

Droit de la concurrence interne et européen

Leçon 4 : La déloyauté entre partenaires économiques

Linda ARCELIN

Table des matières

Section 1 : La transparence.....	p. 3
§ 1 : La transparence tarifaire.....	p. 3
§ 2 : La négociation commerciale.....	p. 4
A - Les conditions de vente.....	p. 5
B - La convention.....	p. 5
C - Les délais de paiement.....	p. 8
1. Fixation des délais de paiement.....	p. 8
2. Pénalités de retard et sanctions.....	p. 9
Section 2 : Les pratiques restrictives de concurrence en droit français.....	p. 10
§ 1 : L'interdiction de la revente à perte.....	p. 10
§ 2 : Les pratiques visées à l'article L. 442-1 du Code de commerce.....	p. 11
A - Les pratiques pendant la relation.....	p. 15
1. L'obtention ou la tentative d'obtention d'un avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu.....	p. 15
2. Le déséquilibre significatif.....	p. 17
a) Soumission ou tentative de soumission de l'autre partie.....	p. 17
b) Objet de l'abus.....	p. 19
c) Approche concrète et globale.....	p. 20
B - La rupture des relations.....	p. 21
1. La rupture abusive.....	p. 22
2. La rupture brutale.....	p. 22
a) La relation commerciale établie.....	p. 23
- La relation commerciale.....	p. 23
- Le caractère établi de la relation.....	p. 24
b) La brutalité de la rupture.....	p. 25
- Le préavis écrit.....	p. 26
- Le délai de préavis.....	p. 26
- Les dispenses de préavis.....	p. 28
c) La sanction du défaut de préavis.....	p. 29
C - L'action du ministre de l'Économie.....	p. 30
1. La conventionnalité de l'article L. 442-4 (ancien article L. 442-6 III) du Code de commerce.....	p. 30
2. La constitutionnalité de l'article L. 442-4 (ancien article L. 442-6 III) du Code de commerce.....	p. 31
§ 3 : Les enchères inversées.....	p. 32
Section 3 : L'évolution du droit français des pratiques restrictives au regard du droit européen.....	p. 33
§ 1 : La Directive n° 2019/633 du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire.....	p. 33
§ 2 : Les rappels à l'ordre du juge européen.....	p. 33

Les producteurs et distributeurs sont aujourd'hui des partenaires commerciaux nécessaires. Néanmoins, ces relations Commerce – Industrie ou Distribution – Production sont placées très souvent sous un signe conflictuel en raison des rapports de force très inégaux entre les parties (v. Comm. UE, Rapport sur les pratiques commerciales déloyales interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, 29 janvier 2016). La réglementation de ces relations, qualifiée parfois de « petit droit de la concurrence », s'avère alors très mouvante, chaque législature souhaitant « rééquilibrer » les rapports et apporter sa pierre à un édifice juridique déjà fort complexe. La Loi Macron du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (v. G. Parléani, « Loi Macron : toujours plus en "pratiques restrictives" », AJCA oct. 2015, p. 407), la Loi Sapin II du 9 décembre 2016 et surtout l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 (J.-L. Fourgoux et L. Djavadi, « La réforme annoncée du droit des pratiques restrictives de concurrence : la partition inachevée », *Contrats, conc. consom.* 2019, Etudes 5) sont récemment venues modifier celle-ci.

Dans ce paysage juridique, la **Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC)** occupe une place toute particulière. Créée en 2001 par la loi Nouvelles Régulations Economiques (NRE 15 mai 2001), elle est composée à part égale de distributeurs et de fournisseurs, auxquels se joignent des parlementaires, des magistrats, des directeurs généraux d'administration (tels que la DGCCRF) et des personnalités qualifiées (art. L. 440-1 I du Code de commerce). Sa mission, repensée en partie avec la Loi Hamon du 17 mars 2014 relative à la consommation, consiste à « *donner des avis ou de formuler des recommandations sur les questions, les documents commerciaux ou publicitaires, y compris les factures et contrats couverts par un secret industriel et commercial, et les pratiques concernant les relations commerciales entre producteurs, fournisseurs et revendeurs, qui lui sont soumis. L'avis rendu par la commission porte notamment sur la conformité au droit de la pratique ou du document dont elle est saisie. La commission peut également décider d'adopter une recommandation sur les questions dont elle est saisie et sur toutes celles entrant dans ses compétences, notamment celles portant sur le développement des bonnes pratiques.* » (art. L. 440-1 V du Code de commerce). Elle tend ainsi à promouvoir des pratiques loyales sur le marché en examinant notamment les pratiques et les contrats commerciaux qui lui sont soumis par les fournisseurs ou revendeurs s'estimant abusés. L'anonymat de la saisine est garanti. A partir de ces éléments, elle peut définir et promouvoir les bons usages commerciaux et pourrait conduire à l'élaboration de Codes de bonne conduite. Mais elle ne règle pas elle-même les litiges. Elle ne rend que des recommandations ou des avis. Chaque année, elle publie un rapport d'activité. Elle peut être saisie « *par le ministre chargé de l'économie, par le ministre chargé du secteur économique concerné, par le président de l'Autorité de la concurrence, par toute personne morale, notamment les organisations professionnelles ou syndicales, les associations de consommateurs agréées, les chambres consulaires ou d'agriculture, ainsi que par tout producteur, fournisseur ou revendeur s'estimant lésé par une pratique commerciale. Elle peut également se saisir d'office.* » (art. L. 440-1 IV). La CEPC peut encore être consultée par les juridictions sur des pratiques relatives à la transparence ou restrictives de concurrence relevées dans les affaires dont celles-ci sont saisies. Dans ce cas, « *la commission fait connaître son avis dans un délai maximal de quatre mois à compter de sa saisine. Il est sursis à toute décision sur le fond de l'affaire jusqu'à réception de l'avis ou, à défaut, jusqu'à l'expiration du délai de quatre mois susmentionné. Toutefois, des mesures urgentes ou conservatoires nécessaires peuvent être prises. L'avis rendu ne lie pas la juridiction. L'avis de la commission d'examen des pratiques commerciales est publié après la décision rendue par la juridiction l'ayant saisie pour avis.* » (art. L. 440-1 IV). Dans le cadre de sa mission, elle peut entendre les personnes et fonctionnaires qu'elle juge utile à l'accomplissement de sa mission. Son président peut demander qu'une enquête soit effectuée par les agents habilités par du Code de commerce (agents de la DGCCRF et rapporteurs devant l'Autorité de la concurrence) ainsi que par l'article L. 511-11 du Code de la consommation (ancien L. 215-1 du Code de la consommation). Les membres de la Commission sont tenus au secret.

En savoir plus : Paroles d'expert

V. Entretien avec Razzy Hammadi, « La Commission d'examen des pratiques commerciales, un instrument utile pour les entreprises », *AJ Contrats d'Affaires* 2014, p. 298.

La CEPC comme le juge sont conduits à apprécier la loyauté des relations entre partenaires commerciaux en terme de transparence, promue (Section 1) et de pratiques restrictives, interdites (Section 2). Il n'est pas certain que notre droit interne ne soit pas amené à évoluer sur l'impulsion ou l'obligation découlant du droit européen (Section 3).

Section 1 : La transparence

Au stade de la formation du contrat, s'opère une mise en concurrence et une phase de négociation entre le producteur et le distributeur. La transparence gouverne l'entrée en relation : le fournisseur communique à tous les distributeurs son offre. C'est la mise en concurrence des fournisseurs ici, car le distributeur choisira l'offre d'un fournisseur qui lui semble la meilleure. Cette transparence découle, au premier chef, de la soumission de tout achat de produits ou de toute prestation de services à finalité professionnelle à une obligation de facturation écrite, devant satisfaire à une série de règles (§ 1). Elle concerne également les conditions générales de vente que tout producteur ou prestataire de services est tenu de communiquer à tout acheteur ou tout demandeur de prestation de services pour une activité professionnelle et qui sont le siège de la négociation commerciale (§ 2).

§ 1 : La transparence tarifaire

Outre les règles spécifiques concernant les produits alimentaires périssables fixées aux articles [L. 443-1 et suivants](#) du Code de commerce, le législateur oblige le vendeur de tout produit ou de toute prestation de service à délivrer une facture à son acheteur.

Selon l'article [L. 441-9 I](#), en effet,

« Tout achat de produits ou toute prestation de service pour une activité professionnelle fait l'objet d'une facturation. Le vendeur est tenu de délivrer la facture dès la réalisation de la livraison ou la prestation du service. L'acheteur est tenu de la réclamer. Le vendeur et l'acheteur conservent chacun un exemplaire de toute facture émise dans la limite de durée prévue par les dispositions applicables du code général des impôts. La facture émise sous forme papier est rédigée en double exemplaire. »

Les factures doivent mentionner non seulement l'adresse des parties mais aussi leur adresse de facturation si elle est différente (C. com., art. L. 441-9, I-al. 4). Sous l'empire de l'ancien texte qui n'imposait que la mention de l'adresse des parties, l'administration avait considéré que l'adresse d'une entreprise devait s'entendre comme celle de son siège social, mais qu'il pouvait être admis que soit mentionnée sur la facture l'adresse de l'établissement qui en assure le règlement et avec lequel l'émetteur de la facture est en relation, sous réserve que le nom ou la raison sociale mentionnés sur la facture correspondent à ceux de l'entreprise cliente. La Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) dans un avis n° 20-3 du 18 juin 2020, a estimé que, par souci de simplification et de cohérence avec la doctrine fiscale, un vendeur (ou un prestataire) peut continuer à mentionner sur ses factures la seule adresse de l'établissement de l'acheteur (ou du bénéficiaire de la prestation) qui en assure le règlement, sans mentionner l'adresse du siège social de son client.

La facture est un instrument essentiel de contrôle et de transparence des transactions commerciales. La violation de cette obligation est punie par une amende administrative de 75 000 euros pour les personnes physiques et 375 000 euros pour les personnes morales (art. L. 441-9 II). Le contenu de la facture est précisé : *« La facture mentionne le nom des parties ainsi que leur adresse et leur adresse de facturation si elle est différente, la date de la vente ou de la prestation de service, la quantité, la dénomination précise, et le prix unitaire hors TVA des produits vendus et des services rendus ainsi que toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de services et directement liée à cette opération de vente ou de prestation de services, à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture. »*

Ce prix unitaire net sert de base au calcul du seuil de revente à perte. La référence à « toute réduction de prix acquise à la date de la vente » a été introduite par la loi Galland du 1^{er} juillet 1996 et est venue se substituer à celle, employée depuis l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et très floue, de réduction dont le principe est acquis.

Exemple

Dorénavant, la réduction doit être acquise à la date de la vente, ce qui peut parfois être sujet à discussion lorsque la réduction est conditionnelle (Cass. com., 6 sept. 2011, n° [10-17963](#)).

Selon la CEPC, « on entend par réduction conditionnelle, terme consacré à la pratique commerciale mais qui ne figure pas dans la loi, une réduction de prix qui dépend de la survenance d'un événement futur et incertain. Cet événement peut être, par exemple, la réalisation d'un certain montant d'achats (barème de ristournes) ou la progression des achats par rapport à un niveau antérieur ».

Exemple

Pour la Chambre criminelle de la Cour de cassation, une remise conditionnelle peut figurer sur la facture (Cass. com., 6 sept. 2011, op. cit.).

L'article L. 441-9 I précise encore que :

« La facture mentionne la date à laquelle le règlement doit intervenir. Elle précise les conditions d'escompte applicables en cas de paiement à une date antérieure à celle résultant de l'application des conditions générales de vente, le taux des pénalités exigibles le jour suivant la date de règlement inscrite sur la facture ainsi que le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement due au créancier en cas de retard de paiement. Le règlement est réputé réalisé à la date à laquelle les fonds sont mis, par le client, à la disposition du bénéficiaire ou de son subrogé. »

§ 2 : La négociation commerciale

La loi de Modernisation de l'Économie (LME) du 4 août 2008 est venue poser le principe de la libre négociabilité des tarifs et conditions de vente, préconisé dans le Rapport Hagelsteen, La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente (12 février 2008). Il est désormais possible de proposer des conditions discriminatoires selon les acheteurs, ce que prohibait l'ancien article [L. 442-6 I 1°](#).

Remarque

Cette négociabilité n'est toutefois pas absolue. La loi visant à protéger la rémunération des agriculteurs a été adoptée le 18 octobre 2021, dite Loi Egalim 2, renforce la transparence du prix de la matière première agricole et consacre son caractère non négociable. Un article [L. 441-1-1](#) a ainsi été créé dans le Code de commerce afin de régir spécifiquement les conditions générales de vente (CGV) des produits alimentaires contenant des matières premières agricoles et des produits transformés composés de plus de 50 % de matière première agricole. Dans les CGV, doivent figurer les matières premières agricoles utilisées et leur prix d'achat, selon l'une des trois options de transparence prévues par la loi.

De plus, un nouvel article [L. 443-8](#) prévoit que la convention écrite conclue à l'issue de la négociation commerciale exclut de la négociation commerciale, la matière première agricole. Ces contrats devront également contenir une clause de révision automatique des prix en fonction de l'évolution du coût des matières premières agricoles.

La négociation commerciale repose sur les propositions du fournisseur qui doit communiquer à tout acheteur qui en fait la demande pour une activité professionnelle ses conditions générales de vente (A) (art. [L. 441-1 II](#)), sous peine de sanction (art. [L. 441-1 IV](#) du Code de commerce), et qui seront retranscrites dans une convention (B). Ce formalisme a été repris dans les relations de sous-traitance industrielle (art. [L. 441-5](#)).

L'ordonnance du 24 avril 2019 a dessiné une nouvelle organisation des relations en distinguant 2 régimes :

- un régime de "droit commun" aux obligations allégées applicables à tous les fournisseurs et distributeurs ou prestataires de services (y compris les grossistes), tous secteurs confondus (art. [L. 441-3](#))
- et un régime applicable à tous les fournisseurs et distributeurs ou prestataires de services (à l'exception des grossistes) lorsque cette convention concerne des produits de grande consommation (PGC) qui sont définis comme des produits non durables à forte fréquence et récurrences de consommation (art. [L. 441-4](#)).

En savoir plus : Perspectives d'évolution du cadre juridique applicable aux négociations et aux relations commerciales dans la filière agroalimentaire

Rapport remis le 10 octobre 2024 à Madame la Ministre de l'agriculture, de la souveraineté alimentaire et de la forêt Annie Genevard et à Madame la Secrétaire d'état à la consommation Laurence Garnier. Conclusions

A - Les conditions de vente

Les conditions générales de vente (CGV) sont qualifiées de « *socle unique de la négociation commerciale* » (art. L. 441-1 III). Le législateur montre ici sa volonté de réaffirmer plus clairement que les négociations s'appuient sur les CGV et rien qu'elles, ce qui n'empêche pas ensuite de les discuter.

Dans le droit commun, le fournisseur doit communiquer ses CGV dans un délai raisonnable (avant 2019, au plus tard 3 mois avant) avant la date butoir du 1^{er} mars ou, pour les produits et services soumis à un cycle de commercialisation particulier, avant le point de départ de la période de commercialisation (art. L. 441-3 V). Pour les PGC, le fournisseur les communique 3 mois au moins avant le 1^{er} mars ou 2 mois avant le délai de commercialisation pour les produits soumis à un cycle de commercialisation particulier (art. L. 441-4 VI).

