

# Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

## La réécriture du Titre IV du Livre IV du code de commerce

Conférence | Concurrences N° 3-2019

[www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

### Martine Behar-Touchais

**Professeur** École de droit de la Sorbonne (Paris I)  
Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS-André Tunc)

### Anne-Sophie Choné-Grimaldi

**Professeur** Université Paris Nanterre (Paris X)

### Olivier Deshayes

**Professeur de droit privé** Université Paris Nanterre  
**Directeur adjoint** CEDCACE

### Daniel Fasquelle

**Professeur des universités**  
**Vice-président** Commission des affaires économiques  
de l'Assemblée nationale

### Cyril Grimaldi

**Professeur** Université Paris 13

### Laurence Idot

**Professeur émérite** Université Panthéon-Assas (Paris II)

### Julie Klein

**Professeur** Université de Rouen Normandie

### Vincent Malassigné

**Professeur** Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines  
(Université Paris-Saclay)

### Marine Michineau

**Maître de conférences** Université Paris Nanterre  
**Membre** CEDCACE

### Emilie Prouzet

**Directrice** Affaires publiques européennes Fédération  
du Commerce et de la Distribution, Bruxelles

*Avec la participation de Patrick Bénézit et Antoine Suau (FNSEA),  
Valérie Weil-Lancry (ANIA), Jacques Davy et Hugues Beyler (FCD).*

# La réécriture du Titre IV du Livre IV du code de commerce

Nanterre, 4 avril 2019

## LA CONSTRUCTION DU TITRE IV

### PROPOS INTRODUCTIFS

La réécriture du titre IV du livre IV du code de commerce : Beaucoup de bruit pour rien ?

**Daniel Fasquelle**  
Professeur des universités  
Vice-président  
Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale.

## LA RÉORGANISATION DU TITRE IV

Le déséquilibre significatif, figure centrale des pratiques commerciales déloyales dans l'ordonnance du 24 avril 2019 ?

**Martine Behar-Touchais**  
Professeur  
École de droit de la Sorbonne (Paris I)  
Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS-André Tunc)  
Ancien membre  
Collège du Conseil de la concurrence

Les rapports entre le code de commerce et le code civil

**Julie Klein**  
Professeur  
Université de Rouen Normandie  
La conciliation avec le droit de l'UE

## LA CONCILIATION AVEC LE DROIT DE L'UE

La directive Pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire

**Emilie Prouzet**  
Directrice Affaires publiques européennes  
Fédération du Commerce et de la Distribution, Bruxelles

Le titre IV du code de commerce et le droit de l'Union européenne

**Laurence Idot**  
Professeur émérite  
Université Panthéon-Assas (Paris II)

## LE CONTENU DU TITRE IV

### LES PRATIQUES DÉLOYALES

Le contrôle du prix

**Vincent Malassigné**  
Professeur  
Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines (Université Paris-Saclay)

La rupture brutale des relations commerciales (à peine) réformée

**Olivier Deshayes**  
Professeur de droit privé  
Université Paris Nanterre  
Directeur adjoint, CEDCACE (EA 3457)

La facturation

**Marine Michineau**  
Maître de conférences  
Université Paris Nanterre  
Membre  
CEDCACE

## LA MISE EN ŒUVRE DU NOUVEAU TITRE IV

L'action du ministre dans la mise en œuvre de l'article L. 442-1 C. com. : Une action autonome, dans quelle mesure ?

**Cyril Grimaldi**  
Professeur  
Université Paris 13

## TABLE RONDE

**Anne-Sophie Choné-Grimaldi**  
Professeur  
Université Paris Nanterre (Paris X)  
Avec la participation de Patrick Bénézit et Antoine Suau (FNSEA),  
Valérie Weil-Lancry (ANIA), Jacques Davy et Hugues Beyler (FCD).

Colloque organisé par la professeure Anne-Sophie Choné-Grimaldi à l'Université Paris Nanterre

# Propos introductifs

## La réécriture du titre IV du livre IV du code de commerce : Beaucoup de bruit pour rien ?

**Daniel Fasquelle**

Professeur des universités

Vice-président

Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale.

### Introduction

1. Réécrire le titre IV, c'est déjà, en soi, ne plus remettre en cause son existence. Cette remarque peut surprendre, mais il faut se souvenir que l'intérêt et la pertinence des règles qu'il contient sont, régulièrement, contestés par les économistes et juristes les plus éminents. On peut citer, à titre d'exemple, le rapport Villain de 1995, les analyses de l'OCDE<sup>1</sup> ou, plus récemment encore, les travaux, en 2017, de l'AFEC<sup>2</sup>.

2. Plus préoccupant, ce sont les évolutions mêmes du droit français et du droit européen qui ont directement, et dans la période récente, conduit à remettre en cause le titre IV, à tout le moins certaines de ses dispositions les plus emblématiques. Pour ce qui est du droit européen, on mentionnera l'ordonnance de la Cour de justice rendue le 7 mars 2013, qui a contesté la validité d'une disposition belge sur l'interdiction de la revente à perte au regard de la directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, ouvrant ainsi la porte à une possible contestation du droit français sur ce point<sup>3</sup>. Dans un autre registre, la loi Egalim du

30 octobre 2018<sup>4</sup>, dans la foulée de l'arrêt de la CJUE du 14 novembre 2017<sup>5</sup>, du règlement du 13 décembre 2017<sup>6</sup> et de l'avis de l'ADLC du 8 mai 2018<sup>7</sup>, a montré un autre chemin que celui des pratiques restrictives pour rééquilibrer les relations entre fournisseurs et distributeurs. Plutôt qu'au travers du titre IV et de l'interdiction des pratiques restrictives, c'est, en effet, par un assouplissement du droit des ententes horizontales et verticales qu'a été envisagé le rééquilibrage de la relation entre l'agriculture et la grande distribution.

3. Dans ce contexte peu favorable, la réécriture du titre IV, voulue par les pouvoirs publics à l'article 17 de la loi Egalim, est en mesure de rassurer ceux qui sont attachés règles sur la transparence tarifaire et sur les pratiques restrictives. Au-delà du travail de réécriture, la loi Egalim conforte également l'une des dispositions phares du titre IV, à savoir le relèvement du seuil de revente à perte, l'un des pivots de la loi nouvelle, dans l'espoir de permettre une meilleure rémunération des agriculteurs. De façon inattendue, le titre IV se trouve aussi renforcé par un revirement spectaculaire du droit européen à travers la proposition de directive du 12 avril 2018 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement alimentaire. Même si son champ d'application est beaucoup plus étroit que celui du titre IV, il n'empêche

1 Par exemple, lors d'une table ronde d'octobre 2005, il a été clairement question de l'intérêt de légiférer spécifiquement sur la revente à perte. Compte rendu de la table ronde sur la revente à perte organisée par l'OCDE, février 2006, en ligne sur le site de l'OCDE : <http://www.oecd.org/dataoecd/13/30/36162664.pdf>.

2 <http://www.afec.asso.fr/IMG/pdf/>

3 Pour la Cour, la directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs "doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une disposition nationale, telle que celle 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 du consommateur".

4 La loi du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous (loi "Egalim").

5 CJUE, arrêt dans l'affaire C-671/15, *Président de l'Autorité de la concurrence c/Association des producteurs vendeurs d'andives (APVE)* e.a.

6 Règlement (UE) 2017/2393 du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2017.

7 Aut. conc., avis n° 18-A-04 du 3 mai 2018 relatif au secteur agricole.

qu'il s'agit là d'un premier texte européen qui montre que l'Union européenne elle-même entend se tourner désormais vers les pratiques restrictives, ce qu'elle n'avait jamais fait jusque-là. C'est, à la fin, l'ordre public de protection qui vient compléter l'ordre public de direction et un titre IV qui, en apparence condamné, renaît une nouvelle fois, encore un peu plus fort, méritant ainsi sa réputation de phénix du droit de la concurrence.

4. Sur fond de reconnaissance du rôle utile du droit des pratiques restrictives et de la transparence tarifaire, la réécriture du titre IV était nécessaire et attendue (I.). Au-delà de cet exercice très encadré par la loi d'habilitation, force est de constater qu'il s'agit cependant, et pour l'essentiel, d'un rendez-vous manqué (II.).

## I. La réécriture du titre IV, un exercice nécessaire et attendu

5. Le titre IV du livre IV du code de commerce est le parfait exemple de l'inflation législative et de la piètre qualité des textes modernes, qui nous font regretter la concision et la précision du code civil (1.). En ce sens, l'exercice de réécriture répond à une attente, légitime des juristes, de réorganisation et de clarification de dispositions dont la portée en pratique n'est pas négligeable (2.).

### 1. Une réécriture nécessaire en raisons d'une législation devenue instable et confuse

6. La multiplication des réformes depuis 1996 (1.1) a concouru à créer un texte, devenu au fil du temps, assez confus (1.2).

#### 1.1 Multiplication des réformes depuis 1996

7. Onze textes en trente-deux ans, soit une loi en moyenne tous les trois ans avec une accélération depuis 2008, peu de matières ont connu pareille agitation. Pour bien mesurer cette instabilité et cette inflation législative, on peut énumérer ces textes : ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 ; loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996 (loi Galland) ; loi NRE du 15 mai 2001 ; loi du 2 août 2005 en faveur des PME (loi Dutreil) ; loi du 3 janvier 2008 (loi Chatel) ; loi LME du 4 août 2008 ; loi sur la régulation outre-mer du 20 novembre 2012 (loi Lurel) ; loi relative à la consommation du 17 mars 2014 (loi Hamon) ; loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques du 6 août 2015 (loi Macron) ; loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique du 9 décembre 2016 (loi Sapin 2) ; loi Egalim (loi pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et une alimentation saine et durable) du 30 octobre 2018. Ce à quoi il faut ajouter

l'actuelle refonte du titre IV du livre IV du code de commerce. De quoi évoquer, avec Guy Canivet, l'histoire sans fin des lois éphémères<sup>8</sup>.

#### 1.2 Un titre IV devenu confus

8. En raison de lois de circonstances et de lois d'affichage, souvent inutilement bavardes, le titre IV se compose de listes à la Prévert de comportements interdits. Entrant dans un luxe inutile de détails, voulant décrire par le menu chaque pratique interdite (la pratique de la corbeille de la mariée...), le législateur s'est lancé dans une course perdue d'avance, car, à peine le texte adopté, la pratique a déjà inventé soit une manière de contourner la règle, soit un nouveau moyen de renforcer la puissance d'achat de la grande distribution. Pour illustrer cette boulimie législative, on se contentera de noter que l'article L. 442-6, qui comportait, à l'origine, 5 pratiques prohibées, égrène maintenant pas moins de... 18 pratiques commerciales !

9. Conséquence de cette évolution, le titre IV s'est peu à peu déformé, d'autant plus que les ajouts successifs se sont souvent faits sans respecter la cohérence d'ensemble de cette partie du code de commerce, y compris entre ce qui doit relever soit de la transparence tarifaire, soit de l'interdiction des pratiques restrictives. Avec, également, des textes quasi inappliqués, mais maintenus pour des raisons que l'on ignore réforme après réforme.

### 2. Une réécriture adaptée à cette attente de clarification et de simplification

10. La loi Egalim a encadré avec précision le travail de réécriture (2.1). Le texte soumis au Conseil d'État respecte, dans l'ensemble, cette commande (2.2).

#### 2.1 Un travail de réécriture encadré par la loi d'habilitation

11. La loi d'habilitation, dans son article 17, se veut une réponse aux critiques entendues sur le titre IV. Elle encadre très strictement le travail de réécriture. Pour bien mesurer la précision de la commande, on reproduira ici le I du texte de loi :

*“I. - Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance, dans un délai de six mois à compter de la publication de la présente loi, toute mesure relevant du domaine de la loi nécessaire pour modifier le titre IV du livre IV du code de commerce afin :*

*1° De réorganiser ce titre et clarifier ses dispositions, notamment en supprimant les dispositions devenues sans objet et en renvoyant le cas échéant à d'autres codes ;*

<sup>8</sup> G. Canivet, L'histoire sans fin des lois éphémères, in *Mélanges en l'honneur d'Y. Serra*, Dalloz 2006, p. 69.

2° De clarifier les règles de facturation, en les harmonisant avec les dispositions du code général des impôts, et modifier les sanctions relatives aux manquements à ces règles ;

3° De préciser les dispositions relatives aux conditions générales de vente, en imposant notamment la formalisation par écrit, par le distributeur, des motifs de son refus d'acceptation de celles-ci, mettre en cohérence les dispositions relatives aux produits agricoles et alimentaires, notamment en ce qui concerne les références applicables aux critères et modalités de détermination des prix, avec les dispositions du code rural et de la pêche maritime et modifier les sanctions relatives aux manquements à ces règles pour prévoir des sanctions administratives ;

4° De simplifier et de préciser les dispositions relatives aux conventions mentionnées aux articles L. 441-7 et L. 441-7-1, et notamment :

a) Pour les conventions conclues entre les fournisseurs et les distributeurs ou les prestataires de services ainsi qu'entre les fournisseurs et les grossistes, le régime des avenants à ces conventions ;

b) Pour les conventions conclues entre les fournisseurs et les distributeurs ou les prestataires de services, la prise en compte des obligations réciproques auxquelles se sont engagées les parties afin de déterminer le prix ainsi que la définition du plan d'affaires et du chiffre d'affaires prévisionnel ;

5° De modifier les dispositions relatives aux dates d'envoi des conditions générales de ventes et aux dates de signature des conventions mentionnées aux mêmes articles L. 441-7 et L. 441-7-1 ;

6° De simplifier et de préciser les définitions des pratiques mentionnées à l'article L. 442-6, en ce qui concerne notamment la rupture brutale des relations commerciales, les voies d'action en justice et les dispositions relatives aux sanctions civiles ;

7° De modifier les dispositions de l'article L. 442-9 pour élargir l'interdiction de céder à un prix abusivement bas aux produits agricoles et aux denrées alimentaires, tout en supprimant l'exigence tenant à l'existence d'une situation de crise conjoncturelle, et préciser notamment les modalités de prise en compte d'indicateurs de coûts de production en agriculture.”

## 2.2 Le texte soumis au Conseil d'État respecte cette commande

### 2.2.1 Une réorganisation réussie du titre IV

12. La réorganisation proposée est cohérente. Elle suit les différentes étapes de la négociation commerciale et rend plus lisible le titre IV, y compris en regroupant dans un chapitre 3 les dispositions spécifiques aux produits agricoles et alimentaires.

13. On se permettra, cependant, deux remarques. Sur l'intitulé du chapitre 2, tout d'abord, “Des pratiques

commerciales déloyales entre entreprises”. Le mot “déloyal” pourrait, pour ceux qui sont éloignés de la matière, semer la confusion avec le “droit de la concurrence déloyale”, et ce, même si certaines des pratiques restrictives mentionnées ont pour origine cette branche du droit. Comme le soulignent J.-L. Fourgoux et L. Djavadi, on notera, en second lieu, quelques scories comme, par exemple, un article L. 441-4 qui traite dans son dernier alinéa des produits agricoles et laitiers, sujet pourtant réservé au chapitre 3<sup>9</sup>.

### 2.2.2 Un bilan mitigé sur le fond malgré des avancées réelles

14. Sur le fond, le texte transmis au Conseil d'État conduit, pour ce qui n'est qu'une première analyse, à faire quatre remarques<sup>10</sup>.

15. La première est une satisfaction. Elle concerne la rédaction nouvelle de l'ex-article L. 442-6, qui conduit à supprimer une quinzaine de pratiques précédemment prohibées. La simplification ainsi apportée est importante et bienvenue. Elle s'accompagne cependant d'un renforcement sensible de l'intervention du juge qui, à tous les stades de la vie contractuelle, va désormais pouvoir contrôler l'équilibre contractuel, et ce, même en dehors des rapports fournisseurs-distributeurs.

16. Concernant la rupture brutale des relations commerciales, on soulignera que le texte a évolué, passant de un an à dix-huit mois, répondant ainsi aux nombreuses critiques entendues pendant la phase de concertation.

17. La deuxième remarque nous conduit à constater que le texte confirme – ce n'est pas une surprise au regard de la loi Egalim – l'interdiction de la revente à perte. Au chapitre des confirmations, on notera également la procédure de l'ancien article L. 442-6 avec le pouvoir d'action du ministre de l'Économie et du parquet<sup>11</sup>.

18. On ajoutera, en troisième lieu, des points sur lesquels le texte déçoit. On pense notamment au cadre des contrats entre un fournisseur et un distributeur, qui est modifié mais sans apporter la simplification souhaitée. De même, on ne comprend pas pourquoi a été maintenue l'interdiction des prix imposés avec une sanction pénale alors que ce texte est, on le sait, très peu appliqué et toujours controversé.

19. Enfin, quatrième remarque, on déplorera qu'un travers déjà constaté, au lieu de se corriger, n'ait fait que s'aggraver. Il s'agit du mouvement introduit par la loi Hamon de la multiplication des sanctions administratives, qui s'amplifie avec le projet d'ordonnance. Comment s'en étonner quand on sait que c'est à l'administration elle-même que l'on a confié la nouvelle rédaction du titre IV ?

9 J.-L. Fourgoux et L. Djavadi, La réforme annoncée des pratiques restrictives de la concurrence : la partition inachevée ?, *Contrats, conc., consom.* mars 2019, n° 3, p. 16, spéc., p. 17.

10 V. égal. l'analyse proposée par J.-L. Fourgoux et L. Djavadi, op. cit.

11 Avec quelques précisions, comme l'inclusion de la réserve constitutionnelle d'information des victimes.

Avec ce résultat, contestable dans un État de droit, que la DGCCRF dispose des pouvoirs d'enquêter, de contrôler et de sanctionner sur la base de textes... qu'elle a elle-même rédigés ! Situation d'autant plus critiquable qu'il s'agit de relations entre acteurs privés et que les tribunaux administratifs ne sont pas suffisamment armés pour traiter de ce contentieux.

### TRANSITION

20. On pourra faire aux auteurs de l'ordonnance un certain nombre de reproches et de remarques sur le contenu du texte proposé. C'est normal et justifié et nul doute que le texte pourra encore être amélioré jusqu'à son adoption définitive.

21. Mais, pour ne pas en rester à un simple commentaire du projet d'ordonnance et pour prendre un peu de recul, force est de reconnaître que, sur le périmètre et l'ampleur de la réécriture, la copie est modeste et déçoit. Ce n'est pas le fait de la DGCCRF, qui n'avait pas le choix au regard de la loi d'habilitation et de la direction prise par la loi Egalim, comme on vient de le montrer. C'est plutôt au commanditaire qu'il faut maintenant s'adresser pour souligner que la question de la réécriture du titre IV, c'est aussi et malheureusement, semble-t-il, un rendez-vous manqué.

## II. La réécriture du titre IV : Un rendez-vous manqué ?

22. La création, à l'Assemblée nationale, le 26 mars dernier, d'une commission d'enquête sur les pratiques de la grande distribution<sup>12</sup>, à peine la loi Egalim adoptée, est bien la preuve que le législateur est conscient des limites de la loi nouvelle et de l'exercice de réécriture proposé dans la loi d'habilitation face au défi, qui reste intact, du contrôle de la puissance d'achat. À ce sujet, on ne peut que regretter un manque d'ambition (1.) et d'anticipation (2.) de la part des pouvoirs publics.

### 1. La réécriture proposée démontre un manque d'ambition

23. Ce manque d'ambition concerne à la fois la stabilité des objectifs à assigner au titre IV (1.1), la nécessaire vision d'ensemble du droit de la concurrence face à la puissance d'achat (1.2) ainsi que le nombre d'acteurs et le rôle de chacun (1.3).

<sup>12</sup> Commission d'enquête sur la situation et les pratiques de la grande distribution et de ses groupements dans leurs relations commerciales avec les fournisseurs, créée le 26 mars 2019.

### 1.1 La nécessaire stabilité des objectifs assignés au titre IV

24. La réécriture *a minima* proposée ne permet pas de préciser et figer les objectifs du titre IV, ce qui serait pourtant absolument nécessaire pour mettre fin à l'instabilité législative. En effet, force est de constater que les pouvoirs publics n'ont cessé de changer de point de vue depuis 1953 quant aux acteurs économiques à protéger.

25. Dans les années 1950 domine la volonté d'encourager les grandes surfaces pour lutter contre l'inflation, d'où la création de l'interdiction des pratiques discriminatoires. Devant la réussite des grandes surfaces, ce sont ensuite les petits commerçants qui furent victimes de pratiques discriminatoires, d'où la loi d'orientation du commerce et de l'artisanat du 27 décembre 1973, dite "loi Royer". Par la suite, ce sont les fabricants eux-mêmes qui ont exprimé leur ressentiment à l'égard de la grande distribution, d'où l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986<sup>13</sup>, qui a conservé l'interdiction des pratiques discriminatoires avec une extension au fait d'obtenir des avantages discriminatoires. On retrouve également cette volonté de protéger fournisseurs et petits commerçants dans la loi Galland de 1996. Ces mesures ont eu une conséquence négative : paralyser la concurrence par les prix entre les grandes surfaces au détriment des consommateurs. Pour redonner du pouvoir d'achat à ces derniers, la loi LME de 2008 a donc supprimé l'interdiction *per se* des pratiques discriminatoires et instauré la libre négociabilité. Mais une chose entraînant une autre, la concurrence exacerbée entre les grandes surfaces s'est faite au détriment des fournisseurs. Ceux-ci sont devenus à nouveau une priorité pour le législateur, qui, dans la loi Egalim, a décidé de l'augmentation du seuil de revente à perte pour les produits alimentaires. Ces revirements incessants ont de quoi donner le tournis et rien n'indique que, très bientôt, il ne faudra pas, de nouveau, légiférer pour corriger tel ou tel effet pervers ou satisfaire telle ou telle demande catégorielle.

### 1.2 La nécessaire vision d'ensemble du droit de la concurrence

26. Afin de contrôler la puissance d'achat et ses abus, un débat est plus que jamais nécessaire en faveur d'une meilleure coordination des outils du droit de la concurrence, d'une évolution possible de certains d'entre eux et, pourquoï pas, de la création de nouveaux instruments législatifs. C'est ainsi que l'on peut légitimement se demander si certaines interdictions sont à leur place comme, par exemple, l'interdiction des prix abusivement bas ou encore l'abus de l'état de dépendance économique, traités en tant que pratiques anticoncurrentielles et donc presque impossibles à sanctionner. D'autres questions se posent. La définition de la domination ne pourrait-elle pas être, par exemple, retravaillée afin de mieux lutter contre certains abus de la puissance d'achat ?

<sup>13</sup> Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

*Quid*, par ailleurs, de l'efficacité et de la place de l'article L. 462-10 du code de commerce tel que modifié récemment par la loi Egalim et *quid* de la question des injonctions structurelles déployées outre-mer mais interdites en métropole? Les sujets ne manquent pas, mais pour apporter des réponses efficaces, il faut remettre à plat, non pas une partie, mais tout le droit de la concurrence.

### 1.3 La nécessaire réduction du nombre d'acteurs et la clarification du rôle de chacun

27. Comment ne pas être frappé, en effet, de la diversité et de la multiplicité des acteurs? Pêle-mêle, on notera la DGCCRF, avec, comme on vient de le constater, un pouvoir de sanction administrative grandissant; le juge judiciaire, qui intervient de plus en plus dans la vie contractuelle; le ministre chargé de l'Économie, dont la place a été confirmée; la Commission d'examen des pratiques commerciales, maintenue en l'état par la réécriture du titre IV; et, pour finir, l'Autorité de la concurrence, qui a fait de la puissance d'achat l'un de ses deux axes prioritaires pour l'année 2019 avec le numérique! À cette multiplication des acteurs, on doit ajouter la question, qui reste entière, de la multiplicité des sanctions: amendes administratives, pénales et civiles.

## 2. La réécriture proposée démontre un manque d'anticipation

28. Ce manque d'anticipation apparaît à la fois au regard du droit européen (2.1), du droit français (2.2) et des évolutions à venir de la distribution (2.3).

### 2.1 Au regard du droit européen: Un manque d'anticipation dans la transposition de la directive européenne

29. À peine l'encre sèche, il faudra reprendre la plume puisqu'il faudra transposer la directive européenne en cours d'adoption, dont la philosophie est par ailleurs très différente puisqu'elle est construite sur des listes de clauses, pour certaines interdites, pour d'autres sous surveillance<sup>14</sup>. La directive proscriit, en premier lieu, les paiements tardifs concernant les denrées alimentaires périssables, les annulations de commande de dernière minute, les modifications unilatérales ou rétroactives des contrats et le fait d'obliger le fournisseur à rembourser les produits gaspillés. En second lieu, la directive autorise certaines autres pratiques à la condition qu'elles aient été convenues en des termes clairs et univoques entre les parties. Il s'agit du renvoi au fournisseur, par l'acheteur,

des denrées alimentaires invendues, du fait qu'un fournisseur doit verser une avance à l'acheteur pour obtenir ou maintenir un accord d'approvisionnement portant sur des denrées alimentaires et du financement, par le fournisseur, de la promotion ou de la commercialisation des produits alimentaires vendus par l'acheteur.

30. Même si le périmètre de la directive est limité, tant en ce qui concerne le secteur d'activité visé (la chaîne d'approvisionnement alimentaire) que la taille des entreprises (les agriculteurs et les petites et moyennes entreprises de l'agroalimentaire), il n'en reste pas moins que la transposition de la directive conduira inmanquablement à retoucher une nouvelle fois le titre IV.

### 2.2 Au regard du droit français

31. Le droit des pratiques restrictives repose pour partie sur le droit de la responsabilité civile, dont il fait une application adaptée dans le but de sanctionner les comportements déviants. Il est donc dépendant de la réforme à venir de cette branche importante du droit français, une évolution possible qui n'a pas non plus été anticipée. Au passage, on déplorera également que la réécriture proposée n'ait pas tenu compte des évolutions récentes du droit français des contrats, créant une relation confuse, pour ne pas dire conflictuelle, avec le droit commun.

### 2.3 Un manque d'anticipation au regard de l'évolution de la distribution

32. L'approche retenue pourrait laisser penser que l'on peut envisager en 2019, comme on l'a toujours fait, la réécriture du titre IV dans le seul cadre hexagonal. C'est oublier un peu vite l'internationalisation et surtout l'euro-péanisation des centrales d'achat. Les structures d'achat à l'international étaient, en effet, jusqu'à présent, surtout des centrales de services, facturant aux grandes marques des opérations commerciales diverses, ou des centrales de référencement, prélevant un péage avant d'entrer dans les négociations pays par pays. Eurelec Trading a innové, car elle est une véritable centrale d'achat au plan européen. Elle pourrait être suivie par beaucoup d'autres, avec des risques de contournement de la loi française, ce qui pourrait rendre vain le travail de simplification et de réorganisation du droit français.

33. Sur un autre point, on peut regretter que ce travail de réécriture n'ait pas été précédé d'une réflexion globale sur le possible renforcement de la puissance d'achat, conséquence de l'arrivée de nouveaux acteurs et de nouveaux modes de consommation. On ne citera qu'un seul exemple: celui-ci d'Amazon qui, après s'être imposé dans le non-alimentaire, investit désormais aussi dans l'alimentaire, avec des pratiques qui sont déjà pointées du doigt et des conséquences préoccupantes quant à notre sujet puisque, depuis le rachat aux États-Unis de Whole Foods en juin 2017, plusieurs cadres clefs de cette entreprise ont quitté leur poste et le groupe a demandé aux

<sup>14</sup> Parl. eur. et Cons., Proposition de directive du 12 avril 2018 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement alimentaire, COM (2018), 173 final, 12 avril 2018.

fournisseurs de baisser leurs prix de 25 %<sup>15</sup>. Nul doute que, comme souvent, ces évolutions nées outre-Atlantique ne vont pas manquer d'apparaître chez nous ; la question étant donc de savoir si nous sommes juridiquement armés pour y faire face.

## Conclusion

**34.** Cette réécriture est donc un exercice utile mais insuffisant. Au-delà des questions de fond, le recours à l'ordonnance en est en partie la cause. En effet, l'auteur de l'ordonnance s'est trouvé enfermé dans la commande passée par le gouvernement qui s'est peut-être privé, à tort, d'un débat utile et nécessaire. La loi Egalim ne règlera pas, en effet, tout le monde en convient désormais, l'ensemble des problèmes rencontrés. Par ailleurs, le sujet n'est pas que technique, il est aussi politique. C'est pourquoi on ne peut que regretter que l'on se soit dispensé des débats au Parlement qu'aurait permis un projet de loi. D'autant plus qu'il n'y avait aucune urgence à faire ce travail de réécriture mais, bien au contraire, plusieurs raisons d'attendre

un peu. À ce sujet, il faut tordre le cou à cette idée que le législateur serait le premier fautif de l'inflation législative et du manque de qualité des textes. En effet, la multiplication des projets de loi et des amendements vient essentiellement des ministres successifs. On l'a encore vu, récemment, à l'occasion de la loi Egalim, avec, par exemple, le renforcement du contrôle de l'Autorité de la concurrence sur les rapprochements entre centrales d'achat dû à un amendement du gouvernement déposé après l'examen en commission et adopté dans l'hémicycle alors que le texte initial ne traitait pas de la question.

**35.** À défaut de réécrire le titre IV, l'Assemblée nationale a choisi, par dépit ou par conviction, de s'emparer du sujet de la puissance d'achat à travers une commission d'enquête. Il faut espérer que ses travaux déboucheront sur des propositions utiles et ambitieuses sur un sujet complexe et loin d'être épuisé, celui de la place et du rôle du titre IV du livre IV du code de commerce dans l'ensemble des outils du droit de la concurrence pour un meilleur équilibre des relations fournisseurs-distributeurs. ■

---

Lire également Frédéric Jenny, *Le régime juridique des pratiques restrictives de concurrence en question*, février 2019, Revue Concurrences N° 1-2019, Art. N° 89449, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com).

---

15 M. Fabre, Google-Carrefour, Amazon-Monoprix, Alibaba-Auchan... Quand les GAFA avalent la grande distribution, *Novethic*, 20 juin 2018.

# La réorganisation du titre IV

## Le déséquilibre significatif, figure centrale des pratiques commerciales déloyales dans l'ordonnance du 24 avril 2019 ?

---

### Martine Behar-Touchais

[martine.bekar-touchais@univ-paris1.fr](mailto:martine.bekar-touchais@univ-paris1.fr)

#### Professeur

École de droit de la Sorbonne (Paris I)

Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS-André Tunc)

#### Ancien membre

Collège du Conseil de la concurrence

---

1. N'est pas Portalis qui veut ! C'est sans doute ce qui marque à la lecture de l'ordonnance n° 2019-359 réformant le titre IV du livre IV du code de commerce, devenue l'ordonnance du 24 avril 2019.

À la décharge du gouvernement, les textes de ce titre IV ont toujours été rédigés avec lourdeur, et n'ont jamais ressemblé de près ou de loin à des textes du code civil. Mais, il en est un parmi les autres qui aurait pu y ressembler toutefois. Il s'agit du texte sur le déséquilibre significatif, qui va précisément nous occuper ici.

Dans le passé, de nombreuses lois qualifiées d'éphémères par Guy Canivet<sup>1</sup> se sont égrenées pendant des années en notre matière, pour tenter d'équilibrer des relations commerciales souvent déséquilibrées *a priori*<sup>2</sup>.

Né avec la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, dite "loi LME", l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce sur le déséquilibre significatif a

remplacé l'abus de dépendance économique, qui avait brillé par son ineffectivité<sup>3</sup>.

Après de multiples lois inefficaces, le législateur avait enfin trouvé un texte donnant beaucoup de pouvoirs à l'administration économique et au juge pour intervenir sur les relations d'affaires. S'il est une qualité que l'on pouvait reconnaître à ce texte, c'est précisément son efficacité, qui résulte du cocktail suivant :

- de grands pouvoirs donnés à l'auteur des poursuites avec l'action exorbitante du ministre de l'Économie ;
- des sanctions qui n'ont fait que se renforcer, en l'occurrence l'amende civile, mais surtout les restitutions après nullité.

Le succès du texte a été si grand que le texte a essaimé en droit commun des contrats (art. 1171 du code civil), mais attention, sans les pouvoirs du ministre, sans le contrôle du prix et sans l'amende civile, ce qui fait tout de même très sérieusement la différence<sup>4</sup>.

Toujours est-il que l'efficacité du texte n'a pas empêché les problèmes de subsister dans notre domaine :

---

1 L'histoire sans fin des lois éphémères (ou de la régulation des relations entre la production et la grande distribution) in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 69 ; v. aussi M. Malaurie-Vignal, Une loi provisoire, une loi pour rien, *Contrats, conc., consom.* février 2008, n° 2, comm. 40.

2 Cf. not. et sans exhaustivité : ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 instaurant le contrôle des prix ; loi Royer du 27 décembre 1973 protégeant le commerce de proximité contre les grandes surfaces ; ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 instaurant la liberté des prix, et se préoccupant des risques d'abus ; lois Galland (1<sup>er</sup> juillet 1996) et Raffarin (5 juillet 1996) protégeant le commerce de proximité ; loi NRE du 15 mai 2001 portant création de la CEPC et renforçant des pouvoirs du ministre ; loi PME du 2 août 2005 instaurant un transfert progressif des marges arrière dans le SRP ; loi Chatel du 3 janvier 2008 faisant du prix trois fois net, le SRP ; loi LME du 4 août 2008 instaurant la liberté de négociabilité du prix et supprimant l'interdiction *per se* de la discrimination.

3 Cf. sur cette question, M. Behar-Touchais et R. Amaro, À propos du livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non alimentaire interentreprises en Europe (Réponse du réseau Trans Europe Experts), *RLC* 2013, n° 36 p. 35 et s.

4 Le texte civil repose en outre sur la notion de contrat d'adhésion, qui est finalement moins exigeante que celle de soumission.

- L'action devant le juge civil est longue et donc coûteuse. Il y a beaucoup de recours, parfois jusque devant la Cour européenne des droits de l'homme. Elle ne pouvait être étendue à toutes les pratiques, et notamment aux manquements à l'exigence de convention annuelle, ou aux manquements aux exigences légales en matière de délais de paiement. C'est ce qui explique la création par la loi Hamon du 17 mars 2014 d'une procédure de redressement économique avec sanctions administratives, inspirée du redressement fiscal, pour ces autres matières.
- Subsistaient également les problèmes de l'agriculture, de plus en plus aigus. L'industriel pressurait l'agriculteur pour obtenir de lui un si faible prix que cela ne couvrait pas ses prix de production. Et il s'en défendait en invoquant le fait qu'il avait été lui-même contraint de consentir un faible prix à la grande distribution. Que ces pressions à la baisse soient dues aux fournisseurs, ou à la grande distribution, ou probablement un peu aux deux, une chose était certaine : l'agriculteur, lui, avait de plus en plus de mal à vivre de son travail.

C'est ce qui a justifié la réunion des États généraux de l'alimentation pour trouver une solution, et la loi Egalim du 30 octobre 2018, qui a prévu que la construction du prix devait se faire à partir du prix de revient des agriculteurs, et non l'inverse.

Mais cette loi a aussi habilité le gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance, notamment sur deux points. Tout d'abord, il s'est agi de limiter les nouveaux instruments promotionnels (NIP) en quantité et d'augmenter le seuil de revente à perte (SRP) en matière alimentaire. C'est ce qu'a fait aussitôt l'ordonnance n°2018-1128 du 12 décembre 2018. Mais ensuite, le gouvernement a été habilité à réformer par ordonnance le titre IV du livre IV du code de commerce. Il faut cependant bien lire le texte de l'habilitation pour comprendre ses limites.

L'article 17 de cette loi Egalim dispose en effet que : *"I. - Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance, dans un délai de six mois à compter de la publication de la présente loi, toute mesure relevant du domaine de la loi nécessaire pour modifier le titre IV du livre IV du code de commerce afin :*

*1° De réorganiser ce titre et clarifier ses dispositions, notamment en supprimant les dispositions devenues sans objet et en renvoyant le cas échéant à d'autres codes ; (...)*

*4° De simplifier et de préciser les dispositions relatives aux conventions mentionnées aux articles L. 441-7 et L. 441-7-1, et notamment (...) b) Pour les conventions conclues entre les fournisseurs et les distributeurs ou les prestataires de services, la prise en compte des obligations réciproques auxquelles se sont engagées les parties afin de déterminer le prix ainsi que la définition du plan d'affaires et du chiffre d'affaires prévisionnel ; (...)*

*6° De simplifier et de préciser les définitions des pratiques mentionnées à l'article L. 442-6, en ce qui concerne notamment la rupture brutale des relations commerciales, les voies d'action en justice et les dispositions relatives aux sanctions civiles (...)"*<sup>5</sup>

Le gouvernement n'a donc pas reçu le pouvoir de modifier ces textes.

En tout état de cause, dans le cas contraire, on pourrait se demander s'il est bien raisonnable de confier la rédaction de l'ordonnance à ceux dont les pouvoirs pourraient être ainsi augmentés.

2. Quoi qu'il en soit, on observera que, de prime abord, il n'y a pas beaucoup d'innovation dans l'ordonnance du 24 avril 2019 qui a été adoptée, ce qui se comprend puisque la loi d'habilitation n'habilitait pas le gouvernement à innover, mais à ordonner, à simplifier et à préciser.

Mais il y a un réel toilettage. La simplification est donc bien au rendez-vous. On n'a plus un article L. 442-6 I avec treize clauses qui engagent la responsabilité de leur auteur.

Dans cette liste, trois textes s'appliquaient effectivement. On va les retrouver dans la réforme, un peu déformés toutefois.

Beaucoup de pratiques abusives sont formellement supprimées dans la liste de l'article L. 442-6 du code de commerce. Ainsi en est-il du fait :

*"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 ;*

*7° D'imposer une clause de révision du prix, en application du cinquième alinéa du I de l'article L. 441-7 ou de l'avant-dernier alinéa de l'article L. 441-7-1, ou une clause de renégociation du prix, en application de l'article L. 441-8, par référence à un ou plusieurs indices publics sans rapport direct avec les produits ou les prestations de services qui sont l'objet de la convention ;*

*8° De procéder au refus ou retour de marchandises ou de déduire d'office du montant de la facture établie par*

<sup>5</sup> Les seuls cas où la loi habilita le gouvernement à "modifier" sont les suivants : *"5° De modifier les dispositions relatives aux dates d'envoi des conditions générales de ventes et aux dates de signature des conventions mentionnées aux mêmes articles L. 441-7 et L. 441-7-1 ; (...)*

*7° De modifier les dispositions de l'article L. 442-9 pour élargir l'interdiction de céder à un prix abusivement bas aux produits agricoles et aux denrées alimentaires, tout en supprimant l'exigence tenant à l'existence d'une situation de crise conjoncturelle, et préciser notamment les modalités de prise en compte d'indicateurs de coûts de production en agriculture."*

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 L. 441-6, à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour l'exercice d'une activité professionnelle ;

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 L. 112-6 du code de la consommation ;

11° D'annoncer des prix hors des lieux de vente, pour un fruit ou légume frais, sans respecter les règles définies aux II et III de l'article L. 441-2 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.”

D'autres sont déplacées : l'article L. 442-6 I 6° sur la revente des produits d'un réseau de distribution sélective par un importateur parallèle hors réseau fait l'objet d'un article autonome, l'article L. 442-2. Le rapport au président de la République qui accompagne à présent l'ordonnance explique cela de la manière suivante : “*Dans la mesure où le champ d'application de la pratique illicite du 6° du I de l'actuel article L. 442-6 ne concerne pas uniquement les relations entre deux cocontractants, mais a vocation à sanctionner aussi les tiers au contrat, il a été décidé de séparer cette pratique des trois autres pratiques précitées et d'en faire un article spécifique (nouvel article L. 442-2). En effet, le nouvel article L. 442-1 a vocation à s'appliquer entre les parties au contrat, ce qui n'est pas le cas de la pratique illicite régie par le 6° du I de l'actuel article L. 442-6 du code de commerce. Le maintien de cette pratique illicite dans le code de commerce, qui avait initialement été supprimée du projet d'ordonnance, a été unanimement souhaité par les professionnels consultés par le gouvernement. Elle exerce un effet dissuasif à l'encontre d'une pratique qui tend à fragiliser les réseaux de distribution sélective.*”

La liste des clauses nulles en vertu de l'article L. 446-2 II du code de commerce, qui comptait cinq clauses, devient dans la réforme une liste de deux clauses (nouvel article L. 442-3 dans le projet) : les remises ou ristournes ou accords de coopération commerciale rétroactifs, et la clause *pari passu* du client le plus favorisé.

3. Le déséquilibre significatif (sous ces deux visages : contrôle du prix et des autres clauses) n'est pas finalement la seule pratique qui concentre tout.

Il reste par exemple la rupture brutale des relations commerciales établies (nouvel article L. 442-1 II), pour laquelle la nouveauté tient au fait qu'un montant limite est imposé au préavis : mais dans le texte initial de l'ordonnance, il était prévu que si le juge trouve que le préavis n'a pas été raisonnable, il ne pouvait fixer un préavis supérieur à un an, ce qui aurait apporté beaucoup de sécurité juridique. Le texte finalement adopté indique que “*la responsabilité de l'auteur ne peut être engagée dès lors qu'il a respecté un préavis de 18 mois*”. D'une part, ces dix-huit mois sont peut-être longs. D'autre part, la rédaction maladroite de la phrase pourrait laisser penser qu'il faudrait en toute chose un préavis de dix-huit mois. La sécurité juridique voulue ne sera sans doute pas au rendez-vous.

Donc, l'objectif de simplification paraît atteint au regard des règles de fond. Le déséquilibre significatif est contenu dans l'article L. 442-1 I nouveau du code de commerce, qui dispose : “*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.”

4. Mais il ne faut pas s'arrêter à cette première impression de simplification.

C'est toujours en quelque sorte le deuxième effet qui est important.

À mieux y regarder, on verra qu'il y a tout d'abord des innovations dissimulées précisément sous l'apparence de la continuité, probablement délibérément, ce que conforte le silence du rapport au président de la République sur certains de ces points.

Sans doute est-ce dû à une volonté de revenir sur les jurisprudences qui gênent, ce que nous montrerons plus loin.

Ensuite, la simplification est bien moindre au regard des sanctions, compte tenu d'une rédaction qui reste infiniment maladroite et confuse.

Il nous semble donc qu'il y a en réalité une extension partiellement dissimulée des règles de fond du déséquilibre significatif (I.) et une extension confuse de la sanction du déséquilibre significatif (II.)

# I. L'extension partiellement dissimulée des conditions de fond du déséquilibre significatif

5. Quand on lit le texte de l'article L. 442-1 du code de commerce, on se sent en terrain connu, et l'on a l'impression que presque rien n'a été modifié. Le texte apparaît tout d'abord toilé (1.), et l'on voit aussi qu'il présente deux hypothèses, donnant l'impression que le déséquilibre significatif a été simplement dédoublé, alors qu'il en ressort profondément transformé (2.).

## 1. Le toilettage du texte ou l'extension assumée du déséquilibre significatif

6. *A priori*, on a donc l'impression que le texte nouveau n'a fait qu'étendre la notion d'auteur du déséquilibre significatif (1.1), celle de victime (1.2) ainsi que le moment auquel celui-ci pourra survenir (1.3).

### 1.1 L'extension de la notion d'auteur du déséquilibre significatif

7. Le texte ancien visait *"tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers"*. C'est remplacé par *"toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services"*.

Il en résulte une extension<sup>6</sup> du champ d'application du texte : par exemple, un professionnel libéral qui exerce une activité de services pourrait aussi être concerné<sup>7</sup>.

Le bail commercial devrait rester hors du champ d'application du nouveau texte, car la Cour de cassation s'était fondée uniquement sur le fait que le bailleur n'avait pas une telle activité, en décidant que *"seules les activités de production, de distribution ou de services entrant dans le champ d'application de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce, la cour d'appel, sans excéder ses pouvoirs, en a exactement déduit que le litige, qui portait sur l'exécution d'un bail commercial, ne relevait pas des juridictions spécialement désignées pour statuer en application de ce texte"*<sup>8</sup>. On peut toutefois douter de la pertinence de cet arrêt,

6 Par exemple, mais c'est une hypothèse d'école, un artisan non inscrit au registre des métiers pourra par exemple se rendre coupable d'un déséquilibre significatif.

