

FACULTE DE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE
4^{ème} année (M1), 1^{er} semestre, 2020-2021
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 2 Ventes et prestations de services entre distributeur et consommateurs

Partie 2 Diffusion et intermédiation

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

Transparence et pratiques restrictives de concurrence

156. – Présentation, délimitation, distinction avec le droit antitrust et le droit de la concurrence déloyale.

Cet ensemble de règles est, et de loin, le moins homogène, le moins cohérent et le plus souvent modifié. La formule utilisée ici pour les identifier n'est d'ailleurs pas très claire. L'ensemble de ces règles contenues dans le titre IV du livre IV du Code de commerce a été réformé par l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 « portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées » en application de l'article 17 de la loi « EGalim » du 30 octobre 2018. Avant cette réforme, ce titre IV comportait trois chapitres intitulés « De la transparence », « Des pratiques restrictives de concurrence » et « Des autres pratiques prohibées ». Désormais¹, trois chapitres, remodelés s'intitulent « De la transparence dans la relation commerciale », « Des pratiques commerciales déloyales entre entreprises » et « Des dispositions relatives aux produits agricoles et aux denrées alimentaires ». L'objectif de la réforme est, à s'en tenir à l'article 17 de la loi du 30 octobre 2018, notamment, de « clarifier les règles de facturation », « préciser les dispositions relatives aux conditions générales de vente » et « simplifier et de préciser les définitions des pratiques mentionnées à l'article L. 442-6 ».

Avant comme après l'ordonnance de 2019, le titre IV du livre IV du Code de commerce se présente lui-même comme de large envergure : « De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées ». Toutes les règles qui y sont contenues ne seront pas envisagées ici, en premier parce certaines ne sont pas véritablement susceptibles d'être identifiées comme relevant d'une conception, même large, du droit de la concurrence, notamment les règles instituées dans le Code rural **et de la pêche maritime** par la loi EGalim du 30 octobre 2018. Cette hétérogénéité détonne au regard des règles relatives à la concurrence déloyale, qui se fondent sur une conception opérationnelle et commerciale du droit de la responsabilité civile, aux clauses de non-concurrence, ou encore au regard des règles du droit antitrust. Il n'est pas certain d'ailleurs que les « pratiques restrictives de concurrence » relèvent du droit de la concurrence ; c'est d'ailleurs ce que nient les zéloteurs d'une conception stricte du droit de la concurrence, renvoyant les pratiques restrictives de concurrence à un ensemble flou relevant de la police économique, ou la police des contrats, un peu comme le droit de la consommation. C'est sans doute un peu exagéré, d'abord parce que les praticiens considèrent que ces règles relèvent du droit de la concurrence, ensuite parce que le nombre de cas réels relevant des pratiques restrictives de concurrence est infiniment plus important, bien que ces cas soient plus simples, que ceux mettant en œuvre des règles du droit antitrust, et enfin parce que la plupart des pratiques restrictives de concurrence peuvent également être considérées comme des pratiques anticoncurrentielles dès lors qu'une atteinte au marché est identifiée. Elles participent en outre du travail de régulation des comportements sur le marché pour améliorer son fonctionnement, tout comme le droit de la concurrence². Il est utile en revanche de s'interroger sur la ligne de partage existant entre ces règles et les règles du droit des contrats : l'effet utile de l'article L. 442-1, qui remplace l'ancien et célèbre article L. 442-6 du Code de commerce, se situe essentiellement dans la comparaison avec les règles du droit des clauses « abusives » entre professionnels et de la rupture brutale de relations contractuelles, dont la proximité, voire l'identité avec des thèmes classiques de droit des contrats est évidente³. On pourrait même se demander s'il ne

¹ L'ordonnance du 24 avril 2019 s'applique (art. 5) immédiatement pour l'essentiel, sauf les dispositions de l'article L. 441-3, III qui s'appliquent immédiatement aux conventions en cours. En outre, l'article L. 441-3 (sauf le III) s'applique à compter du 1^{er} février 2020, s'agissant des conventions en cours, dont la durée est supérieure à un an, et les dispositions de l'article L. 441-3 s'appliquent aux factures émises avant le 1^{er} octobre 2019.

² V. M.-A. Frison-Roche, *Contrat, concurrence, régulation* : RTD civ. 2004, p. 451.

³ M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, 2004. – M.-S. Payet, *Code civil et concurrence*, in 1804-2004, *Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004. – L. Idot, *L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit des contrats* : RDC 2004, p. 882. – O.-M. Boudou, *La liberté contractuelle au regard du droit de la concurrence (droit communautaire et droit français)*, thèse, Paris I, 2001. – M.-S. Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz, 2001. – F. Dreiffus-Netter, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations* : RTD civ. 1990, 369. – M. Malaurie-Vignal,

faudrait pas supprimer cette catégorie de règles, celles du titre IV du livre IV du Code de commerce pour les refondre dans un livre III qui traiterait des contrats d'affaires et de la concurrence déloyale.

156-1. – Conflits d'intérêts et corruption. Cet ensemble pourrait être complété, comme en droit américain de la concurrence, par des considérations sur les conflits d'intérêts ou sur la corruption. Il s'agit en effet de pratiques qui font obstacle à la conclusion de contrats intègres, équilibrés, ou libres.

C'est d'ailleurs la voie utilisée depuis la loi du 9 décembre 2016 dite « Sapin II » qui intègre la prise en compte de la question de la corruption dans les relations d'affaires, et qui impose diverses mesures dont le fait de dresser un programme de conformité anticorruption et anti-traffic d'influence comportant diverses mesures précisément décrites dont un code de bonne conduite, des dispositifs d'alerte, une cartographie des risques, des procédures d'évaluation des clients, etc. ; de conclure une convention judiciaire d'intérêt public, le tout contrôlé par l'Agence française anticorruption, lorsqu'un certain nombre de seuils sont atteints (effectifs de 500 salariés, chiffre d'affaires supérieur à 100 millions d'euros, L. 9 déc. 2016, art. 17, II). Le mécanisme vaut également pour la pratique des « cadeaux d'affaires ». L'ensemble toutefois est organisé sous la forme de règles de prévention, de vigilance, c'est-à-dire, globalement, de règles d'autorégulation, en attention de règles susceptibles de les sanctionner de manière plus systématique ou plus réelle.

157. – Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC). L'une des originalités de ce secteur est l'instauration, depuis 2001, d'une Commission d'examen des pratiques commerciales (C. com., art. L. 440-1), qui s'inscrit à la fois dans la logique d'une nouvelle « régulation » économique, par adjonction d'une autorité de conseil jouant le rôle d'un sage ou d'un filtre pour l'observation des relations producteurs-distributeurs et d'une forme de forum de discussion paritaire entre l'ensemble des partenaires économiques du secteur. Sans doute permettra-t-elle de mieux connaître ces relations, de les saisir, de les étudier, comme la Commission des clauses abusives permet par ses rapports et recommandations de se faire une idée très précise des relations contractuelles entre professionnels et consommateurs. La CEPC ne dispose de moyens juridiques que très limités. Elle est chargée de « donner des avis ou formuler des recommandations sur les questions, les documents commerciaux ou publicitaires (...) et les pratiques concernant les relations commerciales entre producteurs, fournisseurs, revendeurs qui lui sont soumis ». Dès lors, la dénomination offerte à la Commission devient beaucoup plus large que les missions qui lui sont reconnues. Les « relations commerciales entre producteurs, fournisseurs, revendeurs » ne recouvrent pas, loin s'en faut, l'ensemble des « pratiques commerciales ». La Commission se serait appelée « Observatoire des relations entre production et distribution » que cela aurait été plus proche de la réalité, sans rien lui retirer. D'autant que la fonction d'observatoire est l'un des rôles que l'article L. 440-1 du Code de commerce confie à la Commission, *via* l'établissement d'un rapport annuel. Mais peut-être est-ce simplement une question de marketing administratif ? Peu importe alors, pourvu que l'on sache à quoi s'en tenir : offrir à l'Administration et au secteur lui-même un outil d'étude et de réflexion sur ces pratiques qui posent problème depuis près de trente ans. Il s'agit vraisemblablement d'une très bonne initiative – vu en tout cas du côté de l'observateur avide d'en savoir un peu plus sur ces pratiques – dans la mesure du fonctionnement de cette Commission, même si, sauf heureuse surprise, elle ne devrait pas avoir beaucoup d'influence concrète. Le rôle de la Commission est en effet purement consultatif et confiné à un rôle d'émetteur d'avis sur « la conformité au droit de la pratique ou du document dont elle est saisie » à moins que la Commission ne développe la mission d'adoption de recommandations, par exemple « sur le développement des bonnes pratiques », d'autant qu'elle peut se saisir d'office.

158. – Plan. Tous les thèmes et pratiques relevant des « pratiques restrictives de concurrence » du titre IV du Code de commerce ne seront donc pas traités ; nous retrancherons quelques règles marginales pour évoquer les deux grands ensembles, hétérogènes, que sont d'une part les règles de la « transparence dans la négociation commerciale », intéressant, donc, la transparence et la négociation commerciale (Titre 1) et les règles intéressant les pratiques restrictives de concurrence, dites aussi « pratiques commerciales déloyales entre entreprises » (Titre 2), même si la dichotomie proposée par les règles du Code de commerce telle qu'elle résulte de l'ordonnance de 2019 ne sera pas, ici, systématiquement, observée.

Droit de la concurrence et droit des contrats : D. 1995, chron. 51 ; Droit de la concurrence et droit des obligations, in D. Mainguy (ss. dir.), Droit de la concurrence et droit privé : CDE 2000/4, p. 8. – B. Oppetit, La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence : Rev. sc. morales et pol. 1995, 241.

La transparence et la négociation commerciale

163. – Évolutions. Ce que l'on appelle la transparence, la transparence des prix, la transparence tarifaire⁴ ou, désormais, la transparence dans la relation commerciale, a été la grande affaire des années 1980 à 2008, dans les relations « industrie-commerce » ou « fournisseurs-distributeurs » et, par distributeur, il faut essentiellement entendre « acteurs de la grande distribution ». Elle est constituée des règles relatives aux conditions générales de vente (C. com., art. L. 441-1 et 441-2), à la négociation et la formalisation de la relation commerciale (C. com., art. L. 441-3 à 441-8), à la facturation et aux délais de paiement (C. com., art. L. 441-9 à 441-16) même si on aurait pu ajouter celles relatives à la revente à perte (C. com., art. L. 442-5), originellement instituées en 1986 et, auparavant par l'ordonnance de 1945 et les règles qui les avaient suivies.

Ces règles révèlent un ensemble particulier qui identifie un ensemble que l'on peut considérer comme formant des règles spéciales à la négociation commerciale. Rappelons en effet que les règles de la négociation des contrats de droit commun sont désormais inscrites dans le Code civil aux articles 1112 et suivants, dans une partie intitulée « Les négociations » et les articles 1113 et suivants relatifs à l'offre et l'acceptation. La négociation y est globalement libre, sauf quelques règles précisées et bien connues. Par conséquent, il pourrait sembler surprenant que les règles du droit commercial, en général considérées comme plus souples que celles du droit civil, créent des règles d'une technicité et d'une complexité parfois redoutables.

L'ensemble de ces règles existait sous la forme d'une « police des prix », particulièrement présente à compter de l'ordonnance du 30 juin 1945 surtout sous l'empire de l'ordonnance de 1986. L'expression est devenue le titre d'un chapitre du titre IV du livre IV du Code de commerce, depuis la recodification de 2000, chapitre qui, d'ailleurs, inclut les règles relatives aux discriminations, aux délais de paiement ou à la revente à perte. L'ensemble a été totalement rénové par l'ordonnance du 24 avril 2019.

Déjà, sous l'empire de l'ordonnance de 1986, l'ordonnancement de ces textes posait difficulté ; il a été très largement accru par la codification et par les réformes successives. C'est ainsi que ces règles sont désormais éparpillées dans trois chapitres sans que l'on puisse véritablement trouver de justification logique.

Par ailleurs, ces règles s'inscrivent dans une perspective de réglementation des relations établies entre les « producteurs » et la « grande distribution », même si la généralité des termes utilisés permet d'envisager des situations plus larges. Or, cette réglementation est difficile, et ses objectifs presque impossibles à atteindre puisqu'il s'agit, pour le législateur, de proposer des règles générales et impersonnelles à des situations particulières. Ces relations contractuelles, il n'est pas inutile de le rappeler, portent sur des enjeux financiers colossaux et sont structurellement déséquilibrées. Ces relations sont largement concentrées vers quelques grandes enseignes de la grande distribution (six majeures) et un grand nombre de producteurs de taille différente, de la petite PME locale à des multinationales qui tous partagent une même logique. Ces fournisseurs n'ont, en France que six clients majeurs, de telle manière que chacun d'entre eux représente environ 20 % en moyenne de leur chiffre d'affaires. Au-delà de ce domaine, dit de la « grande distribution », elles intéressent toutes les relations commerciales, telles que définies dans cet ensemble.

Ces règles font l'objet d'une activité réglementaire et surtout législative considérable, après l'ordonnance de 1945. Pourquoi un tel intérêt autour de ces questions ? Les enjeux économiques sont considérables (500 milliards d'euros environ, dont plus de la moitié pour la grande distribution) et donc une incidence majeure sur le pouvoir d'achat des consommateurs, les prix de vente, donc les marges des producteurs et la marge des entreprises de la distribution, une équation très difficile à élaborer et à résoudre. D'autant que la préoccupation des

⁴ V. M. et J.-M. Mousseron et D. Mainguy, *Le droit français nouveau de la transparence tarifaire*, Litec, coll. « Act. dr. entr. », 1998, t. 18. – F. Riem, *La notion de transparence dans le droit de la concurrence*, L'Harmattan, 2002. – L. et J. Vogel, *Ombres et lumières de la transparence tarifaire* : JCP E 1995, I, 436. – M. Malaurie-Vignal, *Transparence tarifaire et liberté contractuelle* : JCP E 1996, I, 537. – Adde P. Pigassou, *La pénalisation de la transparence tarifaire à l'épreuve de la libre circulation des marchandises* : RTD com. 1995, p. 693.

pouvoirs publics oscille entre ces trois axes, avec une dimension supplémentaire : aucune autorégulation ne permet d'assurer un équilibre satisfaisant (les données comportementales et néoclassiques de l'analyse économique du droit sont purement théoriques et ne résistent pas à la réalité), ce dont il résulte, au gré des circonstances et des majorités politiques, les évolutions quasi annuelles des modifications de ces règles et, pour citer les principales :

- circulaire « Scrivener » du 10 janvier 1978, relative aux relations commerciales entre entreprises ;
- circulaire « Delors » du 22 mai 1984⁵, relative à la transparence tarifaire dans les relations commerciales entre les entreprises ;
- ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence, art. 31 et s. ;
- loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989, relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social prévoyant un rapport annuel au Parlement sur les pratiques tarifaires entre entreprises ;
- loi n° 92-1142 du 31 décembre 1992, relative aux délais de paiement entre les entreprises ;
- loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ;
- loi « Galland » n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales ;
- loi « NRE » n° 2001-420 du 15 mai 2001, sur les nouvelles régulations économiques (NRE) ;
- circulaire « Dutreil » du 16 mai 2003⁶, relative à la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs ;
- loi « Dutreil » n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises ;
- circulaire « Dutreil II » du 8 décembre 2005⁷ relative à la modernisation des relations commerciales ;
- loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008, pour le développement de la concurrence au service des consommateurs ;
- loi « LME » n° 2008-777 du 4 août 2008 de modernisation économique ;
- loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010, relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services ;
- loi n° 2012-387 du 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives ;
- loi « Hamon » n° 2014-344 du 17 mars 2014, relative à la consommation ;
- loi « Macron » n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques ;
- loi « Sapin II » n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ;
- ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017, relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles ;
- loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018, relative à la protection du secret des affaires ;
- loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance ;
- loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous⁸ ;
- ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées.

En outre, ces règles sont d'ordre public et, parfois, pénalement sanctionnées, même si ces sanctions pénales sont aujourd'hui l'exception (C. com., art. L. 442-5, L. 442-6, L. 442-9, L. 442-11, L. 443-1, L. 443-2). Au regard de l'article L. 113-2 du Code pénal qui impose l'application de la loi pénale française à toutes les infractions commises en France, il résulte que ces règles s'appliquent à des étrangers en France : il suffit donc que les éléments

5 J.-M. Mousseron : *JCP E* 1984, I, 15.533. – J.-J. Burst et R. Kovar, *Le clair-obscur de la circulaire du 18 mai 1984* : *D.* 1985, chron. p. 85.

6 JO 25 mai 2003, p. 8970. – V. D. Ferrier et D. Ferré, La circulaire dite « Dutreil » du 16 mai 2003 : une nouvelle approche de la négociation entre fournisseur et distributeur : *D.* 2003, chron. 1751. – D. Mainguy et J.-M. Vertut, Les obscures lumières de la transparence tarifaire : *JCP E* 2003, I. – V. D. Mainguy, Premières vues sur le projet de circulaire sur la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs : *JCP E* 2003, act. 183.

7 D. Mainguy, La circulaire du 8 décembre 2005 relative à la modernisation des relations commerciales : *JCP E* 2006, 1294.

8 L. et J. Vogel, La réforme du droit des relations commerciales par la loi EGalim : *AJCA* 2018, p. 510.

constitutifs de l'infraction soient réalisés en France pour que ces règles s'appliquent ; *a contrario*, il suffit donc qu'ils soient réalisés hors de France pour que le droit pénal français soit impuissant.

Enfin, il convient de poser ici la limite nécessaire entre l'application des règles ici envisagées, relevant des *pratiques restrictives de concurrence* et celles des *pratiques anticoncurrentielles*. En effet, la prohibition des pratiques anticoncurrentielles est générale et indépendante des réserves ou des validations spécifiques des règles relevant des pratiques restrictives de concurrence. Or, les règles du droit des pratiques anticoncurrentielles ne font pas de la transparence un principe pro concurrentiel, au contraire. Ainsi la communication d'informations sur les prix entre concurrents est considérée comme ne facilitant pas une concurrence loyale et pourrait identifier l'objet d'une entente. De la même manière, la fin de la prohibition des pratiques discriminatoires de l'ancien article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce n'a pas de valeur en application des règles des pratiques anticoncurrentielles⁹.

164. – Préalable : structure des relations industrie-commerce. Les fournisseurs et les distributeurs ne forment pas une catégorie homogène¹⁰ ; certains fournisseurs sont des multinationales disposant de marques à forte notoriété, d'autres sont des producteurs plus modestes, disposant d'une notoriété nationale, voire régionale, ou pas de notoriété du tout ; certains produisent sous une marque, d'autres sous la marque d'un distributeur ; certains sont des producteurs nationaux, d'autres des producteurs étrangers vendant directement ou *via* une filiale ou des mandataires ; certains proposent des produits dont un distributeur peut difficilement se passer, d'autres vendent des produits « aveugles », etc.

Du côté des groupes de distribution, la situation n'est qu'apparemment plus simple. La « grande distribution » n'est pas une catégorie unitaire et l'on peut distinguer la catégorie des grands magasins, les entreprises de vente par correspondance ou encore les entreprises de vente en réseau organisé, sous forme de formules contractuelles de distribution variées, et les entreprises de la grande distribution proprement dite. Ces dernières sont classiquement divisées selon qu'elles relèvent du domaine de la distribution alimentaire ou de la distribution non alimentaire (c'est-à-dire spécialisé : meuble, sport, bricolage, etc.). Les entreprises de la grande distribution alimentaire sont assez nombreuses, mais on peut aisément les résumer aux six plus importantes grandes « centrales » : Carrefour, Leclerc, Intermarché, Casino, Système U et Auchan, avec des perspectives de développement entamées par celui de la distribution sur Internet, mais également sur des géants étrangers de la distribution, le Britannique Tesco, l'Américain Walmart, le premier groupe mondial, ou le nouveau géant, Cosco, sans compter des rapprochements à venir, comme il semble se dérouler entre Auchan et Casino ou entre Intermarché et Système U. Ces groupes de distribution disposent donc d'une « centrale » (voire des regroupements de centrales), qui est chargée parfois d'acheter pour revendre et plus souvent de référencer des fournisseurs auprès des distributeurs affiliés¹¹. Ces entreprises, qui réalisent des chiffres d'affaires qui se comptent en centaines de millions d'euros, sont organisées en « formats » : les hypermarchés, les supermarchés, les supérettes, voire le « mini libre-service » de proximité, et le *hard discount*, la distribution par Internet, toutes ces entreprises ne couvrant d'ailleurs pas l'intégralité du spectre proposé¹². Par ailleurs, ces entreprises sont structurées de manière différente. Ainsi, le cœur de l'organisation est constitué de la centrale de référencement, parfois divisée en centrales régionales, et les muscles sont les centres de distribution, qui peuvent être des succursales, des filiales, ou des entreprises indépendantes. Trois de ces entreprises sont organisées sous la forme d'un commerce dit « indépendant » ou « associé » (Intermarché, Leclerc et Système U), autour d'une centrale, société coopérative dont tous les exploitants de point de vente sont à la fois associés et contractants, et les trois autres plutôt sous la forme d'un commerce dit « intégré », où les points de vente sont la propriété des centrales ou des franchisés. Le groupe Carrefour, par exemple, exploite l'ensemble des formats sous différentes enseignes (Carrefour, Carrefour Market, Carrefour City, Carrefour Contact, etc.) principalement par le biais de succursales ou de filiales, voire de contrats de location-gérance, mais parfois aussi *via* un contrat de franchise conclu avec un indépendant, le tout dans le commerce à prépondérance alimentaire. Le groupe Auchan,

9 Comp. Aut. conc., déc. n° 15-D-06, 21 avr. 2015, *Booking.com.* : *Rev. Lamy conc.* 2015/44, n° 2794.

10 G. Canivet (ss dir.), *Restaurer la concurrence par les prix*, Doc. fr., 2004. – D. Ferrier, *Rapport de la « Commission Canivet »... vers une nouvelle réforme ?* : D. 2004, chron. 3054. – D. Mainguy obs. in CDE 2004/6, n° spécial, p. 17.

11 Comp. M.-E. André, *Les contrats de la grande distribution*, Litec, 1990.

12 V. G. Canivet (ss dir.), *Restaurer la concurrence par les prix*, op. cit., spéc. nos 23 et s., dont la lecture renseigne sur bien des points du fonctionnement des relations entre fournisseurs et distributeurs.

en revanche, exploite essentiellement des hypermarchés (Auchan) et des supermarchés (Simply Market) dans le commerce alimentaire, mais il s'est diversifié dans le secteur de la distribution non alimentaire (Boulangier, Leroy Merlin, Decathlon, etc.). Enfin, les centrales de référencement ne sont pas nécessairement issues de ces groupes. Ainsi, les groupes Système U et Leclerc ont fondé la centrale Lucie, Monoprix est affilié à la centrale de Casino, laquelle a conclu un accord avec Auchan comme Intermarché avec Système U. Enfin, les centrales sont parfois diversifiées, comme les centrales Leclerc, Intermarché et Système U qui sont éparpillées en centrales régionales ou Carrefour qui dispose d'une centrale, CSF, qui développe plusieurs activités, le référencement proprement dit ou l'achat et la revente auprès des magasins de proximité.

Ces groupes de distribution sont en situation de concurrence les uns par rapport aux autres, face aux consommateurs, que ce soit en termes de prix ou de qualité des produits, de services proposés ou de richesse des assortiments, avec, notamment, l'apparition des marques de distributeurs, qui sont produites ou bien par des fournisseurs indépendants – qui souvent fournissent aussi des produits de leurs propres marques – ou bien par des usines intégrées au groupe de distribution. La plus grande flotte de pêche française appartient ainsi à un groupe de distribution. Ils sont également dans une situation de concurrence à l'égard des fournisseurs, référencés par les centrales et vendeurs des marchandises référencées auprès des centres de distribution. Cette concurrence horizontale, qui a toujours été cruelle, s'est particulièrement tendue depuis la loi Raffarin du 5 juillet 1996 qui empêche ou rend plus difficile la croissance interne de ces entreprises. En effet, celle-ci modifiait la loi Royer de 1973 par le quasi-gel des créations ou agrandissements de ces grandes surfaces, créant ce faisant une valeur immatérielle nouvelle, l'autorisation d'exploiter, de créer ou d'agrandir, et, de façon déclinée, un contentieux de l'urbanisme commercial particulièrement important devant les juridictions administratives.

Par conséquent, c'est essentiellement en terme de croissance externe que s'est jouée cette concurrence, par une compétition acharnée à l'égard des clients, mais aussi par l'acquisition d'un réseau concurrent, par l'acquisition d'un petit réseau régional ou bien par la fusion de deux géants, ou, dans des conditions plus ou moins loyales, des centres de distribution appartenant à un autre réseau.

C'est dans ce contexte que les différentes lois successives depuis 1945 et, tout spécialement depuis 1986, sont intervenues alors que toute intervention législative assure des coûts de transaction, mais aussi des contraintes qui vont profiter ou bien aux fournisseurs ou bien aux distributeurs, avec ou non une faveur faite aux consommateurs exprimée en terme d'amélioration de leur « pouvoir d'achat ». La loi de modernisation de l'économie de 2008 n'échappe pas à cette situation, avec un objectif affiché de permettre aux distributeurs de proposer des prix plus bas aux consommateurs. Il s'agissait alors de favoriser la négociation entre ces derniers et les fournisseurs, rendre plus aisée la création de surfaces de vente nouvelles, essentiellement dans le domaine du *hard discount* (notamment par l'élévation du seuil de demande d'une autorisation d'urbanisme commercial passé de 300 m² à 1 000 m²).

A cette structure, traditionnelle, s'ajoute, comme un ensemble de nouveaux concurrents, les plateformes en ligne à ceci près que celles-ci se présentent le plus souvent comme des courtiers¹³ entre les vendeurs et les consommateurs, activité pour lesquelles ils prélèvent une commission auprès des vendeurs. Il en résulte que si ces plateformes sont des concurrents directs, et souvent redoutables, des opérateurs traditionnels de la distribution, les techniques juridiques employées les font globalement échapper aux contraintes qui s'imposent à ces derniers.

166. – Logique de la transparence et de la négociation commerciale ? La logique, si on peut la retrouver, des règles relatives à la transparence repose sur une reconsidération de leur ordonnancement tel qu'il apparaît dans le Code de commerce. Elle répond en outre à des objectifs économiques et/ou politiques, fondés principalement sur le principe même de la négociation. Selon que le législateur considère qu'elle doit être bridée ou au contraire libéralisée, c'est-à-dire normalisée au regard des principes du droit civil de la négociation. On rappelle en effet que le principe de liberté contractuelle posé à l'article 1102 du Code civil comprend, notamment, le principe du libre choix de son cocontractant et du contenu du contrat, donc le principe de la libre négociation.

¹³ Cf.C. consom., art. L. 111-7, issu de la loi du 7 octobre 2016 pour une « République numérique » : Est qualifié d'opérateur de plateforme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur 1° le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers, 2° ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service (...).

La négociation commerciale peut cependant être contrainte, par exemple par l'interdiction des discriminations tarifaires, par l'instauration d'une « transparence » des tarifs et par la mise en œuvre de règles et de procédures strictes des conditions d'une négociation et de la formalisation du résultat de cette négociation, suivant le point de vue selon lequel, pour que les distributeurs puissent établir une concurrence efficace, et proposer ce faisant des prix les plus bas possible aux consommateurs, cela suppose (à marge égale de la distribution) que les fournisseurs doivent mettre ces distributeurs en situation d'égalité des chances, donc de non-discrimination.

Inversement, la « libération de la négociation commerciale »¹⁴ réduit la tension de ces réglementations, voire l'annihile (cela ne s'est jamais produit depuis 1986) pour revenir aux règles du droit commun. Le résultat est assez paradoxal, dans le monde du commerce où la négociation des prix est le principe, et assez vain en même temps. La concurrence « réelle » entre les distributeurs s'effectue en effet sur un nombre finalement assez réduit de produits. Dans un grand hypermarché, par exemple, plus de cinquante mille références sont proposées aux consommateurs, mais la concurrence entre les enseignes joue efficacement pour environ cinq mille de ces références, essentiellement dans les domaines alimentaires et des produits de nettoyage. En outre, cela suppose que la concurrence, si elle se réalise, joue effectivement dans le sens de l'intérêt des consommateurs, de telle manière que les distributeurs puissent répercuter les prix plus bas, *via* les fameuses remises et ristournes qu'ils obtiennent, sur les prix aux consommateurs ; encore convient-il que les distributeurs le souhaitent véritablement et le puissent juridiquement, ce qui n'était plus le cas entre 1996 et 2005 ; et enfin, encore convient-il que cette logique ne conduise pas à des prix d'achat trop bas pour les producteurs, conduisant à des délocalisations ou à la ruine de certains, comme les agriculteurs.

En tout état de cause, cette logique législative reposait, jusqu'en 2008 tout au moins, sur un ordonnancement des textes en la matière, ceux du Code de commerce.

167. – Transparence et opacité de la négociation. Le problème posé, l'enjeu même de ces réglementations, est le suivant : la négociation, verticale, entre un fournisseur (en concurrence avec d'autres fournisseurs) et un distributeur (lui-même en concurrence avec les autres distributeurs) peut-elle répondre aux canons ordinaires de la négociation, à savoir, la liberté de la négociation, liberté de conclure ou non un contrat (refus de vente), simple obligation de négocier de bonne foi, sans exclusivité, sans obligations de révélation d'une négociation parallèle ni du contenu de cette négociation, c'est-à-dire dans le respect du *secret des affaires*, du *secret de la négociation* et donc de l'opacité de celle-ci et de son résultat ? Dans cette situation, le résultat de la négociation dépend de la capacité de négocier du distributeur, opposée à la capacité de résister du fournisseur, et ce indépendamment du fait que le fournisseur est, ou non, en relation avec l'ensemble ou la plupart de ces distributeurs. Le résultat peut être alors que deux distributeurs d'égale force économique peuvent être dans des relations différentes ou, qu'inversement, deux distributeurs d'inégale capacité d'achat disposent de conditions égales. C'est cette situation que l'on désignait, en 1986, comme présentant des situations de discrimination tarifaire ou contractuelle. Celle-ci était fondée sur l'idée que, au contraire de l'opacité traditionnelle de la négociation, fondée sur le secret, cette dernière devait être ouverte, dans des conditions et sur des bases connues de tous et communes, c'est-à-dire de manière transparente. L'idée sous-jacente était que la transparence de la négociation était facteur d'efficacité économique, un peu comme en matière sportive, l'égalité des chances y étant considérée comme un facteur d'efficacité de la compétition. Or, la transparence emporte des situations de réduction, voire d'élimination, des situations d'incertitude, propre à la négociation, et peut donc faciliter des ententes, expresses ou non, ou des comportements d'ajustements parallèles¹⁵. En outre, le mécanisme de transparence, fondé sur le principe de la communication de conditions de vente identiques ou voisines, aux acheteurs, avait également pour objectif de fournir des outils aux acteurs de la négociation commerciale, de faciliter le contrôle par les services de l'État (l'ensemble était alors pénalement sanctionné), bien plus que de favoriser l'émulation par une concurrence loyale.

L'ordonnance de 1986 avait ainsi, sur le fondement de ce choix, organisé un régime très contraignant, dont les règles actuelles articles du Code de commerce sont les héritières, que l'on désignait comme celui de la « transparence tarifaire »¹⁶.

