générales de vente et dans la facture.

Un retard de paiement, dont l'ampleur est considérable et régulièrement dénoncée n'emporte pas (plus) de sanction particulière, mais l'application de pénalités de retard dont le taux et les conditions doivent figurer dans les conditions générales de vente, au titre des conditions de règlement. Ces pénalités correspondent au minimum au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de dix points. Les parties peuvent convenir d'un taux différent mais qui ne peut être

inférieur à trois fois le taux d'intérêt légal, Calcul d'apothicaire, dira-t-on, mais essentiel, ne serait-ce que parce que l'ensemble est sanctionné par une amende administrative, et alors que la Cour de cassation considérait que la loi NRE était d'application immédiate, comme c'est le cas de la loi de 2008<sup>11</sup>. Signalons que, là encore, les termes utilisés peuvent entrer en résonance avec ceux du droit commun des contrats : les pénalités de retard de l'article L. 441-6 du Code de commerce ne sont ainsi pas des clauses pénales et ne sont donc pas réductibles judiciairement, et peuvent par conséquent se cumuler avec une telle clause pénale, éventuellement stipulée.

Enfin, l'article L. 441-6-1 du Code de commerce prévoit que les sociétés « dont les comptes annuels sont certifiés par un commissaire aux comptes » doivent publier des informations sur les délais de paiement de leurs fournisseurs et de leurs clients.

## C. – La formalisation des conditions de vente

**178. – Principes anciens posés par l'ordonnance de 1986.** Le principe de départ, tel qu'on pouvait le déduire des textes existant en 1986, reposait sur un agencement complexe.

La transparence de l'offre, organisée par la publicité des conditions générales de vente, non négociables en principe, réserve une portion congrue aux conditions particulières, négociées, de vente appelées communément « contrat de coopération commerciale » (V. *infra*, nos 180 et s.). Le mécanisme légal aboutissait ainsi à une certaine rigidité de la négociation et à sa formalisation : aux conditions *générales* de vente, publiques, répondent éventuellement les conditions *particulières* de vente, rares, secrètes et écrites et portant sur un objet précis, des « services spécifiques », c'est-à-dire les contrats de coopération commerciale. Telle était, du moins, la conception que la doctrine avait retenue, suivant en cela les vœux des différentes circulaires en la matière. On considérait donc que, en raison du principe de non-discrimination, tout élément de différenciation, notamment par le jeu d'une négociation, des conditions générales de vente imposait une modification de ces conditions générales, à moins de se trouver dans le cadre de l'exception constituée par les contrats de coopération commerciale. Cette interprétation particulièrement rigide était un peu tempérée depuis une dizaine d'années, mais demeurait très largement retenue<sup>12</sup>. Or, la circulaire Dutreil retient précisément l'interprétation inverse, par une conception extensive de la négociabilité des conditions générales de vente : celles-ci pourraient être négociées, sans aboutir à la conclusion de contrat de coopération commerciale, sous la réserve de ne pas produire de discrimination. Cette interprétation modifie alors substantiellement la conception jusqu'ici retenue s'agissant tant de la hiérarchie des conditions que de leur pluralité.

### 1° La « déhiérarchisation » des conditions de vente

**179. – Principe de la différenciation tarifaire.** Le principe de différenciation tarifaire a été posé dans la loi de 2005, et annoncé par la circulaire Dutreil de 2003<sup>13</sup>. Il en résulte que le fournisseur peut disposer de types de conditions générales différenciées, solution impensable dans la logique des règles originelles de 1986.

Le mécanisme des articles L. 441-6 et suivants du Code de commerce présentait, auparavant, en effet un élément de rigidité très important : tout distributeur devait pouvoir disposer des conditions générales de vente d'un fournisseur de façon à assurer l'objectif de transparence tarifaire, ce qui impliquait le respect d'un principe d'intégrité des conditions de vente. Les conditions de vente communiquées à l'un devaient être identiques de celles communiquées à l'autre, sauf à constituer une discrimination. Le mécanisme se fondait donc sur la prépondérance des conditions générales de vente. L'éventuelle négociation était restreinte, pour aboutir à la conclusion d'un contrat, qui devait être écrit, désigné comme un *contrat de coopération commerciale*, dont le contenu correspondait à la rémunération de services « spécifiques », eux-mêmes considérés comme « ne relevant pas des obligations de la vente », des services extraordinaires en quelque sorte (service de mise en avant d'un produit, de réservation d'une tête de gondole, etc.)<sup>14</sup>.

L'instauration d'un principe de différenciation tarifaire par la loi de 2005 change évidemment les choses : « les conditions générales de vente peuvent être différenciées selon les catégories d'acheteurs de produits ou de demandeurs de prestation de services, et notamment entre grossistes et détaillants » dispose l'article L. 441-6 du Code de commerce.

<sup>11</sup>V. Cass. com., 3 mars 2009 : *JCP E* 2009, 1543, note D. Mainguy.

<sup>12</sup>M. et J.-M. Mousseron et D. Mainguy, *Le droit français nouveau de la transparence tarifaire*, *op. cit.*

<sup>13</sup>V. D. Mainguy et J.-M. Vertut, *Les obscures lumières de la circulaire Dutreil du 16 mai 2003*, préc. – Comp. aussi en droit antitrust : Cons. conc., déc. n° 2000-D-72, 16 janv. 2001, *Seiko* : *BOCC* 23 févr. 2001. – Cons. conc., déc. n° 93-D-56, 7 déc. 1993, *Bandai* : *BOCC* 9 févr. 1994.

<sup>14</sup>Cass. com. 27 févr. 1990, n°88-12189, *D.* 1991, p. 521, note Ph. Malaurie.

La différenciation tarifaire permettait de valider les pratiques observées dans le secteur de la grande distribution depuis longtemps. Par catégories d'acheteurs, et faute de décret ayant précisé ce qu'il fallait entendre par là, comprenons les marchés distincts sur lesquels un fournisseur est présent, grande distribution spécialisée, généraliste, selon les différents formats, détaillants, distribution organisée, grossistes, vente par correspondance, etc., dans le respect, éventuel, des règles du droit antitrust.

La pluralité de conditions générales, par la différenciation de ces dernières implique donc une « déhiérarchisation » et, ce faisant, valide l'existence de conditions générales de vente catégorielles. En pratique, donc, l'existence de conditions générales unique est remplacée par la réalité de conditions générales catégorielles de vente.

Cette « déhiérarchisation » doit toutefois être contenue : elle n'affaiblit pas les rapports, hiérarchiques entre conditions générales (catégorielles) de vente et conditions générales d'achat qui demeurent.

## 2° La pluralité des conditions de vente

**180. – Des conditions générales catégorielles de vente aux conditions particulières de vente.** Depuis 2005<sup>15</sup>, l'article L. 441-6, alinéas 3 et 4 du Code de commerce précise que :

« Les conditions générales de vente peuvent être différenciées selon les catégories d'acheteurs de produits ou de demandeurs de prestation de services, et notamment entre grossistes et détaillants. Les conditions dans lesquelles sont définies ces catégories sont fixées par voie réglementaire en fonction, notamment du chiffre d'affaires, de la nature de la clientèle et du mode de distribution. Dans ce cas, l'obligation de communication prescrite au premier alinéa ne s'applique qu'à l'égard des acheteurs de produits ou des demandeurs de prestation de services d'une même catégorie. Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur peut, par ailleurs, convenir avec un acheteur de produits ou un demandeur de prestation de services des conditions particulières de vente justifiées par la spécificité des services rendus qui ne sont pas soumises à cette obligation de communication ».

Le texte nouveau permet donc à un fournisseur de disposer de conditions générales catégorielles de vente. L'exigence de communication est alors limitée à la catégorie concernée, de sorte qu'un distributeur appartenant à une autre catégorie ne pourrait l'obtenir s'il établit selon des critères objectifs que cet acheteur n'appartient pas à la catégorie concernée, assurant, ce faisant, un certain cloisonnement de l'information verticale<sup>16</sup>.

L'article L. 441-6, alinéa 3 du Code de commerce propose cependant une avancée bien plus importante en validant la pratique des conditions particulières de vente consistant en une différenciation des conditions générales sectorisées : au sein d'une catégorie déterminée. En effet, si le destinataire des conditions générales catégorielles peut les accepter ou procéder à une négociation aboutissant à la conclusion d'une convention écrite de l'article L. 441-7 du Code de commerce (cf. infra, n°185), il peut choisir de négocier l'offre proprement dite, c'est-à-dire celle qui résulte des conditions générales catégorielles pour l'adapter à sa situation. C'est le cas notamment dans le secteur de la grande distribution dont on peut estimer qu'elle constitue une catégorie, soumise à l'exigence de conditions générales catégorielles, mais encore trop large pour tel acheteur. Sur cette base, cet acheteur peut alors négocier l'offre elle-même pour aboutir à des *conditions particulières de vente*. On peut, par exemple, trouver les conditions particulières X, les conditions particulières Y, etc., dans la limite, d'une part, d'une absence de discrimination et de l'indication dans les conditions générales catégorielles des éléments susceptibles de négociation, et, d'autre part, de l'existence d'une contrepartie et de l'absence de sollicitation exorbitante par l'acheteur.

En d'autres termes, l'esprit du texte justifie que les conditions générales catégorielles sont elles-mêmes négociables, vers des conditions particulières qui sont, par leur existence même, le résultat de la négociation des conditions générales, indépendante de l'existence des contrats de coopération commerciale. En effet, il n'est plus fait référence, dans l'article L. 441-6, al.3 du Code de commerce, à la « spécificité » de ces conditions particulières, vocabulaire réservé au résultat de la négociation proprement dite et de la convention écrite alors conclue. Les conditions particulières de vente sont donc une forme d'adaptation des conditions catégorielles de vente à la situation d'un acheteur déterminé, sur la base d'une négociation, qui peut porter sur l'intégralité de ces conditions catégorielles, les prix, les conditions de vente, quelle qu'elles soient, pour autant toutefois qu'elles relèvent bien de la vente, objet des conditions générales de départ.

On ne confondra donc plus, en principe, les conditions générales, les conditions générales catégorielles, les conditions particulières de vente et la convention unique formalisant la négociation ultime.

## 3° Contrats de coopération commerciale, « contrats de services distincts », convention unique

**181. – Avant la loi Dutreil de 2005.** L'article L. 441-6, alinéa 5 ancien du Code de commerce imposait de

<sup>15</sup>En fait depuis une note de service de 1995 (*Contrats, conc. consom.* 1995, n° 70) et la circulaire Dutreil de 2003.

<sup>16</sup>V. Cass. com. 29 mars 2017, n°15-27811, Cass. com. 24 oct. 2000 : *Contrats, conc. consom.* 2001, comm. 8, obs. M. Malaurie-Vignal ; *CDE* 2001/2, p. 38, obs. D. Mainguy.

rédiger par écrit les accords de *coopération commerciale* qui constituent les accords, négociés, dérogeant aux conditions générales de vente, lorsqu'ils portent sur des services spécifiques.

La notion de « coopération commerciale » est, pour le profane, une notion particulièrement floue : à bien des égards, tout contrat est un contrat de coopération, en tant qu'il comporte des obligations de coopération. La notion revêt en droit de la concurrence, et plus spécifiquement dans les relations « producteurs-distributeurs » une signification économique très précise et aux enjeux financiers considérables. Longtemps identifiée par litote dans la loi, ce que l'on désigne comme « coopération commerciale » ou « avantages de coopération commerciale » correspond à l'objet d'un contrat formalisant la négociation entre le distributeur et le fournisseur, à partir du socle des conditions générales de vente, et portant sur divers services *rendus par l'acheteur* (promotion sur les lieux de vente, mise en avant de produits, services d'aides à la commercialisation, etc.) accessoires à une vente, voire autonomes par rapport à celle-ci. On retrouve encore cette formule dans l'article L. 442-6, II, a) qui précise que : « II. – Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou un artisan, la possibilité :

a) De bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale ».

Il s'agit donc d'interdire la pratique de la conclusion de contrats de coopération commerciale « après-coup ».

La circulaire Dutreil de 2003 proposait une définition de ce contrat :

« La coopération commerciale est un contrat de prestation de services dont le contenu et la rémunération sont définis d'un commun accord entre un fournisseur et un distributeur. Le contenu de ce contrat porte sur la fourniture, par un distributeur à son fournisseur, de services spécifiques parfaitement détachables des simples obligations résultant des achats et ventes (Cass. com., 27 févr. 1990). Les accords de coopération commerciale ne doivent donc pas interférer avec les clauses des conditions générales de vente du fournisseur, par exemple en matière de délais de paiement, sauf si ces dernières constituent un abus de puissance de vente ».

**182. – Depuis la loi Dutreil.** Ces contrats de coopération commerciale apparaissaient alors au grand jour législatif, comme un nouveau contrat nommé.

L'article L. 441-7 du Code de commerce modifié depuis proposait une définition, reprise de la circulaire Dutreil I de 2003 et d'un arrêt de 1990<sup>17</sup> :

« Le contrat de coopération commerciale est une convention par laquelle un distributeur ou un prestataire de services s'oblige envers un fournisseur à lui rendre, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs ; des services propres à favoriser leur commercialisation qui ne relèvent pas des obligations d'achat et de vente ».

Pourtant, ce même article L. 441-7 réservait à côté du contrat de coopération commerciale, en son dernier alinéa, une place pour un étrange nouveau contrat, le contrat de « services distincts », avec une difficulté de frontière et une sanction particulière.

**183. – Contrats et opérations de coopération commerciale.** Au-delà de la désignation de ces contrats, ils révèlent l'existence d'un flux de services, rendus par le distributeur (l'exploitant d'un point de vente ou une centrale de référencement agissant pour elle-même ou pour le compte de ses adhérents) au fournisseur, rémunérés par un calcul établi comme une réduction de prix. Ces services sont, ordinairement, des services qui s'inscrivent comme des prolongements des obligations de la vente comme le transport, le maintien de la chaîne du froid, le stockage, des garanties commerciales, ou qui s'en éloignent comme des promotions sur les lieux de vente (PLV), la mise à disposition d'un emplacement privilégié comme une tête de gondole, la confection de catalogues de promotions, la comparaison de prix, la fourniture d'information statistiques, des opérations de marketing, etc. Un arrêt du 6 décembre 2005 fournissait un grand nombre d'exemples, considérés sous l'empire de la législation alors en vigueur comme des services de coopération commerciale<sup>18</sup>.

Rappelons en outre que, avant 2005 ces services devaient être « spécifiques » c'est-à-dire « qui ne relèvent pas des obligations d'achat et de vente », qui sont rendus à l'occasion de la revente des produits au consommateur et qui sont de nature à favoriser la commercialisation de ces produits ou services. Dans la loi de 2005 trois conditions différentes apparaissent, plus descriptives : des services détachables des obligations des achats et des ventes ; des services rendus à l'occasion de la revente au consommateur ; des services qui sont de nature à favoriser la commercialisation de ces produits ou services, désignations reprises ensuite, mais sous un autre angle.

**184. – Contrat et opération de « services distincts ».** L'article L. 441-7, I, alinéa 7 tel qu'issu de la loi de 2005 déterminait un étrange nouveau contrat :

<sup>17</sup>Cass. com., 27 févr. 1990, préc..

<sup>18</sup>Cass. com., 6 déc. 2005, n° 04-19.320, *Sony* : *Bull. civ.* 2005, IV, n° 241.

« Les conditions dans lesquelles un distributeur (...) se fait rémunérer par ses fournisseurs en contrepartie de services distincts de ceux figurant dans le contrat de coopération commerciale, notamment dans le cadre de contrats internationaux, font l'objet d'un contrat écrit en double exemplaire (...) ».

Le mécanisme permettait alors d'envisager toutes les rémunérations de services qui n'étaient ni des services spécifiques, objet de conditions particulières de vente, ni des services de coopération commerciale, ce qui suppose qu'il existe des services qui ne répondent à aucune des deux définitions, comme des services financiers, par exemple, de transport, de logistique, d'éclatement, de traçabilité, de remontée d'informations, etc., qui n'ont pas de rapport direct avec la commercialisation des produits. Mais on pourrait tout aussi bien considérer qu'il s'agit là de « services spécifiques » répondant à la définition des conditions particulières de vente.

**185. – Depuis 2008 : convention écrite « unique ».** La loi du 3 janvier 2008 avait pour objet de moderniser les relations commerciales et, surtout, de pallier les défauts de la loi de 2005, voire de tout le système extrêmement rigide élaboré depuis 1986. Le système de 2005 avait notamment été un échec par la division des conventions qu'il posait, selon la nature des « services » qui en était l'objet, services spécifiques, services de coopération commerciale, service distinct, pour tout dire incompréhensible, inadapté et déconnecté de la réalité de la pratique dans le secteur de la grande distribution notamment.

Le régime en vigueur résume les exigences formelles en une « convention écrite », un temps présentée comme « unique ». L'article L. 441-7, I du Code de commerce dispose désormais qu'une convention écrite « indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties (...) en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale » et fixe, dans son dernier état de rédaction :

« 1° 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 de l'article L. 441-6 y compris les réductions de prix ;

2° Les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services rend au fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs ou en vue de leur revente aux professionnels, tout service propre à favoriser leur commercialisation ne relevant pas des obligations d'achat et de vente en précisant l'objet, la date prévue, les modalités d'exécution, la rémunération des obligations ainsi que les produits ou services auxquels elles se rapportent ;

3° Les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services, en précisant pour chacune l'objet, la date prévue, les modalités d'exécution, ainsi que la rémunération ou la réduction de prix globale afférente à ses obligations ».

La convention écrite rassemble tout le résultat de la négociation commerciale, y compris donc, les réduction de prix et selon les trois critères développés dans l'article L. 441-7, I, du Code de commerce.