7 En revanche, cela ne changera rien, par exemple, pour la rupture brutale par une clinique des relations avec un médecin, car le texte ne vise ici que l'auteur de la pratique restrictive, et il parle toujours d'une rupture brutale des relations commerciales, et non d'une rupture des relations professionnelles

8 Cass. 3<sup>e</sup> civ., 15 février 2018, n° 17-11.329.

l'activité de services étant extrêmement large, surtout pour les baux de galeries marchandes (qui sont ceux qui comportent le plus souvent des clauses abusives), pour lesquels le bailleur consent souvent aussi des services au preneur.

En tout état de cause, il faut bien avoir conscience que, dans un contexte où le déséquilibre significatif est également sanctionné en droit commun (art. 1171 du code civil), toute extension du texte spécial a une conséquence recherchée par les auteurs du texte : à savoir étendre les pouvoirs du ministre.

### 1.2 L'extension de la notion de victime par la suppression du partenaire commercial

8. Le texte ancien visait *"le partenaire commercial"*. C'est remplacé par *"l'autre partie"*.

Quand l'article L. 442-6 I 2° avait été adopté, nombreux considéraient que la notion de partenaire commercial dans l'article L. 442-6 I 2° de l'époque n'était pas une condition de plus, en tout cas pas une condition contraignante. C'était une manière de parler de l'autre partie.

Mais la jurisprudence en avait fait petit à petit un critère, de plus en plus exigeant.

Au début les décisions des juges du fond avaient révélé l'absence de lignes directrices, et surtout la confusion existante en la matière<sup>9</sup>.

Puis la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 27 septembre 2017<sup>10</sup>, avait donné une définition plutôt restrictive. Rejetant l'action du ministre, elle avait refusé de qualifier de partenariat commercial un contrat d'abonnement de site Internet, au motif que la condition de *"partenaire commercial"* n'était pas remplie. Elle avait défini le partenaire commercial 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 (...)[cela] traduit la volonté de développer des relations stables et établies (...) pour coopérer autour d'un projet commun"*.

9 V. p. ex., en faveur de la qualification de partenariat commercial : pour le contrat de crédit (CA Paris, 7 juin 2013, n° 11/08674) ; pour la location financière de longue durée (CA Paris, 23 mai 2013, n° 12/01166), pour le crédit-bail (CA Lyon, 20 mars 2014, n° 12/00427) ; contre la qualification de partenariat commercial : un contrat de location ou de sous-location (CA Nancy, 31 mai 2012, n° 09/2012) ; un contrat de courtage (CA Paris, 11 mars 2014, n° 13/11938) ; ou un contrat de création de site Web (CA Aix-en-Provence, 10 mars 2016, n° 2016/140) ; un contrat de location financière d'un site Internet (CA Paris, 28 mai 2018, RG 16/11262).

10 RG 16/00671.

La Cour de cassation quant à elle avait entériné l'existence d'un partenariat commercial dans les relations industrie-commerce dans l'affaire *Darty*<sup>11</sup>, mais sans donner aucune définition. Puis elle l'avait exclue pour des relations avec des tiers<sup>12</sup>.

La DGCCRF, rédactrice de l'ordonnance, ne cache pas ici qu'elle a voulu éradiquer cette jurisprudence ("*pallier cette exclusion*" en termes diplomatiques). Le rapport au président de la République précise que : "*Le 1° du I de l'actuel article L. 442-6 et le 2° du I de l'actuel article L. 442-6 exigent que l'auteur de la pratique obtienne un avantage sans contrepartie de son 'partenaire commercial' ou impose un déséquilibre significatif à ce même partenaire. Or, la jurisprudence définit limitativement cette notion de 'partenaire commercial' en exigeant notamment que le partenariat formalise la volonté des parties de construire une relation suivie, excluant par la même toute relation commerciale qui n'aurait pas vocation à être reconduite dans la durée. Pour pallier cette exclusion, le nouvel article L. 442-1 du code de commerce remplace cette notion de 'partenaire commercial' par celle de 'l'autre partie' au contrat, qui est une notion plus adaptée en ce qu'elle permet d'inclure toutes les situations où la pratique illicite est imposée à un cocontractant dans le cadre de son activité de distribution, de production ou de service. Le renvoi à cette notion d'autre partie au contrat est également en cohérence avec la modification du champ d'application qui prévoit que les pratiques sont appréhendées de la négociation à l'exécution du contrat.*"

En d'autres termes, le ministre n'aime pas être débouté. L'ordonnance lui permet d'écarter les jurisprudences qui le gênent. Là encore, on peut se demander s'il était bien judicieux de confier au ministère de l'Économie la rédaction d'un texte susceptible d'accroître ses pouvoirs.

9. Finalement la DGCCRF choisit de supprimer cette expression qui pourrait la contraindre hors les rapports industrie-commerce. Et même si l'on n'aime pas le procédé qui consiste à supprimer une jurisprudence qui gêne par ordonnance, on peut convenir que cette modification emportera une certaine simplification.

Mais la notion de "partie" qui remplace le partenaire commercial n'est pas uniquement la partie au contrat. Ce pourra être aussi la partie à la négociation, compte tenu du changement concernant le moment de la négociation.

Quoi qu'il en soit, voici un second élargissement du texte, qui intervient quand le gouvernement avait seulement reçu pouvoir de "*simplifier et de préciser les définitions des pratiques mentionnées à l'article L. 442-6*" (art. 17 6° de la loi Egalim). Le rapport précité au président

de la République montre clairement que le gouvernement a voulu modifier le texte, et a dépassé les limites de son habilitation. Mais, il est probable que le Parlement entérinera cette modification lors de la loi de ratification.

### 1.3 L'extension du moment du déséquilibre significatif en visant la négociation commerciale, la conclusion ou l'exécution d'un contrat

10. Le gouvernement reconnaît dans le rapport au président de la République qu'il consacre ici une "*modification du champ d'application qui prévoit que les pratiques sont appréhendées de la négociation à l'exécution du contrat*".

En effet, dans le texte de l'article L. 442-6 I 2, il n'y avait pas de moment d'indiqué. Le texte nouveau précise qu'il appréhende la pratique "*dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat*".

11. On sait que le déséquilibre significatif provient d'un déséquilibre dans la négociation. Mais punir de manière autonome le déséquilibre significatif dans la négociation va beaucoup plus loin, car cela devrait signifier que l'on pourra sanctionner le déséquilibre significatif lors de la négociation, et même si elle n'aboutit pas à la conclusion du contrat<sup>13</sup>. En effet, si elle aboutit, on se trouve dans le cadre classique de la conclusion du contrat, et il était tout à fait inutile de rajouter le déséquilibre significatif dans la négociation, en tant qu'infraction autonome.

Mais la question se pose : peut-on être "soumis", si la négociation n'aboutit pas ? Le fait de n'avoir pas consenti à une clause déséquilibrée devrait montrer que l'on n'a pas été soumis. Ce n'est manifestement pas ce que pense la DGCCRF, qui sans cela n'aurait pas introduit le déséquilibre significatif autonome dans la négociation. Elle pense certainement invoquer, dans ce cas, une tentative de soumission.

Mais alors, n'est-ce pas une manière de revenir sur le principe énoncé dans la jurisprudence<sup>14</sup>, selon lequel on est libre de ne pas conclure le contrat, dès lors qu'on n'a pas d'intention de nuire, et que l'on ne fait croire à l'autre partie que l'on a encore l'intention de conclure le contrat, alors qu'on ne l'a plus ?

La crainte existe que le déséquilibre significatif lors des négociations soit une manière d'accroître les fautes pouvant être commises dans la rupture des pourparlers.

11 Cass. com., 26 avril 2017, n° 15-27.865.

12 Cass. com., 31 janvier 2018, n° 16-24.063 : "(...) le partenariat commercial visé à l'article L. 442-6, I, 1° et 2° du code de commerce s'entendant d'échanges commerciaux conclus directement entre les parties, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que ce texte n'avait pas vocation à s'appliquer à la situation de l'espèce, dès lors qu'il n'existe pas de relation commerciale entre la société Motor Box et la société Axa, laquelle intervient comme tiers payeur, au titre d'un contrat d'assurance souscrit par le client du réparateur." Donc pour être partenaire commercial, il faut avoir un lien contractuel direct.

13 Notons que, dans le passé, l'absence de clause de renégociation des acomptes avait pu être jugée atteinte d'un déséquilibre significatif (cf. nos obs., Première sanction du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce (TC Lille, 6 janvier 2010, RDC 2010, p. 928)). Mais là encore cette absence de clause figurait, si l'on peut dire, dans le contrat définitivement conclu.

14 Cass. com., 26 novembre 2003, n° 00-10.243 00-10.949.

Refuser de modifier une clause déséquilibrée sans proposer de rééquilibrage pourrait être demain considéré comme un déséquilibre significatif lors des négociations.

L'extension du texte serait ici considérable, et il faut espérer que les juges sauront la contenir.

12. Cela pourrait en revanche jouer lors de la renégociation. On sait qu'avant que l'article L. 441-8 du code de commerce n'ait été adopté, la clause de renégociation en cas de baisse du prix des matières premières, mais non de hausse, sauf accord du grand distributeur, avait été jugée déséquilibrée significativement<sup>15</sup>. Mais cette clause avait été adoptée, et un déséquilibre significatif lors de la conclusion du contrat suffisait.

13. Le déséquilibre significatif lors de la conclusion du contrat est celui que l'on connaît. On n'ignore pas non plus celui qui survient lors de l'exécution. Une clause équilibrée a été stipulée, et une des parties refuse de l'appliquer, ou l'applique mal, ou en fait une interprétation unilatérale à son seul avantage. C'est moins la clause que la pratique qui est ici sanctionnée.

On a déjà été confronté à cela dans le passé, avec l'arrêt *Provera*<sup>16</sup>, qui a sanctionné une clause qui donnait au distributeur la possibilité de déréférencer un fournisseur unilatéralement, sans préavis ni indemnisation, en raison d'une sous-performance du produit<sup>17</sup>. Le simple fait de pouvoir abuser de la clause a conduit à la juger déséquilibrée, ce qui était pour le moins excessif. En effet, le droit commun aurait permis de sanctionner l'abus dans la mise en jeu de la clause, par exemple en plaçant le produit tout en bas des linéaires, de sorte qu'il y ait une sous-performance du produit. Mais en droit commun, le ministre n'a aucun pouvoir. Prévoir le déséquilibre significatif dans l'exécution du contrat permettra au ministre d'intervenir, même pour faire constater uniquement l'abus dans l'exécution du contrat.

Encore une fois, le texte est rédigé pour accroître les pouvoirs du ministre. Toutefois, dans ce dernier exemple, nous préférons que la clause ne soit pas jugée abusive parce qu'elle permettrait l'abus, et que seul l'abus dans la mise en œuvre de la clause soit sanctionné.

Déjà ce toilettage du texte a montré une extension du champ d'application du texte, alors que le mouvement en droit interne était plutôt à un recul<sup>18</sup>. Mais le séisme souterrain est ailleurs.

15 Cass. com., 3 mars 2015, *Eurauchan*, n° 13-27.525; TC Lille, 7 septembre 2011, *RDC* 2012, p. 143 et nos obs., L'intangibilité du contrat annuel entre fournisseur et enseigne de la grande distribution confrontée à la hausse du prix des matières premières; CA Paris, 11 septembre 2013, *RDC* 2014, p. 231 et nos obs., Quand la cour d'appel de Paris tente de systématiser le déséquilibre significatif.

16 Cass. com., 3 mars 2015, *Provera*, n° 14-10.907.

17 La Cour de cassation affirme que "la sous-performance du produit (...) est directement liée aux conditions dans lesquelles le distributeur le présente à la vente", ce qui nie le fait qu'elle peut être due au produit lui-même.

18 Cf. nos obs., L'expansion stoppée de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce sur le déséquilibre significatif (Cass. com., 11 mai 2017, n° 14-29.707; Cass. com., 18 octobre 2017, n° 16-18.864; CA Paris, 27 septembre 2017, pôle 5, ch. 4, RG 16/00671; Cass. com., 24 mai 2017, n° 15-18.484), *RDC* 2018 p. 67 et s.

## 2. Le dédoublement du déséquilibre significatif ou l'extension cachée des pouvoirs du ministre

14. Il y a aujourd'hui, à côté du déséquilibre significatif qui dit son nom, un autre déséquilibre significatif qui ne dit pas son nom (2.1). Et tout cela a pour but pour le ministre de se soustraire à la condition de soumission (2.2).

### 2.1 À côté du déséquilibre significatif classique, un déséquilibre significatif qui ne dit pas son nom

#### 2.1.1 Le déséquilibre significatif classique

15. L'article L. 442-1 2° ressemble de très près à l'article L. 442-6 I 2° (sauf que "l'autre partie" a remplacé "le partenaire commercial").

*A priori*, les auteurs de l'ordonnance n'ont pas cédé aux sirènes du droit de l'Union, et à la liste de clauses noires car déséquilibrées que l'on trouve dans le projet de directive sur les pratiques commerciales déloyales entre professionnels dans la chaîne alimentaire, qui est en voie d'être adopté.

Le déséquilibre significatif classique reste une *clausula generalis* et punit le fait de "soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties".

Il n'est rien dit dans l'ordonnance de l'analyse concrète et du rééquilibrage, ce qui permet à la jurisprudence sur ces notions de se maintenir, sauf pour les deux clauses noires qui subsistent.

16. On peut tout de même penser que, pour tout ce qui a été supprimé dans l'article L. 442-6 I 2°, il y a aura un indice sérieux de déséquilibre significatif. C'est ce que reconnaît le rapport au président de la République en ces termes : "Les pratiques énumérées aux 3°, 4°, 7°, 8°, 9°, 10°, 11°, 12°, 13° du I de l'actuel article L. 442-6 sont supprimées. Ces fondements juridiques étaient très peu utilisés devant les juridictions commerciales. Par ailleurs, les comportements illicites qu'elles visent à réprimer pourront être poursuivis sur le fondement du déséquilibre significatif (1° du nouvel article L. 442-1) ou de l'avantage sans contrepartie (2° du nouvel article L. 442-1) dont le champ d'application a été élargi dans cette optique. Ainsi, cette simplification n'a pas pour objet de rendre les pratiques et clauses actuellement prohibées licites. Il s'agit de recentrer les pratiques restrictives de concurrence sur des notions générales qui permettent d'englober les nombreuses clauses et pratiques énumérées dans l'actuel L. 442-6 du code de commerce"<sup>19</sup>.

19 Cf., p. 15.

Mais le plus grave est ailleurs. Il est dans le déséquilibre significatif qui ne dit pas son nom.

### 2.1.2 Le déséquilibre significatif qui ne dit pas son nom

17. L'article L. 442-6 I 1° condamnait le fait "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". Suivaient alors des exemples.

Le texte nouveau de l'article L. 442-1 I 1° du code de commerce condamne à présent le fait "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".

18. On peut d'abord relever que, dans un souci de simplification, le maintien du 1° ne s'imposait pas, à partir du moment où le déséquilibre significatif s'appliquait au prix, ce qui résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>20</sup> et du Conseil constitutionnel<sup>21</sup>.

Après la décision du Conseil constitutionnel, l'affaire était entendue. On n'avait donc plus besoin du 1° de l'article L. 442-6. Tout service sans contrepartie, toute remise ou ristourne sans contrepartie ou avec un prix disproportionné entrainait dans la définition du déséquilibre significatif.

19. Et pourtant, le gouvernement maintient ce texte, et même en élargit considérablement le champ d'application.

Dans le texte ancien, l'article L. 442-6 I 1° était limité aux services ("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"). Cela est élargi, des services, à tout avantage sans contrepartie ou avec une contrepartie disproportionnée.

En outre, avec la décision précitée du Conseil constitutionnel, on pouvait se demander si le contrôle du prix inclus dans le déséquilibre significatif ne pouvait jouer ou non que si l'article L. 441-7 s'appliquait<sup>22</sup>. Avec le texte nouveau, plus de discussion, il n'y a plus de limite : tout avantage sans contrepartie ou avec une contrepartie disproportionnée est nul. C'est un contrôle généralisé de la lésion qui est consacré.

La seule condition tient au fait que la lésion doit être imputable à une "personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services". Et peut-être, la jurisprudence ajoutera-t-elle que la victime doit être professionnelle, parce que l'on est dans le code de commerce ?

Le rapport au président de la République explique cela de la manière suivante : "La définition de la pratique du 1° du I du nouvel article L. 442-1 a également été précisée. Ainsi, les termes : 'à aucun service commercial effectivement rendu' sont remplacés par les termes : 'aucune contrepartie'. En effet, l'actuelle rédaction peut être interprétée comme limitant le champ d'application de cette pratique aux accords de coopération commerciale du fait de la référence au 'service commercial'. Or, les juridictions appliquent ce texte dans les relations commerciales en examinant à juste titre les contreparties aux avantages obtenus sans se limiter aux opérations de coopérations commerciales. La suppression des termes : 'service commercial effectivement rendu' est donc pertinente<sup>23</sup>."

Ce qu'on oublie (délibérément) de dire ce rapport, c'est que la jurisprudence qu'il vise, et qui contrôle le prix de toute contrepartie, est une jurisprudence rendue sur le fondement de l'article L. 442-6 I 2°, qui pose une condition de soumission.

En réalité, le fait d'avoir sorti le contrôle du prix du 2° pour le mettre dans le 1° a un seul but : se soustraire à la condition de soumission.

## 2.2 La volonté de se soustraire à la condition de soumission

20. La DGCCRF pourrait nous dire que c'est pédagogique. Comme le déséquilibre significatif portant sur le prix n'existe pas dans le code civil, il faudrait faire de même en droit commercial, et sortir le prix du déséquilibre significatif de l'article L. 442-1 2° pour le mettre dans l'article L. 442-1 1°.

Mais elle ne le dit pas. La DGCCRF préfère ne pas mettre en avant dans le rapport au président de la République ce qui est une modification très substantielle du droit positif.

Pour le montrer, rappelons les exigences de la condition de soumission, puis faisons apparaître le but réel de la réforme.

20 Cass. com., 25 janvier 2017, *Galec c/ Ministre de l'Économie, P+B*, n° 15-23.547, v. nos obs., La judiciarisation des négociations commerciales, *L'ESSENTIEL Droit de la distribution et de la concurrence*, mars 2017 ; et La prise de pouvoir du juge sur les négociations commerciales (À propos de l'arrêt *Galec*, Cass. com., 25 janvier 2017), *JCP G* 2017, n° 10, 6 mars 2017, doct. 255.

21 Cons. const., décision n° 2018-749 QPC du 30 novembre 2018, *Société Interdis et autres*, et nos obs., Le Conseil constitutionnel instaure un contrôle des prix à la française, *JCP E* 2018, 1638.

22 Cf. notre note précitée : *contra* C. Grimaldi, Le contrôle du prix dans les contrats de distribution : Contrôle de l'évolution ou du niveau des prix ?, *Concurrences* n° 1-2019, Art. n° 88882, pp. 238-242.

23 P. 14.

## 2.2.1 Rappel de la condition de soumission

21. On sait qu'il y a dans cette condition de soumission une double idée : d'abord, il y a eu une absence réelle de négociation<sup>24</sup>, et ensuite on n'a pas pu négocier librement parce que le contractant était incontournable<sup>25</sup>. On ne pouvait s'en passer.

Or, après des années où la condition de soumission des fournisseurs à la grande distribution était quasiment acquise sans débat judiciaire<sup>26</sup>, le ministre avait été récemment débouté pour ne pas avoir prouvé la soumission de fournisseurs puissants, qui pouvaient négocier avec la grande distribution.

Ainsi, la cour d'appel de Paris<sup>27</sup> dans son arrêt *ITM* du 20 décembre 2017<sup>28</sup> avait eu le courage d'aller à contre-courant de ce qui était communément admis, et avait décidé que certains fournisseurs sont assez puissants pour être autonomes face à la grande distribution. C'est ainsi qu'elle a relevé que "[c]ertains fournisseurs, qui constituent des grands groupes, peuvent résister à l'imposition d'une clause qui leur est défavorable. Tous les

fournisseurs ne sont pas de taille égale et n'ont pas une puissance de négociation équivalente. Par conséquent, tous ne peuvent pas être contraints de la même façon par les distributeurs. Certes, la menace d'éviction des linéaires d'un des grands distributeurs n'est pas sans conséquence, même pour les gros fournisseurs, mais il est notable que ceux-ci arrivent aussi à imposer des restrictions de concurrence et ne sont pas dépourvus de moyens d'action". Et l'arrêt avait rejeté l'action du ministre, pour absence de preuve de la soumission des fournisseurs concernés.

En revivifiant la condition de soumission, la cour d'appel avait rassuré sur le déséquilibre significatif.

Et ce ne fut pas qu'un coup d'épée dans l'eau. La cour d'appel de Paris avait réitéré, dans une affaire récente concernant Système U<sup>29</sup>, où la cour d'appel avait trié les pratiques où il y avait eu négociation libre (négociation d'une remise supérieure à celle proposée par le grand fournisseur) et celles où il y avait eu soumission (par exemple, application unilatérale de réductions de prix non acceptées par Bonduelle).

Donc, on n'était pas passé d'un dogme à un autre : du dogme de la soumission de tout fournisseur à la grande distribution, au dogme de la liberté absolue de tout fournisseur puissant face à la grande distribution. La cour d'appel de Paris en avait fait une application concrète et fine.

Mais en tout cas, au moment où l'ordonnance a été rédigée, le ministre était fort mécontent de ces décisions de débouté ou de débouté partiel.

## 2.2.2 Réforme

22. C'est ce qui explique le dédoublement du déséquilibre significatif. La seule raison du maintien du 1° et de son élargissement, c'est de permettre au ministre de s'affranchir de la condition de soumission.

Dans l'affaire *Le Galec*, les RFA querellées avaient été attaquées sous l'angle du déséquilibre significatif. Depuis que la cour d'appel de Paris avait contrarié le ministre en lui demandant de prouver la soumission, et avant même l'ordonnance de 2019, il s'était mis à attaquer les ristournes sur le fondement du 1°. Mais les entreprises lui résistaient en soutenant qu'une RFA n'est pas un service. Elle devait être attaquée sur le 2°, et le ministre devait prouver la soumission.

Qu'à cela ne tienne. Le ministre élargit le texte pour ne pas avoir à subir ce genre d'opposition, en d'autres termes pour soumettre ses adversaires (sic) !

Et sur le fondement du 1°, *a priori* on n'a pas besoin de la condition de soumission.

24 L'expression "contrat d'adhésion" était dans l'arrêt *Provera* précité du 3 mars 2015 : "(...) les contrats étaient exécutés sans qu'il soit donné suite aux réserves ou propositions d'avenants, de sorte qu'ils constituaient de véritables contrats d'adhésion ne donnant lieu à aucune négociation effective des clauses litigieuses." Et l'idée était aussi dans l'arrêt *Eurauchan* de même date : "(...) la modification de [la clause litigieuse] est toujours refusée", dans les 5 829 contrats avec les fournisseurs ; v. aussi arrêt *EMC* de la Cour de cassation du 29 septembre 2015 (n° 13-2504). Et plus qu'une absence de négociation, c'est une absence de négociation libre qui importe : la cour d'appel de Paris, dans l'arrêt *Darty* du 25 novembre 2015 (RG 12/1451), relève encore que "la soumission ou la tentative de soumission n'est pas subordonnée à la preuve de l'existence de pressions ou des contraintes ; qu'elle résulte de l'insertion même de ces clauses dans les contrats intervenant entre des parties dont la puissance n'est pas la même selon des modalités qui traduisent l'absence de marge de négociation pour les fournisseurs".

25 Cf. Cass. com., 26 avril 2017, n° 15-27.865 : "(...) qu'ayant relevé, d'abord, que la société Darty était un intermédiaire incontournable pour les fournisseurs (...) et qu'elle disposait de ce fait d'une puissance de négociation incontestable (...) la cour d'appel, qui a fait ressortir l'absence de marge réelle de négociation des fournisseurs en cause, a, en l'état de ces seuls motifs, pu retenir, sans inverser la charge de la preuve, que la soumission de ces derniers était établie"; exemple hors grande distribution : CA Paris, 8 octobre 2015 (RG 13/22006) : la cour rejette l'action fondée sur l'article L. 442-6 1 2 du code de commerce aux motifs que "la société OCLIO constitue une entreprise importante, connue sur le marché de la puériculture, désireuse d'accéder à une capacité de distribution beaucoup plus forte et c'est avec l'aide de ses conseils qu'elle a négocié avec un site connu mais non incontournable (MISTERGOODEAL), qui, dans l'opération en cause, lui a concédé une exclusivité de fourniture de produits dont il abandonnait lui-même la vente".

26 Cf. CA Paris, 1<sup>er</sup> octobre 2014, n° 13/16336 : la cour d'appel reconnaît cette différence de pouvoir de négociation entre les fournisseurs mais refuse d'en tenir compte : "(...) qu'en effet, si certains fournisseurs disposent de parts de marché importantes leur donnant un pouvoir de négociation, cependant tous sont dépendants des commandes des distributeurs pour vendre leur production et peu d'entre eux peuvent se permettre d'être déréférencés par un distributeur comme le groupe Carrefour ou d'engager une action en justice contre lui". Pas un instant la cour ne se demande si Carrefour pourrait se passer de certains de ses fournisseurs, qui fabriquent les produits Nike, Coca-Cola, Nestlé, ou Roquefort Société... Pourtant, tous les fournisseurs ne sont pas tous interchangeables pour le grand distributeur, même si beaucoup le sont... ; v. aussi Cass. com., 3 mars 2015, *Eurauchan*, sur la clause de taux de service : la cour d'appel "constate qu'en dehors de quelques fournisseurs, les plus puissants, la majorité d'entre eux a été contrainte de s'y soumettre". Là, l'arrêt constate que quelques fournisseurs ne s'y sont pas soumis, et pourtant il n'en déduit rien.

27 Cet arrêt *ITM* avait été précédé par un arrêt annonciateur (Cass. com., 4 octobre 2016, n° 14-28.013), où la Cour de cassation avait admis que dans certains domaines, comme celui de la grande distribution, il existait ce qui ressemble fort à une présomption simple de soumission du fournisseur à un déséquilibre significatif, sauf preuve par le grand distributeur de la puissance économique du fournisseur, du fait qu'il a de nombreuses références, du fait qu'il est un fournisseur incontournable. Mais elle n'en déduisait rien dans cette espèce (cf. nos obs., Le nouveau théorème d'Archimède : des partenaires qui sont réciproquement incontournables négocient librement, et échappent tous deux au déséquilibre significatif, *RDC* 2017, p. 81).

28 RG 13/04879 ; M. Behar-Touchais, Les fournisseurs non soumis à la grande distribution existant (à propos de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 20 décembre 2017) ! *RDC* 2018, p. 224.

29 V. aussi CA Paris, 5-4, 16 mai 2018, *Système U c/ Ministre de l'Économie*, n° 17/11187, M. Behar-Touchais, La condition de soumission à un déséquilibre significatif : "le ministre contre-attaque", *L'ESSENTIEL Droit de la distribution et de la concurrence*, septembre 2018, n° 08, p. 5.

On se souvient d'ailleurs d'une ancienne affaire *Système U* qui vient de connaître son épilogue, avec un arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 juin 2016<sup>30</sup>, où la cour affirme "que si *Système U* relève que ces fournisseurs sont des multinationales ayant les moyens juridiques et financiers de résister à la conclusion des contrats qui ne correspondraient à aucune prestation de la part de *Système U*, il y a lieu d'observer (...) que même si *Système U* a une part de marché relativement peu importante, les sociétés *Danone*, *Yoplait*, *Nestlé* et *Lavazza* ne peuvent courir le risque de voir leurs produits déréférencés par cette centrale nationale".

Or, qui sont ces entreprises? *Danone*<sup>31</sup>, une entreprise du CAC 40, cotée à Euronext, présente sur plus de 120 marchés (en 2017 ses ventes se sont élevées à 24,68 milliards d'euros avec plus de la moitié dans des pays émergents, faisant d'elle la cinquième entreprise agroalimentaire du monde); *Nestlé*<sup>32</sup>, une des plus grandes sinon la plus grande entreprise de l'agroalimentaire du monde et la plus grande entreprise laitière du monde (elle est présente dans plus de 190 pays avec plus de 440 usines; 328 000 employés en 2012, 89 milliards de francs suisses en 2016) et *Yoplait*<sup>33</sup>, une autre entreprise faisant partie d'un groupe multinational (dont la maison mère est *General Mills* et qui fait à elle seule un chiffre d'affaires en 2016 de 844 076 484 €, comprend 5 filiales en Europe, et dont 17 600 pots sont consommés chaque minute dans le monde).

Peut-être, la société *Lavazza*, qui est une PME familiale italienne, ne pouvait pas, elle, avoir un pouvoir de négociation assez fort face à la grande distribution.

Face à elles, *Système U* avait à l'époque entre 8 et 9 % de parts de marché.

Il faut ajouter que toutes ces entreprises n'avaient rien demandé au ministre. Elles avaient même fait des attestations en faveur de *Système U*, que le juge n'a pas regardées. Pourtant, ce n'était pas des petites entreprises qui attestaient, mais de grands fournisseurs! Il était exposé que les industriels avaient gagné plus d'argent pendant ces opérations, mais cela n'a pas intéressé le juge.

Donc, voilà ce que recherche le ministre par cette modification substantielle du texte: échapper à la condition de soumission, en reportant le contrôle du prix vers un déséquilibre significatif innomé, sans condition de soumission, où le juge ne pourrait pas le débouter, au motif qu'il n'a pas prouvé la soumission!

**23.** Donc cela signifie que le plus grave, le contrôle du prix déséquilibré, se passerait de la condition de soumission.

30 RG 14/09786.

31 <https://fr.wikipedia.org/wiki/Danone>.

32 <https://fr.wikipedia.org/wiki/Nestlé>.

33 <https://fr.wikipedia.org/wiki/Yoplait>.

Cela change fondamentalement la donne. Quand on exige la soumission, le déséquilibre significatif concernant le prix sanctionne une lésion qualifiée (lésion sur une personne en situation de faiblesse ou ici de dépendance).

Avec le 1°, sans condition de soumission, on fait un pur contrôle du prix.

Mais pourquoi donc contrôlerait-on le prix entre des multinationales puissantes et la grande distribution? En quoi protège-t-on le marché à intervenir dans des rapports librement consentis entre puissants, hors abus de position dominante<sup>34</sup>?

Que le ministre se concentre sur les véritables situations de soumission! Il aura déjà fort à faire. Que les multinationales et la grande distribution fassent leurs affaires ensemble, sans intervention de l'administration économique et du juge!

L'exigence de soumission est la condition qui permet de rendre la sanction du déséquilibre significatif tolérable. Sans la condition de soumission, cela devient très attentatoire aux droits et libertés des entreprises.

**24.** Et attention, cela ne concernera pas uniquement la grande distribution. La formulation du texte permet de l'appliquer à "toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services".

Donc à présent, si l'on achète un produit trop cher, on pourra demander *a posteriori* la nullité du contrat sur le fondement de l'article L. 442-1 1° nouveau du code de commerce. La cause est morte, vive le contrôle généralisé de la lésion! Vive l'insécurité juridique totale, devrait-on dire!

C'est pourquoi nous nous tournons vers l'ultime rempart contre l'abus qu'est le pouvoir judiciaire. Nous exhortons les juges à rééquilibrer le droit des pratiques restrictives de concurrence, en réinstaurant de manière prétorienne une condition de soumission, sans laquelle on a changé de dimension. "Le ministre a voulu casser votre jurisprudence. Ne vous laissez pas soumettre à votre tour."

**25.** Cette extension du déséquilibre significatif qui ne dit pas son nom est donc extrêmement préoccupante. Et comme elle a été cachée, les conseillers d'État ne s'en sont pas aperçus.

Outre la réaction des juges, deux possibilités existent notamment pour lutter contre le texte, sans que cela soit exhaustif.

Tout d'abord, on peut considérer qu'il dépasse l'habilitation. En effet, le gouvernement a été habilité à "6° (...) simplifier et (...) préciser les définitions des pratiques mentionnées à l'article L. 442-6, en ce qui concerne

34 N'y a-t-il pas d'ailleurs là une atteinte à l'effet utile de l'article 102 TFUE, qui permet de sanctionner un abus d'exploitation, en cas de position dominante, alors qu'ici on le sanctionne sans position dominante?

notamment la rupture brutale des relations commerciales, les voies d'action en justice et les dispositions relatives aux sanctions civiles". Le texte n'habilite pas les rédacteurs de l'ordonnance à étendre certaines incriminations. Le texte de l'habilitation ne permet même pas les modifications.

Or, ici, le gouvernement, en retirant le contrôle du prix du déséquilibre significatif du 2°, le soustrait à la condition de soumission. C'est une modification importante, et nous la trouvons presque sournoise, car dissimulée sous l'apparence du droit quasi constant.

On peut donc considérer que cela dépasse les limites de l'habilitation, et soutenir que l'ordonnance sur ce point méconnaît la loi Egalim.

Et le ministre ne devrait pas pouvoir se tourner vers l'article 17 4° b de la loi Egalim, qui donne pouvoir de "simplifier et de préciser les dispositions relatives aux conventions mentionnées aux articles L. 441-7 et L. 441-7-1, et notamment (...) la prise en compte des obligations réciproques auxquelles se sont engagées les parties afin de déterminer le prix ainsi que la définition du plan d'affaires et du chiffre d'affaires prévisionnel". En effet, là encore, il s'agit de simplifier et de préciser, non de modifier fondamentalement.

Ensuite, on peut penser qu'un contrôle du prix détaché de toute condition de soumission est une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre : le Conseil constitutionnel<sup>35</sup> a refusé d'admettre l'atteinte à la liberté d'entreprendre d'un contrôle du prix par le biais d'un déséquilibre significatif soumis à la condition de soumission. Mais ici ce n'est plus la même chose.

Il faudra peut-être une nouvelle QPC sur le 1° pour savoir s'il n'y a pas atteinte à la liberté d'entreprendre. Le rééquilibrage récent du Conseil constitutionnel avec l'arrivée de M. Juppé et le départ de MM. Charasse et Jospin permettrait peut-être d'avoir une plus grande considération pour la liberté d'entreprendre.

Mais une nouvelle QPC devra attendre la loi de ratification, car on ne fait pas de QPC contre une ordonnance non encore ratifiée, qui n'a pas valeur législative.

Ce sera à la loi de ratification de dire si elle veut ou non un tel contrôle de la lésion. Et cette fois, il faut l'espérer, la profonde modification du texte ne sera pas dissimulée dans un rapport au président de la République qui ne dit mot sur le fait que ce changement lui permet de contrôler le prix, sans condition de soumission !

Mais cette extension des conditions de fond du déséquilibre significatif s'accompagne également d'une extension, cette fois très confuse des sanctions du déséquilibre significatif.

35 Décision précitée.

## II. L'extension confuse de la sanction

26. Notons au préalable que les sanctions dont on va parler sont étendues à plusieurs textes, ce qui dépasse toutefois le cadre de ce commentaire.

Notons également que le ministre renonce au droit de demander la responsabilité, ce qu'il ne faisait jamais.

Sur l'amende civile, le texte est mieux rédigé qu'auparavant. Il prévoit toujours apparemment trois plafonds et le plafond de 5 % du montant ne comporte plus l'exigence de proportionnalité. Mais il règle la question de la conciliation de ces trois plafonds qui pouvait entraîner une rupture d'égalité devant la loi. Maintenant c'est le plus élevé des trois plafonds qui s'applique. Donc on a bien en réalité un seul plafond, qui est le plus élevé des trois.

On notera aussi que la publication automatique de la décision est maintenue, sans qu'ait été ajoutée une possibilité de dispense de peine<sup>36</sup>.

Pour le reste, ce qui est le plus important, c'est que le texte redonne à la victime le droit de demander la nullité (1.) et qu'il continue d'ostraciser la présidence de l'Autorité de la concurrence (2.).

### 1. Le droit des victimes de demander la nullité

27. Dans le droit antérieur à l'ordonnance, les victimes peuvent agir en responsabilité, ceci comprenant la possibilité de demander la cessation de l'illicite, qui entre dans le cadre de la responsabilité. Mais depuis un arrêt du 24 mai 2017, elles ne peuvent plus demander la nullité.

En effet, compte tenu de la rédaction de l'article L. 442-6 I et III, les juges du fond étaient partagés sur la possibilité ou non de la victime d'agir en nullité<sup>37</sup>.

Puis très maladroitement, dans sa décision sur l'action du ministre du 13 mai 2011<sup>38</sup>, le Conseil constitutionnel avait tranché ce point, alors même que la question n'était pas posée devant lui. Il avait relevé "que les dispositions contestées n'interdisent ni au partenaire lésé par la pratique

36 Cf. J.-B. Gouache et M. Behar-Touchais, Les apports de la loi SAPIN II du 9 décembre 2016 en matière de distribution, *Contrats, conc., consom.* juillet 2017, n° 6, étude 7.

37 Contre la nullité : CA Paris, 22 février 2017, n° 16/17924 : la société Vinci a conclu un contrat de référencement avec une entreprise de travail temporaire aux termes duquel elle présentait les services de ce prestataire à ses filiales en échange de commissions. Vinci, impayé, engage un référé : l'invocation de la nullité de l'accord sur le fondement du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° constitue une contestation sérieuse qui fait obstacle à la procédure de référé-provision ; CA Paris, 5-4, 18 mai 2016, n° 15/12584 : "(...) l'action ouverte sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce tend à la réparation d'un préjudice et ne peut donner lieu à annulation du contrat ou des clauses litigieuses"; pour la nullité ouverte aux parties privées : CA Paris, 5-4, 29 octobre 2014, n° 13/11059 ; CA Paris, 5-5, 24 mars 2011, n° 10/02616.

38 N° 2011-126 QPC.

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". La Cour européenne des droits de l'homme avait repris sa motivation, à l'occasion d'un recours d'un grand distributeur devant elle<sup>39</sup>.

C'est ce qui explique que la Cour de cassation ait admis, dans un arrêt peu clair, le droit des opérateurs d'agir en nullité, même si le texte parlait de responsabilité. Ainsi, dans un arrêt de sa chambre commerciale du 11 septembre 2012<sup>40</sup>, la Cour avait admis "la nullité d'ordre public économique des contrats de coopération commerciale" à la demande des parties qui visaient, entre autres textes, l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce. Il ne s'agissait toutefois pas, tant s'en faut, d'un arrêt de principe.

28. La Cour de cassation a opéré un "revirement" par un arrêt du 24 mai 2017<sup>41</sup>. Dans cette affaire, le contrat avait été conclu entre deux professionnels, et le juge saisi, sur les fondements des articles L. 442-6 I 2° du code de commerce et L. 132-1 du code de la consommation, avait statué sur le fondement de ce dernier texte. Le moyen faisait valoir que la société Nord Toitures soutenait que la clause régissant les conséquences financières de la résiliation était nulle au regard des dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce comme créant un déséquilibre significatif au détriment de la société Nord Toitures et que les juges du fond, ayant statué uniquement au regard de l'article L. 132-1 du code de la consommation, avaient violé l'article 4 du code de procédure civile.

La Cour de cassation rejette le pourvoi aux motifs "que c'est sans méconnaître l'objet du litige que la cour d'appel, qui était saisie d'une demande en nullité de la clause pour déséquilibre significatif fondée de manière inopérante sur l'article L. 442-6 du code de commerce, a, statuant au regard des dispositions de l'article L. 132-1 du code de la consommation que la société Nord Toitures évoquait dans ses écritures, retenu que le contrat conclu entre les deux sociétés, toutes deux commerçantes, pour les besoins professionnels de l'une d'elles, ne relevait pas de la législation sur les clauses abusives dont seul cet article permettait l'annulation".

Cet arrêt dit bien par deux fois que la nullité ne peut être demandée par un particulier sur le fondement de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce.

39 CEDH, 17 janvier 2012, *GALEC c/ France*, n° 51255/08, RDC 2012 n° 3, p. 963, obs. J.-P. Marguénaud.

40 N° 11-17458.

41 N° 15-18484, et cf. nos obs. précitées, *L'expansion stoppée...*, RDC 2018, p. 67 et s., et *L'ESSENTIEL Droit de la distribution et de la concurrence*, février 2018, p. 4 : "(...) une action privée permet-elle toujours de demander la nullité des clauses abusives en droit commercial ?"

29. Le gouvernement en était conscient. Il redonne donc l'action en nullité aux victimes en expliquant dans le rapport au président de la République que "le III de l'article L. 442-6 du code de commerce actuel présentait une ambiguïté : sa rédaction laissait entendre que seuls le ministre et le ministère public étaient recevables à demander la nullité des clauses litigieuses. La rédaction du nouvel article prévoit que toute personne justifiant d'un intérêt peut demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques ainsi que la réparation de son préjudice. Ce nouvel article prévoit également que seules les victimes de pratiques restrictives de concurrence peuvent faire les mêmes demandes que le ministre et le ministère public (nullité des clauses et répétition de l'indu) à l'exception de l'amende".

Nous pensons que c'est un très mauvais choix, car cela permet des actions opportunistes exactement comme pour l'action en nullité qui était dans le passé fondée sur l'article 1129 C. civ.

On se souvient que jadis, quand il n'y avait pas eu de prix déterminé ou déterminable dans le contrat-cadre de distribution, et alors même qu'aucun prix fixé n'avait jamais été abusif, le concessionnaire pouvait demander la nullité pour indétermination du prix sur le fondement de l'article 159<sup>42</sup> puis de l'article 1129<sup>43</sup> ancien du code civil, notamment dès qu'il était poursuivi en paiement, ou pour violation de son obligation de non-concurrence post-contractuelle. C'était des demandes de nullité parfaitement opportunistes, auxquelles l'assemblée plénière de la Cour de cassation a mis fin le 1<sup>er</sup> décembre 1995<sup>44</sup>, en décidant que l'article 1129 n'exige pas la détermination du prix, et que le prix abusif peut être sanctionné sur le fondement de la responsabilité contractuelle ou par une résiliation du contrat<sup>45</sup>.

Or, en redonnant aux victimes le droit de demander la nullité des clauses ou contrats illicites, le texte risque de repartir dans ces travers. La responsabilité est un bien meilleur vecteur, car il faut prouver son préjudice. Cela évite les actions opportunistes.

La grande insécurité créée par le déséquilibre significatif sur le prix est moindre quand la nullité ne s'applique qu'aux actions du ministre. On peut en effet penser qu'il choisit ses affaires, et qu'il n'agira pas dans des cas où le déséquilibre n'est pas significatif (adjectif qu'on oublie souvent). La victime, elle, ne fera pas de sélection. Un contentieux énorme nous attend après rupture des

42 Cass. com., 27 avril 1971, *Bull. civ. IV*, n° 107, p. 99 ; D. 1972, p. 353, note J. Ghestin ; JCP 1972. II. 16975, note J. Bore.

43 Cass. com., 11 octobre 1978, D. 1979, p. 135, note R. Houin ; JCP 1979. II. 19034, note Y. Loussouarn ; *Rev. trim. dr. com.*, 1979, p. 311, obs. J. Hémar ; *Rev. jur. com.*, 1979, p. 378, note P. Le Tourneau.

44 *Bull. civ. Ass. plén.*, n° 7, p. 13 et n° 8, p. 15, et n° 9, p. 16 ; *Gaz. Pal.*, 8 décembre 1995, p. 31, note P. de Fontbressin ; *Les Petites Affiches* n° 155, 27 décembre 1995, p. 11 et s., note D. Bureau et N. Molfessis ; D. 1996, p. 13, concl. M. Jéol et note L. Aynès ; JCP 1996. II. 22565, concl. M. Jéol et note J. Ghestin ; JCP E 1996. I. 523, obs. J.-M. Mousseron ; *Rev. trim. dr. civ.*, 1996, p. 153, obs. J. Mestre ; *Defrénois* 1996, p. 747, obs. P. Delebecque.