Le contenu des conditions générales de vente est fixé par la loi. Elles comprennent :

- Les conditions de vente : l'opération conclue n'est pas qu'une vente commerciale ou du moins, il faut comprendre que le distributeur n'est pas qu'un simple acheteur. Il est aussi un revendeur dont les particularités (enseigne, activité, installations...) appellent un élargissement du contenu de l'opération achat-vente et donc, corrélativement, des conditions générales de vente. Par exemple, l'obligation de revendre un quota de produits du fournisseur, d'assurer la promotion de ceux-ci entrent dans les CGV.
- Le barème des prix unitaires : on va trouver le tarif de base qui est le prix unitaire fixé par le professionnel.
- Les réductions de prix : réductions opérées par remise immédiate ou ristourne différée (elle entraîne en fin d'exercice une restitution sur le prix payé lors de l'opération).
- Les conditions de règlement : délai de paiement, modalités d'escompte et pénalités de retard. Sauf clause contraire, « *le délai de règlement des sommes dues ne peut dépasser 30 jours après la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée* » (art. L. 441-10).

Les fournisseurs peuvent aussi segmenter leur clientèle pour différencier leurs CGV. On pourrait imaginer ces segments : Grossistes ou négociants (B to B), GSA, GSB, Hard discount / Soft Discount, Commerce de proximité / Grands magasins, Vente à distance (VPC et Internet / commerce en ligne)...

Existent aussi les conditions particulières de vente (CPV) qui n'ont pas à être communiquées (à condition que le refus soit fondé sur des critères objectifs : Cass. com., 29 mars 2017, n° [15-27811](#)) et peuvent ainsi restées occultes, contrairement aux CGV. Ce sont des conditions qui vont au-delà des obligations ordinairement contractées entre fournisseurs et distributeurs. La loi du 2 août 2005 précisait que les CPV prenaient appui sur « *la spécificité des services rendus* ». La circulaire du 8 décembre 2005 donnait comme exemple de CPV les réductions de prix accordées en contrepartie de services rendus par l'acheteur et non détachables de l'opération d'achat-vente, comme les services de logistiques lors de la livraison des marchandises. Mais la LME ayant supprimé la référence aux services spécifiques, la définition de 2005 ne devrait plus avoir cours. Assurément, les CPV, qui doivent être distinguées des « *autres obligations* » visées à l'article L. 441-3 III 3° du Code de commerce qui sont rémunérées sous forme de remises ou ristournes, constituent une zone d'ombre décriée par la doctrine.

B - La convention

La loi du 4 août 2008 LME a imposé la rédaction d'une convention annuelle formalisant les relations de distribution et établie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application (« *Plan d'affaires* » ou « *convention globale* »). La violation de cette obligation est punie d'une amende administrative très lourde (75 000 euros pour une personne physique et 375 000 euros pour une personne morale selon l'article L. 441-3).

Aux termes de l'article [L. 441-3](#) du Code de commerce, tel que réécrit par l'ordonnance du 24 avril 2019 (modifié par la loi du 7 décembre 2020 puis par la loi du 30 mars 2023 dite Egalim 3) :

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

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

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

II.- Sans préjudice des articles L. 442-1 à L. 442-3, tout avenant à la convention mentionnée au I fait l'objet d'un écrit qui mentionne l'élément nouveau le justifiant.

III.- La convention mentionnée au I fixe, aux fins de concourir à la détermination du prix convenu, les obligations suivantes :

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 de ces services ainsi que les produits ou services auxquels ils 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 et les modalités d'exécution, ainsi que la rémunération ou la réduction de prix globale afférente à l'ensemble de ces obligations.

4° L'objet, la date, les modalités d'exécution, la rémunération et les produits auxquels il se rapporte de tout service ou obligation relevant d'un accord conclu avec une entité juridique située en dehors du territoire français, avec laquelle le distributeur est directement ou indirectement lié. »

Cette convention unique ou le contrat-cadre annuel est conclu avant le 1^{er} mars ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation des produits ou des services soumis à un cycle de commercialisation particulier.

La convention écrite est conclue pour une durée d'un an, de deux ans ou de trois ans, au plus tard le 1er mars de l'année pendant laquelle elle prend effet ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation des produits ou des services soumis à un cycle de commercialisation particulier. Lorsqu'elle est conclue pour une durée de deux ou de trois ans, elle doit fixer les modalités selon lesquelles le prix convenu est révisé. Ces modalités peuvent prévoir la prise en compte d'un ou de plusieurs indices publics reflétant l'évolution du prix des facteurs de production.

Les services propres à la commercialisation des produits ou services du fournisseur, à l'occasion de leur revente, et ne relevant pas des obligations d'achat et de vente (2°) concernent les opérations de promotion et de publicité sur les lieux de vente. La catégorie intègre en particulier les Nouveaux instruments promotionnels (NIP) par lesquels un distributeur accorde un avantage aux acheteurs d'une marque d'un fournisseur moyennant rémunération de celui-ci.

Exemple

Crédit, attaché à l'achat d'un produit, et imputé sur le compte fidélité du client, pour autant qu'il ait ouvert un tel compte.

La CEPC les a expressément visés dans son avis n° 10-10 :

le terme **NIP** « renvoie à des pratiques promotionnelles diverses qui ont en commun de substituer à des supports physiques, tels des lots de produits attachés ensembles, des supports immatériels, à l'origine de lots virtuels. Les avantages attribués aux consommateurs peuvent être immédiats ou différés, voire faire appel à des phénomènes de cagnottage. Ils sont soit attachés à un produit, soit associés à n'importe quel produit, selon le choix du consommateur. Quelle que soit la formule utilisée, le financement est en dernier recours assuré par les fournisseurs. Les NIP sont parfois traités comme des opérations classiques de coopération commerciale (article L. 441-7 2°). Ils doivent alors être intégrés dans la convention écrite définie par ce même article. Dans ce cas, ils sont facturés par le distributeur, en sa qualité de prestataire et supportent la TVA au taux prévu par les services ».

Sans remettre en cause la classification des 1°, 2° et 3°, la loi du 17 mars 2014 a consacré les NIP à l'article L. 441-4 VII (ancien art. L. 441-7 7°) :

« Les conditions dans 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 le cadre de contrats de mandat confiés au distributeur ou prestataire de services ; conclu et exécuté conformément aux articles 1984 et suivants 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. »

La loi de 2014 exige davantage de précision que par le passé, notamment en matière tarifaire. Ainsi, les conditions de l'opération de vente visées au 1° comprennent dorénavant les réductions de prix tandis que les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale envisagées au 3° doivent maintenant prévoir la rémunération ou la réduction de prix globale afférente à ces obligations.

Les négociations se déroulent dans le respect des articles L. 442-1 et L. 442-2 relatifs aux pratiques restrictives de concurrence et notamment du déséquilibre significatif.

La loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi Macron, du 6 août 2015, a introduit des dispositions particulières relatives à la convention devant être signée entre un fournisseur et un grossiste, c'est-à-dire une personne 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 » (art. L. 441-4 II du Code de commerce). Les centrales d'achats ou de référencement de grossistes sont considérées comme des grossistes, mais pas les entreprises ou les groupes de personnes physiques ou morales exploitant, directement ou indirectement, un ou plusieurs magasins de commerce de détail ou intervenant dans le secteur de la distribution comme centrale d'achat ou de référencement pour des entreprises de commerce de détail. une convention écrite doit être signée entre les fournisseurs et les grossistes (art. L. 441-3-1).

Remarque

Calendrier anticipé des négociations :

La Loi n° [2023-1041](#) du 17 novembre 2023 portant mesures d'urgence pour lutter contre l'inflation concernant les produits de grande consommation a avancé au mois de janvier 2024 la date butoir des négociations commerciales entre les industriels et les supermarchés. L'objectif est de faire baisser les prix en rayons pour les consommateurs et ainsi de contribuer à combattre l'inflation alimentaire. En effet, selon les prévisions de l'Institut national de la statistique et des études économiques (Insee), une baisse des prix de gros était annoncée en 2024 pour de nombreux produits de grande consommation. En conséquence, les prix de vente en rayons devaient également diminuer. Pour faire bénéficier les consommateurs au plus tôt – dès janvier 2024 au lieu du mois de mars 2024 – de ces nouveaux prix de vente, la loi a donc avancé le cycle annuel des négociations commerciales entre industriels et supermarchés (selon leur taille) sur les produits de grande consommation de quelques semaines. Elle fixe une date butoir :

- au 15 janvier 2024 pour les industriels petites et moyennes entreprises ou de taille intermédiaire (chiffre d'affaires inférieur à 350 millions d'euros) avec une prise d'effet de l'accord au 16 janvier ;
- au 31 janvier 2024 pour les grands industriels (chiffre d'affaires égal ou supérieur à 350 millions d'euros) avec une prise d'effet de l'accord au 1^{er} février.

C - Les délais de paiement

La directive n° 2000/35/CE du 29 juin 2000 sur la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales s'est assignée comme objectif de réduire les délais de paiement en Europe à 30 jours. La loi LME du 4 août 2008 a fait un pas dans ce sens. Certes, la loi NRE avait partiellement transposé la directive en prévoyant un délai légal de paiement à 30 jours assorti de pénalités de retard ne pouvant être inférieures à 1,5 fois le taux d'intérêt légal, sauf accord contraire des parties. Seul le paiement de certains produits alimentaires ou périssables devait avoir lieu dans des délais réglementés prévus à l'art. [L. 443-1](#). Or, on a constaté que le délai de paiement moyen de la grande distribution est de 120 jours et que les créances clients représentent 25 % en moyenne du bilan des PME françaises. La CEPC avait ainsi relevé dans son avis n° 05-01 sur les délais de paiements et leur application « *l'existence, dans un certain nombre de secteurs d'activités, de crédits interentreprises de durées anormalement élevées au regard des spécificités des secteurs en cause, en raison d'écarts entre crédits clients et crédits fournisseurs par rapport à la durée des cycles d'exploitation dans les secteurs concernés, ce dont il résulte un alourdissement des besoins en fonds de roulement des entreprises qui en sont victimes, le plus souvent, celles ne disposant que d'un faible pouvoir de négociation* ».

Depuis, la nouvelle directive n° 2011/7 du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales a été transposée à l'article 121 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 portant simplification du droit et allègement des démarches administratives. Dans le sens d'un plus grande intelligibilité, l'ordonnance de 2019 a regroupé toutes les dispositions relatives aux délais de paiement dans une nouvelle sous-section aux articles [L. 441-10](#) à [L. 441-16](#). Des dispositions générales sont complétées par des textes exposant des dérogations relatives aux denrées périssables, au transport, aux accords dérogatoires, à l'export et à l'Outre-mer (art. [L. 441-11](#), [L. 441-12](#) et [L. 441-13](#)).

1. Fixation des délais de paiement

L'article [L. 441-10](#) I précise les règles de fixation des délais de paiement. Il est ainsi prévu que :
« *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 convenu entre les parties pour régler les sommes dues ne peut dépasser soixante jours après la date d'émission de la facture.

Par dérogation, un délai maximal de quarante-cinq jours fin de mois après 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.

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. »

Le principe est donc que le paiement doit intervenir dans 60 jours à compter de la date d'émission de la facture. La dérogation au plafond de 60 jours (45 jours fin de mois à compter de l'émission de la facture) n'est admise que si elle a été expressément stipulée par contrat et si elle ne constitue pas un abus manifeste du créancier. Elle se rapproche ainsi des prescriptions européennes (art. 3 § 5 de la directive).

Des règles spécifiques existent selon des secteurs répertoriés à l'article L. 441-11.

2. Pénalités de retard et sanctions

Les pénalités de retard ont été renforcées lors de la LME afin d'accroître leur caractère dissuasif : elles passent de 1,5 à 3 fois le taux d'intérêt légal au cas où les parties n'ont rien prévu : *" Sauf disposition contraire qui ne peut toutefois fixer un taux inférieur à trois fois le taux d'intérêt légal, ce taux est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 10 points de pourcentage "*(art. L. 441-10 II). La loi du 22 mars 2012 précise dorénavant que le taux applicable pendant le premier semestre de l'année concernée sera le taux de la BCE en vigueur au 1^{er} janvier de l'année en question et, pour le second semestre, celui en vigueur au 1^{er} juillet. Selon la directive n° 2011/7 du 16 février 2011, *« toute clause contractuelle ou pratique excluant le versement d'intérêts pour retard de paiement est considérée comme manifestation abusive »* (art. 7-2). On sait cependant que les fournisseurs appliquent rarement ces pénalités de retard...

Le régime de sanction est complété utilement par la loi Pinel du 18 juin 2014. La loi Hamon avait en effet relevé le montant de l'amende désormais administrative à 75 000 euros pour les personnes physiques et 375 000 euros pour les personnes morales, uniquement pour non respect du plafond fixé par la loi pour les délais de paiement conventionnels et les modalités de calcul des délais de paiement convenues entre les parties. Le dispositif de sanctions pénales pour les autres infractions était resté en revanche inchangé. La loi Pinel a harmonisé l'arsenal en fixant l'amende administrative pour l'ensemble des infractions relatives aux délais de paiement. L'article L. 441-16 dispose ainsi :

« Est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 75 000 € pour une personne physique et deux millions d'euros pour une personne morale, le fait de :

a) Ne pas respecter les délais de paiement prévus au I de l'article L. 441-10, aux 1°, 2°, 3°, b du 4°, 5°, a et b du 6°, 7°, 8°, 9° et a et b du 10° du II de l'article L. 441-11, à l'article L. 441-12 et à l'article L. 441-13 ;

b) Ne pas indiquer, dans les conditions de règlement fixées au I de l'article L. 441-1, les mentions prévues au II de l'article L. 441-10 ;

c) Fixer un taux ou des conditions d'exigibilité des pénalités de retard non conformes aux prescriptions du II de l'article L. 441-10 ;

d) Ne pas respecter les modalités de computation des délais de paiement convenues entre les parties conformément aux deuxième, troisième et quatrième alinéas du I de l'article L. 441-10.

Sous les mêmes sanctions, sont interdites toutes clauses ou pratiques ayant pour effet de retarder abusivement le point de départ des délais de paiement mentionnés au présent article. »

La réitération du manquement dans les 2 ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive, est lourdement sanctionnée puisque le maximum de l'amende encourue est alors porté à 150 000 € pour une personne physique et quatre millions d'euros pour une personne morale.

Section 2 : Les pratiques restrictives de concurrence en droit français

Les pratiques restrictives de concurrence, catégorie de pratiques commerciales déloyales entre entreprises, particularité française, sont appréhendées dans le Code de commerce aux articles L. 442-1 et suivants. Est ainsi prohibé le fait de fixer un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale sous peine d'une amende de 15 000 euros (art. [L. 442-6](#)) avec une exception notable pour le prix des livres. L. n° 81-766 du 10 août 1981 – dite Loi Lang, art. 1^{er} : « *Toute personne physique ou morale qui édite ou importe des livres est tenue de fixer, pour les livres qu'elle édite ou importe, un prix de vente au public* ». Le détaillant ne peut accorder de remise supérieure à 5 % sauf exceptions. Le prix du livre numérique suit un régime similaire (V. [L. n° 2011-590 du 26 mai 2011](#) relative au prix du livre numérique).