14 N. et D. Ferrier, *Droit de la distribution*, op. cit., n° 310.

15 G. Canivet, *Rapport au ministre de l'Économie : Restaurer la concurrence par les prix*, Doc. fr., 2004, p. 100.

16 V. M. et J.-M. Mousseron et D. Mainguy, *Le droit français nouveau de la transparence tarifaire*, Litec, coll. « Act. dr. entr. », 1998, t. 18. – F. Riem, *La notion de transparence dans le droit de la concurrence*, L'Harmattan,

Ces règles s'inscrivaient dans une perspective de *réglementation* des relations établies entre les « producteurs » et la « distribution », notamment la « grande distribution ». Deux logiques distinctes se sont succédé.

Entre 1986 et la LME de 2008, ces règles établissaient une forme de *police des relations commerciales* en plusieurs étages. En premier, l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce prohibait (créant une faute civile particulière plus exactement) les discriminations tarifaires, jusqu'à 2008. Deuxième étape, pour s'assurer que cet objectif était observé, l'article L. 441-6 du Code de commerce imposait une forme originale de publicité des conditions générales de vente, par l'obligation faite à un fournisseur de communiquer ses conditions générales de vente à tout acheteur qui en faisait la demande, lesquelles conditions devaient être complètes et contenir tous les avantages tarifaires, sauf les avantages de « coopération commerciale », qui pouvaient faire l'objet d'un contrat négocié, écrit et limité. Ce faisant, chaque distributeur était en mesure de comparer les offres des fournisseurs et, bien entendu, une difficulté reposait sur la définition de ces mystérieux contrats de coopération commerciale. Cette exigence fut étendue en 1993 aux prestataires de services à titre professionnel. Troisième étape, pour s'assurer que cet objectif était observé, certaines mentions – principalement les réductions de prix accordées – devaient apparaître sur les factures émises par les fournisseurs. Ensuite, quatrième étape pour s'assurer que cet objectif était garanti, la prohibition de la revente à perte (C. com., art. L. 442-2, 3 et 4) permettait, notamment pour quelques produits particulièrement concurrencés, de vérifier que des réductions de prix occultés n'ont pas été accordées. Si en effet un distributeur qui revend des produits à prix coûtant observe que son voisin vend à un prix inférieur, il pourra soupçonner une revente à perte interdite ou bien le fait que ce distributeur a obtenu des avantages tarifaires qui lui ont été dissimulés, une discrimination donc. Enfin et de manière satellite, les délais de règlement étaient encadrés, parfois strictement, de manière à éviter qu'ils soient trop longs, de même que demeurent prohibées les pratiques de prix minimal de revente imposé.

L'objectif était alors clairement de favoriser une forme d'alignement automatique des tarifs sur le mieux-disant, sous la réserve que la négociation des contrats de coopération commerciale n'aspire pas toute la négociation (ce qui advint évidemment), et donc de lutter contre les discriminations contractuelles.

Depuis 2008, la solution est inversée : la négociation est, sinon libre, du moins libérée tandis que l'opacité et le secret entourant la négociation sur les prix ne sont plus sanctionnés. Le résultat est donc exactement l'inverse du précédent : la loi valide désormais l'existence de différenciations contractuelles, existant par le seul effet de la négociation, et donc de l'intérêt des parties face à la rencontre d'une offre et d'une demande, peu important qu'une contrepartie réelle soit l'objet de l'avantage négocié. Le traitement discriminatoire des distributeurs par les fournisseurs est donc possible. Ce serait d'ailleurs plutôt l'inverse : les distributeurs, et notamment les plus puissants, peuvent négocier des conditions de vente que les moins puissants ne peuvent atteindre. À bien des égards, le nouveau système permet d'accroître les différences entre les puissances d'achat, accentuant l'effet de puissance d'achat contre lequel le régime ancien luttait, au risque de voir disparaître des enseignes plus faibles ou d'être absorbées par les plus gros. L'opacité de la négociation aurait ainsi pour avantage d'accroître les efforts de négociation et donc de faire baisser les prix, au risque de provoquer une « guerre » des enseignes conduisant à un oligopole, voire un duopole des plus puissants sur le marché.

L'ordonnance de 2019 ne rompt pas avec ce mouvement, mais elle se propose de réorganiser cet ensemble.

169. – Et les discriminations contractuelles et tarifaires ? Il demeure un non-dit dans cet ensemble, qui fondait, à l'origine, le dispositif aujourd'hui en vigueur, celui visant à identifier et sanctionner des discriminations tarifaires ou contractuelles. Le mécanisme avait été institué par un décret du 24 juin 1958 insérant un article 37, 1, a, dans l'ordonnance du 30 juin 1945, pénalement sanctionné¹⁷ afin de permettre le développement des nouvelles formes de distribution. Modifié par la loi Royer du 27 décembre 1973 afin de prendre en compte la situation du petit commerce face à la grande distribution¹⁸, dépénalisé par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986,

2002. – L. et J. Vogel, *Ombres et lumières de la transparence tarifaire* : JCP E 1995, I, 436. – M. Malaurie-Vignal, *Transparence tarifaire et liberté contractuelle* : JCP E 1996, I, 537. – Adde P. Pigassou, *La pénalisation de la transparence tarifaire à l'épreuve de la libre circulation des marchandises* : RTD com. 1995, p. 693.

17 « Le fait (...) de pratiquer habituellement des conditions discriminatoires de vente ou des majorations discriminatoires de prix qui ne sont pas justifiées par des augmentations correspondantes du prix de revient de la fourniture ou du service ».

18 V. J.-B. Barennes, *Historique de la réglementation en matière de pratiques discriminatoires*, Litec, 1982, p. 187 et s. – A. Bénard-Seyfert, *Les pratiques discriminatoires*, Litec, coll. « Bibl. dr. entr. », 1985.

l'article 36-1, devenu article L. 442-6, I, 1° (ce « 1° » ne devant pas faire oublier qu'il est suivi de nombreuses déclinaisons, renvoyant, plus ou moins, à la notion de discrimination soit à l'entrée, soit pendant l'exécution, soit à la sortie des relations contractuelles) du Code de commerce, disposait que : « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou artisan : 1. De pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence », définitions où tous les termes étaient discutés, notamment la notion de « contrepartie réelle ».

170. – D'une possible responsabilité pour faute aux pratiques anticoncurrentielles. L'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce, après 2008 mais avant 2019 ne faisait plus référence à la sanction des discriminations, par une formule lapidaire : « 1° Le 1° du I est abrogé (...) », qui n'était pas sans rappeler celle de la loi de 1996 qui avait abrogé le refus de vente (V. *infra*, n°s **160** et s.). Une telle abrogation emporte la suppression de la règle proprement dite, qui érigeait et désignait en faute le comportement consistant à discriminer par les prix ou les conditions de règlement. En revanche, le texte nouveau n'indiquait pas que les discriminations étaient autorisées, de sorte que des discriminations pouvaient être sanctionnées sur la base d'une faute, prouvée cependant, sur le fondement de l'article 1240 du Code civil. En outre, et comme à propos du refus de vente, la suppression de l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce n'influait pas l'appréciation des discriminations au regard du droit antitrust : les discriminations anticoncurrentielles demeurent bien entendu sanctionnées.

171. – Déclinaisons, bégaiements ou modernisation de la sanction des discriminations. La loi NRE de 2001 avait ajouté ou modifié plusieurs alinéas à l'article L. 442-6, I du Code de commerce, déclinant des stigmatisations de discriminations, du moins jusqu'en 2008, ou bien comme un bégaiement ou un écho, de règles inefficaces de droit antitrust, comme c'est le cas de la sanction de l'abus de situation de dépendance économique¹⁹ par l'article L. 420-2 du Code de commerce. C'est en ce sens qu'apparaît l'intérêt, relatif au regard du peu de décisions en la matière, des principaux alinéas de l'ancien article L. 442-6, I du Code de commerce, le nouveau 1° sanctionnant des situations d'avantages sans contrepartie ou manifestement disproportionnés, le 2° sanctionnant les déséquilibres significatifs dans les obligations et le 5° relatif à la rupture brutale des relations commerciales établies, les trois conservés en 2019, ajoutés aux « clauses interdites » de l'article L. 442-3 (ancien art. L. 442-6, II) et surtout, la sanction extraordinaire de l'article L. 442-4 (ancien art. L. 442-6, III) (■■V. *infra*, n° **198**■■).

165. – Plan. Désormais, donc, ces règles de la négociation commerciale, et de la « transparence » qui doit y prévaloir, sont présentées selon un plan qui semble sinon plus logique, du moins plus intelligible. Elles s'inscrivent dans les articles L. 441-1 et suivants **du Code de commerce**, à travers trois sections, « Les conditions générales de vente » (Section 1), « La négociation et la formalisation de la relation commerciale » (Section 2), « La facturation et les délais de paiement » (Section 3).

¹⁹ V. S. Nicolet, L'abus de dépendance économique en droit des affaires, thèse, Montpellier I, 2008.

Les conditions générales de vente : la transparence précontractuelle

172. – Transparence tarifaire, « facturologie », marge avant et marge arrière. Le droit de la concurrence français présente cette particularité de disposer, depuis 1945 mais de manière plus précise depuis 1986, 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 manière régulière (V. *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^{er} 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 »²⁰. 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

²⁰ V. J.-M. Mousseron, Une science nouvelle : la facturologie : CDE 1988/4, p. 3.

huit clos, hors conditions générales de vente, et dont les contreparties allaient parfois être très discrètes²¹. 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 discrètes, se sont vu 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, sauf à des fins de contrôle administratif ou judiciaire.

Les articles L. 441-1 et 2 du Code de commerce contiennent plusieurs règles intéressant le principe de la communication des conditions générales de vente (Section 1), leur contenu (Section 2) et la négociation et la formalisation de la relation commerciale (Section 3).

Section 1

Le principe de la communication des conditions générales de vente

173. – Existence et « publicité » des conditions générales de vente. L'article L. 441-1, II, alinéa 1 du Code de commerce dispose que :

« Toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services qui établit des conditions générales de vente est tenue de les communiquer à tout acheteur qui en fait la demande pour une activité professionnelle. Cette communication s'effectue par tout moyen constituant un support durable ».

La formule diffère de celle de l'ancien article L. 441-6 du Code de commerce en ce que ce dernier exigeait la communication des conditions de vente à tout acheteur qui en faisait la demande, laissant supposer que de telles conditions de vente devaient nécessairement exister. La formule nouvelle de l'article L. 441-1, I impose cette même communication à celui qui en « établit », ce qui peut laisser supposer qu'il n'est pas exclu que de telles conditions ne soient pas établies.

En outre, la règle vaut désormais pour « toute personne exerçant des activités de production, distribution ou de services » où elle valait pour les seuls « producteurs ».

La règle concerne donc les conditions générales de vente établies par tout professionnel exerçant dans un domaine quelconque de la production, de la distribution, ou des services, dans ses relations avec un acheteur professionnel, quel qu'il soit lui-même, producteur, distributeur ou prestataire de services. Elle s'applique donc dans les situations de sous-traitance industrielle. L'ancien article L. 441-9 du Code de commerce avait étendu l'exigence à « tout achat de produits manufacturés, fabriqués à la demande de l'acheteur en vue d'être intégrés dans sa propre production », cet ajout est désormais inutile eu égard à la généralité de l'article L. 441-1, I nouveau.

Cette exigence se retrouve également à l'article L. 111-4 du Code de la consommation qui dispose que : « Les professionnels vendeurs ou prestataires de services remettent à toute personne intéressée qui en fait la demande un exemplaire des conventions qu'ils proposent habituellement ». On pense bien évidemment ici à une communication aux consommateurs puisqu'il s'agit d'un article du Code de la consommation, mais ce dernier octroie en réalité ce droit à « toute personne intéressée », notion bien plus large que celle de consommateurs et incluant donc les autres

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

opérateurs économiques ou les associations de consommateurs. Cet article participe lui aussi à l'encouragement à la circulation des modèles de contrats.

Lorsque, en outre, un prestataire de services établit des conditions générales de services et qu'il s'adresse à un autre prestataire de services, il doit respecter les obligations d'information de l'article L. 111-2 du Code de la consommation (C. com., art. L. 442-2)²².

Les termes « conditions générales de vente » posent 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 ».

La combinaison des règles générales du droit commun des contrats et celles du droit spécial des pratiques restrictives de concurrence devrait faire prévaloir ces dernières, de sorte que les termes « conditions générales » de vente ou de services devraient pouvoir être considérées comme autonomes, sauf peut-être s'agissant des relations entre conditions générales et particulières de vente (V. *infra*, n° 180).

Du point de vue du droit de la concurrence et des pratiques restrictives de concurrence en particulier, l'article L. 441-1, I du Code de commerce impose la communication des conditions générales de vente ou de prestation de services 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 pratique prohibée, d'instaurer une forme de transparence.

Cette exigence de communication s'impose en outre « par tout moyen constituant un support durable » contre, auparavant une communication « 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. Or, l'article L. 441-1, I du Code de commerce n'exige pas expressément l'établissement des conditions générales par écrit²³ quel qu'il soit. Bien entendu, pour pouvoir communiquer des conditions de vente, sur quelque support durable que ce soit, encore faut-il qu'elles existent. Encore faut-il également qu'il y ait une demande de communication, qui ne soit pas une demande anormale (par ex. 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. 441-3, V du Code de commerce impose des délais particuliers de communication, un « délai raisonnable avant le 1^{er} mars ou pour les produits soumis à un cycle de commercialisation particulier, avant le point de départ de la période de commercialisation ».

La communication doit s'effectuer dans un délai raisonnable, après la demande de communication, mais avant le 1^{er} mars, date à laquelle la « convention écrite », résultat de la négociation commerciale, doit être conclue (C. com., art. L. 441-3, V).

La sanction, autrefois pénale, est désormais une amende administrative (C. com., art. L. 441-1, IV), d'un montant de 15 000 € pour une personne physique, 75 000 € pour une personne morale. D'une manière générale, en outre, toutes ces dispositions sont également l'objet de la responsabilité civile particulière des articles L. 442-1 et suivants, qui reprennent, et résument, l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce.

²² L'article L. 441-2 précise cependant que cette obligation spécifique ne vaut pas pour des prestataires de services aux activités très réglementées : Cette obligation ne s'applique pas aux services mentionnés aux livres I^{er} à III et au titre V du livre V du Code monétaire et financier ainsi qu'aux opérations pratiquées par les entreprises régies par le Code des assurances, par les fonds de retraite professionnelle supplémentaire mentionnés à l'article L. 381-1 du même code, par les mutuelles ou unions mentionnées à l'article L. 214-1 du Code de la mutualité, par les institutions de retraite professionnelle supplémentaire mentionnées à l'article L. 942-1 du Code de la sécurité sociale, par les mutuelles et unions régies par le livre II du Code de la mutualité et par les institutions de prévoyance et unions régies par le titre III du livre IX du Code de la sécurité sociale ».

²³ Cass. com., 18 janv. 1994 : JCP E 1995, I, 492, note L. Vogel.

Le contenu obligatoire des conditions générales

174. – Prix et conditions de règlement. L'article L. 441-1, I du Code de commerce précise encore que les conditions générales de vente comprennent « notamment, les conditions de règlement ainsi que les éléments de détermination du prix tels que le barème de prix unitaires et les éventuelles réductions de prix », ce qui est à la fois plus et moins expressif que la rédaction ancienne.

Elle l'est davantage d'abord dans la mesure où l'article L. 441-1, I établit un lien entre ces règles et celles du Code civil, à travers l'indication des « éléments de détermination du prix ». Elle l'est un peu moins cependant, dans la mesure où l'ancien article L. 441-6 prévoyait une liste, intégrant les « conditions de vente », c'est-à-dire les conditions contractuelles proprement dites. Ces conditions de vente englobent l'ensemble des informations contractuelles usuelles, 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 devant être communiquées au sens de l'article L. 441-1, I du Code de commerce. Rien dans le texte, ce qui militerait, à première vue, pour une conception minimaliste. Celle-ci correspond à l'idée selon laquelle les conditions générales seront négociées et donc que les éléments du contrat seront l'objet d'une convention écrite.

Toutefois la généralité des articles L. 441-1 et suivants du Code de commerce laisse entendre que leur champ d'application dépasse, largement, le domaine de la grande distribution, domaine d'élection de cette négociation. Dès lors, une communication « utile » des conditions générales doit permettre la conclusion d'un contrat « complet », supposant la communication des conditions contractuelles (sauf à considérer que le contrat s'est alors formé sur les seules dispositions du Code civil). Par ailleurs, un certain nombre d'indices incitent à considérer sérieusement cette conception « maximaliste ».

Ainsi, l'article L. 441-1, III, reprenant une formule préexistante, dispose que « dès lors que les conditions générales sont établies, elles constituent le socle unique de la négociation commerciale ». Fort bien, mais si la négociation est réduite à une acceptation des conditions, encore convient-il que cette acceptation soit efficace, donc qu'elle repose sur la communication des conditions contractuelles.

Par exemple encore, L. 441-10, III (reprenant l'ancien 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 « bonnes pratiques et usages commerciaux » 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. 441-1 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.

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 » (PU HT) 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. – Conditions de règlement : 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. – Conditions de règlement : date de règlement. 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). Du reste le montant des amendes est une indication de l'attention portée par le législateur à ce type de situation.

Le délai de paiement n'est pas libre. Outre les délais raccourcis et impératifs de l'article L. 441-11 du Code de commerce pour la vente de certains produits alimentaires, l'article L. 441-10, reprend les éléments de précision existant depuis 2008, avec une règle générale et des éléments de particularité.

La règle générale est celle selon laquelle (C. com. art. L. 441-10, I) : « Sauf dispositions contraires figurant aux conditions de vente ou convenues entre les parties, le délai de règlement des sommes dues ne peut dépasser trente jours après 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 de l'exécution de la prestation.

Ce délai peut être allongé par accord des parties (ce qui suppose donc un accord), dans une certaine limite. Le même article prévoit ainsi que « 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 ».

Il ajoute, nouvelle limite, que « 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 ». Enfin, il ajoute qu'« en cas de facture périodique au sens du 3 du I de l'article 289 du Code général des impôts, le délai convenu entre les parties ne peut dépasser quarante-cinq jours après la date d'émission de la facture » : il s'agit de ventes récurrentes, formalisées par des factures périodiques récapitulant un ensemble d'opérations au sens de l'article 289, I, 3° du Code général des impôts, où le délai convenu est réduit par rapport à une situation moins organisée.

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. Par exemple, une commande parvient au fournisseur, les marchandises sont livrées le 10 du mois M et la facture émise

le 25 du mois M. En l'absence d'accord, le paiement doit s'effectuer au plus tard le 25 du mois M+1. En cas d'accord, il convient de le respecter à ceci près que le délai convenu ne peut dépasser soixante jours après la date d'émission de la facture, soit le 25 du mois M+2 (ou, s'il s'agit de factures récapitulatives de l'article 289, I, 3 du Code général des impôts, le 5 du mois M+2), ou quarante-cinq jours fin de mois soit le 15 du mois M+2. Cette option n'a donc d'intérêt que si la facture est émise avant le 15 du mois (facture le 5 du mois M, paiement le 15 du mois M+2, contre le 5 du mois M+2).

L'accord peut d'ailleurs porter sur une réduction du délai prévu à l'article L. 441-10 du Code de commerce : l'article L. 441-11 prévoit ainsi qu'il peut s'agir, outre de réduire ce délai, de retenir comme point de départ la date de réception des marchandises (ou d'exécution de prestation), étant entendu que des accords en ce sens peuvent être conclus par les organisations professionnelles, lesquels peuvent faire l'objet d'un décret d'extension. Il s'agit ici clairement, mais avec peu d'incitation, de favoriser des bonnes pratiques. Ajoutons enfin des dispositions fiscales particulières, pour des ventes en franchise de TVA (C. com. art. L. 441-12) ou d'exportation vers les départements et territoires d'outre-mer (C. com., art. L. 441-13).

177-1. – Conditions de règlement : dates de règlement particulières. On se contentera ici de reprendre les termes de l'article L. 441-11, II du Code de commerce :

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

2° Vingt jours après le jour de livraison pour les achats de bétail sur pied destiné à la consommation et de viandes fraîches dérivées ;

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

4° Quarante-cinq jours fin de mois ou soixante jours après la date d'émission de la facture pour les achats de raisins et de moûts destinés à l'élaboration de vins ainsi que de boissons alcooliques passibles des droits de circulation prévus à l'article 438 du Code général des impôts, sauf dispositions dérogatoires figurant :

a) Dans des décisions interprofessionnelles prises en application de la loi du 12 avril 1941 portant création d'un comité interprofessionnel du vin de Champagne ;

b) Ou dans des accords interprofessionnels pris en application du livre VI du Code rural et de la pêche maritime et rendus obligatoires par voie réglementaire à tous les opérateurs sur l'ensemble du territoire métropolitain ;

5° Trente jours après la date d'émission de la facture pour le transport routier de marchandises, pour la location de véhicules avec ou sans conducteur, pour la commission de transport ainsi que pour les activités de transitaire, d'agent maritime et de fret aérien, de courtier de fret et de commissionnaire en douane ;

6° Pour les ventes entre, d'une part, les industriels de l'agroéquipement, constructeurs et importateurs et, d'autre part, les entreprises de distribution spécialisées et de réparation, dans le secteur de l'agroéquipement :

a) Cinquante-cinq jours fin de mois après la date d'émission de la facture pour les matériels d'entretien d'espaces verts ;

b) Cent dix jours fin de mois après la date d'émission de la facture pour les matériels agricoles à l'exception des tracteurs, matériels de transport et d'élevage ;

7° Quatre-vingt-dix jours après la date d'émission de la facture pour le règlement du solde des factures relatives à des livraisons effectuées avant l'ouverture de la saison d'activité dans le secteur des articles de sport, pour les ventes d'équipements nécessaires à la pratique des sports de glisse sur neige entre les fournisseurs et les entreprises dont l'activité est exclusivement ou quasi exclusivement saisonnière ;

8° Cinquante-quatre jours fin de mois après la date d'émission de la facture dans le secteur de la filière du cuir, pour les ventes entre les fournisseurs et les distributeurs spécialisés ;

9° Cinquante-neuf jours fin de mois ou soixante-quatorze jours nets après la date d'émission de la facture dans le secteur de l'horlogerie, de la bijouterie, de la joaillerie et de l'orfèvrerie pour les ventes entre, d'une part, les fournisseurs, fabricants, importateurs ou grossistes et, d'autre part, les distributeurs spécialisés, au titre de leur activité au sein d'un point de vente ou dans le cadre de leur activité de vente à distance ou les centrales d'achat dont l'activité principale est de revendre des produits de l'horlogerie, de la bijouterie, de la joaillerie et de l'orfèvrerie à des distributeurs spécialisés ;

10° Pour les ventes entre les fabricants et les distributeurs spécialisés dans le secteur du commerce du jouet :

a) Quatre-vingt-quinze jours nets après la date d'émission de la facture pour la période "du permanent" s'étendant du mois de janvier au mois de septembre inclus ;

b) Soixante-quinze jours nets après la date d'émission de la facture pour la période de fin d'année, s'étendant du mois d'octobre au mois de décembre inclus.

III. – Le délai maximum mentionné aux 6° à 10° du II est expressément stipulé par contrat et ne doit pas constituer un abus manifeste à l'égard du créancier. À défaut de stipulation expresse, le délai prévu au deuxième alinéa du I de l'article L. 441-10 est applicable ».

177-2. – Conditions de règlement : pénalités de retard. Le délai, imposé ou choisi, qui doit être mentionné sur la facture, doit être respecté, sous peine des sanctions (en cas de contrôle) de l'article L. 441-16 du Code de commerce, mais, surtout, du paiement de pénalités de retard, elles-mêmes signalées dans la facture. Il s'agit, dans l'article L. 441-10, II du Code de commerce, d'une formalisation et d'une systématisation de la règle civile permettant au créancier impayé à terme de demander (en justice) des intérêts de retard. L'idée ici est d'inciter à respecter les délais, légaux ou convenus, de paiement, le tout afin de réduire ces derniers et l'impact sur le crédit des fournisseurs. Les conditions générales doivent également comprendre (c'est une innovation de l'ordonnance de 2019) « l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement due au créancier » en cas de dépassement de ces délais.

Le taux et les conditions de ces pénalités doivent ainsi figurer dans les conditions générales, pénalités qui sont exigibles « le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture ». L'article L. 441-10, II fixe alors un plancher, en dessous duquel les pénalités ne peuvent être fixées dans les conditions générales ou convenues. 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 considèrerait que la loi NRE était d'application immédiate, comme c'est le cas de la loi de 2008²⁴.

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, comme se présente l'obligation de fixer une « indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement », dont le montant sera fixé par décret, montant qui peut être complété lorsque les frais réellement exposés sont supérieurs. Toutefois, cette « indemnité » ne peut, naturellement, être exigée lorsque le débiteur fait l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire.

177-3. – Conditions de règlement : sanctions. Une amende administrative de 75 000 € sanctionne l'ensemble (C. com., art. L. 441-16, V).

En outre, ce texte prévoit l'interdiction de toutes clauses ou pratiques ayant pour effet de retarder abusivement le point de départ des délais de paiement visés par ces textes, par exemple une clause qui retarderait le moment de l'émission de la facture.

²⁴ V. Cass. com., 3 mars 2009 : JCP E 2009, 1543, note D. Mainguy.

Enfin, l'amende peut être portée à 150 000 € pour une personne physique et 4 millions d'euros pour une personne morale en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans de la première sanction définitive.

Par ailleurs, l'article L. 441-14 du Code de commerce impose, pour les sociétés dont les comptes sont certifiés par un commissaire aux comptes (domaine très largement réduit par la loi PACTE), une obligation de communication sur les délais de paiement.

Enfin, l'article L. 441-15 organise une procédure d'accès à « l'autorité administrative chargée de la concurrence » (aujourd'hui la DGCCRF) en vue d'obtenir des précisions sur la computation des délais de l'article L. 441-10, ne serait-ce que pour éviter les sanctions de l'article L. 441-16.

Section 3

La négociation et la formalisation de la relation commerciale

178. – Principes anciens et nouveaux de la négociation commerciale. 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*, n^{os} 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 retenue²⁵. Or, à l'inverse, par une conception extensive de la négociabilité des conditions générales de vente, on peut considérer que cette rigidité est excessive ou artificielle.

La négociabilité des conditions générales, depuis 2005 et 2008, ouvre donc la voie à la négociation commerciale, mais en un sens qui demeure encadré.

Ainsi, l'article L. 441-1, III dispose, reprenant une formule précédente apparue avec la loi Dutreil de 2005 que « dès lors que les conditions générales de vente sont établies, elles constituent le socle unique de la négociation commerciale ». Pas question, donc, de négociation *ad hoc*, la négociation, même libéralisée, est encadrée et son principe se conjugue avec celui de sa formalisation.

« Socle unique », de ces négociations, ce 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 du contrat qui constituera le résultat de la négociation commerciale.

C'est aussi une façon de préciser, ce qui ressortait très indirectement des dispositions précédentes²⁶, que les conditions générales de vente s'imposent aux *conditions générales d'achat*. S'impose, là encore, une précision nécessaire : **il ne s'agit pas d'exclure** les conditions générales d'achat, ce qui serait sans doute contraire au principe de la liberté contractuelle **que d'écarter a priori** l'expression de la volonté de l'acheteur éventuel **mais d'exclure le fait** que la négociation commerciale puisse reposer sur ces dernières en excluant les conditions générales de vente.

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 **l'emportent sur des conditions** générales de contrat, C. civ., art. 1119), et celles du droit de la concurrence où, au contraire, et de ce seul point de vue, une

²⁵ M. et J.-M. Mousseron et D. Mainguy, *Le droit français nouveau de la transparence tarifaire*, op. cit.

²⁶ M. et J.-M. Mousseron et D. Mainguy, *Le nouveau droit français de la transparence tarifaire*, Litec, 1998, n^{os} 115 et s.

hiérarchie, ou à tout le moins un *modus operandi* particulier, est établi. 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 d'une offre, exprimée et matérialisée par les conditions générales de vente, et d'une acceptation, matérialisée par les conditions d'achat²⁷. Rien n'interdit donc à un acheteur de rédiger des conditions générales d'achat ; elles sont même très courantes, parfois suspectes²⁸.

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 devrait pas changer le point de vue**, sauf à permettre un pouvoir de négociation excessif au profit d'acheteurs surpuissants, **comme celle** des géants de la grande distribution, y compris numérique. L'inconvénient, bien entendu, est d'imposer une pesanteur considérable sur des négociations de moindre ampleur, ou moins déséquilibrées.

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 France²⁹.

Pour exposer ces règles, on envisagera **le phénomène de** « déhiérarchisation » des conditions de vente (§ 1), leur pluralité (§ 2) et enfin la négociation et la formalisation de la relation commerciale (§ 3).

§ 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 2003³⁰. 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 à 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.)³¹.

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. 441-1, II, alinéa 2 du Code de commerce.

La conséquence de cette différenciation est de créer une forme de transparence elle-même différenciée. En effet, l'article L. 441-1, II, alinéa 2 poursuit en indiquant que « dans ce cas, l'obligation de communication (...) porte uniquement sur les conditions générales de vente applicables à une même catégorie d'acheteurs. Il n'est donc pas

27 V. J.-M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, *L'avant-contrat*, éd. Lefebvre, 2001, n°s 376 et s.

28 Cf. CEPC, avis n° 04-04, 7 juill. 2004.

29 Cass. com., 16 juin 1998 : *JCP E* 1998, p. 1067 ; *Rev. Lamy dr. aff.* 1998, n° 482, obs. P. Storrer : « L'ordonnance du 1^{er} 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.

30 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.

31 Cass. com., 27 févr. 1990, n° 88-12.189 : *D.* 1991, p. 521, note Ph. Malaurie.

possible, pour un acheteur d'une catégorie particulière, d'obtenir communication des conditions générales relevant d'une autre catégorie, assurant, ce faisant, un certain cloisonnement de l'information verticale³².

La différenciation tarifaire permet de valider les pratiques observées dans le secteur de la grande distribution depuis longtemps. Par catégories d'acheteurs, et faute de précision sur ces termes, 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 uniques est remplacée par la réalité de conditions générales catégorielles.

§ 2. – La pluralité des conditions de vente

180. – Des conditions générales catégorielles de vente aux conditions particulières de vente. L'article L. 441-1, II du Code de commerce permet donc à un fournisseur d'envisager des conditions, catégorielles de vente.

L'article L. 441-1, III, reprenant là encore une formule préexistante, 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, dès lors que des conditions générales sont établies, éventuellement catégorielles, elles constituent « le socle unique de la négociation commerciale », dispose l'alinéa 1^{er} de ce texte. 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. 441-3 du Code de commerce (*V. infra*, n° 185).

Il peut aussi choisir de négocier l'offre proprement dite, c'est-à-dire celle qui résulte des conditions générales catégorielles pour l'adapter à sa situation, en vue d'obtenir des conditions particulières de vente. L'alinéa 2 de l'article L. 441-1, III dispose en effet que : « Dans le cadre de cette négociation, les parties peuvent convenir de conditions particulières de vente qui ne sont pas soumises à l'obligation de communication prescrite au II ».

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 d'une enseigne de la grande distribution. 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 des conditions générales de la catégorie « grande distribution alimentaire », sur la base desquelles peuvent être négociées les conditions particulières de l'enseigne X, celles de l'enseigne Y, etc., dans la limite de l'indication dans les conditions générales catégorielles des éléments susceptibles de négociation.

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 d'une convention écrite, dite encore souvent de « coopération commerciale ». En effet, il n'est plus fait référence, dans l'article L. 441-1, III 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, entre le fournisseur et l'acheteur terminal (qui n'est pas la centrale de référencement).

32 V. Cass. com., 29 mars 2017, n° 15-27.811. – Cass. com., 24 oct. 2000 : *Contrats, conc. consom.* 2001, comm. 8, obs. M. Malaurie-Vignal ; *CDE* 2001/2, p. 38, obs. D. Mainguy.