Désormais le débat porte sur la manière de rédiger cette convention. La loi Hamon a ajouté l'exigence selon laquelle la rémunération des obligations relevant des 2° et 3° ainsi que, le cas échéant, la réduction de prix globale afférente aux obligations relevant du 3° ne doivent pas être « manifestement disproportionnées » par rapport à la valeur de ces obligations, faisant ainsi le lien avec l'article L. 442-6, I, 1° et 2° du Code de commerce.

Il y a donc en premier, les conditions de l'opération de vente, comprenant les réductions, négociées, de prix (C. com., art. L. 441-7, I, 1°). Il s'agit du « gros » de la négociation des conditions catégorielles ou particulières de vente.

On trouve ensuite, distingué des premiers, les conditions dans lesquelles le distributeur rend des services propres à favoriser la commercialisation des produits, c'est-à-dire leur revente (C. com., art. L. 441-7, I, 2°). Il doit s'agir de services qui ne relèvent pas des obligations d'achat et de vente (qui relèvent du premier item). Il doit s'agir de véritables services, et non de « faux » services visant à masquer une réduction de prix ou une prestation découlant de l'activité ordinaire de l'acheteur, comme la mise en rayon des produits ou leur étiquetage. Ces services doivent être identifiés, ainsi que les produits qui en sont l'objet, ainsi que la rémunération qui leur est associée.

On trouve enfin ((C. com., art. L. 441-7, I, 3°), les autres obligations, celles qui ont pour objet de favoriser les relations commerciales entre fournisseur et distributeur, qui ne sont donc, ni des obligations relatives à la vente, ni des services visant à favoriser la revente, dont la rémunération doit être identifiée. Il s'agit essentiellement des échanges d'informations entre distributeur et fournisseur sur les ventes des produits de ces derniers, sur les ventes de produits concurrents, sur les paniers associés à ces produits, les retours, etc., très utiles pour que le fournisseur puisse adapter sa communication.

Cette distinction est en réalité assez artificielle du seul point de la nécessité de la rédaction de la convention unique : tous les items de la négociation sont en effet négociés en même temps, quand ce n'est pas une enveloppe globale de réduction qui est négociée, dont le découpage relève ensuite de l'écriture juridique. Cette distinction soignée répond en réalité à un autre objectif, celui permettant de contrôler la réalité des services rendus, voire leur caractère équilibré (cf. infra, n°208 s.).

En outre, un nouvel objet apparaît, un *contrat de mandat*, sans doute intégré à la convention unique à propos des réductions de prix directement accordées par les producteurs aux consommateurs. L'article L. 441-7, I

précise en effet que les conditions par lesquelles des avantages promotionnels sont accordés par les fournisseurs aux consommateurs doivent être précisées dans le cadre d'un contrat de mandat, rédigé dans les conditions de l'article 1984 du Code civil et comportant des éléments précis.

Surtout, la loi Hamon a ajouté un élément, qui était considérable avant la réforme du droit des contrats de 2016, à travers un nouvel article L. 441-8 du Code de commerce imposant une *clause de renégociation*. Ce texte dispose que, pour les produits agricoles (dans les conditions de l'article L. 441-9),

« les contrats d'une durée d'exécution supérieure à trois mois (...) dont les prix de production sont significativement affectés par des fluctuations des prix des matières premières agricoles et alimentaires comportent une clause relative aux modalités de renégociation du prix permettant de prendre en compte ces fluctuations à la hausse comme à la baisse ».

Le texte ajoute que la renégociation est « conduite de bonne foi », dans le respect du secret des affaires », elle tend à « une répartition équitable entre les parties ». L'innovation était considérable dans la mesure où elle offre une manière spécifique et originale de traiter le problème dit de « l'imprévision », de la révision du contrat pour imprévision. Or, la question se pose pour les accords annuels prévoyant des engagements sur les prix, pour une année, dont la pérennité peut être menacée par des hausses ou des baisses de prix, en amont. Dans cette situation, une clause de renégociation doit faire référence à « un ou plusieurs indices publics des prix des produits agricoles ou alimentaires ». L'ensemble est enfin assorti d'une sanction administrative.

Aujourd'hui la question se pose de l'articulation entre ce dispositif, obligatoire, et le mécanisme de l'article 1195 du Code civil, qui prévoit un système de traitement du changement de circonstances économique différent, pouvant aller de la renégociation du contrat jusqu'à la révision judiciaire du contrat. La question se posera avec d'autant plus d'acuité que la question se pose de savoir si l'article 1195 est un texte d'ordre public ou supplétif et donc si, dans ce cas, la clause de l'article L. 441-8 du Code de commerce peut s'étendre à la formule de l'article 1195 du Code civil, ou si elle peut alors être limitée au texte de l'article L. 441-8.

**186. – Régime de la convention écrite « unique » et mécanismes de sanction.** L'article L. 441-7 du Code de commerce poursuit en prévoyant que la convention unique peut être une convention unique proprement dite, ou un contrat-cadre appelant des contrats d'application. Par ailleurs, la convention unique ou le contrat-cadre annuel doit être conclu avant le 1<sup>er</sup> mars. Si la relation commerciale est établie en cours d'année, cette convention ou ce contrat est signé dans les deux mois qui suivent la passation de la première commande.

Jusqu'à 2014, le texte était assorti d'une lourde sanction pénale. La loi de 2014 a cependant modifié cette situation au profit de pouvoirs et de sanctions administratifs étendus visant notamment à sanctionner le non-respect des règles en matière de délais de paiement. Enfin, les sanctions et procédures nouvelles sont radicales. Les pouvoirs (C. com., art. L. 450-3, 450-3-I et 450-3-2) d'enquête et d'injonction de la DGCCRF permettent notamment aux agents de prononcer des injonctions (C. com., art. L. 465-1) de se conformer aux règles légales, de cesser tout agissement illicite plutôt que de se contenter d'un simple rappel à la loi. Le manquement ouvre la sanction de 15 000 € (3 000 € pour une personne physique, C. com., art. L. 465-2).

Surtout les sanctions administratives en matière de délais de paiement sont considérables, 375 000 €, doublés en cas de récidive dans les deux ans (75 000 € pour une personne physique, C. com., art. L. 441-6, VI), pour le fait de ne pas respecter les règles en matière de délais de paiement. L'amende pénale de l'article L. 441-6, I, qui était demeurée malgré la censure du Conseil constitutionnel, a d'ailleurs été abrogée par la loi *Pinel* du 18 juin 2014. L'intérêt de ces sanctions administratives est considérable. Soumises au respect du contradictoire, susceptibles d'être publiées, elles évitent le recours au juge (sous la réserve de leur contestation devant le juge administratif) et permettent un traitement rapide des infractions constatées.

Enfin, les commissaires aux comptes sont également affectés au traitement des retards des délais de paiement par l'obligation faite (C. com., art. L. 441-6-1) aux sociétés soumises à certification de leur compte par ces derniers de publier « des informations » sur les délais de paiement de leurs fournisseurs et de leurs clients.

## Section 2 Le contrôle de la formation des ventes et prestations de services entre professionnels

### § 1 identification des pratiques contrôlées

#### I. Pratiques sanctionnées par des PRC

##### A. Obtention d'un avantage sans contrepartie

##### B. Déséquilibre significatif

#### **208. – Abus de dépendance économique « civil » et obtention d'un avantage sans contrepartie.**

L'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce, d'abord, traduit une forme de « civilisation » de l'abus de dépendance économique, même si elle avait déjà été – mais vainement – introduite par la loi Galland de 1996 (C. com., art. L. 442-6, I, 3°, 4° et 5°).

Depuis la loi NRE de 2001 et jusqu'à la loi LME du 4 août 2008, cette civilisation passait par deux fautes présumées différentes, aujourd'hui rassemblées. L'article L. 442-6, I, 1° actuel du Code de commerce, et qui correspond, à peu de choses près à l'ancien article L. 442-6, I, 2°, a) :

« Engage la responsabilité de son auteur (...) 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 manifestation disproportionnée au regard de la valeur du service rendu. Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat. Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires, en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients ou en une demande supplémentaire, en cours d'exécution du contrat, visant à maintenir ou accroître abusivement ses marges ou sa rentabilité ».

Il en résulte une présomption de faute visant un comportement de prime abord plutôt aisé à repérer : « obtenir ou tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestation disproportionnée au regard de la valeur du service rendu » et suivant quelques exemples correspondant à la périphrase de la célèbre affaire *Cora* et de la pratique dite de la « corbeille de la mariée »<sup>19</sup>.

Ce texte est, d'abord, un outil de lutte contre ce qu'on appelle parfois la « fausse coopération commerciale », ce qu'illustre l'explication donnée par la deuxième partie du texte : « Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat », c'est-à-dire l'obtention d'avantages tarifaires qui n'ont pas vraiment de contrepartie et qui se fondent sur le souci du distributeur de pouvoir revendre à bas prix – entendons à un prix plus bas que celui de ses concurrents – sans perdre de marge bénéficiaire. Le texte reprend les solutions d'une affaire *Intermarché* qui s'est soldée par un arrêt de la chambre commerciale du 5 décembre 2000<sup>20</sup> qui aurait pu être un des arrêts importants de la matière. Or, dans cette affaire, il était précisément question de rechercher la responsabilité, pour obtention d'avantages discriminatoires, de la société Intermarché – où le demandeur était le ministre de l'Économie – parce qu'elle avait fait participer financièrement des producteurs à l'élaboration d'un catalogue qui s'était transformé au fil des ans en de simples affiches cartonnées sans que le montant de la participation ne décroisse. Le ministre de l'Économie avait été satisfait devant la cour d'appel de Paris<sup>21</sup> qui avait condamné Intermarché pour discrimination et la Cour de cassation avait rejeté le pourvoi formé contre cette décision. Elle avait en effet considéré que les pratiques discriminatoires de l'ex-article 36-1° de l'ordonnance de 1986, qui peuvent consister en des pratiques réalisées par un distributeur au détriment d'un producteur, s'apprécient en fonction de l'existence de contreparties réelles, lesquelles peuvent être mesurées par l'équivalence entre ces contreparties et l'avantage obtenu.

<sup>19</sup>Cons. conc., déc. n° 93-D-21, 8 juin 1993. – Paris, 25 mai 1994 : *BOCC* 24 juin 1994, p. 236. – Cass. com., 10 déc. 1996 : *Bull. civ.* 1996, IV, n° 310 et Cons. conc., déc. n° 94-D-60, 13 déc. 1994, *Secteur des lessives* : *Rec. ADCC Lamy*, n° 616, note D. Mainguy. – Paris, 13 déc. 1995 : *BOCC* 28 févr. 1996.

<sup>20</sup>Cass. com., 5 déc. 2000 : *RJDA* 2001, n° 511.

<sup>21</sup>Paris, 9 juin 1998 : *RJDA* 1998, n° 1053 et V. Sélinsky et J. Peyre, *La répression des pratiques discriminatoires* : *LPA* 4 juin 1997 ; *RJDA* 1997, n° 376.

La Cour de cassation s'éloignait donc de la conception classique du droit des contrats considérant qu'une relation contractuelle est présumée équilibrée parce que chaque prestation d'un contrat est regardée comme équivalente des prestations réciproques, de sorte que la cause d'un contrat, le « but » ou le « contenu » depuis la réforme du droit des contrats de 2016, est toujours présumée et que la lésion n'est qu'exceptionnellement contrôlée (C. civ., art. 1162, 1169.).

Or, les enjeux et les fondements du droit de la concurrence – fondés pour l'essentiel sur les prix et sur l'analyse économique des relations contractuelles – dépassent souvent les critères contractuels et l'on observe que l'article L. 442-6, I, 1<sup>o</sup> du Code de commerce répondrait aujourd'hui aux logiques de l'absence de cause ou de la lésion de façon radicale : « obtention... d'avantage... manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu ». La voie semble ainsi ouverte, en droit de la concurrence, vers le contrôle judiciaire de l'équivalence des prestations, solution totalement inédite en droit français où l'on admet généralement que le juge est le serviteur du contrat et qu'il ne peut qu'exceptionnellement s'insérer dans le contrat. Même le jeu des techniques d'élimination des clauses abusives, mécanisme interventionniste s'il en est, prend bien soin de réserver le cas du prix ou de la chose, que ce soit dans le cadre du droit de la consommation (V. C. consom., art. L. 132-1) ou dans le cadre du droit commun (C. civ., art. ; 1171). La formule est d'autant plus exceptionnelle que, sous couvert de droit de la concurrence, ce sont en fait les règles du droit de la responsabilité, contractuelle ou délictuelle selon les hypothèses, qui sanctionnent l'article L. 442-6 du Code de commerce et qui assurent un tel contrôle.

Ce texte, qui réprovoque ces avantages sans contrepartie, a été également complété en 2005, et la formule est reprise dans le texte actuel par la stigmatisation de la « globalisation des achats » : « un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires ou une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients », situation qui correspond à des logiques dites « d'empilement des ristournes » de plusieurs acheteurs distincts pour tenter d'en obtenir davantage. Sont ici clairement visées toutes les réductions de prix supplémentaires résultant des seules opérations de globalisation de chiffres d'affaires réalisées par des regroupements de centrales d'achat, qui avaient jusqu'à présent donné lieu à de simples avis du Conseil de la concurrence. Désormais, la sanction peut apparaître indépendamment de tout effet anticoncurrentiel.

Sont également visées les demandes d'alignement sur les conditions d'un « autre client », concurrent ou non, donc, en cohérence avec l'interdiction de ces clauses dans l'article L. 442-6, II du Code de commerce.

L'idée qui consiste à doubler les règles du droit de la concurrence, complexes à mettre en œuvre, de règles de responsabilité civile laisse alors une impression de laxisme, voire de renoncement. L'ancien article L. 442-6, I, 7<sup>o</sup> du Code de commerce (avant la LME) érigeant en présomption de responsabilité le fait de soumettre un partenaire à des conditions de règlement manifestement excessives, de façon à répondre – sans doute de façon totalement inefficace – à l'alourdissement des règles en matière de délai de paiement, renforçait encore ce sentiment. La loi de 2005 avait par ailleurs complété le texte en l'élargissant aux « remises de gamme », c'est-à-dire les remises accordées par un fournisseur à un distributeur si celui-ci achète toute la gamme du premier, au lieu de s'en tenir à quelques produits phares de cette gamme. Les « remises de gamme » font l'objet d'une stigmatisation toute particulière, que ce soit au titre des abus de position dominante (C. com., art. L. 420-2, al. 2), le texte ne faisant ici que reprendre une jurisprudence acquise<sup>22</sup> ou au titre des déclinaisons des pratiques discriminatoires. L'ancien article L. 442-6, I, 2<sup>o</sup>, b avait été en effet modifié pour se voir adjoindre l'hypothèse dans laquelle « le fait de lier l'exposition à la vente de plus d'un produit à l'octroi d'un avantage quelconque constitue un abus de puissance de vente ou d'achat dès lors qu'il conduit à entraver l'accès des produits similaires aux points de vente ». La formule révélait les soucis des promoteurs de ce texte : les points de vente, les gondoles des surfaces de vente de la grande distribution en pratique, sont rares, voire sont des « facilités essentielles » au sens des abus de position dominante<sup>23</sup>. Dès lors, les remises de gamme, qui offrent une réduction de prix supplémentaire à celui qui acquiert, outre un produit *leader*, l'ensemble des produits de la gamme qui sont moins choisis par les consommateurs, peuvent être assimilées à des formules de vente liée, un abus de puissance d'achat ou de vente.

---

<sup>22</sup>Comm. CE, 20 juin 2001, aff. *Michelin* : *JOCE* n° L 143, 31 mai 2002 ; *Contrats, conc. consom.* 2002, comm. 144, obs. S. Poillot-Peruzzetto. – *Adde* D. Mainguy, *Les conditions générales et la politique tarifaire à l'épreuve du droit communautaire de la concurrence : étude du « cas Michelin »* (*Comm. CE, déc. 20 juin 2001*) : *LPA* 24 juin 2004. – Cons. conc., déc. n° 04-D-13, 8 avr. 2004, *Sté des caves et producteurs réunis de Roquefort* : *RJDA* 8-9/2004, n° 1052 confirmé par Cass. com., 6 déc. 2005 : « La faible élasticité de l'offre de linéaires fait de ceux-ci une ressource rare et [que] la croissance des ventes sous marques de distributeurs, particulièrement dans le domaine des produits alimentaires, est une source de raréfaction des linéaires pour les producteurs offrant de façon privilégiée des produits sous leur propre marque ».

<sup>23</sup>Cons. conc., déc. n° 04-D-13, 8 avr. 2004 préc.

On peut ajouter que le contentieux relatif à ce texte est assez rare<sup>24</sup>, sans doute en raison de l'extraordinaire puissance d'achat des grands groupes de distribution, ce qui rend très difficile, d'engager une telle action pour un fournisseur, à moins qu'elle soit secondée, ou substituée, par l'action du ministre (V. *supra*, n° 198), ce qui rend alors très opportun le débat, aujourd'hui tranché sur le point de savoir si le ministre de l'Économie peut engager cette action de manière autonome ou au contraire accessoire à l'action d'une partie.

**209. – « Lutte » contre les clauses abusives entre professionnels : « déséquilibre significatif ».** L'ajout le plus spectaculaire, et le plus surprenant, de la loi LME du 4 août 2008 reste, sans conteste, avec la suppression de l'interdiction des discriminations, celui de l'actuel article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce qui dispose que, « engage la responsabilité de son auteur (...) », le fait « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »<sup>25</sup>. La règle ressemble trop aux dispositions de l'article L. 212-1 du Code de la consommation qui dispose que « sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat » pour que ce soit une simple coïncidence, même si la rédaction antérieure de l'article L. 442-6, I, 2°, b) sanctionnait déjà le fait d'abuser d'un partenaire en situation de dépendance économique pour obtenir des avantages disproportionnés. Cette question est désormais traitée dans l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce.