45 Cf. M. Behar-Touchais et G. Virassamy, *Traité des contrats : Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, n° 236 et s.

relations, si elle veut éviter sa propre responsabilité en demandant la nullité du contrat.

Dans bien des cas, le fait de rendre divisibles toutes les clauses du contrat (faire en sorte qu'aucune ne soit déterminante du consentement), pour limiter la nullité à la clause et non au contrat dans son entier, pourra un peu protéger contre ce risque. Mais cela ne pourra pas toujours se faire. En effet, cela ne pourrait se faire pour une clause essentielle comme le prix. En outre, rien ne nous dit que la clause de divisibilité ne sera pas jugée, elle-même, atteinte d'un déséquilibre significatif.

Il va falloir du temps avant d'éliminer de notre droit ces actions opportunistes, ce dont on aurait vraiment pu se passer. C'est donc pour nous un très mauvais choix qui vient d'être fait.

Le dernier choix concerne la présidence de l'Autorité de la concurrence

## 2. L'éviction caricaturale de la présidence de l'Autorité de la concurrence du droit de demander la nullité

30. L'ostracisme à l'encontre de la présidence de l'Autorité de la concurrence se poursuit.

Le droit antérieur s'était bâti à un moment de "guerre" des pouvoirs entre l'Autorité de la concurrence et la DGCCRF. Au moment de la loi LME, l'Autorité de la concurrence a récupéré le pouvoir en matière de contrôle des concentrations et en grande partie en matière d'enquête. Au même moment, quand le gouvernement a rédigé le projet de l'article L. 442-6 I 2°, il n'a pas voulu donner à la présidence de l'Autorité de la concurrence le droit de marcher sur ses plates-bandes, et de demander la nullité des clauses ou des contrats entachés de déséquilibre significatif.

C'est ainsi que, dans l'affaire des jouets, le président de l'Autorité de la concurrence de l'époque s'est aperçu qu'il pouvait saisir le juge des pratiques restrictives qu'il avait constatées, mais qu'il ne pouvait rien lui demander, et notamment pas la nullité des dites pratiques !

Avec le nouveau texte, on réitère ce même ostracisme. L'article L. 442-4 nouveau dispose en effet que "*I (...) l'action est introduite (...) par toute personne justifiant d'un intérêt, le ministère public, le ministre chargé de l'économie ou par le Président de l'Autorité de la concurrence*".

Le président de l'Autorité est bien distingué des personnes ayant un intérêt à agir (action privée), mais il peut introduire l'action (une action publique). Toutefois, il ne peut se voir appliquer la partie du texte qui prévoit que les "*personne[s] justifiant d'un intérêt*" peuvent "*demande[r] (...) d'ordonner la cessation des pratiques (...) ainsi que la réparation du préjudice subi. Seule la partie victime (...)*

*peut faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des prestations/avantages indu[s]*".

Il ne peut pas non plus se prévaloir de la partie de l'article qui prévoit que le "*ministre chargé de l'économie ou le ministère public peuvent demander (...) la cessation de pratiques (...) Ils peuvent également (...) faire constater la nullité (...) et demander la restitution (...) le prononcé d'une amende civile*". L'action en nullité est une action attitrée, réservée au ministre, au ministère public et à la victime.

Finalement, la présidence de l'Autorité peut saisir le juge mais ne peut toujours rien lui demander, sauf peut-être la cessation de la pratique.

31. Nous ne sommes pas du tout choqué par le fait que les pouvoirs soient répartis, et que le ministre veuille se réserver la politique juridique de poursuivre les déséquilibres significatifs, mais nous comprenons mal l'hypocrisie, qui consiste à viser la présidence de l'Autorité de la concurrence, pour la priver de pouvoirs ensuite. Le droit français ne méritait pas cela !

Mais si l'on veut réserver la politique juridique de poursuite au ministre (ce qui serait un choix de politique législative rationnel), d'une part, on ne donne pas le droit d'agir en nullité à la victime. D'autre part, on ne donne même pas à la présidence de l'Autorité le droit de demander la cessation. On prévoit qu'elle envoie le dossier au ministre, qui décidera s'il y a lieu d'assigner ou pas.

La simplification et la précision du droit des pratiques restrictives auraient pu être détachées de toute hypocrisie, même si finalement ce dernier point n'est pas si fondamental.

## Conclusion

32. Finalement, alors qu'en première lecture on aurait eu envie de dire à la manière de Shakespeare "*Beaucoup de bruit pour rien*", une étude approfondie montre que l'évolution est bien plus grande qu'il n'y paraît

À la réflexion, on aura plus envie de "s'inspirer" d'une phrase de Montesquieu, selon laquelle "*pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses le pouvoir arrête le pouvoir*".

Que le juge nous garde donc des excès, ou faut-il dire du déséquilibre significatif du droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels.

À bon entendeur, salut ! ■

# Les rapports entre le code de commerce et le code civil

Julie Klein

julie.klein@univ-rouen.fr

Professeur

Université de Rouen Normandie

1. Chacun se souvient combien la récente réforme du droit commun des contrats<sup>1</sup> a offert à la doctrine civiliste comme commercialiste l'occasion de gloser sur l'articulation des dispositions du code de commerce et du code civil<sup>2</sup>. Nous voici désormais, à fronts renversés, amenés à revisiter ces rapports entre droit commun et droit spécial à l'occasion de l'adoption d'une ordonnance tendant, non plus à réformer le droit commun des contrats, mais à refondre le titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux pratiques prohibées<sup>3</sup>.

L'analyse des nouveaux textes du droit commun des contrats avait conduit à constater une commercialisation du droit commun, à travers l'intégration de normes parachutées des droits spéciaux, nouvelle illustration de cette "loi d'imitation du droit commercial par le droit civil"<sup>4</sup> évoquée depuis longtemps. À la lecture de l'ordonnance du 24 avril 2019, on constatera immédiatement cette fois une contractualisation des dispositions du code de commerce. Que l'on en juge : disparu le "partenaire commercial", exit "l'avantage quelconque", voici désormais visées la "conclusion et l'exécution d'un contrat", la "partie au contrat", la "contrepartie". Le droit des contrats colore assurément le nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence.

2. La réforme annoncée appelle-t-elle alors un bouleversement des rapports entre le code de commerce et le code civil ? Il faut s'interroger, en ciblant les points de contact principaux entre ces deux codes, renouvelés à l'occasion de la refonte des dispositions du titre IV du livre IV du code de commerce. On observe alors qu'en dépit du

caractère pluriséculaire du principe selon lequel la règle spéciale déroge à la règle générale – *specialia generalibus derogant* –, désormais consacré à l'article 1105 du code civil<sup>5</sup>, l'articulation des dispositions du code de commerce et du code civil n'obéit pas à une directive uniforme. Les dispositions en conflit peuvent en effet se juxtaposer, se combiner ou s'exclure. Il peut être rendu compte de cette hétérogénéité à travers l'analyse du traitement de la rupture des relations commerciales (I.), de la révision du prix (II.) et enfin, bien sûr, du déséquilibre significatif (III.).

## I. La juxtaposition : La sanction de la rupture brutale des relations commerciales établies

3. L'article L. 442-1 II du code de commerce nouveau dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 modifie les règles applicables à la rupture brutale des relations établies. Il est ainsi désormais prévu que : "*Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels. En cas de litige entre les parties sur la durée du préavis, la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un préavis de dix-huit*

1 Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018.

2 Parmi une littérature très abondante, v. not. N. Balat, Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ?, *D.* 2015, p. 699 ; N. Blanc, Contrats nommés et innomés, un article disparu ?, *RDC* 2015, p. 810 ; M. Chagny, Droit commun et droits spéciaux, in Réforme du droit commun des contrats et droit de la distribution, *RLDA*, suppl. n° 117, août 2016.9, spéc. n° 7.

3 Ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées.

4 C. Laurent, *De la fusion du droit civil et du droit commercial*, th. Paris, 1903, Imprimerie Maulde, Doumenc et Cie, p. 60, cité in M. Chagny, Les relations économiques entre droit commun et droits spéciaux, *JCP E* 2017, 1326.

5 "*Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux. Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières.*"

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.”

Comment articuler ce texte avec les dispositions de droit commun ? La question soulève trois difficultés.

4. La première porte sur le point de savoir si la responsabilité pour rupture brutale de relations commerciales établies est exclusive d'une responsabilité de droit commun fondée sur l'inexécution du contrat, ou si les deux fondements peuvent se cumuler.

La Cour de cassation vient de trancher nettement la question dans un arrêt du 24 octobre 2018<sup>6</sup> : le principe de non-cumul des responsabilités ne s'oppose pas à l'invocation cumulative de la responsabilité contractuelle pour inexécution du contrat et de la responsabilité spéciale de l'article L. 442-6 du code de commerce pour rupture brutale d'une relation commerciale, bien que celle-ci ait été souvent qualifiée – du moins en droit interne – de délictuelle<sup>7</sup>.

Si l'arrêt soulève par ailleurs de nombreuses interrogations et incertitudes<sup>8</sup>, il est assurément porteur d'un message clair. Le droit spécial ne saurait ici prétendre s'appliquer à la place du droit commun : le droit des ruptures brutales ne signe pas la désactivation du droit des contrats. Dans le silence de l'ordonnance du 24 avril 2019, rien ne permet de remettre en cause cette affirmation d'un droit au cumul.

5. La deuxième difficulté tient au rôle que peuvent jouer ici les dispositions de droit commun pour faire échec à l'exigence de préavis : les règles relatives à la rupture des relations commerciales établies que renferme le code de commerce interdisent-elles à l'auteur de la rupture toute faculté de résiliation sans préavis dans les conditions du droit commun ?

En première analyse, la réponse semble être donnée directement par l'article L. 442-1 II du code de commerce puisqu'il y est énoncé que “*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*”. On comprend dès lors qu'ici, le droit spécial préempte l'articulation des textes en réservant expressément l'application du droit commun.

Il demeure néanmoins que le caractère très général de l'affirmation apparaît trompeur : si la règle *specialia generalibus derogant* ne justifie pas ici une mise à l'écart du droit civil, et en particulier de l'article 1224 du code

civil qui autorise la stipulation de clauses résolutoires<sup>9</sup>, le caractère d'ordre public de l'article L. 442-1 II du code de commerce ne saurait être dépourvu d'incidence sur le jeu du droit commun. Les parties en effet, très libres dans la rédaction de leurs clauses résolutoires, peuvent en principe modeler à leur guise l'étendue des inexécutions susceptibles d'ouvrir droit à une résolution unilatérale sans préavis<sup>10</sup>. Toutefois, lorsque les dispositions du titre IV du livre IV du code de commerce sont applicables, une telle souplesse n'a plus lieu d'être : les parties ne sauraient avoir la main sur la détermination des obligations dont l'inexécution peut, au sens de l'article L. 442-1 II du code de commerce, justifier une résiliation sans préavis. La Cour de cassation l'a en effet jugé sous l'empire de l'ancien article L. 442-6 I 5° du code de commerce en énonçant qu’*“il ne peut être fait obstacle aux dispositions d'ordre public de l'article L. 442-6 I 5 du code de commerce par des clauses permettant une rupture sans préavis dès lors que l'inexécution du contrat n'a pas un degré de gravité suffisant”*<sup>11</sup>.

Où l'on observe que, même lorsque les textes de droit civil et de droit commercial sont cumulativement applicables, la finalité impérative de l'un peut réduire la marge de manœuvre offerte par l'autre et le neutraliser en partie. Ce n'est alors plus le principe selon lequel la règle spéciale déroge à la règle générale, mais l'impérativité de la règle spéciale qui guide la solution<sup>12</sup>.

6. La troisième difficulté porte cette fois sur la durée du préavis : comment concilier les exigences relatives à la durée du préavis au sens du code de commerce avec la durée fixée par un préavis contractuel ?

Les textes posent ici des exigences différentes : l'article 1211 du code civil<sup>13</sup> impose le respect du préavis contractuellement stipulé ou, à défaut d'un préavis raisonnable; l'article L. 442-1 II du code de commerce impose le respect d'un préavis tenant compte de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce et aux accords interprofessionnels. Lorsque la durée du préavis contractuel est inférieure à celle qui s'infère des exigences de l'article L. 442-1 II du code de commerce, on sait que le juge ne s'estime pas tenu par le délai contractuel de préavis convenu dans son appréciation de la conformité du préavis donné aux exigences formulées au titre IV du livre IV du code de commerce<sup>14</sup>. Dit autrement, le respect du préavis contractuel ne suffit pas à écarter toute responsabilité sur le fondement de l'article L. 442-1 II du code de commerce du fait d'une

6 Cass. com., 24 octobre 2018, n° 17-25.672, D. 2018, p. 2396, note F. Buy, RDC 2019/1, p. 38, note J. Knetsch.

7 Cass. com., 25 mars 2014, n° 12-29.534, RTD civ. 2014, p. 656 s., obs. H. Barbier.

8 V. not. sur la question du *quantum*, F. Buy, *op. cit.*

9 “*La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice.*”

10 O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2018, p. 570.

11 Cass. com., 25 septembre 2007, n° 06-15.517.

12 C.-A. Maetz, *Réforme du droit des obligations et droit de la distribution*, in *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires*, Dalloz, 2018, spéc. n° 11.29.

13 “*Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable.*”

14 Cass. com., 12 mai 2004, n° 01-12.865, Bull. civ. IV, n° 86 ; 6 mars 2007, n° 05-18.121.

durée de préavis insuffisante. Faut-il voir ici une mise à l'écart du droit commun ? Une réponse affirmative serait sans doute trop rapide.

En effet, à rebours, dans l'hypothèse où la durée du préavis contractuel apparaîtrait supérieure à celle qu'impose l'article L. 442-1 II du code de commerce, on n'imaginerait guère un juge rejeter une demande de dommages-intérêts fondée sur le non-respect du préavis contractuel au motif que le préavis effectivement laissé était suffisant au regard des critères posés par le code de commerce : les parties, liées tant par la force obligatoire du contrat que par les dispositions impératives du code de commerce, sont en réalité obligées de respecter à la fois le préavis contractuellement stipulé et le préavis estimé satisfaisant aux dispositions de l'article L. 442-1 II du code de commerce<sup>15</sup>. C'est dire qu'en dépit des apparences, le droit spécial ici se cumule avec le droit commun.

La question rejaillit d'ailleurs à l'occasion de la réforme. L'une des dispositions les plus novatrices de l'ordonnance du 24 avril 2019, et qui n'est pas sans rappeler le plafonnement des indemnités prud'hommales, consiste ici à "caper" la durée de préavis qui peut être exigée. L'article L. 442-1 II, alinéa 2, du code de commerce, dans une formule un peu alambiquée, prévoit désormais qu'"en cas de litige entre les parties sur le préavis, la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée dès lors qu'il a respecté un préavis de 18 mois". D'où une question, certes théorique tant l'hypothèse paraît d'école : *quid* en cas de préavis contractuel de plus de dix-huit mois ? En toute logique, l'immunité de responsabilité prévue au nouvel article L. 442-1 II du code de commerce ne devrait pas couvrir cette hypothèse : s'il ne peut engager sa responsabilité, dès lors qu'il aura consenti un préavis de dix-huit mois, sur le fondement de l'article L. 442-1 II du code de commerce, le professionnel pourra toujours engager sa responsabilité, sur le fondement du droit commun des contrats, pour ne pas avoir respecté le préavis contractuellement stipulé en violation de l'article 1211 du code civil.

7. Une première forme d'articulation se dessine donc ici : en matière de rupture brutale des relations commerciales établies, elle se résume pour l'essentiel à un cumul et à une complémentarité des dispositions de droit commun et des dispositions de droit spécial.

15 Sauf à ce que le délai de préavis, estimé démesurément long, soit stigmatisé comme créateur d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties et neutralisé à ce titre sur le fondement de l'article L. 441-1 I du code de commerce ou 1171 du code civil (*v. infra*).

## II. La combinaison : L'appréhension des changements de circonstances économiques

8. Chacun sait que l'un des grands apports de la réforme du droit commun des contrats a été d'insérer, à l'article 1195 du code civil, un mécanisme de révision du contrat pour imprévision au terme duquel "*si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe*". De son côté, l'ordonnance du 24 avril 2009 insère au sein d'une nouvelle sous-section intitulée "clause de renégociation", l'actuel article L. 441-8 du code de commerce tel qu'il a été récemment modifié par la loi Egalim<sup>16</sup>.

Rappelons que, jusqu'à l'adoption de cette loi, l'article L. 441-8 du code de commerce prévoyait tout simplement, pour les contrats d'une durée d'exécution supérieure à trois mois portant sur la vente des produits agricoles et alimentaires dont les prix sont significativement affectés par des fluctuations des prix des matières premières, l'obligation de stipuler une clause relative aux modalités de renégociation du prix permettant de prendre en considération ces fluctuations. L'article se bornait alors à indiquer que la renégociation de prix devait être conduite de bonne foi dans le respect du secret des affaires, et dans un délai maximal.

La consécration, lors de la réforme du droit des contrats, d'un mécanisme de révision pour imprévision à l'article 1195 du code civil soulevait alors une première question d'articulation : l'article L. 441-8, en ne prévoyant aucun recours au juge, dérogeait-il au droit commun ? L'admettre serait revenu à considérer qu'un texte qui instaurait une obligation spéciale destinée à renforcer la protection de certaines parties par rapport au droit commun puisse se retourner contre elles en les empêchant de se prévaloir de la faculté de saisine du juge

16 Loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous.

prévue par le droit commun<sup>17</sup>. Inique, une telle analyse pouvait aisément être écartée en prenant appui sur la chronologie des textes : le texte spécial antérieur n'avait pu vouloir déroger au droit commun futur. Le texte de droit commun se conjugait alors facilement avec ce mécanisme spécial puisqu'ils se juxtaposaient : l'article L. 441-8 du code de commerce imposait un mécanisme de renégociation sans prévoir les conséquences de son échec. L'article 1195 du code civil n'impose aucun mécanisme de renégociation mais tire les conséquences de son refus ou de son échec en autorisant le juge saisi à mettre fin ou à réviser le contrat. Les deux mécanismes pouvaient aisément se cumuler : en cas d'échec des négociations menées en exécution de la clause contractuelle insérée à l'article L. 441-8 du code de commerce, l'une des parties pouvait se prévaloir de l'article 1195 du code civil pour demander au juge une révision du contrat ou l'anéantissement de celui-ci.

9. Mais la loi Egalim a modifié la situation. Désormais, l'article L. 441-8 du code de commerce, non modifié sur ce point par l'ordonnance du 24 avril 2019, prévoit que *“si la renégociation de prix n'aboutit pas à un accord au terme du délai d'un mois prévu au troisième alinéa du présent article, et sauf recours à l'arbitrage, il est fait application de l'article L. 631-28 du code rural et de la pêche maritime sans que le contrat puisse prévoir un autre dispositif de médiation”*, ledit article disposant que *“tout litige entre professionnels relatif à l'exécution d'un contrat ayant pour objet la vente de produits agricoles ou alimentaires doit faire l'objet d'une procédure de médiation préalable à toute saisine du juge, sauf si le contrat en dispose autrement ou en cas de recours à l'arbitrage. Toutefois, sauf recours à l'arbitrage, le recours à la médiation s'impose en cas de litige relatif à la renégociation du prix en application de l'article L. 441-8 du code de commerce”*. L'article L. 441-8 du code de commerce, postérieur à la réforme du droit commun des contrats, impose donc sa propre voie en cas d'échec de la renégociation : le recours à la médiation. Celui-ci est-il dès lors exclusif de la révision du contrat par le juge dans les conditions prévues par l'article 1195 du code civil ? On peut ne pas le penser. Si les deux articles ne peuvent véritablement ici se cumuler ou se juxtaposer, on peut en revanche songer à les combiner :

- les parties devraient renégocier en application de la clause prévue par l'article L. 441-8 du code de commerce ;
- en cas d'échec de la renégociation, elles ne pourraient pas immédiatement saisir le juge en application de l'article 1195 du code civil, cette possibilité étant neutralisée par l'obligation de recours à la médiation préalable à toute saisine judiciaire prévue par le texte spécial de l'article L. 441-8 du code de commerce ;
- toutefois, en cas d'échec d'une telle médiation dans

les conditions prévues à l'article L. 631-28 du code rural, rien ne semble s'opposer à ce que le juge, qui pourrait alors être saisi, retrouve le pouvoir que lui offre l'article 1195 du code civil d'anéantir ou de réviser le contrat.

10. On voit ainsi se dessiner une nouvelle forme d'articulation : le texte spécial et le texte de droit commun, loin de s'exclure l'un l'autre ou de se cumuler à la discrétion du demandeur, se combineraient alors pour imposer au demandeur désireux de se prévaloir de l'article 1195 du code civil l'obligation préalable de recourir à la médiation à laquelle renvoie l'article L. 441-8 du code de commerce.

### III. L'éviction : Le traitement du déséquilibre significatif

11. Refondue, épurée, l'ordonnance du 24 avril 2019 présente un droit des pratiques restrictives de concurrence largement remanié. Supposé réunir en son sein l'ensemble de la liste à la Prévert des pratiques prohibées de l'ancien article L. 442-6 du code de commerce qui s'était régulièrement allongée à mesure des réformes successives, le nouvel article L. 442-1 I du code de commerce prévoit désormais que : *“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.”*

À n'en pas douter l'article L. 442-1 I 1° nouveau n'est pas sans rappeler les articles 1169 à 1171 du code civil. Comparons : selon l'article 1169 du code civil, *“un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire”*, l'article 1170 ajoutant que *“toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite”*. Le projet d'article L. 442-1 I 1° précise de son côté désormais qu'*“engage la responsabilité de son auteur (...) le fait (...) d'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie”*. Les deux textes sanctionnent, dans des conditions différentes certes, l'absence de contrepartie.

17 On a ainsi pu souligner, à propos du mécanisme de renégociation des contrats ayant trait à des matières agricoles ou alimentaires prévu par l'art. L. 441-8 C. com. que, *“moins protecteur que le nouvel art. 1195 du c. civ., il ne devrait pas s'opposer à son application car la lettre du nouveau texte est au fond l'aboutissement de l'esprit de l'ancien”* (H. Barbier, Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016, *RTD civ.* 2016, p. 247 s.).

Surtout, l'article L. 442-1 I 2° se rapproche encore davantage qu'auparavant de l'article 1171 du code civil. Rappelons que ce dernier prévoit que, "dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite", tandis que l'article L. 442-1 I 2° prévoit désormais qu'"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 de soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties".

La proximité des articles pose alors une question, aussi fondamentale que discutée, d'articulation des textes sur laquelle l'ordonnance du 24 avril 2019, silencieuse, ne lève pas le voile. Les données du débat sont connues, mais méritent d'être ici rappelées. Ces deux textes peuvent-ils être alternativement sollicités par les demandeurs selon leurs intérêts, ou l'applicabilité de l'article L. 442-1 I du code de commerce interdit-elle aux demandeurs de fonder leur demande sur l'article 1171 du code civil ?

Les enjeux sont importants. Ils tiennent pour l'essentiel à :

- la compétence juridictionnelle : les litiges relatifs à l'application de l'article L. 442-1 du code de commerce relevant des juridictions spécialisées, tandis que l'article 1171 du code civil peut être soulevé devant toute juridiction ;
- la possibilité, désormais consacrée par la Cour de cassation<sup>18</sup> et validée par le Conseil constitutionnel<sup>19</sup>, de contrôler le prix sur le terrain de l'article L. 442-1 du code de commerce, possibilité expressément exclue par l'article 1171 du code civil ;
- la sanction applicable : réputé non écrit dans un cas, dommage et intérêts ou nullité dans l'autre<sup>20</sup> ;
- la prescription applicable : la Cour de cassation vient de reconnaître, dans un arrêt du 13 mars 2019<sup>21</sup>, l'imprescriptibilité de la demande tendant à voir réputée une clause non écrite, tandis que les actions en responsabilité comme en nullité demeurent soumises à la prescription.

On comprendra donc qu'un demandeur, qui entre dans le champ d'application de l'article L. 442-1 I du code de commerce, puisse avoir un intérêt certain à solliciter l'article 1171 du code civil, que ce soit pour échapper au jeu de la prescription ou pour éviter de devoir porter son action devant une juridiction spécialisée.

18 Cass. com., 25 janvier 2017, n°15-23.547, JCP G, 2017, 255, note M. Behar-Touchais, JCP E, 2017, 1135, note S. Le Gac-Pech, D. 2017, p. 481, note F. Buy.

19 Cons. const., 30 novembre 2018, n°2018-749, JCP G 2018, 1346, note M. Behar-Touchais.

20 Art. L. 442-41 C. com. : "Seule la partie victime des pratiques prévues aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 peut faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indus".

21 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 mars 2019, n°17-23.169.

12. Le peut-il alors ? Il est d'usage d'aller solliciter l'article 1105 du code civil pour trouver la réponse. Celui-ci dispose que "les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux. Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières". À dire vrai, il est loin d'être certain qu'il ait vocation à s'appliquer ici<sup>22</sup>. Les dispositions du code de commerce relatives aux pratiques restrictives de concurrence ne sont pas, à proprement parler, des "règles particulières à certains contrats spéciaux". Toutefois, le rapport au président de la République qui accompagnait la publication de l'ordonnance de 2016 permet de les estimer visées puisqu'il précise que "les règles générales posées par l'ordonnance seront notamment écartées lorsqu'il sera impossible de les appliquer simultanément avec certaines règles prévues par le code civil pour régir les contrats spéciaux, ou celles résultant d'autres codes tels que le code de commerce ou le code de la consommation".

Mais ledit Rapport mettait surtout en avant le fait que les règles générales ne devaient céder qu'en cas de véritable "antinomie" des règles, celle-ci supposant une finalité identique – qui paraît ici acquise<sup>23</sup> – mais aussi une impossibilité d'appliquer simultanément la règle spéciale et la règle générale. Or, on peut douter de l'existence d'une telle antinomie entre les deux textes. La qualification de contrat d'adhésion, loin de faire obstacle à l'application de l'article L. 442-1 I du code de commerce, est souvent de nature à étayer l'élément de soumission qui en conditionne l'application<sup>24</sup>. L'antinomie doit-elle alors être trouvée dans la spécialisation des juridictions ? Tel serait le cas si l'on devait considérer que les juridictions spécialisées ont vocation à appréhender tout le contentieux dans lequel l'article L. 442-1 du code de commerce pourrait trouver application et non le seul contentieux que le demandeur a choisi de fonder sur ledit article. Or, un tel postulat peut être discuté<sup>25</sup>.

Mieux, on peut même douter que le conflit se noue ici entre un texte de droit commun et un texte de droit spécial. Son insertion dans le code civil ne doit en effet pas masquer le fait que l'article 1171 du code civil n'a rien d'un texte de droit commun : c'est un texte applicable aux seules clauses non négociables stipulées dans des contrats d'adhésion. Où l'on peut se demander si l'on ne serait pas ici plutôt face à un conflit entre droit spéciaux : un texte spécial *ratione materiae* – ne s'appliquant qu'aux contrats

22 Sur ce point, v. not. M. Chagny, Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la réforme du droit commun des contrats, *RTD com.* 2016, p. 451.

23 V. cependant, O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2018, p. 343, ouvrage précité, note 10.

24 Cass. com., 3 mars 2015, n°14-10.907, *RTD com.* 2015, p. 486 s. ; obs. M. Chagny.

25 Considérant qu'il y a de ce fait antinomie : M. Behar-Touchais, Le déséquilibre significatif dans le Code civil, *JCP E* 2016, 391 ; plus dubitative, S. Gaudemet, Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil, *Contrat, conc., consom.* mai 2016, dossier spécial, p. 27, spéc. n° 12 ; *contra*, A. Hontebeyrie, 1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance, *D.* 2016, chron. 2180, qui décèle en revanche dans la différence de règles de prescription le critère de l'antinomie.

d'adhésion – et un texte spécial *ratione personae* – désormais applicable à toute personne exerçant les activités de production de distribution ou de services. À suivre une telle analyse, ce conflit entre règles spéciales devrait plutôt conduire, dans un jeu de cercles concentriques, à admettre le cumul de fondement lorsque la situation répond à ces deux spécificités : un contrat d'adhésion et une personne exerçant les activités de production de distribution ou de services.

Il demeure que la doctrine majoritaire se prononce largement pour le non-cumul des deux textes<sup>26</sup>, et que les travaux préparatoires de la loi de ratification de 2018 abondent en ce sens. Le premier rapport de la commission des lois du Sénat indique ainsi que l'article 1171 du code civil "*ne peut s'appliquer dans les champs déjà couverts par l'article L. 442-6 du code de commerce et par l'article L. 212-1 du code de la consommation*"<sup>27</sup>, c'est-à-dire dans le domaine d'application des textes spéciaux équivalents. Dans le même sens, un amendement déposé devant l'Assemblée nationale visant à ce que cette prohibition du cumul soit inscrite dans la loi a été retiré au motif que cette précision était inutile et que "*le compte rendu des débats*" suffirait "à trancher ce point de droit en cas de difficulté"<sup>28</sup>.

13. Dans l'attente des premières décisions jurisprudentielles, admettons donc que l'applicabilité de l'article L. 442-1 I du code de commerce exclue celle de l'article 1771 du code civil. Une question fondamentale se pose alors : le champ d'application respectif desdits articles sera-t-il demain amené à évoluer ? La réponse, ici, est assurément positive. Mais, alors même que l'adoption de l'article 1171 du code civil pouvait laisser espérer un abandon de toute appréhension extensive du champ d'application de la disposition spéciale du code de commerce, l'évolution paraît emprunter le chemin opposé : le champ résiduel de l'article 1171 du code civil semble se réduire à peau de chagrin.

Si l'on se réfère au droit antérieur à l'ordonnance du 24 avril 2019, deux restrictions affectaient en effet le champ d'application de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce et ouvraient alors la voie de l'article 1171 du code civil.

La première tenait à l'auteur de la pratique : seules étaient visées les relations avec un "*producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au RCS*". Or, l'article

L. 442-1 I nouveau du code de commerce vise désormais comme auteur de la pratique et de manière extrêmement large "*toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services*". Certes, la jurisprudence retenait déjà une interprétation extensive des personnes visées<sup>29</sup>. Il demeure néanmoins que la notion d'activité de service, notamment sous l'influence de la conception européenne en la matière, peut être entendue extrêmement largement jusqu'à englober toute activité qui n'implique pas un transfert de propriété<sup>30</sup>. Le champ d'application *ratione personae* semble donc sensiblement élargi.

La seconde tenait à la victime de la pratique : l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce visait en effet spécifiquement le "partenaire commercial", défini par la jurisprudence 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*"<sup>31</sup>. Cette notion de partenaire commercial, construite par opposition à celle de simple contractant<sup>32</sup>, impliquait alors l'existence d'une relation s'inscrivant dans la durée avec un objectif commun<sup>33</sup>. Les juges en avaient tiré d'importantes conséquences, venant significativement restreindre le champ d'application de l'article. D'une part, ils avaient exclu que les opérations ponctuelles puissent relever du titre IV du livre IV du code de commerce. Ainsi, les juges y ont par exemple fait échapper les contrats portant sur la création et la maintenance d'un site internet au motif que les parties au contrat ne sont pas des partenaires commerciaux mais de simples contractants locataires et fournisseurs<sup>34</sup>. D'autre part, ils en avaient déduit que seuls les échanges strictement commerciaux relèvent du texte, ce qui excluait notamment, comme vient de le rappeler la Cour de cassation dans un arrêt du 13 février 2019<sup>35</sup>, les rapports entre un avocat et le cabinet au sein duquel il collabore. C'est dire que la notion de partenaire commercial apparaissait comme la pièce maîtresse du dispositif d'articulation des articles 1171 et L. 442-6, réduisant le champ du second pour offrir un domaine d'expression au premier.

Or, ce n'est désormais plus le partenaire commercial, mais plus "l'autre partie" qui est érigée en victime potentielle. Même si l'on comprend que la modification de

26 V. not. M. Behar-Touchais, Le déséquilibre significatif dans le Code civil, JCP 2016, I, 391, p. 663 article précité note précédente ; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Hors Collection, Dalloz, 2016, n° 23.361 et s. ; G. Loiseau, Le traitement différencié des clauses abusives : un pas vers le désordre, CCE juill. 2016, comm. 60 ; A. Hontebeyrie, 1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance, D. 2016, chron. 2180 ; précité note 25 *contra*, X. Lagarde, Questions autour de l'article 1171 du Code civil, D. 2016, chron. 2180.

27 Rapp. au nom de la Commission des lois du Sénat avant examen en première lecture, p. 60. En seconde lecture, la commission des lois du Sénat a précisé de même que "*ce dispositif instauré dans le droit commun des contrats ie l'article 1171 [du Code civil] n'a pas vocation à s'appliquer dans les champs déjà couverts par des droits spéciaux. Votre rapporteur ne peut que constater sur ce point la parfaite cohérence des travaux préparatoires de la ratification de l'ordonnance, de nature à éclairer sans ambiguïté le juge s'il est saisi de la question*" (Rapp. au nom de la Commission des lois du Sénat avant examen en seconde lecture, p. 23).

28 Débat en séance publique devant l'Assemblée nationale en première lecture, discussion sur les amendements 16 et 17 bis.

29 Étaient ainsi régulièrement visées les "*activités de production, de distribution et de service*" : Cass. 3<sup>e</sup> civ., 15 février 2018, LEDICO n° 111d9, avril 2018, p. 4, obs. C. Grimaldi, qui conclut cependant à l'exclusion des baux commerciaux du champ d'application de l'article.

30 Sur ce point, v. not. les développements in F. Labarthe, La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service – Regards interrogatifs sur les articles 1164 et 1165 du Code civil, JCP G 2016, 642.

31 CA Paris, 16 mars 2018, n° 16/04144.

32 CA Paris, 6 mars 2015, n° 13/20879.

33 V. p. ex., M. Chagny, Vers une conception (plus) stricte du "partenaire commercial" bénéficiaire des articles L. 442-6-I 1° et 2° du Code de commerce, RTD com. 2018, p. 635 ; M. Combet, Le déséquilibre significatif dans les contrats d'affaires internationales suite à la réforme du droit des contrats, AJ Contrat 2019, p. 76.

34 CA Grenoble, 10 mai 2016, n° 13/03121 ; CA Paris, 27 septembre 2017, n° 16/00671.

35 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 février 2019, n° 17-27.967.

vocabulaire vise avant tout à englober au sein d'un alinéa unique des cas de pratiques restrictives jusqu'alors disséminées, la rédaction employée élargit le champ d'application de la disposition pour viser toute relation entre un professionnel et son cocontractant. Les contrats isolés ne devraient plus y échapper. Mieux, les associations, voire les professions libérales, pourraient rentrer dans le giron de l'article à rebours de la jurisprudence actuelle.

Dès lors, sauf à ce que les juridictions adoptent une lecture restrictive, voire *contra legem* de l'article, on peine à comprendre ce qui désormais, en dehors des rapports entre particuliers, qui ne sont pas évidemment le terrain d'élection du contrat d'adhésion, pourrait relever de l'article 1171 du code civil et quelle serait son utilité... D'autant que la définition donnée du contrat d'adhésion à l'article 1110 du code civil – celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties – rend très incertaine son

application aux contrats standardisés rédigés par des tiers, comme au domaine de l'économie collaborative, où les contrats sont généralement rédigés par la plateforme, et non par l'une des parties au contrat.

**14.** Assurément, si l'on entend par texte de droit commun celui ayant une vocation générale à s'appliquer, on doit constater que seul le texte du code de commerce peut aspirer à une telle généralité, pour ce qui concerne les rapports entre professionnels tout du moins. Le droit commun ici n'est sans doute pas celui qui prétend l'être ou celui que l'on nomme tel. Mais alors, la mise à l'écart du prétendu droit commun par le droit spécial pourrait conduire à une désuétude à court terme du texte pourtant tant redouté de l'article 1171 du code civil. Où le code de commerce deviendrait l'arme fatale d'éradication d'un texte de droit civil trop mal aimé. ■

# La conciliation avec le droit de l'UE

## La directive Pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire

---

**Emilie Prouzet**

Eprouzet@fcd.fr

Directrice Affaires publiques européennes

Fédération du Commerce et de la Distribution, Bruxelles

---

1. En trente ans, l'agriculture européenne a connu de nombreuses crises<sup>1</sup> dont l'intensité s'est particulièrement accrue durant l'été 2015 dans les secteurs lait et viande sur le plan économique en France et en Europe.

2. Depuis 2008, et malgré de nombreuses initiatives européennes, la compétitivité dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, et tout particulièrement la question des pratiques commerciales, est devenue un enjeu politique majeur.

3. À Bruxelles, au sein des mêmes débats parlementaires sont traitées pêle-mêle des questions de pratiques commerciales déloyales (PCD), de PME, de crises agricoles ou même de marques de distributeur.

4. Et en replongeant dans une décennie d'histoire, il est frappant de constater combien ce dossier illustre bien le compromis européen, les négociations à Bruxelles et les diversités politiques, économiques ou culturelles auxquelles nous pouvons faire face. Car aujourd'hui, après plus de dix ans d'études et de rapports, la valeur ajoutée d'un encadrement supranational n'a semble-t-il toujours pas été démontrée.

5. Pourtant un compromis a été adopté et cet encadrement, je vous le présente aujourd'hui.

6. Alors, pourquoi s'interroger sur les pratiques commerciales? Comment en est-on arrivé là et a-t-on obtenu un texte fidèle aux objectifs poursuivis?

## I. 2008 : Crise agricole et performance de la chaîne d'approvisionnement alimentaire : L'enjeu est identifié

7. Nous sommes en 2008, l'Europe connaît une crise majeure sur les matières premières d'ampleur mondiale. La performance des industries de l'agroalimentaire sur les marchés internationaux semble s'essouffler. On s'interroge sur les prix des produits dans l'alimentaire, sur la vulnérabilité des agriculteurs, on allègue de nombreux dysfonctionnements dans la chaîne alimentaire... et les institutions européennes se saisissent du sujet.

8. La Commission européenne lance une enquête sectorielle sur le fonctionnement de la chaîne d'approvisionnement alimentaire avec le concours de cinq de ses directions générales – agriculture, concurrence, marché intérieur, affaires économiques et Eurostat – et publie une communication<sup>2</sup> sur les prix dans l'alimentaire.

---

<sup>1</sup> [http://ec.europa.eu/agriculture/cap-history/crisis-years-1970s/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/agriculture/cap-history/crisis-years-1970s/index_en.htm).

<sup>2</sup> [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/publications/pages/publication16061\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/pages/publication16061_fr.pdf).

9. Le Parlement reprend ces données, établit un rapport d'initiative<sup>3</sup> sur le monitoring du commerce, et de l'ensemble de ces travaux, nous tirons :

- un constat : l'ensemble des acteurs de la chaîne d'approvisionnement est responsable de son fonctionnement et doit prendre part à son amélioration ;
- un outil : à cet effet, des plateformes d'échanges sont nécessaires pour travailler à un dialogue constructif.

10. 2010 sonne et Bruxelles cherche désormais à comprendre le problème, à identifier les possibles dysfonctionnements afin d'en déterminer les solutions ?

## II. 2010 : La Commission européenne évalue les pratiques restrictives ; les représentants business structurent en parallèle leurs échanges

11. Le 'Groupe à haut niveau (HLG) sur l'amélioration de la chaîne d'approvisionnement alimentaire<sup>4</sup>' est créé. Il réunit les représentants de la chaîne alimentaire – de l'agriculteur aux distributeurs – ainsi que les commissaires européens chargés des dossiers, et des représentants des États membres.

12. En 2011, les représentants européens des secteurs industrie, commerce, monde agricole, marque et PME se réunissent et cherchent à identifier une liste de bonnes pratiques. L'objectif est de déterminer le socle européen compris par tous, accepté par tous et propre à résoudre les difficultés rencontrées.

13. Fin 2011, les membres business du Groupe à haut niveau, y compris les agriculteurs, parviennent à établir une liste de "principes de bonnes pratiques"<sup>5</sup> compréhensibles et applicables partout en Europe. Dix principes assortis d'exemples illustrant les pratiques loyales ou déloyales sont ainsi définis. Ces dix principes seront reconnus et repris par l'ensemble du Groupe à haut niveau fin 2011. Prochaine étape: répondre à l'invitation du Groupe à mettre en place un mécanisme assurant leur mise en œuvre pratique sur le marché.

3 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0307&language=EN&ring=A7-2011-0217>.

4 [https://ec.europa.eu/growth/sectors/food/competitiveness/supply-chain-forum\\_en](https://ec.europa.eu/growth/sectors/food/competitiveness/supply-chain-forum_en).

5 [https://www.supplychaininitiative.eu/sites/default/files/b2b\\_principles\\_of\\_good\\_practice\\_in\\_the\\_food\\_supply\\_chain.pdf](https://www.supplychaininitiative.eu/sites/default/files/b2b_principles_of_good_practice_in_the_food_supply_chain.pdf).

14. En parallèle, la Commission lance des études<sup>6</sup>, publie une livre vert<sup>7</sup>. Une taskforce est spécialement créée à la DG Concurrence pour traiter des situations rencontrées dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire. On ne parle plus de prix mais de valeur. Et certaines pratiques reviennent dans les débats. Pour ce qui nous intéresse notamment : l'interdiction de revente à perte, le déséquilibre significatif ou l'abus de dépendance économique.

## III. 2013 : La question de l'obtention d'un cadre légal européen sur les PCD devient un véritable enjeu politique

15. Si les partenaires business du HLG sont tombés d'accord sur les principes, ils ne parviennent pas à s'accorder sur la mise en œuvre de ces derniers, et tout particulièrement sur la nécessité de recourir à une législation européenne. Les représentants agricoles, après avoir négocié le cadre de mise en œuvre, quittent la table des négociations, arguant de la nécessité d'un encadrement législatif.

16. Industrie et Commerce poursuivent toutefois leurs travaux sur ce cadre. La Supply Chain Initiative<sup>8</sup> est lancée en avril 2013. Les entreprises qui s'enregistrent ont notamment l'obligation d'adapter la formation de leurs équipes au code de conduite élaboré, de nommer des points de contact compétents sur la gestion du système et un autre en cas de conflit et de s'ouvrir à la possibilité de recourir à des mécanismes de résolution des litiges extra-judiciaires type médiation externe ou arbitrage.

6 À cette époque, la Commission lance deux études : l'une sur le cadre légal dans les États membres et l'autre sur l'impact du commerce moderne sur le choix et l'innovation dans la chaîne alimentaire ([http://ec.europa.eu/competition/sectors/agriculture/retail\\_study\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/sectors/agriculture/retail_study_report_en.pdf)). La Commission présente les résultats de ces études dans un livre vert très politisé. Ce dernier, soumis au Parlement, apportera finalement son soutien fin 2013 au cadre volontaire. Le rapporteur parlementaire soulèvera en outre la nécessité d'avoir un mécanisme indépendant avec pouvoir de sanction. La Commission lance alors une nouvelle étude sur les législations nationales existantes en matière de PCD (<http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/14554/attachments/1/translations>). Et de ce rapport, la Commission présente ses conclusions en 2014 dans sa communication sur la lutte contre les PCD (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52014DC0472>). Février 2016, la Commission publie une nouvelle communication sur les PCD dans la chaîne alimentaire (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52016DC0032>). Elle n'appelle toujours pas à la législation européenne, présente des recommandations aux États quant à leur propre réglementation, et reconnaît les progrès de la SCI, plus certaines pistes d'amélioration. Elle maintient son soutien au développement de la SCI (lancé l'année précédente), elle encourage les mécanismes nationaux efficaces et prône *a priori* l'encadrement mixte.

7 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52013DC0037>.

8 <https://www.supplychaininitiative.eu>.

17. Mais, les représentants des agriculteurs portent désormais un message : ils veulent une loi européenne.

18. Si la Commission et le Parlement européen publient de nouveaux rapports et études<sup>9</sup> qui ne démontrent toujours pas la nécessité d'un encadrement législatif, ni ne l'appellent... les crises agricoles de 2015 et 2016, puis la campagne électorale en vue des européennes de 2019, offrent un terrain propice à la demande d'encadrer les relations Business to Business (B to B) au niveau européen.