§ 3. – La formalisation de la négociation commerciale : 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 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 fondée sur la spécificité des services rendus par un distributeur (objet d'une rémunération particulière) par comparaison avec les obligations de la vente :

« 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 apparaissent alors au grand jour législatif, comme un nouveau contrat nommé. L'article L. 441-7 du Code de commerce modifié proposait, alors, une définition voisine de la précédente et tirée d'un arrêt de 1990³³ :

« 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'informations statistiques, des opérations de marketing, etc. Un arrêt du

³³ Cass. com., 27 févr. 1990, préc.

6 décembre 2005 fournissait un grand nombre d'exemples, considérés sous l'empire de la législation alors en vigueur comme des services de coopération commerciale³⁴.

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

« 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 et 2019 : convention écrite « unique » : régime général (C. com., art. L. 441-3). 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, réformé par l'ordonnance de 2019, résume les exigences formelles en une « convention écrite ». C'est d'ailleurs l'étrange intitulé, au pluriel, d'une sous-section 1 « Conventions écrites », comme si ces termes avaient une signification distinctive évidente. Les termes « contrats de coopération commerciale » n'étaient guère plus signifiants, mais nettement moins généraux.

L'article L. 441-3, I du Code de commerce, dont le contenu, par rapport à la version antérieure (C. com., art. L. 441-7) a été partiellement réécrit par l'ordonnance de 2019, dispose désormais qu'une « convention écrite conclue entre le fournisseur, à l'exception des fournisseurs de produits mentionnés à l'article L. 443-2, et le distributeur ou le prestataire de services mentionne les obligations réciproques auxquelles se sont engagées les parties dans le respect des articles L. 442-1 à L. 442-3 [ex-art. L. 442-6 C. com.] ; cette convention est établie soit dans un document écrit soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre et des contrats d'application ». Précisons aussi que les fournisseurs de l'article L. 443-2 sont les fournisseurs de produits agricoles périssables, de la pêche et de l'aquaculture.

Cette convention traduit alors le résultat de la négociation commerciale, en outre de celle réalisée pour obtenir, éventuellement, des conditions particulières.

Elle a pour objectif de « concourir à la détermination du prix convenu » et doit comporter les obligations suivantes (C. com., art. L. 441-3, III) :

« 1° Les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services, y compris les réductions de prix, et le cas échéant les types de situation dans lesquelles et les modalités selon lesquelles des conditions dérogatoires de l'opération de vente sont susceptibles d'être appliquées ;

2° Les services de coopération commerciale propres à favoriser la commercialisation des produits ou services du fournisseur, que le distributeur ou le prestataire de service lui rend, 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

³⁴ Cass. com., 6 déc. 2005, n° 04-19.320, *Sony* : *Bull. civ.* 2005, IV, n° 241.

produits ou services auxquels elles se rapportent et la rémunération globale afférente à l'ensemble de ces obligations ;

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 ainsi tout le résultat de la négociation commerciale, y compris donc, les réductions de prix et selon les trois critères développés dans l'article L. 441-3, III, 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. 441-3, III, 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. 441-3, III, 2°). Il doit s'agir de services qui ne relèvent pas des obligations d'achat et de vente (qui correspondent au premier item), reprenant en outre la formule « contrat de coopération commerciale », très utilisée dans ce secteur. Il doit s'agir de véritables « services », et non d'obligation issue de la vente, ou 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. 441-3, III, 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 écrite : tous les items de la négociation sont en effet traités en même temps, quand ce n'est pas une enveloppe globale de réduction de prix qui est négociée, dont le découpage et « l'habillage » relèvent ensuite de l'écriture juridique.

Cette distinction soigneuse répond en réalité à un autre objectif, celui permettant de contrôler la réalité des services rendus, voire leur caractère équilibré ■■(V. *infra*, n^{os} 208 et s.).■■

La convention, qui doit être conclue au plus tard le 1^{er} mars de l'année considérée, peut être prévue pour une durée de un, deux ou trois ans et, dans ces deux derniers cas, doit comprendre une technique de révision, éventuelle, des prix.

185-1. – Convention écrite : régime particulier pour les produits de grande consommation (C. com. art. L. 441-4). Plus subtil encore est le cas de la convention relative « aux produits de grande consommation définis comme des produits non durables à forte fréquence et récurrence de consommation » (fixés par décret). En ce cas, la convention doit mentionner le « barème des prix unitaires, tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, ou les modalités de consultation de ce barème dans la version ayant servi de base à la négociation » et fixe le chiffre d'affaires prévisionnel qui constitue le « plan d'affaires de la relation commerciale », révisable lorsque la durée de la convention est supérieure de deux ou trois ans.

En revanche, cette règle ne s'applique pas aux grossistes, définis comme « toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles, achète des produits à un ou plusieurs fournisseurs et les revend, à titre principal, à d'autres commerçants, grossistes ou détaillants, à des transformateurs ou à tout autre professionnel qui s'approvisionne pour les besoins de son activité ». Sont des grossistes « les centrales d'achat ou de référencement de grossistes ». Ne le sont pas en revanche les centrales, plus précisément « les entreprises (...) exploitant, directement ou indirectement, un ou plusieurs magasins de commerce de détail ou intervenant dans le secteur de la distribution comme centrale d'achat ou de référencement pour des entreprises de commerce de détail » (C. com., art. L. 441-4, II).

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. 441-4, VII

précise en effet que les conditions par lesquelles, le cas échéant, le fournisseur s'engage à accorder aux consommateurs, en cours d'année, des avantages promotionnels sur ses produits ou services, sont fixées dans des mandats confiés au distributeur ou prestataire de services, conclus et exécutés conformément aux articles 1984 du Code civil. Chacun de ces contrats de mandat précise, notamment, le montant et la nature des avantages promotionnels accordés, la période d'octroi et les modalités de mise en œuvre de ces avantages ainsi que les modalités de reddition de comptes par le distributeur au fournisseur.

Pour les produits agricoles (C. com., art. L. 443-2), le lait et les produits laitiers, ces avantages ne peuvent dépasser 30 % de la valeur du barème des prix unitaires.

On entre ici dans le cadre de dispositions tatillonnes, mais qui concernent en réalité une réponse aux crises des prix de produits alimentaires récemment connues, notamment à travers des remises assurées *par le fournisseur au consommateur* qui pourraient être imposées par le distributeur et de nature à diminuer fortement les marges du fournisseur, souvent en situation de dépendance, totale ou relative.

185-2. – Convention écrite : régime particulier pour les produits issus d'un contrat de sous-traitance (C. com. art. L. 441-5). L'ordonnance de 2019 a amélioré un dispositif préexistant, concernant la situation des contrats de sous-traitance de produits industriels. La situation contractuelle est, ici, particulière : un industriel, acheteur, commande à des entreprises la fabrication de produits qui seront ensuite intégrés à d'autres ceux **que** fabriqués par cet industriel. On évoque souvent le terme de « sous-traitance » industrielle pour évoquer cette situation contractuelle, qui n'a pourtant guère à voir avec le régime particulier des contrats de sous-traitance de la loi de 1989. Le risque ici est la dépendance particulière dans laquelle le « sous-traitant » industriel est dans une forme de sujétions à l'endroit de son acheteur.

L'article L. 441-5 prévoit alors une négociation particulière, et une convention écrite, respectant les articles L. 441-1, L. 442-1 à 3, doit être établie pour « tout achat de produits manufacturés, fabriqués à la demande de l'acheteur en vue d'être intégrés dans sa propre production », au-delà d'un seuil, défini par décret. La convention prévoit :

- « 1° L'objet de la convention et les obligations respectives des parties ;
- 2° Le prix ou les modalités de sa détermination ;
- 3° Les conditions de facturation et de règlement ;
- 4° Les responsabilités respectives des parties et les garanties, telles que, le cas échéant, les modalités d'application d'une réserve de propriété ;
- 5° Les règles régissant la propriété intellectuelle entre les parties lorsque la nature de la convention le justifie ;
- 6° La durée de la convention ainsi que les modalités de sa résiliation ;
- 7° Les modalités de règlement des différends quant à l'exécution de la convention et, si les parties décident d'y recourir, les modalités de mise en place d'une médiation ».

185-3. – Convention écrite : régime particulier pour les produits alimentaires à « marque de distributeur » (C. com. art. L. 441-7). Un autre mérite de l'ordonnance de 2019 est de tenir compte des produits à marque de distributeur ou « MDD ». Le contrat conclu est défini, à propos des MDD alimentaires seulement, comme « le contrat conclu entre un fournisseur et un distributeur portant sur la conception et la production de produits alimentaires selon des modalités répondant aux besoins particuliers de l'acheteur et vendus sous marque de distributeur ». Il doit comporter le prix ou les techniques de détermination du prix d'achat des produits agricoles entrant dans la composition de ces produits.

185-4. – Clause de renégociation. La loi Hamon de 2014 avait 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, qui fait désormais l'objet d'une sous-section particulière, intitulée « Clause de renégociation » dispose que, pour les produits agricoles,

« 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 et des produits agricoles et alimentaires et, le cas échéant, des coûts de l'énergie, 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 », et dans un délai d'un mois au plus, elle tend à « une répartition équitable entre les parties ». Elle doit également préciser les conditions et les seuils de déclenchement de la négociation en prenant en compte des indicateurs de prix des produits agricoles ou alimentaires, dont ceux de l'article L. 631-24, III et L. 631-24-1 du Code rural et de la pêche maritime.

L'innovation était, en 2014, considérable dans la mesure où elle offrait 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 en matière agricole ou pluriannuels pour les autres contrats, prévoyant des engagements sur les prix, dont la pérennité peut être menacée par des hausses ou des baisses de prix, en amont.

Depuis 2016, l'article 1195 du Code civil, prévoit un mécanisme général, quoique assez complexe de renégociation d'un contrat en cas de changement des circonstances imprévisibles et rendant leur exécution excessivement onéreuse. Le mécanisme est sensiblement différent notamment parce que ce texte invite les parties à négocier ou, en cas d'échec, à saisir le juge en vue de la rupture ou de la révision du contrat.

Or l'article L. 441-8 du Code de commerce prévoit simplement que « si la renégociation de prix n'aboutit pas à un accord au terme du délai d'un mois prévu au troisième alinéa, et sauf recours à l'arbitrage, il est fait application de l'article L. 631-28 du Code rural et de la pêche maritime (procédure de médiation par le médiateur des relations commerciales agricoles) sans que le contrat puisse prévoir un autre dispositif de médiation ». On peut raisonnablement penser, alors, qu'en cas d'échec de la médiation, les parties pourront saisir le juge pour obtenir la rupture du contrat, voire sa révision si les conditions de l'article 1195 du Code civil sont, en outre, rassemblées.

186. – Régime de la convention écrite « unique » et mécanismes de sanction. La « convention écrite » ou de coopération commerciale est un contrat singulier : elle doit être écrite, obéir à un contenu obligatoire varié, différencié, précis et en nombre, prévoir des mentions ou des clauses obligatoires, être conclue selon une certaine forme, convention « ordinaire » ou sous la forme d'un contrat-cadre et de contrats d'application, selon une certaine durée, une, deux ou trois années, etc.

Jusqu'en 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, mais également pour la mise en œuvre de la convention écrite de l'article L. 441-3 du Code de commerce (et celle de l'article L. 441-4, concernant les produits de grande consommation, et de l'article L. 441-5, concernant les contrats de sous-traitance). 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), pour le fait de ne pas respecter les règles en matière de délais de paiement.

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.

Facturation et revente à perte : la transparence post-contractuelle

187. – « Facturologie ». Troisième temps, à travers celui de la transparence post-contractuelle, l'article L. 441-9, du Code de commerce impose des obligations en matière de facturation, « pour tout achat de produit ou toute prestation de services » très lourdement sanctionnées pénalement. Pour être précis, le Code de commerce insère ces règles dans un ensemble intitulé « La facturation et les délais de paiement », alors même que la question des délais de paiement est certes liée à l'exécution du contrat de vente ou de prestation de services et suit en général l'émission d'une facture, mais, d'un point de vue concurrentiel, ces deux points sont distincts. L'existence même de délais de paiement suppose qu'ils fassent l'objet d'une **communication qui a** à voir avec le mécanisme des conditions générales, distingué de la question de leur facturation. En revanche, la réglementation de la revente à perte est liée à celle de la facturation, raison pour laquelle nous envisagerons ici les règles relatives à la facturation (Section 1) puis à la revente à perte (Section 2).

Section 1

La facturation

187-1. – Obligation de facturation. Aux termes de l'article L. 441-9 du Code de commerce, s'impose une obligation générale de facturation. « Tout achat de produits ou toute prestation de service pour une activité professionnelle fait l'objet d'une facturation » (C. com., art. L. 441-9, I).

La facture a en effet plusieurs fonctions. Une fonction contractuelle : la facture constate l'existence d'un contrat et le prix de celui-ci, tout en reprenant l'essentiel du contenu du contrat (délai de paiement, réserve de propriété, voire loi applicable, etc.) ; une fonction fiscale et comptable : la facture permet d'enregistrer une opération dans les comptes et rend exigible la TVA ; une fonction concurrentielle enfin, développée dans ce texte, afin de récapituler les exigences précédentes. Le vendeur doit ainsi établir une facture correspondant à ces diverses exigences, que l'ordonnance de 2019 tente d'harmoniser, notamment au regard des dispositions fiscales.

Le vendeur doit dresser et délivrer la facture dès la réalisation de la vente, ce qui s'entend de la « réalisation de la livraison ou de la prestation de service » (C. com., art. L. 441-9, I, al. 2 ; CGI, art. 289, I, 3°).

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 les prestations issues de la convention unique des articles L. 441-3 et suivants du Code de commerce, facture émanant de l'acheteur.

Surtout, la facture doit contenir toute une série de mentions obligatoires, concernant le vendeur et l'acheteur, des informations fiscales (CGI, art. 242 nonies A, imposant un numéro d'identification d'assujetti à la TVA, une numérotation continue des factures, etc.) et des informations tarifaires et concurrentielles 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. Autrefois pénale, la sanction est désormais constituée d'une amende administrative de 75 000 € pour une personne physique, de 375 000 € pour une personne morale, montants doublés en cas de « récidive » dans les deux ans d'une décision définitive de sanction C. com., art. L. 441-9, II). Observons que le passage d'une sanction pénale sous forme de délit à une sanction administrative est lourd de conséquences. Où la sanction d'un délit pénal s'entendait de manière globale pour l'infraction

constituée éventuellement de plusieurs factures défectueuses, une sanction administrative peut être prononcée pour chaque facture, ce qui peut aboutir à des montants très dissuasifs.

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 atteints³⁵.

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 certain³⁶.

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. 441-3, 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, *a priori*, les pratiques d'accumulation de remises, selon une technique dite « de la cagnotte ». Il s'agit de mécanismes usuels de computation de réductions de prix dans des conditions générales qui s'accumulent en fonction des ventes pour établir un ensemble, une cagnotte, payable ou compensable, en fin de période. Un tel mécanisme n'est pas « directement » lié à une vente particulière, ni acquis au jour d'une de ces ventes, et n'a donc pas à figurer sur la facture d'une des ventes ; en revanche, il conviendra pour le vendeur d'établir une facture pour la comptabiliser, sous la forme d'un « avoir » par exemple.

Section 2

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 cette question qui, pourtant, après l'ordonnance de 1986 constituait une clé de voûte du système de contrôle de la transparence alors mis en place, depuis la réforme de ces règles par la loi Galland du 1^{er} juillet 1996 qui avait modifié la technique de calcul du seuil de revente à perte.

Il faut observer que, discrète, la sanction de la « revente à perte » peut jouer un rôle politique et social très important dans une logique de conquête de pouvoir d'achat, pour les consommateurs, mais aussi de transferts de marges, pour les fournisseurs.

Il convient de préciser que si la prohibition de la revente à perte devait être considérée comme un outil de protection des consommateurs, elle pourrait être contraire au droit de l'Union européenne et notamment à la directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales. Cette dernière en effet n'autorise les États membres, pour les matières qui entrent dans son champ de compétence, à prévoir l'interdiction de principe de certaines pratiques commerciales que si celles-ci sont listées dans son annexe 1, annexe qui ne contient qu'une liste exhaustive de pratiques, dans laquelle fait défaut la prohibition de la revente à perte. Si la pratique considérée est

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

36 Cf. Cass. crim., 21 juin 2000 : *RJDA* 2000, n° 1179.

visée dans l'annexe 1, l'État membre peut l'interdire *per se*. À défaut, cela est impossible. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de justice de l'Union européenne en 2013³⁷.

Le droit français de la revente à perte peut en revanche être considéré comme conforme au droit de l'Union européenne si sa finalité n'est pas la protection des consommateurs, mais la protection des concurrents du professionnel revendant à perte ; la directive de 2005 n'est alors pas applicable et la question de la conformité au droit de l'Union ne se pose effectivement pas.

Comprenons qu'un « prix » est tout à la fois une construction fondée sur la prise en compte de coûts (de fabrication, de commercialisation, etc.) et d'une marge bénéficiaire, mais également de situation de concurrence. Par exemple, pour une chose dont les coûts de fabrication sont de 50, et la marge de 20, le prix peut être de 70 ou de 700 en fonction de considérations propres au vendeur (image de marque, situation de monopole, etc.). Plus cette chose, ce produit, est en situation de concurrence, plus les prix vont tendre vers les coûts, réduisant la marge. Par ailleurs, le « prix » s'envisage de manière dynamique : le « prix » de vente du fabricant au distributeur n'est pas le « prix » de vente au consommateur. Or seul ce dernier est « public » et c'est sur ce prix que s'organise la concurrence, par la publicité notamment, sur les « prix ». Dès lors, plus la concurrence est vive plus le prix tend, dans notre exemple, vers un « prix » au consommateur, de 50, réduisant ainsi la marge bénéficiaire, celle du distributeur et celle du fournisseur. On comprend alors les constructions des conditions générales de vente, en termes de prix, entre « marge » avant et arrière et la lutte entre fabricant et distributeur sur la méthode permettant aux uns et aux autres de « partager » la marge subsistante.

Le jeu du calcul du seuil de revente à perte joue alors sur le prix au consommateur. L'interdiction de la revente à perte, qui n'existe qu'en France ou en Belgique, dans la forme que nous connaissons, fait obstacle à ce que le revendeur revende à un « prix » inférieur au « prix d'achat ». On mesure alors que les variations de la notion de prix impliquent une écriture de la règle de droit particulièrement précise et susceptible de variation.

Dans son dernier état, l'article L. 442-5, I 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 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 considérée comme indépendante 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, qui constituait le siège de cette règle, elle-même issue d'une loi du 2 juillet 1963, ensuite intégré dans le Code de commerce en 2000.

L'idée était, au commencement du développement de la grande distribution, dans les années 1950 et 1960, de limiter l'effet dit de « l'îlot de perte dans un océan de profits » selon la formule de l'économiste Trujillo.

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 », limité par le faible nombre de ces produits d'appel sera compensé par des marges plus élevées sur d'autres produits, similaires et beaucoup plus nombreux, « 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 du fabricant : celui-ci vend une chose 100, une remise

37 CJUE, 6^e ch., ord., 7 mars 2013, aff. C-343/12, *Euronics Belgium CVBA c/ Kamera Express BV et a.* : JCP E 2013, 1205.

de 10 y figure, le prix est de 90 ; le revendeur ne pouvait revendre en dessous de ce prix (il faut ajouter le coût du transport et la TVA).

Depuis, la grande distribution s'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 des 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, obtenues par le jeu des conditions générales ou de la négociation commerciale, 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 ramenés 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.

Le seuil de revente à perte exclut donc la prise en compte de la marge bénéficiaire du distributeur. On peut en outre retirer l'ensemble des éléments constituant la « marge avant », c'est-à-dire les remises et escomptes accordés immédiatement (et par ailleurs obligatoirement portés sur la facture) : ils imputent immédiatement le prix payé par le distributeur. Pour un prix unitaire de 100 et des remises de 10, sans autres avantages, le seuil de revente à perte est de 90. On aboutit alors à ce qu'on appelle le « prix net ». On peut retirer également les ristournes, qui ne figurent pas nécessairement 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. 441-3, qui figure 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 se figurer ces trois masses pour se rendre compte que le seuil de revente à perte peut correspondre à l'un des trois prix d'achat possibles, du prix « net » au prix « net net net », pour mesurer l'incidence de la règle de droit retenue pour élaborer le seuil de revente à perte, ajoutée à la situation de 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 devait, alors, aux termes de l'ancien article L. 441-3 du Code de commerce inchangé depuis (C. com., art. L. 441-9), 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. 441-3 du Code de commerce) 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 », voire 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 (V. *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.

La règle de l'article 32 de l'ordonnance de 1986, de l'ancien article L. 442-2 du Code de commerce, ou de l'actuel article L. 442-5 du Code de commerce demeure pénalement sanctionnée.

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 souhait³⁸. 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 utilisable³⁹.

192. – Nouveau seuil de revente à perte. La loi Châtel de 2008 a finalement renforcé le mouvement imprimé par la loi de 2005 : 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.

L'article L. 442-5, I (qui reprend les termes de l'ancien article L. 442-2 du Code de commerce) dispose ainsi 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 € 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 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 considérée comme indépendante toute entreprise libre de déterminer sa politique commerciale et dépourvue de lien capitalistique ou d'affiliation avec le grossiste ».

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 ». 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.

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.

L'article L. 441-4, à propos des conventions écrites conclues pour les produits de grande consommation (*V. supra*, n° 185), définit les grossistes comme « toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles, achète des produits à un ou plusieurs fournisseurs et les revend, à titre principal, à d'autres commerçants, grossistes ou détaillants, à des transformateurs ou à tout autre professionnel qui s'approvisionne pour les besoins de son activité ». Y sont assimilées les centrales de référencement ou d'achat de grossistes, mais en sont exclues les centrales d'achat ou de référencement pour le commerce de détail, les centrales de référencement usuellement entendues...

194. – Sanctions et exceptions. La sanction de la revente à perte est pénale, par une amende de 75 000 €. Cette amende peut être portée à la moitié des dépenses publicitaires faisant état d'une annonce de revente à perte, et des sanctions de l'article 121-3 du Code de la consommation, c'est-à-dire la sanction des pratiques commerciales

38 « 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^{er} janvier 2006 (15 % à compter du 1^{er} 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).

39 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.

trompeuses (C. com., art. L. 442-5, I). L'article L. 442-5, III du Code de commerce dispose en outre que « les personnes morales déclarées pénalement responsables encourent la peine mentionnée à l'article 131-39, 9° du Code pénal » (affichage de la décision).

Toutefois, la revente à perte connaît des exceptions importantes posées par l'article L. 442-5, II du Code de commerce.

Il s'agit 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 ».

Elle 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 ».

Elle s'applique encore 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 ».

La dernière exception, innovation de l'ordonnance de 2019, s'applique aux produits soldés de l'article L. 310-3 du Code de commerce. Il s'agit là d'une innovation à la portée pratique considérable pour les commerçants qui pratiquent des soldes, notamment en fin de période de solde.

Les pratiques restrictives de concurrence

195. – Ce que l'on désigne sous l'appellation « pratiques restrictives de concurrence » comporte un ensemble hétéroclite, allant de la sanction des prix minimum imposés de revente aux « hausses artificielles de prix », l'ensemble étant dominé par ce qui était, avant l'ordonnance de 2019, l'ancien article L. 442-6, aujourd'hui résumé et différemment présenté, un texte majeur des pratiques restrictives de concurrence, qui a conquis un espace immense, en pratique, notamment du fait de l'ancien article L. 442-6, I, 5°, aujourd'hui L. 442-1, II 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 (l'ancien article L. 442-6) n'avait cessé de croître, sur le fond des pratiques visées, et sur la procédure mise en œuvre pour obtenir sanction, jusqu'à contenir quatorze types de fautes stigmatisées, à la veille de l'ordonnance de 2019.

Cet ensemble disparate, hormis les articles L. 442-1 à 4, L. 442-7 et 8 (qui reprennent les principales dispositions de l'ancien article L. 442-6), 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 (Dir. 2005/29) qui a abouti à une réforme en profondeur du droit de la consommation, celle des pratiques commerciales déloyales entre professionnels⁴⁰ visant au départ 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., et qui deviendrait plus modestement un ajustement de la directive 2005/29 notamment s'agissant des contrats en ligne.

Ces règles, qui recouvrent ce que le Code de commerce désigne comme les « pratiques restrictives de concurrence », s'inscrivent dans un ensemble installé entre les règles sanctionnant les « pratiques anticoncurrentielles » et les actes de concurrence déloyale. Cette place est, sémantiquement parlant, peu aisée à justifier, s'il fallait admettre qu'il y a une distinction entre « restrictif de concurrence » et « anticoncurrentiel » ou « déloyal ».

Au-delà donc de ce « jeu de mots », qui montre peut-être la faiblesse du vocabulaire juridique traditionnel face aux logiques économiques, la justification de cet ensemble repose, d'une part, sur le fait que les sanctions sont promises indépendamment de toute atteinte au marché, à la différence de la mise en œuvre des pratiques anticoncurrentielles, et d'autre part sur le fait que ces sanctions ne relèvent pas nécessairement de la responsabilité extracontractuelle, ou, quand c'est le cas, de mécanismes exorbitants du jeu de la responsabilité extracontractuelle.

Cet ensemble hétéroclite de règles relève tout simplement de la volonté politique d'installer des règles réglementant ou régulant le jeu contractuel, comme héritières des règles de police économique.

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. 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 du droit européen de la concurrence, au tournant du dernier 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.

⁴⁰ Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non alimentaire en Europe : Doc. COM (2013), 037 final. Projet de directive sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations entre professionnels au sein de la chaîne d'approvisionnement alimentaire : Doc. COM (2018), 185 final, adopté le 12 mars 2019.

L'ambiguïté générale qui entoure ces textes repose sur plusieurs considérations, autour notamment de l'observation que ces textes proposent des solutions parfois radicales, comme la nullité, automatique, de certains contrats ou clauses (C. com., art. L. 442-8) **ou les pouvoirs accordés à l'administration, exorbitants** du droit de la procédure civile, dont l'« action du ministre ».

Ces règles se justifient cependant par la considération 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 » (aujourd'hui C. com., art. L. 442-1) était conforme à la Constitution, à une réserve d'interprétation près⁴¹, de même que l'action du ministre de l'article L. 442-6, III (aujourd'hui art. L. 442-4)⁴².

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.

1) Ces règles, instituées principalement après 1945 (1952, 1963, 1973, 1986, etc.) et qui étaient assimilées à des pratiques pénalement sanctionnées, ont fait l'objet d'une dépénalisation importante par l'ordonnance de 1986. On constate cependant que la « dépénalisation » du droit de la concurrence⁴³ 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 dépénalisées 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 : c'est le cas de la sanction de la revente à perte, des prix minimums imposés de revente, ou des hausses artificielles de prix. Elles étaient également considérées comme des infractions non intentionnelles.

Depuis 2014, l'administration en charge de la concurrence dispose d'un outil redoutable, à travers des sanctions administratives, dont le contentieux est alors développé devant le juge administratif.

Les fautes civiles, par ailleurs, et notamment celles des articles L. 442-1 et suivants 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 de ces pratiques 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, et principalement de l'application des mécanismes de responsabilité civile du fait personnel. En revanche les pratiques restrictives de concurrence sont aujourd'hui souvent sanctionnées par des amendes administratives.

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

41 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.

42 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.

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

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 application⁴⁴. 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, jusqu'en 2019 tout au moins, 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. Ainsi **la litanie** des fautes de l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce **a été résumée** aux trois principales d'entre elles, la sanction du « déséquilibre significatif », celle de la rupture brutale des relations commerciales établies, celles des « ventes hors réseau », auxquelles est isolée celle des ventes de produits agricoles à un prix abusivement bas (C. com., art. L. 442-7).

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 désigne⁴⁵ (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 annexes 4-2-1 et 4-2-2) pour traiter des situations juridiques relevant des articles L. 442-1 et suivants du Code de commerce, huit tribunaux de grande instance ou de commerce territorialement compétents 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 juridiction⁴⁶. En revanche, la voie d'appel est exclusivement réservée à la cour d'appel de Paris : la sanction est redoutable, une fin de non-recevoir⁴⁷, laquelle doit être relevée d'office⁴⁸. En outre, le litige n'est pas dissociable (sauf demande de disjonction) et la cour de Paris est alors compétente pour l'entier litige⁴⁹. 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

44 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.

45 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.

46 Cass. com., 1^{er} mars 2017, n° 15-22.675. – Cass. com., 11 mai 2017, n° 15-21.917.

47 Cass. com., 24 sept. 2013, n° 12-21.089. – Cass. com., 6 sept. 2016, n° 14-27.085 : *JCP E* 2017, 1079, n° 13, obs. D. Mainguy.

48 Cass. com., 31 mars 2015, n° 14-10.016. – Cass. com., 24 sept. 2013, préc.

49 Douai, 26 mai 2016, n° 15/05109 : *Contrats, conc. consom.* 2016, comm. 192, N. Mathey. – Cass. com., 26 mars 2013, n° 12-12.685 : *Contrats, conc. consom.* 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, 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).

devant le juge non désigné, faisant une exception à l'automatisme de la fin de non-recevoir⁵⁰, justifiée par la logique du droit à un procès équitable⁵¹.

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 l'Autorité de la concurrence, en raison de l'existence d'une entente ou d'un abus de domination du fait d'une pratique visée au titre des « pratiques restrictives de concurrence », 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. 442-1 à 3 et L. 442-7 et 8. Ces sanctions reposent sur un mécanisme particulier de 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. 442-1, II (C. com., ancien art. L. 442-6, I, 5°), relatif à la rupture brutale des relations commerciales établies, particulièrement en présence de clauses relatives au litige (V. *infra*, n° 206).

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. 442-4 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

50 Cass. com., 29 mars 2017, n° 15-24.241 : *JCP G*, 2017, 498, note M. Béhar-Touchais ; *JCP E* 2018, 1131, n° 12, obs. D. Mainguy ; *Contrats, conc. consom.* 2017, n° 98, obs. N. Methey, 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.

51 Cass. com., 21 mars 2018, n° 16-28.412 : *JCP G* 2018, 541, note P. Deumier, 544, note M. Béhar-Touchais : « Mais attendu que, par plusieurs arrêts rendus le 29 mars 2017 (pourvois n°s 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.

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'instance⁵². 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 »⁵³.

197. – Contrats et clauses interdits. L'ancien article L. 442-6, II du Code de commerce connaissait une liste, enrichie avec la loi dite « LME » du 4 août 2008, 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 »⁵⁴.

« 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 ».

L'ordonnance de 2019 n'a repris que les éléments essentiels de cette liste. L'article L. 442-3 dispose ainsi que :

« Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services, la possibilité de bénéficier :

a) Rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale ;

b) Automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant ».

« Sont nuls », et non « sont annulables » : 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. 442-1, I, 1°. Le « b) » 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. 442-4, 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.

En outre, l'article L. 442-4, I, alinéa 2 du Code de commerce précise que le juge, y compris celui des référés, peut être saisi par toute personne justifiant d'un intérêt pour ordonner la cessation d'une pratique des articles L. 442-1 et suivants, dont celles de l'article L. 442-355, mais que seule la partie victime des pratiques visées peut faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites. La distinction est sibylline mais essentielle. La nullité, en effet, implique des mécanismes, en nature ou par équivalent, de restitution, tandis que la cessation est un simple fait décidé, souvent renforcé par des pénalités prononcées. Sibylline, cette distinction est cependant

⁵² 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.

⁵³ V. M. Malaurie, *Le référé-concurrence* : *JCP E* 1993, I, 3637.