Nous nous arrêterons sur deux dispositions : l'interdiction de la revente à perte (§ 1) et les prescriptions de l'article L. 442-2 (§ 2).

§ 1 : L'interdiction de la revente à perte

Avant l'introduction de l'interdiction de la revente à perte par la loi du 2 juillet 1963, les distributeurs se livraient volontiers à ce que l'on appelait une « *guerre des prix* ». Voulant attirer le chaland, certains pratiquaient des « *prix d'appel* », c'est-à-dire ne vendaient ni plus ni moins qu'à perte certains produits.

Remarque

La pratique est loin d'être nouvelle. Zola la dépeint en 1882/1883 dans *Au bonheur des dames* qui préfigure peut-être le premier ouvrage de distribution !

Parlant du prix de vente d'une pièce de soie, Bourdoncle s'oppose à Mouret : « *si nous la donnons à cinq francs soixante, c'est comme si nous la donnions à perte, puisqu'il faudra prélever nos frais qui sont considérables... On la vendrait partout à 7 francs* ». Mouret lui rétorque « *mais je le sais, et c'est pourquoi je désire en faire cadeau à nos clientes... En vérité mon cher, vous n'aurez jamais le sens de la femme. Comprenez donc qu'elles vont se l'arracher, cette soie !* ». Bourdoncle reste perplexe : « *sans doute, (...) et plus elles vont se l'arracher, plus nous perdrons* ». Le pauvre n'a vraiment rien compris et Mouret lui donne alors une leçon de commerce : « *nous perdrons quelques centimes sur l'article, je veux bien. Après ? le beau malheur, si nous attirons toutes les femmes et si nous les tenons à notre merci, séduites, affolées devant l'entassement de nos marchandises, vidant leur porte-monnaie sans compter ! Le tout, mon cher, est de les allumer, et il faut pour cela un article qui flatte, qui fasse époque. Ensuite, vous pouvez vendre les autres articles aussi cher qu'ailleurs, elles croient les payer chez vous meilleur marché. Par exemple, notre Cuir-d'Or, ce taffetas à 7 francs 50, qui se vend partout à ce prix, va passer également pour une occasion extraordinaire, et suffira à combler la perte du Paris-Bonheur... Vous verrez, vous verrez !* ».

Cette pratique des prix d'appel, qui avait pour dessein de capter la clientèle, était dénoncée par les fournisseurs. En effet, les distributeurs concurrents s'estimaient victimes de pratiques discriminatoires et ne manquaient pas alors de demander aux fournisseurs des produits en cause de revoir leur prix de vente afin de s'aligner sur le prix plus bas proposés par leur concurrent. En prohibant la revente à perte et en jouant sur la transparence de la facture et des conditions générales de vente, le législateur a répondu aux doléances des fournisseurs et a donc pas forcément mis fin mais plutôt limité cette pratique des « *prix d'appel* ». Il était désormais interdit de revendre un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif, sachant que celui-ci était présumé être le prix porté sur la facture.

Le régime de prohibition n'a cessé de se complexifier (ord. 1^{er} décembre 1986 – Loi Galland du 1^{er} juillet 1996 – Loi du 2 août 2005) jusqu'à la loi Chatel du 3 janvier 2008 en faveur des consommateurs.

L'article L 442-5 dispose dorénavant :

« I.- 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. »

Désormais, le seuil devient un prix trois fois net. Il peut intégrer les réductions de prix sur facture ou hors facture mais aussi tous les avantages financiers, en pourcentage du prix unitaire net, et par conséquent, tous les services de coopération commerciale et les services correspondant à ce qu'on appelait des accords de services « distincts » de ces opérations d'achat vente.

Il y a un régime particulier pour les grossistes qui distribuent des produits ou service 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. Ils peuvent affecter d'un coefficient de 0,9 le prix d'achat effectif. Cela peut permettre en fait aux petits commerçants de mettre en avant des produits d'appel, même à perte.

Des exceptions à l'interdiction sont également posées à l'article [L. 442-5 II](#) du Code de commerce (liquidation et produits soldés, produits à caractère saisonnier, périssables, démodés, baisse due à des réapprovisionnement, alignement sur les prix de la concurrence).

La possibilité d'intégrer des avantages assortis d'une condition suspensive relève de la responsabilité du distributeur. L'approche est délicate en pratique. D'un côté, face au risque pénal de revendre à perte si la condition suspensive n'est pas réalisée, les distributeurs ont intérêt à ne pas incorporer de tels avantages, s'ils ne sont pas certains de les obtenir dans la mesure où la loi pénale est d'interprétation stricte. D'un autre côté, s'ils sont sûrs de les obtenir, le risque est qu'ils se voient contester le caractère suspensif dudit avantage qui devrait, si la condition suspensive est réalisée, être porté sur la facture, à peine de violation de l'article [L. 441-9](#) du Code de commerce.

En savoir plus : Expertise

- [Rapport du Groupe d'experts constitué sur les rapports entre Industrie et Commerce de 2004 \(Rapport Canivet\).](#)
- [Cons. const., avis n° 04-A-18 du 18 octobre 2004 relatif à une demande d'avis présentée par l'Union Fédérale des Consommateurs \(UFC-Que Choisir\) relative aux conditions de la concurrence dans le secteur de la grande distribution non spécialisée.](#)

§ 2 : Les pratiques visées à l'article L. 442-1 du Code de commerce

Dans un style assez lourd, l'article L. 442-2 (ancien L. 442-6 I) du Code de commerce dispose qu' : « 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 une services ... ». Pour le juge constitutionnel, « en définissant ... "l'auteur" passible de ces sanctions pécuniaires comme étant "tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au registre des métiers" (formule avant 2019), le législateur se réfère à des activités économiques, quelles que soient les formes juridiques sous lesquelles elles s'exercent » (Cons. const., déc. n° [2016-542](#) QPC, 18 mai 2016, Société ITM Alimentaire. V. L. Arcelin, « L'adaptabilité du principe de personnalité des peines aux sanctions administratives du droit économique », AJCA 2016, p. 338). La Cour de cassation avait déjà jugé que « les dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce, qui visent tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, auteur des pratiques restrictives énoncées par ce texte, s'appliquent à toute entreprise, indépendamment du statut juridique de celle-ci, et sans

considération de la personne qui l'exploite » (Cass. com., 21 janv. 2014, n° [12-29166](#), Bull. civ., IV, n° 11 ; JCP E 2014, 1124, note L. Arcelin). Il en résulte que l'amende civile prévue à l'article L. 442-4 I peut être infligée à la personne ayant repris l'activité au cours de laquelle la pratique restrictive a été commise.

L'ordonnance de 2019 a largement allégé l'ancienne disposition. Pour preuve, comparons les textes anciens de l'art. L. 442-6 aux nouveaux articles L. 442-1 et L. 442-2.

L'article L. 442-6 I du Code de commerce envisageait 13 cas de responsabilité :

« 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 :

1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu. Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat. Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires, en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients ou en une demande supplémentaire, en cours d'exécution du contrat, visant à maintenir ou accroître abusivement ses marges ou sa rentabilité ;

2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ;

3° 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 ;

4° 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 ;

5° 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. A 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 ;

6° 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 ;

7° (Abrogé) ;

8° De procéder au refus ou retour de marchandises ou de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondant au non-respect d'une date de livraison ou à la non-conformité des marchandises, lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant ;

9° De ne pas communiquer ses conditions générales de vente, dans les conditions prévues à l'article , à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour l'exercice d'une activité professionnelle ;

10° De refuser de mentionner sur l'étiquetage d'un produit vendu sous marque de distributeur le nom et l'adresse du fabricant si celui-ci en a fait la demande conformément à l'article du présent code ;

12° De passer, de régler ou de facturer une commande de produits ou de prestations de services à un prix différent du prix convenu résultant de l'application du barème des prix unitaires mentionné dans les conditions générales de vente, lorsque celles-ci ont été acceptées sans négociation par l'acheteur, ou du prix convenu à l'issue de la négociation commerciale faisant l'objet de la convention prévue à l'article L. 441-7, modifiée le cas échéant par avenant, ou de la renégociation prévue à l'article L. 441-8;

13° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des pénalités pour retard de livraison en cas de force majeure. »

A la suite, l'article L. 442-6 II sanctionnait de la nullité des contrats ou des clauses prévoyant la possibilité :

« 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 ;

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 postcontractuelle, 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. »

Cet article a été maintes fois remanié, chaque réforme l'agrémentant d'une nouvelle prohibition. En résulte une disposition « fourre-tout » dont la cohérence n'est pas le maître mot. L'ordonnance de 2019 a allégé le droit. Dorénavant, deux dispositions phare subsistent, auxquelles la loi du 18 octobre 2021 visant à protéger la rémunération des agriculteurs a malgré tout rajouté deux pratiques interdites (art. L. 442-1 I 3° et 4°) :

L'article L. 442-1 prévoit que :

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

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

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 ;

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

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

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

II.- Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels, et, pour la détermination du prix applicable durant sa durée, des conditions économiques du marché sur lequel opèrent les parties.

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. »

La loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière n° [2020-1508](#) du 3 décembre 2020 (dite loi DDADUE) a introduit un III visant à adapter le droit français au Règlement P2B (L. Arcelin, Adaptation du Règlement P2B : les errements de la loi DDADUE : concurrences 1/2021) :

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

Toute clause ou pratique non expressément visée par ledit règlement est régie par les autres dispositions du présent titre. »

L'article suivant, L. 442-2, dispose lui 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 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 ».

L'article [L. 442-3](#) déclare nuls les clauses ou contrats qui accordent rétroactivement des remises, des ristournes ou des accords de coopération commerciale ; ou qui prévoient automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant.

Ces pratiques restrictives interviennent pendant (A) et lors de la rupture de la relation (B).

Les litiges relatifs à cet article - sur le fond comme en référé (CA Paris, 5 juin 2014, RG n° 13/19047 : AJCA 2014, p. 293, obs. J.-D. Bretzner) – relèvent de juridictions spécialisées visées aux articles D. 442-3 et D. 442-4 (Marseille, Bordeaux, Tourcoing, Fort-de-France, Lyon, Nancy, Paris, Rennes) et sur recours à la Cour d'appel de Paris. Attention, seuls les recours formés contre les décisions de première instance rendues par les juridictions spécialisées, fut-ce à titre subsidiaire (Cass. com., 31 mars 2021, n° [19-14-094](#) et Cass. com., 12 mai 2021, n° [19-22707](#) : *Contrats, conc. consom.* 2021, comm. n° 118, obs. N. Mathey) sont portés devant la Cour de Paris.

La Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence retentissant le 18 octobre 2023. Alors qu'auparavant, la saisine d'une juridiction non spécialisée était sanctionnée par une fin de non recevoir pouvant être invoquée à tout moment de la procédure et relevée d'office (Cass. com., 29 mars 2017, n° [15-17659](#), n° [15-24241](#) et n° [15-15337](#) : *Contrats, conc., consom.* 2017, comm. n° 98, note N. Mathey - Cass. com., 17 janv. 2018, n° [17-10360](#) - 21 mars 2018, n° [16-28412](#)), la Chambre commerciale a décidé qu'il convenait « de juger désormais que la règle découlant de l'application combinée des articles L. 442-6, III, devenu L. 442-4, III, et D. 442-3, devenu D. 442-2, du code de commerce, désignant les seules juridictions indiquées par ce dernier texte pour connaître de l'application des dispositions du I et du II de l'article L. 442-6 précité, devenues l'article L. 442-1, institue une règle de compétence d'attribution exclusive et non une fin de non-recevoir » (Cass. com., 18 octobre 2023, n° [21-15.378](#) : *D.* 2023, p. 2298, note R. Amaro ; *Contrats, conc. consom.* 2023, comm. n° 192, obs. D. Bosco ; *RTD com.* 2024, p. 61, note M. Chagny). Il en résulte que la juridiction saisie peut statuer si son incompétence n'est pas soulevée par les parties. Poursuivant son raisonnement, la Cour de cassation a

jugé que la désignation de la cour d'appel de Paris seule compétente pour connaître des décisions rendus par les juridictions spécialisées est une règle de compétence d'attribution exclusive et non une fin de non recevoir (Cass. com., 29 janvier 2025, n° [23-15.842](#) : Contrats, conc. consom. 2025, comm. n° 41, obs. N. Mathey).

Par ailleurs, le Ministre de l'Économie dispose d'une action autonome lui permettant, notamment, de faire cesser les pratiques abusives appréhendées par le texte (C).

Remarque

A noter que les dispositions de l'article L. 442-6 I 1°, 2° et II d) ancien sont des lois de police. La Cour de cassation a ainsi jugé très clairement : "Après avoir relevé que le régime spécifique commun aux délits civils prévus par l'article L. 442-6 du code de commerce se caractérise par l'intervention, prévue au III de cet article, du ministre chargé de l'économie pour la défense de l'ordre public, et souligné que les instruments juridiques dont celui-ci dispose, notamment pour demander le prononcé de sanctions civiles, illustrent l'importance que les pouvoirs publics accordent à ces dispositions, la cour d'appel a exactement retenu que l'article L. 442-6, I, 2° et II, d) du Code de commerce prévoit des dispositions impératives dont le respect est jugé crucial pour la préservation d'une certaine égalité des armes et loyauté entre partenaires économiques et qui s'avèrent donc indispensables pour l'organisation économique et sociale de la France, ce dont elle a déduit, à bon droit, qu'elles constituent des lois de police dont l'application, conformément tant à l'article 9 du règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles qu'à l'article 16 du règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, s'impose au juge saisi, sans qu'il soit besoin de rechercher la règle de conflit de lois conduisant à la détermination de la loi applicable" (Cass. com., 8 juill. 2020, n° [17-31536](#)). La Cour d'appel de Paris a toutefois jugé que l'article L. 442-6 I 5° (ancien) n'était pas lui une loi de Police (CA Paris, 11 mars 2021, n° 18/03112).

A - Les pratiques pendant la relation

L'accent doit être mis sur les deux mesures de l'article L. 442-2 I : l'obtention ou la tentative d'obtention d'un avantage indu (1°) et le déséquilibre significatif (2°).

1. L'obtention ou la tentative d'obtention d'un avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu

Selon l'article L. 442-1 1° du Code de commerce, « 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 ».

La Cour de cassation a refusé de transmettre une QPC relative à cet article au Conseil constitutionnel dans la mesure où les termes de ce texte définissent de manière claire, précise et sans ambiguïté le comportement qu'ils visent, ces termes ayant en outre, déjà fait l'objet d'une jurisprudence des juges du fond cohérente et nombreuse et incluant un élément moral de l'infraction (Cass. com., 15 fév. 2011, n° [10-21551](#)).