## IV. 2016 : L'obtention d'un cadre légal européen devient un enjeu politique majeur au Parlement, au Conseil, à la Commission et dans les États membres

19. Des mesures nationales se développent sur le sujet :

- la France, se caractérise ainsi non seulement par une multiplicité de règles, mais aussi par leur changement incessant : loi Galland (1996), loi Nouvelles Régulations économiques (2001), loi Dutreil II (2005), loi Chatel (2008), loi de modernisation de l'économie (2008), loi de modernisation de l'agriculture (2010), loi Hamon (2014), loi Macron (2015), loi Sapin 2 (2016) ;
- dans l'Union européenne, le Royaume-Uni s'est doté d'un adjudicateur et du Grocery Code<sup>10</sup> (*id est* : une norme applicable aux dix plus gros distributeurs) ; l'Italie a durci son cadre réglementaire, notamment sur les délais de paiement ; l'Espagne, l'Allemagne, le Portugal et les pays d'Europe centrale... pas moins de 20 pays ont travaillé durant cette période de temps sur un encadrement national des relations B to B ; mais en recourant à des définitions de la pratique loyale (ou déloyale) et à des cadres d'applications très différents.

20. Certains politiciens se montrent très actifs sur le sujet :

- au Conseil, la “Dynamique Visegrád<sup>11</sup>” appelle à “limiter le pouvoir excessif des chaînes de distribution dans leurs relations avec leurs fournisseurs” et demande une législation. Les pays de l'Est font pression. Le sujet “pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire” est désormais traité en Conseil régulièrement<sup>12</sup>. Ils seront soutenus par les États du sud de l'Europe caractérisés par une agriculture plutôt fragmentée et relativement moins organisée. Les États du nord de l'Europe, dont les coopératives agricoles sont fortes et parfois dominantes sur leurs marchés, montent au créneau pour s'opposer à une législation qui interférerait avec la dynamique des marchés. Les négociations seront âpres au Conseil pour finalement ne pas se prononcer sur l'opportunité d'une législation européenne... mais demander une étude d'impact. Précision : si des mesures devaient être proposées par la Commission, elles devraient être complémentaires aux cadres législatifs nationaux et aux cadres autoréglementaires nationaux et européens. Autrement dit, les États ne pourraient s'accorder que sur une proposition *a minima* qui n'affecterait pas le cadre légal national adopté ces dernières années ;
- au Parlement, les supports au cadre législatif se multiplient (*id est* : Déclaration du groupe politique PPE sur la PAC ou autres rapports d'initiatives). Le débat devient idéologique.

21. Les secteurs eux aussi se mobilisent ; les agriculteurs et les industriels se prononcent désormais en faveur d'un encadrement de toute la chaîne.

22. Enfin la Commission a des contraintes de temps. En effet, si cette Commission veut présenter une législation avant la fin de sa mandature (fin 2019), elle doit respecter une procédure de consultation avant même de présenter un texte. Il s'agit donc pour elle de déterminer si cet enjeu doit être traité au niveau européen pour y apporter une solution optimale, principe de subsidiarité oblige.

23. Début 2016, le Commissaire européen à l'Agriculture Phil Hogan mandate donc un groupe d'experts pour identifier des pistes d'amélioration de la chaîne alimentaire et renforcer la position des agriculteurs dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire. Durant un an, douze experts (opérateurs économiques, universitaires, économistes) ont eu à se pencher sur ces questions, et ce, dans un contexte fort mouvementé comme nous venons de le voir.

<sup>9</sup> [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/563430/IPOL\\_BRI\(2015\)563430\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/563430/IPOL_BRI(2015)563430_EN.pdf).

<sup>10</sup> <https://www.gov.uk/government/publications/groceries-supply-code-of-practice>.

<sup>11</sup> Un groupe informel réunissant quatre pays d'Europe centrale – la Hongrie, la Pologne, la République tchèque et la Slovaquie – qui dénoncent notamment l'Europe à deux vitesses : double qualité, mesures protectionnistes.

<sup>12</sup> À la fin 2015, France, Allemagne, Royaume-Uni, Pays-Bas, Danemark, Suède et d'autres ne sont pas favorables à un traitement européen du sujet. Les pays du sud ne s'opposent pas à un traitement *a minima*. Ils ont désormais une législation nationale.

24. Sur les dix recommandations qu'ils présentent fin 2017<sup>13</sup>, l'une d'elles porte sur les PCD.

25. Le distributeur n'est pas mis à l'index, mais le rapport soulève l'opportunité d'établir un cadre législatif interdisant six pratiques identifiées. Ces recommandations contiennent en outre des mesures de lutte contre les représailles, des sanctions dissuasives et enfin soutiennent la Supply Chain Initiative.

26. Le traitement des pratiques commerciales déloyales affectant les agriculteurs ou leurs représentants versus leur premier client est donc identifié comme une des solutions pour améliorer la position des agriculteurs dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, et ce, au même titre que la transparence des marchés ou l'organisation amont de la filière.

## VI. 2017 : L'entame des travaux sur la proposition de directive PCD

27. C'est dans ce contexte que s'ouvrent les négociations sur la révision de la PAC et celles sur l'omnibus révisant le règlement sur l'Organisation Commune des Marchés (OCM dit Omnibus.)

28. Le Commissaire européen à l'Agriculture Phil Hogan annonce au Parlement que son cabinet travaille sur un projet visant à protéger les agriculteurs. De nouvelles consultations sont menées afin de réaliser l'étude d'impact demandée par le Conseil, à savoir : une consultation sur quatre options (du statu quo à l'encadrement minimum de l'intégralité de la chaîne); une consultation sur une vingtaine de pratiques à évaluer enfin une sur l'amélioration de la transparence dans la chaîne d'approvisionnement.

29. En France, pour mémoire, les participants aux États généraux de l'alimentation établissent un diagnostic sur cette même chaîne.

30. Si aucune des études d'impact susmentionnées ne démontre l'opportunité d'un encadrement européen des pratiques commerciales déloyales en vue d'améliorer le fonctionnement de la chaîne alimentaire dans son ensemble et notamment le commerce entre les États membres, 2018 voit l'entame de ces travaux.

13 Rapport de l'AMTF ([https://ec.europa.eu/agriculture/sites/agriculture/files/agri-markets-task-force/improving-markets-outcomes\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/agriculture/sites/agriculture/files/agri-markets-task-force/improving-markets-outcomes_en.pdf)).

## VII. 2018 : En avril, la Commission européenne présente son projet

*“Cette initiative n'est que la 2<sup>nd</sup>e étape d'un plan en 3 points visant à améliorer la chaîne d'approvisionnement.”*  
Commissaire à l'Agriculture Phil Hogan – avril 2018

31. L'adoption du règlement Omnibus en 2017 était la première étape d'un plan en trois actes présentés par le commissaire. Cette proposition de directive en est la seconde, l'initiative pour améliorer la transparence des marchés planifiée en 2019 en sera la dernière. Le projet de directive présenté par la Commission s'appuie sur la base légale 'agricole' du Traité et doit donc démontrer un impact positif sur les revenus des agriculteurs.

### 1. Les bénéficiaires du dispositif original

32. Le projet de directive s'applique :

- aux pratiques commerciales (contractuelles ou non) ;
- entre des fournisseurs PME (agriculteurs, organisations de producteurs et tout autre fournisseur de la chaîne d'approvisionnement dès lors que c'est une PME) ;
- et des acheteurs qui ne sont pas des PME (dont les groupes de personnes morales) ;
- sur tous les produits agroalimentaires (agricoles et manufacturés).

Nota bene : Il s'agit des pratiques identifiées essentiellement dans le rapport de la taskforce sur les marchés agricoles et la consultation de la Commission fin 2017 (à quelques nuances près dans l'écriture et donc sûrement la portée).

### 2. Quatre pratiques sont interdites à l'acheteur (“noires”)

- Les délais de paiement à plus de trente jours pour les produits périssables.
- Les changements rétroactifs et unilatéraux du contrat (fréquence, timing ou volume de la commande, qualité, prix).
- Les réclamations sur le gaspillage de denrées alimentaires dans les locaux de l'acheteur sans que ce soit du fait de la négligence du fournisseur.

- Les annulations de commande de dernière minute concernant les produits périssables (sans que le fournisseur puisse raisonnablement trouver une alternative commerciale à ces produits).

### 3. Quatre pratiques sont interdites à l'acheteur si elles ne sont pas clairement explicitées dans le contrat (“grises”)

- Le retour des produits invendus au vendeur.
- Les requêtes de paiement anticipé pour sécuriser ou garder un contrat.
- Le paiement par le fournisseur des promotions sur les produits vendus par l'acheteur. Avant toute promotion, l'acheteur doit spécifier la durée et la fréquence de la promotion ainsi que la quantité de produits alimentaires à commander.
- Le paiement par le fournisseur du marketing sur le produit effectué par le vendeur.

33. Ces quatre pratiques sont assorties d'une obligation de transparence concernant leurs coûts.

### 4. Mesure de mise en œuvre – *enforcement*

34. Chaque État membre doit désigner une autorité compétente en matière de pratiques commerciales déloyales. Elle pourra recevoir les plaintes de fournisseurs, d'organisations de producteurs et d'associations d'organisations de producteurs dès lors qu'il s'agit d'une PME. Les plaintes sont confidentielles et un *reporting* annuel de la mise en œuvre des activités des autorités en matière de PCD est instauré.

35. Cette autorité doit être dotée de certains pouvoirs tels que les enquêtes *ex officio* ou la publication de la décision sur l'infraction et de l'amende infligée.

36. Enfin, la Commission doit faciliter une plateforme européenne d'échange entre organismes (autorités) de mise en œuvre.

## VIII. Un examen au Parlement largement commenté

37. Fin 2018, le Parlement européen répond à cette proposition dans son projet parlementaire. Outre pléthore de pratiques rajoutées (plus de 900 amendements déposés), le Parlement propose un changement majeur dans le

champ d'application du dispositif. Ainsi, alors que la Commission cherchait à protéger les fournisseurs PME face à des acheteurs non PME, le bénéfice du dispositif est désormais étendu aux fournisseurs de toutes tailles. C'est l'objectif même du dispositif à savoir protéger l'amont de la chaîne qui est ainsi remis en question.

38. Dès lors s'ensuivent de multiples échanges et négociations en vue des réunions en trilogie, c'est-à-dire entre les trois institutions Parlement, Conseil, Commission, afin d'obtenir un accord politique.

39. Décembre 2018, après plus d'une quinzaine de réunions, les négociations échouent. Parlement et Présidence du Conseil ne trouvent pas d'accord. Intervient alors une demande exceptionnelle de la Présidence du Conseil afin d'organiser une dernière réunion pour offrir “*un cadeau de Noël à nos agriculteurs*”. Un compromis politique sera trouvé le 19 décembre.

## IX. Le cadre instauré par la proposition de directive : Les mesures à transposer

### 1. Les bénéficiaires du dispositif

40. La Commission, sur pression du Parlement, a instauré un modèle dynamique à tiroirs quant à l'application de ce texte. En effet, les mesures du dispositif s'appliquent entre :

- les vendeurs micro (< 2M) versus les acheteurs (> 2M) ;
- les vendeurs petit (< 10M) versus les acheteurs (> 10M) ;
- les vendeurs PME (< 50M) versus les acheteurs (> 50M) ;
- les vendeurs *mid-range* (< 350M) versus les acheteurs (> 350M).

41. Le dispositif est unilatéral et différencié. Il s'applique ainsi :

- entre des fournisseurs au CA annuel inférieur à 350 millions (agriculteurs, organisations de producteurs et tout autre fournisseur de la chaîne d'approvisionnement alimentaire en deçà de ce seuil) ;
- et des acheteurs qui se trouvent dans la catégorie d'entreprise au-dessus de celle de leur fournisseur (dont les groupes de personnes morales) (NB : Elle ne s'applique pas aux relations entre entreprises de la même catégorie) ;

- sur tous les produits agroalimentaires (agricoles et manufacturés) et certains services associés.

42. Ce projet est d'harmonisation minimale. La rédaction actuelle du projet devrait permettre aux États de transposer ce texte comme ils le veulent notamment sur le caractère unilatéral du dispositif. Ainsi, la définition des pratiques commerciales déloyales reprise dans les considérants ne se limite plus au seul intérêt des agriculteurs/PME mais bien à celui des opérateurs économiques dans leur ensemble. La France pourrait donc conserver son dispositif d'encadrement national bénéficiant à tout vendeur et tout acheteur.

43. En outre, le principe de différenciation est maintenu et pourrait donc servir de support légal à de possibles réformes nationales.

## 2. Les pratiques interdites (“noires”)

44. Sont interdits :

- les délais de paiement à plus de trente jours pour les produits périssables comptant à partir de la fin de la période de livraison ou de la date d'établissement de la facture en fonction de la plus tardive ;
- les délais de paiement à plus de soixante jours pour les produits non périssables comptant à partir de la fin de la période de livraison ou de la date d'établissement de la facture en fonction de la plus tardive ;
- les annulations de dernière minute de commande de produits périssables à moins de trente jours de la date de livraison négociée, sauf exceptions nationales et sectorielles ;
- les changements unilatéraux du contrat imposés par l'acheteur (fréquence, timing ou volume de la commande, qualité, prix...);
- les réclamations de paiements qui ne soient pas liés à la vente des produits ;
- les réclamations sur des produits détériorés ou perdus dans les locaux ou sous la propriété de l'acheteur sans que ce ne soit du fait de la négligence du fournisseur ;
- le refus de recourir aux contrats écrits demandés par le fournisseur (NB : Les coopératives sont exemptées là où les statuts produisent des effets similaires) ;
- l'obtention, le partage ou l'utilisation illégale de données confidentielles ;
- les menaces de commettre des actes de représailles commerciales à l'encontre d'un fournisseur lorsque ce dernier exerce ses droits contractuels ou légaux, notamment en déposant une plainte ou en coopérant avec les autorités chargées de faire respecter la loi au cours d'une enquête ;
- la demande d'une compensation au fournisseur pour le coût de l'examen des plaintes consommateurs portant sur ses produits s'il n'a commis aucune négligence ou faute.

## 3. Portée des interdictions en France

45. Durant le processus de transposition, la portée de certaines mesures devrait tout particulièrement être étudiée dans les domaines suivants :

- le délai de paiement pour les périssables (de trente jours fin de décade en France à trente jours net dans la Directive);
- la pratique interdite visant à “*requérir des paiements qui ne sont pas liés à la vente des produits*”. Cette pratique semble couvrir un champ plus large que la notion d'avantage sans contrepartie ;
- enfin, la pratique visant à interdire “*de demander une compensation au fournisseur pour le coût de l'examen des plaintes consommateurs portant sur ses produits*” pourrait poser problème dans le cadre de nos procédures de contrôle conformité/sécurité produit.

## 4. Pratiques interdites si elles ne sont pas prévues de manière claire et non ambiguë par contrat (“grises”)

- Le retour des produits invendus au vendeur sans payer les produits ou leur mise à disposition.
- La facturation, à un fournisseur, du stockage, de l'affichage ou du référencement de produits.
- Le paiement, par le fournisseur, des promotions et de la publicité sur les produits vendus par l'acheteur.
- Le paiement, par le fournisseur, du marketing effectué sur le produit par le vendeur, et du staff pour l'entreposage ou la mise en rayon des produits.

## 5. Mesure de mise en œuvre – *enforcement*

46. Chaque État membre doit désigner une autorité compétente en matière de pratiques commerciales déloyales. Elle pourra recevoir les plaintes de fournisseurs, d'associations de fournisseurs, d'organisations de producteurs et d'associations d'organisations de producteurs. Les plaintes sont confidentielles et un *reporting* annuel de la mise en œuvre des activités des autorités en matière de PCD est instauré.

47. Les fournisseurs pourront déposer plainte dans leur propre pays ou dans celui où l'acheteur réalise ces pratiques déloyales.

48. Cette autorité doit être dotée de certains pouvoirs tels que les enquêtes *ex officio*, l'imposition d'amende ou la publication régulière des décisions et sanctions.

**49.** La directive reconnaît en revanche l'importance de la médiation dans la résolution des litiges en encourageant les parties à y recourir (sans préjudice de leur droit à déposer une plainte). Les efforts entrepris dans le cadre de la Supply Chain Initiative sont par ailleurs reconnus dans l'un des considérants.

## Conclusions

**50.** Que retenir de ce texte, mais aussi de cette histoire et des processus de construction des textes européens ? Constatons tout d'abord la forte politisation des débats à Bruxelles et l'accélération des procédures qui s'ensuit au détriment de la qualité juridique.

**51.** Cette directive aura par ailleurs eu le mérite de poser le principe de différenciation. Il faut qu'il influence le droit national dans ce qui est de l'encadrement des relations dans la chaîne d'approvisionnement et de l'équilibre des forces.

**52.** En outre, cette réflexion visait à l'origine à protéger les agriculteurs et à renforcer leur position. À Bruxelles, le monde agricole avait décliné toute participation au dispositif d'autoréglementation faute de cadre législatif. Désormais ils l'ont. Et le monde agricole dans sa dimension entrepreneuriale aura alors à se l'approprier. Et nous portons désormais, je pense, la même demande : évitons toute surtransposition et offrons-nous ce marché unique.

**53.** Alors, est-ce pour autant la fin des discussions sur les PCD à Bruxelles ? Nous pouvons légitimement en douter. Ainsi, pour ne citer qu'un exemple, la révision en cours du règlement d'exemptions aux accords verticaux semble dès à présent soulever des enjeux quant à l'amélioration de la chaîne non alimentaire en particulier. ■

# Le titre IV du code de commerce et le droit de l'Union européenne\*

Laurence Idot

laurence.idot@sfr.fr

Professeur émérite

Université Panthéon-Assas (Paris II)

1. Le sujet imparti, libellé de manière très générale, doit être limité d'emblée ne serait-ce que pour des raisons juridiques. La compatibilité de textes nationaux avec le droit de l'Union n'est jamais examinée globalement, mais article par article, voire alinéa par alinéa. L'examen de l'ensemble du titre IV étant hors de propos, l'objectif sera plus limité et centré sur les développements les plus récents.

L'actualité est déjà dense en droit français puisque le droit des relations commerciales vient d'être modifié de manière sensible par la loi dite "Egalim"<sup>1</sup> du 30 octobre 2018, suivie de l'ordonnance du 12 décembre 2018<sup>2</sup> et surtout de la refonte du titre IV opérée par l'ordonnance du 24 avril 2019<sup>3</sup>. Au même moment le 17 avril 2019, les institutions européennes ont adopté une nouvelle directive sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire<sup>4</sup>. Ce récent intérêt de l'Union européenne pour le droit des relations commerciales met fin à un certain isolement du droit français. Cela étant, même si le gouvernement français s'est déclaré favorable à l'adoption du texte européen, l'observateur extérieur ne peut que regretter ces travaux menés de manière parallèle et indépendante<sup>5</sup>. Le titre IV à peine refondu, il va falloir le remettre sur le métier pour transposer la nouvelle directive<sup>6</sup>. En ce domaine, cette succes-

sion de textes est habituelle, mais il serait temps d'abandonner cette détestable habitude des lois éphémères<sup>7</sup>.

2. Certes, depuis l'arrêt *Keck*<sup>8</sup>, qui avait été un premier signal d'alarme pour le titre IV, du moins pour l'interdiction de la revente à perte, les données ont évolué. Le problème de la compatibilité de ses dispositions avec le droit primaire ne semble plus se poser. Même si tous les droits nationaux doivent être compatibles avec les principes du marché intérieur, ce que rappelle au demeurant la directive (UE) 2019/633<sup>9</sup>, la jurisprudence sur le principe de libre circulation des marchandises n'est plus guère d'actualité. Il en est de même des règles de concurrence. En application de l'article 3, § 3, du règlement (CE) n° 1/2003, les paragraphes 1 et 2 de ce texte, qui organisent les rapports entre droit de l'Union et droits nationaux en droit antitrust, ne s'appliquent pas aux autres composantes du droit de la concurrence et en particulier à celles qui poursuivent des objectifs différents de ceux des articles 101 et 102 TFUE<sup>10</sup>. En négociant l'introduction de cette précision dans le cadre du compromis intervenu en 2002 entre la Commission et les États membres, le gouvernement français a cherché à préserver le titre IV du livre IV du code de commerce, qu'il pensait à l'époque menacé par la réforme, comme le confirme la lecture du considérant 9 *in fine* qui explicite ce texte<sup>11</sup>.

\* Le colloque s'est tenu début avril alors que l'ordonnance n° 2019/359 du 24 avril 2019 et la directive (UE) 2019/633 du 17 avril 2019 (v. ci-dessous) n'étaient pas encore définitivement adoptées. La version écrite de cette communication revue après l'adoption de ces textes tient compte des textes publiés.

1 Loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, *JORF* du 1<sup>er</sup> novembre 2018, texte n° 1.

2 Ord. n° 2018-1128 du 12 décembre 2018 relative au relèvement du seuil de revente à perte et à l'encadrement des promotions pour les denrées et certains produits alimentaires, *JORF* du 13 décembre 2018, texte n° 19.

3 Ord. n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, *JORF* du 25 avril 2019, texte n° 16.

4 Directive (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire (*JOUE* n° L. 111 du 25 avril 2019).

5 V. égal., en ce sens, M. Behar-Touchais, L'ordonnance relative aux seuils de revente à perte et aux promotions dans les starting-blocks, *Ledico*, novembre 2018, n° 111 r5, p. 4.

6 Sur les raisons qui ont conduit le gouvernement français à adopter l'ordonnance de refonte du titre IV sans attendre la transposition de la directive, v. les déclarations de V. Beaumeunier, panel 3, *New Frontiers of Antitrust*, 14 juin 2019.

7 G. Canivet, L'histoire sans fin des lois éphémères ou de la régulation des relations entre la production et la grande distribution, in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux – Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 69-89.

8 CJCE, 24 novembre 1993, aff. C-267/91 et 268/91.

9 Préc., art. 9, § 1.

10 La loi Egalim a introduit deux modifications qui pourraient soulever des problèmes de compatibilité avec le principe de convergence affirmé à l'article 3, § 2, du règlement (CE) n° 1/2003. La première concerne l'article L. 420-5, al. 2, C. com., qui prévoit la possibilité pour les pouvoirs publics de rendre obligatoires des accords verticaux sur les prix dans les DROM. La seconde vise la notification des accords entre centrales d'achat visée à l'article L. 462-10 C. com. La difficulté concerne le bilan concurrentiel visé au point II, qui est fait par référence au seul droit français, alors que dans ce domaine, il y a nécessairement affectation du commerce entre États membres. Le texte aurait dû viser les articles 101 et 102 TFUE.

11 V., sur l'évolution du texte qui est devenu l'article 3 du règlement (CE) n° 1/2003 sur la mise en œuvre des articles 81 et 82 CE (*JOCE* n° L. 1 du 4 janvier 2003), L. Idot, *Droit communautaire de la concurrence – Le nouveau système de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

3. Même si le nouvel article L. 442-2 C. com. demeure en partie incompatible avec l'article 101 TFUE<sup>12</sup>, c'est essentiellement au regard du droit dérivé et des directives adoptées en ce domaine que l'on doit examiner les principales dispositions du titre IV. Les questions de transparence soulevant des problèmes spécifiques quelque peu éloignés des objectifs du colloque<sup>13</sup>, l'on s'intéressera principalement aux dispositions du chapitre II relatif aux pratiques commerciales déloyales entre entreprises, soit les articles L. 442-1 C. com. à L. 443-4 C. com. S'agissant des textes du droit de l'Union, le pluriel doit être utilisé, car, indépendamment de la nouvelle directive (UE) 2019/633 qui devra être transposée avant le 1<sup>er</sup> mai 2021<sup>14</sup>, il faut également tenir compte de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs<sup>15</sup>, qui n'est pas dépourvue de tout lien avec le sujet même si elle relève principalement du droit de la consommation.

4. Entre les deux directives, les institutions européennes ont changé de méthode, ce qui n'est pas sans conséquence pratique sur la nécessaire adaptation du droit français. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire de revenir dans un premier temps sur l'évolution du cadre institutionnel (I.) avant de présenter les principaux effets de la directive (UE) 2019/633 sur le titre IV (II.).

## I. Une évolution du cadre juridique européen

5. L'importance des effets d'une directive en droit interne dépend principalement de deux variables, le champ d'application du texte européen bien sûr, mais également la méthode d'harmonisation choisie par le "législateur européen". Entre 2005 et 2019, la situation a radicalement changé. Alors que la portée de la directive 2005/29/CE s'est révélée très large, un choix opposé a été opéré pour la directive (UE) 2019/633. Cela a des conséquences non négligeables sur deux piliers du titre IV : le pilier historique qu'est l'interdiction de la revente à perte (1.) ; le pilier plus récent qui recouvre l'ensemble des dispositions visant à lutter contre le déséquilibre contractuel (2.).

12 La difficulté n'est pas nouvelle. L'article L. 442-2 C. com. (version refondue) maintient la possibilité d'engager une action en responsabilité contre la personne qui viole l'interdiction de vendre hors réseau. Cela soulève un problème en tant que la distribution exclusive est également visée. Les ventes parallèles sont tout à fait licites en droit de l'Union européenne. L'interdiction de vendre hors réseau n'est constitutive d'une faute que dans le cas d'un réseau de distribution sélective, qui doit être par nature étanche. Il est regrettable que la refonte du titre IV n'ait pas conduit à revoir cette disposition introduite en 1996 à l'issue d'un amendement visant à protéger la distribution automobile à une époque où le cumul de la distribution sélective et de la distribution exclusive était encore rendu possible par le règlement d'exemption par catégorie n° 1475/95.

13 V. les articles L. 441-1 à L. 441-16 C. com. regroupés en un chapitre 1, intitulé "De la transparence dans la relation commerciale". Les dispositions de ce chapitre ont été sensiblement modifiées par l'ordonnance du 24 avril 2019.

14 Préc. art. 13, § 1. L'application est toutefois reportée au 1<sup>er</sup> novembre 2021 (art. 13, § 2).

15 Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JOCE n° L. 149 du 11 juin 2005.

## 1. Revente à perte et champ élargi de la directive 2005/29/CE

6. Les données sont connues. À l'origine, adoptée sur le fondement de l'article 95 CE (devenu art. 114 TFUE) lu en liaison avec l'article 153, § 1, CE (devenu art. 169 TFUE), la directive 2005/29/CE est un texte qui relève du droit de la consommation et est de prime abord étranger à notre propos. À partir de 2013, la Cour de justice a remis en cause cette affirmation (1.1), ce qui conduit à faire un point sur la situation en France au regard des modifications intervenues ces dernières semaines (1.2).

### 1.1 La situation en droit de l'Union

7. On rappellera pour mémoire que la directive 2005/29/CE est une directive d'harmonisation maximale. Les États membres ne pouvaient conserver dans leur législation nationale des dispositions plus strictes que pendant une durée limitée à cinq ans<sup>16</sup>. La directive interdit tant les pratiques trompeuses dans ses articles 6 et 7 que les pratiques agressives aux articles 8 et 9, mais elle donne en annexe I une liste des pratiques qui sont réputées trompeuses et agressives, laquelle ne peut être modifiée qu'à la suite d'une révision. Dans les autres cas, c'est-à-dire si la pratique n'est pas mentionnée dans la liste, il appartient au juge de vérifier que les critères énoncés par le texte sont remplis<sup>17</sup>. Or, la revente à perte ne fait pas partie des interdictions de l'annexe I, ce qui doit conduire, si la directive est applicable, à un examen au cas par cas au regard des critères du texte.

8. Saisie dans l'affaire *Euronics* en 2013 d'une question préjudicielle sur la compatibilité avec la directive de l'article 101, § 1, de la loi belge du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, qui interdit de manière générale la revente à perte, la Cour a conclu à l'incompatibilité, "*pour autant que cette disposition poursuit des finalités tenant à la protection des consommateurs*"<sup>18</sup>. Cela a eu pour conséquence de faire rentrer dans le champ de la directive les législations dites "mixtes", qui protègent tant les consommateurs que les concurrents. La Cour de justice a maintenu son analyse en 2017 dans l'arrêt *Europamur*<sup>19</sup>, pour la loi espagnole, qui prévoit, à l'instar de la loi belge, une interdiction générale de la revente à perte, dont il est acquis qu'elle vise aussi à protéger le consommateur.

16 Directive préc., art. 1, § 5.

17 La solution est déduite de la série d'arrêts dans les affaires *VTB-AB* (CJCE, 23 avril 2009, aff. C-261/07 et 299/07 : *Europe* 2009, comm. 251, obs. V. Michel), *Plus Warenhandels-gesellschaft* (CJUE, 14 janvier 2010, aff. C-304/08 : *Europe* 2010, comm. 120, obs. M. Meister) et *MediaPrint Zeitungs* (CJUE, gde ch., 9 novembre 2010, aff. C-540/08 : *Europe* 2011, comm. 30, obs. L. Idot), dans lesquelles la Cour a rappelé que la directive procède à une harmonisation complète et qu'en dehors des 31 pratiques déloyales énumérées à l'annexe I, les autres pratiques ne peuvent être qualifiées de déloyales qu'à l'issue d'un examen au cas par cas (v. égal. CJUE, ord., 30 juin 2011, *Wamo*, aff. C-288/10 : *Europe* 2011, comm. 322, obs. M. Meister ; CJUE, ord., 15 décembre 2011, *Immo*, aff. C-126/11 : à propos de réductions avant soldes).

18 CJUE (ord.), 7 mars 2013, *Euronics Belgium c/ Kamera Express*, aff. C-343/12, *Europe*, mai 2013, alerte 23, L. Idot ; D. 2013.913, obs. E. Petit ; *RTD eur.*, 2013.570, obs. C. Aubert de Vincelles ; *RLC* 2013/36, p. 53, note I.-C. Grall ; *RLDA*, 2013/83, p. 33, note A. Lecourt.

19 CJUE, 19 octobre 2017, *Europamur Alimentación*, aff. C-295/16, *Europe*, décembre 2017, comm. 448, obs. D. Simon ; *Ledico*, décembre 2017, n° 110v7, obs. A.-S. Chomé-Grimaldi.

## 1.2 La situation en France

9. Dès l'ordonnance *Euronics*, l'on s'est interrogé sur la portée de cette solution en droit français, mais l'interdiction de la revente à perte a été maintenue lors des réformes du titre IV qui ont eu lieu par la suite<sup>20</sup>. La position officielle n'a pas changé : l'interdiction française vise la protection des concurrents et n'est pas visée par cette jurisprudence. En réalité, cela ne ressort pas aussi clairement des divers travaux préparatoires, même s'il ne fait pas de doute que, lors de son introduction en 1963, l'un des objectifs était la protection du petit commerce<sup>21</sup>. Saisie de la difficulté en 2017, la Cour de cassation n'a pas jugé nécessaire de poser une question préjudicielle à la Cour de justice, le moyen soulevant l'incompatibilité de l'article L. 442-2 C. com. étant jugé inopérant du fait de l'inapplicabilité de la directive<sup>22</sup>.

La solution a été confirmée en 2018 de manière assez claire<sup>23</sup> : *“Qu'en effet la directive 2005/29/CE du Parlement et du Conseil du 11 mai 2005, relatif[e] aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, telle qu'interprétée par la Cour de justice de l'Union européenne (arrêt du 19 octobre 2017, Europamur Alimentacion SA, C-295/16, paragraphe 28) ne trouve à s'appliquer qu'aux pratiques qui portent directement atteinte aux intérêts économiques des consommateurs et, ainsi, ne s'applique pas aux transactions entre professionnels.”* L'affirmation peut être discutée, car les législations dites “mixtes” sont également visées.

10. Quoi qu'il en soit, si une question préjudicielle était enfin posée à la Cour de justice, un élément supplémentaire devrait être pris en compte dans le débat du fait du relèvement du seuil de revente à perte opéré par la première ordonnance du 12 décembre 2018<sup>24</sup> prise à la suite de la loi Egalim. Certes, ce relèvement ne concerne que les produits alimentaires, mais c'est un argument assez fort pour confirmer le fait qu'en droit français, l'interdiction de la revente à perte n'a pas pour objectif la protection des consommateurs, ce que confirmeront certainement les associations de consommateurs qui ont pris clairement parti contre la réforme<sup>25</sup>. Dans

son avis n° 18-A-14<sup>26</sup>, l'Autorité de la concurrence, tout en mentionnant que la légitimité de l'interdiction de la revente à perte était régulièrement remise en cause, est restée très prudente et s'est contentée de faire référence à la jurisprudence de la Cour de justice. Le débat n'est pas pour autant définitivement clos.

De prime abord, l'on ne devrait pas rencontrer de telles hésitations avec la future directive, dont le champ est restreint.

## 2. Déséquilibre contractuel et portée restreinte de la directive (UE) 2019/633

11. Comparée à la directive de 2005, la nouvelle directive (UE) 2019/633 présente deux différences essentielles : la première tient à son champ d'application ; la deuxième à la méthode d'harmonisation utilisée. Non seulement le champ d'application est sensiblement plus limité que celui du titre IV (2.1), mais, de plus, le principe d'harmonisation minimale qui a été choisi devrait considérablement limiter la portée des adaptations nécessaires (2.2).

### 2.1 Un champ d'application doublement limité

12. Bien qu'elle ait vocation à couvrir l'ensemble des pratiques commerciales, contractuelles ou non, la nouvelle directive a un champ d'application doublement limité par rapport à celui du titre IV<sup>27</sup>.

13. Ratione materiae, les dispositions ne visent que les relations entre acheteurs et fournisseurs dans la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, plus particulièrement dans le cadre de la vente de “produits agricoles et alimentaires”<sup>28</sup>, ce qui conduit à définir ce qu'il faut entendre par là. La définition des “produits agricoles et alimentaires” est donnée à l'article 2.1. Elle est double, puisque sont visés d'abord les produits énumérés à l'annexe I du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ce qui ne pose pas de problème, mais également les produits transformés en vue d'être utilisés dans l'alimentation humaine en recourant à des produits énumérés dans l'annexe, ainsi que les services associés. Il n'est pas exclu qu'un contentieux puisse naître sur l'application de cette disposition, notamment sur la notion de services associés.

14. En revanche, en droit français, tous les secteurs économiques sont couverts sans exception. Toutefois, une évolution est en train de se dessiner. Une différenciation sectorielle a été amorcée par l'ordonnance du 24 avril 2019.

20 V. en particulier à l'occasion de l'adoption de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

21 V. not. D. Voinot, L'interdiction de la revente à perte est-elle conforme à la directive sur les pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs ?, *AJ Contrats d'affaires – Conc. Dist.*, 2014, p. 171 ; A.-S. Choné-Grimaldi, Loi Egalim – acte 2 : relèvement du seuil de revente à perte et encadrement des promotions, *JCP E & A*, février 2019, 1069, spéc. n° 9.

22 Cass. com., 22 novembre 2017, n° 16-18.028 et 16-18.124, *Ledico*, février 2018, n° 111a4, p. 5, obs. C. Grimaldi.

23 Cass. com., 16 janvier 2018, n° 16-83.457.

24 Préc. Pour des commentaires, v. not. A.-S. Choné-Grimaldi, Loi Egalim – acte 2 : relèvement du seuil de revente à perte et encadrement des promotions, préc. ; M. Malaurie-Vignal, Relèvement du seuil de revente à perte et encadrement des promotions pour les denrées et certains produits alimentaires, *Contrats, conc., consom.* février 2019, comm. n° 24 ; A. Berg-Moussa et B. Naouri, L'ordonnance n° 2018-1128 du 12 décembre 2018 sur le relèvement du seuil de revente à perte et l'encadrement des promotions pour les denrées et certains produits alimentaires, *JCP E & A* 2019, act. 39.

25 V. M. Malaurie-Vignal, préc.

26 Aut. conc., avis n° 18-A-14 du 23 novembre 2018 relatif au relèvement du seuil de revente à perte et à l'encadrement des promotions pour les denrées et certains produits alimentaires, spéc. n° 23.

27 Directive préc., v. l'article premier sur l'objet et le champ d'application, qui doit être lu à la lumière de l'article 2 sur les définitions.

28 Directive, préc., art. 1.1.

Le titre IV refondu comporte désormais un chapitre 3 contenant des dispositions spécifiques pour les “*produits agricoles et aux denrées alimentaires*”<sup>29</sup>.

**15.** *Ratione personae*, deux règles doivent retenir l'attention. En droit de l'Union, le dispositif mis en place ne bénéficie qu'aux fournisseurs, alors que le droit français ne différencie pas de prime abord entre fournisseurs et acheteurs. Par fournisseurs, la directive vise tant les personnes physiques que les personnes morales. Sont également couvertes les organisations de producteurs et les associations d'organisations de producteurs reconnues ou non, ce qui inclut les coopératives. En réalité, tout dépend du pouvoir de négociation relatif du fournisseur.

En effet, l'article 1.2 de la directive fixe une série de cinq seuils quantitatifs en chiffre d'affaires visant à la fois le vendeur et l'acheteur. Ces seuils sont censés traduire un rapport contractuel déséquilibré, l'idée étant que le fournisseur doit avoir un chiffre d'affaires sensiblement inférieur à celui de l'acheteur. Ce système a lui-même des limites. Le système protecteur ne bénéficie qu'aux fournisseurs dont le chiffre d'affaires est inférieur à 350 millions. À l'inverse, les acheteurs qui ont un chiffre d'affaires inférieur à 2 millions ne sont pas visés par le texte. Ce mécanisme de seuils quantitatifs, qui doivent être calculés par rapport à la notion d'entreprise pour éviter tout détournement<sup>30</sup>, est à l'heure actuelle totalement étranger au droit français.

**16.** Ces divergences importantes quant au domaine d'application des textes<sup>31</sup> ne devraient toutefois pas avoir beaucoup d'incidence compte tenu de la méthode d'harmonisation retenue.

## 2.2 Un impact en pratique limité du fait de la méthode d'harmonisation

**17.** Une majorité d'États membres disposant déjà de législations en ce domaine, le choix politique a été opéré de se borner à édicter un socle minimal. Que l'on soit en présence d'une directive d'harmonisation minimale résulte clairement de l'article 9 sur “les règles nationales”. Deux principes sont affirmés sous la réserve habituelle de la compatibilité du dispositif national avec les règles relatives au fonctionnement du marché intérieur.

Dans le champ d'application de la directive, l'article 9.1 confirme que les États membres peuvent maintenir ou introduire des règles plus strictes que celles prévues par le texte.

Comme le rappelle par ailleurs l'article 9.2 de la directive, hors de son champ d'application, les droits nationaux peuvent lutter, comme ils l'entendent, contre les pratiques déloyales. Leur marge de manœuvre est quasi totale.

<sup>29</sup> C. com., art. L. 443-1 à L. 443-4. Ces deux textes visent principalement la publicité sur les produits alimentaires périssables et les remises sur les produits agricoles périssables.

<sup>30</sup> Directive, préc., art. 1.2, al. 2.

<sup>31</sup> On relèvera également que la directive précise son champ d'application territorial – il suffit que l'une des entreprises soit établie dans un État membre de l'Union – alors que la question du champ d'application territorial des dispositions du titre IV et l'éventuelle qualification de lois de police de certains articles ne sont pas définitivement tranchées.

**18.** Dans les pays, comme la France, qui disposent déjà d'une législation, plusieurs solutions sont techniquement possibles lors de la transposition. La solution qui consiste à avoir deux régimes distincts, l'un pour l'agroalimentaire qui suit la directive, l'autre pour les autres secteurs, n'est pas à exclure. L'on pourrait renforcer le dispositif contractuel mis en place par la loi Egalim<sup>32</sup> aux articles L. 631-24 et s. du code rural et de la pêche, mais ce dernier ne concerne que les ventes agricoles. De plus, en dehors du problème technique de la délimitation de la frontière, sur le plan politique l'existence de deux régimes est difficile à défendre auprès des opérateurs. Il est sans doute plus aisé d'avoir un socle commun, éventuellement plus protecteur, auquel s'ajoutent des règles spécifiques si ces dernières n'existent pas déjà en droit interne. La voie de la différenciation dans le code de commerce ayant déjà été choisie par l'ordonnance du 24 avril 2019, le législateur pourrait la poursuivre.

Ce choix politique sera opéré au moment de la transposition, car, en tout état de cause, sur le plan technique, des adaptations sont nécessaires.

## II. Une nécessaire adaptation du droit français

**19.** Si la directive doit être transposée dans les deux ans, soit au plus tard le 1<sup>er</sup> mai 2021, un délai de six mois supplémentaires a été introduit pour l'application<sup>33</sup>. Une transposition par texte est nécessaire et il ne sera pas possible de soutenir que le droit national est déjà interprété dans le sens de la directive<sup>34</sup>. Au-delà de ce constat, les effets de la nouvelle directive sont variables suivant que l'on raisonne sur les règles substantielles (1.) ou sur les règles de mise en œuvre (2.).

### 1. L'adaptation des règles substantielles

**20.** Avant de confronter la directive au nouveau droit français des pratiques déloyales entre professionnelles (1.2), il est nécessaire de procéder à un rapide rappel de son contenu (1.1).

<sup>32</sup> Préc.

<sup>33</sup> Directive préc., art. 13.1, al. 2.

<sup>34</sup> *Ibid.*, art. 13.1, al. 3 et 13.2.

## 1.1 Le contenu de la directive

21. S'inspirant d'une technique qui avait été mise au point pour les règlements d'exemption par catégorie "ancienne génération", soit antérieures à la modernisation<sup>35</sup>, l'article 3 de la directive opère une distinction entre deux catégories de pratiques : les pratiques qui sont toujours interdites, ou pratiques dites de la "liste noire", les pratiques qui sont interdites à moins qu'un accord soit intervenu entre les parties, ou pratiques dites de la "liste grise". Dans tous les cas, la directive précise que ces interdictions jouent, quelle que soit la loi applicable au contrat<sup>36</sup>, ce qui permet de les qualifier de lois de police et d'éviter les discussions que l'on a en droit français sur ce point.

22. Les pratiques dites de la "liste noire", au nombre de neuf, sont énumérées à l'article 3.1 dans un ordre qui n'apparaît pas d'une grande logique. Il est possible de les classer en trois catégories.

23. Les pratiques relatives au paiement dû au fournisseur sont de loin les plus nombreuses. La directive interdit tout d'abord les délais de paiement excessifs en introduisant successivement deux distinctions suivant que les parties sont, ou non, en relations d'affaires<sup>37</sup>, puis suivant que les produits sont périssables ou non. Pour les produits périssables, le délai à ne pas dépasser est de trente jours, tandis qu'il est de soixante jours pour les autres produits. Les différences entre les deux régimes concernent le point de départ du délai : délai de livraison convenu ou date d'établissement du montant à payer, la plus tardive des deux dates étant retenue dans le premier cas ; date de livraison ou date d'établissement du montant à payer, la plus tardive des deux dates étant retenue dans le deuxième cas, sous réserve de règles spéciales lorsque l'acheteur établit le montant à payer, auquel cas c'est le délai de livraison convenu pour les produits périssables et la date de livraison pour les autres produits. Dans le champ de la directive, ces nouvelles règles doivent prévaloir sur celles déjà existantes qui résultaient de la directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales<sup>38</sup>.

Sont ensuite interdits des paiements indus réclamés par l'acheteur au fournisseur, qu'il s'agit de protéger. Rentrent dans cette catégorie les demandes de paiement qui ne sont pas en lien avec la vente de produits agricoles ou alimentaires<sup>39</sup>, les demandes de paiement alors que les produits ont été détériorés ou perdus après le transfert de

propriété à l'acheteur<sup>40</sup>, les demandes de compensation pour le coût induit par l'examen de plaintes des clients malgré l'absence de faute du fournisseur<sup>41</sup>.