Le nouveau dispositif et la similitude avec la règle du droit de la consommation et, depuis 2016, de l'article 1171 du Code civil érige ces textes dans un ensemble, dont la cohérence reste à démontrer, visant à proposer une méthode de « lutte » contre les clauses exagérées entre professionnels<sup>26</sup>. L'analyse de ce texte hésite entre une considération consumériste, par analogie sémantique avec l'article L. 212-1 du Code de la consommation, contractuelle, ou concurrentielle. La similitude avec le droit de la consommation est très apparente mais en réalité relative dans la mesure où le traitement consumériste des clauses abusives ne peut pas porter sur l'objet ou sur le prix du contrat, mais sur des clauses marginales, alors que l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ne connaît pas ce type de réserve et que son « cœur de cible » est précisément le contrôle des clauses relatives à l'objet ou au prix. L'analyse contractuelle, outre la comparaison avec l'article 1171 du civil, suppose une analogie avec l'ancienne notion de cause, ou de but, de contenu voire d'intérêt au contrat. L'analyse concurrentielle suppose la détermination d'un abus de puissance, supposant un déséquilibre ou une inégalité économiques qui expliqueraient l'existence de clause exagérées et l'hypothèse d'une « soumission » d'une partie par l'autre. Peu importe pour le juge qui, face aux situations très concrètes et souvent complexes qui lui sont soumises, propose une analyse pragmatique, par exemple à propos d'une situation de violence<sup>27</sup>, d'une clause de variation unilatérale des prix<sup>28</sup>, une clause de pénalité exorbitante<sup>29</sup>, une clause de paiements automatiques de ristournes<sup>30</sup>, la clause d'exclusion des conditions générales de vente par les conditions générales d'achat ou des clauses de paiement croisé<sup>31</sup>.

---

<sup>24</sup>V. Cass. com., 25 juin 2013 : *Contrats, conc. consom.* 2013, n° 213, obs. M. Malaurie-Vignal, Cass. com. 11 sept. 2012, n°11-14620, n°11-17458. V. aussi N. et D. Ferrier, *Droit de la distribution, op. cit.* n°334 s. et la jurisprudence citée, tirée de la préparation des rapports de la CEPC.

<sup>25</sup>Cf. M. Béhar-Touchais, *Un déséquilibre significatif à deux vitesses*, JCP 2015, G, 603, E. Diény, *Déséquilibre significatif : sept ans après, a-t-on atteint l'âge de raison ?*, JCP E, 2015, 1626, E. Gicquiaud, *Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif*, RTDcom. 2014, p. 267, N. Mathey, *Le déséquilibre significatif : approches civilistes et consuméristes : Contrats, conc. consom.* 2013/5, étude 3. – M. Ponsard, *Le déséquilibre significatif, bilan et perspectives : Contrats, conc. consom.* 2013/5, étude 4. – J.-L. Fourgoux, *Les clauses contractuelles à l'épreuve du déséquilibre significatif, état de la jurisprudence : Contrats, conc. consom.* 2013/11, étude 14. .

<sup>26</sup>F. Rome, *Clauses abusives : les trente glorieuses : D.* 2008, p. 2337. – D. Mainguy, *Défense, critique et illustrations du projet de réforme de droit des contrats : D.* 2009, chron. p. 309.

<sup>27</sup> Cf ; N. Ferrier, *La violence économique en droit de la distribution*, in Y. Picod et D. Mazeaud, *La violence économique*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2017, p. 51.

<sup>28</sup>Paris, 4 juill. 2013 : *Contrats, conc. consom.* 2013, n° 208, obs. N. Mathey : la clause imposait une négociation des prix à la hausse, mais une baisse automatique aux dépens du fournisseur. – Lille, 7 sept. 2011 : *RDC* 2012, p. 143, obs. M. Béhar-Touchais.

<sup>29</sup>T. com. Lille, 6 janv. 2010 : *D.* 2010, p. 1000 ; *RDC* 2010, p. 928, obs. M. Béhar-Touchais. – Paris, pôle 5, ch. 4, 18 déc. 2013, n° 12/00150.

<sup>30</sup>T. com. Lille, 6 janv. 2010, préc.

<sup>31</sup>Paris, pôle 5, ch. 4, 18 déc. 2013, n° 12/00150.

Plus extraordinaire encore, au-delà de clauses qui affectent directement ou indirectement le prix, c'est le prix lui-même qui peut-être considéré comme disproportionné<sup>32</sup> dès lors qu'il est à l'origine d'un déséquilibre significatif. Or, la difficulté constitue précisément à identifier un déséquilibre significatif, en principe subjectif, à la différence du déséquilibre, objectif, entre professionnel et consommateur.

La réforme du droit des contrats généralise d'ailleurs la formule tout en faisant la synthèse entre celle de l'article L. 212-1 du Code de la consommation et celle de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. L'article 1171 du Code civil, tel qu'il résulte de l'ordonnance de 2016 et de la loi de ratification du 20 avril 2018 dispose que : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite » », et poursuit : « L'appréciation du déséquilibre significatif en porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». Par conséquent, l'article 1171 nouveau du Code civil se distingue du dispositif de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce qui ne propose qu'une sanction en termes de responsabilité, et non de suppression de la clause (sauf action du ministre) et que l'article L. 132-1 du Code de la consommation puisqu'il s'applique à tous les contrats, mais reste en retrait par rapport à l'article L. 442-6, I, 2° dans la mesure de la limite posée par son alinéa 2 : il ne crée donc pas une situation généralisant une forme d'action en nullité pour lésion puisque les clauses relatives à l'objet ou au prix en sont exclues, à la différence de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. En outre, la question se pose de la mesure du caractère spécial et général des articles L. 442-6 C. com. et 1171 C. civ., à l'aune de l'article 1105 du Code civil qui réserve l'application d'un texte spécial à une situation contractuelle lorsqu'il existe. La tentation serait alors grande de considérer l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce comme particulier au regard de l'article 1171 du Code civil, à ceci près toutefois qu'ils ne sont pas véritablement compatibles et surtout que l'article 1171 du Code civil, limité aux seuls contrats d'adhésion, se présente lui-même comme un texte spécial.

La règle suppose en outre le déséquilibre significatif opère entre partenaires commerciaux, ce qui suppose une relation d'une certaine qualité, impliquant des intérêts en commun, qu'on n'identifie pas dans des contrats dans lesquels les intérêts sont plus opposés dans dans les types de contrats de location<sup>33</sup>. Elle suppose également une « soumission », terme assez brutal. qui oscille entre une simple contrainte résultant d'une inégalité de pouvoir de négociation à l'existence de pression. C'est d'ailleurs plutôt la première branche de la fourchette qui est retenue<sup>34</sup>.

La difficulté repose surtout, comme pour les autres dispositifs, la mesure de l'existence d'un déséquilibre « significatif », c'est-à-dire important, excessif, dans un sens d'ailleurs différent de celui que l'on comprend dans l'article L. 212-1 du Code de la consommation. Le déséquilibre significatif peut être de même intensité, mais pas de même nature ; D'ailleurs, la jurisprudence développée sur le fondement de l'article L ; 442-6, I, 2° du code de commerce porte sur des clauses qui ne retrouvent pas dans des contrats de consommation : clauses « protection de stock », clause portant sur des ristournes de fin d'année, etc, voire sur le prix lui-même.

Cette question est désormais retenue par la jurisprudence<sup>35</sup> et notamment dans un arrêt remarqué du 25 janvier 2017<sup>36</sup>. En effet, l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ne comporte pas la réserve que l'observe dans les articles L. 212-1 du Code de la consommation et de l'article 1171 du Code civil. Reste cependant à mesurer la portée de la reconnaissance d'un contrôle possible du prix comme conséquence d'un déséquilibre

---

<sup>32</sup>Paris, 23 mai 2013 : *Contrats, conc. consom.* 2013, n° 208, obs. N. Mathey. – V. aussi Versailles, 27 oct.

2011 : *Contrats, conc. consom.* 2012, n° 42, obs. N. Mathey : la différenciation de prix entre deux opérateurs, une discrimination au sens existant avant 2008, n'établit pas un déséquilibre significatif.

<sup>33</sup> Cf. N. et D. Ferrier, *Droit de la distribution*, op. cit., n°339.

<sup>34</sup> Cass. com. 4 oct. 2016, n°14-28.013, JCP, E, 2017, 1053, note S. Le Gac-Pech, qui pose d'ailleurs une forme de présomption de soumission dans le secteur de la grande distribution alimentaire, sauf preuve contraire, que le partenaire, en raison de sa puissance comparée, disposait de la possibilité d'obtenir la suppression de la clause contrôlée, Cass. com., 26 avr. 2017, n° 15-27865, clauses dites « protection de stock » et « produits obsolètes », insérées « à l'occasion de la négociation commerciale » en « absence de marge de manœuvre réelle de négociation des fournisseurs en cause », Cass. com. 25 janv. 2017, n°15-23547, JCP, G, 2017, 255, note M. Béhar-Touchais, E. 2017, 1135, note S. Le Gac-Pech, 2018, E, 1131, obs. D. Mainguy, D. 2017, p. 481, note F. Buy. Adde M. Béhar-Touchais, *Première sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce va-t-il devenir « une machine à hacher le droit »* : RLC 2010, n° 23.

<sup>35</sup> Paris, 23 mai 2013, n° 12/01166, *Ikéa*, Paris, 29 oct. 2014, n° 13/11059, *GIE de radios*.

<sup>36</sup> Cass. com. 25 janv. 2017, n°15-23547, préc.

significatif au regard du rejet de principe du contrôle de la lésion dans les contrats (cf ; C. civ., art. 1169). L'arrêt de 2017 considère ainsi que « l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». Toutefois, loin d'ouvrir la possibilité d'un contrôle général du déséquilibre dans des relations commerciales confinant à celui de la lésion, l'arrêt le limite aux règles des articles L. 441-6 et 441-7 du Code de commerce.

## II Pratiques sanctionnées par des PA

## § 2 Sanction des pratiques

**195.** – L'article L. 442-6 est un texte majeur des pratiques restrictives de concurrence, qui a conquis un espace immense, en pratique, notamment du fait de l'article L. 442-6, I, 5° qui sanctionne la *rupture brutale des relations commerciales établies*. C'est surtout depuis la loi Galland de 1996 que, en supprimant la sanction spécifique du refus de vente et des ventes liées et en dépénalisant les autres règles, dont à l'époque, la sanction des discriminations, ce texte n'a cessé de croître, sur le fond des pratiques visées, et sur la procédure mise en œuvre pour obtenir sanction. Il faut dire que cet ensemble disparate peine à justifier des éléments référents, notamment lorsqu'on les oppose aux règles en matière de concurrence déloyale ou du droit antitrust qui, à l'inverse, méritent leur relative homogénéité.

On peut observer en outre que l'Union européenne cherche à promouvoir, après l'harmonisation des pratiques commerciales déloyales à l'endroit des consommateurs en 2005 qui a abouti à une réforme en profondeur du droit de la consommation, celle des pratiques commerciales déloyales entre professionnels, sur la base d'un Livre vert publié en 2013<sup>37</sup> visant à stigmatiser un certain nombre de pratiques déloyales comme l'absence de contrat écrit, la présence de clauses contractuelles ambiguës, les modifications rétroactives du contenu d'un contrat, la cessation abusive des relations commerciales, etc., qui tout à la fois ajoutent à la liste des pratiques de l'article L. 442-6 et retranchent en même temps de sorte que la publication d'une directive en la matière aurait des conséquences majeures sur la présentation légiférée du droit à venir.

Ces règles recouvrent ce que le Code de commerce désigne comme les « pratiques restrictives de concurrence », formule peu heureuse dans la mesure où la césure avec les « pratiques anticoncurrentielles » est, sémantiquement parlant, peu aisée, s'il fallait admettre qu'il y a une distinction entre « restrictif de concurrence » et « anticoncurrentiel ». Au-delà donc de ce « jeu de mots », la différence repose sur l'atteinte au marché, nécessaire à la mise en œuvre des pratiques anticoncurrentielles, inutile pour les pratiques restrictives de concurrence. Elles recouvrent une partie de l'intitulé de ce Titre IV « De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées », ensemble hétéroclite de règles qui relèvent tout aussi bien du droit de la responsabilité, au sens du droit de la concurrence déloyale, du droit des contrats, du droit pénal des affaires, et finalement assez peu du droit de la concurrence.

Ce sont essentiellement des comportements individuels, des « pratiques », qui, dans une logique de concurrence, sont susceptibles d'appeler des reproches et qui, à ce titre, sont stigmatisés, le plus souvent sous peine de sanctions pénales. Toutefois, ces règles renvoient à la vieille logique de réglementation qui prévalait avant la réforme de 1986, en France, et même avant la réforme des esprits concurrentiels, initiée par l'évolution communautaire, au tournant du siècle. En outre, le rassemblement de ces règles, outre le fait que leur non-appartenance aux autres ensembles justifierait à elle seule un point commun, assure, globalement, et à la différence des règles du droit de la concurrence déloyale et surtout du droit antitrust, une forme affirmée de protection d'un opérateur économique, parfois désigné. L'ambiguïté générale qui entoure ce texte repose sur plusieurs considérations. On peut en premier considérer que ce texte est un ensemble archaïque, perdu entre la sanction moderne des pratiques anticoncurrentielles et les règles du droit des contrats ou de la concurrence déloyale et où, en outre, les pouvoirs publics bénéficient de prérogatives exorbitantes du droit de la procédure civile, avec l'« action du ministre », de sorte qu'il conviendrait de les abroger. On peut également considérer que l'État doit disposer d'un ensemble d'outils lui permettant, selon les circonstances, d'agir dans un secteur déterminé ou de lutter contre des pratiques particulières. Régulièrement d'ailleurs, la contestation de telle ou telle disposition se présente, par exemple devant le Conseil constitutionnel, et notamment depuis 2009 et l'institution de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Toutefois, le Conseil constitutionnel a considéré que l'article L. 442-6, I, 2° relatif à la sanction du « déséquilibre significatif » était conforme à la Constitution, à une réserve d'interprétation près<sup>38</sup>, de même que l'action du ministre de l'article L. 442-6, III<sup>39</sup>. Quelle que soit l'appréciation faite, il s'agit, en toute hypothèse, d'un ensemble très original dans le paysage français du droit des affaires.

On peut alors faire plusieurs remarques.

---

<sup>37</sup>Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non alimentaire en Europe : Doc. COM (2013), 037 final.

<sup>38</sup>Cass. com., 15 oct. 2010, n° 10-40.039. – Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC : *Contrats, conc. consom.* 2010, n° 280, obs. M. Malaurie-Vignal ; *JCP G* 2011, 274, obs. D. Mainguy.

<sup>39</sup>Cons. const., 13 mai 2011, n° 2011-126 QPC : *JCP G* 2011, 717, obs. A.-M. Luciani. Il est en outre conforme à la Convention européenne des droits de l'homme : CEDH, 17 janv. 2012, n° 51255/08, *GALEC c/ France* : *JCP G* 2012, 462, obs. A.-M. Luciani.

1) Ces règles, instituées principalement après 1945 (1952, 1963, 1973...) et qui étaient assimilées à des pratiques pénalement sanctionnées, ont fait l'objet d'une certaine dépenalisation par l'ordonnance de 1986. On constate cependant que la « dépenalisation » du droit de la concurrence<sup>40</sup> n'a guère touché les règles ici évoquées, jusqu'à la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008. Dans le même temps, le contrôle est devenu administratif, permettant aux autorités administratives de contrôle de sanctionner certains comportements par des amendes administratives.

2) Certaines pratiques demeurent donc sanctionnées par des infractions pénales ; d'autres sont dépenalisées et constituent des fautes civiles.

Les infractions pénales sont souvent considérées comme des infractions *per se*, c'est-à-dire indépendamment de leur effet sur le marché. Elles étaient également considérées comme des infractions non intentionnelles. Les fautes civiles, par ailleurs, et notamment celles de l'article L. 442-6 du Code de commerce s'inscrivent dans le domaine des règles traditionnelles du droit de la responsabilité civile. Simplement, ces règles instituent des présomptions de faute, voire des présomptions de responsabilité.

3) Le fait que les infractions pénales ou que les fautes civiles soient exclues du domaine des pratiques anticoncurrentielles permet de les saisir indépendamment de leur effet sur le marché : on parle de pratiques *per se*. Il en résulte que les juridictions civiles, commerciales et pénales ont principalement vocation à connaître ces pratiques.

Il n'en résulte cependant pas que l'Autorité de la concurrence ne peut pas en connaître : chaque fois, en effet, qu'une telle pratique présente un effet sur la concurrence, elle peut constituer une pratique anticoncurrentielle. Dès lors, l'Autorité de la concurrence comme les juridictions traditionnelles peuvent cumulativement être saisies.

4) La distinction de ces règles avec celles du droit de la concurrence déloyale est relativement aisée : ces dernières relèvent essentiellement d'une pratique judiciaire et d'un ordonnancement doctrinal, elles relèvent principalement de l'application des mécanismes de responsabilité civile du fait personnel.