L'action en répétition de l'indu « suppose seulement la constatation d'un avantage indu reçu par le distributeur du fournisseur ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu par le distributeur au fournisseur ou manifestement disproportionné au regard du service rendu ». Le premier cas est relativement

simple en ce qu'il vise la fausse coopération commerciale. Le second est plus délicat à apprécier puisqu'il fait appel à une appréciation du caractère proportionné de l'avantage par rapport au service.

Exemple

Il peut s'agir par exemple de la mise à disposition d'intérimaires au service du distributeur chargés de faire un inventaire des marchandises vendues par lui (Cass. com., 18 oct. 2011, n° [10-15296](#)) ou encore de rémunérations disproportionnées dans le cadre de l'organisation d'un salon visant à promouvoir les produits des fournisseurs référencés auprès des adhérents de la centrale d'achats (Trib. com. Compiègne, 26 fév. 2013, RG 2008/00492).

Comme l'exige le texte, c'est le caractère « *manifestement* » disproportionné qui est condamnable ; une divergence relative n'entre pas en ligne de compte.

Pour apprécier le caractère manifestement disproportionné de la rémunération d'un service, il convient de prendre en compte la valeur du service et pas simplement les résultats commerciaux concrètement obtenus par le fournisseur suite aux opérations de promotion des ventes mises en place (CA Rennes, 20 janv. 2009, JurisData n° 2009-005294).

Exemple

La Cour de cassation a ainsi posé le principe au visa de l'ancien article L. 442-6 I 2 a) :

« attendu que si la faiblesse du chiffre d'affaires réalisé par le distributeur sur le ou les produits concernés par une action de coopération commerciale pendant la période de référence au regard de l'avantage qui lui a été consenti ou l'absence de progression significative des ventes pendant cette période de référence peuvent constituer des éléments d'appréciation de l'éventuelle disproportion manifeste entre ces deux éléments, elles ne peuvent à elles seules constituer la preuve de cette disproportion manifeste, les distributeurs qui concluent des accords de coopération commerciale n'étant pas tenus à une obligation de résultat » (Cass. com., 27 avr. 2011, n° [10-13.690](#)).

Le fait pour une centrale d'achat de faire souscrire à ses fournisseurs un « *contrat de partenariat* » ayant pour objet la fourniture à ces derniers de statistiques de vente, dès lors notamment que les tableaux se bornaient à reprendre des données très générales ou étaient difficilement exploitables et que les prix pratiqués pour la rémunération de ces services étaient complètement disproportionnés par rapport au prix de revient de ces services : CA Paris, 2 fév. 2012, RG n° 09/22350).

La restitution de l'indu porte sur les sommes indûment versées et non pas l'intégralité des montants des clauses litigieuses.

Exemple

La Cour de cassation a ainsi cassé un arrêt d'appel au visa de l'article L. 442-6 III et des articles [1235](#) et [1376](#) du Code civil : *« pour condamner la société Carrefour hypermarchés à restituer aux fournisseurs l'intégralité des sommes versées au titre des clauses de rémunération annulées, l'arrêt retient que la réparation du trouble passe par la restitution aux fournisseurs des sommes indûment versées ; Attendu qu'en statuant ainsi, après avoir constaté que seules les sommes versées au titre du service « communication d'un plan d'implantation des produits par type de magasin » ne correspondaient à aucun service commercial rendu, cependant que les sommes facturées en contrepartie des services « plan d'action par famille de produits » et « plan de développement des performances du fournisseur » étaient manifestement disproportionnées par rapport à la valeur du service rendu, ce dont il résultait que s'agissant de ces derniers, seules devaient être remboursées les sommes excédant la valeur réelle des services dont l'arrêt constatait qu'ils avaient été effectivement rendus, fussent-ils sans proportion avec la valeur réelle de ces services, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et violé les textes susvisés »* (Cass. com., 10 sept. 2013, n° [12-21804](#)).

On peut se demander au final si le juge ne vient pas apprécier la fixation du prix et son adéquation à la valeur du bien dont il est l'objet.

Exemple

La question se pose effectivement à la lecture d'un arrêt de 2023 dans lequel la Cour de cassation retient que « pour rejeter les demandes du ministre chargé de l'économie, l'arrêt retient que lorsque le prix n'a pas fait l'objet d'une libre négociation, son contrôle judiciaire ne s'effectue pas en dehors d'un déséquilibre significatif, au sens de l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce et en déduit que les dispositions de l'article L. 442-6, I, 1°, du même code ne s'appliquent pas à la réduction de prix obtenue d'un partenaire commercial.

10. En statuant ainsi, alors que l'application de l'article L. 442-6, I, 1°, du code de commerce exige seulement que soit constatée l'obtention d'un avantage quelconque ou la tentative d'obtention d'un tel avantage ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu, quelle que soit la nature de cet avantage, la cour d'appel a violé l'article L. 442-6, I, du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 résultant de la loi n° 2010-874 du 27 juillet 2010 ». La jurisprudence plus récente apparaît plus prudente. La Cour d'appel de Paris a ainsi jugé que l'article L. 442-1 I 1° n'a « pas pour objet de permettre un contrôle judiciaire de la fixation des prix et de la stricte adéquation entre un prix de cession et la valeur du bien qui en est l'objet » (CA Paris, 3 juillet 2024, n° 22/14428), tandis que la Cour de cassation a elle-même reconnu en 2025 que l'avantage sans contrepartie ne concerne que les obligations d'achat et de vente consenties par le fournisseur au distributeur (Cass. com., 25 juin 2025, n° [24-10.440](#) : Contrats, conc. consom. 2025, n° 115, obs. N. Mathey).

2. Le déséquilibre significatif

Engage sa responsabilité l'entreprise et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait :

« 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. »

Ce texte, introduit par la LME, remplace une autre disposition qui appréhendait l'abus d'une relation de dépendance économique liée à la puissance d'achat ou de vente d'un partenaire. Cette dernière aurait pu être d'une grande utilité si la notion de dépendance économique avait été entendue plus largement (v. Cass. com., 25 juin 2013, n° [12-21850](#)), différemment en tout cas de la même notion applicable en droit des pratiques anticoncurrentielles (art. [L. 420-2 alinéa 2](#) du Code de commerce). Quoiqu'il en soit, la LME supprimant l'interdiction des discriminations tarifaires cherchait à faire contrepois à la puissance de négociation dont dispose en particulier la grande distribution et a donc créé cette sanction du déséquilibre significatif. Pour preuve de la rupture avec l'ancien texte, la soumission à un déséquilibre significatif n'implique pas la preuve d'un abus de puissance économique (Cass. com., 24 avril 2017, n° [15-27865](#)).

Le Conseil constitutionnel, saisi d'une QPC, a décidé que le comportement visé par le nouveau texte est défini en des termes suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits et des peines (Cons. const., déc. 13 janv. 2011, n° 2010-85-QPC : *Contrats, conc., consom.* 2011, étude n° 5, J.-L. Fourgoux, comm. n° 62, obs. N. Mathey, comm. n° 63, obs. M. Malaurie-Vignal ; *JCP G* 2011, 274, note D. Mainguy ; *D.* 2011, p. 415, note Y. Picod, p. 392, chron. M. Chagny et p. 450, pan. D. Ferrier). Le Conseil constate en effet que la notion de déséquilibre significatif n'est pas inconnue puisqu'elle est appliquée en droit de la consommation, à l'article L. 212-1 du Code de la consommation relatif aux clauses abusives, et a déjà suscité une large jurisprudence. Qui plus est, la CEPC pourrait le cas échéant être saisie pour éclaircir la notion.

Le Ministre de l'Économie a véritablement initié cette nouvelle responsabilité en introduisant 9 actions à l'automne 2009 (« *assignments Novelli* »). L'examen des clauses litigieuses conduit les rédacteurs des contrats d'affaires à faire preuve de vigilance.

a) Soumission ou tentative de soumission de l'autre partie

Le texte vise le fait de « soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie ».

D'une part, la nouvelle rédaction substitue au « *partenaire commercial* » la notion d'autre partie. Dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, l'article L. 442-6 I 2°

disposait qu'« engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé, le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

Exemple

La Cour de cassation a précisé que « au sens de ce texte, le partenaire commercial est la partie avec laquelle l'autre partie s'engage, ou s'apprête à s'engager, dans une relation commerciale » (Cass. com., 15 janv. 2020, n° 18-10512). Elle est ainsi venue mettre un terme à une jurisprudence restrictive des juges du fond. Dans l'affaire en cause, pour rejeter la demande du ministre de l'économie dirigée contre une société informatique, l'arrêt, après avoir relevé que les deux alinéas de ce texte mentionnent la notion de « partenaire commercial » et énoncé qu'un partenaire se définit comme le professionnel avec lequel une entreprise commerciale entretient des relations commerciales pour conduire une activité quelconque, ce qui suppose une volonté commune et réciproque d'effectuer de concert des actes ensemble dans des activités de production, de distribution ou de services, par opposition à la notion plus large d'agent économique ou plus étroite de cocontractant, retient que les contrats de mise à disposition de site Internet conclus entre la société Cometik et ses clients sont des contrats de location ayant pour objet des opérations ponctuelles à objet et durée limités, de cinq ans, ne générant aucun courant d'affaires stable et continu et n'impliquant aucune volonté commune et réciproque d'effectuer, de concert, des actes ensemble dans des activités de production, de distribution ou de services. Pour la Cour de cassation, « en statuant ainsi, en ajoutant à la loi des conditions qu'elle ne comporte pas, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

D'autre part, la soumission s'appréhende comme le fait de ne pouvoir négocier le contrat. Dans le contexte de la grande distribution (pour lequel le texte avait été pensé), le fait d'insérer des clauses litigieuses dans un document non négocié effectivement par le fournisseur supposé plus faible est analysé comme une soumission (Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11387, à paraître au Bulletin). Le texte n'est plus réservé au seul secteur de la distribution. Par exemple, le contrat Colissimo de la poste qui n'était jamais négocié est déséquilibré en ce qu'il laisse seule La poste établir les preuves du respect des délais de livraison (Cass. com., 11 mai 2022, n° 20-23298). De même, le secteur du numérique est propice aux abus des GAFA et autres géants du net. Sur une action engagée par le Ministre de l'économie, le Tribunal de commerce de Paris, le 2 septembre 2019, a rendu un jugement condamnant Amazon à une amende civile de 4 millions d'euros pour abus contractuels (n° 2017/050625 : Concurrences 2019, note J.-L. Fourgoux ; *Contrats, conc. consom.* 2019, comm. n° 177, obs. N. Mathey). Le Tribunal a commencé par établir la soumission ou tentative de soumission par Amazon des vendeurs tiers en se fondant sur un faisceau d'indices constitué de trois éléments :

- l'absence de négociation des éléments à valeur contractuelle qui est certes consubstantielle à la notion de plateforme ouverte à des milliers de vendeurs tiers « en raison de la nécessaire automatisation, de la nécessité d'offrir aux consommateurs des modalités ... identiques pour toutes les produits, quel que soit le vendeur... » ;
- la puissance d'Amazon dans l'absolu, sur le marché de la vente en ligne (les points de vente physique ne pouvant offrir une alternative...) ainsi qu'en égard aux vendeurs tiers et autres places de marchés de taille bien plus modeste (son challenger en France réalisant 3 fois moins de chiffre d'affaires) ;
- le caractère en pratique relativement incontournable pour les petits vendeurs tiers de la plateforme en s'appuyant sur un article publié dans lequel le Vice-Président e l'Autorité de la concurrence détaillait l'effet « boule de neige » des réseaux.

La rédaction de contrat type n'est pas interdite et l'on ne saurait faire de l'existence d'un contrat d'adhésion une condition suffisante de démonstration du déséquilibre significatif. Comme le souligne la CEPC, « proposer des clauses pré-rédigées n'est ... pas interdit dès lors que celles-ci peuvent être modifiées à l'issue d'une réelle négociation entre les parties. Par contre, obtenir la signature d'un contrat pré-rédigé est susceptible de sanction, en application de l'article L. 442-6 dès lors que celui-ci traduirait un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » (avis n° 09-05, 1^{er} janv. 2009). Cette absence de choix résulte de la puissance de l'autre partie et caractérise pour la Cour d'appel la tentative de soumission : cette dernière « ne suppose pas l'exercice de pressions irrésistibles ou de coercition, mais plutôt l'existence d'un rapport de force économique déséquilibré entre les parties dont il se déduit la soumission du partenaire, influencé par de simples suggestions, invitations fermes ou pressions » et compte tenu du caractère « structurellement déséquilibré » du marché de la distribution (CA Paris, 18 sept. 2013, RG n° 12-03177).

Le critère de l'absence de réciprocité des dispositions contractuelles (Cass. com., 3 mars 2015, n° [13-27525](#), à paraître au Bulletin) semble en revanche plus déterminant tandis que l'absence de contrepartie peut être perçue comme un facteur aggravant.

b) Objet de l'abus

L'**abus dans la fixation du prix** peut être apprécié à l'aune de l'article L. 442-1 2° (ancien L. 442-6 I 2°) du Code de commerce. Il y a là une différence majeure avec les articles [L. 212-1](#) du Code de la consommation et [1171](#) du Code civil qui excluent de leur champ d'application le contrôle des clauses abusives portant sur le prix.

Exemple

Comme la Cour de cassation l'a affirmé dans son arrêt Le Galec de 2017, « *dans les rapports noués entre un fournisseur et un distributeur, le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties s'apprécie au regard de la convention écrite prévue par l'article L. 441-7 du code de commerce, laquelle précise les obligations auxquelles se sont engagées les parties et fixe, notamment, les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services, comprenant les réductions de prix, telles qu'elles résultent de la négociation commerciale qui s'opère dans le respect de l'article L. 441-6 de ce code ; qu'ayant constaté que l'annexe 2 des contrats-cadres stipulait que la ristourne litigieuse était prévue au titre des conditions de l'opération de vente, la cour d'appel en a justement déduit que les clauses litigieuses relevaient de l'article L. 442-6, I, 2° du même code ; Et attendu, en deuxième lieu, que la similitude des notions de déséquilibre significatif prévues aux articles L. 132-1, devenu L. 212-1, du code de la consommation et L. 442-6, I, 2° du code de commerce, relevée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, n'exclut pas qu'il puisse exister entre elles des différences de régime tenant aux objectifs poursuivis par le législateur dans chacun de ces domaines, en particulier quant à la catégorie des personnes qu'il a entendu protéger et à la nature des contrats concernés ; qu'ainsi, l'article L. 442-6, I, 2° précité, qui figure dans le Livre quatrième du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, et au Chapitre II du Titre IV, dédié aux pratiques restrictives de concurrence, n'exclut pas, contrairement à l'article L. 212-1 du code de la consommation, que le déséquilibre significatif puisse résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu ; qu'en outre, la cour d'appel a exactement retenu que la loi du 4 août 2008, en exigeant une convention écrite qui indique le barème de prix tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, a entendu permettre une comparaison entre le prix arrêté par les parties et le tarif initialement proposé par le fournisseur ; qu'il suit de là 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 » (Cass. com., 25 janvier 2017, Galec, n° [15-23547](#) : AJ Contrat, 2017, p. 132, obs. D. Ferré et R. Pihéry).*

Le Conseil constitutionnel a validé l'analyse dans sa décision n° [2018-749 QPC](#) du 30 novembre 2018, Société Interdis.