24. Une deuxième série d'interdictions porte sur le contrat de fourniture lui-même. Si l'on respecte un ordre chronologique, l'on retiendra d'abord le refus de confirmer les conditions de contrat par écrit<sup>42</sup>, mais sont surtout interdites les annulations de commande de produits périssables à brève échéance, un délai inférieur à trente jours étant toujours considéré comme remplissant cette condition<sup>43</sup>, ainsi que les modifications unilatérales des conditions de l'accord, qu'elles portent sur la fréquence, la méthode, le lieu, le calendrier ou le volume des approvisionnements<sup>44</sup>.

Enfin, rentrent également dans la liste des pratiques interdites deux comportements que l'on peut espérer plus rares : l'utilisation ou la divulgation illicite de secrets d'affaires du fournisseur<sup>45</sup> ; les menaces et *a fortiori* les représailles à l'encontre du fournisseur qui exerce ses droits contractuels ou légaux<sup>46</sup>.

25. Les pratiques de la liste dite "grise" visées à l'article 3.2 sont, quant à elles, au nombre de six. Elles sont toutes en lien soit avec un refus de paiement de l'acheteur – c'est le cas des invendus<sup>47</sup> –, soit plus fréquemment avec des demandes de paiement pour des actions qui devraient incomber normalement à l'acheteur qui en a l'initiative. Tel est le cas pour le stockage ou le référencement, pour des coûts liés à des remises pratiquées par l'acheteur dans le cadre d'actions promotionnelles, pour de la publicité faite par l'acheteur, pour la commercialisation par l'acheteur, ou encore pour le paiement du personnel chargé d'aménager les locaux de vente<sup>48</sup>.

## 1.2 La compatibilité des règles françaises ?

26. Force est de constater que si l'objectif est globalement proche de celui qui prévaut en droit français, il n'y a pas de mesure équivalente dans les nouvelles dispositions sur la contractualisation dans le secteur agricole issues de la loi Egalim et insérées dans le code rural<sup>49</sup>. Reste le dispositif du titre IV, même refondu, qui est assez éloigné des mécanismes mis en place par la directive. Il y a une différence

35 La terminologie est identique (pratiques noires, pratiques grises), mais l'analogie est malgré tout trompeuse. Dans les anciens règlements d'exemption par catégorie, les clauses noires étaient des clauses contraires à l'article 85, § 1, du traité de Rome qui ne pouvaient en aucun cas bénéficier d'une exemption, alors que les clauses grises étaient des clauses contraires à l'article 85, § 1, qui étaient couvertes par le règlement d'exemption.

36 *Ibid.*, art. 13. 4.

37 *Ibid.*, art. 3.1, al. 1, sous a) respectivement, sous i et ii. Le mécanisme complexe est complété par une série de précisions à l'article 3.1, al. 2, et notamment des exceptions pour certaines catégories.

38 JOUE n° L. 48 du 23 février 2011.

39 *Ibid.*, art. 3.1, al. 1, sous d).

40 *Ibid.*, art. 3.1, al. 1, sous e).

41 *Ibid.*, art. 3.1, al. 1, sous i).

42 *Ibid.*, art. 3.1, al. 1, sous f).

43 *Ibid.*, art. 3.1, al. 1, sous b).

44 *Ibid.*, art. 3.1, al. 1, sous c).

45 *Ibid.*, art. 3.1, al. 1, sous g). Les secrets d'affaires sont définis par référence à la directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 (JOUE n° L. 157 du 15 juin 2016).

46 *Ibid.*, art. 3.1, al. 1, sous h).

47 *Ibid.*, art. 3.2, al. 1, sous a).

48 *Ibid.*, art. 3.2, al. 1, sous b) à f).

49 Code rural et de la pêche, art. L. 631-24 à L. 631-26 ; sur ce cadre, v. N. Mathey, Egalim : contractualisation des relations commerciales agricoles, *Contrats, conc., consom.* février 2019, comm. 25.

fondamentale de méthodologie qui rend la confrontation des deux droits difficile. On se bornera dans ce cadre à quelques constats.

**27.** Premier constat, la disposition phare de la nouvelle directive sur les délais de paiement va nécessiter des adaptations du dispositif complexe des articles L. 441-10 à L. 441-15 du code de commerce, dont on notera qu'il n'est pas inséré dans le chapitre 2 nouvellement intitulé "pratiques commerciales déloyales", mais dans le chapitre 1 sur la transparence de la relation commerciale. Les difficultés concernent moins la détermination du délai, car l'on retrouve le délai de trente jours, que le calcul du point de départ de ce dernier.

**28.** Deuxième constat, s'agissant du chapitre 2, qui a été totalement refondu, on ne reviendra pas sur le maintien d'interdictions spécifiques propres au droit français qui soulevaient déjà des problèmes avant l'adoption de la directive (UE) 2019/633, comme l'interdiction de la revente hors réseau de l'article L. 442-2 C. com., et plus encore de l'interdiction de la revente à perte désormais prohibée à l'article L. 442-5 C. com.

La question n'est pas de savoir si l'on peut maintenir les autres interdictions spécifiques, comme celles visant les remises rétroactives et le bénéfice des clauses du client le plus favorisé de l'article L. 442-3 C. com., car la réponse est affirmative, mais de déterminer si la disposition centrale qu'est désormais l'article L. 442-1 du code répond aux exigences de la directive.

**29.** Il est possible d'en douter. Contrairement à l'ancien article L. 442-6-I du code de commerce qui procédait à une longue énumération de treize pratiques, le nouvel article L. 442-1 a été recentré autour de deux séries de dispositions. Le maintien au point II de la rupture brutale de relations commerciales établies qui a donné lieu à un contentieux considérable en France n'est pas remis en cause, puisqu'il s'agit d'une pratique qui, curieusement, n'est pas appréhendée par la directive. Il est donc tout à fait possible de conserver ce texte.

Restent les pratiques visées à l'article L. 442-1-I recentrées autour de deux notions phares : l'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné d'une part, le déséquilibre significatif d'autre part. Il n'y a pas de contradiction flagrante entre ces textes et la directive, mais il n'est nullement certain qu'on puisse juger que ces interdictions répondent aux exigences de la directive, d'autant que l'on ne retrouve pas la distinction entre les pratiques de la liste noire et celles de la liste grise. Le texte français permet surtout d'appréhender, au travers de la notion d'avantage indu, toutes les pratiques liées à des paiements injustifiés, mais il ne couvre pas les autres pratiques.

**30.** La situation est aujourd'hui pour le moins paradoxale. Cela fait des années que la doctrine réclamait une refonte du titre IV et plus particulièrement de l'ancien article L. 442-6 C. com. en critiquant le millefeuille qui ne cessait de s'épaissir à chaque réforme. Au moment où le législateur français a fort opportunément décidé de simplifier le dispositif, le législateur européen opte, quant

à lui, pour la technique des listes, avec tous les inconvénients que cela génère. Il aurait sans doute été préférable de suivre la méthode utilisée pour les clauses abusives<sup>50</sup>, en donnant une définition générale, qui aurait pu être également fondée sur le déséquilibre significatif<sup>51</sup>, suivie d'une liste d'exemples non exhaustive. Le système de mise en œuvre est heureusement plus satisfaisant.

## 2. L'adaptation du système de mise en œuvre

**31.** C'est sans doute sur le système de mise en œuvre que les conséquences de la directive devraient être, pour les États membres disposant déjà d'une législation, les plus importantes. Ce dernier est très inspiré de celui mis en place en droit des pratiques anticoncurrentielles. Cela signifie qu'une préférence est accordée à un système administratif (2.1) complété par des moyens complémentaires (2.2).

### 2.1 La préférence donnée à un système administratif

**32.** Les articles 4 à 6 de la directive introduisent en cette matière des dispositions proches de celles mises en place en antitrust par le règlement (CE) n° 1/2003 désormais complété par la directive (UE) 2019/1, dite "ECN +", dont la transposition est en cours.

En premier lieu, à l'instar de l'article 35 du règlement (CE) n° 1/2003, chaque État membre doit désigner une ou plusieurs autorités d'application, ce qui implique dans ce cas un point de contact unique<sup>52</sup>.

En deuxième lieu, un régime de traitement des plaintes doit être mis en place. Le dépôt de plainte est ouvert aux fournisseurs, ainsi qu'aux organisations de producteurs et de fournisseurs, qui peuvent également représenter un de leurs membres. Pour garantir le fonctionnement du système, la confidentialité est organisée. Le traitement de la plainte est calqué sur celui qui existe en antitrust. Si l'autorité rejette la plainte, le plaignant doit en être informé par une décision motivée adoptée dans un délai raisonnable. Si l'autorité donne suite à la plainte, elle doit ouvrir la procédure<sup>53</sup>.

En troisième lieu, les autorités d'application doivent avoir les mêmes pouvoirs qu'une autorité de concurrence. Indépendamment du traitement des plaintes, elles doivent pouvoir se saisir d'office, mener des enquêtes, y compris sur<sup>54</sup> place, prendre des décisions de mesures provisoires, ou constatant l'infraction aux interdictions de l'article 3, infliger des amendes et autres sanctions effectives, dissuasives et proportionnées, publier les décisions.

<sup>50</sup> Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOCE* n° L. 95 du 21 avril 1993.

<sup>51</sup> *Ibid.*, art. 3.

<sup>52</sup> Directive (UE) 2019/633, préc., art. 4.

<sup>53</sup> *Ibid.*, art. 5.

<sup>54</sup> *Ibid.*, art. 6.

33. En France, l'on peut se poser la question de savoir quelle va être l'autorité d'application. Va-t-on renforcer encore les pouvoirs de la DGCCRF, ou, autre solution techniquement possible, transformer la CEPC en une autorité disposant de pouvoirs équivalents à ceux de l'Autorité de la concurrence ? Il semblerait que la DGCCRF ne soit pas prête à abandonner ses prérogatives, mais si on lui transfère le pouvoir de décision – ce qui n'est pas exclu, compte tenu du développement depuis la loi Hamon de 2014 de sanctions administratives<sup>55</sup> – deux difficultés doivent être tranchées.

34. Indépendamment de la mise en place d'un mécanisme de garanties appropriées, d'autant plus indispensable que certaines sanctions devraient être plus élevées pour être effectivement dissuasives, la question se pose de savoir quelle place on laisse au juge. Elle est d'autant plus importante qu'à l'heure actuelle les pratiques couvertes par la directive donnent lieu à un double régime : certaines d'entre elles sont de la compétence du juge pénal, dont, parmi les plus importantes au regard de la directive, le non-respect des délais de paiement<sup>56</sup>, d'autres de la compétence du juge commercial ou civil, avec les deux particularités que sont le rôle du ministre de l'Économie et la spécialisation<sup>57</sup>. Tel est le cas en particulier pour l'article L. 442-1 C. com. sur les avantages indus et le déséquilibre significatif.

La position actuelle du ministère de l'Économie semble être de considérer que ce dispositif est tout à fait compatible avec la directive. Il est vrai qu'en droit antitrust, le principe d'autonomie procédurale a conduit à admettre des systèmes dans lesquels l'autorité de concurrence n'est qu'un super procureur économique, le pouvoir de sanction étant réservé à un juge. Il n'en demeure pas moins que l'on voit mal comment l'on pourra justifier l'existence de deux régimes différents de mise en œuvre. Il est regrettable que la refonte du titre IV n'ait pas conduit à une mise à plat du système actuel ne serait-ce que sur le plan formel<sup>58</sup>. On peut espérer que la transposition de la directive sera l'occasion de réfléchir à la cohérence de ce millefeuille hybride et indigeste.

55 L'évolution a été confirmée par la loi Egalim du 30 octobre 2018 (préc.) avec l'introduction de nouvelles sanctions administratives pour les contrats de vente agricoles qui ne respectent pas les nouvelles dispositions des articles L. 631-24 et s. du code rural et de la pêche, v. art. L. 631-25.

56 Art. L. 441-6 C. com.

57 V. le régime recentré sur l'article L. 442-4 C. com., qui couvre également les interdictions des articles L. 442-2, 442-3, 442-7, 442-8 C. com.

58 Cela dépassait certainement le cadre de l'habilitation, mais, techniquement et quoi que l'on pense du bien-fondé du système, il est aberrant qu'en 2019 les articles L. 442-1, 442-2, 442-7 débutent toujours par la formule "engage la responsabilité de son auteur". Cette formule avait un sens en 1986 lorsque la décision a été prise de dépenaliser les trois pratiques alors visées à l'article 36 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986. Les réformes successives ont fait perdre toute raison d'être à cette pseudo action en responsabilité civile. On est désormais en présence d'un système d'interdictions "civilement" sanctionnées. Il est grand temps d'en tirer les conséquences.

## 2.2 L'introduction de moyens complémentaires

35. On retrouve dans la directive deux dispositions désormais habituelles en droit de l'Union.

36. En premier lieu, la directive encourage le règlement extrajudiciaire des litiges, mais ne l'impose pas<sup>59</sup>.

Cela étant en France, dans le domaine couvert par la directive, le mécanisme existe d'ores et déjà, puisque nous avons depuis 2010, un médiateur, devenu en 2014 le médiateur des relations commerciales agricoles<sup>60</sup>, dont le rôle a été sensiblement renforcé par la loi dite "Egalim" du 30 octobre 2018<sup>61</sup>. La médiation est désormais obligatoire avant toute saisine du juge.

37. En deuxième lieu, la directive met en place, sans le nommer, un réseau des autorités d'application. En dehors d'une réunion annuelle pour échanger globalement sur la mise en œuvre de la directive, la directive pose le principe d'une assistance mutuelle entre autorités dans le cadre des enquêtes ayant une dimension transfrontalière et d'échanges d'informations<sup>62</sup>. On est encore loin des mécanismes très encadrés du REC. Des textes d'application seront certainement nécessaires.

À l'heure où les parties prenantes ne cessent de dénoncer l'internationalisation des pratiques commerciales déloyales, la création d'un réseau d'autorités était indispensable. L'autorité française ne pourra y trouver que des avantages tout en faisant bénéficier les autres autorités de son expérience en la matière.

38. Ce constat permet de conclure sur une note positive. La création d'un droit européen des pratiques commerciales déloyales même limité à la chaîne agroalimentaire est une avancée indéniable qui devrait permettre des échanges croisés avec les droits nationaux. La logique de confrontation doit être abandonnée au profit d'une logique de coopération et d'enrichissements mutuels. ■

59 Directive, préc., art. 7.

60 Le médiateur des relations commerciales agricoles a été créé par la loi n° 2014-1170 du 13 octobre 2014 (v. art. 15, créant l'art. L. 631-27 C. rur.); *adde*, le décret n° 2015-548 du 18 mai 2015 relatif au médiateur des relations commerciales agricoles.

61 Loi n° 2018-938, préc., modifiant le code rural et de la pêche, v. à L. 631-29. *Adde*, B. Néouze, Le médiateur des relations commerciales agricoles et la résolution des conflits après la loi du 30 octobre 2018, *Dr. rural*, avril 2019, n° 472.

62 *Ibid.*, art. 8.

# Les pratiques déloyales

## Le contrôle du prix

Vincent Malassigné

vincent.malassigne@uvsq.fr

Professeur

Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines (Université Paris-Saclay)

### ABSTRACT

Le contrôle du prix dans les relations dites « commerciales » s'est renforcé depuis les deux dernières années et, tout particulièrement, à la suite de l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce. Un tel contrôle repose en réalité sur deux piliers complémentaires : le contrôle du prix par les pouvoirs publics et le contrôle judiciaire du prix. Si les prix ne sont plus fixés par l'administration, il n'en demeure pas moins que le législateur a institué un cadre contraignant, qui vient d'être renforcé pour les produits agricoles et alimentaires, afin d'exercer une maîtrise indirecte et imparfaite sur les prix. De surcroît, l'administration ne manque pas de procéder à un contrôle approfondi des pratiques tarifaires déloyales. Mais ce contrôle administratif n'aurait guère eu de portée, en l'absence d'un contrôle judiciaire du prix. Cela est désormais le cas, puisque le contrôle judiciaire du prix, partiellement consacré par la Cour de cassation dans l'arrêt « Le Galec » en 2017, a été généralisé par l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019. Il en résulte un changement significatif de modèle : alors que nous avions définitivement abandonné le contrôle direct des prix par l'administration en 1986, le droit français vient d'instituer un contrôle judiciaire généralisé de la lésion à l'initiative de l'administration pour les relations contractuelles entre professionnels.

*Price control in so-called "commercial" relations has been strengthened over the last two years and, in particular, following Ordonnance No. 2019-359 of 24 April 2019 amending Title IV of Book IV of the Commercial Code. Such control is in fact based on two complementary pillars: price control by the public authorities and judicial control of the price. If prices are no longer fixed by the administration, the fact remains that the legislator has instituted a binding framework, which has just been strengthened for agricultural and food products, in order to exercise indirect and imperfect control on prices. In addition, the administration does not fail to carry out a thorough control of unfair pricing practices. But this administrative control would have had little impact, in the absence of judicial control of the price. This is now the case, since the judicial control of the price, partly sanctioned by the Court of Cassation in the "Le Galec" judgment in 2017, was generalized by Ordonnance No. 2019-359 of 24 April 2019. The result is a significant change of model: while we had definitively abandoned the direct control of prices by the administration in 1986, French law has just instituted a general judicial control of the price on the initiative of the administration for contractual relations between professionals.*

1. Le contrôle du prix serait-il devenu la règle dans les contrats conclus entre professionnels ? Il semble que la réponse soit désormais affirmative. Certes, la fixation du prix n'a jamais été totalement libre dans le cadre des relations "commerciales" régies par le titre IV du livre IV du code de commerce, mais le contrôle du prix s'est considérablement renforcé en ce domaine au cours des deux dernières années.

2. Un tel mouvement a débuté par l'arrêt dit "Le Galec" du 25 janvier 2017<sup>1</sup>, dans lequel la chambre commerciale de la Cour de cassation a reconnu au juge le pouvoir de contrôler certains éléments afférents au prix s'agissant d'un contrat conclu entre un fournisseur et un distributeur. Un tel contrôle a d'ailleurs été déclaré conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans une

décision rendue le 30 novembre 2018<sup>2</sup>. Mais ce mouvement s'est poursuivi au travers de quatre textes récents<sup>3</sup> et tout particulièrement de l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées. La singularité du contrôle du prix dans les relations commerciales entre professionnels s'en trouve alors renforcée, au point de bouleverser significativement les équilibres en présence, voire de porter atteinte à des principes que l'on pouvait considérer comme acquis.

3. En effet, l'article L. 410-2 du code de commerce affirme le principe de la libre fixation des prix. De même, le code civil a toujours rejeté, par principe, la sanction de la

1 Cass. com., 25 janvier 2017, n° 15-23.547, *Bull. civ.* 2017, IV, n° 13 ; *D.* 2017, p. 1076, obs. S. Tréard ; *ibid.*, p. 1021, note F. Buy ; *AJ Contrat* 2017, p. 132, obs. D. Ferré et R. Pihéry ; *RTD com.* 2017, p. 601, obs. M. Chagny ; *RTD civ.* 2017, p. 383, obs. H. Barbier ; *JCP E* 2017, n° 1135, note S. Le Gac-Pech ; *JCP G* 2017, n° 255, note M. Behar-Touchais ; *CCC* 2017, n° 77, obs. N. Mathey ; *RLDA avr.* 2017, p. 14, note G. Leroy et S. Beaumont ; *RLC mars* 2017, p. 17, note P. Vanni et A.-C. Martin ; *ibid.*, mai 2017, p. 32, note J.-C. Grall et G. Mallen.

2 Cons. const., déc. n° 2018-749 QPC du 30 novembre 2018 ; *D.* 2019, Pan. p. 787, obs. N. Ferrier ; *AJ Contrat* 2019, p. 29, note F. Buy ; *RDC mars* 2019, p. 68 et p. 71, note M. Behar-Touchais ; *CCC* 2019, n° 23, obs. N. Mathey ; *RLC janvier* 2019, p. 4, obs. I. Baudu ; *ibid.* mars 2019, p. 14, note G. Leroy et S. Beaumont.

3 Les trois autres textes sont, respectivement, la loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, dite "Egalim", l'ordonnance n° 2018-1128 du 12 décembre 2018 relative au relèvement du seuil de revente à perte et à l'encadrement des promotions pour les denrées et certains produits alimentaires et, enfin, l'ordonnance n° 2019-358 du 24 avril 2019 relative à l'action en responsabilité pour prix abusivement bas.

lésion en dehors de certaines situations particulières. En outre, même dans le cadre très protecteur du code de la consommation, le prix s'avère exclu du champ de la lutte contre les clauses abusives<sup>4</sup>. Cependant, le prix constitue un enjeu particulier dans les relations commerciales, car de multiples intérêts divergents sont en présence. En effet, le prix correspond tout à la fois à la rémunération du producteur, de l'industriel transformateur et du distributeur, à un élément d'attraction essentiel de la clientèle et à un coût pour le consommateur. Or en cette période de tensions, tant politique qu'économique, avec une forte pression à la baisse des prix exercée par les distributeurs, on ne peut ignorer les prix particulièrement bas payés aux agriculteurs, tout comme l'on ne saurait faire abstraction du pouvoir d'achat des consommateurs.

4. Qu'il existe une volonté d'exercer un contrôle particulier du prix en ce domaine, afin de parvenir à un certain équilibre, s'avère donc compréhensible. Deux précisions s'imposent alors. Tout d'abord, il faut d'abord parler du contrôle "des" prix, car une chaîne unissant un producteur à un consommateur contient plusieurs maillons et chacun d'eux donne lieu à la fixation d'un prix. En outre, pour un même maillon, il peut exister plusieurs "prix" : par exemple le prix payé par le distributeur au fournisseur au titre du bien vendu et, inversement, le prix payé par le fournisseur au distributeur au titre des services de "coopération commerciale"<sup>5</sup>. On ajoutera encore que, selon le maillon en cause, le prix peut donner lieu à la stipulation de clauses complexes de révision ou de réduction de prix. Ces premières considérations attestent déjà l'originalité des relations en présence. De surcroît, les acteurs économiques d'une même chaîne de distribution peuvent être de "force" très inégale, tout particulièrement dans le domaine de la grande distribution. L'ensemble de ces éléments peut alors justifier l'existence d'un contrôle singulier du prix en ce domaine. Mais encore faut-il préciser la notion de contrôle dans cette matière.

5. Le contrôle peut s'entendre d'un processus de vérification et de sanction des déséquilibres. Ainsi entendu, le contrôle du prix est exercé par le juge. Mais le contrôle peut également désigner une maîtrise des prix par les pouvoirs publics et, *a minima*, de l'édiction de règles restreignant la liberté des acteurs qui pourraient tendre vers une certaine régulation des prix. Naturellement, lorsque l'on évoque le contrôle du prix, chacun pense intuitivement au premier aspect du contrôle, à savoir le contrôle judiciaire du prix. La raison en est que l'on aurait abandonné tout contrôle administratif des prix depuis l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à

la liberté des prix et de la concurrence. Cependant, on ne saurait réduire le contrôle du prix au contrôle judiciaire dans les relations commerciales régies par le titre IV du livre IV du code de commerce. En effet, le contrôle du prix apparaît plus élaboré et l'on ne peut ignorer le rôle des pouvoirs publics, que ce soit en amont ou en aval de la fixation du prix par les parties.

6. Il est en effet frappant de constater que le contrôle du prix dans les relations commerciales repose sur un processus qui se déroule en plusieurs étapes, celles-ci formant un ensemble à la fois cohérent et attentatoire à la liberté de fixer les prix. La première étape correspond à l'institution par le législateur d'un cadre particulier limitant la liberté des parties par rapport au droit commun. Vient ensuite une deuxième étape, à l'occasion de laquelle l'administration, et plus précisément la DGCCRF<sup>6</sup>, vérifie le respect des prescriptions posées, mais aussi la loyauté des pratiques tarifaires<sup>7</sup>. Lorsque des irrégularités sont détectées, une troisième étape s'engage alors, à savoir l'action – plus que dérogatoire – du ministre de l'Économie, qui peut saisir le juge, y compris pour demander à une entreprise de restituer au cocontractant "victime" les sommes indûment perçues<sup>8</sup>. Enfin, il ne manquait plus que la quatrième étape, à savoir l'admission d'un contrôle judiciaire du prix. Cela est désormais chose faite depuis l'arrêt *Le Galec* du 25 janvier 2017 et surtout depuis l'ordonnance du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce. Les rédacteurs de l'ordonnance ont en effet jugé opportun d'élargir le contrôle judiciaire du prix consacré par la Cour de cassation, au point de généraliser la sanction de la lésion dans les relations commerciales. Ainsi, le contrôle du prix dans les relations commerciales repose sur deux piliers complémentaires : un contrôle des prix par les pouvoirs publics et un contrôle judiciaire. Ce sont les deux axes directeurs d'un même processus de contrôle qui se complètent et se succèdent dans le temps.

7. Il importe donc d'apprécier le caractère dérogatoire du contrôle du prix dans les relations commerciales et le nouvel "équilibre" retenu à l'aune de cet ensemble. De toute évidence, la tendance est à l'accroissement du contrôle, qui pourrait apparaître déraisonnable à certains égards. Pour s'en convaincre, il convient de souligner le renforcement d'un contrôle des prix par les pouvoirs publics (I.). Il s'agit en outre d'analyser le nouveau contrôle judiciaire du prix, qui pourrait aboutir à une sanction généralisée de la lésion dans les rapports entre entreprises (II.).

4 Cf. *infra* n° 28.

5 V. l'ancien art. L. 441-7, I, 2° du C. com. et le nouvel art. L. 441-3, III, 2° du C. com. Les services de coopération commerciale correspondent selon la loi aux services "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".

6 La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

7 Cf. *infra* n° 20 et s.

8 Cf. *infra* n° 21.

# I. Le renforcement d'un contrôle par les pouvoirs publics

8. Affirmer que notre législation a maintenu et même renforce le contrôle des prix par les pouvoirs publics ne signifie pas que les prix sont fixés par l'administration, à l'exception de situations très particulières<sup>9</sup>. Il s'agit de souligner que les entreprises n'ont jamais disposé d'une véritable liberté et qu'il existe aujourd'hui une volonté de restreindre encore davantage cette liberté.

9. Un tel contrôle s'exerce alors selon deux modalités. Tout d'abord, le législateur pose en amont un cadre restreignant la liberté des entreprises quant à la fixation des prix. Le législateur tente alors d'exercer une maîtrise indirecte sur les prix, sans les fixer, ce qui dénote une volonté de réguler les prix dans certains cas (1.). S'ajoute ensuite un contrôle, plus en aval, par l'administration, que l'on pourrait qualifier de "police administrative des pratiques tarifaires déloyales" (2.).

## 1. Une tentative législative de maîtrise indirecte des prix

10. De manière générale, le législateur a fixé un cadre minimal à propos de la fixation du prix par une entreprise, quel que soit le secteur économique envisagé, en posant plusieurs interdictions relatives à la fixation du prix. On pense naturellement à la prohibition de la revente à perte qui, malgré les dernières décisions de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>10</sup>, s'avère maintenue en l'état au nouvel article L. 442-5 du code de commerce. Il s'agit également de la prohibition *per se* des prix minimums imposés, dont on a pu discuter de la pertinence<sup>11</sup> et qui est également maintenue au nouvel article L. 442-6 du code de commerce<sup>12</sup>.

11. Mais le législateur ne se contente pas d'influencer la fixation du prix, il encadre également l'évolution du prix en imposant une variation de celui-ci lorsque l'exécution du contrat a vocation à se prolonger dans le temps. Ainsi, la convention "récapitulative", qui mentionne les différentes obligations réciproques des parties à l'issue de la négociation commerciale menée entre un fournisseur et un distributeur, doit stipuler un mécanisme de révision du prix dès lors que cette convention est conclue pour une durée de deux ou trois ans<sup>13</sup>. De même, s'agis-

sant de certains produits agricoles et alimentaires, qui peuvent faire l'objet de fluctuations sensibles, le contrat de vente portant sur une durée supérieure à trois mois doit contenir une clause de *hardship*<sup>14</sup> et il est désormais obligatoire de recourir à une médiation en cas d'échec de la renégociation<sup>15</sup>. Par ces différents dispositifs, le législateur entend donc exercer une certaine influence sur les prix.

12. Cette volonté s'avère encore plus marquée dans le secteur particulier de la distribution des produits agricoles et alimentaires. En effet, le législateur a développé un droit spécial en ce domaine, qui fait désormais l'objet d'un nouveau chapitre III au sein du titre IV du livre IV du code de commerce, intitulé "Dispositions spécifiques aux produits agricoles et aux denrées alimentaires". D'ailleurs, cette tendance dépasse le cadre de nos frontières, puisque la directive européenne n° 2019/633 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire<sup>16</sup> a été adoptée le 17 avril 2019 et devra être transposée avant le 1<sup>er</sup> mai 2021.

13. La plupart des dispositions régissant la distribution des produits agricoles et alimentaires poursuivent un objectif simple : augmenter le prix des produits agricoles payés aux agriculteurs. Pour ce faire, plusieurs mécanismes ont été institués ces derniers mois. Premièrement, l'ordonnance du 12 décembre 2018 a mis en œuvre une limitation en valeur et en volume des promotions pour les produits agricoles et alimentaires<sup>17</sup>. Deuxièmement, cette même ordonnance a relevé de 10 % le seuil de revente à perte pour ce type de produits. Troisièmement, la loi Egalim du 30 octobre 2018 et l'ordonnance du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce exigent que des indicateurs de coût de production soient "pris en compte" dans la détermination du prix, et ce, tout au long de la chaîne, que ce soit lors de la vente d'un agriculteur à un professionnel<sup>18</sup> (par exemple à un transformateur de l'industrie agroalimentaire) ou de la revente par celui-ci à un autre professionnel<sup>19</sup> (par exemple le distributeur). À ce titre, le nouvel article L. 443-4 du code de commerce impose la mention de ces indicateurs ainsi que l'indication des "*conditions dans lesquelles il en est tenu compte pour la détermination du prix*" dans les différents contrats conclus entre professionnels, dès lors

9 V. les art. L. 410-2 al. 2 et L. 410-3 et s. du C. com.

10 CJUE, 7 mars 2013, *Euronics Belgium CVBA c/ Kamera Express B.*, aff. C-343/12 ; CJUE, 19 octobre 2017, *Europamar Alimentación (ES)*, aff. C-295/16. V. cependant Cass. com., 22 novembre 2017, n° 16-18.028 et 16-18.124.

11 V. not. G. Canivet et F. Jenny (dir.), *Pour une réforme du droit de la concurrence*, Rapport du Club des juristes, janvier 2018, spéc. n° 211, p. 221.

12 Anc. art. L. 442-5 du C. com.

13 Anc. art. L. 441-7, I du C. com. et nouv. art. L. 441-3, IV du C. com.

14 Art. L. 441-8 du C. com. (la numérotation demeure inchangée à la suite de l'ordonnance). V. not., sur ce dispositif, M. Behar-Touchais, *La théorie de l'imprévision*, revue et corrigée par le droit commercial, *RLC* juillet 2013, p. 54.

15 Art. L. 441-8, al. 5 du C. com. Cet alinéa a été ajouté par la loi Egalim du 30 octobre 2018 (art. 9).

16 *JOUE* n° L. 111/59 du 25 avril 2019.

17 Art. 3 de l'ordonnance n° 2018-1128 du 12 décembre 2018. En substance les promotions ne peuvent pas dépasser 34 % de la valeur du produit et 25 % du chiffre d'affaires annuel.

18 Art. L. 631-24 III du code rural et de la pêche maritime, modifié par la loi Egalim du 30 octobre 2018.

19 Art. L. 631-24-1 du code rural et de la pêche maritime, modifié par la loi Egalim du 30 octobre 2018.

qu'un produit agricole est en cause<sup>20</sup>. Enfin, quatrième-ment, l'ordonnance du 24 avril 2019 relative à la prohibition des prix abusivement bas modifie substantiellement l'ancien article L. 442-9 du code de commerce (devenu L. 442-7 du même code) pour permettre l'engagement de la responsabilité d'un acteur qui ferait pratiquer à son fournisseur des prix abusivement bas, toujours s'agissant des produits agricoles et alimentaires.

**14.** Ces différentes mesures appellent des remarques tant de forme que de fond. S'agissant de la forme, on peut s'interroger quant à la cohérence de la codification réalisée. En effet, comme cela a pu être souligné<sup>21</sup>, ces nouvelles mesures ne sont pas toutes codifiées, l'ordonnance qui prévoit le relèvement du seuil de revente à perte n'ayant pas vocation à l'être. En outre, le nouvel article L. 442-7 du code de commerce, qui traite de la prohibition des prix abusivement bas pour les seuls produits agricoles et alimentaires, ne figure pas dans le chapitre III consacré à ces produits (art. L. 443-1 nouv. et s. du code de commerce). La loi de ratification devrait donc être l'occasion de clarifier ce point.

**15.** Mais plus que la forme, c'est le fond, et plus précisément l'efficacité de ces mesures, qui interroge. En effet, l'objectif poursuivi par le législateur, à savoir augmenter les prix payés aux agriculteurs, risque de ne pas être atteint. Ainsi, on peut concevoir qu'une limitation des promotions limite la pression exercée par les distributeurs, mais cela ne garantit en rien une hausse du prix payé aux industriels et encore moins une telle hausse pour les producteurs. En outre, le relèvement du seuil de revente à perte, qui concerne le prix final offert au consommateur, n'assure nullement une augmentation du prix de vente versé au producteur, en amont de la chaîne. L'Autorité de la concurrence n'a d'ailleurs pas manqué de faire part de ses doutes quant à cette logique très hypothétique de "ruissellement"<sup>22</sup>.

**16.** Il demeure alors l'obligation de "prendre en considération" des indicateurs de coût de production dans les modalités de détermination du prix des produits agricoles et alimentaires. Chacun perçoit la finalité économique poursuivie, à savoir instituer un seuil de vente – et non pas de revente – à perte, voire de s'engager dans la voie d'un seuil garantissant une rémunération "décente" des agriculteurs. Néanmoins, qui peut dire ce que signifie concrètement l'obligation de prendre en compte un indicateur lors de la détermination du prix ? Contraindre une personne à "prendre en considération"

un indicateur revient à l'obliger à ne pas ignorer celui-ci, rien de plus. Toutefois, les rédacteurs des deux ordonnances du 24 avril 2019 ont entendu conférer une certaine substance à cette nouvelle obligation. D'une part, le nouvel article L. 443-4 du code de commerce précise que les parties devront expliciter "*les conditions dans lesquelles il en est tenu compte pour la détermination du prix dans les conventions mentionnées*" aux nouveaux articles L. 441-3, L. 441-4, L. 441-7 et L. 443-2 du code de commerce. Cette exigence formelle invite donc les parties à adopter une démarche plus substantielle, qui pourrait s'avérer utile en cas de litige. Concrètement, les parties devront justifier la fixation d'un prix qui serait trop bas par rapport à de tels indicateurs. D'autre part et surtout, le juge sera désormais contraint d'apprécier l'existence d'un "prix abusivement bas" à l'aune de ces indicateurs, dans le cadre de l'action en responsabilité pour prix abusivement bas. L'exigence est expressément posée par le nouvel article L. 442-7 du code de commerce<sup>23</sup>, qui a fait l'objet d'une ordonnance particulière. Ce dispositif a en effet été totalement refondu, avec un champ d'application élargi à tout "*acheteur de produits agricoles ou de denrées alimentaires*" qui ferait "*pratiquer par son fournisseur un prix de cession abusivement bas*". En outre, les rédacteurs de l'ordonnance ont supprimé la condition relative à l'existence "*d'une crise conjoncturelle*", qui était requise par l'ancien article L. 442-9 du code de commerce et qui avait eu pour conséquence d'empêcher la mise en œuvre concrète de cette action. Il reste maintenant à savoir comment le juge procédera et à partir de quel moment ou de quel seuil il y aura lieu de considérer qu'un prix doit être jugé "abusivement bas", et ce, en "prenant en considération" certains indicateurs. De toute évidence, la tâche ne sera pas aisée.

**17.** Au travers de ces nouvelles mesures, le législateur tente donc d'exercer une maîtrise indirecte sur les prix payés en amont de la chaîne de distribution des produits alimentaires, recherche qui n'est d'ailleurs pas nouvelle puisque l'ancien article L. 441-2-2 du code de commerce (devenu L. 443-2, II du même code) interdit en principe les remises, rabais et ristournes consentis par un producteur de fruits et légumes frais.

**18.** En tout état de cause, au-delà de la question des produits agricoles et alimentaires, on perçoit que la première étape du contrôle du prix dans les relations commerciales repose sur l'institution d'un cadre législatif contraignant. Cela traduit une tentative du législateur d'exercer une certaine maîtrise très indirecte sur les prix voire, en matière de produits agricoles, de réguler les prix de manière imparfaite. Toutefois, cette première forme de contrôle des prix par les pouvoirs publics se double d'une seconde forme, qui se situe plus en aval de la fixation du prix : il s'agit du contrôle de la loyauté des pratiques tarifaires par l'administration.

<sup>20</sup> Le nouvel article L. 443-4 du C. com. vise ainsi les conditions générales de vente, les conventions récapitulatives conclues entre un fournisseur et un distributeur, les conventions portant sur la conception de produits alimentaires vendus sous marque de distributeur et les conventions portant sur la vente de certains produits agricoles visés au nouvel article L. 443-2 du C. com.

<sup>21</sup> A.-S. Choné-Grimaldi, Loi Egalim – acte 2 : relèvement du seuil de revente à perte et encadrement des promotions, *JCP E* février 2019, 1069, spéc. n° 2.

<sup>22</sup> Aut. conc., avis n° 18-A-14 du 23 novembre 2018 relatif au relèvement du seuil de revente à perte et à l'encadrement des promotions pour les denrées et certains produits alimentaires, spéc. p. 28 : "*L'effectivité du mécanisme de 'péréquation' par lequel le relèvement du SRP serait censé rééquilibrer les pouvoirs de négociation entre fournisseurs et distributeurs et ainsi améliorer la situation des fournisseurs puis des agriculteurs apparaît donc très incertaine.*"

<sup>23</sup> Nouv. art. L. 442-7, al. 2 du C. com. : "*Pour caractériser un prix de cession abusivement bas, il est tenu compte notamment des indicateurs de coûts de production mentionnés aux articles L. 631-24, L. 631-24-1, L. 631-24-3 et L. 632-2-1 du code rural et de la pêche maritime ou, le cas échéant, de tous autres indicateurs disponibles dont ceux établis par l'Observatoire de la formation des prix et des marges des produits alimentaires mentionné à l'article L. 682-1 du même code. Dans le cas d'une première cession, il est également tenu compte des indicateurs figurant dans la proposition de contrat du producteur agricole.*"

## 2. Un contrôle administratif de la loyauté des pratiques tarifaires

19. L'administration n'a pas abandonné tout pouvoir sur les prix fixés dans les contrats conclus entre professionnels. Néanmoins, l'essentiel de son pouvoir se situe désormais au niveau du contrôle de la loyauté des pratiques tarifaires. Elle constitue alors le premier acteur d'une chaîne de vérification et de sanction, qui s'achève devant le juge.

20. La loi confère ainsi à l'administration le pouvoir de mener des investigations<sup>24</sup>, ce qui lui permet de contrôler la facturation induite par le distributeur au fournisseur de services commerciaux fictifs. Il s'agit incontestablement d'un contrôle d'un prix, à savoir le prix des services de coopération commerciale. Néanmoins, ce premier contrôle ne déroge guère au droit commun, qui exige l'existence d'une contrepartie à une obligation<sup>25</sup>. En revanche, l'administration est allée plus loin, car elle s'est engagée dans la vérification du caractère "équilibré" du prix versé au fournisseur par le distributeur, démarche qui s'avère très différente. Elle l'a fait en se fondant sur le déséquilibre significatif de l'ancien article L. 442-6, I, 2° du code de commerce. Ce sont en effet les contrôles menés par la DGCCRF qui ont conduit à l'arrêt *Le Galec*<sup>26</sup> du 25 janvier 2017. C'est ainsi l'administration, relayée par le ministre de l'Économie, qui a initié et suggéré un contrôle judiciaire du prix dans les relations commerciales.

21. Cela s'est avéré possible, car le législateur a conféré au ministre le pouvoir d'agir en justice<sup>27</sup> afin de rendre effectifs les contrôles menés par l'administration, mais aussi de pallier l'inaction des professionnels victimes de pratiques illicites. Le ministre peut en effet demander la cessation d'une pratique déloyale, le prononcé d'une sanction – une amende civile – ou encore la restitution des "avantages indûment obtenus" au profit du cocontractant "victime" d'une pratique déloyale<sup>28</sup>. Autrement dit, le ministre a qualité pour demander la nullité d'une clause afférente au prix, notamment de réduction de prix, et ainsi exiger la restitution du montant indûment versé au titre de la clause annulée, ce qui constitue déjà une sanction<sup>29</sup>. De surcroît, il peut demander le prononcé d'une amende

civile d'un montant non négligeable<sup>30</sup>. On relèvera que cette action, dite "autonome"<sup>31</sup>, constitue l'une des principales spécificités des pratiques restrictives de concurrence et justifie en soi le maintien de ces pratiques dans le titre IV du livre IV du code de commerce<sup>32</sup>. Par ailleurs, cette spécificité fait de l'administration, avec à sa tête le ministre de l'Économie, un tiers garant de l'ordre public économique en charge de vérifier la loyauté des pratiques commerciales et, à ce titre, de la loyauté des prix pratiqués.

22. Procéder à un tel contrôle nécessite naturellement de disposer des éléments matériels adéquats, et l'on constate que les dispositions de la nouvelle section 2 du chapitre premier du titre IV du livre IV du code de commerce – désormais intitulée "la négociation et la formalisation de la relation commerciale" –, constituent bien plus qu'un outil de transparence. Elles sont devenues un instrument de contrôle de la loyauté des pratiques tarifaires au service de l'administration. La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie avait en effet tempéré la libre négociabilité des conditions de vente par l'exigence d'une convention annuelle ou pluriannuelle, au titre de la "transparence". Dès lors que le prix définitif payé par le distributeur au fournisseur diffère de celui figurant dans les conditions générales de vente de celui-ci, il faut établir une convention unique ou récapitulative, encore dénommée de "coopération commerciale", qui reprend l'ensemble des éléments de la négociation<sup>33</sup>. À l'inverse, si le distributeur accepte de payer le prix fixé dans les conditions générales de vente du fournisseur, un tel document s'avère sans objet<sup>34</sup>. L'exigence d'une convention récapitulative<sup>35</sup> fournit alors à l'administration la matière

30 Les dispositions relatives au plafond de l'amende civile ont été quelque peu modifiées par l'ordonnance du 24 avril 2019. Désormais, le nouvel article L. 442-4, I du C. com. précise que le montant de l'amende civile "ne peut excéder le plus élevé des trois montants suivants : – cinq millions d'euros ; – le triple du montant des avantages indûment perçus ou obtenus ; – 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre". Il n'est donc plus requis, au titre de ce troisième seuil, que le ministre rapporte la preuve selon laquelle l'amende fixée en considération dudit seuil s'avère "proportionnée aux avantages tirés du manquement", exigence qui figurait à l'ancien article L. 442-6, III, al. 2 du C. com.

31 Cass. com., 8 juillet 2008, n° 07-16.761 (*Le Galec*) et n° 07-13.350 (aff. *ITM Alimentaire France*), *Bull. civ. IV*, n° 143.

32 Certains avaient pourtant promu la disparition progressive de ces dispositions particulières (v. not. G. Canivet et F. Jenny (dir.), *Pour une réforme du droit de la concurrence*, Rapport du Club des juristes, janvier 2018, spéc. n° 219 et s., p. 125 et s. avec toutefois une position divergente de M. Chagny (Annexe 3 du rapport, p. 143 et s.)). Cependant, le droit commun ne saurait suffire, car une telle disparition impliquerait un contrôle moins approfondi des pratiques déloyales entre entreprises. En effet, les textes du droit commun s'avèrent moins protecteurs que ceux du titre IV du livre IV lorsque l'on s'attarde aux conditions de mise en œuvre de l'abus de dépendance, de la lutte contre les clauses abusives et désormais de la sanction de la lésion, etc. En outre, la suppression pure et simple des pratiques restrictives nécessiterait l'adoption de règles de procédures pour maintenir l'action du ministre. Or de telles règles trouveraient difficilement leur place, en l'absence de règles de fond spécifiques les accompagnant.