⁵⁴ Solutions déjà connues : Cass. com., 21 nov. 2001 : *RTD com.* 2001, p. 203, obs. M. Cabrillac.

⁵⁵ Cf. M. Malaurie-Vignal, *Le référé-concurrence* : *JCP E* 1993, I, 3637.

dépassée dès que l'auteur de l'action est le ministre de l'Économie ou le ministère public qui peuvent obtenir la cessation ou le constat de la nullité de ces clauses ou contrats illicites, y compris, ce qui est le plus déroutant, en l'absence d'action de la victime, dans le cadre de l'action, exceptionnelle, dite « du ministre ».

198. – L'« action du ministre ». L'une des innovations proposées par la loi NRE du 15 mai 2001 reposait sur l'instauration d'un ensemble d'actions particulières pour assurer l'efficacité de l'ancien article L. 442-6.

Reprises dans l'ordonnance de 2019, dans l'article L. 442-4 du Code de commerce, ces règles instaurent 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. 442-4, I, du Code de commerce « pour l'application des articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8, l'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence (...) ».

Surtout, le ministre de l'Économie (par son représentant, un agent qualifié de la DGCCRF) ou le ministère public⁵⁶ peuvent demander d'ordonner la cessation des pratiques et de prononcer « la nullité des clauses ou contrats illicites ». De ce fait, ils peuvent demander la répétition de l'indu, c'est-à-dire le remboursement des sommes illicitement perçues, sommes qui peuvent être considérables.

Ils peuvent surtout, et également, demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut excéder le plus élevé de trois montants :

- une amende de 5 millions d'euros ;
- le montant des avantages indûment perçus ou obtenus ;
- 5 % du chiffre d'affaires hors taxe réalisé en France par l'auteur des pratiques. Ce texte, et notamment cette dernière partie, sont exceptionnels, à la fois parce qu'il s'agit là d'un dispositif inédit en droit français et parce qu'il assure une puissance d'action à l'administration considérable.

On peut considérer qu'il s'agit d'une forme d'expérimentation de la sanction de la « faute lucrative », comme en témoigne la reprise, presque à l'identique, de cette formule dans l'article 1266-1 du projet de réforme du droit de la responsabilité civile⁵⁷.

Ce texte ne vise que le ministre de l'Économie et le ministère public⁵⁸, mais point la victime, laquelle doit simplement être informée, ce qui résulte d'une décision du Conseil constitutionnel. Il s'en déduit que le produit de la répétition de l'indu ne sera pas versé à la victime, mais au Trésor public, comme le produit de l'amende civile. C'est en cela que le mécanisme est exceptionnel, ne serait-ce que parce qu'il permet d'obtenir la nullité d'une clause comme sanction d'une règle de responsabilité, fût-elle contractuelle⁵⁹.

Les questions de l'efficacité et de la validité de mécanismes au regard de dispositifs normatifs supérieurs, dès lors que ceux-ci résultent de « l'action du ministre » de l'article L. 442-4 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, nonobstant, au passage la règle selon laquelle « nul ne plaide par procureur ». En pratique on a pu observer 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

56 V. M. Amadio, Le ministre plaideur au titre de l'article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, in Mél. Ch. Gavalda, Dalloz, 2001, p. 5.

57 Projet, art. 1266-1 : « En matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile. **Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur et aux profits qu'il en aura retirés. L'amende ne peut être supérieure au décuple du montant du profit réalisé. Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes le plus élevé réalisé en France au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise. Cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public.** Elle n'est pas assurable ».

58 Comp. Cass. com., 5 déc. 2000, *Intermarché*, préc., qui avait refusé que le ministre puisse exercer une telle action en annulation et en réparation du préjudice.

59 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.

deux affaires retentissantes, le ministre de l'Économie, 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'ancien 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 au Trésor public⁶⁰. 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 l'homme⁶¹. 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 victimes, 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 2008⁶², le premier 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 rejet⁶³, 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'ancien 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 constitutionnel⁶⁴ sous la réserve que les parties au contrat aient été informées de l'action⁶⁵, ce qui aujourd'hui expressément repris dans l'article L. 442-4, II du Code de commerce. Elle est en outre autonome, étant entendu que le ministre peut adresser des conclusions associées à celles des parties⁶⁶, de sorte que 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'ancien article L. 442-6, III et de l'actuel article L. 442-4 du Code de commerce. Sommes-nous encore face à une action civile ou déjà confrontés à une

60 V. J.-M. Vertut, Les négociations d'avantages financiers arrière dans la tourmente : Rev. Lamy dr. aff. janv. 2007, p. 47.

61 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.

62 Cass. com., 8 juill. 2008, n°s 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.

63 Cass. com., 16 déc. 2008, n°s 07-20.099 et 08-13.162 : *JCP E* 2009, I, 1479, obs. D. Mainguy. – *Adde* Cass. com., 5 mai 2009, n° 08-15.264.

64 Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC : *JCP E* 2011, 1136, note D. Mainguy.

65 Cons. const., 13 mai 2011, n° 2011-126. – *Adde* Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525. – Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907.

66 Cf. Cass. com., 7 juill. 2004 : *Contrats, conc. consom.* 2004, n° 179, obs. M. Malaurie-Vignal.

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 victimes⁶⁷, il peut demander restitution des sommes versées en contravention de l'article L. 442-1, 2, 3, 7 et 8, il peut demander des dommages et intérêts, la répétition de l'indu, il peut demander le prononcé d'une amende civile qui peut aller jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires de l'auteur des pratiques, il peut obtenir le paiement de l'ensemble auprès du Trésor public⁶⁸, etc. Ses pouvoirs, qui sont des pouvoirs de police économique, sont considérables.

L'interprétation faite par la Cour de cassation est parfaitement cohérente. Elle participe de l'idée que l'État peut se substituer à une partie défaillante, dès lors que les faits reprochés sont suffisamment graves et d'ampleur telle que l'intérêt général est en jeu. Ce texte révèle l'incapacité des parties à, dans certaines circonstances, se représenter elles-mêmes – et peu importe ici de connaître la réalité sociologique des entreprises victimes des pratiques de la grande distribution –, et propose une solution de substitution, sans torturer la mise en œuvre des règles relatives à la sanction des pratiques anticoncurrentielles. Il s'agit donc de solutions qui visent à lutter contre l'inefficacité de la règle de droit et, au contraire, à faire respecter des règles d'ordre public⁶⁹.

En revanche, en présence d'une clause compromissoire imposant le recours à un tribunal arbitral pour trancher le litige qui surgirait, le mécanisme de l'article L. 442-4 est, au regard des articles 1448 et 1506 du Code de procédure civile, manifestement inapplicable au litige opposant le ministre et l'auteur des pratiques⁷⁰.

199. – Plan. Les règles en la matière peuvent être distinguées en deux grandes catégories, de la même manière, un peu dilettante, que le Code de commerce, après l'ordonnance du 24 avril 2019, les présente. Le chapitre les incluant s'intitule « Des pratiques commerciales déloyales entre entreprises » et comprend deux sections, l'une intitulé « Des pratiques restrictives de concurrence », comprenant les articles L. 442-1 et suivants et, l'autre « Des autres pratiques prohibées ». C'est cette division, finalement que nous retiendrons, mais en inversant les termes : entre les règles relatives aux pratiques déloyales entre entreprises et dans lesquelles les deux plus importantes de ces règles seront précisément isolées (Chapitre 1) et, d'autre part, les autres pratiques prohibées (Chapitre 2).

67 Cass. com., 9 oct. 2012 : *D.* 2012, p. 2765, obs. N. Dorandeu.

68 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° 94, obs. M. Malaurie-Vignal.

69 Cf. Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547 : *JCP G* 2017, 255, note M. Béhar-Touchais ; *JCP E* 2017, 1135, note S. Le Gac-Pech ; *JCP E* 2018, 1131, obs. D. Mainguy ; *D.* 2017, p. 481, note F. Buy.

70 Cass. 1^{re} 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.

Les pratiques commerciales déloyales entre entreprises

199-1. – Présentation. Il s'agit ici de l'essentiel de ce qui constituent les pratiques restrictives de concurrence, celles des articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-7 et L. 442-8, étant entendu que les articles L. 442-3 (clauses illicites), L. 442-4 (sanctions et « action du ministre »), L. 442-5 (revente à perte), ont déjà été envisagés et que les autres règles, celles de l'article L. 442-6 (prix minimum imposé), L. 442-8 (enchères inversées) seront envisagées ensuite. Restent donc les règles de l'article L. 442-1, qui visent d'une part les contrats conclus à des conditions disproportionnées (Section 1) et la rupture brutale de relation commerciale établie (Section 2), puis les « autres pratiques, dont celles visées par l'article L. 442-2 qui envisage la revente hors réseau et par L. 442-7 (vente de produits agricoles à des prix abusivement bas (Section 3).

Observons en outre que l'ancien article L. 442-6, I du Code de commerce commençait par une formule, à laquelle on ne prêtait plus guère attention : « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers » et qui fondait le mécanisme de responsabilité comme sanction principale de ce texte. Or, l'ordonnance du 24 avril 2019 a également modifié cette formule. L'article L. 442-1, I commence ainsi « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, *dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat*, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services », avec quelques variations pour les articles L. 442-1, II, L. 442-2 et L. 442-7. D'une part, la formule reprend les critères du champ d'application des règles du droit de la concurrence, peu important la nature de l'activité de la personne en cause. Il suffit d'exercer une activité de production, de distribution ou de services, ce qui devrait régler un certain nombre de difficultés posées auparavant dans la mise en œuvre de ces règles, notamment l'article L. 442-1, II actuel (ex-art. L. 442-6, I, 5°) du Code de commerce (■ ■ V. *infra*, n° 208 et s. ■ ■). Ensuite, il s'agit d'envisager une technique de responsabilité dont on peut mesurer qu'elle pourrait être contractuelle ou délictuelle, selon les cas (■ ■ V. *infra*, n° 206 ■ ■).

Section 1

Les contrats et avantages disproportionnés

199-2. – Traitement concurrentiel des contrats et avantages disproportionnés. Deux règles particulières subsistent après l'ordonnance du 24 avril 2019, dans l'article L. 442-1, I, où sont reprises et rassemblées deux des fautes de l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce, présentées en miroir.

L'une envisage l'hypothèse de l'obtention d'un avantage sans contrepartie, comme une forme d'abus de dépendance « civil » (§ 1) et l'autre la règle, plus connue, traitant de la « soumission » à un déséquilibre significatif entre les droits et obligations d'un contrat (§ 2) :

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

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

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

§ 1. – L’obtention d’un avantage sans contrepartie

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

L’article L. 442-1, I du Code de commerce, d’abord, traduit une forme de « civilisation » de l’abus de dépendance économique, tel qu’on le connaît au titre des pratiques anticoncurrentielles (C. com., art. L. 420-2), même si elle avait déjà été – mais vainement – introduite par la loi Galland de 1996.

L’histoire de ce texte est mouvementée, mais essentiellement de l’ordre de la légistique, illustrant, d’ailleurs, l’inefficacité relative de ce type de législation peu suivie d’effets jurisprudentiels. Depuis la loi NRE de 2001 et jusqu’à la loi LME du 4 août 2008, cette civilisation passait par deux fautes présumées différentes, ensuite rassemblées. L’ancien article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce, tel qu’il existait avant l’ordonnance du 24 avril 2019, se présentait de manière bien plus complexe, rassemblant les règles plus anciennes.

Il en résulte une présomption de faute visant un comportement de prime abord plutôt aisé à repérer : « obtenir ou tenter d’obtenir de l’autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la contrepartie consentie » correspondant à la périphrase de la célèbre affaire *Cora* et de la pratique dite de la « corbeille de la mariée »⁷¹.

208-1. – Typologie de fautes. L’article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce 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 de l’ancien article L. 442-6, I, 1° : « 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 reprenait les solutions d’une affaire *Intermarché* qui s’est soldée par un arrêt de la chambre commerciale du 5 décembre 2000⁷² 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 Paris⁷³ 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.

Cette partie du texte a disparu, du fait de la simplification, très relative, de ces règles par l’ordonnance de 2019, mais l’essentiel demeure.

En toute hypothèse, l’interprétation donnée par la Cour de cassation à ce texte (dans sa rédaction précédente) 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 et 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. 442-2, I, 1° du Code de commerce répond aujourd’hui comme hier aux logiques de l’absence de cause

71 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.

72 Cass. com., 5 déc. 2000 : *RJDA* 2001, n° 511.

73 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.

ou de la lésion de façon radicale : « obtention (...) d'avantage (...) aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la contrepartie consentie ».

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 de l'article L. 442-1, I, 1° est d'autant plus exceptionnelle que, sous couvert de droit de la concurrence, ce sont en fait des règles du droit de la responsabilité, contractuelle ou délictuelle selon les hypothèses, qui sont ainsi stigmatisées.

Les hypothèses d'avantages sans contrepartie ou manifestement disproportionnés au regard de la valeur de la contrepartie consentie peuvent être identifiées par reprise des pratiques connues et autrefois visées. C'est le cas de la question de l'obtention d'un avantage financier pour une simple « globalisation des achats ». L'addition de chiffres d'affaires n'ajoute rien pour le fournisseur, sinon de manière artificielle. C'est également le cas d'une demande d'alignement sur les conditions obtenues par un tiers (C. com., art. L. 442-3). C'est encore le cas des constructions financières dites « d'empilement des ristournes » de plusieurs acheteurs distincts pour tenter d'en obtenir davantage, voire des « 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 acquise⁷⁴. De même, le fait d'obtenir une exclusivité d'un distributeur pour un produit donné, épuisant ainsi la capacité de ses concurrents d'accéder aux « rayons » de l'acheteur, lesquels peuvent être, parfois, considérés comme des « facilités essentielles »⁷⁵.

Il demeure une ambiguïté dans le texte de l'article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce. Celui-ci stigmatise en effet le fait d'obtenir des « avantages sans contrepartie (...) ». Or, ce texte est l'héritier de l'article L. 442-6, I, 1° tel qu'il résultait de la loi LME de 2008, laquelle avait supprimé l'ancienne rédaction qui sanctionnait ce qu'on appelait alors les « pratiques discriminatoires », lesquelles consistaient à consentir un avantage sans contrepartie « réelle »⁷⁶. Une discrimination tarifaire résultait alors, pour un fournisseur, dans le fait de traiter de manière différenciée deux partenaires de force identique ou de manière égale deux partenaires de force différente. Or, l'article L. 442-6, I, 1° dans sa version précédente visait l'obtention d'un « avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu ». La différence entre les deux rédactions peut sembler ténue, à ceci près que la rédaction nouvelle rappelle plus clairement la sanction, ancienne, de ces traitements discriminatoires, dont on verra si les juges admettent la poursuite de ce type de comportement.

Par ailleurs, l'ordonnance de 2019 a simplifié ce qu'était l'ancien article L. 442-6, I, même si les formules utilisées, et ramassées, permettent certainement de reprendre l'essentiel des formules disparues. Ainsi, l'ancien article L. 442-6, 3° du Code de commerce stigmatisait le référencement abusif, une forme de chantage au

74 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 rarefaction des linéaires pour les producteurs offrant de façon privilégiée des produits sous leur propre marque ».

75 Cons. conc., déc. n° 04-D-13, 8 avr. 2004, préc.

76 C. com., art. L. 442-6, I, 1° (réd. antérieure à la loi du 4 août 2008) : « Engage la responsabilité de son auteur (...) le fait : 1°) De pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence ».

référencement qui consiste à exiger des sommes toujours plus importantes, dites parfois « commissions de gestion » pour être référencé⁷⁷. Or, si la conclusion d'un accord de référencement ou d'un accord de coopération entre un fournisseur et une centrale de référencement suppose le paiement d'une somme d'argent, une commission de gestion, celle-ci ne doit pas être disproportionnée⁷⁸. Surtout la somme ou l'avantage tarifaire doit être causé : était sanctionné le fait « d'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit ». Lourde, la formule peut être considérée comme intégrée dans l'article L. 442-1, I, 1° actuel du Code de commerce.

Il en est de même de l'ancien article L. 442-6, I, 4° du Code de commerce qui envisageait le fait « d'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente ». C'est la même situation que précédemment, mais cette fois inversée : il ne s'agit plus de réaliser une pression avant la conclusion d'un accord de référencement, mais au contraire de menacer de sa rupture.

On peut ajouter pour conclure que le contentieux relatif à ce texte est assez rare⁷⁹, 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).

§ 2. – La « soumission » à un déséquilibre significatif

209. – « Lutte » contre les clauses abusives entre professionnels : « déséquilibre significatif ». L'ajout le plus spectaculaire de la loi LME du 4 août 2008 est, sans conteste, celui de l'ancien article L. 442-6, I, 2°, devenu l'actuel article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce qui dispose qu'« 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 »⁸⁰.

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.

Le nouveau dispositif et la similitude avec la règle du droit de la consommation et, depuis 2016, de l'article 1171 du Code civil, érigent ces textes dans un ensemble, dont la cohérence reste à démontrer, visant à proposer une méthode de « lutte » contre les clauses exagérées entre professionnels⁸¹.

L'analyse de l'article L. 442-1, I, 2° hésite entre une considération consumériste, par analogie sémantique avec l'article L. 212-1 du Code de la consommation, contractuelle, par comparaison avec l'article 1171 du Code civil, ou concurrentielle, autonome donc.

La similitude avec le droit de la consommation est très apparente mais en réalité assez 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

77 V. D. Ferrier, Les nouvelles règles de (dé)référencement : CDE 1996/5, p. 8.

78 Cf. Cass. com., 25 juin 2013, n° 12-21.623 : *LPA* 3 janv. 2014, note E. Garaud.

79 V. Cass. com., 25 juin 2013 : *Contrats, conc. consom.* 2013, n° 213, obs. M. Malaurie-Vignal. – Cass. com., 11 sept. 2012, n°s 11-14.620 et 11-17.458. V. aussi N. et D. Ferrier, *Droit de la distribution, op. cit.*, n°s 334 et s. et la jurisprudence citée, tirée de la préparation des rapports de la CEPC.

80 Cf. M. Béhar-Touchais, Un déséquilibre significatif à deux vitesses : JCP G 2015, 603. – E. Diény, Déséquilibre significatif : sept ans après, a-t-on atteint l'âge de raison ? : JCP E 2015, 1626. – E. Gicquaud, Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif : RTD com. 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.

81 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.

des clauses marginales, alors que l'article L. 442-1, 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 Code civil, suppose une analogie avec l'ancienne notion de cause, ou celle, actuelle de « but » licite, de contenu, voire d'intérêt au contrat. L'analyse concurrentielle suppose la détermination d'un abus de puissance, supposant un déséquilibre ou une inégalité économique qui expliqueraient l'existence de clauses 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 violence⁸², d'une clause de variation unilatérale des prix⁸³, d'une clause de pénalité exorbitante⁸⁴, d'une clause de paiements automatiques de ristournes⁸⁵, de la clause d'exclusion des conditions générales de vente par les conditions générales d'achat ou des clauses de paiement croisé⁸⁶.

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 disproportionné⁸⁷ dès lors qu'il est à l'origine d'un déséquilibre significatif. Or, la difficulté consiste 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 de 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 du Code de commerce et 1171 du Code civil, 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 qu'un déséquilibre significatif opère entre « partenaires commerciaux » donc une relation d'une certaine qualité, impliquant des intérêts en commun, ce qu'on n'identifie pas nécessairement dans des contrats où les intérêts sont plus opposés comme dans les contrats de location⁸⁸. Elle suppose également une

82 Cf. N. Ferrier, *La violence économique en droit de la distribution*, in Y. Picod et D. Mazeaud, *La violence économique*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2017, p. 51.

83 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.

84 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.

85 T. com. Lille, 6 janv. 2010, préc.

86 Paris, pôle 5, ch. 4, 18 déc. 2013, n° 12/00150.

87 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.

88 Cf. N. et D. Ferrier, *Droit de la distribution*, *op. cit.*, n° 339.

« 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 retenue⁸⁹.

La difficulté repose surtout, comme pour les autres dispositifs, sur 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'ancien article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce porte sur des clauses qui ne se retrouvent pas dans des contrats de consommation : clauses « protection de stock », clauses portant sur des ristournes de fin d'année, etc., voire sur le prix lui-même.

Cette question est désormais retenue par la jurisprudence⁹⁰ et notamment dans un arrêt remarqué du 25 janvier 2017⁹¹. 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 1171 du Code civil. Reste cependant à mesurer la portée de la reconnaissance d'un contrôle possible du prix comme conséquence d'un déséquilibre significatif au regard du rejet de principe du contrôle de la lésion dans les contrats (V. 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 L. 441-7 du Code de commerce.

Section 2

La rupture brutale de relations commerciales établies

200. – Principes de droit du contrat et mécanisme de droit de la concurrence. La question de la rupture des relations commerciales a toujours été saisie par les règles du droit des contrats. La faculté de résiliation unilatérale d'un contrat à durée indéterminée ou la faculté de non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée sont des droits, exprimés sous forme de principe, qui doivent s'exercer sans abus⁹².

L'exercice de ce droit est alors contrôlé, en droit des contrats, par le respect de quelques exigences. Ainsi, un contrat à durée indéterminée peut être résilié à tout moment par l'une ou l'autre des parties, sous réserve du respect d'un préavis raisonnable⁹³. Ces règles sont devenues un principe général de droit des contrats, aujourd'hui reprises dans le Code civil depuis la réforme du droit des contrats de 2016 (C. civ., art. 1210 et s.). Elles résultent de la conception selon laquelle l'arrivée du terme est prévue par les parties dans les contrats à durée déterminée (C. civ., art. 1212), et du principe de la prohibition des engagements perpétuels dans les contrats à durée indéterminée⁹⁴.

89 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° 15-27.865, clauses dites de « 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° 15-23.547 : *JCP G* 2017, 255, note M. Béhar-Touchais ; *JCP E* 2017, 1135, note S. Le Gac-Pech ; *JCP E* 2018, 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 ? »* : *Rev. Lamy conc.* 2010, n° 23.

90 Paris, 23 mai 2013, n° 12/01166, *Ikéa*. – Paris, 29 oct. 2014, n° 13/11059, *GIE de radios*.

91 Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, préc.

92 V. par ex. : M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, *Les contrats de distribution*, LGDJ, 1999, n° 336 et les réf. – D. Mainguy et J.-L. Respaud, *Droit des obligations*, Ellipses, 2008.

93 V. Cass. com., 15 déc. 1969 : *Bull. civ.* 1969, IV, n° 384. – Cass. com., 26 juin 1972 : *Bull. civ.* 1972, IV, n°s 205 et s. – B. Houin, *La rupture des contrats synallagmatiques*, thèse, Paris II, 1973, n°s 113 et s.

94 V. J. Azéma, *La durée des contrats successifs*, LGDJ, 1968, n°s 180 et s. – M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, *op. cit.*, n° 332.

Elles résultent aussi de la comparaison et de la généralisation de règles plus spéciales, par exemple issues du droit du bail ou du contrat de travail⁹⁵.

À ces règles, s'ajoutent cependant quelques tempéraments, dont l'exigence d'un préavis, tant pour le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée que pour la résiliation unilatérale d'un contrat à durée indéterminée, première et minimale manifestation de la bonne foi. Cette exigence constitue une limite à ce droit contractuel reconnu : à défaut de préavis, la rupture peut être considérée comme brutale⁹⁶, c'est-à-dire abusive⁹⁷. Aucune motivation de la rupture n'est toutefois exigée de la part de celui qui met fin à la relation⁹⁸, dans la logique du fondement de ces solutions, sauf à de rares exceptions⁹⁹, solution que l'on peut discuter¹⁰⁰.

En droit de la concurrence, la loi du 1^{er} juillet 1996, modifiée par la loi NRE de 2001, puis par la loi du 2 août 2005 a désormais généralisé ces solutions¹⁰¹.

Le vocabulaire utilisé est saisissant : rupture « brutale », voire de menace de rupture brutale, dans l'ancien article L. 442-6, I, 3^o ou 4^o. On peut s'interroger sur l'opportunité et la signification d'un tel texte qui utilise un langage de voyou, alors qu'il semble s'agir de simples négociations ou relations, *entre commerçants*, un peu viriles peut-être, mais auxquelles le droit commun n'accorde pas d'importance particulière (V. toutefois, depuis 2016, C. civ., art. 1211). Or, pourquoi la victime d'une telle rupture – un fournisseur dans les relations de la grande distribution, mais ce peut être n'importe quelle position contractuelle, de ces menaces, s'émouvrait-elle particulièrement de cette négociation musclée ? Sans doute parce qu'elle n'a pas le choix, qu'elle est sous la « dépendance » économique de celui qui le menace. L'argument serait probant si la jurisprudence avait cantonné l'application de ce texte à l'identification de telles situations. Or, tel n'est pas le cas ; il s'applique qu'il y ait ou non une situation de dépendance économique, cette dernière pouvant avoir une incidence sur le calcul de la durée du préavis, voire de l'indemnisation (V. *infra*, n^o 204) et, depuis 2019, à toute relation s'intégrant dans des activités de production, de distribution et de services.

Au-delà de la lettre du texte, sont visés le chantage contractuel¹⁰², la menace de rupture du contrat, voire la rupture elle-même pour obtenir des conditions de vente plus favorables, comme dans le cadre de l'article L. 420-2 du Code de commerce, ici civilisé, ou simplement la brutalité dans la rupture, la surprise et les effets économiques de celle-ci. C'est aussi une forme de violence, mais repérée au stade de l'exécution du contrat, point à celui de sa formation : le droit de la concurrence fait ici mieux que préciser les règles du droit commun des contrats, il les décline. Par ailleurs, ces textes avaient été présentés, en 1996, comme une manière de « civilisation » de la sanction, peu efficace, de l'abus de dépendance économique.

95 V. par ex. C. civ., art. 1780, support de la jurisprudence sur le licenciement abusif avant la loi de 1973 ; et art. 1737, en matière de bail.

96 V. Cass. com., 28 juin 1994 : *RJDA* 1994, n^o 112.

97 V. Cass. com., 25 oct. 1994 : *D.* 1997, somm. 52, obs. D. Ferrier.

98 V. par ex. : Cass. com., 4 janv. 1994 : *Bull. civ.* 1994, IV, n^o 13 ; *Contrats, conc. consom.* n^o 69, obs. L. Leveneur : « Le concédant n'est pas tenu de motiver sa décision de ne pas conclure un nouveau contrat de concession ». – Cass. com., 5 avr. 1994 : *Bull. civ.* 1994, IV, n^o 149 ; *Contrats, conc. consom.* 1994, n^o 159, obs. L. Leveneur ; *D.* 1995, 356, note G. Virassamy ; *D.* 1994, somm. 69, obs. D. Ferrier, somm. 90, obs. D. Mazeaud ; *JCP G* 1994, II, 1529, obs. Ch. Jamin ; *RTD civ.* 1994, 603, obs. J. Mestre. – Cass. com., 7 oct. 1997, préc. – Cass. com., 27 oct. 1998, *Fiat c/ Cas*, préc.

99 V. par ex. : Cass. com., 27 oct. 1998, *Beck* : *Bull. civ.* 1998, IV, n^o 256. – CA Paris, 5 déc. 1997 : *RTD civ.* 1998, p. 371, obs. J. Mestre. – CA Paris, 13 mai 1991 : *D.* 1992, somm. p. 387, obs. D. Ferrier ; *RTD civ.* 1992, p. 394, obs. J. Mestre. – Cass. com., 5 avr. 1994 : *Contrats, conc. consom.* 1994, n^o 159, note L. Leveneur ; *D.* 1995, somm. p. 90, obs. D. Mazeaud ; *JCP G* 1994, I, 3803, n^o 7, obs. Ch. Jamin ; *RTD civ.* 1994, p. 604, obs. J. Mestre.

100 V. D. Mainguy, Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats, in Mél. M. Cabrillac, Litec, Dalloz, 1999, p. 165.

101 V. D. Mainguy, L'abus dans les contrats soumis au droit de la concurrence, in L'abus de droit dans les contrats : CDE 1998/6, p. 25.

102 V. D. Ferrier, *Le déréférencement d'un fournisseur par une centrale d'achat*, in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 45 qui cite J.-M. Mousseron parlant de « racket » (« Centrales et supercentrales », *JCP E* 1985, n^o spécial, n^o 4, p. 1 ou X. de Mello évoquant une « humiliation » (*Dépendance économique ou position dominante* : *Cah. AFEC* janv. 1993). – Adde : A. Sonnet, *Le préavis en droit privé*, PUAM, 2003.

202. – Rupture brutale de relations commerciales établies (C. com., art. L. 442-1, II). Ce texte, modifié à de nombreuses reprises, constituait la véritable nouveauté de la loi du 1^{er} 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'hui¹⁰³ que :

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

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

Les dispositions du présent II ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure ».

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 expressive¹⁰⁴.

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 (V. *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 établie¹⁰⁵, 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. 442-1, II 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.

103 La rédaction de l'ancien article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce se présentait de manière plus complexe : « 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 ».

104 V. cependant M.-E. André, Les contrats de la grande distribution, Litec, 1989 ; Contrat de référencement : JCl. Contrats-Distribution, fasc. 266.

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

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 contrats¹⁰⁶ 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 commandes, de ventes¹⁰⁷, des successions de contrats même ponctuelles¹⁰⁸, qui doivent cependant être suffisamment sérieuses¹⁰⁹ et non précaires¹¹⁰ ou ponctuelles¹¹¹, 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 rupture¹¹².

L'accent, dans la formule de l'ancien article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, qui devrait être repris dans l'interprétation de l'actuel article L. 442-1, II, 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 ponctuelles¹¹³, voire précontractuelles comme des situations de négociation.

Une négociation contractuelle, si elle est commerciale, entre dans le champ d'application de l'article L. 442-1, II du Code de commerce, instaurant une forme, nouvelle et rigide, de police de la négociation¹¹⁴, de façon tout de même exagérée dans la mesure où l'apport de ce texte, par rapport aux règles du droit civil, 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 substituée¹¹⁵, 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.

106 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.

107 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.

108 Cass. com., 15 sept. 2009, n° 08-19.200.

109 Cass. com., 16 déc. 2008, n° 07-15.589 : *JCP E* 2009, 1479, obs. D. Mainguy.

110 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.

111 Cass. com., 25 avr. 2006 : *RDC* 2006, p. 1033, obs. J. Rochfeld.

112 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.

113 Cass. com., 25 avr. 2006, *op. cit.*

114 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.

115 Cass. com., 29 janv. 2008, n° 07-12.039 : *RDC* juill. 2008, p. 860, obs. M. Béhar-Touchais.

Manquent également de stabilité, ou d'établissement, les relations qui reposent sur une procédure d'appel d'offres¹¹⁶, ou des procédures de consultation¹¹⁷.

Il convient toutefois que les relations, bien qu'établies, soient commerciales, de sorte qu'un notaire¹¹⁸ et plus généralement le professionnel lié par un contrat d'exercice libéral¹¹⁹ ne peuvent revendiquer son application¹²⁰. C'est également le cas de relations dont les règles d'indemnisation sont traitées par des textes spéciaux¹²¹.

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 »¹²².

Il n'ajoute pas au droit commun des contrats s'agissant du principe d'une telle exigence, ni ne se substitue à une règle spéciale¹²³. La jurisprudence fournit nombre d'exemples vérifiant le principe ferme selon lequel la 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. 442-1, II 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 ensuite¹²⁴ 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 rupture¹²⁵.

La seconde situation, en revanche, est directement concurrente de l'application de l'article L. 442-1, II : la rupture brutale d'une relation contractuelle sanctionne le non-respect d'un préavis d'une certaine durée¹²⁶ 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 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.

116 Comp. L. Bettoni, *L'appel d'offres privé*, thèse droit, Montpellier, 2016. *Adde* : Cass. com., 18 oct. 2017, n° 16-15.138.