Ainsi que le relève Daniel Mainguy (Les frontières de l'équilibre contractuel : in (dir. L. Arcelin) *Les espaces de distribution. Nouveaux enjeux, Nouvelles régulations* : PUR, 2018, p. 31), l'analyse de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce est autonome de l'article L. 212-1 du Code de la consommation et de l'article 1171 du Code civil, sans doute, de sorte que « *que le déséquilibre significatif (peut) résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu* », ce dont il résulte qu'un « *contrôle judiciaire du prix* » est possible « *dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ».

L'étude de la jurisprudence permet de dresser une liste de clauses susceptibles d'aboutir à un déséquilibre significatif. Nous nous contenterons d'en donner quelques illustrations :

- **les clauses de révision de prix** : la Cour d'appel de Paris a rappelé que « *les clauses de révision de prix sont licites et il est contraire aux principes du droit des contrats que l'une des parties puisse unilatéralement et sans négociation modifier les prix convenus* ».

Exemple

Aussi l'abus est-il caractérisé face aux conditions suivantes : « lorsqu'un fournisseur souhaite augmenter ses prix en cours de contrat, en raison de l'augmentation de ses coûts, il doit le négociateur dans des conditions rigides avec le distributeur qui se réserve la possibilité de refuser l'augmentation, voire de revoir les conditions de référencement des produits concernés. En revanche, le fournisseur s'oblige, sans qu'aucune discussion ne soit prévue et sans même qu'une demande de la société ... soit nécessaire à ce titre, à baisser ses tarifs, lorsqu'un ou plusieurs éléments concourant à la formation de ceux-ci ont connu une baisse. Le désaccord entre les parties étant, là encore, de nature à permettre à la société ... de revoir les conditions de référencement des produits » (CA Paris, 4 juill. 2013, RG n° 12/07651). Dans le même sens, elle a jugé abusives des clauses de révision de prix prévoyant d'un côté, que toute hausse de prix en cours d'année devait être préalablement notifiée par le fournisseur et acceptée par le distributeur, à défaut de quoi ce dernier pouvait mettre fin à la relation commerciale, et d'un autre côté, qu'en cas d'une baisse des coûts des matières premières, le distributeur se réservait le droit de dénoncer unilatéralement la convention si cette baisse n'était pas répercutée dans les tarifs du fournisseur, contraignant ainsi ce dernier à renégocier les tarifs (CA Paris, 11 sept. 2013, RG n° 11/17941 : D. 2013, p. 893, obs. D. Ferrier ; RTD civ. 2014, p. 114, obs. H. Barbier, conf. par Cass. com., 3 mars 2015, op. cit.).

- **Les clauses relatives aux conditions de règlement** : la clause imposant au fournisseur de payer les prestations effectuées par le distributeur 30 jours à compter de la date d'envoi de la facture, alors que le distributeur paie l'achat des produits de ces mêmes fournisseurs dans des délais plus longs, créent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au détriment du fournisseur. Ce déséquilibre significatif résulte du caractère systématique de cette clause et de l'absence de négociation (CA Paris, 18 déc. 2013, RG n° 12/00150).
- **Les clauses de retour des invendus** :

Exemple

cette clause « met à la charge des fournisseurs une obligation, sans qu'aucune contrepartie ne leur soit accordée. Elle instaure, par là, un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». En outre, « une fois le produit livré et donc devenu la propriété du distributeur, le fournisseur perd toute la maîtrise des conditions de mise en vente et de promotion, alors que c'est sur lui que repose la charge des ventes insuffisantes ». Le défendeur n'apporte pas la preuve que « d'autres avantages auraient permis d'apporter une compensation réelle à la charge de reprise des invendus... Le fait pour une enseigne de la grande distribution, d'inscrire une clause qui instaure un déséquilibre manifeste dans les droits et obligations des parties dans le contrat type qu'elle conclut avec tous ses fournisseurs, donne à cette clause la portée d'un principe auquel ces derniers ne peuvent déroger qu'au terme d'une négociation, ce qui n'est, dans beaucoup de cas, pas à leur portée » (CA Paris, 4 juill. 2013, RG n° 12/07651).

- **Les clauses de versement de ristournes de fin d'année sans contrepartie ou contrepartie réelle** :

Exemple

CA Paris, 1^{er} juillet 2015, RG n° 13/19251, conf. Cass. com., 25 janvier 2017, Galec, n° 15-23547 : JCP G 2017, 255, note M. Béhar-Touchais ; Contrats, conc., consomm. 2017, comm. n° 77, note N. Mathey ; J.-Ch. Grall et G. Mallen, RLC 61/2017, p. 32.

c) Approche concrète et globale

La jurisprudence retient aujourd'hui une approche globale du contrat et non plus une analyse clause par clause de celui-ci :

Exemple

Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27525, Eurochan - Cass. com., 29 septembre 2015, n° 13-25.043.

La Cour de cassation a ainsi clairement énoncé que « L'appréciation du déséquilibre significatif passe par une analyse concrète de l'économie générale du contrat. Un tel déséquilibre ne peut se déduire du seul fait que la clause litigieuse place la partie qui invoque à son profit l'article L. 442-1, I, 2°, du code de commerce dans

une situation moins favorable que celle résultant de l'application de dispositions législatives ou réglementaires supplétives de la volonté des cocontractants » (Cass. com., 26 février 2025, n° [23-20.225](#)).

Remarque

Ce texte est à mettre aujourd'hui en parallèle avec le nouvel article [1171](#) du Code civil issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (en vigueur à partir du 10 octobre 2016). L'article 1171 dispose en effet que « *dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* ». Cette disposition pourrait tout à fait jouer dans les relations fournisseur - distributeur où la puissance de l'un peut conduire à la qualification de contrat d'adhésion. Néanmoins, à la différence de l'article L. 442-6 I 2°, « *l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* » (v. A. Riéra, « Le déséquilibre significatif en droit des pratiques restrictives et en droit des obligations : une notions, deux régimes ? », *RLC* n° 52/2016, p. 19. V. aussi, M. Chagny, « Les relations économiques entre droit commun et droits spéciaux », *JCP* 2018, 1326. - G. Chantepie, « Le déséquilibre significatif entre droit commun et droits spéciaux », *JCP* 2018, p. 1336).

B - La rupture des relations

Engagées dans une relation commerciale, les parties ne sont plus totalement maîtres de son évolution et en particulier de sa cessation. Quels que soient le contrat professionnel ou plus largement la relation commerciale, ses conditions de rupture sont strictement encadrées. Si l'on prend l'exemple de la grande distribution, l'acheteur est certes libre de s'approvisionner mais son refus d'achat s'apparente parfois à un déréférencement, qui peut être abusif (1°) ou brutal (2°), les deux étant bien souvent liés. La rupture de la relation doit donc être contrôlée. Trois remarques préliminaires peuvent être faites.

Tout d'abord, il doit s'agir d'une véritable rupture, délibérée et non imposée par les circonstances (Cass. com., 12 fév. 2013, n° [12-11709](#) : *Contrats, conc. consom.* 2013, comm. n° 79, obs. N. Mathey. V. A. Bourdu et A.-S. Revers, La responsabilité pour brutale rupture d'une relation commerciale ne peut résulter que d'une décision délibérée : *Contrats, conc. consom.* 2013, alerte 28), et non de la conclusion d'un contrat avec un tiers.

Exemple

Ainsi, un distributeur ne saurait reprocher à son fournisseur sur le fondement de l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce, d'avoir conclu un nouveau contrat avec un tiers (en l'espèce un client du distributeur). Pour la Cour de cassation, le texte est inapplicable car, « *après avoir énoncé que l'article L. 442-6 I 5°, du Code de commerce ne vise que la situation de rupture d'une relation commerciale et ne saurait être invoqué pour reprocher à un partenaire le contrat signé avec un tiers qui ne saurait traduire une volonté cachée de rupture, l'arrêt relève que la société JVC France, non seulement n'a jamais résilié le compte ouvert dans ses livres par la société TF Inter, mais n'a pas davantage œuvré dans le sens d'une rupture des relations, justifiant lui avoir consenti en 2008 et 2009, des conditions analogues aux précédentes, que la société TF Inter a acceptées* » (Cass. com., 11 mars 2014, n° [13-13578](#) : *Contrats, conc. consom.*, 2014, comm. n° 115, obs. N. Mathey).

Ensuite, la jurisprudence admet le préjudice de rupture par ricochet. Opérant un revirement de jurisprudence (Cass. com., 3 nov. 2004, n° [02-17078](#)), la Cour de cassation a jugé en 2011 qu'un tiers peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, la rupture brutale d'une relation commerciale dès lors que ce manquement lui a causé un préjudice (Cass. com., 6 sept. 2011, n° [10-11975](#) : *JCP G* 2011, 1788, note D. de Lammerville ; *JCP E* 2012, I, 530, Ph. Stoffel-Munck ; *Contrats, conc. consom.* 2011, comm. n° 258, obs. N. Mathey ; *RTD civ.* 2011, p. 763, obs. B. Fages). Comme M. Mathey le fait remarquer, « *s'agissant d'une disposition de droit de la concurrence, c'est le bon fonctionnement du marché qui est protégé et il n'est peut-être pas artificiel d'y intégrer le sous-traitant, dont les intérêts sont solidaires de ceux du contractant direct* » (obs. préc.).

Enfin, l'action dirigée par une partie à l'encontre de son co-contractant, aux fins d'indemnisation du préjudice résultant de la rupture de relations commerciales établies, n'étant pas de celles dont la connaissance est réservée aux juridictions étatiques, peut être soumise à l'arbitrage par application d'une clause compromissoire (CA Paris, 1^{er} juill. 2014 : *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. n° 218, obs. N. Mathey).

1. La rupture abusive

La liberté économique associée à la liberté de concurrence engendre un droit de rompre. Mais l'exercice de celui-ci peut être abusif. Il y a rupture abusive lorsqu'elle est faite sans motifs légitimes, dans l'intention de nuire ou bien lorsqu'elle est fondée sur le refus du partenaire d'accepter des conditions discriminatoires illicites.

Elle peut être sanctionnée par le droit de la concurrence au titre des abus de domination (abus de position dominante et abus de dépendance économique) si les conditions sont remplies.

2. La rupture brutale

Il s'agit d'un nouveau délit civil créé par la loi Galland du 1er juillet 1996. Cette responsabilité existait auparavant en jurisprudence. L'article L. 442-6 I 5° a été modifié par la suite par la loi NRE du 15 mai 2001 qui est venue préciser le préavis à respecter et le régime spécifique des produits vendus sur marque de distributeur (MDD). Il s'agit d'une responsabilité d'ordre public à laquelle les parties ne peuvent pas renoncer par anticipation, mais dont elles peuvent aménager les modalités de la rupture de leur relation commerciale, ou transiger sur l'indemnisation du préjudice subi par suite de la brutalité de cette rupture (Cass. com., 16 déc. 2014, n° [13-21363](#) : AJCA 2015, p. 133, obs. L. Arcelin).

Est puni le fait de :

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

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

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

Il s'agit de sanctionner tout partenaire commercial engagé dans des relations établies qui prend une décision de rupture dans des conditions fautives, qu'il s'agisse d'un fournisseur, d'un distributeur ou de toute autre personne qui exerce une activité de production, de distribution ou de services et entretient avec le partenaire une relation commerciale.

Exemple

Pour une association V. Cass. com., 25 janvier 2017, n° [15-13013](#)). La Cour de cassation a jugé que la rupture brutale d'une relation commerciale établie était un délit civil (Cass. com., 6 février 2007 : D. 2007, p. 1317 ; RLDA 19/2007, 1193, note C. Nourissat. – Cass. com., 18 janv. 2011 : Bull. civ. IV, n° 9).

On est donc dans le champ délictuel et non contractuel, ce qui peut paraître surprenant. Cela se justifie cependant par des raisons d'harmonie avec l'ensemble de l'article L. 442-6, par le fait que ce n'est pas tant la rupture que son caractère brutal qui est sanctionné et par le fait que le ministre, garant de l'ordre public économique, peut intervenir, ce qui ne serait pas légitime dans la sphère contractuelle.

Cette qualification est particulièrement importante en matière de conflit de lois.

Exemple

Contrairement à ce qu'aurait pu laisser entendre la Cour de cassation dans son arrêt du 22 octobre 2008 (Cass. 1^{ère} civ., n° [07-15823](#) : *JCP E* 2008, 2535, note N. Mathey. V. aussi dans le même sens, CA Grenoble, 5 sept. 2013 : *Contrats, conc. consom.* 2013, comm. n° 268, obs. N. Mathey. – CA Paris, 11 déc. 2013, n° 11/20287 : *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. n° 67, obs. N. Mathey), la loi applicable à la responsabilité extracontractuelle est celle de l'Etat du lieu où le fait dommageable s'est produit et ce lieu s'entend aussi bien de celui du fait générateur du dommage que de celui du lieu de réalisation de ce dernier, et en cas de délit complexe, il y a lieu de rechercher le pays présentant les liens les plus étroits avec le fait dommageable (Cass. com., 25 mars 2014, n° [12-29534](#) : *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. n° 157, obs. M. Malaurie-Vignal ; *JCP G* 2014, II, 619, note D. Bureau ; *JCP E* 2014, 1336, note L. Wylaendts et L. Marion). Ce faisant, la Cour de cassation a botté en touche sur la question de la qualification de l'article L. 442-6 I 5° de loi de police (V. encore, Cass. com., 20 mai 2014, n° [12-26705](#), n° [12-26970](#), n° [12-29281](#) : *Contrats, conc., consom.* 2014, comm. n° 192, obs. N. Mathey). La Cour de justice européenne a jugé au contraire que l'action en responsabilité pour rupture de relations établies ne relève pas de la matière délictuelle ou quasi-délictuelle au sens du règlement 44/2001 (Bruxelles I) s'il existe, entre les parties, une relation contractuelle tacite (CJUE, 14 juillet 2016, aff. [C-196/15](#)).

L'existence d'une stipulation contractuelle ne dispense pas le juge, s'il en est requis, de vérifier si le délai de préavis contractuel tient compte de la durée des relations commerciales ayant existé entre les parties et les autres circonstances (Cass. com., 20 mai 2014, n° [13-16398](#) : *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. n° 158, obs. N. Mathey).

a) La relation commerciale établie

Deux choses doivent être démontrées: la relation commerciale (1) et son caractère établi (2).

- La relation commerciale

Le terme de relation commerciale est suffisamment large pour englober de nombreuses situations juridiques.

Exemple

Il vise tout type de contrat commercial, contrat de distribution mais aussi contrat d'entreprise, de prestations de services, de vente (Cass. com., 23 avr. 2003 : *Bull. civ. IV*, n° 57).

Mais il ne peut s'agir que de relations entre professionnels : les contrats passés avec des consommateurs sont exclus. Par ailleurs, les relations ne s'envisagent que de façon directe.