33 Anc. art. L. 441-7 du C. com. et L. 441-7-1 du C. com. ; v. les nouv. art. L. 441-3 et s. du C. com.

34 CEPC, avis 10-07, 1<sup>er</sup> avril 2010.

35 Cette convention était requise par les anciens articles L. 441-7 et L. 441-7-1 du C. com. On retrouve la substance de cette obligation dans deux nouveaux articles. Premièrement, le nouvel article L. 441-3 du C. com. fixe le contenu minimal des mentions devant figurer dans la convention récapitulative de la négociation commerciale applicable à tous les fournisseurs et distributeurs ou prestataires de services. Deuxièmement, le nouvel article L. 441-4 du C. com. prévoit un renforcement du contenu des conventions récapitulatives afférentes à des produits de grande consommation, c'est-à-dire des "produits non durables à forte fréquence et récurrence de consommation" (nouv. art. L. 441-4, I, al. 1<sup>er</sup> du C. com.).

24 Art. L. 450-1 et s. du C. com.

25 Art. 1169 du C. civ.

26 Arrêt préc.

27 Anc. art. L. 442-6, III du C. com. et nouv. art. L. 442-4, I du C. com.

28 On ne manquera pas de relever la formulation ambiguë du nouvel article L. 442-4, I du C. com. qui, dans son deuxième alinéa, semble réserver l'action en restitution à la victime des pratiques déloyales, pour finalement l'ouvrir au ministre de l'Économie et au ministère public dans un troisième alinéa.

29 L'action du ministre peut en effet concerner de très nombreux contrats conclus par une même entreprise et aboutir à un montant significatif.

du contrôle de la loyauté des pratiques tarifaires. Cela ressort nettement de l'arrêt *Le Galec* du 25 janvier 2017 lorsque la chambre commerciale énonce, en reprenant la motivation de la cour d'appel de Paris, que “la formalisation des engagements des parties dans un document unique doit permettre à l'administration d'exercer un contrôle a posteriori sur la négociation commerciale et sur les engagements pris par les cocontractants”<sup>36</sup>. On ne saurait être plus clair et l'ordonnance du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce s'inscrit dans une logique analogue. Elle modifie ainsi la notion de “prix convenu”, qui devra désormais intégrer l'ensemble des éléments permettant d'aboutir au prix définitif et global<sup>37</sup> versé au fournisseur, alors qu'auparavant le “prix convenu” n'intégrait pas le coût supporté par le fournisseur au titre de la coopération commerciale<sup>38</sup>. Il en va de même de la nouvelle obligation de mentionner le “plan d'affaires”, c'est-à-dire le prix convenu et le chiffre d'affaires prévisionnel négociés entre les parties, dans le cadre de la convention récapitulative afférente à des biens de grande consommation<sup>39</sup>. Ces diverses modifications ont toutes pour objet, à tout le moins en partie, de faciliter le contrôle par l'administration des différents éléments ayant concouru à la formation du prix définitif, ce que ne manque d'ailleurs pas d'énoncer le rapport au président de la République relatif à cette ordonnance<sup>40</sup>.

23. Par conséquent, les pouvoirs publics n'abandonneront jamais toute velléité en matière de contrôle des prix dans les relations commerciales entre professionnels, contrôle qui relève en quelque sorte de notre ADN économique. Certes, le législateur ne parvient pas à une véritable maîtrise des prix, ce dont on peut se réjouir ; il se contente de limiter la liberté des parties en exerçant une influence sur la fixation et l'évolution dans le temps du prix. Quant à l'administration, elle procède à une vérification approfondie de la loyauté des prix fixés à l'issue d'une négociation commerciale entre un fournisseur et un distributeur. Cependant, un tel contrôle ne pouvait prospérer et aboutir à un résultat qu'à la condition que le juge puisse emprunter la voie suggérée par l'administration. C'est ce qu'il a accepté de faire dans l'arrêt *Le Galec* et c'est ce que consacre désormais l'ordonnance portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce. Il existe donc un lien évident entre le contrôle préalable du prix par l'administration dans le cadre de la grande distribution et le contrôle judiciaire du prix : nous sommes en quelque sorte passés d'un contrôle direct du prix par l'administration à un contrôle judiciaire du prix à l'initiative de l'administration.

36 Cass. com., 25 janvier 2017, préc.

37 Il s'agit, comme le rappelle le rapport au président de la République relatif à cette ordonnance, du prix “triple net”, “c'est-à-dire le tarif du barème unitaire du fournisseur net de toutes remises, ristournes et du coût de la coopération commerciale”.

38 Anc. art. L. 441-7, I, al. 7 du C. com.

39 Nouv. art. L. 441-4, IV du C. com.

40 Il est ainsi précisé, d'une part, que la modification de la notion de “prix convenu” doit permettre à l'administration d’“avoir une connaissance directe de ce prix convenu négocié” et, d'autre part, que “la généralisation du plan d'affaires dans le cadre de l'ordonnance permettra à l'administration d'établir facilement quel a été le résultat de la négociation, de constater quels éléments justifient la détermination du prix convenu (...). Cette notion sera en outre utile aux enquêtes de la DGCCRF”.

## II. La consécration d'un contrôle par le juge

24. La Cour de cassation a admis que le juge puisse contrôler le prix et plus précisément les réductions de prix consenties par un fournisseur à un distributeur dans l'arrêt *Le Galec* du 25 janvier 2017. Il importe alors de préciser la portée exacte de ce contrôle car, d'une part, cet arrêt n'est pas d'une interprétation aisée et, d'autre part, l'ordonnance du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce étend considérablement le champ du contrôle judiciaire du prix par rapport à la solution retenue dans l'arrêt *Le Galec*. Une fois clarifiée la portée du contrôle, ce sont les limites au contrôle judiciaire du prix qu'il convient d'envisager. En effet, que l'on juge ce contrôle judiciaire opportun ou non, celui-ci existe désormais et des limites s'avèrent nécessaires. Or celles-ci font cruellement défaut dans l'ordonnance portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce. Ainsi, après avoir établi la portée du contrôle judiciaire du prix (1.), nous tenterons d'esquisser les limites à un tel contrôle qu'il conviendrait de poser afin d'aboutir à un contrôle plus raisonnable et équilibré (2.).

### 1. La portée du contrôle judiciaire

25. La Cour de cassation a décidé que le juge pouvait contrôler le prix fixé entre un distributeur et un fournisseur, en se fondant sur l'ancien article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, qui disposait qu’“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” (...). 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”. En outre le Conseil constitutionnel a confirmé que ce contrôle s'avérait conforme au bloc de constitutionnalité dans une décision du 30 novembre dernier<sup>41</sup>.

26. Il convient toutefois de préciser que l'arrêt *Le Galec* a ouvert la voie à un contrôle des réductions de prix et non pas à un contrôle généralisé du prix. En effet, les magistrats du quai de l'Horloge ont considéré en substance qu'une réduction de prix – une ristourne de fin d'année en particulier<sup>42</sup> – imposée par un distributeur à ses fournisseurs devait être annulée dès lors qu'elle était dépourvue de toute contrepartie, car une telle situation

41 Cons. const., déc. n° 2018-749 QPC du 30 novembre 2018, préc.

42 Une ristourne de fin d'année correspond à une diminution du prix en considération du chiffre d'affaires réalisé entre le fournisseur et la centrale pendant l'année considérée. Il s'agit donc pour le fournisseur d'accorder un avantage au distributeur au regard du volume de biens vendus.

créait un déséquilibre significatif. À l'inverse, ils se sont gardés de contrôler les autres éléments du prix négocié par les parties. Seule la clause de réduction de prix est annulée et donne lieu à une restitution de l'indu, le juge n'appréciant pas réellement de manière globale l'équivalence objective du prix négocié à la valeur des biens vendus.

27. Il n'en demeure pas moins que ce contrôle s'avère dérogatoire au droit commun. On sait en effet que l'article 1168 du code civil rejette par principe le contrôle et la sanction de la lésion, c'est-à-dire d'un déséquilibre des prestations existant lors de la formation d'un contrat à titre onéreux, sauf disposition légale contraire. Il suffit que la contrepartie existe : elle ne doit être ni illusoire ni dérisoire, comme l'énonce l'article 1169 du code civil. On pourrait alors penser que la Cour de cassation se contente d'appliquer ce second article et, ce faisant, le droit commun, en annulant une clause de réduction de prix dépourvue de toute contrepartie réelle. Cependant, il n'est pas question de vérifier l'existence d'une contrepartie à la prestation due dans le cadre de l'appréciation d'une clause de réduction de prix. Les prestations réciproques, à savoir les biens vendus par le fournisseur et le prix payé par le distributeur, existent et ne sont ni dérisoires ni illusoire. La Cour de cassation décompose en réalité la prestation due par le distributeur, c'est-à-dire les différents éléments constitutifs du prix final, en exigeant que chacun d'eux ait une contrepartie, alors qu'ils forment un tout en soi. Par la solution dégagée, la Cour de cassation aboutit donc à un contrôle partiel de l'équilibre objectif des prestations réciproques dues, en limitant son contrôle aux clauses qui viendraient réduire le prix négocié entre les parties. Comme un auteur l'a souligné, on retrouve la logique d'un contrôle dit de "ligne à ligne" qui jouait avant la loi de modernisation de l'économie et qui exigeait que tout avantage accordé à un partenaire commercial par rapport aux conditions générales de vente soit justifié par une contrepartie<sup>43</sup>.

28. Pour ce faire, la Cour de cassation s'est donc fondée sur un texte ambigu, à savoir l'ancien article L. 442-6, I, 2° du code de commerce. En effet, le législateur a choisi d'intégrer la lutte contre les clauses abusives dans les relations entre partenaires commerciaux à l'occasion de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008. Le législateur s'est naturellement inspiré de l'ancien article L. 132-1 (devenu L. 212-1) du code de la consommation. Mais il l'a fait en des termes différents, puisqu'il n'a pas jugé utile de reprendre les limites posées dans le code de la consommation. On sait en effet que l'article L. 212-1 du code de la consommation exclut du champ de l'appréciation du déséquilibre significatif les clauses relatives à l'objet principal du contrat et à l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert<sup>44</sup>.

43 V. not. en ce sens, M. Behar-Touchais, La prise de pouvoir du juge sur les négociations commerciales – À propos de l'arrêt *Galec*, *JCP G* 2017, n° 255, spéc. n° 15 et s. On relèvera par ailleurs que le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce semble bien s'inscrire dans cette logique : chaque élément constitutif du prix final devra vraisemblablement être justifié, tout particulièrement à propos des biens de grande consommation.

44 À la condition, toutefois, que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible.

On retrouve d'ailleurs les mêmes limites à l'article 1171 du code civil. La Cour de cassation a donc profité de cette différence de rédaction : si le code de commerce n'autorisait pas expressément le juge à contrôler le prix au titre du déséquilibre significatif de l'ancien article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, il ne l'interdisait pas non plus. Néanmoins, le contrôle et la sanction de la lésion n'étant admis qu'à titre exceptionnel en droit français, on pouvait légitimement penser qu'une disposition légale expresse autorisant un tel contrôle s'avérait nécessaire, comme cela peut être le cas, notamment, à propos d'une vente immobilière<sup>45</sup>, des contrats conclus avec un mineur non émancipé<sup>46</sup> ou un majeur protégé<sup>47</sup>. La solution posée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Le Galec* a donc rejoint un autre cas de contrôle judiciaire du prix qui ne reposait sur aucun fondement légal exprès : le contrôle des honoraires fixés par les mandataires, les agents d'affaires<sup>48</sup> et, plus largement, les prestataires de services<sup>49</sup>.

29. Mais au-delà du caractère dérogatoire du contrôle judiciaire du prix, c'est son champ d'application qui appelle des précisions. Or, sur ce point, il convient de bien distinguer le contrôle judiciaire du prix à l'aune de l'ancien article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, tel qu'il est désormais interprété par la jurisprudence, et le contrôle qui pourra être exercé sur le fondement du nouvel article L. 442-1 du code de commerce. En effet, ce nouvel article bouleverse considérablement l'état de la question et ne devrait s'appliquer qu'aux contrats conclus à compter du 26 avril 2019. Une telle distinction semble en effet s'imposer car, à défaut de dispositions transitoires relatives à ce nouvel article, les principes régissant l'application de la loi dans le temps devraient conduire à la survie de la loi ancienne pour les contrats conclus antérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance, à moins que la jurisprudence n'en décide autrement.

30. Concernant les contrats conclus avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce, deux éléments limitent le champ d'application du contrôle judiciaire des réductions de prix. Premièrement, ce contrôle ne peut jouer qu'à propos des contrats conclus entre "tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers" et "un partenaire commercial". Il faut donc établir l'existence d'une relation

45 Art. 1674 du C. civ.

46 Art. 1149 du C. civ.

47 Art. 435, al. 2 (sauvegarde de justice) ; 465 1° (curatelle et tutelle) et 488, al. 1° (mandat de protection future) du C. civ.

48 Cass. civ., 29 janvier 1867, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde, *GAJC*, t. 2, 13<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2015, n° 281.

49 P. ex., s'agissant d'un généalogiste, Cass. 1<sup>er</sup> civ., 5 mai 1998, *CCC* 1998, n° 111, note L. Leveneur, *Defrénois* 1998, p. 1042, note P. Delebecq ; *RTD civ.* 1998, p. 901, obs. J. Mestre. On relèvera que le maintien du pouvoir de révision judiciaire des honoraires excessifs des mandataires est discuté à la suite de la réforme du droit des contrats et notamment de la rédaction du nouvel article 1165 du C. civ. Malgré le silence de la réforme du droit des contrats sur ce point, un tel pouvoir du juge pourrait subsister (v. not. en ce sens F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, 12<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2019, spéc. n° 392, p. 434 ; C. Gijssbers, La révision du prix, *RDC* 2017, p. 564, spéc. n° 7).

commerciale s'inscrivant dans une certaine durée<sup>50</sup>, ce qui exclut les contrats "isolés" ou ponctuels entre professionnels. Deuxièmement, le contrôle ne joue qu'à propos des clauses de réduction de prix qui n'ont pas été négociées, comme le relève la Cour de cassation dans l'arrêt *Le Galec*<sup>51</sup>. Il s'agit là d'une condition d'application de l'ancien article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, qui visait le fait de "soumettre ou de tenter de soumettre" son partenaire commercial, et l'on sait que la jurisprudence la plus récente ne présume plus la soumission dans les relations entre fournisseurs et distributeurs<sup>52</sup>.

**31.** On pouvait estimer qu'il existait *a priori* un troisième élément à même de limiter le champ d'application du contrôle judiciaire des réductions de prix en vertu de la solution dégagée dans l'arrêt *Le Galec*. La Cour de cassation s'était en effet fondée sur deux articles pour justifier le contrôle judiciaire du prix : l'ancien article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, mais également l'ancien article L. 411-7 du même code. Il n'était donc pas illégitime de retenir une interprétation stricte de l'arrêt *Le Galec*, en limitant sa portée au domaine de la grande distribution, dans la mesure où ce second article traitait de l'exigence d'une convention récapitulative de la négociation commerciale menée entre un fournisseur et un distributeur<sup>53</sup>. Néanmoins, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu un second arrêt, dit "Interdis", le 27 septembre 2018<sup>54</sup>, qui se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité relative à la solution retenue dans l'arrêt *Le Galec*. Or dans cet arrêt, la Cour de cassation précise clairement que le contrôle judiciaire du prix se fonde exclusivement sur l'ancien article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, à l'exclusion de l'ancien article L. 411-7 du même code. Il faut ainsi en conclure que le contrôle judiciaire du prix, s'agissant des contrats conclus avant le 26 avril 2019, porte sur les clauses de réduction de prix dès lors qu'elles n'ont pas été négociées entre deux partenaires commerciaux, peu important que l'on se trouve ou non dans le cadre de la grande distribution.

**32.** Concernant les contrats conclus à compter du 26 avril 2019, le champ d'application du contrôle judiciaire du prix sera beaucoup plus large. En effet, les rédacteurs de l'ordonnance ont souhaité, à juste titre, réunir les multiples pratiques déloyales énumérées à l'ancien article L. 442-6 du code de commerce en trois pratiques générales

au nouvel article L. 442-1 du code de commerce<sup>55</sup>. Si l'on doit louer cette approche, qui permettra de mettre un terme à une liste limitative de pratiques déloyales entre professionnels sans cesse complétée au fil de lois successives, il n'en demeure pas moins que cela aboutit à une extension considérable du contrôle judiciaire du prix.

**33.** Ainsi, le nouvel article L. 442-1, I, 1° du code de commerce réprime le fait "*d'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie*". Par ailleurs, le nouvel article L. 442-1, I, 2° du code de commerce sanctionne le fait "*de soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties*". Cette nouvelle rédaction appelle deux remarques.

**34.** Tout d'abord, il n'est plus question de limiter l'application de ces dispositions aux relations entre "partenaires commerciaux". Tout contrat conclu entre une "personne exerçant des activités de production, de distribution et de services" et "une autre partie" entrera dans le champ d'application de ce texte. Il pourra donc s'agir d'un contrat conclu entre deux professionnels agissant à des fins professionnelles, peu important que ce contrat soit conclu à titre ponctuel. On relèvera ainsi que le professionnel qui agit à des fins professionnelles est mieux protégé, en toute hypothèse, qu'un consommateur, ce qui ne manque pas de surprendre. En outre, de telles formules, qui sont aussi larges, susciteront peut-être des difficultés tenant à l'articulation du code de commerce avec le code civil et le code de la consommation<sup>56</sup>. *Quid* du contrat conclu entre un professionnel et un particulier ? Un particulier n'entretient-il pas dans la catégorie d'une "autre partie" qui aurait consenti un avantage "*dans le cadre (...) de la conclusion d'un contrat*" conclu avec "*toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services*" ? Certes, il ne fait guère de doute que, dans l'esprit des rédacteurs de l'ordonnance, ces nouvelles dispositions n'auront vocation à s'appliquer qu'aux relations entre professionnels. Mais la formule est malheureuse. Il faut donc espérer que la jurisprudence retienne rapidement une interprétation stricte de ces dispositions.

**35.** Ensuite et surtout, la rédaction du nouvel article L. 442-1, I, 1° du code de commerce change considérablement l'état de la question s'agissant du contrôle judiciaire du prix. On perçoit aisément que ce contrôle s'exercera à l'avenir sur le fondement de ce texte et non plus sur celui du déséquilibre significatif régi par le nouvel article L. 442-1, I, 2° du code de commerce. Comme un auteur<sup>57</sup> l'a parfaitement relevé, la nouvelle logique du texte conduit à sanctionner le déséquilibre économique

50 CA Paris, 27 septembre 2017, n° 16/00671, *AJ Contrat* 2017, p. 535, obs. N. Eréséo ; CEPC, avis n° 18-7 du 20 septembre 2018.

51 Cass. com., 25 janvier 2017, préc. : "*Et attendu, en deuxième lieu (...) 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 (...)*"

52 CA Paris, 20 décembre 2017, n° 13/04879, *AJ Contrat* 2018, p. 135, obs. F. Buy et J.-C. Roda ; *RTD com.* 2018, p. 639 et s., obs. M. Chagny ; *CCC* 2018, n° 68, obs. N. Mathey ; *RDC* 2018, p. 224, obs. M. Behar-Touchais ; CA Paris, 6 juin 2018, n° 16/08019 ; *AJ Contrat* 2018, p. 386, obs. M. Ponsard ; CA Paris, 13 juin 2018, n° 15/14893.

53 V. not. en ce sens M. Malaurie-Vignal, *Droit de la distribution*, 4<sup>e</sup> éd., Sirey, spéc. n° 407, pp. 126-127.

54 Cass. com., 27 septembre 2018, n° 18-40.028, inédit : "*Et attendu, d'autre part, que la question ne présente pas un caractère sérieux en ce que le contrôle du prix repose sur l'interprétation jurisprudentielle de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce invoquée par la première question et non sur celle de l'article L. 441-7, I du même code (...)*"

55 Il s'agit, premièrement, de l'obtention d'un avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie, deuxièmement, de la soumission du cocontractant à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties et, troisièmement, de la rupture brutale d'une relation commerciale établie.

56 Nous renvoyons à l'intervention de J. Klein.

57 C. Grimaldi, *Vers un contrôle généralisé de la lésion en droit français ?*, *D.* 2019, p. 388.

sur le fondement du nouvel article L. 442-1, I, 1° du code de commerce et le déséquilibre juridique sur le fondement du nouvel article L. 442-1, I, 2° du code de commerce. Jusqu'à présent, l'ancien article L. 442-6, I, 1° du code de commerce ne concernait que les avantages consentis en échange de services commerciaux, ce qui limitait son champ d'application aux seuls services de coopération commerciale<sup>58</sup>. Mais le nouvel article L. 442-1, I, 1° du code de commerce vise le fait d'obtenir un avantage dérisoire ou manifestement disproportionné au regard de la contrepartie consentie, sans autre précision. Cela va donc bien au-delà des services de coopération commerciale et couvre tout type de prestation, y compris le prix. En outre, la condition tenant à la "soumission" et donc à l'absence de négociation du prix ne figure pas dans le nouvel article L. 442-1, I, 1° du code de commerce<sup>59</sup>. Il en résulte que le juge pourra désormais contrôler tous les éléments constitutifs du prix, y compris ceux qui auront été négociés. Il suffira d'établir que le prix est manifestement disproportionné par rapport à la valeur du bien vendu ou du service fourni. La véritable condition posée tient donc à l'existence d'une "disproportion manifeste".

36. Par conséquent, les rédacteurs de l'ordonnance portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce ont écarté à peu près tous les obstacles qui pouvaient se dresser sur la voie d'un contrôle judiciaire du prix. La portée de ce contrôle a donc été considérablement étendue, et ce, peut-être de manière inconsidérée. Or en l'absence de limites, le contrôle judiciaire du prix dans les relations entre professionnels pourrait être d'une mise en œuvre délicate, c'est pourquoi il convient d'esquisser les limites qui auraient pu et dû être posées.

## 2. Les limites nécessaires du contrôle judiciaire

37. Le contrôle judiciaire du prix, tel qu'il a été réalisé dans l'espèce de l'arrêt *Le Galec*, n'apparaît pas forcément inopportun. On peut en effet estimer que les relations entre un distributeur et un fournisseur appellent un contrôle judiciaire plus approfondi de l'équilibre contractuel en ce domaine, car les rapports en présence peuvent s'avérer très déséquilibrés<sup>60</sup>. Cependant, le contrôle judiciaire du prix ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire. On se doit de respecter des principes aussi essentiels que ceux de la liberté contractuelle, de la liberté d'entreprendre, de l'exigence de sécurité juridique ou encore de la légalité des délits et des peines, puisque le juge peut prononcer une sanction présentant le caractère d'une punition – une amende civile – en cas de déséquilibre manifeste<sup>61</sup>. Rien ne justifierait que de tels prin-

cipes deviennent de vains mots dans les relations entre entreprises. De même, faut-il rappeler que la sanction de la lésion est traditionnellement rejetée en droit français? Enfin, un tel contrôle généralisé des prix sera délicat à mettre en œuvre pour les juges, qui n'en demandaient pas tant<sup>62</sup>.

38. Des limites s'imposent donc afin de parvenir à un juste équilibre et l'on se risquera à esquisser quelques principes qui auraient pu guider les rédacteurs de l'ordonnance et qui pourraient être pris en considération par les parlementaires lors de l'adoption de la loi de ratification de ladite ordonnance<sup>63</sup>. Dans cette perspective, il y a lieu de considérer que ces limites devraient être de deux ordres et concerner à la fois le champ d'application et l'objet du contrôle judiciaire du prix.

39. En premier lieu, il apparaît essentiel de limiter le champ d'application du contrôle judiciaire du prix aux seules relations présentant un caractère structurellement déséquilibré. Pour ce faire, il faudrait exclure purement et simplement le prix du champ du nouvel article L. 442-1 du code de commerce, à l'instar des articles 1171 du code civil et L. 212-1 du code de la consommation. Cela présenterait l'avantage de maintenir la généralité des termes de ce nouveau texte – en ne retombant pas dans l'écueil d'une liste sans cesse plus longue de pratiques déloyales très précises – sans aboutir à un contrôle généralisé de la lésion dans les relations entre professionnels. Dans le même temps, il conviendrait d'édicter un nouvel article, qui ne régirait que le contrôle judiciaire du prix. Il serait alors possible d'en limiter le champ d'application au domaine de la grande distribution et donc aux relations entre fournisseurs et distributeurs. En outre, ce contrôle ne devrait porter que sur les seules clauses non négociées, rien ne justifiant l'intervention du juge en présence de clauses acceptées par deux professionnels à l'issue d'une négociation.

40. En second lieu, l'objet du contrôle pourrait être encadré par trois conditions. Tout d'abord, il ne devrait porter que sur les clauses de réduction de prix, quelle que soit leur dénomination, c'est-à-dire les clauses réduisant d'une manière ou d'une autre le prix unitaire fixé dans le barème du fournisseur. Ensuite, il faudrait que ces clauses aient été imposées sans contrepartie réelle. Enfin, il conviendrait d'exiger que le demandeur à l'action rapporte la preuve que cette réduction de prix imposée aboutit à un déséquilibre manifeste de l'ensemble du contrat<sup>64</sup>.

41. L'une des solutions envisageables consisterait donc à consacrer légalement, par une disposition spéciale, l'interprétation stricte de l'arrêt *Le Galec*, et ce, en ajoutant

58 Ce texte sanctionnait ainsi le fait "d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu".

59 Cette omission ne doit rien au hasard, comme le révèle le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce.

60 V. not. en ce sens F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *op. cit.*, n° 460, p. 528.

61 Anc. art. L. 442-6, III, al. 2 du C. com. et nouv. art. L. 442-4, I, al. 3 du C. com.

62 On peut notamment s'interroger sur l'articulation à venir entre l'action en responsabilité fondée sur les prix abusivement bas du nouvel article L. 442-7 du C. com., qui jouera à propos des produits agricoles et alimentaires, et le nouvel article L. 442-1, I, 1° du C. com.

63 Le projet de loi de ratification devra être déposé avant la fin du mois de juillet conformément à l'article 17, III de la loi Egalim du 30 octobre 2018.

64 V. en ce sens M. Behar-Touchais, La prise de pouvoir du juge sur les négociations commerciales – À propos de l'arrêt *Galec*, art. préc., n° 13 et s.

clairement l'obligation pour le juge de vérifier que l'avantage obtenu par le distributeur aboutisse à l'obtention d'un avantage manifestement disproportionné à l'aune de l'ensemble du contrat.

**42.** Cette manière de procéder présenterait plusieurs avantages. Cela faciliterait la tâche du juge, qui n'aurait pas à rechercher et à fixer le "juste prix", ce qui s'avère d'ailleurs impossible en pratique : annuler une clause de réduction de prix imposée sans contrepartie et créant un déséquilibre significatif est une chose, fixer un prix proportionné à la prestation en est une autre. Cela permettrait en outre de maintenir le principe selon lequel la sanction de la lésion doit demeurer l'exception. Enfin, cette approche stricte du contrôle judiciaire du prix dans les rapports entre professionnels garantirait le respect du principe de légalité des délits et des peines. Il ne faut pas oublier que le ministre de l'Économie pourra se fonder sur le nouvel article L. 442-1, I, 1<sup>o</sup> du code de commerce pour demander le prononcé d'une amende civile<sup>65</sup>. Cela requiert alors de respecter les articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et notamment le principe de légalité des délits et des peines. Or celui-ci impose au législateur d'énoncer en des termes suffisamment clairs et précis la prescription dont il sanctionne le manquement et l'on peut sérieusement douter qu'il en soit ainsi du nouvel article L. 442-1 du code de commerce. Un texte au champ aussi large, en l'absence de véritables conditions, si ce n'est l'exigence d'une "disproportion manifeste" entre le prix payé et la prestation fournie, est-il suffisamment précis alors que le juge peut prononcer une amende civile de plusieurs millions d'euros ?

**43.** Il serait donc opportun que les parlementaires se saisissent de cette question lors de l'adoption de la loi de ratification de l'ordonnance portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce. Il faut en outre espérer qu'ils adoptent rapidement ladite loi et modifient le nouvel article L. 442-1 du code de commerce. Dans cette perspective, les éléments précédemment proposés ne constituent que des pistes de réflexion. L'essentiel est d'aboutir à une solution raisonnable. Si l'on peut concevoir l'existence d'un contrôle judiciaire du prix dérogeant au droit commun dans le cadre des relations commerciales entre professionnels, celui-ci doit être encadré par de justes limites et il est regrettable que les rédacteurs de l'ordonnance n'aient pas retenu cette démarche. En revanche, si la loi de ratification ne devait pas modifier ce texte, il ne fait guère de doute que le Conseil constitutionnel serait de nouveau saisi à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité. On peut alors formuler le vœu que celui-ci développe une motivation plus étayée que celle retenue dans le cadre de la décision du 30 novembre dernier<sup>66</sup>.

**44.** En définitive, tel qu'il résulte du droit positif, le contrôle du prix s'avère très particulier dans les relations commerciales, tant parce qu'il est exercé conjointement – mais de manière différente – par les pouvoirs publics et le juge que parce qu'il donne lieu à un contrôle généralisé de la lésion. L'évolution du droit positif en ce domaine a abouti à un renforcement considérable du contrôle du prix et l'on peut craindre qu'un tel renforcement, qui répondait pourtant à une volonté légitime de rétablir un certain équilibre, aboutisse au contraire à un résultat fort déséquilibré. De toute évidence, il fait naître de nombreuses incertitudes et devrait nourrir le contentieux pour les années à venir. ■

<sup>65</sup> Comme il pouvait le faire sur le fondement de l'ancien article L. 442-6, I, 2<sup>o</sup> du code de commerce.

<sup>66</sup> Cons. const., déc. n° 2018-749 QPC du 30 novembre 2018, préc.

# La rupture brutale des relations commerciales (à peine) réformée

Olivier Deshayes

olivier.deshayes@parisnanterre.fr

Professeur de droit privé

Université Paris Nanterre

Directeur adjoint, CEDCACE (EA 3457)

## ABSTRACT

La rupture brutale d'une relation commerciale établie était l'une des pratiques restrictives de concurrence les plus critiquées. Elle est pourtant à peine réformée par l'ordonnance de 2019.

*The abrupt termination of an established commercial relationship was one of the most criticized « pratiques restrictives de concurrence ». It is however hardly reformed by the ordinance of 2019.*

1. L'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce n'est plus<sup>1</sup>. Il disposait : *“I- 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 : (...) 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 (...)”*

2. Introduit par la loi Galland en 1996, ce texte a connu, comme chacun sait, un succès de prétoires extraordinaire, une *“expansion sans limites”*<sup>2</sup>. Née règle du petit droit de la concurrence, adoptée sans excès de protestation ni d'émotion, prévue pour sanctionner les abus de déréfèrement par la grande distribution ou les refus abusifs de fourniture de marchandises à la grande distribution, la disposition était devenue la grande règle de la

rupture des relations d'affaires, invoquée à tous propos, appliquée à presque tous types de rapports économiques, suscitant la convoitise des plaideurs<sup>3</sup> et un contentieux très important en volume<sup>4</sup>.

3. Il faut dire que l'ancien article L. 442-6, I, 5° ne posait pas véritablement de bornes à l'application du dispositif et qu'il ne contenait que peu d'indications quant aux conditions et aux effets de la responsabilité encourue par l'auteur de la rupture, donnant prise aux interprétations les plus variées.

4. La concentration du contentieux entre les mains de juridictions spécialisées, décidée en 2008, n'a pas permis d'améliorer significativement les choses. Les zones d'ombre sont demeurées nombreuses. Elles sont trop connues pour qu'on y revienne ici : qu'est-ce qu'une relation commerciale ? Quand une telle relation est-elle établie ? Doit-on prendre en compte la durée de la relation entamée par celui dont on a acquis le fonds de commerce ? Peut-on “précariser” une relation commerciale par des procédures d'appel d'offres afin d'éviter qu'elle ne devienne une relation établie ? Peut-on prendre en compte la reconversion immédiate du partenaire évincé pour conclure que la rupture ne lui a causé aucun dommage ? etc. La spécialisation du contentieux s'est au

1 L'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 ne fixe pas sa propre date d'entrée en vigueur. Par application de l'article premier du code civil, cette date est donc celle du lendemain de la publication du texte au *Journal officiel*, laquelle est intervenue le 25 avril 2019. On notera par ailleurs que l'ordonnance ne contient pas non plus de précision quant à l'application dans le temps du droit nouveau. D'où la question suivante : le texte qui remplace l'ancien article L. 442-6, I, 5° du code de commerce s'applique-t-il à toute rupture survenue à compter de la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance ou bien s'applique-t-il uniquement aux ruptures des relations commerciales elles-mêmes entamées à compter de cette date ? En faveur de la première solution, on peut invoquer un argument pratique et un argument théorique. L'application immédiate de la loi nouvelle aux relations commerciales antérieures est la solution la plus facile à mettre en œuvre. Elle est aussi la solution classique des conflits de lois dans le temps en matière extracontractuelle ; or la jurisprudence (du moins interne) considère que la responsabilité encourue pour rupture d'une relation commerciale est précisément de nature extracontractuelle. Ces arguments ne sont certes pas décisifs, mais ils nous semblent l'emporter sur ceux que l'on pourrait présenter au soutien de la solution inverse, laquelle retarderait beaucoup l'application concrète de la loi nouvelle et reviendrait à traiter la rupture brutale d'une relation commerciale comme un droit sur lequel les parties peuvent compter parce qu'elles seraient censées en contempler le bénéfice au moment d'engager ou de reconduire une “relation” commerciale, ce qui est probablement excessif.

2 L. Vogel, La dérive du droit de la rupture brutale de relations commerciales établies. Plaidoyer pour une réforme, *Mél. M. Germain*, éd. LexisNexis-LGDJ, 2015, p. 855.

3 V. les remarques prémonitoires de J. Beauchard peu après l'adoption du texte : *“À la lettre, tout fournisseur habituel de n'importe quelle entreprise, petite ou grande, peut invoquer le texte. Ne va-t-on pas voir le pompiste chez lequel un artisan se sert habituellement en carburant lui intenter un procès parce que depuis deux mois, il ne le voit plus (...) On aura du mal à éviter ce genre de litige oiseux (...). Il pourrait en résulter des litiges nombreux, inutiles et intempestifs, et une véritable bureaucratie supplémentaire”* : J. Beauchard, La rupture des relations commerciales continues, *LPA* 5 janvier 1998, p. 14 et s.

4 V. les études de jurisprudence réalisées annuellement par la faculté de droit de Montpellier et disponibles sur le site Internet de la Commission d'examen des pratiques commerciales : <https://www.economie.gouv.fr/CEPC>. Il en résulte que le contentieux de la rupture brutale des relations commerciales est, de loin, le plus important de tous ceux du droit des pratiques restrictives de concurrence.

contraire accompagnée d'un effet secondaire néfaste : l'apparition d'un contentieux de la compétence, sorte de contentieux du contentieux<sup>5</sup>.

5. Ces incertitudes et la menace sérieuse qu'elles faisaient planer sur la liberté d'entamer et de rompre des relations d'affaires avaient convaincu de la nécessité d'une réforme<sup>6</sup>.

6. C'est donc sans surprise que la loi "Egalim" du 1<sup>er</sup> novembre 2018, ayant habilité le gouvernement à opérer par voie d'ordonnance la réforme du droit des pratiques restrictives de concurrence, a particulièrement insisté sur la nécessité de simplifier et de préciser les règles applicables à la rupture brutale des relations commerciales<sup>7</sup>.

7. La réforme est l'œuvre de l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019. Au regard de ce qui précède, on ne peut qu'être surpris par les partis qui ont été pris. L'ordonnance abroge certes l'article L. 442-6, I, 5° et le remplace par un article L. 442-1, II<sup>8</sup>. Mais cet article nouveau ne diffère en réalité que peu de l'ancien et ne devrait pas permettre de mettre fin aux difficultés précédemment évoquées<sup>9</sup>. Il dispose : "*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* (al. 1). *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* (al. 2). *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* (al. 3)."

8. Nous tâcherons d'apprécier l'ampleur des modifications introduites en distinguant les quatre points suivants : le domaine d'application (I.), le fait générateur de la responsabilité (II.), la sanction (III.), la spécialisation du contentieux (IV.), avant de broser une rapide conclusion ouvrant sur quelques perspectives (V.).

## I. Le domaine d'application du nouveau texte

9. Avant l'ordonnance de 2019, le grief de rupture brutale d'une relation commerciale ne pouvait prospérer qu'aux trois conditions cumulatives suivantes : i) que l'auteur de la rupture soit un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au registre des métiers ; ii) qu'existe une "*relation commerciale*"; iii) que cette relation commerciale soit "*établie*".

10. Dans le texte réformé, les choses ne sont pas fondamentalement différentes : il faut i) que l'auteur de la rupture exerce une activité de production, distribution ou de services ; ii) qu'existe une "*relation commerciale*"; iii) que cette relation commerciale soit "*établie*".

11. Seul en définitive le critère tenant à l'auteur de la rupture évolue. Au lieu de s'attacher à la qualité de l'auteur de la rupture (commerçant, producteur, industriel ou artisan), il faut désormais s'attacher au secteur d'activité dans lequel l'auteur de la rupture exerce : production, distribution, services.

12. Les trois secteurs visés couvrant tout le champ des activités économiques (du moins tout le champ des activités de création et d'échange de biens et de services), c'est à première vue à une généralisation que procède le nouveau texte, ce qui ne laisse pas de surprendre<sup>10</sup>.

13. On en déduira par exemple que le professionnel qui exerce une activité civile ou libérale tombe en principe sous le champ du texte nouveau, qu'il soit la victime ou

5 Sur ce point, v. not. F. Buy, Intérêts et méfaits de la spécialisation juridictionnelle, in *Flux et reflux de la rupture d'une relation commerciale établie. Application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce : excès constatés et modérations possibles*, C. Mouly-Guillemaud (dir.), éd. LexisNexis, 2018, coll. Actualités de droit de l'entreprise, tome 35, avant-propos de J. Raynard, p. 131 et s.

6 On mentionnera la proposition de réforme du Club des juristes (Pour une réforme du droit de la concurrence, sous la dir. de G. Canivet et F. Jenny, janvier 2018, disponible sur le site Internet du Club des juristes), celle de l'Association française d'étude de la concurrence (Observations de l'AFEC sur les évolutions souhaitables en matière de pratiques restrictives de concurrence visées au Titre IV du Livre IV du Code de commerce, 18 septembre 2017, disponible sur le site Internet de l'AFEC) ainsi que les initiatives ou prises de position individuelles de plusieurs auteurs, dont C. Mouly-Guillemaud, Répercussion de la crise économique, perte de rentabilité d'une relation ou prévisibilité de la rupture : la brutalité en quête de sens, *RTD com.* 2016, p. 385 ; K. Le Couvreur, Regards critiques sur la rupture brutale des relations commerciales établies, *RTD com.* 2008, p. 1 ; L. Vogel, La dérive du droit de la rupture brutale de relations commerciales établies. Plaidoyer pour une réforme, art. préc. ; D. Tricot, Réformer, in *Flux et reflux de la rupture d'une relation commerciale établie*, C. Mouly-Guillemaud (dir.), *op. cit.*, p. 161 et s. En sens contraire, toutefois, v. K. Magnier-Merran, La rupture brutale : pour un regain de confiance autour du texte, *AJ Contrat* 2019, p. 13 et s.

7 Aux termes de l'article 17, I, 6° de cette loi, le gouvernement a reçu mandat : "*6° De simplifier et de préciser les définitions des pratiques mentionnées à l'article L. 442-6, en ce qui concerne notamment la rupture brutale des relations commerciales, les voies d'action en justice et les dispositions relatives aux sanctions civiles (...)*"

8 Quant aux sanctions encourues, auparavant prévues par l'article L. 442-6 du code de commerce lui-même, elles sont désormais l'objet d'un texte séparé de celui stigmatisant le comportement fautif, v. *infra*. L'ordonnance est accompagnée d'un rapport au président de la République, dont la lecture ne fournit pas d'éléments utiles pour la compréhension des textes nouveaux : Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, *JORF* n° 0097 du 25 avril 2019, texte n° 15.

9 Rapp., mais traitant de la réforme du titre IV du livre IV du code de commerce dans son ensemble, M. Chagny, Quelle refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce après l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019?, *JCP E* 9 mai 2019, act. 304 ; F. Buy, La (décevante) réforme du droit des relations commerciales, *D.* 2019, 1122 ; *adde*, au sujet du projet d'ordonnance, J.-L. Fourgoux et L. Djavadi, La Réforme annoncée du droit des pratiques restrictives de concurrence : la partition inachevée?, *Contrats, conc., consom.* mars 2019, n° 3, étude 5.

10 La Cour de cassation avait, il est vrai, elle-même procédé à cette extension, dans les mêmes termes : v. Cass. com., 25 janvier 2017, n° 15-13.013 : "*(...) le régime juridique d'une association, comme le caractère non lucratif de son activité, ne sont pas de nature à l'exclure du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce dès lors qu'elle procède à une activité de production, de distribution ou de services*"; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 février 2019, n° 17-27.967 : "*(...) les dispositions du livre quatrième du code de commerce (...) sont applicables à toutes les activités de production, de distribution et de services (...)*"

bien l'auteur de la rupture. En l'état du droit antérieur à la réforme, tel n'était pas le cas. Un professionnel libéral pouvait, sauf l'exception évoquée ci-après, invoquer le texte à son profit s'il était victime d'une rupture brutale<sup>11</sup>, mais on ne pouvait pas le lui opposer pour engager sa responsabilité puisqu'il n'est ni un producteur, ni un commerçant, ni un industriel, ni un artisan. Il tombe en revanche dans le champ du texte nouveau : il exerce une "activité (...) de services".

14. La généralisation n'est toutefois pas totale. La jurisprudence antérieure, constatant que certaines professions libérales ont l'interdiction d'exercer une activité commerciale (notaires, médecins, avocats), en déduisait qu'aucune relation "commerciale" ne peut exister entre ces professionnels et leurs clients, ce dont elle déduisait que l'ancien article L. 442-6, I, 5° ne leur était pas applicable et qu'ils ne pouvaient donc pas l'invoquer<sup>12</sup>. Cette position, bien que critiquée, devrait perdurer sous l'empire du texte nouveau, lequel ne change rien sur ce point. La condition d'existence d'une "relation commerciale" est en effet reconduite.

## II. Le fait générateur de la pratique prohibée : La brutalité de la rupture

15. C'est au sujet du fait générateur de responsabilité que les changements les plus nets sont intervenus.

16. Comme le texte précédent le faisait, le texte nouveau définit la faute engageant la responsabilité comme étant la rupture sans un préavis écrit d'une durée suffisante. Il s'en distingue toutefois sur quatre points.

17. Premièrement, la durée suffisante du préavis n'est plus uniquement calculée d'après la durée de la relation commerciale antérieure. On le voit aisément à l'ajout de l'adverbe "notamment" : "*Engage également la responsabilité de son auteur (...) le fait (...) de rompre brutalement (...) une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte notamment de la durée de la relation commerciale.*"

18. Ce changement n'est en réalité pas si profond qu'il paraît puisque la jurisprudence antérieure était déjà parvenue à cette solution. Depuis 2008 et plus sûrement encore depuis 2012, la Cour de cassation considère en effet que le préavis accompagnant la rupture d'une

relation commerciale doit être calculé non seulement en fonction de la durée de la relation antérieure mais encore en fonction "des autres circonstances"<sup>13</sup>. Depuis 2017, la formule se fait plus précise : il y a lieu de tenir compte, selon la Cour de cassation, "*des autres circonstances et notamment de l'état de dépendance économique du partenaire évincé*"<sup>14</sup>.