La distinction avec les règles du droit antitrust est en revanche plus floue. Les règles du droit antitrust sanctionnent en effet des comportements qui ont un effet sur le marché, à la différence des « pratiques restrictives de concurrence » qui sont sanctionnées indépendamment de tout effet sur le marché. D'ailleurs, le règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 admet explicitement ces règles dès lors qu'elles « visent principalement un objectif autre que celui consistant à préserver la concurrence sur le marché » (consid. 9). D'une manière générale d'ailleurs, les règles sanctionnant les « pratiques restrictives » ont été instituées dans le but de protéger certains acteurs économiques, comme si les règles du droit antitrust se révélaient incapables, ou trop lentes, à assurer un tel objectif, qui pourrait résulter de leur application<sup>41</sup>. Il est exact que bien des « pratiques restrictives de concurrence » sont parfois susceptibles d'avoir un effet sur la concurrence, mais là n'est point l'objectif de cette réglementation. En outre, les « pratiques restrictives » sont sanctionnées *per se*, ce qui n'est pas leur apanage, dans la mesure où certaines pratiques anticoncurrentielles, les clauses d'exclusivité territoriales absolues ou les pratiques de prix imposés par exemple, le sont également, mais dans le champ d'application des mécanismes du droit antitrust.

5) On doit souligner, enfin, la relative inefficacité de ces règles, dans la mesure notamment où les objectifs législatifs semblent bien mouvants et parfois déconnectés des pratiques, futures par hypothèses, des opérateurs.

6) Elles emportent en outre des difficultés de **compétence juridictionnelle** importantes et particulièrement techniques, dominées par les logiques processuelles dont l'évitement de manœuvres dilatoires. En effet, en application d'un décret du 11 novembre 2009, l'article D. 442-3 et son annexe II du Code de commerce désigne<sup>42</sup> (V. *supra*, n° 61), certaines juridictions comme compétentes (Marseille, Bordeaux, Lille, Fort-de-France, Lyon, Nancy, Paris et Rennes, C. com., art. D. 442-3 et 4 et ann. 4-2-1 et 4-2-2)) pour traiter des situations juridiques relevant de l'article L. 442-6 du Code de commerce, huit tribunaux de grande instance ou de commerce territorialement compétent et la voie d'appel à la Cour d'appel de Paris. Il en résulte que la saisine d'une juridiction non désignée par l'article D. 442-3 du Code de commerce justifie la discussion d'une exception aux fins du renvoi devant le juge désigné et ce même en présence d'une clause attributive de juridiction<sup>43</sup>. En revanche, la voie d'appel est exclusivement réservée à la Cour d'appel de Paris : la sanction est redoutable, une fin de non recevoir<sup>44</sup>, laquelle doit être relevée d'office<sup>45</sup>. En outre, le litige n'est pas dissociable (sauf demande

---

<sup>40</sup>V. J. Azéma, *La dépenalisation du droit de la concurrence* : Rev. sc. crim. 1989, p. 651. – Adde : *Les enjeux de la dépenalisation de la vie économique*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 1997.

<sup>41</sup>V. S. Retterer, *La restauration de l'équilibre dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs dans la grande distribution* : D. 2003, chron. p. 1210.

<sup>42</sup> La règle est applicable à des situations nées avant leur entrée en vigueur : Cass. com., 12 avr. 2016, n° 14-21.247 : Contrats, conc. consom. 2016, comm. 143, obs. N. Mathey.

<sup>43</sup> Cass. com. 1<sup>er</sup> mars 2017, n°15-22675, Cass. com. 11 mai 2017, n°15-21917.

<sup>44</sup> Cass. com. 24 sept. 2013, n°12-21089, Cass. com. 6 sept. 2016, n°14-27085, *JCP E*, 2017, 1079, n°13, obs. D. Mainguy.

<sup>45</sup> Cass. com. 31 mars 2015, n°14-10016, Cass. com. 24 sept. 2013, préc.

de disjonction) et la Cour de Paris est alors compétente pour l'entier litige<sup>46</sup>. Si par conséquent, une instance est engagée devant une juridiction non désignée par l'article D. 442-3 du Code de commerce, et que l'incompétence du juge n'est pas soulevée puis qu'un appel est interjeté devant la Cour qui n'est pas la Cour d'appel de Paris, la fin de non recevoir, en principe inéluctable, est particulièrement radicale, de sorte que la Cour de cassation choisit une solution adaptée, admettant la compétence de la Cour d'appel normalement compétente pour traiter de l'appel de l'affaire développée devant le juge non désigné, faisant une exception à l'automatisme de la fin de non recevoir<sup>47</sup>, justifiée par la logique du droit à un procès équitable<sup>48</sup>.

**196. – Sanction des pratiques restrictives de concurrence.** Certaines pratiques sont affectées de sanctions pénales. Elles constituent généralement des délits. La plupart peuvent également être l'objet de poursuites devant le Conseil de la concurrence, pour entente, le plus souvent, ou pour abus de domination, comme c'est le cas notamment des discriminations tarifaires, du refus de vente, des pratiques de prix imposés, etc.

Quelques-unes sont l'objet de sanctions civiles, celles de l'article L. 442-6, notamment : l'action fondée sur l'article L. 442-6 est une action en responsabilité, souvent considérée comme délictuelle, en ce sens que le fondement de la responsabilité est – serait – une violation de l'ordre public, ce qui peut être discuté, notamment à l'occasion des débats entourant la mise en œuvre de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, relatif à la rupture brutale des relations commerciales établies, particulièrement en présence de clauses relatives au litige (V. *infra*, n° 206).

---

<sup>46</sup> Douai, 26 mai 2016, n° 15/05109 : CCC. 2016, comm. 192, N. Mathey, Cass. com., 26 mars 2013, n° 12-12.685 : CCC 2013, comm. 132, obs. N. Mathey, Cass. com., 24 sept. 2013, n° 12-21.089 : D. 2013, p. 2819, obs. N. Dorandeu, Cass. com., 6 sept. 2016, n° 14-27.085 : JCP E 2017 E, 1079, n°13, obs. D. Mainguy (compétence pour le tout de la Cour d'appel de Paris), Cass. com., 7 oct. 2014, n° 13-21.086 : JCP E 2014, 1640 ; D. 2014, p. 2329, note F. Buy ; AJCA 2015, p. 86, note M. Ponsard (disjonction retenue).

<sup>47</sup> Cass. com. 29 mars 2007, n°15-24.241, JCP 2018, éd. G, 2017, 498, note M. Béhar-Touchais, éd. E, 2018, 1131, n°12, obs. D. Mainguy, CCC 2017, n°98, obs. N. Mathey, n°126, obs. M. Malaurie-Vignal : « cette dernière solution [la fin de non-recevoir] est source, pour les parties, d'insécurité juridique quant à la détermination de la cour d'appel pouvant connaître de leur recours, eu égard aux termes mêmes de l'article D. 442-3 du code de commerce ; qu'elle conduit en outre au maintien de décisions rendues par des juridictions non spécialisées, les recours formés devant les autres cours d'appel que celle de Paris étant déclarés irrecevables, en l'état de cette jurisprudence » et « qu'il apparaît donc nécessaire d'amender cette jurisprudence, tout en préservant l'objectif du législateur de confier l'examen des litiges relatifs à l'application de l'article L. 442-6 du code de commerce à des juridictions spécialisées ; qu'il convient, pour y parvenir, de retenir qu'en application des articles L. 442-6, III, et D. 442-3 du code de commerce, seuls les recours formés contre les décisions rendues par les juridictions du premier degré spécialement désignées sont portés devant la cour d'appel de Paris, de sorte qu'il appartient aux autres cours d'appel, conformément à l'article R. 311-3 du code de l'organisation judiciaire, de connaître de tous les recours formés contre les décisions rendues par les juridictions situées dans leur ressort qui ne sont pas désignées par le second texte ; qu'il en est ainsi même dans l'hypothèse où celles-ci auront, à tort, statué sur l'application du premier, auquel cas elles devront relever, d'office, l'excès de pouvoir commis par ces juridictions en statuant sur des demandes qui, en ce qu'elles ne relevaient pas de leur pouvoir juridictionnel, étaient irrecevables ». Adde R. Loir, « Les cours d'appel et l'article L. 442-6 du Code de commerce » : JCP E 2017, 1238.

<sup>48</sup> Cass. com. 21 mars 2018, n°16-28.412, JCP, éd. G, 2018, 541, note P. Deumier, 544, note M. Béhars-Touchais : « Mais attendu que, par plusieurs arrêts rendus le 29 mars 2017 (pourvois n° 15-17.659, 15-24.241 et 15-15.337), la chambre commerciale, financière et économique, amendant sa jurisprudence selon laquelle la cour d'appel de Paris était seule investie du pouvoir juridictionnel de statuer sur les recours formés contre les décisions rendues dans les litiges relatifs à l'application de l'article L. 442-6 du code de commerce, même lorsqu'elles émanaient de juridictions non spécialement désignées par l'article D. 442-3 du même code, a jugé qu'en application des articles L. 442-6, III et D. 442-3 du code de commerce, seuls les recours formés contre les décisions rendues par les juridictions du premier degré spécialement désignées relevaient de la cour d'appel de Paris ; Que l'arrêt attaqué, rendu le 28 septembre 2016, se conformant à la jurisprudence ancienne, retient la recevabilité de l'appel, formé le 16 septembre 2015 par la société Best ; que l'application, à la présente instance, de la règle issue du revirement de jurisprudence, qui conduirait à retenir l'irrecevabilité de l'appel formé devant la cour d'appel de Paris, aboutirait à priver la société Best, qui ne pouvait ni connaître, ni prévoir, à la date à laquelle elle a exercé son recours, la nouvelle règle jurisprudentielle limitant le pouvoir juridictionnel de la cour d'appel de Paris, d'un procès équitable, au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que la censure de l'arrêt n'est, dès lors, pas encourue ; que le moyen ne peut être accueilli ». Adde D. Mainguy, « L'effet dans le temps des décisions de jurisprudence (après Cass. com. 21 mars 2018, n°16-28.412) », JCP E, 2018, 1391.

L'action en réparation qui en résulte peut alors être engagée par la victime de celle-ci. Tout l'intérêt de ce texte est d'ériger une présomption de faute et de qualifier, relativement précisément, la faute. Il se trouve, cependant, que les victimes désignées par ces pratiques sont les producteurs face à des pratiques émanant des distributeurs eux-mêmes regroupés au sein des grandes centrales de référencement. Les producteurs sont alors peu enclins à engager une action contre un client représentant une part importante, voire prépondérante de son chiffre d'affaires.

L'article L. 442-6, III et IV précise alors que l'action peut également être engagée par le parquet ou par le ministre de l'Économie, en tant que demandeur et non comme autorité admise à déposer des conclusions à l'audience (C. com., art. L. 470-5), solution qui n'est pas sans poser des difficultés majeures lorsqu'il s'agit d'obtenir des dommages et intérêts ou l'annulation d'une clause ou d'un contrat. On l'appelle parfois, peut-être par dérision, *l'action du ministre*. Le ministre devient alors partie à l'instance<sup>49</sup>. Par ailleurs, la juridiction saisie peut, en référé, enjoindre la cessation des agissements, ordonner une autre mesure conservatoire, ce qu'on a appelé le « référé-concurrence »<sup>50</sup>.

**197. – Clauses interdites.** L'article L. 442-6 du Code de commerce connaît également une deuxième partie qui établit une liste de « clauses noires », lesquelles sont considérées comme nulles – automatiquement –, permettant :

- « a) de bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale ;
- b) d'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande ;
- c) d'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui »<sup>51</sup>.

Cette liste s'est enrichie avec la loi dite « LME » du 4 août 2008 :

« d) De bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant,

e) D'obtenir d'un revendeur exploitant une surface de vente au détail inférieure à 300 mètres carrés qu'il approvisionne mais qui n'est pas lié à lui, directement ou indirectement, par un contrat de licence de marque ou de savoir-faire, un droit de préférence sur la cession ou le transfert de son activité ou une obligation de non-concurrence post-contractuelle, ou de subordonner l'approvisionnement de ce revendeur à une clause d'exclusivité ou de quasi-exclusivité d'achat de ses produits ou services d'une durée supérieure à deux ans ».

La liste, limitative, s'impose au juge.

On observera que le « a) » correspond à des pratiques soit identifiant des « faux contrats de coopération commerciale, soit des situations identifiant le rappel de réductions qu'un opérateur pense lui être dues et qu'il réclame, éventuellement comme miroir de la formule de l'article L. 442-6, I, 1°. Le « b) » répond à la faute de l'article L. 442-6, I, 3° (V. *infra*, n° 210).. Le « d) » est la traduction d'une clause générale, dont le sort au regard des pratiques anticoncurrentielles était fortement discuté au nom de la suspicion sur les échanges d'informations sur les prix. Il s'agit de la « clause du client le plus favorisé », ou « clause d'alignement », pourtant prisée dans la pratique du droit des contrats internationaux. L'article L. 442-6, II, d) interdit en effet la clause prévoyant « de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant » : son but est simple, un client A négocie des prix avec un fournisseur F qui, dans un contrat avec un client B a inséré ce type de clause : B bénéficie automatiquement du prix négocié par A. L'esprit de la règle est gouverné par la logique de suppression de l'interdiction des discriminations, le procédé est cependant grossier, d'autant qu'il laisse vierge la question de savoir si des clauses voisines, comme la clause d'offre concurrente ou la clause de premier refus, sont ou ne sont pas valables.

Enfin, nouveau signe que les lois de circonstances ne sont pas mortes, l'article L. 442-6, II, e) proscrit la clause prévoyant « d'obtenir d'un revendeur exploitant une surface de vente au détail inférieure à 300 mètres carrés qu'il approvisionne mais qui n'est pas liée à lui, directement ou indirectement, par un contrat de licence de marque ou de savoir-faire, un droit de préférence sur la cession ou le transfert de son activité ou une obligation de non-concurrence post-contractuelle, ou de subordonner l'approvisionnement de ce revendeur à une clause d'exclusivité ou de quasi-exclusivité d'achat de ses produits ou services d'une durée supérieure à deux ans ». Ce texte anticipait le mécanisme considéré par ailleurs comme susceptible de constituer une pratique anticoncurrentielle du fait d'un avis rendu par l'Autorité de la concurrence le 7 décembre 2010 à propos de certaines pratiques de la grande distribution dans leurs relations avec leurs affiliés<sup>52</sup>. En outre, on peut constater

<sup>49</sup>Il doit alors constituer avocat : Cass. com., 17 juill. 2001 : *Bull. civ.* 2001, IV, n° 145. – M. de Laparre, *Le ministre de l'Économie et la représentation par avocat : Dr. et patrimoine* 2001, n° 98, p. 12.

<sup>50</sup>V. M. Malaurie, *Le référé-concurrence* : *JCP E* 1993, I, 3637.

<sup>51</sup>Solutions déjà connues : Cass. com., 21 nov. 2001 : *RTD com.* 2001, p. 203, obs. M. Cabrillac.

<sup>52</sup>Aut. conc., avis n° 10-A-26, 7 déc. 2010, *Contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire* : *JCP E* 16 déc. 2010, 678, obs. N. Raud et G. Notté ; *JCP G* 14 févr. 2011, 177, note N. Dissaux ; *JCP E* 17 mars 2011, 1217, note M. Malaurie-Vignal. –

qu'il propose une durée limitée de deux ans où les règles du droit de la concurrence de l'Union européenne, à travers le règlement n° 330/2010, proposent une durée de cinq ans.

En outre, l'article L. 442-6-IV du Code de commerce précise que le juge des référés peut être saisi pour ordonner la cessation, en urgence, d'une pratique de l'article L. 442-6, ou ordonner toute autre mesure provisoire<sup>53</sup>. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire qu'une action au fond soit introduite pour que l'action en référé soit recevable. De ce point de vue, cette mesure ne présente rien d'original, à ceci près que l'action peut être engagée par le ministre.

**198. – L'« action du ministre ».** Les troisième et quatrième parties de l'article L. 442-6, renforcées par la loi NRE du 15 mai 2001, proposent des solutions processuelles inédites et réservées à la matière en termes de sanction des pratiques restrictives de concurrence.

Ainsi est-il précisé à l'article L. 442-6, I, III du Code de commerce que le ministère public<sup>54</sup> peut demander d'ordonner la cessation des pratiques et de prononcer « la nullité des clauses ou contrats illicites, demander la répétition de l'indu et le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut excéder 2 millions d'euros. La réparation du préjudice peut également être demandée ».

Il est symptomatique que ce texte ne vise que le ministre de l'Économie et le ministère public, mais point la victime et l'on peut se demander si la victime peut, seule, demander la cessation des pratiques et la nullité des contrats. Ce texte est, là encore, la réponse à la solution donnée dans une affaire *Intermarché*<sup>55</sup> qui avait refusé que le ministre puisse exercer une telle action en annulation et en réparation du préjudice. Le mécanisme institué par l'article L. 442-6, III du Code de commerce le permet, même si l'on se demande qui obtiendra le paiement effectif des dommages et intérêts et des restitutions et sans que l'on se soucie du barbarisme consistant à obtenir la nullité d'une clause comme sanction d'une règle de responsabilité, fût-elle contractuelle<sup>56</sup>.

Par ailleurs, la technique utilisée présente l'apparence de la sévérité : la nullité automatique, l'appel à l'autorité étatique, l'existence d'amendes civiles. Mais ces règles demeurent des règles civiles, soumises alors aux principes de la procédure civile. La sévérité au contraire ne peut passer que par l'instauration de règles pénales, si tel est réellement le désir de sévérité du législateur. On peut de façon optimiste et pragmatique louer une telle « avancée vers l'effectivité »<sup>57</sup>, laquelle supposerait cependant une « politique tarifaire » émanant de façon conjuguée du ministre de l'Économie et de celui de la Justice, destinée au procureur et aux administrations économiques locales qui provoquera une « étatisation » du contrôle où la sévérité est seule attendue.