Exemple

Aussi un distributeur ne peut-il invoquer l'article L. 442-6 I 5° (aujourd'hui L. 442-1 I 2°) à l'encontre de l'auteur de la rupture qui n'était pas lié à lui mais à l'importateur (Cass. com., 3 nov. 2004 : *JCP E* 2005, p. 1325, obs. D. Mainguy. - Cass. com., 18 mars 2020, n° [18-20.256](#)). En revanche, une succession de contrats écrits renouvelés annuellement conclus entre un distributeur et les repreneurs du fonds de commerce traduit l'existence d'une relation commerciale établie (Cass. com., 2 nov. 2011, n° [10-25.323](#)).

La jurisprudence est parfois extensive. Ainsi, certains arrêts se fondent davantage sur une relation économique que commerciale.

Exemple

Pour une relation entre l'association Le Clown et une société de spectacles qui avait rompu la relation sans préavis en se fondant sur l'absence de contrat écrit (Cass. com., 6 fév. 2007 : *D.* 2007, p. 1317, note A. Cathiard). La Cour de cassation est revenue à la lettre du texte dans un arrêt du 23 octobre 2007 dans lequel elle a refusé de faire jouer le texte à une relation entre médecins et clinique. L'approche économique n'a cependant pas été abandonnée comme en témoigne un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 20 mars 2014 (n° 12/01371 : *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. n° 130, obs. N. Mathey). Les relations qu'entretenaient une société avec diverses filiales du groupe Danone avaient été rompues. Les prestations étaient d'ordre intellectuel ce qui n'exclut pas le jeu de l'article L. 442-6 I 5° : « *rien ne justifie que soient exclues de son champ d'application les prestations de service intellectuel comme celles de communication* », d'autant plus que ces prestations « *s'inscrivent dans le cadre de l'activité commerciale de celle-ci et qu'elles avaient pour but de valoriser l'offre des sociétés du groupe Danone* ». Comme M. Mathey le relève, « *pour qualifier la relation de commerciale et considérer que l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce est applicable, la cour procède à une appréciation globale de la situation au regard du groupe de société dont les entités ont pu commander les prestations et en bénéficier* ».

La jurisprudence peut tout autant se montrer stricte, notamment à l'encontre des professions médicales dans leurs relations avec des professionnels (vendeurs de matériels par exemple). Ainsi, lit-on dans un arrêt de 2021 qu'il « *n'existe pas de relation commerciale entre un chirurgien-dentiste et son fournisseur de matériel dentaire* » (Cass. com., 31 mars 2021, n° [19-16.139](#) : *Contrats, conc. consom.* 2021, n° 98, obs. N. Mathey) justifiant l'inapplicabilité de l'article L. 442-6 I 5° (applicable aux faits de l'espèce).

En revanche, « *seule la partie qui entretient directement une relation commerciale établie avec l'autre partie pouvant, sur le fondement de ce texte, rechercher la responsabilité de cette dernière dans le cas où elle aurait, brutalement et sans préavis écrit, rompu cette relation, même partiellement les tiers ne peuvent demander l'indemnisation du préjudice personnel que leur cause une telle rupture que sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile délictuelle* » (Cass. com., 18 mars 2020, n° [18-20.256](#)).

Mais la victime de la rupture peut être une association ou un syndicat de copropriétaires ayant conclu le contrat dans l'intérêt de ses membres.

Exemple

Ainsi, relevant que le contrat avait "exclusivement pour objet d'assurer une prestation de service pour les besoins de l'activité commerciale de ses membres, la cour d'appel a exactement retenu que le syndicat, bien que de nature civile, avait entretenu une relation commerciale avec la société Securitas, entrant dans le champ d'application de l'article L. 442-6, I, 5°" (Cass. com., 28 juin 2023, n° [21-16.940](#), publié au Bulletin).

- Le caractère établi de la relation

Dans son rapport pour 2008, la Cour de cassation enseigne ainsi que : « *Afin de combiner le respect de la liberté contractuelle et les prescriptions de cet article, la doctrine et la jurisprudence limitent le domaine d'application de l'article L.442-6, I, 5°, du code de commerce aux cas où la relation commerciale entre les parties revêtait avant la rupture un caractère suivi, stable et habituel et où la partie victime de l'interruption pouvait raisonnablement anticiper pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaire avec son partenaire commercial. Cette anticipation raisonnable peut être démontrée en s'appuyant sur l'existence d'un contrat dont l'échéance est postérieure à la date de la rupture ou sur une pratique passée dont la partie victime de la rupture pouvait inférer que sa relation commerciale s'instaurait dans la durée.* »

Le caractère établi de la relation ne dépend donc pas d'un formalisme contractuel bien précis. Il peut y avoir une succession de contrats ponctuels (Cass. com., 15 sept. 2009 : *JCP E* 2009, p. 1951), des contrats successifs sans interruption (CA Paris, 12 sept. 2013, n° 11/22934 : *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. n° 7, obs. N. Mathey), une succession de contrats à durée déterminée sans clause de renouvellement tacite (Cass. com., 19 mars 2025, n° [23-22.182](#)) mais aussi un contrat et après simplement des bons de commandes. La poursuite de la relation contractuelle avec le cessionnaire n'implique pas en revanche une continuation de la relation permettant de tenir compte de la durée globale (Cass. com., 3 mai 2016, n° [15.10158](#) : *Contrats, conc. consom.* 2016, comm. n° 166, obs. N. Mathey. - Cass. com., 10 fév. 2021, n° [19-15369](#)).

Exemple

Toutefois, certains arrêts peuvent l'admettre dès lors que le plan de cession prévoyait la reprise de la clientèle, et donc du partenaire en cause (Cass. com., 20 mai 2014, n° [12-20313](#) : *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. n° 193, obs. N. Mathey). En revanche, la juxtaposition de contrats indépendants ne permet pas de démontrer le caractère établi de la relation (Cass. com., 16 déc. 2008 : *D.* 2009, p. 225, note E. Chevrier ; *Contrats, conc. consom.* 2009, comm. n° 73, obs. N. Mathey. V. *contra*, CA Paris, 1^{er} juill. 2011, RG n° 10/12993). Dans le même sens, la précarité de la relation « *liant les producteurs aux diffuseurs, la fragilité de ces rapports trouvant son origine dans l'impossibilité de prévoir l'audience que fera un programme et la nécessité de rénover régulièrement la grille de diffusion pour la rendre attractive* » empêche d'y déceler toute nature établie (Cass. com., 31 janv. 2012, n° [11-12899](#). V. encore, CA Paris, 15 avril 2015, RG n° 13/02730 : *Contrats, conc. consom.* 2015, comm. n° 174, obs. N. Mathey). Il est somme toute assez difficile de définir ce qu'est une relation précaire et certaines parties peuvent être tentées d'organiser artificiellement la précarité des relations en se faisant succéder contrats, et période d'essais (Par exemple, CA Paris, 12 sept. 2013, n° 11/22934 : *op. cit.*). La Cour de cassation a pu se référer à « la nature de la prestation » (Cass. com., 13 nov. 2013, n° [12-25361](#) : *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. n° 40, obs. N. Mathey) mais le critère semble bien imprécis. En l'espèce, cette précarité provenait du fait que les commandes du donneur d'ordre dépendaient elles-mêmes des commandes obtenues par celui-ci auprès de tiers.

Si cette approche traduit bien « *un certain réalisme économique que la crise a peut-être enseigné à nos juges* » (N. Mathey, obs. préc.), elle devra nécessairement être complétée.

b) La brutalité de la rupture

La rupture de la relation commerciale s'entend comme l'extinction de celle-ci mais également comme l'imposition au partenaire d'une modification substantielle de la relation (Cass. com., 20 mai 2014, n° [13-16398](#)) et non négociable. La modification substantielle est assez largement comprise aussi. Elle ne porte pas uniquement sur les conditions tarifaires et un changement de cocontractant ne suffit pas forcément à la caractériser (Cass. com., 31 mars 2021, n° [19-14547](#) : *Contrats, conc. consom.* 2021, comm. n° 99, obs. N. Mathey).

Pour la jurisprudence, la rupture brutale est celle qui, selon le sens commun, est soudaine et violente. La prévisibilité n'empêche pas la brutalité si elle n'est pas assortie d'un acte clair du partenaire manifestant son intention de ne pas poursuivre la relation (Cass. com., 6 septembre 2016, n° [14-25891](#)). La rupture brutale suppose en effet que la victime soit surprise, qu'elle ne s'attende pas à la fin de la relation, ce qui exclut l'hypothèse de l'arrivée du terme d'un CDD : l'événement – la rupture – est prévu dans le contrat lui-même. L'absence de renouvellement ne correspond pas dans ce cas à une rupture brutale. Elle peut l'être toutefois, si par exemple, le professionnel auteur de la rupture avait continué à passer commander malgré l'arrivée du terme, ce qui a pu faire croire à la pérennité de la relation commerciale.

Pour apprécier le caractère brutal, il faut prendre en compte l'évolution des relations commerciales et l'importance du chiffre d'affaires réalisé.

Exemple

Si par exemple, depuis quelques années, le chiffre d'affaires est en net recul, le partenaire pourra percevoir les signes avant coureurs d'une rupture de la relation commerciale. En revanche, une relation conflictuelle est insuffisante à justifier la rupture brutale sans préavis (Cass. com., 15 mai 2007, n° [05-19370](#)).

Les modifications des circonstances économiques peuvent encore être prises en compte pour apprécier la brutalité de la rupture.

Exemple

Ainsi a-t-il été jugé qu'un distributeur n'avait pas déréférencé brutalement son fournisseur dans la mesure où ce dernier avait procédé à une hausse de tarifs d'une telle importance (liée à une hausse brutale de la matière première) à appliquer dans un délai de moins d'un mois, ce qui constituait une modification substantielle du contrat contraignant le distributeur à se tourner vers d'autres sources d'approvisionnement (CA Aix-en-Provence, 23 janv. 2014, n° 13/02163 : *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. n° 94, obs. N. Mathey).

- Le préavis écrit

Le préavis est une formalité obligatoire. Il doit être écrit. Il permet à la « victime » de lui laisser un délai pour son redéploiement ou du temps pour retrouver un nouveau partenaire ou solution de remplacement. Il commence dès que le contractant a avisé l'autre de son intention de ne pas poursuivre la relation commerciale.

Exemple

La notification par une entreprise à son fournisseur de passer dorénavant par un appel d'offres pour choisir ses fournisseurs traduit son intention de ne pas poursuivre les relations contractuelles dans les conditions antérieures et fait courir le délai de préavis (Cass. com., 6 juin 2001, n° [99-20831](#) : *Bull. civ. IV*, 112. – 2 nov. 2011, n° [10-26656](#)).

- Le délai de préavis

Il n'y a pas de texte fixant la durée minimale du préavis mais celui-ci semble a priori dorénavant de maximum 18 mois. Il existe des critères de calcul dégagés par la loi et par la jurisprudence.

Le premier critère apparaît à l'article L. 442-1 I 2° : la durée du préavis doit tenir compte de la durée de la relation commerciale (en tenant compte des éventuelles interruptions : Cass. com., 15 nov. 2011, n° [10-25472](#)) et respecter celle déterminée en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels ou par arrêtés ministériels. Il n'existe qu'un seul accord, celui du 12 janvier 2001 concernant le secteur du bricolage. Le délai fixé par celui-ci n'est qu'un minimum.

Exemple

En effet, la Cour de cassation a jugé que « l'existence d'un accord interprofessionnel ne dispense pas la juridiction d'examiner si le préavis, qui respecte le délai minimal fixé par cet accord, tient compte de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances de l'espèce, notamment de l'état de dépendance économique de l'entreprise évincée » (Cass. com., 2 nov. 2011, n° [10-25323](#) : *Contrats, conc. consom.* 2012, comm. n° 11, obs. N. Mathey).

En matière de distribution automobile, le Règlement n° 1400/2002 exigeait un préavis de deux ans. Face à un préavis de deux ans donné par le constructeur automobile, la question s'est toutefois posée de savoir quel texte devait l'emporter : le texte européen ou bien l'ancien article L. 442-6 I 5° du Code de commerce conduisant à rallonger ce délai.

Exemple

La Cour d'appel de Paris a répondu dans son arrêt du 15 janvier 2014 (n° [12/13845](#) : *Contrats, conc., consom.* 2014, comm. n° 65, obs. N. Mathey ; *AJCA* 2014, note M. Ponsard). S'appuyant sur les textes européens (art. 3 § 3 du Règlement n° 1/2003 et Considérant 9 du Règlement n° 1400/2002), elle constate que ceux-ci n'excluent en rien l'application d'une disposition interne si elle poursuit un objectif différent : « il résulte de ces textes que le préavis de deux ans, prévu par le règlement automobile, n'écarte donc pas la nécessité, prévue à l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce, d'accorder un préavis suffisant au partenaire qui subit la résiliation de concession ».

Ce sont essentiellement les juges du fond qui fixent la durée des préavis, avec alors les risques de variabilité selon les juges. L'article L. 442-1 I 2° étant une disposition d'ordre public, ils ne sont aucunement liés par une clause de résiliation de plein droit ni par les clauses définissant a priori la durée du préavis (Cass. com., 16 janv. 1996, n° [93-16257](#)). A noter que le juge peut rallonger (le plus souvent) ou raccourcir le délai de préavis.

Exemple

Cass. com., 22 oct. 2013, n° [12-19500](#) : *Bull. civ. IV*, n° 156 : préavis contractuel de 24 mois ramené à 6 mois en raison de la faible ancienneté des relations et du fait que les travaux d'aménagement de l'établissement du garagiste n'avaient pas été engagés au profit du concessionnaire.

Les juges prennent en compte, outre l'ancienneté des relations, les « autres circonstances au moment de la notification de la rupture » (Cass. com., 2 déc. 2008, n° [08-10731](#) et n° [08-10732](#) : *JCP E* 2009, 1479, note D. Mainguy. – 2 nov. 2011, n° [10-25323](#) : *Contrats, conc. consom.* 2012, comm. n° 11, obs. N. Mathey. –

3 mai 2012, n° [11-10544](#) : *Contrats, conc. consom.* 2012, comm. n° 174, obs. N. Mathey. – 25 mars 2014, n° [13-14215](#) : *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. n° 135, obs. N. Mathey. – CA Paris, 10 avr. 2014, n° 2014-007747 : *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. n° 159, obs. N. Mathey) :

- l'exclusivité de la relation : elle rend plus difficile la reconversion de la victime. Il est alors légitime qu'elle bénéficie d'un délai plus long. Dans ce cas, la reconversion est tout aussi difficile car il n'y a pas ou peu de produit de remplacement ;
- l'importance des investissements effectués : lorsqu'ils ont été demandés par l'auteur de la rupture ;
- l'existence d'un état de dépendance économique (Cass. com., 4 octobre 2016, n° [15-14025](#) : *Contrats, conc., consom.* 2017, comm. n° 9, obs. N. Mathey) ;
- la progression du chiffre d'affaires : accentue le caractère brutal ;
- l'importance du chiffre d'affaires réalisé avec l'auteur de la rupture : le juge regarde la part qu'il représente dans l'activité totale de la victime ;
- le temps de l'écoulement des stocks ;
- l'existence d'une clause de non concurrence post contractuelle (CA, 4 déc. 2013, n° 12/01163 : *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. n° 43, obs. N. Mathey).