19. L'ordonnance de 2019 ne fait donc sur ce point que consacrer une évolution intervenue avant son adoption.

20. Deuxièmement, la formule renvoyant aux usages et aux accords interprofessionnels pour le calcul du délai suffisant de préavis a quelque peu changé.

21. Le texte antérieur indiquait que le délai suffisant devait respecter le délai minimum fixé, "*en référence aux usages, par des accords interprofessionnels*". On sait que les juges considéraient que le délai requis pouvait être supérieur à ce délai minimum, dont le respect ne présumait par conséquent pas l'auteur de la rupture contre la caractérisation d'une faute<sup>15</sup>. Aussi, pour renforcer la sécurité juridique, avait-il été suggéré que les délais établis par un accord interprofessionnel soient déclarés suffisants<sup>16</sup>.

22. Ce n'est pas le résultat auquel conduit le nouveau texte, qui est particulièrement mal rédigé sur ce point. Le préavis, est-il désormais prévu, doit tenir compte notamment de la durée de la relation commerciale, "*en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels*". La formule est incompréhensible. Elle signifie plutôt que les usages du commerce et les accords interprofessionnels sont des simples éléments de repère qui doivent servir de "référence" à l'auteur de la rupture lorsqu'il calcule le délai de préavis. Elle n'implique donc pas que le juge soit lié ni, malheureusement, que l'auteur de la rupture soit assuré de ne pas commettre de faute lorsqu'il respecte le délai prévu par des accords interprofessionnels. Un argument conforte cette lecture : c'est le fait que le texte nouveau vise les usages du commerce en les mettant sur le même plan que les accords interprofessionnels, au moyen de la conjonction "ou". Autant, en effet, on aurait pu admettre que le délai prévu par les accords interprofessionnels lie le juge et donc immunise l'auteur de la rupture ; autant il est impossible de faire de même avec les usages, en raison de leur caractère évanescent et du fait que leur existence n'implique pas qu'ils soient bons et dignes d'être suivis. On est donc conduit à admettre que le changement de formule ne fait en réalité qu'entériner la jurisprudence antérieure.

11 Cass. com., 16 novembre 2008, n° 07-18.050 (architecte), *Contrats, conc., consom.* 2009, comm. 71, obs. N. Mathy.

12 Cass. com., 20 janvier 2009, n° 07-17.556 (notaire) ; Cass. com., 23 octobre 2007, 06-16.774 (médecin), *RTD civ.* 2008, p. 105, note B. Fages ; Cass. com., 24 novembre 2015, n° 14-22.578 (avocat), *D.* 2016, 462, note crit. C. Mouly-Guillemaud.

13 Cass. com., 2 décembre 2008, n° 08-10.731 ; Cass. com., 2 décembre 2008, n° 08-10.732 ; Cass. com., 6 novembre 2012, n° 11-24.570 ; Cass. com., 9 juillet 2013, n° 12-20.468 ; Cass. com., 8 avril 2014, n° 13-15.410 ; Cass. com., 11 mai 2017, n° 16-13.464.

14 Cass. com., 26 avril 2017, n° 15-23.078 ; Cass. com., 24 octobre 2018, n° 17-16.011 et n° 17-21.807.

15 V. not. Cass. com., 2 décembre 2008, n° 08-10.731 : "(...) l'arrêt retient exactement 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 (...)"

16 En ce sens, v. not. le rapport du Club des juristes, *op. cit.*, p. 152.

23. Troisièmement, un plafond de dix-huit mois de préavis a été fixé, destiné à fonctionner comme une durée immunisante : son respect exclut toute responsabilité, quels que soient, comprend-on, la durée de la relation commerciale antérieure ou les autres facteurs pertinents.

24. C'est là la nouveauté la plus visible de la réforme du droit de la rupture des relations commerciales, la seule sur laquelle insiste le rapport au président de la République accompagnant l'ordonnance<sup>17</sup>. Cette solution avait été suggérée<sup>18</sup>. Elle est un moyen terme entre l'absence totale de bornes objectives au préavis, qui caractérise le droit antérieur, et la fixation de paliers chiffrés permettant de savoir précisément quelle durée de préavis respecter en fonction de la durée de la relation commerciale. Mais comme toutes les solutions de compromis, celle-ci a ses inconvénients. Quatre remarques doivent être faites à ce sujet.

25. Tout d'abord, le délai est trop long pour être utilisé par un partenaire commercial impliqué dans une relation commerciale de courte durée. Pousser le préavis jusqu'à dix-huit mois pour être certain de ne pas encourir de responsabilité n'est pas, dans ce cas, une solution économiquement convaincante. Aussi cette durée maximale sera-t-elle en pratique réservée aux relations commerciales longues, voire très longues.

26. Ensuite, il n'est pas impossible que l'institution d'un délai maximal de dix-huit mois produise un effet indirect sur les délais plus courts en incitant les juges à opérer une règle de trois. Si une relation de trente ans peut être rompue moyennant le respect d'un préavis de dix-huit mois, ne sera-t-on pas tenté de dire qu'une relation de deux ans peut être rompue moyennant le respect d'un préavis d'un mois ? Rien n'oblige certes à un calcul, mais on voit bien la séduction qu'il pourrait exercer sur les juges puisqu'il gommerait un peu ce que l'institution d'un seuil a d'offensant pour l'égalité devant la justice.

27. Ensuite encore, l'apparition d'un plafond de dix-huit mois heurte quelque peu la logique de la responsabilité civile – qui demeure la sanction principale du texte. Comment expliquer à un partenaire évincé, auquel l'application du droit commun de la responsabilité civile donnerait par exemple un délai de vingt-quatre mois, que la règle de droit spécial limite ce délai à dix-huit mois ? Comment le lui expliquer alors que la durée du préavis exerce une influence directe sur le quantum de la réparation et que la limitation qui résulte du plafond légal se traduit donc très concrètement pour lui par une limitation de ses dommages et intérêts ? Pour toutes ces raisons, on doit s'attendre à ce que le texte soit un jour

porté devant le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'atteinte à la règle constitutionnelle de la réparation intégrale des dommages causés par une faute. Le Conseil aura alors à dire si la sorte de restriction qui résulte du texte est justifiée par un objectif qui est lui-même protégé par la Constitution et proportionnée à cet objectif.

28. Enfin, on ne peut qu'être surpris par la maladresse avec laquelle la disposition est rédigée. A la lettre, l'immunité ne joue qu'« *En cas de litige entre les parties sur la durée du préavis* ». *Quid* par conséquent lorsque l'action est introduite par le ministre de l'économie, le ministère public ou le président de l'autorité de la concurrence (ce que permet explicitement l'article L.442-4 du Code de commerce) ? Il serait surprenant de ne pas faire jouer l'immunité dans ce cas. Pourtant, il n'y a pas, à proprement parler, de « *litige entre les parties* ». Cela est tellement vrai que, lorsque l'action ne tend qu'au prononcé d'une amende civile, la victime de la rupture peut même ne pas être informée de la procédure !

29. Quatrièmement, les règles particulières qui étaient prévues par l'article L.442-6, I, 5° ne sont pas conservées. Elles étaient au nombre de deux. Lorsque la rupture concerne des relations de fourniture de produits sous marque de distributeur, il était prévu que la durée de préavis soit doublée. De même, lorsque la rupture résulte de la mise en concurrence par enchères à distance, il était prévu que le délai de préavis soit doublé s'il est inférieur à six mois et qu'il soit au moins d'un an dans les autres cas. Désormais, ces situations particulières relèvent de la règle générale<sup>19</sup>.

30. On passera plus vite sur les points suivants, à propos desquels aucun changement n'est intervenu.

### III. La sanction

31. L'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce prévoyait deux types de sanctions en cas de rupture brutale d'une relation commerciale établie : la responsabilité civile de l'auteur de la pratique et le prononcé d'une amende civile<sup>20</sup>.

32. L'ordonnance de 2019 ne change rien. Tout au plus fixe-t-elle les sanctions dans un article séparé de celui stigmatisant les pratiques (c'est le nouvel article L. 442-4) et rend-elle plus lisible l'articulation entre les plafonds de l'amende civile, mais sans changer le fond. Cette disposition n'étant pas propre à la rupture brutale des relations commerciales établies, on ne s'y attardera pas.

17 Rapport précité : « Il apparaît aujourd'hui impératif de rechercher un nouvel équilibre des intérêts en présence dans un souci d'équité, de cohérence, d'efficacité économique et, plus simplement, pour permettre à la concurrence entre fournisseurs de s'exercer, sans protéger excessivement certains acteurs économiques en place par rapport à leurs concurrents. Pour ces raisons de régulation du contentieux et de réalisme économique, il est proposé que l'auteur d'une rupture d'une relation commerciale ne puisse pas voir sa responsabilité engagée, du chef d'une durée insuffisante de préavis, si un préavis d'au moins dix-huit mois a été accordé. »

18 V. not. K. Le Couviour, art. préc. ; L. Vogel, art. préc. n° 16 (l'auteur suggérait de fixer des plafonds différents suivant les types de relation).

19 Comp. les observations de l'AFEC, préc., n° 4-2, p. 12, favorable au maintien du doublement du préavis en cas de fourniture de produits distribués sous marque de distributeur.

20 À vrai dire, il est aussi possible de saisir le juge des référés pour que soit prononcé le maintien temporaire de la relation commerciale. Comme pour les autres pratiques restrictives, le juge qui prononce une sanction doit en outre nécessairement en assurer la publicité, la diffusion ou l'affichage.

33. Tout au plus regrettera-t-on que les rédacteurs de l'ordonnance de 2019 n'aient pas jugé bon de préciser les modalités de calcul des dommages et intérêts dus par l'auteur de la rupture brutale. Ils auraient pu suivre l'exemple de l'ordonnance de 2016 portant réforme du droit des contrats et de sa loi de ratification de 2018, lesquelles ont consigné dans la loi la solution jurisprudentielle selon laquelle, en cas de rupture fautive de pourparlers, les dommages et intérêts ne peuvent jamais consister en la perte des avantages attendus du contrat ni même en la perte de chance d'obtenir ces avantages (C. civ., art. 1112, al. 2). La même solution existe en matière de rupture brutale des relations commerciales établies<sup>21</sup> et il aurait été compréhensible qu'elle soit elle aussi consacrée.

34. Allant plus loin, les rédacteurs de l'ordonnance de 2019 auraient pu trancher deux épineuses difficultés qui continuent de se poser : celle de savoir si les dommages et intérêts doivent couvrir la perte de marge brute ou au contraire la perte de marge sur coûts variables pendant la durée de préavis qui aurait dû être respectée<sup>22</sup> ; celle, plus généralement, de savoir si les dommages et intérêts doivent être réduits pour tenir compte des économies réalisées par la victime de la rupture, voire ramenés à zéro si la victime a pu immédiatement retrouver un flux d'affaires comparable avec de nouveaux partenaires<sup>23</sup>.

## IV. La spécialisation du contentieux

35. Le contentieux des pratiques restrictives de concurrence relève de la compétence exclusive d'un petit nombre de juridictions depuis la loi LME de 2008. Quoique l'on pense de ce choix en général, il faut reconnaître qu'il conduit à des résultats curieux dans le cas particulier de la rupture brutale des relations commerciales établies.

36. Tout d'abord le domaine d'application du texte est si vaste qu'il est illusoire de penser que les juridictions spécialisées pourront acquérir une connaissance précise des contraintes économiques pesant sur les acteurs ainsi que des usages qui gouverneraient leurs relations. Cela ne peut valoir que lorsqu'un texte est limité à un secteur économique donné et non lorsqu'il s'applique à toutes les relations d'affaires.

21 V. not. Cass. com., 10 février 2015, n° 13-26.414 : "(...) seuls sont indemnisables les préjudices découlant de la brutalité de la rupture et non de la rupture elle-même"; adde Cass. com., 6 septembre 2016, n° 15-10.324.

22 V. not. notre étude : Le dommage réparable en cas de rupture brutale d'une relation commerciale établie, *RLDA* 2010, n° 51, p. 98. Dans une fiche méthodologique portant sur l'évaluation du préjudice consécutif à la rupture brutale d'une relation commerciale établie (fiche méthodologique n° 9, octobre 2017), la cour d'appel de Paris prescrit de prendre en compte la perte de marge sur coûts variables.

23 Dans sa fiche méthodologique précitée (octobre 2017), la cour d'appel de Paris indique que la reconversion de la victime ne peut être prise en compte en raison de la "jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, spécifique en ce domaine". Mais une décision récente pourrait amorcer un virage : Cass. com., 23 janvier 2019, n° 17-26.870.

37. Ensuite, le texte n'institue pas une règle complexe dont la mise en œuvre requerrait une pratique fréquente : il ne fait – pour ce qui concerne les relations entre les parties – qu'instituer un banal cas de responsabilité civile.

38. Aussi la déspecialisation du contentieux des ruptures brutales a-t-elle été suggérée<sup>24</sup>, tout du moins pour ce qui est de l'action en réparation de la victime. Mais ce n'est pas la solution retenue par l'ordonnance de 2019, qui n'apporte aucun changement sur ce point.

## V. Conclusion

39. En conclusion, on retiendra que les changements apportés au titre IV du livre IV du code de commerce en ce qui concerne la rupture brutale d'une relation commerciale établie sont minimes. Seule l'instauration d'un plafond de préavis de dix-huit mois constitue une nouveauté franche, dont les retombées sont toutefois bien difficiles à évaluer. Les nombreuses interrogations que suscitait le texte antérieur perdureront donc et le flux contentieux ne sera certainement pas tari. De ce point de vue, on peut dire que l'occasion est manquée.

40. Peut-on aller plus loin et tenter, sinon de résoudre ces difficultés, du moins d'en cerner mieux la cause ?

41. À l'origine, c'est-à-dire lors de l'adoption de la loi Galland de 1996, la stigmatisation de la rupture brutale procédait du souhait de créer un délit spécial dont la caractérisation serait un peu plus aisée que celle de l'abus dans la liberté de rompre ou de ne pas maintenir une relation commerciale. Il s'agissait en somme de placer la victime de la rupture dans une position plus confortable que celle qui lui offre le droit commun, principalement en objectivant les éléments de caractérisation de la faute. Dans cette perspective, on comprend bien l'indication dans l'ancien article L. 442-6, I, 5° que le préavis doit être suffisant au regard de la durée de la relation antérieure : il s'agit d'apprécier objectivement le comportement, de "barémiser" le préavis (avec une modulation possible du "barème" lorsque la relation porte sur la fourniture de produits vendus sous marque de distributeur ou lorsque la rupture procède d'enchères inversées). C'est également en se plaçant dans cette perspective qu'on justifie le rôle que devaient initialement jouer les accords interprofessionnels : ils devaient fixer le "tarif", établir la durée de préavis requise suivant les cas.

42. Mais cette voie se heurte à une objection sérieuse. C'est qu'il est curieux d'objectiver la faute pour faire du comportement ainsi stigmatisé une pratique restrictive de concurrence appelant non seulement des sanctions civiles (que le droit commun de la responsabilité n'aurait d'ailleurs pas nécessairement prononcées) mais encore des sanctions plus lourdes, en particulier l'amende civile. Le coup part plus vite et il est plus brutal.

24 V. p. ex. les observations de l'AFEC, préc., n° 4-1, p. 12.

**43.** La jurisprudence a donc modifié l'esprit du dispositif en faisant finalement se rejoindre la faute stigmatisée par le droit de la concurrence et celle du droit commun. En imposant de tenir compte de toutes les "circonstances", en refusant de considérer que le préavis prévu par des accords interprofessionnels est suffisant et en refusant – heureusement – de considérer comme brutale une rupture qui est liée aux circonstances économiques, elle a abouti à ne sanctionner que les comportements qui révèlent chez l'auteur de la rupture une violation du devoir de bonne foi ou de prévenance qui s'impose dans les relations d'affaires suivies, c'est-à-dire finalement quelque chose qui ressemble fort à une faute selon les règles du droit commun. Cette orientation se trouve confirmée par l'ordonnance de 2019. Au bout du compte, la durée de la relation n'est plus l'alpha et l'oméga mais un élément parmi d'autres. Ce regain de justice se paye, comme souvent, au prix d'une moindre sécurité ou prévisibilité : l'automatisme initialement recherché s'émousse. Par ricochet, les raisons d'instituer un délit spécial s'effacent. Des tensions avec le droit commun de la responsabilité civile se font sentir.

**44.** Une autre voie eût été possible. Elle aurait consisté à ne stigmatiser que les comportements les plus choquants pour faire dépendre de leur caractérisation non plus la responsabilité civile et l'amende civile mais uniquement l'amende civile. Il n'aurait donc pas été question de baisser le seuil de la faute ou d'améliorer autrement la

situation de la victime en objectivant la faute. La victime aurait eu – mais n'aurait eu que – le droit commun pour elle et aurait pu demander réparation du dommage subi en établissant une faute suivant les conditions du droit commun (devant les juridictions de droit commun). Le droit de la concurrence, de son côté, aurait reçu pour mission de stigmatiser les comportements particulièrement abusifs en fulminant contre leurs auteurs une amende civile ou une autre sanction du même type. Définir ces comportements n'aurait certes pas été chose aisée. Mais on aurait pu penser, *grosso modo*, à limiter la peine aux relations participant d'une chaîne de distribution<sup>25</sup> et uniquement aux hypothèses dans lesquelles l'une des parties interrompt brutalement la relation commerciale après avoir fait croire ou laissé croire à l'autre que le partenariat perdurerait, notamment en exigeant des investissements.

**45.** Au lieu de cela et sauf à ce que la loi de ratification ne retricote complètement l'ordonnance – ce qui ne serait pas un luxe mais apparaît peu probable – il faudra encore composer avec la rupture brutale des relations commerciales telle que nous la connaissons... puisqu'elle a été à peine réformée. ■

<sup>25</sup> C'est-à-dire aux relations entre professionnels dont l'un fournit des produits ou des services que l'autre distribue ou modifie avant de les revendre.

# La facturation

## Marine Michineau

marine.michineau@parisnanterre.fr

Maître de conférences

Université Paris Nanterre

Membre

CEDCACE

### ABSTRACT

L'habilitation confiée en matière de facturation portait sur deux objectifs. D'une part, clarifier les règles de facturation émanant du code de commerce, en les harmonisant avec les dispositions du code général des impôts. La méthode retenue, celle du renvoi vers les règles fiscales, est source d'impérieuses difficultés, qu'il convient de mettre en lumière. D'autre part, l'ordonnance a eu pour dessin de modifier et de rationaliser les sanctions relatives aux manquements à ces règles de facturation, dont il convient d'anticiper les effets.

*The enabling law pursued two objectives. On the one hand, to clarify the invoicing rules emanating from the commercial code, by harmonising them with the provisions of the general tax code. The method adopted, that of referring to tax rules, is a source of serious difficulties, which should be highlighted. On the other hand, the ordinance was designed to amend and rationalise the penalties for breaches of these invoicing rules, the effects of which should be anticipated.*

1. La facture constitue l'un des éléments structurants de la relation entre fournisseurs et distributeurs<sup>1</sup>. Pourtant, de longue date, le régime de la facturation pose difficultés, dès lors qu'il mobilise tout à la fois des règles comptables, fiscales et commerciales, parfois contradictoires.

2. En effet, là est d'abord sa première finalité<sup>2</sup>, la facture demeure une pièce comptable requise lors d'une vente ou d'une prestation de services, qui a pour objet d'indiquer les caractéristiques des marchandises ou des services exécutés, ainsi que leur coût.

3. Sous l'angle fiscal, la facture permet ensuite d'assurer la mise en œuvre et le respect des règles édictées en matière de TVA. C'est en effet sur la base de la facture que la TVA doit être déclarée ou qu'elle peut être déduite par un assujéti.

4. Perçue sous l'angle économique, enfin, la facture constitue un outil incontournable : c'est un moyen tant de recherche que de preuve de comportements déloyaux. Ainsi, "les autorités de la concurrence ne sont intéressées (...) que si la facture traduit une pratique nuisible à la concurrence"<sup>3</sup>. On se souvient par exemple de la jurisprudence de la CJCE, dont il ressort que les factures peuvent être le support même de pratiques anticoncurrentielles et constituer un élément de qualification d'une entente

illicite<sup>4</sup>. Ainsi, la facture peut être tant le point de départ – l'instrument de recherche d'un comportement déloyal – que le point d'arrivée – l'élément de preuve<sup>5</sup> sur lequel se fonde la sanction prononcée.

5. Cette finalité économique est explicitement visée dans le rapport enregistré à l'Assemblée nationale sur le projet de loi Egalim. Ce rapport expose que les dispositions relatives à la transparence tarifaire "s'attachent à réprimer les pratiques révélatrices d'un rapport de force déséquilibré entre les partenaires commerciaux, concourant ainsi à assurer la protection de l'ordre public économique". C'est ainsi que les factures servent d'outil pour détecter les abus<sup>6</sup> et encadrer le pouvoir de marché de certains grands distributeurs dans les relations qu'ils entretiennent avec leurs fournisseurs.

6. Bien entendu, ces fonctions ne peuvent être remplies que si la facturation est établie de manière systématique et qu'elle présente un contenu ainsi qu'un mode de communication et de conservation fortement encadrés et surveillés. C'est dans ce contexte que s'est développée la réglementation de la transparence tarifaire, jusqu'à devenir l'une des plus exigeantes d'Europe, au regard du nombre et de la nature des mentions que la facture doit

1 J.-B. Moreau, Rapport sur le projet de loi pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine et durable, Ass. nat., 21 avr. 2018.

2 Sur les finalités de la facturation, v. M.-V. Jeannin et J.-L. Fourgoux, Transparence tarifaire et règles de facturation, *JCI. Concurrence-Consommation*, Fasc. 284, n° 2.

3 M. Graff, Le droit de la concurrence dans le rapport producteur-distributeur, *Économie rurale*, n° 245-246, 1998, p. 90.

4 CJCE, 11 janv. 1990, *Sandoz*, aff. C-277/87. En l'espèce, il s'agissait de l'envoi systématique par un fournisseur, à ses clients, de factures comportant la mention "exportation interdite".

5 M. Malaurie-Vignal, Transparence tarifaire et liberté contractuelle, *JCP E* 1996, I, 537, selon laquelle la facture "n'est pas une fin en soi, mais n'est qu'un moyen de mettre en œuvre l'obligation de loyauté".

6 Les juges de la cour d'appel d'Amiens ont rappelé dans une décision très argumentée que l'exigence de transparence en matière de relations commerciales permet de "favoriser une concurrence saine et loyale" (CA Amiens, n° 406 du 2 mai 2007).

porter<sup>7</sup>. Il en va donc de l'efficacité de ce dispositif qu'il remplisse deux objectifs : premièrement, il doit former un tout cohérent, au regard de ses trois rôles : comptable, fiscal et économique. Deuxièmement, il doit être accompagné d'un système de sanction efficace. Or, c'est spécifiquement dans cette double perspective qu'a été entreprise la réforme du titre IV du livre IV du code de commerce. C'est d'ailleurs ce que traduit l'habilitation faite au gouvernement ; la loi du 30 octobre 2018 ayant habilité le gouvernement à, d'une part, clarifier les règles de facturation en les harmonisant avec les dispositions du code général des impôts (I.) et, d'autre part, modifier les sanctions relatives aux manquements à ces règles (II.). Se pose alors, au lendemain de la promulgation de l'ordonnance, la question de savoir si elle est en mesure de remplir ce double objectif.

## I. Harmonisation des règles commerciales et fiscales

7. La voie privilégiée par l'ordonnance n° 2019-359 est celle de l'alignement des règles commerciales sur celles de source fiscale. Pour ce faire, le nouvel article L. 441-9 du code de commerce opère un renvoi (et non plus de simples réserves) au régime fiscal de la facturation.

8. L'un des apports les plus notables concerne la date d'émission de la facture. C'est manifestement un point essentiel, puisque d'elle dépendent les délais de paiement et de conservation des factures.

9. Le nouvel article L. 441-9 fait coïncider l'obligation de dresser une facture avec la livraison ou la prestation de services, mais, là est la nouveauté, ces deux événements seront déterminés en application des règles fiscales (plus spécifiquement, en vertu de l'article 289, I, 3° du code général des impôts). Ainsi, la date d'émission de la facture ne dépendra plus de règles autonomes du droit commercial.

10. C'est en matière de vente de marchandises que la réforme opère un bouleversement. Dans sa version antérieure à l'ordonnance du 24 avril 2019, il fallait déduire de l'article L. 441-3 la règle suivante : la facture devait être émise dès la livraison de la marchandise ou dès sa prise en charge par le distributeur<sup>8</sup>.

11. En revanche, du point de vue fiscal, les règles diffèrent. Or, ce sont vers ces principes que l'ordonnance opère un renvoi. D'abord, observons. En droit fiscal, la facture doit être émise dès la réalisation du fait générateur retenu

en matière de taxe sur la valeur ajoutée. Or, le régime de TVA connaît une définition autonome de la livraison de marchandises, entendue comme le transfert du pouvoir de disposer d'un bien comme un propriétaire<sup>9</sup>.

12. Ensuite, analysons. En opérant un alignement du droit commercial sur le droit fiscal, l'ordonnance a pour effet d'entraîner une remise en cause du critère d'émission de la facture : un critère matériel, la livraison effective de la chose (retenu par l'ancien article L. 441-3), se trouve remplacé par un critère juridique, le transfert de propriété. En conséquence, ce sont vers les règles civiles (par exemple, opérant une distinction, en matière de transfert de propriété, entre les corps certains et les choses de genre) qu'il convient en réalité de renvoyer, en matière fiscale comme en matière commerciale, à compter de l'entrée en vigueur de l'ordonnance.

13. Une fois exposée cette mutation des règles d'établissement des factures, il convient toutefois de nuancer. Le droit fiscal<sup>10</sup> admet une facturation périodique, permettant de regrouper, au sein d'une pièce unique, plusieurs livraisons de biens ou prestations de services distinctes réalisées entre les mêmes partenaires commerciaux au cours d'un mois considéré<sup>11</sup>. Cet aménagement vise l'hypothèse d'un fournisseur (on songe en particulier aux producteurs laitiers) qui réalise au profit d'un même distributeur plusieurs livraisons de biens. Le producteur laitier est ainsi dispensé de délivrer des factures distinctes pour chacune de ces transactions<sup>12</sup>. Le nouvel article L. 441-9 maintient cette tolérance fiscale, par l'effet d'un renvoi.

14. Certes, l'harmonisation des règles commerciales et fiscales est bienvenue. Elle était d'ailleurs réclamée par les praticiens. En effet, un fournisseur ne dresse qu'une unique facture pour une opération considérée. Il se trouvait donc dans une situation ubuesque, qui le contraignait à choisir entre le respect des règles fiscales ou commerciales, toutes les fois où celles-ci entraînent en conflit. À ce titre, le renvoi vers les règles fiscales pour déterminer la date d'émission de la facture doit donc être salué.

15. En revanche, le renvoi opéré n'est que partiel et, par conséquent, limité. En particulier, nous aurions pu nous attendre à ce que l'harmonisation porte sur d'autres dispositions contradictoires du code de commerce et du code général des impôts. Notamment, l'article 242 *nonies* de ce dernier code prévoit la mention obligatoire sur la facture de tout escompte acquis et chiffrable, alors que son pendant commercial, non retouché sur ce point,

7 L. Vogel et J. Vogel, La réforme du droit des relations commerciales par la loi EGalim, *AJ Contrat* 2018, p. 510.

8 Ainsi, lorsque la marchandise était "enlevée" par un transporteur agissant pour le compte de l'acheteur, la facture devait être établie au plus tard le jour de l'expédition. M.-V. Jeannin et J.-L. Fourgoux, *ibid.*, n° 63.

9 Le II de l'article 256 du CGI prévoit qu'est considéré comme livraison de bien le transfert du pouvoir de disposer d'un bien meuble corporel comme un propriétaire.

10 CGI, art. 289, I, 3°.

11 Plus précisément, peuvent être regroupées les opérations dont l'exigibilité de la TVA intervient au cours du même mois.

12 "Il suffit donc à une entreprise de réaliser plusieurs livraisons de biens ou prestations de service distinctes à un même client au cours du même mois civil que celui au cours duquel la TVA grevant ces opérations devient exigible pour être dispensée de délivrer une facture pour chacune de ces transactions" (Note d'instruction DGCCRF du 22 oct. 2014 relative à l'application des dispositions de la loi relative à la consommation).

impose la mention de “*toute réduction de prix acquise (...), à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture*”. L'objectif d'harmonisation n'est assurément pas totalement atteint.

**16.** Par ailleurs, le nouvel article L. 441-9 du code de commerce énonce que “*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*”. Pourtant, l'article R. 441-3, non remis en cause par l'ordonnance du 24 avril 2019, expose que les “*factures sont conservées pendant un délai de trois ans à compter de la vente*”. La contradiction est plurale. D'une part, s'agissant des délais eux-mêmes<sup>13</sup> et, d'autre part, s'agissant du point de départ de l'exigence de conservation, dès lors qu'en suite de l'ordonnance, ce n'est plus “la vente” mais “la livraison”, entendue au sens du droit fiscal, qui fait courir ce délai.

**17.** Sans doute la plus topique de ces lacunes concerne le formalisme de la facturation. Le nouvel article L. 441-9 du code de commerce dispose que “*la facture émise sous forme papier est rédigée en double exemplaire*”. Cette formulation, pour le moins maladroite, peut recevoir deux interprétations. Selon une première lecture, serait écartée, en droit commercial, la facture électronique (pourtant admise par le droit fiscal<sup>14</sup> et imposée aux entreprises à l'égard de leurs clients publics<sup>15</sup>). Selon une seconde interprétation, il faudrait comprendre de cette formulation que la facture, lorsqu'elle est émise sous format papier (de sorte qu'il s'agirait là d'une alternative), est rédigée en double exemplaire. Pourtant, par comparaison, le pendant fiscal<sup>16</sup> de cet article expose que “*l'assujetti doit conserver un double de toutes les factures émises*”, sans distinguer selon qu'elles sont émises sous format papier ou électronique. Cette seconde lecture témoignerait, à nouveau, d'un manque de cohérence entre règles fiscales et commerciales.

**18.** Cette seconde interprétation semble devoir être privilégiée. En effet, on ne peut concevoir un tel retour en arrière. Outre la question même de la conformité au droit de l'Union européenne<sup>17</sup>, je doute fortement qu'imposer une facturation papier puisse entrer dans le champ de l'habilitation accordée au gouvernement, limité à deux objectifs : harmoniser les règles fiscales et commerciales et rationaliser le régime de sanctions. L'exigence d'un format papier aurait, au contraire, pour conséquence de renforcer l'autonomie des règles commerciales, seules à imposer un tel format.

<sup>13</sup> Le délai de conservation des factures, en application des règles fiscales, est de six années, tant pour les factures sous format papier que celles émises sous forme électronique (LFP, art. L. 102 B). Ce délai de conservation court à compter de la date à laquelle la facture est établie, sur support informatique ou sur support papier, quelle que soit sa forme originale.

<sup>14</sup> CGI, art. 289, VI et VII.

<sup>15</sup> Loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014, habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises et ordonnance n° 2014-697 du 26 juin 2014 relative au développement de la facturation électronique.

<sup>16</sup> CGI, art. 289, I, 4°.

<sup>17</sup> Directive 2014/55/UE relative à la facturation électronique dans le cadre des marchés publics.

**19.** En définitive, la formulation adoptée est pour le moins décevante. D'abord, par sa rédaction malencontreuse et, ensuite, par l'occasion manquée de consacrer, dans le titre IV du livre IV du code de commerce, la facturation électronique, en écho à son admission en droit fiscal.

**20.** Si la réforme apparaît comme bienvenue sur son principe, mais d'un apport limité sur le terrain de l'harmonisation avec les règles fiscales, on peut se demander si la même conclusion s'impose s'agissant du second objectif poursuivi par l'ordonnance.

## II. Rationalisation du régime de sanctions

**21.** Antérieurement à l'ordonnance du 24 avril 2019, l'ancien article L. 441-3 sanctionnait pénalement la violation des règles propres à la facturation. L'ordonnance y substitue une sanction administrative, dans le prolongement du mouvement général de dépenalisation du titre IV du livre IV du code de commerce<sup>18</sup>.

**22.** Par comparaison, le domaine des délais de paiement a connu une telle mutation de ses sanctions en 2014. En effet, depuis la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, les manquements aux règles relatives aux délais de paiement réglementés sont sanctionnés d'une amende administrative, ayant succédé à l'ancienne amende pénale.

**23.** Il est vrai, plusieurs arguments militent en faveur de l'instauration d'un système administratif de répression des manquements aux règles de facturation. Premièrement, alors que les délais de paiement dépendent directement de la facture, dans laquelle ils sont inscrits formellement, on explique difficilement que les unes (les sanctions propres aux règles de facturation) relèvent du contentieux pénal alors que les autres (les sanctions en matière de délais de paiement) dépendent du contentieux administratif. Deuxièmement, l'argument est bien connu, les poursuites pénales, plus lourdes, rendent le mécanisme de sanction faiblement opérant en pratique.

**24.** D'ailleurs, le bilan des suites contentieuses pénales de l'action de la DGCCRF met en lumière cet écueil, à travers le nombre relativement bas des actions pénales engagées en matière de facturation.

<sup>18</sup> V. en ce sens, C. com., art. L. 465-2, I : “*L'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation est l'autorité compétente pour prononcer les amendes administratives sanctionnant les manquements mentionnés au titre IV du présent livre ainsi que l'inexécution des mesures d'injonction prévues à l'article L. 465-1.*”

**25.** Prenons l'exemple de l'année 2017, dont les données chiffrées sont publiées<sup>19</sup>. En dépit de la fonction économique primordiale poursuivie par la facture, seules 45 décisions judiciaires ont été prononcées, pour un montant global avoisinant les 600 000 euros d'amendes pénales<sup>20</sup>.

**26.** On comprend alors, dans un souci d'efficacité des règles de facturation, que l'amende pénale<sup>21</sup> – 75 000 euros pour les personnes physiques et 375 000 euros pour les personnes morales (ces amendes pouvant être portées à 50 % de la somme facturée ou de celle qui aurait dû être facturée) –, à laquelle pouvait être assortie une peine d'exclusion des marchés publics pour une durée de cinq ans au plus<sup>22</sup>, ait été supprimée. L'ordonnance instaure désormais, au sein même de l'article consacré aux règles de facturation<sup>23</sup>, un dispositif de sanctions administratives d'un même montant (à savoir au maximum 75 000 euros pour les personnes physiques et 375 000 euros pour les personnes morales<sup>24</sup>). Ces montants pourront être doublés en cas de réitération du manquement dans les deux années.

**27.** Par comparaison, avant de relever d'une amende administrative, les sanctions pénales prononcées en matière de délais de paiement étaient – elles aussi – relativement peu nombreuses. Par exemple, au titre de l'année 2012<sup>25</sup>, seuls dix jugements ont été produits, pour un montant total de 55 500 euros. En 2017<sup>26</sup>, alors que désormais les manquements en matière de délais de paiement relèvent du contentieux administratif, 230 procédures d'amendes ont été ouvertes, représentant au total 8,6 millions d'euros d'amendes administratives. La comparaison est éclatante : 55 500 euros, sous l'ère des sanctions pénales en 2012, *versus* 8,6 millions d'euros en 2017, au temps des sanctions administratives.

**28.** Sans pour autant s'attendre à une évolution aussi marquante – car à la vérité outre la substitution d'une amende administrative à une amende pénale, la DGCCRF a fait du contrôle du respect des délais de paiement légaux l'une de ses priorités –, il est toutefois possible de présager une hausse significative des sanctions prononcées en matière de facturation.

**29.** Quel avis porter sur cette mutation du régime de sanction ? L'appréciation tient à l'angle sous lequel se placer. D'un point de vue extérieur aux parties prenantes, la réforme peut être saluée, en ce qu'elle participe au renforcement de l'efficacité des règles de transparence et donc, plus généralement, à la lutte contre les comportements déloyaux.

**30.** En revanche, du point de vue des fournisseurs (et des distributeurs, dès lors que la facturation est marquée par la coresponsabilité de ces deux protagonistes, l'un étant tenu d'émettre une facture régulière, l'autre étant tenu de la réclamer, à défaut<sup>27</sup>), la réforme sera sans doute mal perçue, car elle aura pour effet probable une recrudescence des sanctions prononcées sur le terrain de la facturation. Enfin, du point de vue de la cohérence d'ensemble du dispositif de sanction<sup>28</sup>, il est pour le moins déconcertant de confier compétence au juge administratif pour connaître des recours contre les sanctions prononcées en suite de la violation des règles de facturation, dès lors qu'elles concernent, pour l'essentiel, des rapports entre entreprises du secteur privé. ■

19 DGCCRF, Le bilan de la jurisprudence civile, administrative et pénale 2017, p. 9.

20 Sur l'année 2017, 152 procès-verbaux ont été dressés par la DGCCRF, étant précisé que l'année 2017 a connu une augmentation de 12 % par comparaison à l'année précédente. Dans la majorité des hypothèses, les contentieux se soldent par une transaction (dans 61 % des cas).

21 C. com., art. L. 441-4, anc.

22 C. com., art. L. 441-5, anc.

23 C. com., art. L. 441-9, II.

24 *Exit*, d'une part, la faculté de porter ces montants à 50 % de la somme facturée (ou de celle qui aurait dû être facturée) et, d'autre part, la sanction tenant à l'exclusion des marchés publics.

25 DGCCRF, Le bilan de la jurisprudence civile et pénale 2012, p. 13.

26 DGCCRF, Le bilan de la jurisprudence civile, administrative et pénale 2017, p. 10.

27 Confirmation de cette coresponsabilité par le nouvel art. L. 441-9, al. 2, du code de commerce.

28 J.-L. Fourgoux et L. Djavadi, La réforme annoncée du droit des pratiques restrictives de concurrence : la partition inachevée ?, *Contrats, conc., consom.* mars 2019, n° 3, étude 5.

# La mise en œuvre du nouveau titre IV

## L'action du ministre dans la mise en œuvre de l'article L. 442-1 C. com. : Une action autonome, dans quelle mesure ?

Cyril Grimaldi

cyrilgrimaldi@yahoo.fr

Professeur Université Paris 13

### ABSTRACT

L'action du ministre de l'Economie, est souvent dite « autonome ». Ce terme ne signifie pas grand-chose et, en tout état de cause, il ne doit pas laisser croire que cette action est sans lien avec celle de la victime.

*The action of the Minister of Economy, is often called «autonomous». This term does not mean much and, in any case, it must one should not deem that this action is unrelated to that of the victim*

1. La reconnaissance d'une action au bénéfice du ministre de l'Économie pour faire sanctionner certaines pratiques restrictives remonte à l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986<sup>1</sup>. L'idée était claire : faire sanctionner des pratiques qui ne l'auraient pas été autrement, la victime craignant d'agir<sup>2</sup>.

Il faut néanmoins se rappeler que, sous l'ordonnance de 1986, le ministre ne pouvait, en vertu de la jurisprudence, formuler celles des demandes qui pouvaient l'être par la victime : indemnisation, nullité et répétition de l'indu – comprenons, les restitutions. En effet, son action ne pouvait “*tendre qu'au rétablissement dudit ordre public économique par la seule cessation des pratiques illicites*”<sup>3</sup>.

La loi NRE<sup>4</sup> changea les choses, puisque le ministre de l'Économie pouvait désormais non seulement formuler des demandes qui lui étaient réservées (cessation des pratiques et amende), mais aussi celles qui pouvaient

l'être par la victime (nullité<sup>5</sup>, responsabilité et restitution). Désormais, donc, le ministre pouvait former toutes les demandes prévues par le droit des pratiques restrictives.

Depuis l'ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019, le nouvel article L. 442-4 du code de commerce consolide en substance cet état des choses, mais reconnaît de manière assez énigmatique à “[t]oute personne justifiant d'un intérêt”, et donc semble-t-il à la victime, la possibilité de demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques. Ne serait donc plus réservée au ministre de l'Économie que la possibilité de demander le prononcé d'une amende.

1 Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, art. 36.

2 T. com. Paris, 25 nov. 1996 : le législateur de 1986, conscient que certaines victimes “*n'oseraient pas engager elles-mêmes l'action, a voulu assurer néanmoins par des voies purement civiles, la répression des pratiques restrictives toujours interdites par l'ordonnance*”.

3 Cass. com., 5 déc. 2000, n° 98-17.705.

4 Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

5 Certains doutes subsistaient quant à la possibilité pour la victime d'agir en nullité avant l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019. Pour : CA Paris, 22 févr. 2017, RG 16/17924 : “*Les dispositions de l'article L442-6 du code de commerce n'empêchent pas une partie s'estimant victime de pratiques restrictives de concurrence d'invoquer la nullité de clauses ou du contrat lui-même, et les contrats contraires aux dispositions des articles L442-6 du code de commerce sont entachés d'une nullité absolue*”; adde Cons. const., déc. n°2011-126 QPC du 13 mai 2011, *Système U* : “*(...) 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 (...)*”. Contre, semble-t-il, Cass. com., 24 mai 2017, n° 15-18.484 : “*(...) c'est sans méconnaître l'objet du litige que la cour d'appel, qui était saisie d'une demande en nullité de la clause pour déséquilibre significatif fondée de manière inopérante sur l'article L. 442-6 du code de commerce, a, statuant au regard des dispositions de l'[ancien] article L. 132-1 du code de la consommation que la société Nord Toitures évoquait dans ses écritures, retenu que le contrat conclu entre les deux sociétés, toutes deux commerçantes, pour les besoins professionnels de l'une d'elles, ne relevait pas de la législation sur les clauses abusives dont seul cet article permettait l'annulation (...)*”. Désormais l'art. L. 442-4 du code de commerce reconnaît expressément à la victime la possibilité d'agir en nullité.

2. L'action du ministre est, dit-on souvent aujourd'hui, par une sorte de réflexe stakhanoviste, une "*action autonome*"<sup>6</sup>. Il reste que cette expression est ambiguë, dans la mesure où le terme "autonome" n'a pas de sens particulier en droit, où il est davantage descriptif que prescriptif. Il est dans les faits fréquemment employé pour désigner deux choses distinctes, mais présentant néanmoins un lien (sans quoi il ne servirait à rien d'introduire l'idée d'autonomie)<sup>7</sup>. Ce lien se vérifie à cet égard particulièrement s'agissant de l'action du ministre : celle-ci prend naissance en raison du contrat conclu par la victime et l'auteur de la pratique alléguée et, au moins en partie, tend au prononcé de sanctions identiques, on vient de le voir. Toute la difficulté est donc de déceler le degré d'autonomie de l'action du ministre par rapport à celle des victimes.

3. À cet égard, il faut introduire une distinction cardinale entre les demandes qui peuvent être formées tant par la victime que par le ministre, l'annulation des clauses, les dommages-intérêts réparant le préjudice subi, la restitution des sommes indûment versées, et, depuis l'ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019, la cessation des pratiques (j'appellerai ces demandes, les "demandes partagées"), et les demandes qui ne peuvent être faites que par le ministre : aujourd'hui, le prononcé d'une amende (j'appellerai ces demandes, les "demandes réservées").

Les demandes partagées sont d'une certaine manière des demandes réparatrices qui permettent de réparer les torts subis par les victimes, et qui sont donc faites dans leur intérêt privé. Le résultat d'une demande partagée profitant exclusivement aux victimes, la demande du ministre de l'Économie l'est nécessairement pour le compte des victimes en sorte que le ministre se présente comme un « représentant » des victimes<sup>8</sup> : c'est aux victimes que reviendront les dommages-intérêts alloués et le produit des restitutions. Dans cette perspective, que penser de la possibilité pour "[t]oute personne justifiant d'un intérêt" de demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques et la réparation du préjudice subi ? S'agissant de la cessation des pratiques, autant l'on comprend que la victime puisse faire ordonner que telle pratique cesse à son égard, autant l'on ne comprendrait pas qu'elle puisse faire ordonner que telle pratique cesse *erga omnes* : il n'appartient pas aux victimes ou à toute autre personne intéressée de prendre l'initiative d'une régulation du marché... S'agissant de la réparation du préjudice, l'ambiguïté est encore plus grande : autant

l'on comprend que toute personne ayant subi un préjudice du fait d'une pratique puisse obtenir réparation de son préjudice personnel, autant l'on ne comprendrait pas que toute personne, même justifiant d'un intérêt, puisse obtenir réparation du préjudice subi personnellement par la victime immédiate de la pratique et pour le compte de cette dernière.