La question de l'efficacité, mais surtout celle de la validité de ces sanctions au regard de dispositifs normatifs supérieures, dès lors que celles-ci résultent de « l'action du ministre » de l'article L. 442-6, III du Code de commerce se sont posées. Le fondement de l'action du ministre repose initialement sur une forme de représentation par défaut : le fournisseur étant présumé craindre le distributeur, le ministre se substitue à ce dernier, violant, au passage la règle selon laquelle « nul ne plaide par procureur ». Mais on observe un déplacement de cette action qui tendait à devenir une action autonome, exercée par le ministre seul, et non plus une action substituée. Or, dans deux affaires retentissantes, le ministre, sur le fondement de ce texte, avait engagé des actions en nullité contre deux grands groupes de distribution en annulation des contrats de coopération commerciale conclus avec des fournisseurs et qui avaient pour objet de compenser des discriminations dont ils auraient été victimes, ce qui pouvait paraître contraire tant à l'article L. 442-6, I, 2°, a) et II, a, triomphant en première instance de manière éclatante puisqu'elles permettaient de recueillir près de 100 millions d'euros, confiés, bizarrement, au Trésor public<sup>58</sup>. En appel en revanche, les prétentions de l'Administration étaient rejetées sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des droits de

---

V. égal. A. Lecourt : *Rev. Lamy dr. aff.* 2012, n° 67. – Comp. Aut. conc., déc. n° 11-D-20, 16 déc. 2011, *Pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire : Contrats, conc. consom.* 2012, comm. 43, obs. M. Malaurie-Vignal ; *D.* 2012, p. 577, chron. D. Ferrier. – V. égal. : Aut. conc., déc. n° 11-D-04, 23 févr. 2011, *Pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire : Contrats, conc. consom.* 2011, comm. 114, obs. M. Malaurie-Vignal ; *RTD com.* 2011, p. 528, note E. Claudel ; *Concurrences* 2011, n° 2, p. 115, obs. A. Wachsmann ; *Rev. Lamy conc.* 2011, n° 27, p. 37, obs. V. Sélinky.

<sup>53</sup>Cf. M. Malaurie-Vignal, *Le référé-concurrence* : *JCP E* 1993, I, 3637.

<sup>54</sup>V. M. Amadio, *Le ministre plaideur au titre de l'article 36 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986*, in *Mél. Ch. Gavalda*, Dalloz, 2001, p. 5.

<sup>55</sup>Cass. com., 5 déc. 2000, préc.

<sup>56</sup>Et comp. L. Aynès, *La sanction de la faute*, in *L'article 36 de l'ordonnance de 1986*, AFEC, 1992, p. 17. – V. égal. Cass. com., 27 janv. 1998 : *D. affaires* 1998, p. 617.

<sup>57</sup>V. par ex., M. Béhar-Touchais et D. Ferrier, *Les pratiques restrictives de concurrence* : *CDE* 2001/4, p. 18, spéc. n°s 26 et s.

<sup>58</sup>V. J.-M. Vertut, *Les négociations d'avantages financiers arrièrè dans la tourmente* : *Rev. Lamy dr. aff.* janv. 2007, p. 47.

l'homme<sup>59</sup>. Les deux décisions soulignaient le fait que l'action du ministre n'est pas une action autonome mais constitue une action de substitution, de sorte que l'action introduite sans en informer les fournisseurs, dont dix-sept avaient expressément formulé leur désaccord, devait être considérée comme irrecevable sur le fondement de l'article 6 § 1 précité.

La Cour de cassation a, par quatre arrêts, censuré cette position, deux arrêts du 8 juillet 2008<sup>60</sup>, le premier publié au *Bulletin* étant la censure de l'arrêt de la cour d'appel de Versailles du 3 mai 2007 et le second concernant une affaire *ITM*, et deux arrêts du 16 décembre 2008, l'un qui censure l'arrêt de la cour d'appel d'Angers et l'autre, de rejet<sup>61</sup>, qui affirme en outre que le Trésor public était légitime à recueillir les sommes résultant des condamnations à charge pour lui de les reverser aux victimes. De ces quatre arrêts, le premier offre la solution la plus décisive, en visant l'article L. 442-6, III du Code de commerce et l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme :

« Attendu que l'action du ministre chargé de l'économie, exercée en application des dispositions du premier de ces textes, qui tend à la cessation des pratiques qui y sont mentionnées, à la constatation de la nullité des clauses ou contrats illicites, à la répétition de l'indu et au prononcé d'une amende civile, est une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs ».

Réponse claire et *a priori* définitive : l'action du ministre est une action valide, et validée par le juge constitutionnel<sup>62</sup> sous la réserve que les parties au contrat ait été informées de l'action<sup>63</sup>, autonome, étant entendu que le ministre peut adresser des conclusions associées à celles des parties<sup>64</sup> sa recevabilité ne dépend pas du consentement ou de l'action conjointe d'autres parties directement intéressées. La conséquence est que l'action du ministre ainsi interprétée renforce le caractère ambigu de l'article L. 442-6, III du Code de commerce. Sommes-nous encore face à une action civile ou déjà confrontés à une action relevant de la matière pénale au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ? Au fond, le ministre peut agir seul, en ayant toutefois informé les victimes<sup>65</sup>, il peut demander restitution des sommes versées en contravention de l'article L. 442-6, il peut demander des dommages et intérêts, il peut demander le prononcé d'une amende civile qui peut aller jusqu'à deux millions d'euros, il peut obtenir la consignation des sommes devant le Trésor public<sup>66</sup>, etc. Ses pouvoirs, pouvoirs qu'on ne peut qualifier autrement que comme des pouvoirs de police économique, sont alors considérables. L'interprétation faite par la Cour de cassation est parfaitement cohérente. Ce qui l'est moins, c'est le texte de l'article L. 442-6, III du Code de commerce qui invite à s'interroger sur l'opportunité de ces mécanismes. Il révèle l'incapacité des parties à se représenter elles-mêmes, et peu importe ici de connaître la réalité sociologique des entreprises victimes des pratiques de la

---

<sup>59</sup>Versailles, 3 mai 2007 ; Angers, 29 mai 2007 : *D.* 2007, p. 2433 et V. M. Béhar-Touchais : *RDC* 2007, p. 831. – D. Mainguy in *JCP E* 2008, I, 1676 : « L'intérêt supérieur de l'ordre public économique (...) est suffisamment protégé par l'exercice, par l'autorité publique, de l'action tendant au prononcé de l'amende civile et à la cessation des pratiques illicites, laquelle revient à empêcher – mais seulement pour l'avenir – l'exécution des contrats passés en violation des prescriptions légales (...) en permettant l'absence des fournisseurs, contractuellement liés au distributeur, du débat judiciaire relatif à la nullité des stipulations qu'ils ont passées entre eux et aux restitutions subséquentes, le distributeur est de surcroît privé de son droit à un procès équitable (...) l'article L. 442-6, III, en ce qu'il permet au ministre d'agir hors la présence des fournisseurs, est en conséquence contraire à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais seulement en ses dispositions relatives à l'action – ici exercée – tendant à ce que soit constatée la nullité des clauses ou contrats illicites et la répétition de l'indu ; que ces dispositions doivent dès lors être laissées inappliquées et les demandes formées de ce chef écartées ». – C. Jamin et D. de Béchillon, *La Convention européenne des droits de l'homme au supermarché* : *D.* 2007, p. 2313. – M. Bandrac, *L'action donnée au ministre de l'Économie et des Finances face à l'article 6 de la Convention EDH* : *D.* 2007, chron. p. 2433. – A. Penneau, *L'article L. 442-6-III du Code de commerce en question* : *D.* 2007, chron. p. 2630.

<sup>60</sup>Cass. com., 8 juill. 2008, n<sup>os</sup> 07-16.761 et 07-13.350 : *JCP E* 2009, I, 1479, obs. D. Mainguy ; *D.* 2008, p. 3046, note M. Bandrac ; *JCP E* 2008, 2143, note A. Ballot-Lena.

<sup>61</sup>Cass. com., 16 déc. 2008, n<sup>os</sup> 07-20.099 et 08-13.162 : *JCP E* 2009, I, 1479, obs. D. Mainguy. – *Adde* Cass. com., 5 mai 2009, n<sup>o</sup> 08-15.264.

<sup>62</sup>Cons. const., 13 janv. 2011, n<sup>o</sup> 2010-85 QPC : *JCP E* 2011, 1136, note D. Mainguy.

<sup>63</sup>Cons. const., 13 mai 2011, n<sup>o</sup> 2011-126. – *Adde* Cass. com., 3 mars 2015, n<sup>o</sup> 13-27525. – Cass. com., 3 mars 2015, n<sup>o</sup> 14-10907.

<sup>64</sup>Cf. Cass. com., 7 juill. 2004 : *Contrats, conc. consom.* 2004, n<sup>o</sup> 179, obs. M. Malaurie-Vignal.

<sup>65</sup>Cass. com., 9 oct. 2012 : *D.* 2012, p. 2765, obs. N. Dorandeu.

<sup>66</sup>V. Cons. const., 13 mai 2011 : *D.* 2011, p. 1340, obs. E. Chevrier, 2012, p. 577, obs. D. Ferrier. – CEDH, 17 janv. 2012, *Galec* : *Contrats, conc. consom.* 2012, n<sup>o</sup> 94, obs. M. Malaurie-Vignal.

grande distribution, l'inefficacité des mesures qui s'allongent dans l'article L. 442-6 du Code de commerce et l'inefficacité des règles de concurrence.

En revanche, en présence d'une clause compromissoire, celle-ci est, au regard des articles 1448 et 1506 du Code de procédure civile, manifestement inapplicable au litige opposant le ministre et l'auteur des pratiques<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> Cass. 1re civ., 6 juill. 2016, n° 15-21.811, P+B, *Sté Apple Distribution International et a. c/ min. Éco. et a.* JCP E 2017, 1079, obs. D. Mainguy.

## Chapitre 2 L'exécution des ventes et prestations de services entre professionnels

### A. – La facturation

**187. – « Facturologie ».** Troisième temps, à travers celui de la transparence post-contractuelle, les articles L. 441-3, 4 et 5 du Code de commerce imposent des obligations en matière de facturation, « pour tout achat de produit ou toute prestation de services » très lourdement sanctionnées pénalement.

Le vendeur doit dresser et délivrer la facture dès la réalisation de la vente. Cependant, comme toute vente ou toute prestation de services doit faire l'objet d'une facturation, on en déduit qu'une facture doit constater une vente, avec les réductions de prix afférentes, émanant du vendeur, et une facture doit constater un contrat de coopération commerciale ou un contrat de services distincts, facture émanant de l'acheteur.

Surtout, la facture doit contenir toute une série de mentions obligatoires dont la date de paiement et « toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de services, à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture », de façon à déterminer avec précision le prix d'achat effectif, notion première en matière de revente à perte.

Tout l'enjeu est alors la détermination des conditions de la mention sur la facture de ces réductions de prix.

Les sanctions de la méconnaissance de ces exigences sont lourdes, une mande administrative de 75.000 € pouvant être portée à 375.000 € pour une personne morale, pouvant être portée à hauteur de 50% du montant porté sur la facture, voire d'une exclusion des marchés publics pour cinq ans (C. com., art. L. 441-4 et 5).

**188. – Première condition : il faut que la réduction soit acquise le jour de la vente.** Les remises, qualitatives (qui correspondent alors à des services relevant des opérations de vente de l'article L. 441-7, I, 1° du Code de commerce) ou quantitatives, répondent aux conditions posées par l'article L. 441-3 du Code de commerce ; elles sont en effet, par définition, acquises au jour de la vente. Les ristournes peuvent être, d'abord, des ristournes inconditionnelles qui, acquises parce que soumises à aucune condition, doivent donc figurer sur la facture bien qu'elles ne seront payées qu'en fin de période. Elles peuvent également, et c'est le cas très majoritairement, des ristournes conditionnelles qui, non acquises, n'ont pas à figurer sur la facture, comme des ristournes d'objectifs, alors que ces objectifs ne sont pas encore atteints<sup>68</sup>.

L'escompte pour paiement anticipé doit en outre être porté sur la facture pour venir en déduction du prix et pour autant qu'il soit acquis à la date de la facturation, c'est-à-dire que l'accord sur ce paiement anticipé soit certain<sup>69</sup>.

**189. – Seconde condition : il faut que la réduction soit directement liée à la vente.** Est ainsi exclue de la facture émanant du fournisseur, la rémunération de la coopération commerciale, plus exactement les services de l'article L. 441-7, I ? 2° et 3°. En revanche, et dans la mesure où celle-ci, comme ces services révèlent une prestation particulière, détachable de la vente à laquelle elle est associée, le montant de la rémunération de ces services, qu'elle soit calculée sous forme proportionnelle d'un prix de vente c'est-à-dire d'une réduction de prix ce qui est souvent le cas des services de l'article L. 441-7, I, 2°, ou d'un prix forfaitaire, doit faire l'objet d'une facture, émanant de l'acheteur. Cette dissociation n'est pas neutre, et pas uniquement pour des raisons comptables : fiscalement, en effet, ces services doivent être traités, pour l'application de la TVA, comme des services, au taux normal donc, et point au taux, éventuellement réduit, de la vente.

Sont encore exclues les pratiques d'accumulation de remises, selon une technique dite « de la cagnotte ».

### B. – La revente à perte

**190. – Depuis la loi Dutreil de 2005.** On n'entendait plus guère parler, ni dans les prétoires ni dans les gazettes, de l'article L. 442-2 du Code de commerce sanctionnant la revente à perte depuis la loi Galland du 1<sup>er</sup> juillet 1996. On n'en entendra plus guère parler après la loi Chatel de 2008, qui a considérablement réduit le seuil de la revente à perte.

<sup>68</sup>V. Cass. crim., 15 oct. 1996, n° 95-83.281, *Sté SAMU Auchan*. – Cass. crim., 12 juin 1997 : *Bull. crim.* 1997, n° 285.

<sup>69</sup> Cf. Cass. crim. 21 juin 2000, *RJDA* 2000, n°1179.

L'article L. 442-2 du Code de commerce dispose désormais que :

« Le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est puni de 75 000 euros d'amende. Cette amende peut être portée à la moitié des dépenses de publicité dans le cas où une annonce publicitaire, quel qu'en soit le support, fait état d'un prix inférieur au prix d'achat effectif. La cessation de l'annonce publicitaire peut être ordonnée dans les conditions prévues à l'article L. 121-3 du Code de la consommation.

Le prix d'achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat, minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport.

Le prix d'achat effectif tel que défini au deuxième alinéa est affecté d'un coefficient de 0,9 pour le grossiste qui distribue des produits ou services exclusivement à des professionnels qui lui sont indépendants et qui exercent une activité de revendeur au détail, de transformateur ou de prestataire de services final. Est indépendante au sens de la phrase précédente toute entreprise libre de déterminer sa politique commerciale et dépourvue de lien capitalistique ou d'affiliation avec le grossiste ».

Rappelons que la loi de 1996 avait modifié de façon majeure l'article 32 de l'ordonnance de 1986, repris au Code de commerce en 2000 et lui-même issu d'une loi de 1963. L'idée était, au commencement du développement de la grande distribution de limiter l'effet dit de « l'îlot de perte dans un océan de profits ». La pratique de la revente à perte était alors assimilée à celle des « prix d'appel ». Le principe est simple un revendeur propose des prix très bas de produits très attractifs par rapport à ses concurrents, et pour cause, ils sont inférieurs ou égaux à leur prix d'achat. L'« îlot de perte » sera compensé par des marges plus élevée sur d'autres produits, « l'océan de profits ». Dès lors, en 1963 il était interdit de revendre en dessous d'un seuil de revente particulier, le seuil de revente à perte, considéré comme le prix porté sur la facture.

Depuis, la grande distribution étant très largement développée, les centrales de référencement sont en concurrence, notamment sur des produits dont les consommateurs connaissent les prix, et les comparent. Dès lors ces produits sont revendus le plus bas possible à un prix proche du seuil de revente à perte. Il s'agit d'un nombre considérable de produits, de telle sorte que le sentiment de hausse ou de baisse du pouvoir d'achat des consommateurs est souvent ressenti au regard du prix de ces produits. L'action du législateur, selon que le seuil de vente à perte est accru ou abaissé, joue donc de manière majeure sur ce ressenti, ce qui explique les évolutions constantes de la législation, tenant compte de ce paramètre mais également les demandes des fournisseurs et des distributeurs.

Ainsi, le passage entre le prix d'achat par le distributeur au prix de revente s'effectue par l'incidence des réductions de prix (de l'article L. 441-7, I, du Code de commerce) sur ce seuil. Pour un prix d'achat unitaire hors taxe de 100, il faudrait ajouter le différentiel de TVA éventuellement assumé par le revendeur, les différents frais généraux ramené à ce produit dont les coûts de transport mais également la marge bénéficiaire du revendeur pour aboutir à un prix de revente « normal ». Or, dès 1963, le mécanisme de calcul du seuil de revente à perte s'en tient au prix d'achat unitaire hors taxe. On peut alors retirer l'ensemble des éléments constituant la « marge avant », c'est-à-dire les remises et escomptes accordées immédiatement (et par ailleurs obligatoirement portés sur la facture) : elles imputent immédiatement le prix payé. On aboutit alors à ce qu'on appelle le « prix net ». On peut retirer également les ristournes (de l'article L. 441-1, I, 1° C. com. Et qui ne figurent pas sur la facture d'achat). Elles constituent une partie de la « marge arrière » et sont une réserve monétaire, une marge utilisable par le revendeur. On aboutit alors au « prix net net ». On peut utiliser l'ensemble des autres services (de l'article L. 441-7, I, 3°, qui figurent en général sur une facture de services émanant du distributeur) constituant l'autre partie de la marge arrière, pour aboutir au « prix net net net ». Il suffit de figurer ces trois masses pour se rendre compte que la considération que le seuil de revente à perte correspond à l'un des trois pour mesurer l'incidence que la concurrence entre les distributeurs peut produire sur les prix de revente réels aux consommateurs.