L'article L. 442-6 I 5° imposait de doubler la durée du préavis lorsque les produits vendus l'étaient sous marque de distributeur.

Exemple

Seule la fourniture de produit sous MDD était visée et non des prestations de contrôle de conformité de ces produits par exemple (Cass. com., 7 juin 2011, n° [10-12095](#)).

L'ordonnance de 2019 a supprimé ce régime dérogatoire.

Deux dispositions font exception à l'article L. 442-1 I 2° et au pouvoir du juge :

- l'article [L. 134-11](#) du Code de commerce sur l'agence commerciale (Cass. com., 3 avr. 2012, n° [11-13527](#) : *D.* 2012, p. 2012, obs. E. Chevrier ; *Contrats, conc. consom.* 2012, comm. n° 149, obs. N. Mathey).
- L'article [L. 1432-4](#) du Code des transports dispose qu'« à défaut de convention écrite et sans préjudice de dispositions législatives régissant les contrats, les rapports entre les parties sont, de plein droit, ceux fixés par les contrats types prévus » par l'article L. 1432-12 du Code des transports.
 - En matière de sous-traitance, l'article 12.2 du Contrat type prévoit que « le contrat de sous-traitance à durée indéterminée peut être résilié par l'une ou l'autre partie par l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception moyennant un préavis d'un mois quand le temps déjà écoulé depuis le début d'exécution du contrat n'est pas supérieur à 6 mois. Le préavis est porté à 2 mois quand ce temps est supérieur à 6 mois et inférieur à un an. Le préavis à respecter est de trois mois quand la durée de la relation est d'un an et plus ». Lorsque les parties s'y réfèrent, c'est donc l'article 12.2 du Contrat type qui s'applique et non l'article L. 442-6 I 5° :

Exemple

Cass. com., 4 oct. 2011 : *D.* 2011, p. 2465, obs. X. Delepch ; *Contrats, conc. consom.* 2011, comm. n° 259, obs. N. Mathey ; *Rev. Dr. transp.* 2011, comm. n° 190, obs. Ch. Paulin.

Si les parties ne s'y réfèrent pas et intègrent des dispositions particulières sur le préavis, on pourrait penser que l'article L. 442-6 I 5° recouvre son empire.

Exemple

La Cour de cassation a pourtant jugé qu'il résulte de la combinaison de l'article L. 442-6 I 5° et de l'article 8-II de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982, dite LOTI (art. [L. 1432-2](#) C. transp.) et 12.2 du contrat type approuvé par le décret n° 2003-1295 du 26 décembre 2003 que « les usages commerciaux en référence desquels doit s'apprécier la durée du préavis de résiliation du contrat de sous-traitance de transport contractuellement convenu sont nécessairement compris comme conformes au contrat type dont dépendent les professionnels concernés » (Cass. com., 19 nov. 2013 : *JCP E* 2013, 1704, note D. Bazin-Beust ; *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. n° 39, obs. N. Mathey).

Inapplicable directement, le contrat type est pris en compte au titre des usages professionnels. Cela ne devrait toutefois pas priver le juge de son pouvoir d'appréciation du caractère suffisant du préavis.

Exemple

La Cour de cassation admet en effet que l'existence d'usages professionnels ne dispense pas le juge de vérifier si le préavis, qui respecte le délai minimal fixé par ces usages, tient compte de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances de l'espèce (Cass. com., 3 mai 2012, n° [11-10544](#) : *Contrats, conc. consom.* 2012, comm. n° 174, obs. N. Mathey).

- En matière de location gérance, le Code de commerce contient une règle sur la rupture du contrat mais ne prévoit pas de disposition spécifique sur le délai de préavis. La Cour de cassation estime alors que les règles de l'article L. 442-1 I 2° s'appliquent :

Exemple

Cass. com., 2 octobre 2019, n° [18-15676](#), à paraître au Bulletin) :

« Vu l'article L. 146-4 du code de commerce et l'article L. 442-6, I, 5° du même code, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 ;

Attendu que pour rejeter la demande de dommages-intérêts formée par la société IDF management pour rupture brutale d'une relation commerciale établie, l'arrêt retient que l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce ne s'applique pas à la cessation des relations liant un gérant-mandataire et son mandant, régies par les dispositions spéciales de l'article L. 146-4 du code de commerce et qu'en l'espèce, un préavis contractuel a été convenu entre les parties en cas de non-renouvellement du contrat ;

Qu'en statuant ainsi, alors que, si le régime institué par les articles L. 146-1 et suivants du code de commerce prévoit, en son article L. 146-4, le paiement d'une indemnité minimale au profit des gérants-mandataires en cas de résiliation du contrat sans faute grave de leur part, il ne règle en aucune manière la durée du préavis à respecter, que le même texte laisse à la convenance des parties, ce dont il se déduit qu'ont vocation à s'appliquer les règles de responsabilité instituées par l'article L. 442-6, I, 5° du même code lorsque le préavis consenti est insuffisant au regard de la durée de la relation commerciale établie entre les parties et des autres circonstances, la cour d'appel a violé les textes susvisés. »

L'article L. 442-1 I 2° vise pareillement la rupture totale et la rupture partielle des relations. Aussi, l'entreprise qui souhaite diminuer d'une manière significative ses commandes ou livraisons doit donc en aviser son partenaire commercial avec un délai de préavis suffisant, dans les mêmes conditions que s'il s'agissait d'une rupture totale. Une modification substantielle des conditions de vente peut être considérée comme une rupture brutale des relations commerciales. Mais encore faut-il qu'elle soit « substantielle ».

Exemple

Tel n'est pas le cas d'une modification de 5 % du taux de remise qui ne concerne que 35 % du chiffre d'affaire de la victime (CA Paris, 13 nov. 2013, n° 11/22014). L'est en revanche, la suppression d'une remise de 20 % due à l'alignement de ces conditions sur celles accordées aux détaillants (CA Versailles, 6 mars 2003, n° 01/623 : *RJDA* 7/03, n° 685).

Pendant le préavis, les conditions générales doivent continuer à s'appliquer. Elles peuvent être modifiées si elles ne portent pas atteinte à l'effectivité de ce préavis : « Lorsque les conditions de la relation commerciale établie entre les parties font l'objet d'une négociation annuelle, ne constituent pas une rupture brutale de cette relation les modifications apportées durant l'exécution du préavis qui ne sont pas substantielles au point de porter atteinte à l'effectivité de ce dernier » (Cass. com., 7 déc. 2022, n° [19-22.538](#), publié au Bulletin).

- Les dispenses de préavis

Il y a dispense de préavis :

- en cas de force majeure : l'hypothèse est rare car doit présenter les trois caractères d'irrésistibilité, d'imprévisibilité et d'extériorité,

Exemple

comme par exemple le cas d'une tempête ayant détruit des entrepôts...

- En cas d'inexécution des engagements contractuels (Cass. com., 31 janv. 2006 : *JCP E* 2007, 1348, obs. S. Destours, J.-L. Respaud et D. Mainguy). La rupture sans préavis suppose la preuve d'une faute d'une gravité telle qu'elle justifiait la résiliation unilatérale et immédiate du contrat (Cass. com., 24 juin 2014,

n° [12-27908](#) : *Contrats, conc., consom.*, 2014, comm. n° 217, obs. N. Mathey). Toutefois, la tolérance passée de l'auteur de la rupture rend celle-ci brutale.

Exemple

Par exemple, l'exploitation d'une activité concurrente interdite contractuellement vient justifier la fin de la relation sans préavis. Mais si cette exploitation avait été tolérée par le cocontractant, celui-ci ne peut rompre le contrat sans préavis (CA Paris, 10 avr. 2014, n° 2014-007747 : *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. n° 159, obs. N. Mathey).

c) La sanction du défaut de préavis

La victime peut demander réparation à l'auteur de la rupture brutale. Celle-ci doit être calculée sur la base de la marge brute réalisée avec l'auteur et non l'ensemble de ses clients (Cass. com., 20 mai 2014, n° [13-11085](#) : *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. n° 160, obs. N. Mathey). En cas de rupture partielle, le préjudice s'évalue en fonction de la diminution de la marge brute escomptée pendant la seule durée du préavis (Cass. com., 29 janvier 2025, n° [23-19.972](#)). Le préjudice réparé concerne uniquement celui causé par la brutalité de la rupture en l'absence de préavis suffisant ; il ne s'agit pas du préjudice lié à la rupture elle-même. Aussi cette brutalité est-elle souvent réparée par l'octroi d'une indemnité égale à la marge brute (parfois un peu trop généreuse) qui aurait pu être réalisée pendant la période de préavis légitimement attendue.

Exemple

CA Orléans, 5 juin 2014 : *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. n° 217, obs. N. Mathey. Pour une absence de préjudice, v. Cass. com., 1^{er} mars 2017, n° [15-20848](#) : *Contrats, conc., consom.* 2017, comm. n° 101, obs. N. Mathey.

La victime ne peut pas en revanche espérer l'indemnisation de la perte de valeur de son fonds de commerce (CA Paris, 1 juill. 2011, n° 10/1293 : *RJDA* 3/12, n° 338). Selon la jurisprudence, le calcul repose sur une fixation de la moyenne mensuelle de la marge sur coûts variables sur deux ou trois exercices précédant la rupture et à multiplier le montant obtenu par le nombre de mois de préavis dont aurait pu bénéficier la victime de la rupture. Des préjudices particuliers peuvent encore être réparés.

Exemple

Par exemple, lorsque la victime a dû réaliser des investissements spécifiques afin de se mettre en conformité aux normes d'une grande enseigne, peuvent être réparés les préjudices liés à l'obligation de reconversion et à la perte de notoriété du fait que les produits n'étaient plus vendus par la grande enseigne (Cass. com., 2 déc. 2008, n° [08-10732](#) : *RDC* 2009, p. 647, 2^{ème} esp., obs. M. Béhar-Touchais).

Selon les circonstances, la victime peut préférer demander la poursuite temporaire de la relation.

Exemple

Ainsi, à défaut de préavis, le juge, en référé, peut ordonner sous astreinte la poursuite de la relation commerciale (Cass. com., 10 nov. 2009, n° [08-18337](#) : *Contrats, conc. consom.* 2010, comm. n° 190, obs. N. Mathey : « la cour d'appel (...) n'a fait qu'user des pouvoirs que lui confèrent les articles L. 442-6-IV du code de commerce et 873 du code de procédure civile en ordonnant la poursuite des relations commerciales entre les parties jusqu'au 1er juillet 2008, selon des modalités équivalentes à celles ayant été suivies en 2006, après avoir retenu que la rupture litigieuse constituait un trouble manifestement illicite et était de nature à causer à la société Legal un dommage imminent et relevé que la société Legal avait fait état de la diminution significative de commandes pendant la durée du préavis initial ». - Cass. com., 24 juin 2020, n° [19-12261](#)).

En savoir plus : Des partenaires prisonniers de la relation commerciale ?

L'article L. 442-1 I 2° et sa jurisprudence conduisent presque à imposer une véritable obligation d'achat ou de contracter ! Lorsqu'une entreprise est engagée dans une relation commerciale établie, elle ne peut plus arrêter de passer des commandes comme elle l'entend : elle doit respecter un délai de préavis pendant lequel elle maintiendra le rythme de ses commandes. Cette exigence cadre sans nul doute mal avec la crise économique que subissent actuellement les entreprises. Pour autant, l'appréciation de la rupture partielle ne devrait pas être déconnectée de celle du marché en cause. Il ne faut pas oublier que l'article L. 442-1 I 2° relève du droit de la concurrence où la notion de marché est prépondérante. L'une des solutions consisterait à renégocier les termes de la relation. Certains arrêts ont pu tenir compte avec beaucoup de prudence de la crise économique

pour raccourcir par exemple le délai de préavis (v. CA Paris, 30 avr. 2014, n° 2014-01015 : *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. n° 161, obs. N. Mathey). La jurisprudence a encore pu écarter l'existence d'une rupture brutale en observant que la diminution des commandes étant due à la propre réduction de ses commandes par l'auteur de la rupture (Cass. com., 12 février 2013, n° 12-11709 : *Contrats, conc., consom.* 2013, comm. n° 78, obs. N. Mathey). Mais il semble bien que les circonstances doivent s'apparenter à un cas de force majeure (Cass. com., 1^{er} mars 2017, n° 15-12785 : *Contrats, conc., consom.* 2017, comm. n° 100, obs. N. Mathey)

C - L'action du ministre de l'Économie

Selon l'article L. 442-4 (ancien article L. 442-6 III) du Code de commerce, le Ministre de l'Économie peut saisir le juge et demander la cessation des pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites, demander la répétition de l'indu et le prononcé d'une amende civile ne pouvant excéder 2 millions d'euros. Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées. Il peut aussi réclamer des dommages et intérêts pour les préjudices subis. Il apparaît cependant que les entreprises victimes ne s'associent pas toujours à cette action du ministre ni même ne l'approuve, par peur de représailles. Dès lors, il a été avancé que cet article n'était conforme ni à la CESDH (1°) ni à la Constitution (2°).

1. La conventionnalité de l'article L. 442-4 (ancien article L. 442-6 III) du Code de commerce

Pour contrer l'action du Ministre, les distributeurs ont invoqué la violation de l'article 6 § 1 de la CESDH. Plusieurs Cours d'appel ont accueilli l'argument en jugeant que l'action de substitution exercée par le ministre sans que les fournisseurs n'y soient associés « *voire même contre leur gré* », méconnaissait les droits fondamentaux garantis notamment par cet article. Il était avancé que l'absence des fournisseurs à la procédure privait les distributeurs de leur droit d'accès à un procès équitable (CA Angers, 29 mai 2007 (Hyper U) : *D.* 2007, p. 2433. – CA Versailles, 3 mai 2007 (galec) : *D.* 2007, p. 1656).

Malgré tout, la Cour de cassation a validé l'action du ministre sur le fondement de ce texte au regard de l'art. 6 § 1 de la CESDH :

Exemple

Cass. com., 8 juill. 2008 (2 arrêts) : *D.* 2009, p. 1441 ; *JCP E* 2008, 2143, note A. Ballot-Léna – 5 mai 2009, n° 08-15264 – 10 sept. 2013, n° 12-21804 – CA Paris, 18 déc. 2013, RG n° 12/00150) :

« Vu l'article L. 442-6 III du code de commerce ensemble l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

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 ».

La qualification d'action autonome peut susciter quelques questions. Si l'action est autonome, la sanction ne devrait-elle pas se limiter à la cessation des pratiques et à une amende civile de 2 millions d'euros plutôt que de réclamer la nullité, la répétition de l'indu et la réparation du préjudice subi ? On notera d'ailleurs que la Cour de cassation se garde bien d'évoquer la réparation du préjudice subi dans ces arrêts. Selon le bilan de la jurisprudence civile et pénale 2013 établi par la DGCCRF, un TGI aurait pourtant fait droit à sa demande de dommages et intérêts à hauteur de 40 351 euros pour rupture brutale de relations commerciales établies.