117 Cass. com., 18 oct. 2017, n° 16-15.285.

118 Cass. com., 20 janv. 2009, n° 07-17.556.

119 Cass. com., 23 oct. 2007, n° 06-16.774 : *JCP E* 2008, 1638, obs. D. Mainguy.

120 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 : *Defrénois* 15 juin 2009, n° 11, p. 1140, note B. Grimonprez.

121 Cass. com., 18 oct. 2017, n° 15-19.531. – Cass. com., 8 nov. 2017, n° 16-15.262, pour un contrat d'agence commerciale, Cass. com., 18 oct. 2017, n° 16-18.864 : *JCP E* 2018, 1131, obs. J.-L. Respaud. – Cass. com., 8 févr. 2017, n° 15-23.050, relations entre coopérateurs et coopérative. – Cass. com., 25 oct. 2017, n° 16-16.839, renouvellement de contrats de crédit.

122 Cf. CEPC, avis n° 13-04, 13 juin 2013 sur les accords déjà conclus.

123 Cass. com., 3 avr. 2012 : *Bull. civ.* 2012, IV, n° 71.

124 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.

125 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.

126 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.

La première tient au fait que l'article L. 442-1, II, 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 portée¹²⁷.

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 la durée 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.

Toutefois l'article L. 442-1, II, alinéa 2 prévoit un système de neutralisation du contentieux pour les relations de longue durée. Il est usuel de considérer que, passé une certaine durée, une année de relation correspond à un mois de préavis, soit vingt mois pour une durée de vingt ans, etc.

L'appréciation de cette durée ne dépend en effet pas uniquement de sa précision par les parties, mais bien de « la durée de la relation commerciale », 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 aisé¹²⁸. L'article L. 442-6, I, 5° prévoyait en outre une disposition particulière pour le contrat conclu en vue de la fourniture de produits « sous marque de distributeur » (MDD)¹²⁹.

Cette précision est désormais absente, mais on peut observer que l'article L. 442-1, II vise un préavis écrit qui tienne compte « notamment » de la durée de la relation commerciale. « Notamment », par exemple en raison du lien de dépendance avec une limite à l'engagement d'une action : « en cas de litige entre les parties sur la durée du préavis, la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un préavis de dix-huit moi ». Pour les contrats de longue durée, il suffira donc d'un préavis de dix-mois pour tarir le contentieux.

En outre, le texte de l'article L. 442-1, II 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 cassation¹³⁰.

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 privé¹³¹, 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'offres manifeste la volonté de son auteur de ne pas poursuivre la relation et qu'il vaut, donc, préavis¹³². 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

127 Mais V. Cass. com., 24 sept. 2013, n° 12-21.089. – Cass. com., 25 oct. 2017, n° 15-24.060.

128 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.

129 « 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 ». V. A. de Brosses, *Le régime des produits vendus sous marque de distributeur* : LPA 2 juill. 2002, n° 131, p. 17.

130 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.

131 L. Bettoni, *L'appel d'offres privé*, op. cit.

132 Cass. com., 8 déc. 2015, n° 14-18.228. – Cass. com., 2 nov. 2011, n° 10-26.656. – Cass. com., 18 déc. 2007, n° 05-15.970.

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 réalisés¹³³, le fait pour l'auteur de la rupture de laisser entendre que la relation doit se poursuivre, la dépendance économique¹³⁴, 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 de considérer qu'une année de relation équivaut à un mois de préavis, avec, sans doute des effets de seuils (cinq 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. 442-1, II 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 (ancien) reposait 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 préavis¹³⁵. 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 verbal¹³⁶. Un second intérêt est d'ordre processuel : la violation de l'article L. 442-1, II 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. 442-4 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 entre fournisseurs et distributeurs, « quel que soit le statut juridique de la victime du comportement incriminé »¹³⁷, 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

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

134 Cass. com., 4 juill. 2016, n° 15-14.025. – CA Lyon, 15 mars 2002 et CA Versailles, 22 mars 2002, préc.

135 Comp. Cass. com., 25 oct. 2017, n° 15-24.060 : *JCP E* 2018, 1131, n° 2, obs. D. Mainguy.

136 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.

137 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.

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. 442-1, II 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-ci¹³⁸.

Une deuxième raison tient aux conséquences de ce texte sur les dispositions contractuelles : l'article L. 442-1, II 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, sauf l'hypothèse des préavis de dix-mois qui ferment le contentieux. Au contraire, l'exigence d'un préavis raisonnable tenant compte de l'ancienneté des relations s'impose de manière générale, malgré toute stipulation contractuelle¹³⁹, 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 (V. *supra*, n° 198) 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 rupture¹⁴⁰, de sorte que la conséquence de la brutalité de la rupture est l'équivalent, en termes d'indemnisation, du préavis qui aurait dû être respecté¹⁴¹, et non de celui résultant de la rupture¹⁴². 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 responsabilité¹⁴³. Il convient cependant qu'un préjudice puisse être réellement identifié¹⁴⁴.

205. – Rupture partielle. L'article L. 442-1, II 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 abusive¹⁴⁵, c'est-à-dire d'un « déréférencement partiel », notion guère éclairante et qui n'a pas vraiment

138 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 ».

139 Cass. com., 22 oct. 2013, n° 12-19.500 : *Contrats, conc. consom.* 2013, n° 266, obs. N. Mathey ; *RTD civ.* 2014, p. 118, obs. B. Fages. – Cass. com., 6 mars 2007, n° 05-18.121 : *JCP E* 2008, 1638, n° 2, obs. D. Mainguy.

140 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.

141 Cass. com., 9 juill. 2013, n° 12-20.468 : *Contrats, conc. consom.* 2013, n° 299, obs. N. Mathey.

142 Cass. com., 6 nov. 2012, n° 11-24.570 : *Contrats, conc. consom.* 2013, n° 9, obs. N. Mathey ; *Rev. Lamy dr. aff.* 2013, n° 4533, note C. Mouly-Guillemaud. – Cass. com., 9 juill. 2013, n° 12-20.468, préc.

143 Cass. com., 28 mai 2013 : *Contrats, conc. consom.* 2013, n° 183, obs. N. Mathey.

144 Cass. com., 1^{er} mars 2017, n° 15-12.785 : *JCP E* 2018, 1131, n° 2, obs. D. Mainguy, absence de préjudice pour avoir retrouvé une solution équivalente. – Cass. com., 1^{er} mars 2017, n° 15-20.848, préjudice réduit du fait du maintien de relations.

145 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 distribution¹⁴⁶. La jurisprudence rendue sur la base de ce texte¹⁴⁷ comme sur celle du droit commun des contrats¹⁴⁸ retient cette hypothèse, pour l'assimiler à une rupture « ordinaire » du contrat, nécessitant donc le respect d'un préavis¹⁴⁹ 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 fournisseur¹⁵⁰.

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 financier¹⁵¹. À 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 contractuelles¹⁵².

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 nette¹⁵³, avec toutes les conséquences qui en découlent, par exemple s'agissant de l'application d'une clause attributive de compétence.

146 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 ».

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

148 V. Cass. 1^{re} 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).

149 Cass. com., 23 janv. 2007, n° 04-16.779 : *JCP E* 2008, 1638, n° 2, obs. D. Mainguy.

150 Cass. com., 8 nov. 2017, n° 16-15.285.

151 V. Cass. com., 17 juill. 2001 : *RJDA* 2002, n° 148.

152 Cass. com., 12 févr. 2013, n° 12-11.709, retrait sans justifications d'avantages pécuniaires. – Cass. com., 3 mai 2012, n° 10-26.366, retrait d'une exclusivité.

153 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.

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. 442-1, II du Code de commerce¹⁵⁴, de telle manière que la question rebondit pour savoir si l'article L. 442-1, II 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 compétence¹⁵⁵. La Cour de cassation n'a jamais considéré que l'ancien 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 française¹⁵⁶. La doctrine se rallie plutôt à l'opinion selon laquelle la responsabilité de l'ancien article L. 442-6, I, 5° et donc du nouvel article L. 442-1, II du Code de commerce serait délictuelle¹⁵⁷ notamment en raison du caractère d'ordre public du texte de l'article L. 442-1 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 convaincant¹⁵⁸, dans la mesure où on pourrait considérer que la responsabilité de l'article L. 442-1 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 Cour de justice de l'Union européenne a ainsi, dans un arrêt *Granarolo* du 14 juillet 2016¹⁵⁹, considéré qu'« 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

154 Cass. 1^{re} 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^{re} civ., 22 oct. 2008, n° 07-15.823 : *D.* 2009, 200, note F. Jault-Seske, 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^{re} 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.

155 Cass. 1^{re} 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 ».

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

157 D. Mazeaud, obs. in *RDC* 2009, 1016. – J.-S. Borghetti, obs. préc. in *RDC* 2007, 731.

158 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.

159 CJUE, 14 juill. 2016, aff. C-196/15, *Granarolo* : *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.

tacite ? La Cour de cassation semble se ranger à cette solution pour en reprendre les termes en matière internationale¹⁶⁰.

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 particulière¹⁶¹. La seule limite résulte, indirectement, des conditions de la sanction du déréfècement ou du réfècement 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 contractuelles¹⁶². L'ensemble participe alors d'une modélisation de l'abus de la puissance d'achat¹⁶³ que tous ces textes épars d'un droit de la concurrence morcelé (V. not. C. com., art. L. 420-2, L. 441-3 et s., L. 442-1) peinent cependant à identifier.

Section 3

Les autres pratiques commerciales déloyales

207-1. – Il s'agit ici simplement d'envisager deux pratiques, l'une très importante mais déjà envisagée au titre du droit de la concurrence déloyale (C. com., art. L. 442-2, V. *supra*, n° 99), la revente hors réseau, et l'autre, nouvellement installée par l'article L. 442-7 du Code de commerce, relative aux ventes aux enchères inversées (C. com., art. L. 442-8).

211. – Distribution parallèle et revente hors réseau. L'article L. 442-2 du Code de commerce considère comme une présomption de faute la distribution hors réseau ou distribution parallèle (à un réseau de distribution) : « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence », reprenant la règle de l'ancien article L. 442-6, I, 6° du Code de commerce.

Or, cette question, traditionnellement considérée comme un cas de concurrence déloyale par désorganisation du réseau (V. *supra*, n° 99), reste confuse : d'une façon générale, la jurisprudence considère que le fait de revendre hors réseau n'est pas un cas de concurrence déloyale, sauf en matière de distribution sélective, de telle sorte qu'il convient de prouver une faute distincte.

L'article L. 442-2 propose une analyse qui, pour concise qu'elle soit, reprend en résumé le résultat de cette jurisprudence.

160 Cass. 1^{re} civ., 18 janv. 2017, n° 15-26.105. – Cass. com., 21 juin 2017, n° 16-11.828. – Cass. com., 5 juill. 2017, n° 16-13.862. – Cass. com., 20 sept. 2017, n° 16-14.812 : JCP E 2018, 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 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.).

161 V. Cass. com., 5 juill. 1994 : JCP G 1994, II, 22323, note J. Léonnet.

162 V. Cass. com., 7 juill. 2004 : D. 2005, pan. 150, obs. D. Ferrier ; RDC 2005, p. 392, obs. M. Béhar-Touchais.

163 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.

Ainsi les ventes, hors réseau, accomplies par des particuliers ne sont pas susceptibles d'être sanctionnées sur le fondement de ce texte¹⁶⁴, tandis que la question des ventes, par des professionnels, sur des sites de vente électronique¹⁶⁵ ou des plateformes électroniques¹⁶⁶ demeure.

211-1. – Vente de produits agricoles à prix abusivement bas. L'article L. 442-7 du Code de commerce envisage une nouvelle pratique : la vente de produits agricoles ou de denrées alimentaires à des prix abusivement bas :

« Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait pour un acheteur de produits agricoles ou de denrées alimentaires de faire pratiquer par son fournisseur un prix de cession abusivement bas.

Pour caractériser un prix de cession abusivement bas, il est tenu compte notamment des indicateurs de coûts de production mentionnés aux articles L. 631-24, L. 631-24-1, L. 631-24-3 et L. 632-2-1 du Code rural et de la pêche maritime ou, le cas échéant, de tous autres indicateurs disponibles dont ceux établis par l'Observatoire de la formation des prix et des marges des produits alimentaires mentionné à l'article L. 682-1 du même code. Dans le cas d'une première cession, il est également tenu compte des indicateurs figurant dans la proposition de contrat du producteur agricole ».

Conséquences de la loi EGalim, cette règle crée une règle spécifique, répondant aux crises récurrentes sur les prix, bas, en matière agricole, mais également à la pression pesant sur les producteurs agricoles, par les acheteurs, de l'industrie agroalimentaire ou de la grande distribution. La prudence consistait à ne pas créer une pratique anticoncurrentielle, qui aurait supposé une atteinte au marché pour être mise en œuvre ; elle a été respectée. D'ailleurs l'article L. 442-7 précise, *in fine*, que les règles et sanctions de l'article L. 442-4 sont applicables.

La règle se présente de manière plutôt compliquée dans sa rédaction : il s'agit de sanctionner l'acheteur de tels produits qui ferait « faire pratiquer par son fournisseur un prix de cession abusivement bas », le fournisseur étant le producteur de ces produits, sur la base d'indicateurs, techniques, issus du Code rural et de la pêche maritime, eux-mêmes résultants de la loi EGalim.

211-2. – Enchères inversées. Si le Code de commerce régit les ventes aux enchères électroniques ou les opérations de courtage aux enchères électroniques en ligne (C. com., art. L. 321-3), les opérations d'enchères inversées se présentent de manière différente. Les ventes aux enchères se présentent en effet comme des opérations dans lesquelles un vendeur offre à la vente une chose, laquelle sera acquise par l'acheteur qui offrira le prix ou les conditions les plus élevées, selon une procédure déterminée par le type d'enchère dont il s'agit.

Les enchères inversées sont fondées sur le principe inverse : celui qui conclut le contrat n'est pas celui qui offre le prix le plus élevé, mais le plus bas. Ce sont en général ou bien des acheteurs, placés en concurrence, qui proposent l'achat de produits, vers des vendeurs qui enchérissent de manière inversée : celui qui assure le prix le plus bas emporte l'enchère et conclut le contrat. Ce type de situation est susceptible d'être destructeur de valeur ajoutée, surtout si les enchérisseurs sont des intermédiaires en relation avec les vendeurs réels de ces produits, par exemple agricoles.

L'article L. 442-8 du Code de commerce, tel qu'il résulte de l'ordonnance du 24 avril 2019 propose alors une réglementation assez stricte de ce type de contrat.

En premier, l'article L. 442-8, I considère comme « nul le contrat par lequel un fournisseur s'engage envers toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services sur une offre de prix à l'issue d'enchères inversées à distance, organisées notamment par voie électronique, lorsque l'une au moins des règles suivantes n'a pas été respectée ».

Ces conditions, alternatives, aménagent des conditions de transparence de la relation :

¹⁶⁴ Cass. com., 3 mai 2012, n° 11-10.507 : *Contrats, conc. consom.* 2012, n° 207, obs. M. Malaurie-Vignal.

¹⁶⁵ Cass. com., 10 nov. 2015, n° 14-16.637. – CJUE, 21 déc. 2016, aff. C-618/15 : *D.* 2017, p. 15, p. 881, obs. D. Ferrier, p. 1011, note H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *JCP* G 2017, 1198, note C. Nourissat ; *Europe* 2017, n° 94, obs. L. Idot. – Cass. com., 5 juill. 2017, n° 14-16.737 : *AJCA* 2017, p. 488, note V. Pironon ; *JCP* E 2018, 1131, obs. D. Mainguy, sur la compétence juridictionnelle à identifier. *Adde* V. Pironon, *Les nouveaux défis du droit international privé : site passif, site actif, activité dirigée ?*, in J. Rochfeld (ss dir.) *Les nouveaux défis du commerce électronique*, LGDJ-Lextenso, 2010, p. 93.

¹⁶⁶ CJUE, 6 déc. 2017, aff. C-230/16, *Coty* : *JCP* E 2018, 1131, n° 7, note D. Mainguy.

« 1° Préalablement aux enchères, l'acheteur ou la personne qui les organise pour son compte communique de façon transparente et non discriminatoire à l'ensemble des candidats admis à présenter une offre les éléments déterminants des produits ou des prestations de services qu'il entend acquérir, ses conditions et modalités d'achat, ses critères de sélection détaillés ainsi que les règles selon lesquelles les enchères vont se dérouler ; 2° À l'issue de la période d'enchères, l'identité du candidat retenu est révélée au candidat qui, ayant participé à l'enchère, en fait la demande. Si l'auteur de l'offre sélectionnée est défaillant, nul n'est tenu de reprendre le marché au dernier prix ni à la dernière enchère ».

Il s'agit donc d'empêcher les enchères inversées « aveugles » et les systèmes imposant des conclusions de contrat en cascade lorsque le meilleur enchérisseur est défaillant.

Par ailleurs, ce type d'enchères inversées, par l'acheteur ou par son représentant, est prohibé pour les produits agricoles ou les produits de consommation courante après leur première transformation (C. com., art. L. 442-8, III).

Ces enchères doivent en outre être enregistrées aux fins d'enquêtes et le non-respect de ces règles engage la responsabilité de son auteur, y compris dans les conditions de l'article L. 442-4 du Code de commerce.

Les autres pratiques prohibées

160. – Refus de contracter. Le refus de contracter est-il encore une pratique restrictive ? À regarder les règles applicables, sans doute pas. Il demeure que cette question a été, pendant de très longues années, au centre des débats en la matière. Elle demeure, en outre, une très intéressante question de défaut de formation d'un contrat qui, à ce titre, mérite quelques observations.

Le refus de contracter¹⁶⁷, qu'on appelle généralement « refus de vente » bien qu'il vise le refus de vente et de prestation de services, reste pour beaucoup considéré comme une pratique interdite, alors même que l'interdiction de principe a été supprimée en 1996 pour n'être conservée qu'en matière de contrats de consommation (C. consom., art. L. 122-1) ou, de manière plus indirecte, dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

Cette pratique a été pendant longtemps interdite et pénalement sanctionnée, que le refus soit opposé à un professionnel ou à un consommateur, sauf quelques justifications (impossibilité de satisfaire la demande, indisponibilité du produit, notamment juridique du fait de l'existence d'un contrat de distribution réservant sa commercialisation, et pour autant que ce contrat soit concurrentiellement valable, etc.). Il avait été interdit par l'article 38 de la loi du 21 octobre 1940 qui visait à protéger les consommateurs contre les commerçants qui, en période de pénurie, pratiquaient des stockages abusifs afin de majorer les prix (dans le cadre d'un marché noir naissant). L'interdiction fut ensuite reprise par le décret du 9 août 1953, intégré dans l'article 37 de l'ordonnance du 30 juin 1945. Cet « outil » juridique fut un instrument majeur de développement de la grande distribution en ce que les producteurs ne pouvaient, sans justifications précises, refuser de vendre à ces opérateurs nouveaux. L'objectif était alors d'empêcher les fournisseurs de refuser de vendre à ces entreprises de grande distribution : le résultat est assez éloquent, plus de quarante ans d'application ont fait de la grande distribution française l'un des champions de ce secteur dans le monde.

La règle fut dépénalisée en 1986 (Ord. 1986, art. 36-2°) entre professionnels (le refus de vente reste pénalement sanctionné à l'égard des consommateurs) avant d'être supprimée par la loi du 1^{er} juillet 1996¹⁶⁸.

La loi du 1^{er} juillet 1996 étant d'application immédiate, du moins pour ce qui concerne cette question, le refus de vente ne pouvait plus être sanctionné dès son entrée en vigueur¹⁶⁹. En revanche, le refus peut encore être sanctionné lorsqu'il constitue une entente anticoncurrentielle¹⁷⁰ ou un abus de position dominante.

161. – Résurgence du refus de vente civil ? La question qui s'est alors posée était de savoir si, malgré la suppression de l'article 36-2 de l'ordonnance de 1986, le refus de vente pouvait, ou non, être poursuivi devant les juridictions civiles.

Le raisonnement s'effectue en plusieurs étapes.

La suppression de l'article 36-2 signifiait-elle que le refus de vente était désormais autorisé ? On peut en douter en observant que le refus de vente peut toujours constituer une faute... sur le fondement de l'article 1382 (devenu 1240) du Code civil. Il demeure néanmoins qu'un refus de vente n'est plus, depuis 1996, répréhensible en lui-même, comme un arrêt du 26 janvier 1999 l'a affirmé¹⁷¹.

Il convenait alors de démontrer la faute constituée par le refus de vente. Mais c'est à la « victime » du refus de vente d'apporter la preuve de la faute et donc de faire la preuve que le refus de vente constitue une faute¹⁷². Or, avant 1996, la preuve était facilitée par le fait que l'article 36-2 présuait la faute et c'était à l'auteur du refus de

¹⁶⁷ V. J.-C. Serna, *Le refus de contracter*, LGDJ, 1960.

¹⁶⁸ A. Decocq, Sur l'abolition du délit civil de refus de vente : *JCP E* 1997, I, 3997.

¹⁶⁹ Cass. com., 26 janv. 1999 : *Bull. civ.* 1999, IV, n° 23 ; *RTD civ.* 1999, 380, obs. J. Mestre.

¹⁷⁰ V. par ex. : Cons. conc., déc. n° 98-D-31, 13 mai 1998, *Secteur de l'escrime* : *Rec. ADCC Lamy*, n° 758, obs. P. Arhel.

¹⁷¹ Cass. com., 26 janv. 1999, préc.

¹⁷² V. CA Douai, 10 sept. 1998 : *JCP E* 1999, p. 864, note D. Voinot ; *CDE* 1999/5, n° 2, obs. D. Mainguy. – Cass. com., 18 déc. 2001 : *D.* 2002, p. 406, somm. 3009, obs. D. Ferrier.

vente d'apporter la preuve contraire dans les conditions prévues par l'article 36-2 (demande anormale, indisponibilité des produits ou conformité à l'article 10).

Dans une seconde étape, la question s'est posée de l'identification d'une autre sanction au refus de vente. On avait pu envisager une faute civile présumée susceptible de se substituer à l'ancien article 36-2 de l'ordonnance de 1986, par exemple celle de l'article L. 442-6, I, 1° (d'avant la loi LME de 2008) sanctionnant les discriminations. Après tout, refuser de vendre n'est-il pas l'aboutissement d'une discrimination ? Si une discrimination est constituée dès lors qu'un opérateur traite différemment un partenaire économique et un autre, le fait de vendre à l'un et de refuser de vendre à l'autre n'est-il pas constitutif d'une telle discrimination¹⁷³, pour autant, bien entendu que l'interdiction des pratiques discriminatoires *per se*, comme le refus de vente avant la loi de 1996 persiste, ce qui n'est plus le cas depuis 2008 (V. *infra*, n° 332) ? On a pu également envisager la sanction du refus de vente par la pratique des prix imposés (C. com., art. L. 442-6)¹⁷⁴. On peut surtout envisager la sanction du refus de vente au titre des ententes ou des abus de position dominante (C. com., art. L. 420-1 et L. 420-2)¹⁷⁵.

Dernière étape, celle proposée par la réforme du droit des contrats de 2016 : l'article 1112-1 du Code civil dispose désormais en effet que la sanction d'une faute dans la négociation ne peut être sanctionnée par l'allocation de dommages et intérêts correspondant à la valeur du contrat non conclu, ce qui aboutirait en effet à imposer la formation du contrat non conclu. Or, le refus de vente est une forme de négociation, dans le processus d'échange de l'offre et de l'acceptation, qui tourne mal. Si le vendeur refuse de contracter, ce peut être une faute, mais dont la réparation ne peut correspondre qu'à l'indemnisation de dommages *a priori* accessoires, et non le principal du contrat refusé. En revanche, la succession de ventes aboutissant à une relation d'affaires continue peut être constitutive d'une entité juridique réparable, par exemple sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce (V. *infra*, n° 202 et s.).

162. – Imposition de prix minimum de revente. Le contrôle d'une chaîne de vente par le maillon premier, le fournisseur, constitue bien souvent l'un des objectifs économiques et juridiques de son organisation : contrôle des conditions de la revente, mais aussi contrôle des prix de revente. Or, un tel contrôle, qui se traduit par une imposition du prix de revente, minimal ou maximal, constitue une restriction patente de la liberté commerciale du revendeur. Pendant longtemps, cependant, cette imposition était validée par la jurisprudence, sur le fondement de la protection des marques, face au risque de voir un revendeur vendre en dessous du prix que le fournisseur avait choisi en fonction de son positionnement commercial¹⁷⁶. Depuis 1952, cependant, l'imposition des prix imposés de revente est sanctionnée, de manière à affirmer la liberté des revendeurs. Aujourd'hui, l'article L. 442-6 du Code de commerce sanctionne pénalement, par une amende de 15 000 €, « le fait par toute personne d'imposer directement ou indirectement un caractère minimal au prix de revente d'un produit, d'un bien, au prix d'une prestation de services ou à une marge commerciale »¹⁷⁷. En même temps, la pratique peut constituer une entente anticoncurrentielle ou un abus de position dominante (V. *infra*, n° 317).

L'infraction a une portée générale, elle vise tant les prix imposés de revente que les impositions du prix d'une prestation de services, elle vise toute personne, sans exception, et surtout toute modalité permettant d'obtenir ce résultat. Parfois cependant, des techniques moins brutales peuvent être identifiées, comme l'interdiction faite au

173 V. CA Paris, 22 sept. 1999 : *Contrats, conc. consom.* 1999, n° 179. – CA Versailles, 26 avr. 2001 : *RJDA* 2001, n° 916 ; *CDE* 2002/3, n° 5, obs. D. Mainguy. – V. déjà Cass. com., 28 févr. 1993 : *Bull. civ.* 1993, IV, sanctionnant le refus de vente comme une forme de discrimination. *Contra* Ch. Vilmar, *La liberté retrouvée du refus de vente : leurre ou réalité ?* : *Contrats, conc. consom.* nov. 1996, p. 7.

174 V. CA Paris, 22 sept. 1999 : *BRDA* 1999, n° 23, p. 11. – Cass. crim., 31 oct. 2000 : *CDE* 2001/4, n° 19, obs. D. Mainguy.

175 CA Versailles, 26 avr. 2001 : *RJDA* 2001, n° 916 ; *CDE* 2002/3, n° 5, obs. D. Mainguy.

176 V. D. Mainguy, *La revente, Litec*, 1996. – F. Barret, *La politique des prix imposés : aspects économiques*, LGDJ, 1937. – D. Gaffet, *La clause de revente à prix imposé*, Domat, 1937. – C. Falque, *La vente à prix imposé* : *Ann. dr. com.* 1937, p. 97.

177 V. D. Ferrier, *Prix imposés, prix conseillés*, étude DGCCRF, 1988. – P. Arhel, *Les pratiques de prix imposés*, étude DGCCRF, 1992 ; *Rev. conc. consom.* 1992/68, p. 13. – D. Achach, *L'interdiction des prix imposés* : *Rev. conc. consom.* 1987/40, p. 25. – F. Jenny, *Pratiques verticales restrictives de concurrence et efficience* : *CDE* 1989/4, p. 5. – F. Delbarre, *Réglementation des prix imposés* : *RJDA* 1993, p. 167. – V. Sélin, *Transparence, échanges d'information et concurrence* : *CDE* 1995/1, p. 24.

revendeur d'utiliser certaines réductions de prix dans les prix de revente¹⁷⁸ ou en tout cas de les utiliser avec parcimonie, voire de respecter autant que possible une marge minimale¹⁷⁹, etc. Toutes identifient, en principe, des pratiques de prix de revente imposées. De manière un peu différente, il peut s'agir de respecter non des prix imposés, mais des « prix conseillés », par une indication, une recommandation, un conseil de prix de revente. Conseillé ou imposé, le résultat est identique dès lors que le distributeur est contraint ou sanctionné¹⁸⁰.

En revanche, la fourniture de prix de revente indicatif, sans aucune sanction ou caractère obligatoire, échappe à la sanction de l'article L. 442-6 du Code de commerce. De même, en principe, l'article L. 442-6 sanctionne le caractère minimal du prix de revente : la clause ou le mécanisme qui impose au revendeur de revendre au-dessus d'un certain prix, généralement assez haut, considéré comme minimal, peu importe alors qu'il s'agisse d'un prix minimal unique¹⁸¹, ou bien d'une fourchette de prix, voire d'une indication¹⁸², pour autant cependant que la fixation d'un prix maximal ne conduise pas à enfreindre une autre règle, comme l'interdiction de la revente à perte¹⁸³. Enfin, l'interdiction suppose que le prix imposé résulte d'une revente, c'est-à-dire d'une vente suivie d'une autre vente, solution qui exclut, en principe, la sanction fondée sur l'article L. 442-6 du Code de commerce dès lors que le prix imposé ne résulte que d'une vente, quoique plusieurs opérateurs interviennent, comme dans le cas de l'intervention d'un mandataire à la vente, dans la distribution des carburants par exemple¹⁸⁴ ou d'un commissionnaire¹⁸⁵ : le fournisseur qui demeure propriétaire des stocks peut alors valablement, sous réserve cependant de l'application des règles du droit de la concurrence, imposer un prix de vente au contractant, acheteur, du mandataire. Enfin, des exceptions sont proposées, comme en matière de prix du livre ou de médicaments.

Toutefois, les pratiques de prix imposés peuvent, en outre, être sanctionnées sur le fondement d'une entente anticoncurrentielle ou d'un abus de position dominante (V. *infra*, n° [317](#) et s.). C'est particulièrement vrai pour les pratiques de prix imposés de revente, expressément visés par l'article L. 420-1 du Code de commerce ou l'article 101 § 1 TFUE, ce qui tend, alors, à relativiser l'idée précédente selon laquelle les prix de revente conseillés pourraient être valables. Au titre des ententes, en effet, des mécanismes d'alignement de prix ou de cristallisation des prix, d'unification des prix liés à la diffusion de barème, sont sanctionnés, de manière automatique, même si cela peut paraître incompatible : comment en effet concilier l'idée selon laquelle le distributeur est contraint par des prix de revente et celle selon laquelle il adhère à une entente¹⁸⁶ ? L'idée suppose, pour être véritablement fondée, d'apprécier les éléments constitutifs de l'entente et plus exactement de l'accord, notamment au regard de la jurisprudence de l'Union européenne qui fait que l'accord suppose une adhésion (V. *infra*, n° [275](#)), ce qui reste encore à généraliser dans la jurisprudence française¹⁸⁷.

162-1. – Autres pratiques prohibées. Les articles L. 442-9 à 11 du Code du commerce, qui constituent la section intitulée « Autres pratiques prohibées », envisagent [trois](#) hypothèses particulières.

La première (C. com., art. L. 442-9) vise une (très) vieille pratique, autrefois dite de « marché noir », et aujourd'hui modernisée, visant à « opérer la hausse ou la baisse artificielle soit du prix de biens ou de services, soit d'effets publics ou privés, notamment à l'occasion d'enchères à distance, 1° en diffusant, par quelque moyen que

178 Mais comp. Paris, 9 déc. 1993 : *D.* 1994, p. 169, obs. C. Gavalda et Cl. Lucas de Leyssac.

179 V. D. Mainguy, Les clauses de prix à marge garantie dans la vente commerciale : *CDE* 1995/3, p. 40.

180 V. Cass. crim., 31 oct. 2000 : *Bull. crim.* 2000, n° 326 ; *Contrats, conc. consom.* 2001, n° 73, obs. M. Malaurie-Vignal ; *D.* 2001, p. 2347, obs. D. Lamy ; *CDE* 2001/4, n° 19, obs. D. Mainguy (refus de vente pour non-respect des prix conseillés de revente). – Cass. crim., 7 déc. 1981 : *Rev. conc. consom.* 1982/19, p. 18 (fourniture de barème de prix de revente). – Cass. com., 7 oct. 1997 : *JCP E* 1998, p. 613 (fourniture de produits préétiquetés).