Ainsi, jusqu'en 1996, le seuil de revente à perte était *préssumé* correspondre au prix d'achat effectif, lui-même assimilé au prix porté sur la facture. Or, la facture doit, aux termes de l'article L. 441-3 du Code de commerce inchangé ici, comporter toutes les réductions de prix acquises au jour de la vente, c'est-à-dire les rabais, les escomptes pour paiement comptant, les remises et les éventuelles ristournes inconditionnelles, mais point les ristournes conditionnelles, ni la rémunération de la coopération commerciale (aujourd'hui, les items de l'article L. 441-7, I, 3° C. com.) qui devait faire l'objet d'une facture distincte, établie par le distributeur.

On s'interrogeait alors sur le point de savoir si, au vu de cette simple présomption, le distributeur pouvait, au moment de calculer le seuil de revente à perte, apporter la preuve contraire et déduire les ristournes conditionnelles, voire la rémunération de la coopération commerciale, pour afficher des seuils de revente très bas, c'est-à-dire passer d'un seuil présumé correspondre au « prix net » pour devenir le « prix net net » ou le « prix net net net ».

Devant la multiplication des contrôles, la loi de 1996 avait cependant choisi de supprimer cette présomption en assimilant le seuil de revente à perte au prix d'achat effectif, donc au prix porté sur la facture, c'est-à-dire le « prix net ». Le résultat économique était alors un seuil de revente à perte haut, assurant au distributeur une marge arrière importante (cf. supra, n°179) voire déséquilibrée, notamment du fait des demandes des distributeurs.

La loi Dutreil du 2 août 2005 et celle du 3 janvier 2008 ont au contraire permis aux distributeurs d'utiliser, pour calculer le seuil de revente à perte, « tous les avantages financiers consentis par le vendeur », donc le « prix net net net », dans l'objectif clairement assumé de faire en sorte que la compétition entre distributeurs s'effectue dans le but de permettre de réaliser des prix plus bas, profitant aux consommateurs.

Il n'empêche que le texte demeure un texte pénalement sanctionné, offrant aux producteurs mécontents ou aux concurrents d'un distributeur la possibilité d'exercer une action, ce qui justifie une observation attentive des conditions de calcul du seuil de revente à perte.

En toute hypothèse, les règles nouvelles proposent un nouveau seuil de revente à perte « ordinaire », auquel s'ajoute celui des grossistes.

**191. – Ancien seuil de revente à perte « ordinaire ».** L'article L. 442-2 du Code de commerce issu de la loi de 2005, proposait une solution médiane et compliquée à souhait :

« Le prix d'achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat majoré des taxes sur les chiffres d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport et minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimés en pourcentage du prix du montant net du produit, et excédant un seuil de 20 %, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2006 (15 % à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2007) », étant entendu que pour 2006, « le montant minorant le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat n'excède pas 40 % du montant total de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit » (L. 2 août 2005, art. 47, III).

L'objectif était donc de permettre aux distributeurs l'utilisation totale de la marge arrière, de façon échelonnée, mais peu compréhensible, tant la formule utilisée était difficilement utilisable<sup>70</sup>.

**192. – Nouveau seuil de revente à perte.** La loi Chatel de 2008 a finalement renforcé le mouvement imprimé par la loi de 2005 : désormais, un distributeur peut imputer la marge avant et la marge arrière, c'est-à-dire les remises, les ristournes, les avantages de coopération commerciale, etc. Le nouveau texte de l'article L. 442-2 du Code de commerce détermine en effet le prix d'achat effectif, soit le seuil de revente à perte comme « le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat, minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport ».

**193. – Seuil de revente à perte des grossistes.** Les choses se compliquent encore un peu plus pour le grossiste qui « distribue des produits exclusivement aux professionnels qui lui sont indépendants » (L. 2 août 2005, art. 47, II). Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006, ces grossistes doivent en effet multiplier le prix d'achat effectif par un coefficient de 0,9. Ils bénéficient donc d'un seuil de revente à perte plus bas que les autres. Leur situation est donc favorable, pour autant que l'on parvienne véritablement à circonscrire le champ d'application de cette disposition. L'article L. 442-2, alinéa 3 du Code de commerce dispose en effet que :

« Le prix d'achat effectif tel que défini au deuxième alinéa est affecté d'un coefficient de 0,9 pour le grossiste qui distribue des produits ou services exclusivement à des professionnels qui lui sont indépendants et qui exercent une activité de revendeur au détail, de transformateur ou de prestataire de services final. Est indépendante au sens de la phrase précédente toute entreprise libre de déterminer sa politique commerciale et dépourvue de lien capitalistique ou d'affiliation avec le grossiste ».

Pour autant, la notion de grossiste n'est pas une notion juridique. On considère généralement que le grossiste est l'opérateur qui achète en gros pour revendre au détail ou en demi-gros. Ce serait donc le constat d'opérations d'achat-revente qui caractériserait un grossiste. Mais bien des grossistes ont évolué et sont devenus des référenceurs, voire exercent les deux activités conjointement. Ces référenceurs sont-ils des grossistes au sens de l'article 47, III de la loi Dutreil ? Ils ne sont pas des grossistes au sens économique plus haut envisagé, mais ils distribuent bien des produits à des commerçants éventuellement indépendants. Ensuite, si le caractère professionnel de la clientèle ne pose pas de difficulté, la notion de professionnels « indépendants » est tout autre. Aux termes de l'article 47, III, l'entreprise indépendante est celle qui est « libre de déterminer sa politique commerciale et dépourvue de lien capitalistique ou d'affiliation avec le grossiste ». Qu'avait-on donc besoin de cette pseudo-définition ? La notion de dépendance ou d'indépendance est-elle si inconnue des juristes de droit privé ? Un franchisé qui achète des produits d'un franchiseur référenceur ou grossiste est-il un acheteur indépendant ? Il n'a pas en principe de lien capitalistique avec le franchiseur et le contrat qui le lie n'est pas un contrat d'affiliation, mais un contrat de franchise. Mais est-il « libre de déterminer sa politique commerciale » ? Bien des auteurs considèrent que le contrat de franchise est un contrat de dépendance et la question est discutée en doctrine et en jurisprudence. Par ailleurs, en quoi une participation minoritaire, au sens du droit des sociétés,

---

<sup>70</sup>V. D. Mainguy, *La circulaire du 8 décembre 2005 relative à la modernisation des relations commerciales* : JCP E 2006, 1294. – J.-C. Grall, J.-M. Meffre et C. Guet, *Loi Dutreil du 2 août 2005 en faveur des PME : analyse critique des dispositions relatives au droit des relations industrie-commerce* : D. 2005, chron. p. 2149.

dans l'entreprise de l'acheteur pourrait-elle entraver l'indépendance de ce dernier ? Il suffirait donc que le grossiste détienne un titre de la société de l'acheteur pour que le seuil de revente à perte soit aussitôt relevé ? Cela n'a guère de sens, d'autant que les techniques sociétaires permettent de contourner sans aucune difficulté ce petit obstacle.

**194. – Sanctions et exceptions.** La sanction de la revente à perte opère sur le plan pénal, tant pour les personnes impliquées que, surtout, pour les personnes morales, bien plus que pour leurs salariés. L'article L. 442-3 du Code de commerce dispose en effet que « les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du Code pénal, de l'infraction prévue à l'article L. 442-2 ». Il ajoute ensuite la liste des peines encourues par les personnes morales, soit l'amende suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du Code pénal, la peine mentionnée au 9° de l'article 131-39 du même code.

Toutefois, la revente à perte connaît des exceptions posées par l'article L. 442-4 du Code de commerce, s'agissant d'abord des « ventes volontaires ou forcées motivées par la cessation ou le changement d'une activité commerciale », c'est-à-dire des ventes en liquidation. Il s'agit aussi des « produits dont la vente présente un caractère saisonnier marqué, pendant la période terminale de la saison des ventes et dans l'intervalle compris entre deux saisons de vente », des produits périmés, défraîchis ou démodés, décrits comme les « produits qui ne répondent plus à la demande générale en raison de l'évolution de la mode ou de l'apparition de perfectionnements techniques ». Il s'applique également, hypothèse plus sophistiquée, aux « produits, aux caractéristiques identiques, dont le réapprovisionnement s'est effectué en baisse, le prix effectif d'achat étant alors remplacé par le prix résultant de la nouvelle facture d'achat », ce que l'on appelle « l'exception de hausse des cours » et enfin, aux « produits alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 300 mètres carrés et aux produits non alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 1 000 mètres carrés, dont le prix de revente est aligné sur le prix légalement pratiqué pour les mêmes produits par un autre commerçant dans la même zone d'activité », ce qu'on appelle « l'exception d'alignement », qui permet d'ailleurs des reventes à perte en cascade : pour une fois, la répétition du vice se transforme en vertu. Enfin, l'exception joue « à condition que l'offre de prix réduit ne fasse l'objet d'une quelconque publicité ou annonce à l'extérieur du point de vente, aux produits périssables à partir du moment où ils sont menacés d'altération rapide ».

**202. – Rupture brutale de relations commerciales établies (C. com., art. L. 442-6, I, 5°).** Ce texte, modifié à de nombreuses reprises, constituait la véritable nouveauté de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996 et a connu une forte notoriété, non d'ailleurs en raison de son contenu, mais simplement de sa présence : il fournit, au moins pour les relations commerciales, un support textuel à une demande d'indemnisation, en l'absence de toute référence dans le Code civil, du moins jusqu'à la réforme du droit des contrats en 2016 (comp. C. civ., art. 1211, 1226). Il dispose aujourd'hui que :

« Engage la responsabilité de son auteur (...) le fait (...) de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. Lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur. À défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure. Lorsque la rupture de la relation commerciale résulte d'une mise en concurrence par enchères à distance, la durée minimale de préavis est double de celle résultant de l'application des dispositions du présent alinéa dans les cas où la durée du préavis initial est de moins de six mois, et d'au moins un an dans les autres cas ».

Le texte dépasse d'abord très largement les frontières du domaine des relations de la grande distribution. Au départ destiné à policer les relations difficiles entretenues entre la grande distribution et leurs fournisseurs, ce qu'on appelle les relations « producteurs-distributeurs » ou « industrie-commerce », et plus précisément le déréférencement d'un fournisseur par une centrale de distribution, il a connu un succès certain dans et en dehors de ce secteur.

D'une manière générale d'ailleurs, ce texte donne lieu à une jurisprudence pléthorique, dont il est impossible de rendre compte ici, cristallisant le contentieux de la rupture des contrats.

Le domaine d'application de ce texte repose sur l'existence d'une **relation commerciale établie**. Il s'agissait, en 1996, de cerner celle de déréférencement abusif, guère plus expressive<sup>71</sup>.

Une autre difficulté repose sur la détermination de la nature de cette règle. Elle s'installe en effet dans le cadre des règles du droit de la concurrence alors pourtant que l'objet de la règle semble exclusivement intéresser la rupture des contrats, ce qui en ferait un texte de droit des contrats ou de droit de la responsabilité, dans la mesure où le texte établit clairement un délit civil particulier. La différence a évidemment une incidence sur le régime de responsabilité applicable, contractuel ou extracontractuel (cf. infra, n°206). Avant la loi de 1996, la jurisprudence du droit des contrats avait retenu sans difficulté les éléments permettant de sanctionner la rupture brutale d'une relation contractuelle, voire d'une relation commerciale établie<sup>72</sup>, entendue comme la rupture sans préavis suffisant d'un contrat à durée déterminée ou le non-renouvellement sans préavis suffisant d'un contrat à durée déterminée (en présence d'une clause de tacite reconduction par exemple), mais également la rupture abusive dans de telles situations. Or l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce n'intéresse que la rupture brutale d'une relation commerciale établie, ce qui pose clairement la question de l'utilité réelle de ce texte.

Deux interprétations de ce texte étaient en outre possibles. Selon une première, étroite, les « relations commerciales établies » sont des relations contractuelles, c'est-à-dire celles établies sur la base d'un contrat de longue durée comme un contrat-cadre, ou tout autre contrat, pour autant qu'il soit bien un contrat « commercial ». Une seconde interprétation, extensive, élargit la notion à des relations moins ou pas du tout organisées, comme des successions de contrats à exécution instantanée ou rapide, comme des successions de ventes.

Cette seconde conception a été retenue par la Cour de cassation, en application des règles du droit commun des contrats<sup>73</sup> dans un premier temps.

La notion de relation commerciale établie ne se limite pas à des relations contractuelles proprement dites, mais également à des successions de ventes par exemple. Elle suppose des relations stables, et s'étend à toute relation, commerciale, quelle que soit sa nature juridique, fondée sur un contrat ou sur une succession de contrats, de

---

<sup>71</sup>V. cependant M.-E. André, *Les contrats de la grande distribution*, Litec, 1989 ; *Contrat de référencement* : *JCl. Contrats-Distribution*, Fasc. 266.

<sup>72</sup>Cass. com., 28 févr. 1995 : *CDE* 1995/6, p. 28, note D. Mainguy ; *RTD civ.* 1995, p. 885, obs. J. Mestre.

<sup>73</sup>V. Cass. com., 28 févr. 1995 : *CDE* 1995/6, p. 28, note D. Mainguy ; *RTD civ.* 1995, p. 885, obs. J. Mestre. – Cass. com., 23 mai 2000 : *CDE* 2001/2, p. 30, obs. D. Mainguy. – Cass. com., 3 déc. 2002 et 23 avr. 2003 : *JCP E* 2004, II, note D. Mainguy.

commandes, de ventes<sup>74</sup>, des successions de contrats même ponctuelles<sup>75</sup>, qui doivent cependant être suffisamment sérieuses<sup>76</sup> et non précaires<sup>77</sup> ou ponctuelles<sup>78</sup>, écrites ou verbales c'est-à-dire si la victime de la rupture du contrat pouvait raisonnablement espérer une continuité du contrat, brisée par la rupture<sup>79</sup>. L'accent, dans la formule de l'article L ; 442-6, I, 5° du Code de commerce semble donc bien être placé sur le terme « établi » plus que sur le terme « relation » : il ne suffit pas qu'une relation existe, encore convient-il que son caractère établi, soit démontré.

Le terme « établi », n'est pas une notion juridique mais factuelle, ce qui peut concerner des relations ponctuelles<sup>80</sup>, voire précontractuelles comme des situations de négociation. Une négociation contractuelle, si elle est commerciale, entre dans le champ d'application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, instaurant une forme, nouvelle et rigide, de police de la négociation<sup>81</sup>, de façon tout de même exagérée dans la mesure où l'apport de ce texte est assez maigre, se contentant d'exiger un préavis écrit. Or, il n'est pas certain que cette rigidité soit opportune dans le domaine de la négociation, surtout lorsqu'elle est informelle. Plus complexe est l'exigence de « stabilité » de la relation établie. Celle-ci peut dépendre de la durée de la relation, celle-ci englobant toutes les relations entre les parties, voire les relations établies par une partie substituée<sup>82</sup>, c'est-à-dire qu'elle doit se fonder sur une relation réelle, et non aléatoire : ne serait sans doute pas stable une relation par laquelle un opérateur établirait des relations sans liens entre elles.

Manque également de stabilité, ou d'établissement, les relations qui reposent sur une procédure d'appel d'offres<sup>83</sup>, ou des procédures de consultation<sup>84</sup>.

Il convient toutefois que les relations, bien qu'établies, soient commerciales, de sorte qu'un notaire<sup>85</sup> et plus généralement le professionnel lié par un contrat d'exercice libéral<sup>86</sup> ne peuvent revendiquer son application<sup>87</sup>. C'est également le cas de relations dont les règles d'indemnisation sont traitées par des textes spéciaux<sup>88</sup>.

**203. – Rupture brutale.** S'ajoutent, alors, des conditions quant à la rupture : il doit s'agir d'une rupture « brutale ». Or, celle-ci sera observée lorsque la rupture ne sera pas précédée d'un préavis suffisant.

Une condition de fond repose sur l'exigence d'un préavis « tenant compte des relations commerciales antérieures ou des usages reconnus par des accords interprofessionnels »<sup>89</sup>.

Il n'ajoute pas au droit commun des contrats s'agissant du principe d'une telle exigence, ni ne se substitue à une règle spéciale<sup>90</sup>. La jurisprudence fournit nombre d'exemples vérifiant le principe ferme selon lequel la

<sup>74</sup>V. Lyon, 15 mars 2002 et Versailles, 22 mars 2002 : *CDE* 2002/5, n° 4, obs. D. Mainguy. – CA Douai, 5 déc. 2002 : *CDE* 2003/3, obs. D. Mainguy. – Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-24.301 : *D.* 2012, p. 2382, obs.

E. Chevrier ; *RTD civ.* 2012, p. 721, obs. B. Fages.

<sup>75</sup>Cass. com., 15 sept. 2009, n° 08-19.200.

<sup>76</sup>Cass. com., 16 déc. 2008, n° 07-15.589 : *JCP E* 2009, 1479, obs. D. Mainguy.