Exemple

Cette qualification a été confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme le 17 janvier 2012, dans son arrêt *Galec c/ France*. Les juges strasbourgeois relèvent en effet que : « *dans les circonstances visées par l'article L. 442-6 du code de commerce, le ministre agit avant tout en défense de l'ordre public économique qui n'est pas limité aux intérêts immédiats des fournisseurs. Le ministre, par son action, n'exclut pas les cocontractants lésés par la relation commerciale puisque ces derniers restent en droit d'engager eux-mêmes une action en justice aux fins d'obtenir l'annulation des clauses ou des contrats illicites, la répétition de l'indu et le paiement de dommages-intérêts, ou de se joindre à l'instance initiée par le ministre. Ils sont également susceptibles d'être attirés à l'instance par les parties au procès, notamment par la partie défenderesse aux fins d'obtenir la production de pièces essentielles à sa défense. Il y a donc lieu de rejeter l'argument de la requérante selon lequel le ministre aurait agi en substitution des fournisseurs, ceux-ci disposant d'un droit de recours autonome à celui du ministre et vice versa* ».

Un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 22 avril 2011 pourrait bien cependant relancer le débat (*D.* 2011, p. 1870, note O. Deshayes et Y.-M. Laithier). Elle a jugé qu'il ne pouvait y avoir de demande reconventionnelle en nullité d'un contrat hors la présence des contractants, ce qui est contraire à la position adoptée dans les arrêts de 2008. Certes, les demandeurs ont des qualités différentes (ministre / personne privée) ; mais cela justifie-t-il cette différence de régime ?

2. La constitutionnalité de l'article L. 442-4 (ancien article L. 442-6 III) du Code de commerce

Sur le terrain de la constitutionnalité cette fois, le Conseil constitutionnel a déclaré l'article L. 442-6-III du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, conforme à la Constitution sous la réserve énoncée au considérant 9 (décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011 : *JCP* 2011, 717, note A.-M. Luciani ; *RDLC* 3/2011, p. 129, note M. Chagny ; *RLC* 2011, p. 32, note J.-C. Grall ; *D.* 2011, p. 1833, note C. Rougeau-Mauger). En voici les extraits pertinents :

« 6. Considérant que, selon les requérants, les dispositions contestées permettent à l'autorité publique d'agir en justice en vue d'obtenir l'annulation de clauses ou contrats illicites et la répétition de l'indu du fait d'une pratique restrictive de concurrence, sans que le partenaire lésé par cette pratique soit nécessairement appelé en cause ; qu'en conséquence, elles porteraient atteinte aux droits de la défense et au principe du contradictoire ; qu'en ne prévoyant pas que le partenaire lésé soit mis à même de donner son assentiment et puisse conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et mettre un terme à cette action, les dispositions contestées porteraient également atteinte au droit au recours ;

7. Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » ; que sont garantis par cette disposition le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable, ainsi que le principe du contradictoire ;

8. Considérant, en premier lieu, que les dispositions contestées n'interdisent ni au partenaire lésé par la pratique restrictive de concurrence d'engager lui-même une action en justice pour faire annuler les clauses ou contrats illicites, obtenir la répétition de l'indu et le paiement de dommages et intérêts ou encore de se joindre à celle de l'autorité publique par voie d'intervention volontaire, ni à l'entreprise poursuivie d'appeler en cause son cocontractant, de le faire entendre ou d'obtenir de lui la production de documents nécessaires à sa défense ; que, par conséquent, elles ne sont pas contraires au principe du contradictoire ;

9. Considérant, en second lieu, qu'il est loisible au législateur de reconnaître à une autorité publique le pouvoir d'introduire, pour la défense d'un intérêt général, une action en justice visant à faire cesser une pratique contractuelle contraire à l'ordre public ; que ni la liberté contractuelle ni le droit à un recours juridictionnel effectif ne s'opposent à ce que, dans l'exercice de ce pouvoir, cette autorité publique poursuive la nullité des conventions illicites, la restitution des sommes indûment perçues et la réparation des préjudices que ces pratiques ont causés, dès lors que les parties au contrat ont été informées de l'introduction d'une telle action ;

que, sous cette réserve, les dispositions contestées ne portent pas atteinte aux exigences constitutionnelles susvisées ; »

Les victimes si elles ne participent pas à l'instance, doivent au moins être informées de celle-ci. A défaut, l'action du Ministre est déclarée irrecevable (CA Grenoble, 3 juill. 2014, RG n° 09/03013 : AJCA 2014, p. 288, obs. A. Lecourt).

§ 3 : Les enchères inversées

Le développement des nouveaux moyens de communication et, bien sûr, d'internet, a permis l'apparition de nouvelles techniques de vente, au rang desquelles figurent les enchères inversées. Un bien ou un service est mis en vente par l'acheteur et la vente est conclue au profit du mieux disant. C'est un appel d'offres lancé par l'acheteur auquel il est tenu de répondre. L'article L. 442-8, intégré par la LME, prévoit des conditions de licéité de la pratique :

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. A 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.
3. Les enchères inversées sont interdites pour les produits agricoles figurant sur une liste établie par décret, ainsi que pour les produits alimentaires de consommation courante issus de la première transformation de ces produits.

Section 3 : L'évolution du droit français des pratiques restrictives au regard du droit européen

Le droit français pourrait bien être amené à évoluer soit en raison d'une volonté d'harmonisation de l'Europe (§ 1) soit en raison d'une incompatibilité au regard du droit européen (§ 2).

§ 1 : La Directive n° 2019/633 du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire

Suite au livre vert sur les pratiques commerciales déloyales (PCD) dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non alimentaire interentreprises en Europe publié en janvier 2013, la Commission européenne a décidé de se recentrer sur le seul secteur alimentaire dans sa Communication du 15 juillet 2014 puis dans la [directive n° 2019/633 du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire](#) (V. Ord. n° 2021-859 du 30 juin 2021 relative aux pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire).

La directive s'assigne comme objectif de « *lutter contre des pratiques qui s'écartent nettement de la bonne conduite commerciale, sont contraires à la bonne foi et à la loyauté et sont imposées de manière unilatérale par un partenaire commercial à un autre* » (art. 1-1). Dans ce dessein, elle établit une liste minimale de pratiques commerciales déloyales interdites dans les relations entre acheteurs et fournisseurs dans la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, énonce des règles minimales concernant l'application de ces interdictions et prévoit des dispositions relatives à la coordination entre les autorités d'application.

Elle ne joue toutefois qu'à l'égard de certaines pratiques commerciales déloyales qui interviennent dans le cadre de la vente de produits agricoles et alimentaires par (art. 1-2) :

- a) des fournisseurs dont le chiffre d'affaires annuel ne dépasse pas 2 000 000 EUR, à des acheteurs dont le chiffre d'affaires annuel dépasse 2 000 000 EUR ;
- b) des fournisseurs dont le chiffre d'affaires annuel se situe entre 2 000 000 et 10 000 000 EUR, à des acheteurs dont le chiffre d'affaires annuel dépasse 10 000 000 EUR ;
- c) des fournisseurs dont le chiffre d'affaires annuel se situe entre 10 000 000 et 50 000 000 EUR, à des acheteurs dont le chiffre d'affaires annuel dépasse 50 000 000 EUR ;
- d) des fournisseurs dont le chiffre d'affaires annuel se situe entre 50 000 000 et 150 000 000 EUR, à des acheteurs dont le chiffre d'affaires annuel dépasse 150 000 000 EUR ;
- e) des fournisseurs dont le chiffre d'affaires annuel se situe entre 150 000 000 et 350 000 000 EUR, à des acheteurs dont le chiffre d'affaires annuel dépasse 350 000 000 EUR.

L'article 3-1 de la directive interdit 9 pratiques commerciales tandis que l'article 3-2 prohibe 6 pratiques « *à moins qu'elles n'aient été préalablement convenues en termes clairs et dépourvus d'ambiguïté dans l'accord de fourniture ou dans tout accord ultérieur entre le fournisseur et l'acheteur* ».

§ 2 : Les rappels à l'ordre du juge européen

Une ordonnance rendue par la Cour de justice le 7 mars 2013 a reconnu l'incompatibilité de l'interdiction de la revente à perte belge à la directive PCD. L'article 101 § 1 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur interdit en effet « *à toute entreprise d'offrir en vente ou de vendre des biens à perte* ». La similitude avec notre article L. 442-5 du Code de commerce est grande si bien que

l'on peut se demander s'il ne faudra pas modifier notre législation (V. nos observations Feu interdiction de la revente à perte : Contrats, conc. consom. 2014, focus 34).

La Cour était invitée à répondre à la question de savoir si ce texte était contraire à la directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs. La réponse pouvant être clairement déduite de la jurisprudence (CJUE, 14 janv. 2010, aff. [C-304/08](#), Plus Warenhandels-gesellschaft – 9 nov. 2010, aff. [C-540/08](#), Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag – Ord. 30 juin 2011, aff. [C-288/10](#), Warmo – Ord. 15 déc. 2011, aff. [C-126/11](#), INNO), la Cour fait jouer l'article 99 de son Règlement de procédure et a décidé de statuer par voie d'ordonnance.

Reconnaissant à titre liminaire, que l'article litigieux a bien vocation à protéger les consommateurs et que les actions de vente à perte constituent bien des pratiques commerciales au sens de la directive, la Cour s'est ensuite livrée à une analyse désormais classique. La pratique visée à l'article 101 § 1 ne figurant pas dans les pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances de l'annexe I de la directive, elle ne saurait « être interdite » en toutes circonstances » mais seulement à l'issue d'une analyse spécifique permettant d'en établir le caractère déloyal ». Dès lors, la Cour conclut que la directive n° 2005/29/CE « doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une disposition nationale, telle que celle en cause au principal, qui prévoit une interdiction générale d'offrir à la vente ou de vendre des biens à perte, pour autant que cette disposition poursuit des finalités tenant à la protection des consommateurs ».

La directive pourrait-elle être applicable à l'article [L. 442-5](#) du Code de commerce ?

Le considérant 6 de la directive prévoit que sont exclues du champ d'application « les législations nationales relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte « uniquement » aux intérêts économiques de concurrents ou qui concernent une transaction entre professionnels » (V. CJUE, aff. [C-540/08](#)). Or, l'interdiction de la revente à perte ne porte pas atteinte uniquement aux intérêts des concurrents ni ne concerne uniquement une transaction entre professionnels. La mesure concerne des rapports entre fournisseurs et distributeurs, puis consommateurs. Par conséquent, le considérant 6 ne peut servir de base d'appréhension de la pratique. La Cour de justice s'en garde d'ailleurs bien en recherchant simplement et plus globalement si la législation « poursuit des finalités tenant à la protection des consommateurs ».

Exemple

V. CJUE, aff. [C-559/11](#), Pelckmans turnhout NV.

L'article belge est inséré dans une loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur si bien que le gouvernement belge pouvait difficilement démentir la poursuite de cet objectif. Cela est beaucoup moins évident en droit français.

La prohibition a été introduite par la loi du 2 juillet 1963 de finances rectificative portant maintien de la stabilité économique et financière. L'objectif, comme l'expose le Rapport Canivet (Restaurer la concurrence par les prix. Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce, 2004), « était, déjà, de protéger les petits commerces de détail traditionnels face à la puissance croissante des supermarchés ». Plus précisément, « cette mesure a répondu aux plaintes exprimées par les fournisseurs sur le fait que lorsqu'un distributeur pratiquait un prix trop faible, les autres soupçonnaient le fournisseur de lui avoir conféré des avantages et réclamaient une diminution du prix. Les distributeurs se livraient à une « guerre des prix » qui se traduisait, chez les distributeurs, par des pratiques de « prix d'appel » sur certains produits de marque et des demandes de compensation adressées aux fournisseurs au motif qu'ils s'estimaient victimes de pratiques discriminatoires et souhaitaient s'aligner sur le prix inférieur pratiqué par un concurrent ». Les réformes successives jusqu'en 2008 sont allées dans le même sens. Les textes qui ont modifié l'article L. 442-2 du Code de commerce portaient sur « la liberté des prix et de la concurrence » (ord. du 1^{er} déc. 1986) ou sur les PME (Loi du 2 août 2005). La dernière modification en date est plus embarrassante. La loi Chatel du 3 janvier 2008, qui est venue réviser le calcul du seuil de revente à perte (SRP), est « en faveur des consommateurs ». Toutefois, à bien comprendre l'esprit de la loi, c'est l'assouplissement du calcul du SRP qui est en faveur du consommateur (augmentation de son pouvoir d'achat) et non l'interdiction qui reste protectrice des professionnels. Certes, il demeure que l'interdiction peut protéger les consommateurs contre des pratiques de prix d'appel. Mais cela suffit-il pour affirmer que l'article L. 442-2 a pour finalité la protection

du consommateur ? Suffit-il que le consommateur bénéficie des retombées de la protection accordées aux professionnels pour que la directive s'applique ?

Exemple

La réponse positive semble se dessiner car, récemment, la Cour de justice a précisé que la directive pouvait jouer même dans les relations entre professionnels puisque ces ventes ont des répercussions sur les consommateurs (CJUE, 19 octobre 2017, aff. [C-295/16](#), Europamur Alimentacion). Il y a là une divergence d'appréciation avec la Cour de cassation qui a au contraire estimé la directive inapplicable dans les transactions entre professionnels (Cass. com., 22 novembre 2017, n° [16-18028](#)) - Cass. crim., 16 janv. 2018, n° [16-83457](#) : RSC 2019, p. 101, obs. C. Ambroise-Casterot).

Si le texte français s'avérait contraire au droit européen, resterait alors à l'amender et à supprimer le caractère général de l'interdiction. Il suffirait d'ajouter, comme cela a d'ailleurs été fait (avant leur abrogation) aux articles [L. 121-35](#) (ventes avec prime), [L. 121-36](#) (loteries commerciales avec obligation d'achat) et [L. 122-1](#) (ventes jumelées) du Code de la consommation par la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, que la pratique est prohibée « dès lors » qu'elle « revêt un caractère déloyal au sens de l'article [L. 120-1](#) ». Mais interdire « dès lors que... » revient à autoriser ! Au final, le principe serait inversé : la revente à perte serait autorisée sauf à démontrer une contrariété aux exigences de la diligence professionnelle et une altération du comportement économique du consommateur.

Remarque

Le nouveau code économique belge a trouvé la parade. L'article VI.116. § 1er vient ainsi affirmer l'objectif principal de protection des entreprises, ce qui exclut, en principe, l'applicabilité de la directive 29/2005 ! : « Afin d'assurer des pratiques honnêtes du marché entre les entreprises, il est interdit à toute entreprise d'offrir en vente ou de vendre des biens à perte. Est considérée comme une vente à perte, toute vente à un prix qui n'est pas au moins égal au prix auquel l'entreprise a acheté le bien ou que l'entreprise devrait payer lors du réapprovisionnement, après déduction des éventuelles réductions accordées et définitivement acquises, ainsi que des réductions sur volume non définitivement acquises calculées sur la base de 80 % de la réduction sur volume que l'entreprise a acquise l'année précédente pour le même bien. Pour déterminer l'existence d'une vente à perte, il n'est pas tenu compte des réductions accordées, exclusivement ou non, en échange d'engagements de l'entreprise autres que l'achat de biens ».