181 V. Cass. crim., 25 juin 1979 : *JCP G* 1981, II, 13609, note J.-H. Robert.

182 V. Cass. crim., 31 oct. 2000, préc. – V. Cass. com., 7 nov. 1979 : *D.* 1980, inf. rap. p. 114. – CA Paris, 16 juin 1993 : *D.* 1995, somm. p. 79, obs. D. Ferrier.

183 V. Cass. com., 27 janv. 1998 : *D.* 1998, somm. p. 336, obs. D. Ferrier.

184 CA Paris, 18 juin 2003 : *Contrats, conc. consom.* 2003, n° 19, obs. L. Leveneur.

185 CA Paris, 23 oct. 1993 : *BOCC* 6 nov. 1993. – Cass. com., 28 févr. 2008 : *JCP E* 2008, II, 10094, note D. Mainguy et J.-L. Respaud.

186 V. D. Ferrier, *Droit de la distribution*, Litec, 2009, n° 373. – *Adde* CA Nîmes, 22 mai 2003 : *CDE* 2003/5, obs. J.-L. Respaud. – CA Versailles, 12 sept. 1990 : *BID* 1991/1, p. 31.

187 Comp., pour des sanctions de fournisseurs ayant imposé des prix de revente : Cass. com., 18 mai 1993 : *Bull. civ.* 1993, IV, n° 201. – Cons. conc., déc. n° 06-D-04, 13 mars 2006, *Parfumerie de luxe*.

ce soit, des informations mensongères ou calomnieuses ; 2° en introduisant sur le marché ou en sollicitant soit des offres destinées à troubler les cours, soit des suroffres ou sous-offres faites aux prix demandés par les vendeurs ou prestataires de services ; 3) ou en utilisant tout autre moyen frauduleux ». Cette pratique est sanctionnée comme un délit par deux ans d'emprisonnement ou de 30 000 €, portés à 45 000 € s'il s'agit de produits « alimentaires ».

La deuxième (C. com., art. L. 442-10) vise les situations dites autrefois de « paracommercialisme » : « Aucune association ou coopérative d'entreprise ou d'administration ne peut, de façon habituelle, offrir des produits à la vente, les vendre ou fournir des services si ces activités ne sont pas prévues par ses statuts ». La formule est précise, mais n'est pas assortie de sanction particulière.

La troisième concerne les ventes sur le domaine public, les « ventes à la sauvette » (C. com., art. L. 442-11) : est prohibé le fait « d'offrir à la vente des produits ou de proposer des services en utilisant, dans des conditions irrégulières, le domaine public de l'État, des collectivités locales et de leurs établissements publics ». Il convient donc, pour les conditions soient régulières, de disposer d'une autorisation à cet effet, ou de bénéficier d'un usage, par exemple la vente de muguet le 1^{er} mai, les ventes de fleurs dans la rue, etc.

Partie 2 Diffusion et intermédiation

200 Les relations de distribution, en tant qu'elles s'inscrivent entre les fournisseurs et les consommateurs sont, par nature, des relations d'intermédiation dans la mesure où il s'agit de mettre en relation un vendeur réel, celui qui a fabriqué la chose vendue, et un acheteur réel, celui qui va l'utiliser. Le distributeur, quand bien même il aurait acheté la chose pour la revendre, l'aurait stockée, voire modifiée, n'est jamais qu'un vendeur ou un acheteur « d'usage » en quelque sorte, un passeur.

Pourtant, juridiquement, la distinction est ou semble nette entre les opérations par lesquelles le distributeur achète la chose, et prend ainsi le risque, considérable, attaché à la propriété de cette chose (stockage, risque de perte, de pévénement, etc.) et les opérations par lesquelles le distributeur n'achète pas pour revendre et assume une véritable relation juridique d'intermédiaire.

On distingue ainsi nettement les relations, les structures, les réseaux qui assurent la distribution par l'encadrement ordonné de ventes, à destination de revendeurs qui les revendront et les relations de distribution fondées sur d'autres logiques juridiques, celle de la représentation notamment voire de salariat, à travers ce qu'on appelle la « *force de vente* », c'est-à-dire l'ensemble des personnes chargées d'assurer la diffusion des marchandises ou des services distribués, ceux qu'on désigne de manière générale comme les « *vendeurs* », les « *commerciaux* » ou les « *chargés de clientèle* », et selon différentes techniques, le placement d'échantillons, la gestion de comptes, la prescription, l'apport d'affaires, la gestion de la vente à distance ou à domicile, par Internet ou par catalogue, l'analyse de marché, le service après vente, le conseil, etc.

On évoque aussi souvent le terme de « diffuseur »⁽¹⁸⁸⁾ comme technique de désignation générique des opérateurs de la distribution dont la fonction est de présenter des produits, ou des services, à des clients potentiels. Le terme est élégant et expressif : on voit très bien le rôle de la « diffusion ». En revanche, le terme est peu signifiant pour catégoriser des types de contrats ou des statuts. La diffusion peut en effet être réalisée par des acheteurs-revendeurs, des mandataires, des salariés, par des salariés du fabricant ou d'un distributeur, par des professionnels de la diffusion ou par des « amateurs » comme dans le cas de la distribution par « *home shopping* » ou en « *home party* », par un professionnel qui consacre toute son activité aux produits d'un fabricant, ou au contraire à plusieurs produits de plusieurs fabricants, voire qui n'est qu'un diffuseur occasionnel, etc.

En général, et en tout cas, dans le cadre des règles du droit de la distribution, ce sont les diffuseurs professionnels ou habituels qui sont principalement pris en compte, à travers l'ensemble des situations juridiques possibles : il peut s'agir de salariés, à quelque titre que ce soit, d'entrepreneurs, d'intermédiaires au sens juridique c'est-à-dire relevant de la grande famille du mandat.

L'ensemble utilise des désignations explicites ou fantaisistes : placeur, démarcheur, prospecteur, vendeur, commercial, agent, attaché commercial, agent d'affaires, ingénieur commercial, technicien commercial, chargé de clientèle, ingénieur clientèle, responsable « grand compte », responsable service client, ou service consommateur, diffuseur, animateur, etc.

La difficulté, comme toujours dans ce genre de situation, consistera alors à déterminer la qualification idoine pour le contrat de diffusion en question notamment quand cette qualification n'est pas évidemment posée, qu'elle est critiquée, surtout si une qualification plus favorable, pour l'une ou l'autre des parties, et notamment celle de contrat de travail, pourrait être envisagée⁽¹⁸⁹⁾, au milieu d'une myriade de qualifications possibles et notamment les types

¹⁸⁸ Cf. F. Ferrier, op. cit., n°39s.

¹⁸⁹ N. Dissaux, La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles, LGDJ, 2007.

variés de contrats de représentation.

Or, outre que les principales catégories juridiques susceptibles d'accueillir ces contrats, contrat de travail, d'entreprise ou de mandat, ne sont pas en elles-mêmes discriminantes en ce sens qu'aucune n'offre un régime ou un objet qui ne pourrait être assumé sous le couvert contractuel des autres, mais elles se correspondent pas non plus à des figures souvent pensées du type, relation de dépendance ou d'indépendance, dans la mesure où cette perception est d'une part contingente et d'autre part trop générale pour correspondre à des situations particulières.

Ce type de contrat est en effet, le plus souvent, associé à la figure, ou plus exactement, aux figures, des contrats de représentation, mandats, général ou spécifiques, commission, courtage, mais aussi au contrat de travail ou au contrat d'entreprise. Dans cette situation, le diffuseur exécute une prestation, en son nom et pour son compte, par exemple de présentation des produits, d'installation, de négociation, etc.

Dès lors le problème de la qualification des contrats de diffusion est out à la fois premier, en ce sens qu'il s'inscrit dans pratiquement tous les litiges affectant ces contrats et complexes dans la mesure où l'exercice de qualification est souvent paralysé par l'implication du droit du travail, surtout en situation de crise économique, qui propose, à l'aide de textes peu clairs (cf. C. trav., art. L. 7321-2), une qualification ou une « co-qualification » en contrat de travail ⁽¹⁹⁰⁾. La création d'un statut général, original et autonome, d'intermédiaire du commerce, qui n'est cependant pas à l'ordre du jour, aurait, à cet égard, la vertu, au moins, de régler cette question élémentaire de qualification ⁽¹⁹¹⁾.

TITRE 1. – LES SALAIRES DANS LA DISTRIBUTION

201 Les salariés sont, d'une manière générale, les éléments essentiels de la distribution : à tout instant des salariés sont chargés d'assurer l'efficacité de la distribution, salariés ordinaires (Chapitre 1) ou salariés à statut particulier (Chapitre 2).

Chapitre 1. – Les salariés de droit commun de la distribution

Section 1. – Qualification et requalification du contrat de travail de la distribution

202 Aucune particularité n'atteint le salarié de la distribution ou plus exactement le salarié dans la distribution : est un salarié celui qui exerce son activité sous la subordination juridique d'un employeur qu'il exerce son activité dans l'entreprise ou hors de celle-ci, sur des marchés, dans des foires, dans la rue, chez des clients, voire dans l'entreprise d'un client, comme un salarié détaché.

Le critère déterminant l'existence d'un contrat de travail est l'existence d'un lien de subordination juridique. Le lien de subordination se caractérise par l'activité réalisée sous l'autorité d'une personne, l'employeur, qui dispose du pouvoir d'organisation et de donner ordres et directives et de le sanctionner ⁽¹⁹²⁾.

L'une des difficultés, que l'on retrouvera, repose sur le fait que sa définition est générale et dépend de l'interprétation du juge, dans un exercice de qualification, au regard du régime favorable du salariat pour l'intermédiaire. Dès lors, la question de la détermination d'un lien de subordination ne se pose en pratique que pour des contrats qui ne se présentent pas, ou ne se présentent pas immédiatement, comme des contrat de travail mais comme des contrats d'une autre qualification ou sans qualification précise.

La qualification d'un contrat de travail se caractérise également par un autre critère, celui de

¹⁹⁰ Cf. D. Mainguy, Faut-il brûler le droit de la distribution ? D. 2013, Chron., p. 1222.

¹⁹¹ N. Dissaux, La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles, op. cit.

¹⁹² Cf. Cass. soc. 13 nov. 1996, JCP, éd. E, 1997, II, 911, note J. Barthélémy.

l'intégration d'une activité dans un service organisé de l'entreprise ⁽¹⁹³⁾ qui identifient soit un simple indice de l'existence d'un tel lien de subordination, soit le lien de subordination lui-même ⁽¹⁹⁴⁾. L'organisation d'un service organisé se déduit alors de divers indices comme la fourniture de matériel, de locaux, de personnel, des horaires par une personne qui assume les risques de ceux-ci et en récupère les profits. La difficulté repose sur le fait que ce critère se présente de manière opportune lorsque l'intermédiaire ne se présente pas comme un salarié mais dispose au contraire d'une certaine autonomie dans une activité de démarchage, de visite, de livraison, de démonstration ⁽¹⁹⁵⁾.

Les exemples et difficultés posées par la question de la requalification d'un contrat de diffusion en contrat de travail sont considérables. Outre l'hypothèse de l'application de statuts spéciaux, comme ceux de gérants de succursales ou la question de l'application des règles du droit du travail aux contrats de distributions fondés sur un achat-revente (cf. supra, n°), ils reposent sur l'implication du fournisseur dans l'activité du diffuseur, chaque fois que le contrat est indéterminé ou qualifié autrement, contrat d'entreprise ou contrat de mandat. Hormis les hypothèses de fraude à la loi, où la qualification n'aurait été choisie que pour éviter l'application des règles du droit du travail et des contraintes qu'elles imposent, cette requalification suppose alors que les critères particuliers propres au contrat d'entreprise ou au contrat de représentation ne soient pas respectés.

Ainsi le contrat d'entreprise ⁽¹⁹⁶⁾ est un contrat ainsi désigné alors que le Code civil ne connaît que le contrat de louage d'ouvrage, par lequel « l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles » (C. civ., art. 1710), et qui se fonde sur l'existence d'une prestation, de faire ou de ne pas faire, en général matérielle ou intellectuelle, réalisée par l'entrepreneur ou maître d'ouvrage de manière indépendante en ce sens qu'elle est exécutée sans subordination notamment du « client », le fournisseur, et sans représentation ⁽¹⁹⁷⁾. Les contrats de représentation, fondés sur le contrat civil de mandat, se caractérisent par l'obligation pour le représentant d'effectuer une prestation, en général un acte juridique ou préjudicatif, négocier, exécuter ou conclure un contrat, et dans une logique de représentation, complète, dans le cas du mandat où le mandataire agit au nom et pour le compte du mandant, ou incomplète dans le cas du contrat de commission où le commissionnaire agit en son nom et pour le compte du commettant ⁽¹⁹⁸⁾.

Dans les deux cas, la proximité avec le contrat de travail est forte : il suffit que le contrat d'entreprise porte sur une prestation à réaliser avec un peu moins d'indépendance que le modèle ou que le contrat de représentation ne soit qu'une représentation fantôme pour qu'une requalification soit possible.

Chaque fois donc que le diffuseur effectue son activité en toute indépendance, en déterminant seul les conditions de son activité, ses objectifs professionnels, le contrat de travail sera écarté. Or ces situations n'existent guère : le fournisseur assure toujours une assistance plus ou moins forte, impose des contraintes particulières comme le respect de certains objectifs, ou de normes, des méthodes de commercialisation. C'est ainsi la mesure de ces contraintes qui permet d'envisager que l'activité est en réalité exercée sous la subordination du fournisseur : l'ensemble dépend donc de l'interprétation choisie par le juge, selon qu'il décide que les indices qu'il décèle sont, isolément ou combinés avec d'autres selon qu'il choisit d'appliquer aisément ou non le statut du salariat. La tendance aujourd'hui est plutôt à situer du côté d'une

¹⁹³Cf. Cass. soc. 18 juin 1976, JCP 1977, II ? 18659, note Y. Saint-Jours (pour des contrats de distribution de journaux).

¹⁹⁴ Cf. Cass. soc. 16 avr. 1992, Bull. civ. V, n°283.

¹⁹⁵Cf. D. Mainguy, Un statut oublié, les vendeurs colporteurs de presse, JCP, éd. E, 2014, n°1379.

¹⁹⁶ P. Puig, La qualification du contrat d'entreprise, préf. B. Teyssié, éd. Panthéon-Assas, 2002.

¹⁹⁷D. Mainguy, Contrats spéciaux, op. cit., n°522 s.

¹⁹⁸D. Mainguy, Contrats spéciaux, op. cit., n°597 s.

requilification aisée sur la base d'indices comme l'obligation d'utiliser les moyens matériels mis à la disposition du fournisseur, comme un local⁽¹⁹⁹⁾, un véhicule, notamment si le diffuseur n'a pas la possibilité d'utiliser d'autres moyens, ou encore l'obligation de respecter strictement des normes d'exercice de son activité⁽²⁰⁰⁾ comme de respecter des directives matérielles strictes, ou encore l'obligation de rendre compte de manière stricte de son activité. En effet, le représentant, comme l'entrepreneur, doivent rendre compte de leur activité, mais rendre compte de manière trop régulière pourrait être l'un de ces indices⁽²⁰¹⁾. Bien d'autres indices enrichissent la jurisprudence du droit du travail en la matière, comme la présence d'une exclusivité au profit du fournisseur⁽²⁰²⁾. Les diffuseurs les plus susceptibles de subir, ou profiter, d'une telle requalification sont en général ceux dont la proximité avec un contrat de travail est la plus forte, comme le contrat conclu avec des démarcheurs, des démarcheurs, des « conseillers clientèle », des « conseillers techniques », les livreurs, etc., souvent organisés sous le statut d'auto-entrepreneur.

La conclusion d'un tel contrat, par le fournisseur doit donc s'effectuer en songeant à l'hypothèse possible, parfois probable, d'une requalification future, avec les risques qui lui sont associés.

L'une des formules utilisées par certains fournisseurs pour éviter une telle requalification reposait sur la conclusion d'un contrat de travail avec une personne morale, une société constituée par le contractant diffuseur. Une telle personne morale en effet ne peut pas, en principe, être salariée, à moins cependant que le dirigeant de la personne morale ne concentre sur sa tête les critères d'application du contrat de travail, permettant alors « d'effacer » la personne morale⁽²⁰³⁾. Là encore, l'interprétation choisie par la jurisprudence fait souvent fi des critères propres au droit des sociétés impliquant de démontrer le caractère fictif ou frauduleux de la société fondés sur l'absence d'*affectio societatis*⁽²⁰⁴⁾ ou l'absence de vie sociale réelle⁽²⁰⁵⁾ pour appliquer les seuls critères du droit du travail⁽²⁰⁶⁾.

De même, certains salariés sont des dirigeants, soit qu'ils dirigent une équipe de commerciaux, les directeurs commerciaux, ou bien le dirigeant d'une succursale de vente ou de services. La succursale, en effet, n'est pas distincte de la personne morale qui la crée⁽²⁰⁷⁾, mais le développement par un producteur ou un distributeur de points de vente en plusieurs endroits (cf. supra, n°). La distribution est alors totalement intégrée et évite précisément les intermédiaires et permet de maîtriser les méthodes et les prix de la distribution.

Enfin, certains diffuseurs sont simplement occasionnels ou saisonniers, par exemple pour des événements particuliers, sportifs par exemple ou pour des produits saisonniers. Le contrat conclu pour la saison ou l'événement est en général un contrat à durée déterminée, qui

¹⁹⁹ Cass. soc. 19 janv. 1983, Bull. civ. V, n°22..

²⁰⁰ C'est le cas notamment des diffuseurs de presse : Cass. soc. 13 janv. 1972, n°71-13.234 et n° 71-13.529, D. 1972, p. 425, Bull. civ. V, n°538, D. Mainguy, Un statut oublié, les vendeurs colporteurs de presse, JCP, éd. E, 2014, n°1379 et infra n°.

²⁰¹ Cass. soc. 19 déc. 1978, Bull. civ. V, n°889.

²⁰² Cf. Cass. soc. 5 janv. 1985, RJS 1995, n°318.

²⁰³ Cf. Cass. soc. 7 oct. 1992, n°89-40674.

²⁰⁴ Cass. civ. 3ème, 22 juin 1976, n° 74-10.119, D. 1977, p. 619, note P. Diener.

²⁰⁵ Cass. com., 21 mai 1963, n° 61-13.827, Bull. civ. III, n° 245; Cass. com., 30 oct. 1967, n° 64-13.784, Bull. civ. III, n° 346.

²⁰⁶ Cass. soc. 5 déc. 2012 n° 11-22168 et 11-22365, 1^{er} févr. 2011, n°09-40033 09-40129, 13 janv. 2010, n°09-41644, RLDA, 2010/52, p. 135, obs. Ph. Grignon ; Cass. soc., 25 févr. 2009, n°07-40371, Contrats, conc., consom. 2009, comm. 132, obs. N. Mathey ; JCP S 2009, 1329, note T. Lahalle ; Cass. soc., 21 févr. 2007, n°06-41614, Contrats, conc., consom. 2007, comm. 120, note M. Malaurie-Vignal ; RLDA 2008/24, n°1490, obs. Ph. Grignon ; Cass. soc., 4 avr. 2007, n°06-42932, RLDA 2008/24, n°1490, obs. Ph. Grignon. V. toutefois : Cass. soc. 16 janv. 2002, n°00-41487, Cass. soc. 16 juin 1998, n°95-44109, imposant au demandeur de démontrer le caractère fictif de la société

²⁰⁷ J. Daucet, Apparition et développement des entreprises à succursales multiples, Th. Dr. Paris, 1925.

pourrait être considéré comme un contrat de travail, éventuellement en outre à durée indéterminée, notamment lorsque ces contrats s'enchaînent saison après saison.

Section 2. – Le régime du contrat de travail de la distribution

203 Salaire variable, commission, guele. Les éléments de spécificité du contrat de travail dans la distribution sont rares et tiennent notamment aux techniques contractuelles assurant un aménagement au régime de droit commun du contrat de travail, que ce soit une incitation ou un intéressement à la vente ou les conditions de la rupture du contrat.

Ainsi, l'employeur a intérêt à mettre en œuvre des incitations pour que le salarié participe efficacement au développement de la clientèle, à travers notamment un salaire variable en fonction de ce développement et au résultat ou d'autres avantages, promotion ou avantages en nature.

Il peut s'agir d'une incitation par un intéressement aux résultats de l'entreprise, très fréquent, ou lui assurant divers avantages non financiers, cadeaux ou voyages, moins intéressant depuis que le régime fiscal de ces avantages les assimile à des salaires soumis à impôt. Inversement, il peut s'agir non point d'une incitation, mais d'une contrainte, sous la forme d'objectifs de vente qui se présentent comme des exigences.

Rien ne s'oppose à une telle rémunération variable, à condition bien entendu qu'elle ne varie pas en dessous- des minima légaux ou conventionnels et qu'elle soit calculée selon des techniques de calculs objectives et ne dépendant pas de l'employeur ⁽²⁰⁸⁾. Il s'agit notamment de rémunération assises sur le chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise du fait de l'action du salarié, ou bien, du fait des salariés qui sont placés sous sa responsabilité, pour un responsable de secteur. Très souvent, cet intéressement est combiné avec d'autres critères comme l'existence de nouveaux clients, l'indice de satisfaction de la clientèle, le taux de retour, le type de produits diffusés, etc. Il peut même se produire que le contrat prévoit une indemnité, enfin de contrat de travail, calculée en fonction du développement de la clientèle ou du chiffre d'affaires.

En général également, cette incitation est associée à des objectifs de vente, des quotas ou des résultats, en termes d'augmentation du chiffre d'affaires à réaliser ou de nouveaux clients à prospecter. Ces clauses sont des éléments délicats du contrat dans la mesure où l'employeur ne saurait ensuite modifier unilatéralement les objectifs ⁽²⁰⁹⁾ et parce que les clauses d'objectifs ne doivent pas avoir pour objet ou pour effet de faire reporter sur le salarié le risque de l'exploitation de l'entreprise. Inversement, la clause qui ferait de l'absence d'atteinte des objectifs une cause de licenciement serait nulle, le contrat ne pouvant fixer par avance une cause de licenciement ⁽²¹⁰⁾.

Dans les entreprises de vente de détail, les techniques par lesquelles un vendeur est rémunéré, par une commission, en proportion des résultats réalisés par celui-ci est désigné comme une « *guele* ». Très critiquées, ces gueltes détournent les vendeurs de l'attention à laquelle ils devraient se conformer pour assurer l'intégrité du consentement des consommateurs, notamment lorsque la guelte est différente selon les produits vendus. Le vendeur a évidemment intérêt à conseiller les produits pour lesquels la guelte est la plus importante, pour lui, et donc peu important l'intérêt des consommateurs ⁽²¹¹⁾.

²⁰⁸ Cf. Cass. soc. 2 juill. 2002, Bull. civ. V, n°229.

²⁰⁹ Cass. soc. **30 mai 2000, Bull. civ. V, n°206**.

²¹⁰ Cass. soc., 14 nov. 2000, n°98-42371, Bull. civ. V, n°367.

²¹¹ Rapp. Comm. conc. pour 1984, annexe 3, qui considère que la guelte n'entraîne pas nécessairement une dérive déloyale des ventes et contribue même parfois à développer la concurrence, notamment lorsqu'elle porte sur des produits nouveaux et peu connus malgré un bon rapport « *qualité-prix* ».

204 Salarié dirigeant et responsabilité, gérant de succursale. Certains salariés de la distribution disposent de responsabilité plus importantes. Ils sont en charge d'un ensemble de salariés, d'un secteur particulier ou d'une succursale.

La notion de succursale (cf. supra n°) est définie en droit des sociétés comme un établissement qui ne présente par la personnalité juridique, et « *qui pourrait être théoriquement détaché de l'établissement principal et constituer un fonds distinct possédant une clientèle propre* »⁽²¹²⁾. La distribution par succursale, ou distribution succursaliste, est l'une des premières formes, avec le mandat, de développement de la distribution qui permet au fournisseur de maîtriser l'ensemble des éléments de la distribution, y compris les fonds de commerce, les marges bénéficiaires, les salariés, etc., notamment grâce à des dirigeants, salariés de droit commun, les gérants de succursales. Pourtant, bien des statuts concurrence existent : le contrat de location-gérance, qui permet de « louer » un fonds de commerce, le le contrat de mandat.

Dès lors, on retrouve dans ces situations la question de la requalification possible du contrat conclu avec le gérant de succursale sous un statut différent du salariat afin de vérifier qu'il n'est pas, précisément un salarié, et ce depuis longtemps⁽²¹³⁾. Ainsi, le gérant présenté comme un mandataire qui ne serait pas maître d'embaucher ses salariés, de conclure un contrat avec un tiers pour le remplacer, subit une contrainte importante dans l'organisation du magasin, ce qui s'observe aisément par symétrie avec d'autres magasins exploités sous forme succursaliste, doit obéir strictement aux instructions du fournisseur, ne dispose d'aucune liberté autre que celle accordée par le fournisseur par exemple dans l'établissement des prix, etc.

Lorsque le gérant de succursale a conclu un contrat de travail pour assurer la direction d'une succursale, il demeure un salarié de droit commun, avec cependant quelques éléments qui le rapprochent de la situation d'un non salarié et le contrat peut emprunter des formules des non salariés. Outre les clauses de rémunération variables fondées sur les résultats positifs, le salarié peut aussi avoir à supporter un certain nombre de pertes.

Ce peut être des pertes de marchandises, le déficit d'inventaire, ou de matériel. Longtemps admis, le transfert de la responsabilité de ce déficit d'inventaire sur le tête du salarié, pour autant que le fournisseur puisse établir que le salarié disposait bien de la responsabilité juridique de ces marchandises ou du matériel, par exemple par un contrat de dépôt, la jurisprudence a considéré au contraire que la responsabilité du salarié ne pouvait être engagée qu'en cas de faute lourde de celui-ci, même lorsqu'une clause de ce type était conclue entre les parties⁽²¹⁴⁾. Quand bien même donc, le salarié soit également dépositaire des marchandises et matériels, sur la base d'un contrat indépendant du contrat de travail, la responsabilité prise comme dépositaire est considérée comme incompatible avec la position de salarié.

Il en est de même a fortiori de la question de la responsabilité du salarié pour les déficits financiers réalisés, par exemple du fait de la gestion d'une succursale : le salarié ne saurait subir la responsabilité du fait des pertes d'exploitation subies par la succursale, sauf, bien entendu, faute lourde du salarié.

205 Clause de non concurrence. L'autre grand élément de spécificité des contrats de travail conclus dans le secteur de la distribution repose l'existence de clause de non concurrence postcontractuelle, à la charge du salarié, en raison de son contact étroit avec la clientèle. Il s'agit, par ces clauses, d'éviter tout détournement de clientèle de manière directe ou indirecte.

²¹² Cf. M. Cabrillac, Limite ou pluralité de la notion de succursale, Mélanges J. Hamel, 1961, p. 1301.

²¹³ Cf. Cass. Civ. 4 mars, 15 juin et 25 nov. 1936, DP 1937, 1, 89, note E. Pic et E. Pic, Du contrat de gérance dans les sociétés à succursales multiples, Rev. soc. 1931.

²¹⁴ Cf. par ex : Cass. soc. 25 janv. 1984, D; 1984, IR, p. 445, obs. Y. Serra.

Il peut s'agir d'une clause de non concurrence qui s'inscrit pendant l'exécution du contrat : le salarié ne doit pas travailler pour un autre employeur et ceci avec des variations : la clause peut interdire des activités avec des concurrents de l'employeur, permettant donc des activités autres, ou toute activité, quelle qu'elle soit. Ce type de clause est considéré comme relevant de l'obligation de fidélité due par le salarié⁽²¹⁵⁾.

Plus complexes sont les clauses de non concurrence postcontractuelles. A défaut d'une telle clause, en effet, et contrairement aux clauses de non concurrence pendant le contrat, celles-là ne découlent pas de l'essence du contrat ou d'une autre obligation : il n'existe pas d'obligation de fidélité postcontractuelle de sorte que le salarié, après la fin du contrat, est libre de conclure un contrat avec qui que ce soit, y compris avec un concurrent de son ex-employeur, sauf hypothèse de concurrence déloyale, difficile à établir. Le débauchage d'un salarié n'est pas, en soi, un acte de concurrence déloyale, par le nouvel employeur, et le démarchage de la clientèle de l'ancien employeur n'est pas, de la même manière un acte de concurrence déloyale en soi. La présence d'une clause de non concurrence postcontractuelle permet alors de traiter cette question : la violation de cette clause par le salarié est une violation du contrat comme elle engage la responsabilité du nouvel employeur pour tierce-complicité de la violation d'une obligation contractuelle.

Comme toutes les clauses de non concurrence (cf. supra, n°), celle qui serait insérée dans un contrat de travail ne doit pas empêcher le salarié d'exercer normalement son activité professionnelle, et doit comporter des moyens proportionnés aux intérêts légitimes que la clause cherche à protéger.

Chapitre 2. – Les salariés spécifiques de la distribution : Les VRP

206 L'origine de la distribution de produits, sans doute depuis que le commerce existe, repose sur la capacité d'un commerçant à disposer de stocks sélectionnés de marchandises et de la capacité à les mettre à disposition des revendeurs ou des consommateurs, sur une large échelle, laquelle suppose de se multiplier, par le jeu des techniques de représentation.

Ainsi, les « représentants de commerce » constituent une sorte de fil rouge de la distribution. Ceux-ci sont plus spécifiquement désignés comme des voyageurs représentants placiers, dit « VRP » dont la fonction est précisément de démarcher une clientèle pour le compte d'une, voire de plusieurs entreprises, en vue de la diffusion de ses produits (ou de ses services) et notamment de recueillir des commandes.

Ces VRP, dont l'activité initiale était très proche du contrat de mandat, sont considérés comme des salariés depuis une loi du 18 juillet 1937, dont l'objectif de protection en cas de rupture du contrat était manifeste, eu égard à la pratique visant à confier à un représentant un secteur ou une clientèle, puis une fois celle-ci constituée, à révoquer le représentant. La seule sanction d'alors consistait à, éventuellement, prononcer la responsabilité du mandant sur le fondement de l'abus de droit. Le nouveau régime visait au contraire à imposer le paiement d'une « indemnité de clientèle », assurant alors tout à la fois la prévention et l'indemnisation du risque de révocation du contrat. C'est, à bien des égards, le premier cas juridique où l'assimilation, les critiques évoquent la confusion, entre la situation d'un contrat de mandat et celle d'un contrat de travail s'est rencontrée en droit français.

Les VRP consistent, aujourd'hui, avec les agents commerciaux, qui sont des mandataires bénéficiant d'une réglementation particulière, l'ossature de la distribution salariée et leur statut fait l'objet d'un ensemble de règles et d'une jurisprudence abondante que l'on évoquera à travers l'observation de la qualification de VRP (Section 1) et le régime du contrat de VRP (Section 2).

²¹⁵ Cass. soc. 31 oct. 1989, RJS 1989, n°906, Cass. Soc., 23 janv. 1992, JCP 1993, II, 22000, note Ph. Delebecque.