<sup>77</sup>Cass. com., 12 févr. 2012 : *RTD civ.* 2012, p. 374, obs. H. Barbier, à propos de contrats à durée déterminée contenant une clause excluant toute reconduction tacite. – Cass. com., 18 mai 2010, n° 08-21.681 : *D.* 2011, p. 472, note S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Causson ; *RDC* 2011, p. 190, obs. M. Béhar-Touchais. – *Adde* : J.-M. Oudin, *Rupture brutale des relations commerciales établies : le juge et les attentes légitimes des parties* : *RJDA* 2011, p. 3. – G. Chantepie, *La précarité des relations commerciales : Contrats, conc. consom.* 2012, étude 11.

<sup>78</sup>Cass. com., 25 avr. 2006 : *RDC* 2006, p. 1033, obs. J. Rochfeld.

<sup>79</sup>Cass. com., 14 sept. 2010 : *Contrats, conc. consom.* 2010, n° 249, obs. N. Mathey. *Adde* G. Chantepie, « La précarité des relations contractuelles », *JCP E*, 2012, 1605.

<sup>80</sup>Cass. com., 25 avr. 2006, *op. cit.*

<sup>81</sup>Cass. com., 25 avr. 2006, n° 02-19.577 : *JCP E* 2007, 1348, p. 24, note D. Mainguy et J.-L. Respaud. – Cass. com., 5 mai 2009, n° 08-11.916. – Cass. com., 15 déc. 2009, n° 08-20.242 : *Contrats, conc. consom.* 2010, n° 94, obs. N. Mathey, Montpellier, 11 août 1999 : *CDE* 1999-5, n° 4, obs. D. Mainguy.

<sup>82</sup>Cass. com., 29 janv. 2008, n° 07-12.039 : *RDC* juill. 2008, p. 860, obs. M. Béhar-Touchais.

<sup>83</sup>Comp. L. Bettoni, *L'appel d'offres privé*, Th.dr. Montpellier, 2016. *Adde* : Cass. com. 18 oct. 2017, n°16-15138.

<sup>84</sup>Cass. com. 18 oct. 2017, n°16-15285.

<sup>85</sup>Cass. com., 20 janv. 2009, n° 07-17.556.

<sup>86</sup>Cass. com., 23 oct. 2007, n° 06-16.774 : *JCP E* 2008, 1638, obs. D. Mainguy.

<sup>87</sup>Comp. bizarrement pour un architecte : Cass. com., 16 déc. 2008, n° 07-18.050 : *JCP E* 2009, 1479, obs. D. Mainguy. – Pour une relation avec un artiste : Cass. com., 20 janv. 2009 : *Deffrénois* 15 juin 2009, n° 11, p. 1140, note B. Grimonprez.

<sup>88</sup>Cass. com. 18 oct. 2017, n°15-19531, Cass. com. 8 nov. 2017, n°16-15262, pour un contrat d'agence commerciale, Cass. com. 18 oct. 2017, n°16-18864, *JCP* 2018 E, 1131, obs. J.-L. Respaud, 8 févr. 2017, n°15-23050, relations entre coopérateurs et coopérative, Cass. com. 25 oct. 2017, n°16-16839, renouvellement de contrats de crédit.

<sup>89</sup>Cf. CEPC, avis n° 13-04, 13 juin 2013 sur les accords déjà conclus.

rupture d'un contrat à durée indéterminée ou le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée est un droit pour chacune des parties, droit qui est susceptible de dégénérer en abus dans deux situations.

La première est *a priori* étrangère à l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce : il s'agit de l'hypothèse d'une rupture fautive dans laquelle le reproche adressé à l'auteur de la rupture repose sur les circonstances de celle-ci, par exemple lorsque des investissements importants ont été exigés à son contractant et que la rupture intervient tôt ensuite<sup>91</sup> ou bien lorsque l'auteur de la rupture a pu laisser croire à son contractant que cette relation allait demeurer, sans toutefois, sauf exception, envisager l'exigence d'une motivation de la rupture<sup>92</sup>.

La seconde situation, en revanche, est directement concurrente de l'application de l'article L. 442-6, I, 5° : la rupture brutale d'une relation contractuelle sanctionne le non-respect d'un préavis d'une certaine durée<sup>93</sup> et partant, la soudaineté, la surprise et donc la violence qui résulte d'une rupture non annoncée, à partir du constat que cette brutalité est depuis longtemps considérée comme constitutive d'une faute dommageable. La jurisprudence rendue au titre de l'article L. 442-6, I, 5° s'inscrit dans la continuité de ces dernières exigences du droit commun des contrats, avec cependant deux différences essentielles qui participent de la construction de règles propres aux contrats d'affaires.

La première tient au fait que l'article L. 442-6, I, 5° exige un préavis *écrit*. Ce formalisme de la rupture d'un contrat est alors spécifique à la rupture des relations commerciales établies et ajoute aux règles du droit commun, même si, comme on le verra, cette exigence est sans doute de peu de portée<sup>94</sup>.

La seconde tient au fait que la durée du préavis est évolutive : il ne s'agit pas d'une simple durée raisonnable, mais d'une durée tenant compte de l'ancienneté des relations et des usages du commerce, très importants en pratique. Il en résulte par exemple que lorsqu'un contrat prévoit l'adresse d'un préavis écrit à l'occasion de la rupture d'un contrat à durée indéterminée ou de contrats à durée déterminée qui se renouvellent régulièrement, la confiance dans la durée choisie par les parties doit être toute relative. L'appréciation de cette durée ne dépend en effet pas uniquement de sa précision par les parties, mais bien de « l'ancienneté des relations », à moins que, précisément, les parties aient choisi des durées variables de préavis en fonction de l'évolution de la durée des contrats, ce qui n'est guère aisé<sup>95</sup>. L'article L. 442-6, I, 5° prévoit en outre une disposition particulière pour le contrat conclu en vue de la fourniture de produits « sous marque de distributeur » (MDD)<sup>96</sup> :

« Lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur ».

C'est également le cas des relations résultant d'une procédure dite « d'enchères inversées ».

---

<sup>90</sup>Cass. com., 3 avr. 2012 : *Bull. civ.* 2012, IV, n° 71.

<sup>91</sup>V. Cass. com., 5 oct. 1993, préc. – Cass. com., 4 janv. 1994 : *Contrats, conc. consom.* 1994, n° 69, obs. L. Leveneur. – Cass. com., 20 janv. 1998, préc. et V. Cass. com., 7 oct. 1997 : *D.* 1998, p. 413, note C. Jamin ; *JCP G* 1998, II, 10085, obs. J.-P. Chazal ; *Contrats, conc. consom.* 1997, n° 20, obs. L. Leveneur ; *RTD civ.* 1998, p. 130, obs. P.-Y. Gautier ; *RTD civ.* 1998, p. 370, obs. J. Mestre.

<sup>92</sup>Comp. M. Fabre-Magnan, *L'obligation de motivation dans les contrats*, in *Mél. J. Ghestin*, LGDJ, 2001 ou inéluctable et donc à aménager sur des considérations économiques : D. Mainguy, *Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats*, in *Mél. M. Cabrillac*, Dalloz, Litec, 1999, p. 165.

<sup>93</sup>Cass. com., 20 janv. 1998 : *D.* 1998, 413, note Ch. Jamin ; *JCP G* 1998, II, 10018, note J.-P. Chazal. – Cass. com., 7 oct. 1997 : *D.* 1998, 413, note Ch. Jamin ; *JCP G* 1998, II, 10085, note J.-P. Chazal ; *Contrats, conc. consom.* 1998, n° 20, obs. L. Leveneur ; *RTD civ.* 1998, 130, obs. P.-Y. Gautier. – Cass. com., 5 oct. 1993 : *JCP G* 1994, II, 22224, note Ch. Jamin ; *adde L'abus de droit dans les contrats* et spéc. B. Fages, *L'abus de droit dans les contrats de distribution : CDE* 1998/6, p. 11. – M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, *Les contrats de la distribution, op. cit.*, n°s 340 et s.

<sup>94</sup>Mais V. Cass. com., 24 sept. 2013, n° 12-21.089, Cass. com., 25 oct. 2017, n° 15-24060.

<sup>95</sup>V. par ex., CA Rouen, 3 nov. 1998 : *CDE* 1999/2, obs. D. Mainguy. – Ph. Grignon et J.-L. Respaud, qui avaient considéré que la durée de trois mois fixée par le contrat était insuffisante. – CA Versailles, 17 juin 1999 : *CDE* 2000/4, n° 6, obs. D. Mainguy et J.-L. Respaud à propos d'un contrat de concession commerciale conclu pour une durée indéterminée résilié en respectant un préavis d'un mois : « Considérant qu'il est de principe que lorsqu'un contrat de concession a été conclu pour une durée indéterminée, chacune des parties est en droit de le résilier sans indemnité et sans avoir à fournir de motifs, sous réserve toutefois d'un préavis suffisant et sauf le cas d'un abus de droit imputable à l'auteur de la rupture (...). Considérant que (...) le délai de quelques semaines, même prorogé d'un mois dont a bénéficié le concessionnaire, ne saurait constituer un préavis suffisant, eu égard à la durée des relations permettant audit concessionnaire de réorienter ses activités et de trouver des débouchés de substitution », Cass. com., 3 déc. 2002, préc.

<sup>96</sup>A. de Brosses, *Le régime des produits vendus sous marque de distributeur : LPA* 2 juill. 2002, n° 131, p. 17.

En outre, le texte de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce prévoit expressément que la résiliation sans préavis est possible, notamment « en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure », situation contrôlée par la Cour de cassation<sup>97</sup>.

Une difficulté repose sur l'hypothèse dans laquelle une relation est conclue alors que l'un des contractants envisage de lancer un appel d'offres privé<sup>98</sup>, visant à prolonger la relation, dans des conditions nouvelles et pas nécessairement avec le même contractant. La Cour de cassation considère que, en principe, un tel appel d'offre manifeste la volonté de son auteur de ne pas poursuivre la relation et qu'il vaut, donc, préavis<sup>99</sup>. Il convient alors que cet appel d'offres soit sérieux et qu'il ne soit pas, en réalité, destiné à rompre une relation en évitant l'adresse d'un préavis.

La jurisprudence est considérable et fourmille d'exemples qui, par leur répétition, permettent de se faire une idée de la « bonne durée » d'un préavis. Il n'y a évidemment pas de norme en l'absence de règle particulière. La jurisprudence rend compte des critères utilisés pour identifier la durée raisonnable du préavis. Il peut s'agir de facteurs qui, au-delà de l'ancienneté des relations, tendent à allonger le préavis. On peut citer : la durée des relations, qui est le plus important de ces critères, mais également les investissements réalisés<sup>100</sup>, le fait pour l'auteur de la rupture de laisser entendre que la relation doit se poursuivre, la dépendance économique<sup>101</sup>, le volume d'affaires réalisé, la notoriété des produits ou de l'auteur de la rupture, etc. Il peut s'agir de facteurs qui au contraire tendent à diminuer le préavis raisonnable comme le comportement de celui qui subit la rupture. Une manière raisonnable de raisonner est considérer qu'une année de relation équivaut à un mois de préavis, avec, sans doute des effets de seuils (5 ans, six mois, dix ans un an), détermination approximative à laquelle il faudrait ensuite ajouter ou retrancher en fonction des circonstances de fait.

**204. – Intérêt de l'article L. 442-6, I, 5° et indemnisation.** On observe que l'utilité de ce texte au départ assez maigre s'est considérablement étoffée du fait de son interprétation jurisprudentielle. La seule véritable nouveauté proposée par le texte repose sur l'exigence d'écrit et une certaine rigidité dans la computation du délai de préavis. On peut ajouter l'identification d'une catégorie juridique nouvelle, celle de « relation commerciale établie ». Mais on peine à imaginer quel préjudice spécifique le non-respect de l'écrit pourrait créer, dans le cas où un opérateur respecterait un préavis verbal d'une durée tenant effectivement compte de l'ancienneté des relations. On pourrait concevoir que la jurisprudence s'en tienne à une conception très formaliste de cette exigence d'écrit, de sorte que son défaut emporterait nullité du préavis et donc absence de préavis<sup>102</sup>. Cette perspective est cependant bien étrangère à la matière des contrats d'affaires, d'autant que le droit commun des contrats tolère très largement l'existence d'un préavis verbal<sup>103</sup>. Un second intérêt est d'ordre processuel : la violation de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce fournit au ministre de l'Économie et à ses services l'occasion d'intervenir, même pour demander réparation du préjudice dans les conditions posées par l'article L. 442-6, III du même code.

Pourtant, nombre de problèmes nouveaux apparaissent et lui confèrent une importance nouvelle et, à bien des égards, décisive, au-delà de la simple utilité processuelle permettant à un plaideur d'identifier sa demande en la rattachant à un texte de loi.

Il en est ainsi de la référence à une rupture brutale partielle (V. *infra*, n° 205) ou du refus d'achat.

On constate alors que ce texte, spécial et *a priori* de droit de la concurrence, se présente à la fois comme un texte d'exception aux règles du droit commun des contrats et en même temps comme une reprise de ces règles, dont la vocation serait d'englober une bonne part du contentieux en la matière, singulièrement celui des contrats et relations de distribution, alors même que, au départ, en 1996, il s'agissait simplement de traiter les hypothèses de déréférencement par des règles civiles et non par des pratiques anticoncurrentielles (C. com., art. L. 420-2, al. 1). En revanche, la rédaction de ce texte autorise une interprétation plus large que l'objectif affiché.

Une première raison de ce succès repose sur la possibilité d'une telle interprétation et le fait que, avant la réforme du droit des contrats de 2016, il n'existait pas de règle explicite du droit commun permettant de fonder, en droit et de manière indiscutable, une demande en justice reposant sur une question de rupture, éventuellement, brutale, d'un contrat. C'est peut-être cette dernière raison qui justifie son application bien en dehors des relations

<sup>97</sup>V. Cass. com., 21 févr. 2012, n° 09-15.438. – Cass. com., 25 sept. 2007, n° 06-15.517. – Cass. com., 15 mai 2007, n° 05-19.370 : *JCP E* 2009, 1638, obs. D. Mainguy.

<sup>98</sup>L. Bettoni, *L'appel d'offres privé*, op. cit.

<sup>99</sup>Cass. com. 8 déc. 2015, n°14-18228, 2 nov. 2011, n°10-26656, 18 déc. 2007, n° 05-15.970.

<sup>100</sup>CA Douai, 5 déc. 2002 (2 arrêts) : *CDE* 2003/3, p. 111, obs. D. Mainguy.

<sup>101</sup>Cass. com. 4 juill. 2016, n°15-14025, CA Lyon, 15 mars 2002 et CA Versailles, 22 mars 2002, préc.

<sup>102</sup>Comp. Cass. com. 25 oct. 2017, n°15-24060, *JCP E* 2018, 1131, n° 2, obs. D. Mainguy

<sup>103</sup>V. CA Paris, 13 oct. 1967 : *Gaz. Pal.* 1968, 1, 36. – Cass. com., 27 oct. 1970 : *JCP G* 1971, II, 16689 : il suffit que le préavis soit exprimé de façon non équivoque.

entre fournisseurs et distributeurs, « quel que soit le statut juridique de la victime du comportement incriminé »<sup>104</sup>, et que bon nombre de demandes cherchent à obtenir une indemnisation de tout le préjudice subi et pas uniquement de celui résultant de la rupture brutale. On constate, d'abord, comme la plupart des arrêts en font la démonstration, la volonté d'appliquer ce texte de façon très large, à toutes les relations commerciales établies dans le sens très large plus haut relevé. On observe ensuite que les solutions qui en résultent ne sont pas toujours conformes aux règles posées par le droit commun des contrats. C'est le cas, notamment, de l'établissement du préjudice subi par le contractant évincé. En principe, les hypothèses de rupture abusive d'un contrat se scindent en deux catégories plus haut décrites, celle de la rupture *fautive* et celle de la rupture *brutale*, cette dernière étant doublée par l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce. Or, les préjudices réparables correspondants sont en principe bien distingués. Dans un cas, celui de la rupture *brutale*, le préjudice correspond au préavis non exécuté. Dans l'autre, celui de la rupture *fautive*, le préjudice subi est le gain manqué, la perte d'une chance de poursuivre la relation commerciale. Or, ces deux préjudices sont bien distincts. Si, en effet, un préavis conforme est respecté, le principe selon lequel les contrats à durée indéterminée sont par nature précaires interdit que la rupture du contrat emporte, en elle-même, un préjudice réparable, sauf le caractère brutal de celle-ci<sup>105</sup>.

Une deuxième raison tient aux conséquences de ce texte sur les dispositions contractuelles : l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce établit une règle d'ordre public, de telle manière que des stipulations contractuelles fixant un délai de préavis qui serait considéré comme insuffisant en l'absence de celles-ci ne s'imposent pas au juge. Au contraire, l'exigence d'un préavis raisonnable tenant compte de l'ancienneté des relations s'impose de manière générale, malgré toute stipulation contractuelle<sup>106</sup>, solution qui pose alors difficultés dans le cas de la présence d'une clause attributive de juridiction, dans l'ordre interne ou dans l'ordre international (V. *infra*, n° 206).

Une troisième repose sur les difficultés processuelles que ce texte révèle (cf. *supra*, n° ) et l'effet d'aubaine qu'elles peuvent emporter.

Enfin, le préjudice réparé est la conséquence de la brutalité de la rupture ; il ne répare pas les conséquences de la rupture du contrat, ni le caractère éventuellement fautif ou abusif de la rupture<sup>107</sup>, de sorte que la conséquence de la brutalité de la rupture est l'équivalent, en termes d'indemnisation, du préavis qui aurait dû être respecté<sup>108</sup>, et non de celui résultant de la rupture<sup>109</sup>. L'indemnisation d'un point de vue matériel s'établit sur le fondement du chiffre d'affaires manqué, de la rentabilité, de la marge brute ou de la marge nette. La jurisprudence, conforme aux logiques comptables, considère que c'est la marge brute qui aurait dû être réalisée durant les mois de préavis non respecté qui établit la base de la responsabilité<sup>110</sup>. Il convient cependant qu'un préjudice puisse être réellement identifié<sup>111</sup>.

**205. – Rupture partielle.** L'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce précise également que la rupture, brutale, peut être partielle. La question peut se poser en effet d'une « fausse rupture » du contrat, par simple diminution des commandes, par exemple pour contourner l'exigence de préavis ou l'éventuelle sanction de la rupture abusive<sup>112</sup>, c'est-à-dire d'un « déréférencement partiel », notion guère éclairante et qui n'a pas vraiment

<sup>104</sup>V. Cass. com., 6 févr. 2007, n° 03-20.463 : *JCP E* 2008, 1638, n° 2, obs. D. Mainguy. – Pour une association, mais pour un contrat d'exercice libéral, Cass. com., 23 oct. 2007, n° 06-16.774 : *JCP E* 2008, 1638, n° 2, préc., et dans les relations de sociétés, par exemple s'agissant du retrait d'un membre d'un GIE : Cass. com., 3 avr. 2007, n° 06-10.256 : *Contrats, conc. consom.* 2007, n° 171, obs. M. Malaurie-Vignal ; *JCP E* 2008, 1638, n° 2, préc.

<sup>105</sup>Cass. com., 23 avr. 2003, préc. : le contractant évincé « ne peut obtenir réparation que du préjudice entraîné par le caractère brutal de la rupture et non du préjudice découlant de la rupture elle-même ».

<sup>106</sup>Cass. com. 22 oct. 2013, n°12-19500, CCC 2013, n°266, obs. N. Mathey, RTDciv. 2014, p. 118, obs. B. Fages, Cass. com., 6 mars 2007, n° 05-18.121 : *JCP E* 2008, 1638, n° 2, obs. D. Mainguy.

<sup>107</sup>Cf. N. Mathey, *L'évaluation du préjudice en cas de rupture d'un contrat de distribution : Contrats, conc. consom.* 2010, n° 4. – E. Schulle et E. Le Mordehec, *L'indemnisation de la rupture brutale de relations commerciales établies : JCP E* 2011, 466. – O. Deshayes, *Le dommage réparable en cas de rupture brutale d'une relation commerciale établie : Rev. Lamy dr. aff.* 2010, n° 51.

<sup>108</sup>Cass. com., 9 juill. 2013, n° 12-20.468, CCC 2013, n°299, obs. N. Mathey.

<sup>109</sup>Cass. com. 6 nov. 2012, n°11-24570, CCC 2013, n°9, obs. N. Mathey, *RLDA* 2013, n°4533, note C. Mouly-Guillemaud, 9 juill. 2013, n°12-20468, préc.

<sup>110</sup>Cass. com., 28 mai 2013 : *Contrats, conc. consom.* 2013, n° 183, obs. N. Mathey.

<sup>111</sup>Cass. com. 1<sup>er</sup> mars 2017, n°15-12785, *JCP* 2018, E, 1131, n°2, obs. D. Mainguy, absence de préjudice pour avoir retrouvé une solution équivalente, Cass. com. 1<sup>er</sup> mars 2017, n°15-20848, préjudice réduit du fait du maintien de relations.

<sup>112</sup>V. J. Beauchard, *Réflexion sur le déréférencement abusif : LPA* 7 févr. 1997, p. 13. – V. D. Ferrier, *Le déréférencement d'un fournisseur par une centrale d'achat*, in *La cessation des relations d'affaires*, PUAM, 1996, p. 45.

de sens en dehors du domaine de la grande distribution<sup>113</sup>. La jurisprudence rendue sur la base de ce texte<sup>114</sup> comme sur celle du droit commun des contrats<sup>115</sup> retient cette hypothèse, pour l'assimiler à une rupture « ordinaire » du contrat, nécessitant donc le respect d'un préavis<sup>116</sup> pour autant que les autres conditions soient réunies, notamment celle de la brutalité de la rupture partielle. Il en est différemment toutefois dans le cas d'une diminution de commande par un acheteur à l'endroit de son fournisseur, alors que l'acheteur n'a pris aucun engagement de volume et qu'il subit une baisse de son chiffre d'affaires et une hausse du prix du fournisseur<sup>117</sup>.

De même, est équivalente à une rupture totale la « rupture échelonnée » lorsque les parties sont liées par un ensemble de contrats et que l'une procède à la rupture d'un contrat, mais laisse demeurer le contrat principal, alors que les contrats rompus étaient soit des compléments nécessaires, soit permettaient au contrat principal d'assurer son équilibre financier<sup>118</sup>. A bien des égards d'ailleurs, dans la mesure où la « rupture », serait-elle partielle, brutale de relations commerciales établies, n'est jamais qu'une forme d'adaptation de situations factuelles connues du droit des contrats, on peut imaginer une adaptation plus complète : la modification substantielle des conditions contractuelles<sup>119</sup>.

**206. – Sanction contractuelle et/ou délictuelle ?** Assez curieusement, la question de la nature de la responsabilité, délictuelle ou contractuelle, encourue du fait de l'application de ce texte pose difficulté.

La nature délictuelle de la sanction est souvent suggérée car ce texte dispose, qu'« engage sa responsabilité, le fait, (...) de rompre, même brutalement une relation commerciale établie (...) », alors pourtant que la rupture d'un contrat est susceptible de relever soit d'un contentieux contractuel chaque fois que la rupture est celle d'un contrat, un contrat-cadre, soit d'un contentieux délictuel, par exemple si c'est de la rupture d'une succession de contrats dont il s'agit.

Dans un contexte interne, la Cour de cassation affirme de manière assez nette<sup>120</sup>, avec toutes les conséquences qui en découlent, par exemple s'agissant de l'application d'une clause attributive de compétence.

Toutefois, dans un contexte international, la Cour de cassation affirme de manière tout aussi nette qu'une clause attributive de juridiction doit être appliquée quand bien même le litige est fondé sur l'article L. 442-

---

<sup>113</sup>V. J. Beauchard, *Stabilisation des relations contractuelles*, art. cit. : « Qu'est-ce qu'une rupture partielle ? Est-ce qu'une diminution des commandes constituera une rupture partielle ? Il ne me semble pas que l'on puisse appliquer le texte sur ce simple critère. Une baisse des commandes peut être tout simplement due à une baisse d'achat des consommateurs sur tel ou tel produit ou à un changement de goût de la clientèle, à l'arrivée sur le marché de produits concurrents qui attirent la clientèle, au fait qu'un produit finisse par se démoder, etc. En fait, en envisageant la rupture partielle, il semble que le législateur ait surtout songé au déréférencement partiel pour certains produits de la gamme d'un fournisseur. C'est peut-être la seule hypothèse où l'on admettra effectivement la rupture partielle de relations commerciales établies, hormis sans doute dans quelques hypothèses marginales que les circonstances révéleront ». Comp., à propos de modulations de commandes et la notion de rupture partielle, Cons. conc., déc. n° 94-D-60, 13 déc. 1994, *Secteur des lessives : Rec. ADCC Lamy*, n° 616, note D. Mainguy ; en appel, CA Paris, 13 déc. 1995 : *BOCC* 28 févr. 1996, p. 57, « en ce qui concerne les déréférencements partiels (...) il ne peut être refusé à un distributeur toute possibilité de ralentissement ou de modulation des commandes et de lui imposer de s'approvisionner, quel que soit l'état du marché et de ses stocks, aux cadences antérieures ».

<sup>114</sup>Cass. com., 7 juill. 2004 : *CDE* 2004/5, n° 5, obs. D. Mainguy ; *RDC* 2005, p. 392, obs. M. Béhar-Touchais.

<sup>115</sup>V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 juill. 1996 : *Bull. civ.* 1996, I, n° 292 ; *RTD civ.* 1997, p. 426, obs. J. Mestre (réduction de 80 % de l'activité d'une clinique avec un médecin anesthésiste).

<sup>116</sup>Cass. com., 23 janv. 2007, n° 04-16.779 : *JCP E* 2008, 1638, n° 2, obs. D. Mainguy.

<sup>117</sup>Cass. com. 8 nov. 2017, n°16-15285.

<sup>118</sup>V. Cass. com., 17 juill. 2001 : *RJDA* 2002, n° 148.

<sup>119</sup>Cass. com. 12 févr. 2013, n°12-11709, retrait sans justifications d'avantages précuniers, Cass. com. 3 mai 2012, n°10-26366, retrait d'une exclusivité..

<sup>120</sup>Cass. com., 6 févr. 2007, n° 04-13.178 : *Bull. civ.* 2007, IV, n° 21 ; *D.* 2007, p. 653, obs. E. Chevrier ; *JCP G* 2007, II, 10108, note F. Marmoz ; *RDC* 2007, p. 731, obs. J.-C. Borghetti ; *Rev. Lamy conc.* 2007/13, n° 942 ; *JCP E* 2008, 1638, obs. D. Mainguy : « alors que le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels, engage la responsabilité délictuelle de son auteur ». – Cass. com., 21 oct. 2008, n° 07-12.336 : *JCP E* 2009, 1479, obs. D. Mainguy. – Cass. com., 13 janv. 2009, n° 08-13.971 : *RDC* 2009, 1016, obs. D. Mazeaud, et 1147, obs. M. Béhar-Touchais ; *D.* 2009, 295, obs. E. Chevrier, et 2892, obs. D. Ferrier, Cass. com., 21 sept. 2010, n° 09-15.716, – Cass. com., 18 janv. 2011, n° 10-11.885, Cass. com., 4 oct. 2011, n° 10-20.240.

6, I, 5° du Code de commerce<sup>121</sup>, de telle manière que la question rebondit pour savoir si l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce est, ou non, une loi de police, de telle manière qu'il évincerait tout conflit de loi pour imposer le jeu de la loi française et, éventuellement, la considération d'une responsabilité délictuelle pour évincer le jeu d'une clause attributive de compétence<sup>122</sup>. La Cour de cassation n'a jamais considéré que l'article L. 442-6 était une loi de police dans l'ordre international, en sorte que l'invocation de ce texte suffirait pour faire obstacle au jeu du mécanisme du conflit de lois pour imposer systématiquement la loi française<sup>123</sup>. La doctrine se rallie plutôt à l'opinion selon laquelle la responsabilité de l'article L. 442-6, I, 5°, du Code de commerce serait délictuelle<sup>124</sup> notamment en raison du caractère d'ordre public du texte de l'article L. 442-6 du Code de commerce, mais également parce que l'entame du texte (« engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé, le fait [...] ») dégage une atmosphère de responsabilité civile délictuelle. On peut au contraire observer qu'aucun de ces arguments n'est convaincant<sup>125</sup>, dans la mesure où on pourrait considérer que la responsabilité de l'article L. 442-6 n'est ni délictuelle ni contractuelle, mais autonome, c'est-à-dire ou bien délictuelle ou bien contractuelle selon les situations, notamment face à l'enjeu de l'application et du respect des clauses relatives au litige, dans les relations contractuelles qu'elles soient internationales ou nationales.

La CJUE a ainsi, dans un arrêt *Granarolo* du 14 juillet 2016<sup>126</sup> considéré que « une action indemnitaire fondée sur une rupture brutale de relations commerciales établies de longue date [...] ne relève pas de la matière délictuelle ou quasi délictuelle au sens de ce règlement s'il existait, entre les parties, une relation contractuelle tacite, ce qu'il revient à la juridiction de renvoi de vérifier ». Il suffit donc que la rupture brutale soit celle d'une relation *contractuelle* établie, même *tacite*, pour que la responsabilité soit de nature contractuelle, tandis que si la relation commerciale établie n'est pas fondée sur une telle relation contractuelle tacite, la nature de la responsabilité est de nature délictuelle. L'enjeu repose sur la nature de la responsabilité dans les relations fondées sur un ensemble simple de ventes successives : sont-elles, ou non, fondées sur un encadrement tacite. La Cour de cassation semble se ranger à cette solution pour en reprendre les termes en matière internationale<sup>127</sup>.

---

<sup>121</sup>Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mars 2007, n° 06-10.946 : *D.* 2007, 951, obs. E. Chevrier ; *RTD com.* 2008, 210, obs. P. Delebecque ; *JCP E* 2008, 1638, n° 2, obs. D. Mainguy. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 oct. 2008, n° 07-15.823 : *D.* 2009, 200, note F. Jault-Seseke, 684, chron. A. Huet, et 2384, obs. S. Bollée ; *Contrats, conc. consom.* 2008, n° 270, obs. M. Malaurie-Vignal ; *RDC* 2009, 691, obs. M. Béhar-Touchais ; *JCP E* 2009, 1409, note M. Ollivry ; *JCP E* 2009, 1479, obs. D. Mainguy ; *Rev. crit. DIP* 2009, 1, étude D. Bureau et H. Muir-Watt. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 juill. 2010, n° 09-67.013 : *D.* 2010, 2884, note M. Audit et O. Cuperlier, 2544, obs. C. Dorandeu, et 2937, obs. T. Clay ; *Rev. crit. DIP* 2010, 743, note D. Bureau et H. Muir-Watt.

<sup>122</sup>Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 oct. 2008, n° 07-15.823, préc. : « Pour écarter la clause attributive de juridiction et reconnaître la compétence des juridictions françaises, l'arrêt retient qu'il s'agit d'appliquer des dispositions impératives relevant de l'ordre public économique constitutives de lois de police et de sanctionner des pratiques discriminatoires assimilées à des délits civils qui ont été commises sur le territoire national ; Qu'en statuant ainsi, alors que la clause attributive de juridiction contenue dans ce contrat visait tout litige né du contrat, et devait en conséquence, être mise en œuvre, des dispositions impératives constitutives de lois de police fussent-elles applicables au fond du litige, la cour d'appel a violé le texte et les principes susvisés ». – Cass. com., 21 oct. 2008, n° 07-12.336 : *JCP E* 2009, I, 1479, obs. D. Mainguy : « Attendu que pour rejeter la demande de dommages-intérêts de la société Auramo France fondée sur la rupture brutale des relations commerciales établies, la cour d'appel retient que l'article L. 442-6 du Code de commerce ne peut pas s'appliquer aux relations commerciales internationales, quels que puissent être les raisonnements sur la loi applicable ou sur son caractère plus ou moins impératif ; que le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement une relation commerciale établie engage la responsabilité délictuelle de son auteur et que la loi applicable à cette responsabilité est celle de l'État du lieu où le fait dommageable s'est produit, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

<sup>123</sup>Comp. cependant Paris, pôle 5, ch. 4, 11 déc. 2013, n° 11/20287 : *Contrats, conc. consom.* 2014, n° 67, obs. N. Mathey.

<sup>124</sup>D. Mazeaud, obs. in *RDC* 2009, 1016. – J.-S. Borghetti, obs. préc. in *RDC* 2007, 731.

<sup>125</sup>D. Mainguy, « La nature de la responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies : une controverse jurisprudentielle à résoudre » : *D.* 2011, chron. p. 1495.

<sup>126</sup>CJUE, 14 juill. 2016, *Granarolo*, aff. C-196/15, *D.* 2016, p. 2025, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *RTD civ.* 2016, p. 814, obs. L. Usunier ; *RTD civ.* 2016, p. 837, obs. H. Barbier.

<sup>127</sup>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janv. 2017, n°15-26105, Cass. com. 21 juin 2017, n°16-11.828, Cass. com. 5 juill. 2017, n°16-13862, Cass. com. 20 sept. 2017, n°16-14812, *JCP* 2018, E, 1131, obs. D. Mainguy : « une action indemnitaire fondée sur une rupture brutale de relations commerciales établies de longue date ne relève pas de la matière délictuelle ou quasi délictuelle, au sens de ce règlement, s'il existait, entre les parties, une relation contractuelle tacite reposant sur un faisceau d'éléments concordants, parmi lesquels sont susceptibles de figurer, notamment, l'existence de relations commerciales établies de longue date, la bonne foi entre les parties, la

**207. – Refus d’achat ?** À la différence du refus de vente, qui a été sanctionné pendant longtemps, le refus d’achat, qui est l’expression de la liberté de s’approvisionner, n’a jamais fait l’objet d’une sanction particulière<sup>128</sup>. La seule limite résulte, indirectement, des conditions de la sanction du déréfèrement ou du réfèrement abusif, qui peut être considérée comme le refus d’acheter à certaines conditions ou bien encore lorsque la rupture d’une relation résulte d’une modification des conditions contractuelles<sup>129</sup>. L’ensemble participe alors d’une modélisation de l’abus de la puissance d’achat<sup>130</sup> que tous ces textes éparés d’un droit de la concurrence morcelé (V. not. C. com., art. L. 420-2, L. 441-3 et s., L. 442-6, I, 1°, 2°, 3°, 4°, 6°) peinent cependant à identifier.

---

régularité des transactions et leur évolution dans le temps exprimée en quantité et en valeur, les éventuels accords sur les prix facturés et/ou sur les rabais accordés, ainsi que la correspondance échangée » (Cass. com. 20 sept. 2017, préc.).

<sup>128</sup>V. Cass. com., 5 juill. 1994 : *JCP G* 1994, II, 22323, note J. Léonnet.

<sup>129</sup>V. Cass. com., 7 juill. 2004 : *D.* 2005, pan. 150, obs. D. Ferrier ; *RDC* 2005, p. 392, obs. M. Béhar-Touchais.

<sup>130</sup>L. Vogel, *Droit de la concurrence et puissance d’achat : plaidoyer pour un changement* : *JCP E* 1997, I, 713 et, du même auteur, *L’abus de puissance d’achat* : *D. affaires* 1999, p. 1464.