Section 1. – La qualification de VRP

207 Règlementation applicable au VRP. – Le VRP dispose d'un régime protecteur, d'un « statut », particulier, organisé, depuis une loi du 18 juillet 1937, aux articles L. 7311-1 à 7313-18 (et D. 7313-1) du Code du travail, ainsi que dans statut collectif résultant d'un accord national interprofessionnel du 3 octobre 1975, étendu par arrêté du 20 juin 1977, y compris au secteur agricole depuis 1989. Complété par quatre avenants, eux-mêmes étendus, sauf le troisième qui est relatif à la vente à domicile. Toutefois, l'accord est limité par existence d'accords spécifiques à certaines branches, comme celle de la confiserie, des agents immobiliers et de la vente et du service à domicile. Chaque fois que l'accord à vocation à s'appliquer il prime ainsi les conventions collectives de branche dont pourrait relever l'entreprise.

L'ensemble du régime est d'ordre public, comme le précise l'article L. 7313-4 du Code du travail.

208 La qualification du contrat permettant l'accès au statut de VRP repose sur deux techniques, une technique de qualification légale, qui s'impose aux parties (I), ou bien sur le fondement de l'application conventionnelle du statut par l'existence d'une volonté contractuelle exprimée en ce sens (II).

I. – Qualification légale du statut

209 L'article L. 7311-3 du Code du travail identifie les conditions, limitatives et cumulatives (²¹⁶), permettant la qualification du contrat de VRP (²¹⁷).

210 Activité de représentation. – « L'activité de représentation » n'est pas définie mais présentée comme une caractéristique du statut : « *les conventions dont l'objet est la représentation (...)* ». Elle se traduit par le fait de prospecter une clientèle, c'est-à-dire de silloner un secteur dans lequel cette clientèle se trouve et de réaliser des actions, négociation, prise de commandes, etc.

Le premier élément repose donc sur l'identification de la notion de « *prospection d'une clientèle* ». Elle consiste à rechercher une clientèle, par des déplacements destinés visiter cette clientèle, négocier des contrats, prendre des commandes, ce dont il résulte que toute activité qui ne correspondrait pas à ces activités de prospection serait exclue du statut.

C'est le cas par exemple de salariés « statiques » comme les hôtesses de foires ou de salons qui se contentent d'accueillir des visiteurs, les directeurs d'une force de vente qui se contentent de la superviser, les démonstrateurs, etc., qui ne peuvent bénéficier du statut, a priori.

211 Activité personnelle de représentation. – L'application suppose en outre que la

²¹⁶Cass. soc., 11 déc. 1991, RJS 1992, n°206, caractère limitative des conditions, Cass. soc., 5 avr. 2006, n°04-46439, caractère cumulatif de celles-ci.

²¹⁷ C. trav., art. L. 7311-3 : « *Est voyageur, représentant ou placier, toute personne qui :*

1° Travaille pour le compte d'un ou plusieurs employeurs ;

2° Exerce en fait d'une façon exclusive et constante une profession de représentant ».

3° Ne fait aucune opération commerciale pour son compte personnel ;

4° Est liée à l'employeur par des engagements déterminant :

a) La nature des prestations de services ou des marchandises offertes à la vente ou à l'achat ;

b) La région dans laquelle il exerce son activité ou les catégories de clients qu'il est chargé de visiter ;

c) Le taux des rémunérations »

recherche de clientèle soit effectuée personnellement par le VRP. Par conséquent le statut de VRP ne permet pas de recruter des salariés pour prospector la clientèle. Il n'y a donc pas de place pour des « sous-VRP » ou des contrats d'une autre catégorie comme d'agence commerciale ⁽²¹⁸⁾ et qui seraient directement liés à lui plutôt qu'à son employeur. Il en résulte que rien ne s'oppose en revanche à ce que ce même employeur recrute des salariés ou des VRP qui sont placés sous la responsabilité du premier, sous la réserve, pour que ce premier VRP continue de disposer du statut, qu'il continue d'y obéir.

212 Personne physique. – Le VRP dispose en outre, comme salarié, de un ou plusieurs employeurs : il n'est pas un entrepreneur indépendant, quelle que soit l'activité concernée. Le VRP est en revanche nécessairement une personne physique : à la différence de l'agent commercial ou des contrats de représentation de manière plus générale les dispositions du Code du travail sont inapplicables à une personne morale, sauf l'hypothèse de la constitution d'une société fictive et où le statut de VRP pourrait être applicable à son dirigeant ou ses associés.

213 Activité habituelle. – Les conditions posées ajoutent une exigence, le fait que l'activité soit « *habituelle* », et même qu'elle présente un caractère « *effectif* » qui impliquent une certaine constance (C. trav., art. L. 7311-3, 2°) c'est-à-dire qu'il ne peut s'agir d'une activité occasionnelle, ou marginale, mais qu'elle doit être l'activité principale, essentielle du candidat VRP et qui s'inscrit dans la durée, tout au moins eu égard à l'activité développée. Par exemple, il est possible de bénéficier du statut de VRP pour une activité saisonnière ⁽²¹⁹⁾, mais en revanche, une personne qui exerce une telle activité de manière accessoire, qui ne consacre qu'un temps limité ou qui n'aurait participé qu'à une seule opération de vente ⁽²²⁰⁾ ne pourrait bénéficier du statut de VRP.

214 Activité itinérante. – Quand bien même cette caractéristique n'est pas précisée, elle résulte de la nature du contrat de VRP et justifie que les salariés qui reçoivent la clientèle dans l'entreprise ne puissent en bénéficier. Le statut assure ainsi une césure nette entre les salariés *dans l'entreprise* qui sont chargés de cotoyer une clientèle qui s'est intéressée à celle-ci indépendamment de leurs efforts de prospection, et pour cause (et donc peu important le caractère efficace, sympathique, professionnel de ces salariés, qualités qui pourraient être considérées comme *prospectives* mais qui n'influencent pas l'application du statut de VRP), et les salariés *hors de l'entreprise* et dont la mission est précisément de rechercher, prospector une clientèle. Au moment où de nouveaux moyens de communication se développent, cette distinction pourrait s'estomper. Ainsi des salariés hors l'entreprise peuvent parfaitement se contenter de réaliser des activités non prospectives (le service client ou le service de réparation par exemple) tandis que des clients pourraient être prospectés autrement que par une visite physique, et par exemple par d'autres moyens, appel téléphonique, courrier ou courriel. On peut penser cependant que l'esprit du statut de VRP implique cette logique de déplacement, de visite, quand bien même elle s'accompagnerait d'autres méthodes.

215 Secteur et territoire. – Il en résulte alors que le VRP est chargé d'une clientèle sur un territoire déterminé : l'article L. 7311-3°, b du Code du travail exige en effet que la zone dans laquelle le représentant doit exercer son activité soit précisée. L'objectif est clairement de permettre d'identifier l'action du VRP dans ce territoire déterminé et de mesurer le rôle joué dans l'accroissement de la clientèle. C'est donc une condition essentielle du statut sans pour

²¹⁸Cass. soc. 17 oct. 2000, n° 98-43474.

²¹⁹Cass. soc. 19 févr. 1976, D. 1976, IR 113.

²²⁰Cass. soc. 18 nov. 1964, Bull. civ. IV, n° 762.

autant que le statut de VRP soit rejeté si aucun territoire n'est précisé pour autant que, en fait, un tel territoire puisse être identifié ⁽²²¹⁾ par exemple parce qu'il est fait référence à une zone dans le contrat, par exemple dans la clause de non concurrence ou dans un courrier ⁽²²²⁾, voire parce que le VRP pourrait démontrer qu'il a toujours pris des commandes dans un seul secteur déterminé ⁽²²³⁾, notamment si on observe une différence entre le territoire déterminé dans le contrat et le territoire réellement exploité ⁽²²⁴⁾.

En général, le secteur est un territoire facilement déterminé comme un ou plusieurs départements ou une ou plusieurs régions, c'était d'ailleurs la condition avant 1957, et il peut être n'importe quel territoire, pourvu qu'il soit identifié ⁽²²⁵⁾.

La question s'est également posée de savoir si la clientèle pouvait être déterminée non pas sur la base d'un territoire mais en fonction de la clientèle, comme un segment de clientèle (des grossistes, des professions libérales, etc.), voire un client ⁽²²⁶⁾. La jurisprudence l'admet sans difficulté et cette solution permet à l'employeur de confier un même territoire à plusieurs VRP qui sont chargés de catégories de clientèle distinctes, voire de mêmes catégories identiques puisque la Cour de cassation estime que l'exclusivité du secteur n'est pas une condition d'application du statut ⁽²²⁷⁾. On s'éloigne cependant là de l'esprit du statut qui permet au VRP de faire valoir son exclusivité sur un secteur afin de mesurer le développement de la clientèle. Une exclusivité est cependant, le plus souvent, consentie et l'employeur doit la respecter c'est-à-dire sans désigner un autre VRP voire en concurrençant directement ou indirectement le VRP à moins qu'il se soit réservé certains segments déterminés de clientèle ou certains types de contrat de manière claire dans le contrat.

Enfin, le secteur doit être stable, stabilité indispensable pour permettre de vérifier l'efficacité de l'action du VRP sur son territoire, la création, le développement, la fidélisation d'une clientèle. Il en résulte que le secteur confié au VRP ne peut pas être modifié par l'employeur ⁽²²⁸⁾, pas plus que par le VRP d'ailleurs ; à défaut la rupture, et ses conséquences, seraient imputables à l'auteur de la modification. Inversement, la jurisprudence considère que la fixité du secteur étant une condition majeure, le fait de disposer d'un secteur qui varie souvent, fait échapper le représentant au statut de VRP ⁽²²⁹⁾. En revanche, l'extension du territoire promis au VRP permet de conserver le statut ⁽²³⁰⁾.

Il en résulte aussi que la clause, dans le contrat, qui permettrait à l'employeur de modifier le secteur confié, y compris de manière motivée, par exemple en tenant compte des nécessités de l'entreprise, peut être analysée de deux manières différentes. On pourrait considérer que la seule présence d'une telle clause fait perdre au contrat toute éligibilité au statut du VRP, dans la mesure où elle fait obstacle à la stabilité du territoire confié, analyse qui prévalait avant 1957. Aujourd'hui on considère que si les autres conditions sont présentes, la solution est inverse, la clause peut être considérée comme écartée, notamment lorsque la clause n'a jamais fait l'objet d'une application, que la clause n'a pas été effective en quelque sorte ⁽²³¹⁾. Depuis

²²¹ V. cependant Cass. soc. 18 oct. 2006 (2 arrêts), n° 04-48025, n°05-42706

²²² Cass. soc. 5 oct. 1966, Bull. civ. IV, n° 749.

²²³ Cass. soc. 12 juill. 2006, n° 04-45983.

²²⁴ Cass. soc. 23 oct. 1968, Bull. civ. V, n°457.

²²⁵ Cass. soc. 12 juill. 2006, n° 04-45983.

²²⁶ Cass. soc. 11 déc. 1963, Bull. civ. IV, n° 871.

²²⁷ Cass. soc. 24 janv. 1979, Bull. civ. V, n° 76 ; Cass. soc. 17 oct. 2000, n° 98-43474.

²²⁸ Cass. soc. 22 oct. 1981, Bull. civ. V, n°824 ; Cass. soc. 21 févr. 2007, n°05-42924.

²²⁹ Cass. soc. 29 mai 1962, JCP 1962, II, 12845, note P. Bizière ; Cass. soc. 25 oct. 1965, JCP 1966, II, 14636, note P. Bizière.

²³⁰ Cass. soc. 16 mai 2007, n°06-41187, JCP, éd. S 2007, 1675, note J.-F. Césaro.

²³¹ Cass. soc. 28 oct. 1998, Bull. civ. V, n°467.

la solution semble évoluer en faveur de l'annulation de la clause ⁽²³²⁾. Dès lors, l'employeur qui souhaiterait modifier le secteur d'un VRP devrait ou bien s'en justifier par le défaut de résultat de ce dernier, ou bien en subir la conséquence, en termes de rupture du contrat.

216 Exclusivité de l'activité. –La question s'est posée de savoir si le VRP du fait de la possibilité de disposer de plusieurs employeurs pouvait cumuler son activité de VRP, comme salarié, avec une activité de mandataire ou encore une autre activité, question qui s'est muée en controverse à propos plus spécifiquement de l'éventuel cumul entre l'activité de VRP et celle d'agent commercial, eu égard à la relative « concurrence » des deux statuts voire de leur complémentarité (cf. infra n°).

Ce cumul semble cependant difficile en raison de la *permanence* dans l'exercice de l'activité d'agent commercial et du caractère *indépendant* de cette activité, qu'impose sa définition par l'article L. 134-1 du Code de commerce ⁽²³³⁾, de sorte que l'exercice occasionnel de l'activité d'agent commercial fait échapper au statut de l'agence commerciale ⁽²³⁴⁾. A l'inverse, l'article L. 7311-2 du Code du travail considère que le VRP est un salarié, qui peut travailler pour plusieurs employeurs, de sorte que le statut ne permet le cumul d'activités que comme VRP. En outre l'article L. 7311-3 du Code du travail précise que le VRP est celui qui « *exerce en fait d'une façon exclusive l'activité de représentant* » ce qui semble exclure a priori toute autre activité que celle de VRP.

On peut ajouter que le statut de l'agence commerciale admet que l'agent puisse effectuer des actes de commerce pour son compte, ce qui serait exclusif, au contraire, de celui du VRP. Pourtant, on pourrait considérer que de même que l'agent commercial être « multicarte », puisque qu'il peut exercer son activité pour de nombreux mandants, de sorte que la *permanence de l'activité* ne signifie pas l'*exclusivité de l'activité*, ce qui laisserait penser que le cumul entre l'activité d'agent et de VRP serait possible sans faire perdre le bénéfice de l'un ou l'autre des statuts, pour autant cependant qu'elles soient effectuées pour deux entreprises différentes ⁽²³⁵⁾.

La jurisprudence ancienne admettait d'ailleurs ce cumul en droit de la sécurité sociale ⁽²³⁶⁾, lorsqu'il s'agit d'un cumul avec un même employeur. Aujourd'hui, la Cour de cassation considère que le statut de VRP s'impose, dès lors que ses conditions sont rassemblées, sans que le statut d'agent commercial qui serait susceptible de s'appliquer concurremment puisse l'en empêcher ⁽²³⁷⁾. En d'autres termes, l'employeur ne peut invoquer l'existence du contrat d'agence commerciale pour faire obstacle à l'application du droit du travail. Face à ces incertitudes, et notamment à l'endroit de deux employeurs ou mandants, on peut considérer que le cumul entre une activité de VRP et d'agent commercial est au mieux risquée, voire incompatible avec la détermination des statuts respectifs.

D'une manière plus générale, le statut de VRP doit être abandonné lorsque celui qui y prétend effectue une activité autre, qu'elle soit agricole, commerciale ou libérale ⁽²³⁸⁾, à moins qu'il

²³²Cass. soc. Soc. 23 janv. 2001, n°98-46.377, Cass. soc. 19 mai 2004, n°01-44964, Cah. dr. entr. 2004, n°6, p. 12, obs. Ph. Grignon.

²³³« L'agent commercial est un mandataire qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de services, est chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux ».

²³⁴Cass. com., 27 avr. 2011, n°10-14851.

²³⁵F. Fournier, L'agence commerciale, dix ans après la mise en vigueur du nouveau statut, Litec, 2e éd., 2005, n°328, J.-F. Cesaro, Voyageurs, représentants et placiers, J.Class. Contrats-distribution, Fasc. 3440, n°9. Contra V°VRP, Rep. Com. Dalloz, n°46.

²³⁶Cass. ass. plén., 24 janv. 1969, Bull. ass. plén. n°1.

²³⁷Cass. soc., 2 juin 2010, n°08-43525, Cass. soc., 24 juin 2009, n°07-43452, Cass. soc., 7 juill. 2010, n°08-45538. Adde : Cass. soc., 30 juin 2010, n°08-45396.

²³⁸Cass. soc., 6 mars 1963, Bull. civ. IV, n°220 ; Cass. soc. 21 oct. 1964, *ibid.* IV, n°692.

s'agisse d'une activité accessoire avec le même employeur (VRP qui assure une activité de maintenance par exemple). Ainsi, le fait d'être inscrit au registre du commerce et des sociétés, inscription qui fait présumer la qualité de commerçant, fait a priori échapper au statut de VRP. Il en résulte alors que le statut de VRP est incompatible avec la situation dans laquelle il envisagerait d'effectuer des opérations pour son compte personnel (C. trav. Art. L. 7311-3, 3°), de manière directe ou indirecte, par une personne interposée par exemple ⁽²³⁹⁾, ou bien simplement parce que le contrat comporterait une clause qui autoriserait à réaliser de telles opérations.

C'est encore le cas lorsque le contrat comporte une clause de « ducroire ». La clause de ducroire est celle par laquelle le représentant garantit le paiement par le tiers au profit du mandant, en contrepartie d'une rémunération plus importante ⁽²⁴⁰⁾. Une telle clause est considérée comme une opération commerciale et par conséquent incompatible avec le statut de VRP ; l'accord interprofessionnel de 1975 considère cependant que la clause est nulle dans un contrat de VRP ⁽²⁴¹⁾.

Une pratique particulière, dite de la « *survente* » produit des effets voisins : il s'agit de l'hypothèse dans laquelle le représentant vend à un prix supérieur (ou avec moins de remises) que le prix indiqué par l'employeur, et donc par le versement d'une commission supérieure à celle qui aurait été due en cas de respect du prix fixé. Dès lors la question se pose de savoir si cette pratique est compatible avec le statut de VRP, ce qui semble le cas si cela demeure une pratique non habituelle ⁽²⁴²⁾.

217 VRP « Multicarte ». –L'exclusivité imposée pour l'application du statut aboutit ainsi à rejeter l'exercice d'une autre activité que celle de VRP.

Autre cependant est la question de savoir si le VRP peut effectuer une activité de VRP avec plusieurs employeurs, qu'ils soient ou non des concurrents. En principe l'accord de l'employeur s'impose ⁽²⁴³⁾, lorsque le contrat contient une clause interdisant, sauf accord contraire, de prendre de nouvelles représentations (C. trav., art. L. 7313-6). Il n'en résulte cependant pas que le principe soit celui de l'exclusivité au contraire.

En l'absence de limitation dans le contrat, l'article L. 7313-6, al. 2 du Code du travail précise que le contrat doit contenir la déclaration des entreprises que le VRP représente déjà et l'engagement de ne pas accepter de nouvelles représentations sans l'accord de l'employeur. Cette dernière précision ne paraît cependant pas de grande conséquence dans la mesure où d'une part, le contrat contient très souvent une clause autorisant par avance de telles représentations nouvelles et d'autre part où l'absence de demande d'accord n'est plus considérée comme une faute grave ⁽²⁴⁴⁾.

218 Activité rémunérée. –L'activité de VRP est en outre, par nature une activité rémunérée (C. trav., art. L. 7311-3, 4°), la rémunération, « le taux de rémunération » plus exactement, devant par ailleurs être précisée dans le contrat, ce dont il résulte que si la rémunération est envisagée après chaque opération, le mécanisme ne permet pas l'application du statut ⁽²⁴⁵⁾. Cette rémunération est calculée sous la forme d'une commission établie sur la base d'un pourcentage du chiffre d'affaires réalisé par l'entremise du VRP, ce qui n'exclut d'ailleurs pas que cette rémunération soit associée à une rémunération fixe.

²³⁹Cass. soc., 19 mars 1980, Bull. civ. V, n°273 : exploitation d'un hôtel par l'intermédiaire de l'épouse du VRP.

²⁴⁰Cass. com. 22 oct. 1996, D. 1998. 511, note D. Arlie, Adde : D. Hennebelle, La spécificité de la nature juridique du ducroire d'intermédiaire, JCP éd. E 2000, p. 1366.

²⁴¹Cass. soc. 26 juin 1980, Bull. civ. V, n°583.

²⁴²Ph. Grignon, V°VRP, Rep. com. Dalloz, n°53.

²⁴³Cass. soc. 25 mai 1981, Bull. civ., V, n°464.

²⁴⁴Cass. soc. 6 févr. 1990, n°86-44185.

²⁴⁵Cass. soc. 5 janv. 1990, n°87-10070.

219 Appréciation de la réalisation des conditions. –L'existence du statut de VRP s'apprécie de manière autonome : il suffit que les conditions posées soient réunies pour le statut ait vocation à s'appliquer ; IL n'est notamment pas utile de faire la démonstration de l'existence d'un lien de subordination pour que le statut s'applique, quand bien même le statut confère le bénéfice des règles du droit du travail ⁽²⁴⁶⁾ et ce quand bien même une autre qualification au contraire serait possible ou celle donnée par les parties.

Outre le fait que le statut n'est plus soumis à des conditions de forme, comme c'était le cas au temps du statut de 1937 qui exigeait un contrat écrit, l'application du statut repose sur une présomption déterminée par la mise en œuvre de l'article L. 7311-3 du Code du travail, de sorte que le représentant n'a pas à prouver que tous ses éléments sont rassemblés ; c'est au contraire à l'employeur de prouver que les éléments de la présomption ne sont pas réellement rassemblés ⁽²⁴⁷⁾.

La jurisprudence considère cependant que les conditions sont cumulatives et doivent s'apprécier durant toute l'exécution du contrat, de sorte qu'il suffirait de constater l'absence de l'une d'entre elles pour faire échec à l'application du statut. En outre, l'application du statut de VRP s'apprécie au regard des modalités réelles de l'activité exercée, par présomption, ce afin d'éviter des stratégies de rédaction du contrat qu'on pouvait rencontrer avant 1957 évitant telle clause, voire un écrit pour faire échapper au statut.

Dans cette situation, un contractant peut obtenir le statut de VRP quelle que soit la qualification qui aurait été retenue par les parties ⁽²⁴⁸⁾.

II. – Application conventionnelle du statut

220 L'article L. 7311-3 du Code du travail permet d'appliquer le statut de VRP même s'il manque une des conditions nécessaires pour son application légale, et donc alors que le représentant ne pourrait a priori bénéficier de la qualité et du régime du VRP. Cette solution ne s'impose pas d'évidence eu égard à la formule du texte selon laquelle le statut s'impose « *nonobstant toute stipulation contraire* », ce qui a vocation à faire obstacle à l'application légale du statut, mais point à favoriser cette application ⁽²⁴⁹⁾, suivant le principe d'une part de l'application plus favorable des règles du droit du travail ⁽²⁵⁰⁾ et d'autre part de la possibilité de choisir une loi applicable en droit interne. Ce peut être même des situations dans lesquelles le statut ne pourrait absolument pas s'appliquer, par exemple parce que le représentant n'est pas chargé de prendre des commandes, ou dispose d'un contrat comportant une clause de *ducroire*. L'application conventionnelle du statut suppose en outre une acceptation non équivoque par les parties et notamment par l'employeur ⁽²⁵¹⁾ ; il suffirait par exemple d'un courrier précisant que le représentant est recruté en qualité de VRP voire qu'il bénéficiera d'une indemnité de clientèle, caractère spécifique du VRP ⁽²⁵²⁾.

Section 2. – Le régime du contrat de VRP

²⁴⁶Cass. soc. 27 févr. 1992, n°89-21375, adde Cass. soc. 13 janv. 2009, n°08-40157 : la preuve de l'absence de lien de subordination n'est pas exclusive de l'application du statut de VRP.

²⁴⁷Cass. soc. 13 févr. 1959, JCP 1959, II, 11114, note G.-H. Camerlynck.

²⁴⁸Cass. soc. 12 févr. 1985, Bull. civ. V, n°104, pour un agent commercial, ou Cass. soc. 24 janv. 2007, n°05-43052 pour un inspecteur des ventes.

²⁴⁹Cass. soc. 19 mars 1969, Bull. civ. V, n°196.

²⁵⁰Ce qui suppose donc que le statut de VRP soit plus favorable, et donc que le représentant ne bénéficie pas d'un statut plus favorable en droit du travail que celui de VRP : Cass. soc. 17 déc. 2002, n°00-44375, Dr. Soc. 2003, p. 334, obs. J. Mouly.

²⁵¹Cass. soc. 10 mai 1979, Bull. civ. V, n°412.

²⁵²Cass. soc. 25 avr. 1990, n°86-43723, Cass. soc. 13 avr. 1967, Bull. civ. IV, n°297.

221 Le statut de VRP s'inscrit dans les dispositions du droit du travail, des règles communes du droit du travail, dont le pouvoir disciplinaire de l'employeur, la représentativité du personnel, l'affiliation au régime général de la sécurité sociale (CSS, art. 311-3, 2°), le droit aux congés payés, etc., mais où sont retranchées certaines règles, dont les règles relative à la durée légale du travail, auxquelles s'ajoutent les dispositions spécifiques du statut qui concernent d'une part l'exécution du contrat de VRP (I) et d'autre part sa rupture (II).

I. – L'exécution du contrat de VRP

A. – Les obligations du VRP

222 **Obligation d'exécuter la mission confiée.** – Le VRP doit principalement exécuter la mission, personnellement, qui lui a été confiée : effectuer la tournée qui lui a été imposée, visiter les clients existants ou potentiels désignés, etc., et ce en toute circonstance sans qu'aucune négligence ne puisse lui être pardonnée. Et en toute loyauté, c'est-à-dire que le VRP ne peut dénigrer les produits de son employeur ou réaliser des actes de concurrence déloyale directement ou indirectement.

223 **Réddition des comptes.** Comme tout représentant, le VRP doit rendre compte de sa mission lorsque cette obligation, ce qui est systématiquement le cas, a été précisée dans la mesure où cette exigence ne figure pas dans la loi. Cette restitution des comptes s'effectue généralement par des rapports écrits d'activité, des rapports de visite.

224 **Obligation de conserver les collections.** – Le VRP doit également conserver les collections de produits, les échantillons qui lui sont confiés par l'employeur afin d'être présentés à la clientèle, et les conserver en y apportant le meilleur soin possible.

225 **Quotas de vente.** – Très souvent, la politique de l'employeur vise à identifier des quotas globaux de vente, répartis ensuite entre les différents VRP pour lequel un objectif chiffré de vente ou en termes de progression de chiffre d'affaires et ce pour une période déterminée. La jurisprudence considère, pour les VRP comme pour les contrats de distribution que le non respect des quotas de vente ne constitue pas en soi une faute et, ici, une cause de licenciement ⁽²⁵³⁾, notamment si les objectifs de vente étaient irréalistes ou s'ils étaient réalistes si le VRP a commis une faute ou des négligences.

B. – Les obligations de l'employeur

226 **Favoriser l'exécution de la mission.** – L'employeur doit mettre son représentant en mesure d'exécuter la mission, notamment par la remise de la collection et des échantillons, l'ensemble de la documentation, les tarifs, les instructions, les directives, etc. Inversement, l'employeur ne doit rien faire qui fasse obstacle à l'exécution de la mission notamment par une violation du territoire confié par exemple en identifiant un autre VRP ou un autre type de représentant sur ce secteur ⁽²⁵⁴⁾voire, par application des règles du droit commun des contrats ou de l'agence commerciale, après les arrêts *Huard* et *Chevassus-Marche* de 1992 et 1998, en ne permettant pas au VRP de pratiquer des prix concurrentiels, c'est-à-dire en diffusant des produits à des prix plus intéressants sans passer par une technique de représentation.

²⁵³Cass. soc. 30 mars 1999, n°97-42028, Cass. soc. 3 avr. 2001, n°98-44069.

²⁵⁴Cass. soc. 1er mars 1972, Bull. civ. V, n°169, Cass. soc., 28 mai 1974, JCP 1975, II, 18058, note M. Raynal.

227 Rémunérer le VRP. – Ce sont les dispositions du contrat de VRP qui déterminent la rémunération, sur le fondement des exigences propres à l'application du statut. Il peut s'agir d'un traitement fixe (rare car il exclut l'indemnité de clientèle), d'une commission ou d'une combinaison des deux.

Le fait générateur du paiement de la rémunération est la prise d'ordre, la commande réalisée par la clientèle, peu importe que l'ordre soit ensuite exécuté par l'employeur et payé par le tiers. La clause prévoit parfois, cependant, que le fait générateur sera constitué de l'acceptation par l'employeur, voire de l'encaissement du prix, grâce à des clauses fréquentes dites « *ventes menées à bonne fin* » ⁽²⁵⁵⁾.

Il peut s'agir des « ordres directs », ceux qui sont directement pris par le VRP et qui sont transmis à l'employeur. Le VRP peut également avoir droit à une commission sur les « ordres indirects », ceux qui sont réalisés par des clients relevant de son secteur, même s'ils n'ont jamais été visités par le VRP. Les commissions sur les ordres indirects ne sont cependant dues que pour autant que le contrat l'ait prévu expressément ou si cela relève de l'usage de l'entreprise ⁽²⁵⁶⁾.

Le représentant perd en revanche sa commission si l'inexécution de la commande lui est imputable, par exemple s'il s'est engagé sur des délais de livraison trop court ⁽²⁵⁷⁾, sur des commandes inexacts ou encore avec des clients notoirement insolvable.

L'assiette des commissions est également du domaine du contrat. En général il s'agit du prix de vente, diminué des rabais, remises et ristournes, des textes, des frais de transport, d'emballage, etc.

Le taux des commissions relève également de l'accord des parties. L'accord interprofessionnel de 1975 prévoit, pour le VRP qui exerce son activité à plein temps et avec un seul employeur un minimum de 520 fois le taux horaires du SMIC.

On doit ajouter le paiement des indemnités de congés payés (égale à deux jours et demi ouvrables par mois) calculés sur la base de l'année passée et des seuls éléments salariaux.

228 Rembourser les frais professionnels. – Conduits à se déplacer pour visiter la clientèle, le VRP engage des frais dont la prise en charge n'est pas prévue par le Code du travail ou par l'accord interprofessionnel, mais a été décidée par la jurisprudence dans la mesure où elle considère que les frais engagés par un salarié dans l'intérêt de l'employeur doivent lui être remboursés ⁽²⁵⁸⁾, solution applicable au VRP. En pratique ce remboursement s'effectue par trois manières différentes, soit sur justificatifs, soit de manière forfaitaire sur la base d'une avance sur frais, soit par intégration dans la rémunération du VRP et dans ce cas, à hauteur forfaitaire de 30% lorsque rien n'est prévu en ce sens.

II. – L'extinction du contrat de VRP

A. – Paiement d'indemnités

229 Classiquement, le traitement de l'extinction du contrat de VRP suppose de distinguer les causes et les effets de celle-ci étant entendu que les effets sont précisément caractéristiques du statut de VRP et que les causes de l'extinction sont ordinaires : le licenciement, la démission, la résiliation mutuelle ou conventionnelle, la résolution judiciaire du contrat, l'initiative du salarié, la force majeure, le décès, le départ à la retraite, l'arrivée du terme si le contrat est

²⁵⁵Cass. soc. 25 avr. 1974, Bull. civ. V, n°250.

²⁵⁶Cass. soc. 7 mai 1980, Bull. civ. V, n°398 ; Cass. soc. 15 nov. 1988, Bull. civ. V, n°559.

²⁵⁷Cass. soc. 17 mars 1960, D. 1960, somm. 79, Bull. civ. IV, n°281.

²⁵⁸Cass. soc. 25 févr. 1998, n°95-44096 et 96-40144, Bull. civ. V, n°106 ; Cass. soc. 9 janv. 2001, n°98-44833.

conclu pour une durée déterminée.

On peut ajouter que la rupture du contrat est présentée comme imputable à l'employeur chaque fois qu'elle résulte d'une inexécution de sa part, comme le fait de ne pas verser les rémunérations dues, qui ne met pas le VRP en mesure d'exécuter sa mission, etc., mais également en cas de modification unilatérale du contrat de VRP, sauf justification légitime, et notamment la modification du secteur, des conditions de la rémunération (assiette, fait générateur, taux), de la gamme confiée, etc., voire les situations d'incitation à la démission, assimilant au régime du VRP la notion de « prise d'acte » qui permet d'imputer à l'employeur une rupture matérielle réalisée à l'initiative du salarié pour des raisons relevant de l'employeur ⁽²⁵⁹⁾.

L'ensemble est essentiel pour mesurer les effets du statut de VRP qui reposent d'une part sur une indemnité de clientèle pour solder le passé de l'activité du VRP et une indemnité associée à une clause de non concurrence pour l'avenir.

230 Indemnités de droit commun. – Le VRP, comme salarié, dispose des droits sociaux attachés à la rupture d'un contrat : paiement des sommes dues et des tous les avantages directs et indirects qui lui étaient dus jusqu'au terme du contrat en cas de contrat à durée déterminée (C. trav., art. L. 1243-4) et, s'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée, d'une indemnité de licenciement de droit commun si celui-ci ne résulte pas d'une cause réelle et sérieuse. De ce point de vue il est traité commun salarié ordinaire, les indemnités sont dues en cas de rupture imputable à l'employeur. La solution se déduit plus qu'elle ne découle clairement du régime du VRP. L'article L. 7313-15 du Code du travail précise en effet que « *L'indemnité de clientèle ne se confond ni avec l'indemnité pour rupture abusive du contrat de travail à durée indéterminée, ni avec celle due en cas de rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée* ».

231 Indemnité de clientèle. – L'originalité du statut repose cependant sur l'existence de l'indemnité de clientèle, signalée par l'article L. 7313-13 du Code du travail qui dispose que : « *une indemnité pour la part qui lui revient personnellement dans l'importance en nombre et en valeur de la clientèle apportée, créée ou développée par lui. Le montant de cette indemnité de clientèle tient compte des rémunérations spéciales accordées en cours de contrat pour le même objet ainsi que des diminutions constatées dans la clientèle préexistante et imputables au salarié. Ces dispositions s'appliquent également en cas de rupture du contrat de travail par suite d'accident ou de maladie entraînant une incapacité permanente totale de travail du salarié* ». D'ordre public, l'indemnité ne peut être écartée par une clause quelconque, et c'est cette caractéristique exorbitante qui focalise l'attention judiciaire importante autour de l'attraction produit par le statut de VRP.

Cette indemnité a très clairement pour objectif de rassurer le VRP dans l'exécution de sa mission : créer, apporter et développer une clientèle et dans l'investissement personnel qu'il peut réaliser puisque, outre la rémunération associée à son exécution, il bénéficiera en fin de contrat, et pour autant que la rupture ne lui soit pas imputable, à une indemnité, tenant compte de la « *part qui lui revient personnellement dans l'importance en nombre et en valeur (...)* » de sorte qu'il capitalise, en quelque sorte, pour l'avenir par le développement de la clientèle réalisé au cours de l'exécution du contrat ⁽²⁶⁰⁾. Peu importe, au fond, le fondement technique de cette indemnité, qui pourrait reposer sur la considération de l'existence d'un préjudice lié à

²⁵⁹Cass. soc. 25 juin 2003, n°01-42679.

²⁶⁰Cass. soc. 6 juill. 1939, DC 1941. 33, note P. Pic : « *l'indemnité a pour but et pour effet d'assurer au représentant dont le contrat a été résilié par suite de circonstances indépendantes de sa volonté, la réparation du préjudice que lui cause son départ de la maison en lui faisant perdre, pour l'avenir, le bénéfice de la clientèle apportée, créée ou développée par lui* », Cass. soc. 23 nov. 1999, n°97-42979 et V. surtout Ph. Grignon, Le fondement de l'indemnisation des intermédiaires du commerce, Litec, 1999.

la perte des conditions propres à la rémunération du VRP, sur l'idée que la rupture emporterait un enrichissement « sans cause » du fait de ce que l'apport ou le développement de la clientèle est le produit du travail du VRP qui serait ainsi « exproprié » du fait de la rupture, dont l'indemnité serait alors la compensation ⁽²⁶¹⁾, voire plus simplement ou plus énigmatiquement une considération d'équité ⁽²⁶²⁾, à partir du moment où cette indemnité est une créance certaine pour le VRP.

232 Conditions d'obtention de l'indemnité de clientèle. – La première condition repose sur l'imputation de la rupture du contrat à l'employeur. La rupture doit en effet, aux termes de l'article L. 7311-13 du Code du travail être « *le fait de l'employeur* ». C'est le cas de la résiliation unilatérale sans justification, le banal licenciement sans cause réelle et sérieuse, de la modification unilatérale du contrat, de la mise à la retraite injustifiée ⁽²⁶³⁾ par exemple, ou de la rupture liée à une maladie professionnelle ou un accident (C. trav., art. L. 7313-13), ou encore de l'hypothèse dans laquelle le VRP serait incité à démissionner ⁽²⁶⁴⁾ ou à utiliser la notion de « prise d'acte » de la rupture, par le salarié, du fait de l'employeur, par exemple en cas de non paiement ou de retard dans le paiement des commissions, l'existence d'entraves dans l'exercice de son activité, comme le fait de refuser sans justification des commandes.

C'est également le cas de l'arrivée du terme d'un contrat à durée déterminée qui n'est pas renouvelé (C. trav., art. L. 7313-14).

En revanche, l'indemnité n'est pas due si le VRP fait valoir ses droits à la retraite, démissionne ou demande et obtient une résiliation conventionnelle et surtout si la rupture, quoique matérielle imputable à l'employeur, repose sur une faute grave du VRP, question qui est l'un des points majeurs de la jurisprudence. C'est le cas chaque fois que le VRP manque à l'une des obligations essentielles du contrat de VRP comme le fait de refuser de prendre en compte la collection ou une nouvelle collection ⁽²⁶⁵⁾. Sont ainsi considérées comme des fautes graves, le fait d'adresser des rapports d'activité faux ou en retard ⁽²⁶⁶⁾, le fait d'avoir une activité insuffisante ⁽²⁶⁷⁾ sans que le non réalisation des objectifs ou des quotas contractuellement prévus puisse être automatiquement considérée comme une inexécution ⁽²⁶⁸⁾ ou encore ne pas respecter des obligations du contrat comme le devoir d'exclusivité, s'il avait été stipulé. La jurisprudence en la matière est particulièrement riche et d'ailleurs sans surprise ⁽²⁶⁹⁾.

233 Préavis. – En outre, la rupture du contrat doit être précédée du respect d'un préavis, comme en droit commun du travail, ici prévue par l'article L. 7313-9 du Code du travail qui le fixe, au minimum à un mois la première année, deux mois la deuxième, trois au-delà, sauf accord ou situation particulière, donnant droit à une indemnité compensatrice de préavis. Durant l'exécution du préavis, et comme pour tout contrat, le contrat se poursuit dans les mêmes conditions et chacune des parties doit assurer sa part d'exécution de ses obligations. Certaines situations supposent cependant la suppression du préavis. Ce peut être le cas de la rupture conventionnelle du contrat, de la rupture pendant la période d'essai, de la survenance d'un événement de force majeure, et surtout la faute grave du VRP.

²⁶¹Cf. Th. Revet, La force de travail, Litec, 1992, n°260.

²⁶²Ph. Grignon, Le fondement de l'indemnisation des intermédiaires du commerce, Litec, 1999.

²⁶³Cass. soc. 10 févr. 1977, Bull. civ. V, n°548, Cass. Soc. 21 juin 1995, n°91-43639.

²⁶⁴Cass. soc. 11 Mars 1970, D. 1970, p. 548, Cass. soc., 25 juin 2003, n°01-42679.

²⁶⁵Cass. soc. 23 mai 1962, Bull. civ. IV, n° 472.

²⁶⁶Cass. soc. 4 avr. 1978, Bull. civ. V, n°283 ; Cass. soc. 18 oct. 2006, n°05-42706 (rapports mensongers), Cass. soc. 24 janv. 1979, Bull. civ. V, n°75 ; Cass. soc. 29 mai 1991, n°88-40335 (rapports en retard).

²⁶⁷Cass. soc. 9 oct. 1990, Bull. civ. V, n°425..

²⁶⁸Cass. soc. 24 janv. 1979, Bull. civ. V, n°75 ; Cass. soc. 29 mai 1991, n°88-40335.
V. not Ph. Grignon, V° VRP, Rep. com. Dalloz, n°281 s.

234 Montant de l'indemnité de clientèle. –L'indemnité de clientèle vise à compenser le fait d'avoir créé, apporté ou développé une clientèle. Outre le fondement de cette indemnité, et donc le fait qu'elle compense une « perte », un « préjudice subi » ou un « appauvrissement », peu importe a priori, sauf que la Cour de cassation considère, depuis 1939 ⁽²⁷⁰⁾, que l'indemnité de clientèle est fondée sur la «*réparation d'un préjudice* » de sorte que l'absence de préjudice subi par le VRP pourra l'empêcher de recevoir cette indemnité. C'est en outre au VRP d'apporter la preuve de l'existence d'une clientèle et de l'existence d'une plus-value associée à la création, l'apport ou au développement de cette clientèle.

En droit du travail comme en droit commercial, la notion de « clientèle » n'est pas définie : il s'agit soit des clients eux-mêmes, soit du chiffre d'affaires représenté par ces clients, soit des éléments permettant d'attirer ces clients, selon les formulations proposées par la doctrine. Il reste que la clientèle est la propriété de l'entreprise, pas celle du VRP : le VRP est chargé soit de créer une clientèle, sur la base d'une organisation choisie par l'employeur, soit de développer une clientèle existante (par exemple suite au départ d'un VRP ou d'une réorganisation de l'entreprise) ou bien encore d'une clientèle « apportée », logique plus discutable qui supposerait que le VRP soit, à un moment donné, « propriétaire » de la clientèle. En général il s'agit de la situation dans laquelle le VRP a déjà créé une clientèle avant la conclusion du contrat de travail, quel qu'en soit le moyen, et qu'il s'engage par le contrat de VRP à l'exploiter désormais pour le compte de son employeur, ce qui suppose donc une forme de « transfert de propriété » de cette clientèle à l'employeur.

Dès lors, c'est le fait que l'action du VRP a produit cette clientèle qui justifie l'indemnité, ce qui suppose que cette clientèle existe : l'existence de la clientèle se manifeste par sa permanence, il convient qu'elle ait commandé et ce de manière répétée, selon la nature des produits ⁽²⁷¹⁾.

L'existence de la clientèle démontrée, encore convient-il, pour le VRP, d'établir un mouvement, une plus-value, la création, l'apport, ou le développement de celle-ci, c'est-à-dire l'existence d'un travail personnel du VRP à l'origine de cette plus-value ⁽²⁷²⁾, ou plus exactement d'une plus-value rattachable au travail personnel du VRP ⁽²⁷³⁾ même si le développement repose sur une action conjointe du VRP et de l'employeur ⁽²⁷⁴⁾. Il suffit donc que l'activité personnelle du VRP soit à l'origine de ce développement, solution qui présente l'intérêt de trancher la discussion entre les mérites comparés du VRP et de l'employeur, par exemple du fait de l'activité de publicité de ce dernier, d'un mécénat dans le secteur du VRP, etc.

En pratique, les contrats de VRP comportent une liste des clients confiés au VRP avec l'indication du chiffre d'affaires réalisé durant les années précédentes, ce qui permet de comparer pour mesurer le développement de la clientèle et de l'ajout de nouveaux clients. En outre le lien entre indemnité de clientèle et le préjudice subi par le VRP établi par la jurisprudence conduit à écarter le paiement de l'indemnité lorsque le VRP ne subi aucun préjudice. C'est le cas notamment lorsque le VRP a cédé sa « carte » c'est-à-dire son contrat à un nouveau VRP moyennant un prix établissant ce faisant le montant de la valeur de la

Cass. soc. 6 juill. 1939, DC 1941, p. 33, note P. Pic. Adde Cass. soc. 23 nov. 1999, n°97-42979.

Cass. soc. 22 oct. 1981, Bull. civ. V, n°824. V. Pour du matériel d'imprimerie (Cass. soc. 1er juill. 1970, Bull. civ. V, n°456) ou des vitrines (Cass. soc. 8 juin 1966, Bull. civ. V, n°559) trop durables pour qu'une répétition des commandes soit observée et donc qu'une indemnité soit due, à moins qu'une activité de service après-vente par exemple ne le justifie (Cass. soc. 30 avr. 1987, Bull. civ. V, n°254).

Cass. soc. 1er juin 2004, n°02-41176, JCP, éd. E, 2004, Cah. dr. entr. 2004/6, p. 13, obs. Ph. Grignon, Cass. soc. 30 sept. 2003, n°00-43927.

Cass. soc. 12 juill. 2006, n°04-45983.

Cass. soc. 14 oct. 1998, n°96-40638.

clientèle ⁽²⁷⁵⁾ ou a conservé le bénéfice de la clientèle au profit d'un nouvel employeur ⁽²⁷⁶⁾, que l'indemnité a été intégrée par anticipation dans la rémunération du VRP, ou encore alors que le VRP ne bénéficiait que d'une rémunération fixe ⁽²⁷⁷⁾. Cette dernière solution est d'ailleurs critiquable : le montant ou la méthode de rémunération du VRP est *a priori* sans aucune relation avec l'existence ou la consistance du préjudice dans la mesure où ce n'est pas la perte d'un revenu qui est compensé, par une plus-value, un capital.

Le montant de l'indemnité doit alors correspondre à ce préjudice, exactement ⁽²⁷⁸⁾. D'ailleurs, le montant du préjudice ne peut être préétabli ou fixé de manière forfaitaire dans une clause d'indemnité ou une forme de clause pénale (C. trav., art. L. 7313-16). C'est donc au moment de la rupture que s'effectue l'évaluation de l'indemnité en fonction de la perte personnelle du VRP dans la création ou le développement de la clientèle, ce qui permet à l'employeur de tenir compte de la notoriété de la marque, des dépenses de publicité réalisées par l'employeur, etc., étant entendu que en cas de désaccord, c'est le juge qui est chargé d'établir la réalité du préjudice subi, ce qui peut-être le moyen pour le juge de limiter ou d'accroître le montant de l'indemnité en fonction des circonstances.

Une sorte d'usage toutefois (mais sans bien entendu que cet usage soit ostensible ni révélé par crainte d'un arrêt de règlement de l'article 5 du Code civil), ce qui limite considérablement la portée de l'affirmation selon laquelle l'indemnité de clientèle a pour objectif de compenser le préjudice subi, établit l'indemnité à deux ans de commissions, en tant compte des commissions versées, hors frais professionnels, durant les deux ou trois années précédentes.

Comme on l'a vu, l'indemnité de clientèle ne se cumule pas avec l'indemnité de licenciement ou de départ à la retraite dans la mesure où ces indemnités ont le même fondement. En revanche, le VRP peut prétendre à l'indemnité la plus intéressante des deux.

Surtout le VRP peut cumuler l'indemnité de clientèle avec des dommages et intérêts dont ils pourraient être créanciers du fait de la faute commise par l'employeur (C. trav., art. L. 7313-15) et notamment du fait de l'absence de cause réelle et sérieuse ou d'un licenciement abusif. En outre, l'article 7313-17 du Code du travail considère que l'indemnité de clientèle n'est pas cumulable avec l'indemnité conventionnelle de rupture de contrat qui serait prévue par une convention collective, notamment l'accord interprofessionnel de 1975. Cette indemnité conventionnelle, prévue par les articles 13 à 15 de l'accord national interprofessionnel (ANI) est constituée de l'indemnité minimale de référence pour la détermination du montant de l'indemnité de clientèle, l'indemnité de rupture des représentants rémunérés uniquement par un salaire fixe, et celle pour ceux qui sont rémunérés par une rémunération mixte et correspondant en gros à 6 mois et demi de salaire fixe. En outre une indemnité spéciale de rupture vise à se substituer à l'indemnité de clientèle, qui suppose que les parties renoncent à contester le principe du droit à indemnité.

235 Cession de « carte ». – Le contrat de VRP est par principe un contrat *intuitu personae* dans la mesure où le VRP est choisi en fonction de ses capacités par l'employeur. Toute cession de contrat est donc subordonnée à l'accord de l'employeur. D'ailleurs, la présence d'une clause dite « clause de présentation » par laquelle l'employeur renonce à refuser le successeur du VRP exclut le statut du VRP ⁽²⁷⁹⁾. La pratique de la cession de « carte » se présente lorsque le VRP qui met fin à ses relations avec l'employeur dispose de la faculté de présenter un successeur afin de le remplacer : c'est cette situation qu'identifie la technique de la « cession de carte ». Le « prix » de la cession de « carte » payé par le VRP agréé par l'employeur correspond à une

Cass. soc. 28 oct. 1992, n°89-43805.

Cass. soc. 23 nov. 1999, n° 97-42979, JCP, éd. E, 2000, Cah.dr. ent. 2000/4, obs. Ph. Grignon.

Cass. soc. 10 mars 2004, n°03-42744, JCP, éd. E, Cah. dr. entr. 2004/3, p. 33, obs. Ph. Grignon.

Cass. soc. 21 mars 1979, Bull. civ. V, n°259, Cass. Soc. 18 mars 2003, n°01-42255.

Cass. soc. 9 févr. 1966, Bull. civ. V, n°794.

somme équivalente au montant de l'indemnité de clientèle à laquelle le cédant aurait eu droit, laquelle empêche le VRP de réclamer l'indemnité de clientèle à son ancien employeur. S'agissant d'une pratique réalisée par un opérateur relevant du droit du travail, elle se présente de manière peu commune : il ne peut en effet s'agir d'une « cession de clientèle » dans la mesure où la clientèle appartient à l'employeur et qu'aucun salarié ne dispose d'une clientèle propre distincte de celle de son employeur. C'est une situation de cession de contrat, sachant que le contrat est un contrat profitable, au-delà de la simple rémunération de l'activité salariée.

236 Commission de retour sur échantillonnages. – L'article L. 7313-11 du Code du travail prévoit qu'une commission est due pour rémunérer des commandes qui seraient reçues par l'employeur après que le contrat a pris fin, une commission due « *sur la suite directe des remises d'échantillon* », consacrant un usage consacré par la jurisprudence et visant à faire en sorte que le VRP ne cesse pas ses efforts lorsque la fin du contrat est en vue. La commission est due chaque fois qu'une commande est le résultat d'une prospection réalisée avant la fin du contrat, la remise d'échantillons et de tarifs à un client. La commission n'est due que pour autant que le VRP soit rémunéré sur la base d'une commission, et non d'un salaire fixe. Ces commissions sont dues dans un délai fixé en général à trois mois à compter de la cessation du contrat ⁽²⁸⁰⁾ sauf usage ou accord qui serait plus long, et ce quelles que soient les conditions de la rupture du contrat.

237 Clause de non concurrence. – Comme de très nombreuses situations dans lesquelles un contractant est en contact avec la clientèle appartenant à autrui, le contrat de VRP contient très souvent une clause de non-concurrence post-contractuelle afin d'éviter que le VRP ne puisse entretenir des relations de quelque manière que ce soit avec la clientèle qu'il a prospectée après la rupture du contrat.

Une telle stipulation ne s'entend pas d'autorité et doit être prévue dans le contrat, sans pouvoir contenir de dispositions plus contraignantes que celles prévues dans l'accord national interprofessionnel de 1975 ⁽²⁸¹⁾.

En outre, les clauses de non concurrence, et l'accord national interprofessionnel de 1975, prévoient souvent une stipulation selon laquelle l'employeur peut « lever l'option », ou plus exactement renoncer à revendiquer le bénéfice de cette stipulation (confondu en pratique avec l'idée de revendiquer son application) de manière formelle et surtout non équivoque ⁽²⁸²⁾ et selon l'ANI, dans les quinze jours de la rupture du contrat.

La validité de ce type de clause reprend les canons principaux des clauses de non-concurrence telle qu'elles reposent sur la jurisprudence développée depuis l'arrêt du 14 mai 1992 (Cf. Supra), et ce à peine de nullité, et donc être justifiée à la fois par la préservation d'un intérêt légitime, en général la prévention du risque de l'exercice d'une concurrence anormale ou déloyale et le détournement de la clientèle de l'employeur et par l'exigence de proportionnalité entre les termes du contrat et l'objectif de préservation de cet intérêt légitime.

Classiquement donc, la clause ne peut interdire au VRP d'exercer toute activité, l'empêcher de retrouver un emploi et peu importe désormais que la clause soit limitée dans le temps, dans l'activité interdite et dans l'espace pourvu qu'elle soit proportionnelle.

Enfin, et conformément à la jurisprudence née en 2002, le VRP disposant d'un statut rattaché au droit du contrat, la clause de non concurrence doit être rémunérée ou plus exactement comporter une contrepartie financière.

Cass. soc. 13 mars 1967, Bull. civ. IV, n°246.

Cass. soc. 14 novembre 2007, n°06-44284, 189, Cass. soc. 12 oct. 2011, n°09-43155.

Cass. soc. 13 sept. 2005, n°02-46795, D. 2006. p. 1357, note J. Séchier-Dechevrens pour l'exigence de paiement de la contrepartie financière, prorata temporis, si l'employeur renonce tardivement à l'en dispenser.

L'accord national interprofessionnel de 1975 (art. 17) prévoit de surcroît l'exigence de la triple limitation, dont la durée fixée à un maximum de deux ans et le principe d'une contrepartie financière fixée en fonction de la durée du contrat ⁽²⁸³⁾.

V. cependant : Cass. soc. 7 mars 2007, n°05-45511, D. 2007. p. 1708, note C. Lefranc-Hamoniaux.

TITRE 2. – LES INTERMEDIAIRES DE LA DISTRIBUTION

238 Les mandataires, entre autres. Les contrats d'intermédiation sont souvent confondus avec le contrat de mandat auxquels ils empruntent parfois leur régime ou pour proposer des variantes, quand bien même leur nature serait parfois totalement différente comme pour le contrat de courtage, par exemple.

Le mandat offre en effet tous les atouts pour être présentés comme le contrat souche, à commencer par le fait que son régime est déterminé dans le Code civil, à la différence du contrat de commission, notamment, dont le régime était, et est toujours, identifié dans le Code de commerce. La différence entre les deux figures, cependant, reste fondamentale.

Les contrats de représentation sont une technique qui s'inscrit dans les mécanismes plus généraux de représentation, comme les hypothèses de représentation légale (de dirigeants de société ou des parents à l'égard de leurs enfants mineurs, par exemple) ou judiciaire (comme dans le cas de l'administrateur judiciaire d'une entreprise placée en redressement judiciaire) ou même pour expliquer des hypothèses offertes par le droit des obligations à plusieurs personnes (comme dans le cas de la solidarité que l'on explique par un mécanisme de représentation des débiteurs solidaires).

La représentation conventionnelle permet de réaliser une forme de multiprésence par le fait que les divers représentants sont, juridiquement, le représenté à l'égard des tiers et ce, selon deux formes principales. La première forme identifie une figure dite parfois *parfaite* de représentation ou de représentation *transparente* où, dans le mandat, le mandataire agit *au nom* et *pour le compte* du mandant, de sorte que le tiers sait qu'il traite en réalité avec le mandant. La seconde, le contrat de commission, identifie une forme dite *imparfaite* ou plus exactement *opaque* dans laquelle le commissionnaire agit *en son nom* et *pour le compte* du commettant à l'égard du tiers. Le contrat de mandat voit son régime de droit commun principalement posé aux articles 1984 et suivants du Code civil, et des régimes spéciaux se sont développés, dans le Code de commerce notamment, à travers le contrat d'agence commerciale ou bien dans des lois nouvelles qui ont pris le relais des règles du Code civil ⁽²⁸⁴⁾. Le contrat de commission est précisé aux articles L. 132-1 et suivants du Code de commerce. De la sorte, on présente parfois le contrat de mandat comme le contrat de droit commun dont le commission ne serait qu'une variante, ou bien comme une opposition entre le mandat civil et le mandat commercial ⁽²⁸⁵⁾ ; nous opposerons plutôt les contrats de mandat (Chapitre 1) et les contrats de commission (Chapitre 2).

Chapitre 1. Les contrats de mandat

Section 1. Le contrat de mandat de droit commun

Section 2. Les contrats de mandat particulier

I. Le contrat de mandat d'intérêt commun

239

II. Le contrat d'agence commerciale

240 Le contrat d'agence commerciale repose sur le régime défini aux articles L. 134-1 et

Cf. agents d'assurance : D. 5 mars 1949 et 28 déc. 1950 ; agents commerciaux : D. 23 mars 1958, L. 25 juin 1991 ; agents immobiliers : L. 2 janv. 1970 ; agents de voyage : L. 13 juill. 1992, etc.

²⁸⁵ D. et N. Ferrier, Droit de la distribution, n°142 s.

suivants du Code de commerce qui résultent d'une loi du 25 juin 1991 qui transposait en droit français une directive communautaire du 18 décembre 1986 visant à proposer un régime, dans son existence et la protection assurée, identique dans les Etats-membres de la communauté européenne de manière à assurer des conditions de concurrence identiques pour les fournisseurs recourant à ce type de contrat ⁽²⁸⁶⁾, à telle enseigne, d'ailleurs, que les contrats internationaux d'agence commerciale ne peuvent choisir une loi applicable qui échappe à ce régime, la CJCE ayant érigé ce régime en loi de police ⁽²⁸⁷⁾. Ce régime remplaçait celui déterminé auparavant sur la base du décret du 23 décembre 1958 qui avait, sur la base du régime jurisprudentiel du mandat d'intérêt commun, proposé ce nouveau régime.

A. Qualification du contrat d'agence commerciale

241 Le contrat d'agence commerciale se présente comme un *statut* en ce sens qu'il propose un régime particulier, et favorable, en sorte que son application dépend de la qualification de contrat, laquelle repose sur le dispositif proposé par l'article L. 134-1 du Code de commerce : l'agent commercial est « *un mandataire qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de service, est chargé de façon permanente de négocier et, éventuellement de conclure des contrats de vente ou de prestation de services au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux* ».

242 L'agent commercial est donc, en premier, un mandataire. Cette qualification ne s'entend pas d'évidence dans la mesure où le contrat de mandat est traditionnellement envisagé comme un contrat par le lequel le mandant donne pouvoir au mandataire d'effectuer des *actes juridiques* (conclusion d'un contrat, exécution d'un contrat, exercice d'une voie de droit, etc.). Lorsqu'une personne charge une autre personne d'effectuer des *actes matériels*, la qualification s'oriente davantage vers celle de contrat d'entreprise. Or la mission de l'agent commercial est de *négocier et éventuellement conclure des contrats*. C'est ainsi classiquement une activité de prospection. La prospection est un ensemble d'actes matériels et non juridiques : l'agent n'est chargé qu'éventuellement de conclure des contrats. Cette activité de *négociation* n'est pas très claire. La « négociation » est usuellement considérée comme une activité visant à discuter le contenu d'un contrat à conclure éventuellement, voire de proposer la conclusion de contrats. Il semble ici que ce soit cet ensemble, avec l'idée que l'agent transmet des offres ou des bons de commandes, des catalogues, des échantillons, etc., en ce sens que le contenu général du contrat à conclure est bien déterminé par le mandant, le mandataire étant chargé de le « négocier » soit à la marge soit au sens où il entre en relation contractuelle avec le tiers, pour le compte du mandant.

Pourtant, la jurisprudence considère que la « négociation » doit être entendue dans son sens contractuel traditionnel. Est un agent commercial celui qui dispose du pouvoir de négocier le contrat et ne l'est pas, au sens de l'article L. 134-1 du Code de commerce celui qui n'en dispose pas ⁽²⁸⁸⁾. Par exemple l'opérateur qui se contente de remettre des offres ou des conditions n'est pas un agent commercial ⁽²⁸⁹⁾ solution qui infirme l'une des interprétations, larges, possibles de l'article L. 134-1 du Code de commerce. On peut donc en déduire que si l'agent, chargé de négocier et éventuellement conclure des contrats, n'est pas celui qui, en permanence négocie, discute tous les éléments de tous les contrats dans lesquels il s'entremet, il est cependant nécessaire qu'il dispose de la faculté de cette négociation, par exemple par la possibilité de

²⁸⁶Cf. L. Vogel (dir.), Les agents commerciaux en Europe, Ed. Panthéon-Assas, 2012.

²⁸⁷ CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar*, Rec. p. 9305.

²⁸⁸ Cass. com. 27 avr. 2011, n°10-14851, CCC 2011 n°167, obs. N. Mathey, Cass. com. 3 avr. 2012, n°11-13527, 11-15518, D. 2012, p. 1062 et 2765, obs. N. Dorandeu.

²⁸⁹ Cass. com. 27 oct. 2009, n°08-16623, Cass. com. 27 avr. 2011, préc.

fournir des avantages tarifaires, de ce qu'on appelle disposer d'une « marge de négociation ». On mesure l'effet de cette conception : il suffit que le contrat prévoie que le mandataire ne dispose en aucune manière du pouvoir de négocier pour le contrat ne soit pas un contrat d'agence commerciale. Or, bien peu de contrats, en pratique, laisse au mandataire la possibilité et la liberté de négocier avec les tiers, car le risque pour le mandant est d'être engagé dans les conditions posées par l'agent. De sorte que les hypothèses dans lesquelles le mandat permet à l'agent de négocier est souvent doublée d'une clause retardant la conclusion du contrat à sa validation par le mandant.

L'autre élément de rattachement au mandat, outre la qualification choisie par la loi est donc l'acte d'entremise, le fait que l'agent agisse au nom et pour le compte du mandant. A défaut, il n'est pas un mandataire et donc encore moins un agent, mais un distributeur ordinaire ⁽²⁹⁰⁾.

La logique de prospection permet également d'évincer du statut des opérateurs qui n'effectuent pas de telles activités, qui ne négocient pas, comme ses activités techniques, d'assistance, de conseil, des opérations matérielles en général.

243 L'agent commercial est en outre un opérateur *civil*, par un rare oxymoron, quand bien même ces règles seraient intégrées dans le Code de commerce. Il est également un opérateur *indépendant*. L'article L. 134-1 du Code de commerce précise cette exigence à la fois de manière immédiate et par l'exclusion d'un contrat d'entreprise. L'agent est donc maître de son organisation professionnelle, de ses salariés éventuels, des moyens qu'il décide de mettre en œuvre pour réaliser sa mission, des modifications dans cette organisation, ce qui le distingue, là encore d'un VRP.

Cette indépendance se manifeste notamment par le fait qu'il peut, à la différence du VRP accepter des contrats de mandats avec d'autres mandant sans autorisation du ou des mandants existants (C. com., art. L. 134-3) pour autant toutefois qu'ils ne soient pas des concurrents.

Cette indépendance se manifeste également par le fait que l'agent peut être une personne morale. Cette possibilité, exclue dans le statut de 1958 jusqu'à un décret de 1968. Il en résulte alors que l'agent commercial organisé sous la forme d'une société commerciale est un agent commercial commerçant.

Cette indépendance se manifeste enfin par la possibilité pour l'agent de conclure des contrats de sous-agence commerciale. La formule aurait se déduire de l'article 1994 du Code civil relatif aux sous contrat de mandat conclu par un mandataire. Le sous-agent est alors le contractant de l'agent, mais point de l'agent, à l'exception de l'action directe en paiement du sous-agent contre le mandant.

L'agent est en outre chargé d'une activité *permanente* de sorte que son activité n'est pas occasionnelle ou ponctuelle, comme peut l'être celle d'un simple agent d'affaires.

244 Ainsi conçu, la mission de l'agent commercial sera fonction de l'objet du contrat : l'article L. 134-1 vise en effet la négociation de contrats de vente de marchandises, mais également de prestations de service ou de location.

Un certain nombre d'activités bénéficient cependant d'un régime spécifique, d'un statut distinct voire particulier par rapport à celui, qui semble alors plus général, d'agent commercial.

²⁹⁰ Cf. Cass. com. 10 juill. 2007, n°05.19373, CCC 2007, n°234, obs. Malaurie-Vignal, D. 2008, p. 2196, obs. D. Ferrier.