Les demandes réservées, en contrepoint, sont aujourd'hui des demandes punitives (amende) qui permettent d'assurer, dans l'intérêt général, le bon fonctionnement du marché. Le résultat d'une demande réservée participant exclusivement de la "*protection du fonctionnement du marché et de la concurrence*"<sup>10</sup>, il est normal que seul le ministre de l'Économie, seul garant de cette protection, puisse former une telle demande.

4. Sous le bénéfice de ces observations, distinguons les questions à ce jour qui sont à peu près résolues (I.) de celles qui ne le sont pas (II.).

## I. Les questions à peu près résolues

5. Deux questions sont à ce jour à peu près résolues.

6. En premier lieu, s'agissant de la détermination des juridictions spécialisées pour connaître de l'action du ministre, la Cour de cassation a tiré de l'autonomie de l'action du ministre sa nature extracontractuelle. Partant, le ministre "*peut former sa demande, à son choix, devant la juridiction du domicile du défendeur, celle du lieu du fait dommageable ou celle du lieu dans le ressort de laquelle le dommage a été subi*"<sup>11</sup>. En raison toujours de l'autonomie de cette action, ni les clauses attributives de juridiction<sup>12</sup>, ni les clauses compromissoires<sup>13</sup> ne sont, d'après la jurisprudence, opposables au ministre<sup>14</sup>.

9 Naguère encore, on pouvait y ranger des demandes régulatrices : la cessation des pratiques.

10 Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-16.761.

11 Cass. com., 18 oct. 2011, B. 160. L'action de la victime elle-même est aussi parfois de nature extracontractuelle, malgré les liens contractuels l'unissant au responsable. C'est le cas notamment s'agissant de la rupture brutale d'une relation commerciale établie (sous réserve de CJUE, 14 juill. 2016, aff. C-196/15 et Cass. com., 20 sept. 2017, n° 16-14.812 dans l'ordre international).

12 CA Paris, 21 juin 2017, RG 15/18784. Et v., dans l'ordre international, CA Paris, 21 juin 2017, RG 15/18784 : application des règles de compétence du règlement (CE) n° 44/2001, dit "Bruxelles I".

13 En application de l'art. 1148 CPC, "*lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable*". Rappelant les termes du principe selon lequel le ministre de l'Économie bénéficie d'une action autonome dans le cadre d'une "*mission de gardien de l'ordre public économique pour protéger le fonctionnement du marché et de la concurrence*", la Cour de cassation a confirmé un arrêt d'appel ayant retenu "*l'inapplicabilité manifeste au litige [d'une] convention d'arbitrage [d'un] contrat de distribution*", s'agissant d'un litige auquel le ministre était partie (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 juill. 2016, n° 15-21.811, pub. Bull., *Apple*).

14 Les clauses attributives devraient en revanche être valables *inter partes* dès lors qu'elles désignent une juridiction spécialisée (Cass. com., 11 mai 2017, n° 15-21.913). Les clauses compromissoires les sont sans aucun doute (v. not. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 oct. 2015, n° 14-25.080).

6 Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-16.761 : "*action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence*".

7 Lorsque l'on dit en droit d'une institution qu'elle est autonome, on reconnaît nécessairement qu'elle entretient un rapport intime avec l'institution de laquelle on voudrait la détacher. Pour ne prendre qu'un exemple, la dette du garant autonome est bien distincte de la dette principale, en ce que le garant ne peut échapper au paiement de ce qu'il a promis en invoquant une exception que pourrait invoquer le débiteur principal, mais en même temps, il existe évidemment un lien entre la dette principale et la garantie, en ce que celle-ci garantit le paiement de celle-là.

8 Certes, le ministre ne reçoit pas des victimes le pouvoir de les représenter ; il le reçoit toutefois de la loi. Le "donneur d'ordres" (la loi) n'étant pas la personne représentée (la victime), cette dernière n'a en principe pas d'emprise sur son représentant ; elle est dessaisie (art. 1159 C. civ. : "*L'établissement d'une représentation légale ou judiciaire dessaisit pendant sa durée le représenté des pouvoirs transférés au représentant*").

Le cas de procédures parallèles, tout spécialement en présence d'une procédure arbitrale *inter partes* et d'une procédure juridictionnelle intentée par le ministre, pose toutefois encore de grandes difficultés, et ce d'autant plus qu'il n'est pas impossible, au moins en théorie, que les mêmes demandes soient faites au cours des deux procédures (demandes partagées).

À cet égard, deux cas doivent être distingués.

*Primo*, tant qu'aucune décision n'a été rendue, un des tribunaux doit-il surseoir à statuer, et si oui, lequel ? Si les demandes sont les mêmes (par hypothèse, des demandes partagées), le premier tribunal saisi ne doit-il pas rester seul compétent, peu important la qualité de celui qui l'a saisi ? Si en revanche les demandes ne sont pas les mêmes, on peut hésiter. La majorité des auteurs invite le tribunal arbitral à surseoir à statuer<sup>15</sup> afin qu'il ne voie sa sentence annulée pour violation de l'ordre public (art. 1492, 5<sup>o</sup> CPC<sup>16</sup>) au cas où il aurait jugé de l'absence de pratiques restrictives alors que la juridiction étatique aurait décidé le contraire. Mais surseoir jusqu'à quand ? S'il faut attendre une décision passée en force de chose jugée, les parties risquent de trouver le temps long. Et est-ce si certain que, dans l'hypothèse évoquée, la sentence, qui n'aura tranché qu'un litige mettant en cause des intérêts privés, soit annulable ? Aucun texte n'imposant au tribunal arbitral de surseoir à statuer<sup>17</sup>, l'on pourrait d'ailleurs très bien concevoir que le tribunal étatique le fasse...

*Secundo*, lorsqu'une première décision a été rendue par l'un des tribunaux, celle-ci a-t-elle autorité de chose jugée sur la décision à rendre ? Si une pratique a été constatée par le premier tribunal et que l'autre tribunal encore saisi l'est d'une demande ayant le même objet, l'autorité négative de la chose jugée doit conduire celui-ci à prendre acte de cette décision. Si en revanche aucune pratique n'a été constatée par le premier tribunal ou si celui-ci en a constaté une, mais que le tribunal encore saisi l'est d'une demande ayant un autre objet, il n'est plus question d'autorité négative, mais d'autorité positive de la chose jugée<sup>18</sup>. Or l'on sait que l'autorité positive de la chose jugée, sauf exception légale<sup>19</sup>, n'est pas de droit positif, en sorte que le second tribunal devrait être libre dans son appréciation.

15 L'art. 1472 CPC prévoit que "le tribunal arbitral peut s'il y a lieu, surseoir à statuer. Cette décision suspend l'instance pour le temps ou jusqu'à la survenance de l'événement qu'elle détermine".

16 Le recours en annulation n'est ouvert que si "5<sup>o</sup> La sentence est contraire à l'ordre public".

17 Ce ne peut être une obligation. Il n'existe pas en la matière de principe comparable à celui de l'art. 4 al. 2 CPP : "(...) il est sursis au jugement de cette action tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique lorsque celle-ci a été mise en mouvement."

18 C'est-à-dire de déterminer s'il faut prendre "en compte au cours d'une instance B, (...) ce qui a été jugé lors d'une instance A" (T. Le Bars, Autorité positive et autorité négative de la chose jugée, *Procédures* n° 8-9, août 2007, étude 12).

19 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 5 juill. 2018, n° 17-22.453, pub. Bull. : "(...) les décisions pénales ont au civil autorité absolue à l'égard de tous en ce qui concerne ce qui a été jugé quant à l'existence du fait incriminé et la culpabilité de celui auquel le fait est imputé (...)"

7. En second lieu, s'agissant de l'information des victimes par le ministre quant à l'introduction de son action, on sait que le Conseil constitutionnel a formulé une importante réserve d'interprétation en 2011<sup>20</sup> à laquelle la Cour de cassation s'est rangée<sup>21</sup>. Le ministre peut agir sans informer les victimes en vue du prononcé d'une demande réservée, mais il doit les informer lorsqu'il forme une demande partagée. Il reste que le moment de cette information demeure mystérieux. De fait, comme l'a relevé la cour d'appel de Paris en 2013<sup>22</sup>, "si l'exigence de l'information des parties aux contrats, en l'espèce les fournisseurs, a été précisée par le Conseil constitutionnel (...), il n'apparaît pas que les termes de cette décision permettent de soutenir que l'information des fournisseurs soit imposée en préalable à l'introduction de la demande en justice"<sup>23</sup>. Oui, mais jusqu'à quand peut-elle l'être ? Le nouvel article L. 442-4 C. com. prévoit que le ministre de l'Économie peut faire constater la nullité et demander des restitutions "dès lors que les victimes de ces pratiques sont informées, par tous moyens, de l'introduction de cette action en justice". Mais, d'une part, le moment exact auquel l'information doit être faite n'est pas précisé et, d'autre part, on peut se demander, à suivre la lettre du texte, si l'exigence même d'une information doit être remplie lorsque le ministre agit en responsabilité<sup>24</sup>.

## II. Les questions non résolues

8. Deux questions restent à résoudre : l'incidence d'une transaction entre la victime et l'auteur de la pratique alléguée et la prescription de l'action du ministre.

20 Cons. const., déc. n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, *Système U* : si le législateur peut "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 (...) 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 (...) sous cette réserve, les dispositions (...) ne portent pas atteinte aux exigences constitutionnelles (...)". *Adde* Cour EDH, 17 janv. 2012, n° 51255/08 : devant la CEDH, Le Galec, qui était poursuivi, avait invoqué l'art. 6 § 1 de la Convention, se plaignant de ce que l'action du ministre aurait eu pour effet d'usurper le droit d'agir en justice des fournisseurs (victimes), entraînant l'iniqité du procès dans lequel elle était défenderesse. La Cour note que les fournisseurs sont "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" et que même si, information il n'y a point eu, "il n'est pas démontré que cela aurait causé un préjudice quelconque dans le chef de la requérante au titre des garanties de l'article 6 § 1 dans la mesure où la requérante était libre d'attirer ses co-contractants à l'instance".

21 Cass. com., 3 mars 2015, *Bull. civ. IV*, n° 42. Comp., en droit du travail, l'action de substitution des syndicats afin d'assurer la défense individuelle d'un ou plusieurs salariés (art. 1247-1 C. trav.) : le Conseil constitutionnel avait à cet égard estimé que "s'il est loisible au législateur de permettre à des organisations syndicales représentatives d'introduire une action en justice à l'effet non seulement d'intervenir spontanément dans la défense d'un salarié mais aussi de promouvoir à travers un cas individuel, une action collective, c'est à la condition que l'intéressé ait été mis à même de donner son assentiment en pleine connaissance de cause et qu'il puisse conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et de mettre un terme à cette action" (Cons. const., déc. n° 89-257 DC du 25 juill. 1989, Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion – considérant n° 24).

22 CA Paris, 3 oct. 2013, RG 12/01879.

23 CA Paris, 11 sept. 2013, RG 11/17941.

24 On ne voit pas pourquoi la victime ne devrait pas être informée, dès lors que le ministre de l'Économie agit pour le compte de cette dernière.

9. Afin d'y répondre, il convient à nouveau de rappeler que l'action du ministre de l'Économie, même si elle est à certains égards "autonome", dérive de celle de la victime. C'est parce que la victime a une action en raison de la commission de pratiques abusives que le ministre en a également une.

Est-ce à dire que si la victime perd son droit d'agir, par l'effet d'une transaction ou en raison du jeu de la prescription, le ministre perd le sien ?

Probablement faut-il distinguer, dans une perspective dualiste et non moniste, comme je l'ai fait tout à l'heure, suivant les demandes qu'entendrait former le ministre.

S'agissant des demandes partagées, le ministre ne peut avoir plus de droits que la victime, dès lors qu'il la représente et que le produit de l'action échoit à cette dernière<sup>25</sup>. Admettre que le ministre puisse agir alors que l'action de la victime est prescrite reviendrait à augmenter les droits de celle-ci, ce qui n'a jamais été le dessein du législateur. Partant, si l'action des victimes est prescrite, celle du ministre le sera ; et, inversement, si l'action des victimes n'est pas prescrite, celle du ministre ne le sera pas. Quant à admettre que le ministre puisse agir alors que la victime a transigé, cela reviendrait non seulement à augmenter les droits de celle-ci, mais aussi à l'enrichir en contravention à tous les principes.

En revanche, s'agissant des demandes réservées, le raisonnement qui vient d'être tenu pour les demandes partagées n'est plus valable, dès lors que le ministre n'agit plus comme le représentant des victimes. L'action du ministre devrait se prescrire de manière autonome, et la transaction de la victime devrait être dépourvue de tout effet. À ce dernier égard, autant l'on comprend que, par l'effet de la transaction, le ministre ne puisse réclamer pour le compte de la victime ce qu'elle-même ne peut réclamer, autant l'on ne comprendrait pas que le ministre ne puisse mener à bien sa mission d'assurer le bon fonctionnement du marché au prétexte que la victime a transigé avec l'auteur de la pratique alléguée.

10. La Cour de cassation ne s'est prononcée que s'agissant de la transaction, dans une affaire *Ikea*. La société Ikea avait transigé avec l'un de ses fournisseurs quant à l'évaluation du préjudice résultant pour ce dernier de la rupture brutale de leurs relations. Le ministre de l'Économie avait néanmoins agi en vue de voir la société Ikea condamnée au paiement d'une amende civile, estimant que la transaction ne lui était pas opposable, en raison de l'autonomie de son action. Dans un arrêt rendu aux vises des anciens articles 1134, 2044 et 2046 C. civ., ensemble l'ancien article L. 442-6, I, 5° C. com. (devenu 442-1, II C. com.), la Cour de cassation cassa la décision des juges du fond qui avait condamné la société Ikea à des dommages-intérêts et à une amende civile malgré la transaction conclue avec le fournisseur : si l'ancien article L. 442-6, I, 5° "*institue une responsabilité d'ordre public à laquelle les parties ne peuvent renoncer par anticipation, il ne leur interdit pas de convenir*

25 Ceci devant être nuancé s'agissant de faire ordonner la cessation d'une pratique (v. *supra*, n° 3).

*des modalités de la rupture de leur relation commerciale, ou de transiger sur l'indemnisation du préjudice subi par suite de la brutalité de cette rupture*"<sup>26</sup>.

La Cour de cassation considéra ainsi que la transaction de la victime interdisait au ministre d'agir, non seulement en ce qui concerne son indemnisation, ce qui s'imposait, mais aussi en ce qui concerne le prononcé d'une amende, ce qui est étonnant... Cette solution, qui aboutit en fin de compte à dessaisir le ministre de ses prérogatives, ne peut qu'évoluer. C'est la raison pour laquelle je la tiens pour non résolue...

11. Reste la question de la prescription de l'action du ministre. Si l'on retient l'analyse dualiste proposée<sup>27</sup>, l'action, pour les demandes partagées, se prescrira comme celle de la victime et, pour les demandes réservées, se prescrira de façon autonome. Si l'on s'intéresse à ce dernier aspect de l'action du ministre, la difficulté n'est pas tant celle de la durée de la prescription (faute de disposition spéciale, elle sera de cinq ans) que celle de son point de départ. L'idée générale, quant au point de départ, est la suivante : une action commence en principe à se prescrire au jour où elle naît (*actioni non natae non praescribitur*), mais ce point de départ peut être retardé au jour où le titulaire de l'action a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance des éléments lui permettant d'agir (*contra non valentem agere non currit praescriptio*). L'action étant en principe née au jour de la conclusion du contrat, c'est à cette date que devrait se situer en général le point de départ de la prescription.

On peut néanmoins s'interroger sur l'existence d'une éventuelle cause de report du point de départ de la prescription. À ce titre, on commence à voir soutenir par certains que le point de départ de la prescription devrait être reporté au jour où il a eu connaissance des pratiques.

Cette thèse, pour deux raisons, paraît insoutenable.

En premier lieu, la retenir conduirait *de facto* à rendre imprescriptible la très grande majorité des actions s'il n'existait pas de délai butoir<sup>28</sup>.

En second lieu, s'agissant des demandes réservées – aujourd'hui, faire prononcer une amende –, lesquelles participent à la sauvegarde de l'intérêt général, une analogie

26 Cass. com., 16 déc. 2014, *Bull. civ. IV*, n° 186. Sur renvoi, la cour d'appel de Paris (CA Paris, 15 févr. 2017, RG 15/00228) a clairement considéré que ces transactions étaient bien opposables au ministre.

27 Qui ne paraît pas être celle qui a été retenue par un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris : "(...) le constat que l'information a été donnée trois ans et demi après l'assignation, pour des faits qui pour certains remontent à 2001 et 2002, pour lesquels, les parties n'auraient pas pu agir elles-mêmes en raison de la prescription, ou de la disparition de certaines preuves, est inopérant. En effet, l'action des personnes visées par le III de l'article L. 442-6 du code de commerce est autonome des actions qui pourraient être diligentées par les parties elles-mêmes et le fait que les actions en nullité ou en réparation de celles-ci pourraient être prescrites ou seraient rendues difficiles en raison de la disparition d'éléments de preuve ne saurait empêcher le ministre de l'économie, le ministère public ou l'ADLC de mener les actions qui leur sont propres."

28 Lequel n'existe en droit français que depuis la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile ; art. 2232 C. civ. : "*Le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit.*"

s'impose avec le droit pénal<sup>29</sup>. Or, en droit pénal, l'action publique se prescrit à compter de la commission de l'infraction, quelle qu'elle soit<sup>30</sup>. Nul n'a jamais soutenu que l'action publique se prescrivait à compter du jour où les éléments de l'infraction étaient connus des titulaires de l'action... Comment imaginer dès lors que l'action du ministre de l'Économie se prescrive à compter de sa connaissance effective desdites pratiques, et que l'on soit ainsi plus sévère en droit des pratiques abusives qu'en droit pénal ?

Certes, en droit pénal, le principe suivant lequel l'infraction se prescrit à compter de sa commission connaît des nuances lorsque l'infraction est occulte ou dissimulée<sup>31</sup>, lorsque l'infraction est continue<sup>32</sup> ou lorsqu'en raison

d'un cas de force majeure l'action publique n'a pu être exercée<sup>33</sup>. Mais, dans de nombreux cas, aucune de ces nuances ne sera susceptible de venir infléchir la règle de principe en droit des pratiques restrictives.

## Conclusion

12. En conclusion, on peut observer que le rôle du ministre de l'Économie et donc de l'administration, déjà important, est devenu démesuré depuis que tout contrat conclu entre tout acteur économique (l'article L. 442-1, I C. com. vise "toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services") relève du droit des pratiques restrictives. L'administration est le plus souvent à l'origine des textes (en témoigne le nouveau dispositif du droit des pratiques restrictives), elle les interprète, elle enquête, et elle assigne les entreprises, quand elle n'a pas le pouvoir de les sanctionner elle-même.

On pourrait réserver un certain nombre d'objections si les textes prescrivant les conduites devant être suivies par les entreprises étaient clairs. Mais voilà, c'est loin, très loin d'être le cas. L'entier titre IV du livre IV, actuel et à venir, en témoigne, qu'il s'agisse du processus de négociation commerciale, des règles régissant la convention unique, de la facturation, ou encore, les pratiques restrictives.

L'obscurité des textes, de leur sens et leur portée, atteint des sommets. Et celle-ci est d'autant plus grave en comparaison des sanctions qui sont encourues par les entreprises : amende, mais aussi cessation des pratiques et donc interdiction de stipuler à l'avenir telle clause dans un contrat.

Gageons que les juridictions mettront rapidement de l'ordre... ■

29 V. not. Cons. const., déc. n°2010-85 QPC du 13 janv. 2011, *Darty* : il est loisible au législateur "d'assortir la violation de certaines obligations d'une amende civile à la condition de respecter les exigences des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 au rang desquelles figure le principe de légalité des délits et des peines qui lui impose d'énoncer en des termes suffisamment clairs et précis la prescription dont il sanctionne le manquement" (considérant n° 3).

30 Art. 7 al. 1 CPP : "L'action publique des crimes se prescrit par vingt années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise"; art. 8 al. 1 CPP : "L'action publique des délits se prescrit par six années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise"; art. 9 CPP : "L'action publique des contraventions se prescrit par une année révolue à compter du jour où l'infraction a été commise."

31 La prescription des infractions occultes ou dissimulées court à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée (en vertu de l'art. 9-1 al. 2 du code de procédure pénale, "[p]ar dérogation au premier alinéa des articles 7 et 8 du présent code, le délai de prescription de l'action publique de l'infraction occulte ou dissimulée court à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique, sans toutefois que le délai de prescription puisse excéder douze années révolues pour les délits et trente années révolues pour les crimes à compter du jour où l'infraction a été commise"). La dérogation au droit commun de la prescription est si importante que le législateur a pris le soin de définir l'infraction occulte et l'infraction dissimulée : "[e]st occulte l'infraction qui, en raison de ses éléments constitutifs, ne peut être connue ni de la victime ni de l'autorité judiciaire" (art. 9-1 al. 3 CPP) et "[e]st dissimulée l'infraction dont l'auteur accomplit délibérément toute manœuvre caractérisée tendant à en empêcher la découverte" (art. 9-1 al. 4 CPP). On aperçoit aisément la *ratio legis* de ces exceptions : ne pas rendre impossible en fait la sanction d'une infraction par essence clandestine (infraction occulte) ou rendue clandestine en raison de manœuvres de son auteur (infraction dissimulée).

32 La prescription des infractions continues (ex. : recel, séquestration) commence à courir le jour où cesse le comportement répréhensible (Cass. crim., 16 juill. 1964, B. 241 ; Cass. crim., 18 févr. 2015, pourvoi n° 14-84193). De même, en droit des pratiques anticoncurrentielles, la prescription de l'action visant à faire sanctionner une entente court à compter du jour où l'infraction a pris fin chaque fois qu'elle continue, ce qui n'est pas toujours le cas (Cass. com., 12 juill. 2005, n° 04-16.665 : "(...) c'est à juste titre que la cour d'appel, qui a constaté que l'incitation au boycott contenue dans la lettre circulaire adressée le 28 avril 1994 par le Conseil de l'Ordre aux chirurgiens-dentistes du département consistait en une information et une recommandation ponctuelles attirant, à un moment précis, l'attention de ceux-ci sur la situation individuelle d'un prothésiste et qui a relevé que le Conseil avait été saisi plus de trois ans après l'envoi de ce courrier, a déclaré prescrits ces faits"). La distinction entre les deux types d'infractions a été notamment explicitée par l'Autorité de la concurrence dans sa décision n° 12-D-12 du 11 mai 2012 relative à la situation du groupe Colruyt au regard du 1 de l'art. L. 430-8 du code de commerce : "[u]ne infraction instantanée se définit comme une infraction dont l'acte matériel s'accomplit en un trait de temps. Une sous-catégorie de ce type d'infractions est constituée par les infractions dites permanentes, dont l'acte matériel s'exécute également en un trait de temps, mais dont les effets se prolongent dans la durée, sans nouvelle intervention de l'auteur des faits. Pour l'ensemble de ces infractions, le point de départ de la prescription se situe au jour de la commission des faits, même si leurs effets se prolongent après cette date. Ainsi, par exemple, le délit de construction sans permis prévu et réprimé par les articles L. 421-1 et L. 480-4 du code de l'urbanisme se prescrit à compter de la date à laquelle lesdits travaux ont été achevés et non du jour où la construction est démolie (arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 10 décembre 1985, Bull. crim. n° 395) (pt 30) ; "[u]ne infraction continue se définit pour sa part comme une infraction dont l'acte matériel, en raison de la définition même de l'incrimination, se prolonge pendant une certaine durée, du fait de la volonté réitérée de l'auteur des faits. La prescription d'une telle infraction ne court qu'à partir du jour où l'activité délictueuse a pris fin. Par ailleurs, aux infractions continues peuvent être assimilées les infractions dites continues, c'est-à-dire celles qui constituent une opération délictueuse unique entraînant une répétition d'actes d'exécution. Ainsi, en matière de pratiques anticoncurrentielles, il a été jugé que le délit d'abus de position dominante, résultant de la conclusion d'un contrat d'approvisionnement exclusif en temps prescrit, se prescrit seulement à compter du dernier acte d'exécution dudit contrat (arrêt de la Cour de cassation, Crim, du 19 mars 2008). De même, il a été retenu que les pratiques de remise de couplage anticoncurrentielle et de prédation se prescrivent, non pas à compter de la fin de la commercialisation de l'offre litigieuse, mais à partir de la fin de l'exécution du contrat en découlant (décision du Conseil de la concurrence n° 05-D-13, confirmée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 15 novembre 2005)." (pt 31).

33 D'après l'art. 9-3 CPP : "[t]out obstacle de droit, prévu par la loi, ou tout obstacle de fait insurmontable et assimilable à la force majeure, qui rend impossible la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique, suspend la prescription." On comprend là encore la *ratio legis* de ces exceptions : ne pas rendre impossible la sanction d'une infraction si le poursuivant est dans l'impossibilité d'agir. Mais encore doit-il s'agir d'une véritable impossibilité, en droit ou en fait.

# Table ronde

---

## Anne-Sophie Choné-Grimaldi

annesophiechone@yahoo.fr

Professeur

Université Paris Nanterre (Paris X)

---

## Patrick Bénézit

patrickbenezit@orange.fr

Secrétaire général adjoint

Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA), Paris

---

## Hugues Beyler

hbeyler@fcd.fr

Directeur Agriculture et filières

Fédération du Commerce et de la Distribution (FDC), Paris

---

---

## Jacques Davy

jdavy@fcd.fr

Directeur des affaires juridiques et fiscales

Fédération du Commerce et de la Distribution (FDC), Paris

---

## Antoine Suau

antoine.suau@reseaufnsea.fr

Directeur du département économie et développement durable

Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA), Paris

---

## Valérie Weil-Lancry

vweil-lancry@ania.net

Directeur juridique chargé des relations commerciales

Association nationale des industries alimentaires (ANIA), Paris

---

### ABSTRACT

Une table ronde, animée par le professeur Anne-Sophie Choné-Grimaldi, a permis aux représentants des différents maillons des filières (production, agroalimentaire, distribution) de s'exprimer et de débattre du contenu des nouveaux textes. Elle a été découpée en deux sous-parties : la première consacrée à la négociation commerciale et à la conclusion des contrats écrits ; la seconde consacrée au contrôle des prix. Sur chacun de ces sous-thèmes, se sont exprimés, successivement et dans cet ordre : la FNSEA, l'ANIA et la FCD.

A round table, moderated by Professor Anne-Sophie Choné-Grimaldi, allowed the representatives of the various links in the sectors (production, agri-food industry, distribution) to express themselves and discuss the content of the new texts. It has been divided into two sub-parts: the first devoted to commercial negotiation and the conclusion of written contracts; the second devoted to price control. On each of these sub-themes, have been expressed successively and in this order: the FNSEA, the ANIA and the FCD.

---

## I. La négociation commerciale

### A.-S. C.-G. (modérateur) :

1. Les ordonnances, adoptées sur habilitation du législateur, avaient pour mission, en premier lieu, de "réorganiser" le titre IV et de "clarifier" ses dispositions (art. 17 de la loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018, dite loi "Egalim"). Une réorganisation a bien eu lieu. Il n'est cependant pas évident qu'elle offre la clarification espérée<sup>1</sup>. Les principales questions qui étaient débattues sous l'empire des textes anciens continueront à l'être.

2. S'agissant des textes sur la négociation commerciale, la loi d'habilitation avait donné au gouvernement mission de :

*"3° De préciser les dispositions relatives aux conditions générales de vente, en imposant notamment la formalisation par écrit, par le distributeur, des motifs de son refus d'acceptation de celles-ci, mettre en cohérence les dispositions relatives aux produits agricoles et alimentaires, notamment en ce qui concerne les références applicables aux critères et modalités de détermination des prix, avec les dispositions du code rural et de la pêche maritime et modifier les sanctions relatives aux manquements à ces règles pour prévoir des sanctions administratives ;*

*4° De simplifier et de préciser les dispositions relatives aux conventions mentionnées aux articles L. 4417 et L. 44171, et notamment : a) Pour les conventions conclues entre les fournisseurs et les distributeurs ou les prestataires de services ainsi qu'entre les fournisseurs et les grossistes, le régime des avenants à ces conventions ; b) Pour les conventions conclues entre les fournisseurs et les distributeurs ou les prestataires de services, la prise en compte des obligations réciproques auxquelles se sont engagées les parties afin de déterminer le prix ainsi que la définition du plan d'affaires et du chiffre d'affaires prévisionnel ;*

---

1 Sur la loi Egalim, v. P. Vanni et A.-C. Martin, Équilibre des relations commerciales dans le secteur agro-alimentaire : la nouvelle donne "Egalim" applicable aux négociations commerciales 2019, *RLC*, déc. 2018 ; A.-S. Choné-Grimaldi, Loi Egalim : un nouveau droit de la distribution des produits agricoles et alimentaires, *JCP E* 17 janv. 2019, p. 1021.

5° De modifier les dispositions relatives aux dates d'envoi des conditions générales de ventes et aux dates de signature des conventions mentionnées aux mêmes articles L. 4417 et L. 44171.”

3. Les nouveaux articles L. 441-3 à L. 441-6 du code de commerce maintiennent l'obligation de conclure des “conventions écrites” annuelles ou pluriannuelles, sans que le champ d'application de cette obligation ait été précisé. Le texte continue de viser les relations 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”. Des difficultés sur le périmètre exact de cette obligation avaient pourtant fait naître un important contentieux. La CEPC elle-même avait d'ailleurs dû recommander d'exclure certaines situations du champ de l'obligation de conclure de telles conventions écrites<sup>2</sup>.

4. Les textes anciens prévoyaient un double régime pour la convention écrite, l'un de “droit commun” et l'autre pour les seuls grossistes. Le nouveau texte, même s'il a fait disparaître les règles spéciales relatives aux conventions conclues avec les grossistes, maintient l'existence d'un double régime : il y a désormais un régime de “droit commun” qui coexiste avec celui – plus exigeant – relatif aux “produits de grande consommation”, catégorie qui devra être précisée par décret et dont il est annoncé qu'elle devrait englober les produits alimentaires et boissons non alcoolisées (nomenclature Coicop 1998 : 01), les boissons alcoolisées (nomenclature Coicop 1998 : 021), les articles de ménage non durables (nomenclature Coicop 1998 : 0561) et les appareils, autres articles et produits pour soins personnels (nomenclature Coicop 1998 : 1213). Est ainsi visé l'essentiel des références vendues par la grande distribution à dominante alimentaire (la papeterie n'est pas visée...).

5. Les questions qui ont été posées au panel de cette table ronde ont été nombreuses : comment la réforme du droit de la négociation commerciale s'inscrit-elle dans la vaste réforme du secteur de l'agroalimentaire qui a débuté par la tenue des EGA ? Les règles sur les CGV, placées à l'épicentre de la négociation commerciale, sont-elles susceptibles de rééquilibrer les rapports de force entre l'amont et l'aval ? Que pensez-vous de l'édiction d'un régime spécial pour les produits de grande consommation ? Un des enjeux de la réforme était le maintien ou, au contraire, l'abandon de la date butoir du 1<sup>er</sup> mars ; que pensez-vous du calendrier retenu ?

#### FNSEA :

6. Prévue par l'article 17 de loi Egalim, la réécriture du titre IV du livre IV du code de commerce fait partie d'un ensemble cohérent du titre premier de la loi dont l'enjeu pour la production agricole mérite d'être rappelé. Pour les agriculteurs il s'agit d'inverser la construction du prix en partant des indicateurs de coût de production des matières premières agricoles pour que l'amont ne soit plus la variable d'ajustement permanent de négociations

commerciales auxquelles les agriculteurs ne participent pas. Le titre premier de la loi comprend ainsi plusieurs dispositifs qui doivent permettre cette construction du prix de l'amont à l'aval, du producteur au consommateur : contractualisation renouvée, sanction des prix abusivement bas, mécanisme de renégociation des prix, encadrement des promotions, relèvement du seuil de revente à perte (SRP).

7. La réécriture du titre IV du livre IV du code de commerce traduit la nécessité de mieux articuler le code de commerce avec le code rural rénové par la loi Egalim, en particulier, par la création d'une convention spéciale pour les produits de grande consommation. Même si les différences sont faibles avec la convention de droit commun, la mention des indicateurs utilisés dans le contrat d'achat de produits agricoles traduit une construction du prix en cascade à partir de l'amont. Il est en effet prévu que les CGV mentionnent, lorsqu'elles concernent des produits comportant un ou plusieurs produits agricoles non transformés qui ont fait l'objet d'un contrat écrit, les indicateurs (coûts de production et prix de marché) permettant de fixer les critères et modalités de détermination du prix de ces produits. De même, l'information sur le chiffre d'affaires prévisionnel fait directement le lien avec l'encadrement des promotions, en particulier l'application du plafond de 25 % des promotions en volumes.

8. Par ailleurs la loi Egalim instaure un véritable parallélisme entre le formalisme exigé dans le code rural et celui exigé pour les relations industrie-commerce dans le cadre du titre IV du livre IV du code de commerce. En effet, selon l'article premier de la loi, qui définit le contrat entre les agriculteurs et leurs acheteurs, “la proposition de contrat ou d'accord-cadre écrit est le socle unique de la négociation au sens de l'article L. 441-6 du code de commerce. Tout refus de la proposition (...) ainsi que toute réserve (...) doivent être transmis (...) dans un délai raisonnable au regard de la production concernée”. C'est un véritable changement de paradigme pour la production agricole, car dorénavant les agriculteurs, par l'intermédiaire de leur OP (organisation de producteurs), ou individuellement, présentent leurs CGV qui constituent le socle de la négociation. Cela signifie également que, grâce à ce formalisme, la notion de déséquilibre significatif est introduite dans le code rural avec l'application éventuelle des sanctions prévues à l'article L. 442-6.

9. Concernant la date du 1<sup>er</sup> mars pour la conclusion de la convention, la FNSEA considère qu'il est important de la maintenir, et pas seulement parce que cette date tombe en plein Salon de l'agriculture... En effet, laisser la liberté aux acteurs de fixer la clôture de la négociation pourrait avoir des effets pervers et à nouveau favorables uniquement au maillon le plus fort. Par ailleurs, obliger les opérateurs à conclure leurs négociations avant une date fixée par la loi a encore plus de sens dans l'objectif de construire un prix “en marche avant”. Par ailleurs, n'oublions pas que la clause de renégociation, introduite par la loi Hamon en 2014, a été renforcée par la loi Egalim et doit permettre de s'adapter aux évolutions du marché en cours d'année.

2 CEPC, avis n° 10-07, n° 13-01, n° 18-10.

## ANIA :

**10.** L'ANIA est une organisation professionnelle qui rassemble 39 syndicats métiers de l'alimentaire et 17 associations régionales. Le secteur alimentaire est un secteur stratégique pour le pays, en termes d'emploi, de lien avec l'agriculture et les territoires, d'export mais également de souveraineté alimentaire. Les entreprises agroalimentaires ont un lien fort avec les territoires (80 % des produits consommés en France sont fabriqués en France) et avec l'agriculture (l'industrie agroalimentaire transforme 70 % de la ressource agricole française).

**11.** Il faut replacer l'ordonnance de réforme du titre IV du livre IV dans le contexte de la loi Egalim. Or, cette loi résulte elle-même du consensus dégagé lors des États généraux de l'alimentation que le président de la République avait appelé de ses vœux. Lors des EGA, les acteurs de la filière alimentaire ont partagé l'objectif de recréer de la valeur pour mieux la répartir et fournir aux consommateurs une alimentation encore plus saine, sûre et durable.

**12.** S'agissant de la réforme elle-même, l'ANIA partageait le vœu d'une loi plus simple, plus lisible pour qu'elle puisse être mieux appliquée et contrôlée, dans une approche de filière alimentaire, en lien avec l'agriculture. L'ANIA avait d'ailleurs initié un travail de simplification dès 2017, car la loi était devenue trop complexe (depuis 2002, huit lois en quinze ans, jusqu'à une par an au cours des quatre dernières années...) et donc difficilement applicable notamment pour les plus petites entreprises (l'industrie agroalimentaire française est constituée de 98 % de TPE/PME/ETI).

**13.** L'ANIA salue l'effort de clarté et de rationalisation des textes opéré par l'ordonnance.

**14.** S'agissant des règles spéciales édictées pour les produits de grande consommation (qui incluent les produits alimentaires), commençons par rappeler que les relations fournisseur-distributeur sont marquées par un rapport de force déséquilibré. En effet, au sein de la filière agroalimentaire, l'amont agricole est très atomisé avec 450 000 exploitations agricoles, 17 000 entreprises agroalimentaires et 4 principales centrales d'achat si l'on tient compte des rapprochements à l'achat au sein de la grande distribution depuis 2015.

**15.** La loi permet donc d'encadrer les relations commerciales afin de rééquilibrer ce rapport de force et de mettre fin à certains abus dans les relations commerciales fournisseur-distributeur. Elle doit être appliquée avec fermeté pour que le risque de sanction soit supérieur au bénéfice tiré d'une pratique restrictive de concurrence.

**16.** Les dispositions de l'article L. 441-4 sont applicables à la convention mentionnée à l'article L. 441-3 lorsqu'elle est relative aux produits de grande consommation (PGC), définis comme "*des produits non durables à forte fréquence et récurrence de consommation*".

**17.** Le fait que les fabricants de PGC disposent d'un régime particulier permet de couvrir les produits commercialisés par la grande distribution (physique et en ligne) sans étendre à d'autres secteurs d'activité ces dispositions strictes, ce qui est sans doute à saluer.

**18.** L'ANIA aurait toutefois privilégié un dispositif reposant sur une typologie de distributeurs (grande distribution, physique et en ligne) plutôt que sur une typologie de produits. La formulation retenue, qui repose sur une série de trois critères, nous semble en effet risquée. Il conviendra d'être vigilant par rapport au décret d'application à venir. L'ANIA veillera à ce que toutes les denrées alimentaires entrent bien dans le périmètre du texte.

**19.** Par le jeu du nouvel article L. 441-4, VI, le code de commerce impose au distributeur de formaliser une réponse motivée à la suite de la réception des CGV du fournisseur. L'objectif est de renforcer le pouvoir de négociation des fournisseurs face à la distribution et de permettre que les CGV soient réellement le socle de la négociation.

**20.** L'idée est également de parvenir à des échanges et des demandes plus équilibrés, plus rationnels, dans un délai raisonnable à compter de la réception des CGV, pour mettre fin à une situation qualifiée, en période de fin de négociations commerciales, de "psychodrame" par le rapporteur de la loi Egalim, le député Jean-Baptiste Moreau (LREM).

**21.** Si les fournisseurs formulent leur offre tarifaire par écrit dans les CGV envoyées au 1<sup>er</sup> décembre, la contre-proposition de l'acheteur se résume bien souvent :

- sur la partie tarifaire, à une négociation à partir du prix net négocié l'année précédente, et non à partir du tarif du fournisseur, ce qui ne permet pas de tenir compte de la situation du fournisseur, du contexte économique dans lequel il se trouve (coût des matières premières agricoles, contraintes de production, etc.) ;
- sur la partie non tarifaire, à une fin de non-recevoir consistant à négocier à partir des CGA du distributeur et non des CGV du fournisseur.

Il nous semble donc pertinent de renforcer le rôle de l'écrit et que le distributeur, s'il souhaite acheter selon des modalités différentes de celles proposées par le fournisseur, formalise et motive sa demande par écrit, dans un délai raisonnable.

**22.** Quant au contenu de la convention écrite, l'ANIA est favorable à toute disposition permettant de rééquilibrer le rapport de force entre fournisseur et distributeur, et de donner de la visibilité et de la sécurité aux parties. À ce titre, l'ANIA salue le fait que le chiffre d'affaires prévisionnel et le plan d'affaires soient désormais des mentions obligatoires de la convention écrite.

## FCD :

**23.** Pour les professionnels de la distribution, le travail de réécriture d'une partie emblématique du code de commerce consacrée aux pratiques restrictives de concurrence est une étape très importante de la mise en œuvre de la loi Egalim, et constitue la clé de voûte du nouveau système de relations commerciales censé couvrir toute la chaîne d'approvisionnement alimentaire. Ce travail

contenu dans un projet d'ordonnance spécifique vient compléter la réécriture directe dans la loi Egalim des dispositions du code rural et de la pêche maritime consacrées à la partie amont du nouveau dispositif. À la lecture, si elle présente l'avantage de la rapidité de mise en œuvre au regard d'une ordonnance consécutive, cette "inversion" de la contractualisation à la production n'évite pas le grief d'une certaine complexité dans la rédaction comme dans la compréhension de ces dispositions (art. L. 631-24 et s. CRPM).

**24.** À l'autre bout de la chaîne d'approvisionnement, la loi Egalim prévoit, par ordonnance, deux mesures phares : l'augmentation de 10 % du seuil de revente à perte des denrées alimentaires et des produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie revendus en l'état au consommateur, et le plafonnement des avantages promotionnels des mêmes produits au-delà de 34 % en valeur unitaire du prix de vente consommateur, et 25 % en volume desdits produits (pour simplifier).

**25.** Si la nouvelle organisation des articles du titre IV est appréciable, notre satisfaction pouvant être largement tempérée en ce qui concerne les CGV et les deux conventions récapitulatives de droit commun ou spéciale PGC (en plus du régime des contrats agricoles) : la FCD regrette vivement le maintien de la date du 1<sup>er</sup> mars alors qu'elle avait proposée de retenir celle du 31 janvier, le maintien du *statu quo ante* ayant pour effet de lier indéfectiblement à la même période, à la grande satisfaction des syndicats agricoles, la fin des négociations commerciales et le Salon de l'agriculture.

**26.** Sur le contenu des CGV (art. L. 441-1), la FCD fait part de ses inquiétudes concernant la mention "notamment" dans la définition des CGV, qui permettrait d'y introduire des dispositions qu'il n'était pas possible d'inclure dans le cadre de la rédaction précédente.

**27.** En ce qui concerne la différence de régime des conventions entre le tronc commun et les PGC (art. L. 441-3 et L. 441-4), la FCD s'est étonnée du traitement très favorable des fournisseurs hors PGC, mais aussi des difficultés qu'entraînera forcément la communication des CGV dans un "délai raisonnable" avant le 1<sup>er</sup> mars pour ces produits. Pourquoi privilégier une catégorie de fournisseurs non alimentaires dont le pouvoir de négociation est plus que dominant (Apple, Samsung...)? La FCD aurait souhaité un alignement du calendrier entre toutes les catégories de produits (communication des CGV trois mois avant la fin des négociations). Il s'agit d'une question d'égalité, étant rappelé que le titre IV ne concerne pas que les produits agricoles et alimentaires, mais bien tous les produits et services, d'une manière générale.

**28.** Ajoutons, à propos du dispositif de sanctions prévu par l'ordonnance de refonte du titre IV, qu'il aurait été utile, voire pédagogique, de rappeler le principe de proportionnalité des sanctions (qu'elles soient civiles, pénales ou administratives) qui a disparu de la dernière rédaction circularisée par la DGCCRF du projet d'ordonnance. Nous avons entendu la position de l'administration concernant l'efficacité des sanctions administratives

(au regard des sanctions pénales) sans pour autant être rassurés en ce qui concerne le principe consubstantiel attaché au pouvoir de coercition de la puissance publique, à savoir les droits de la défense (opportunité discutable du "name and shame").

## II. Le contrôle des prix

### A.-S. C.-G. (modérateur) :

**29.** La refonte du titre IV du livre IV octroie à l'administration un rôle plus important – et des pouvoirs plus vastes – sur le contrôle des prix. La tendance est générale et couvre l'intégralité des contrats commerciaux, comme cela a été excellemment montré par d'autres intervenants de la journée<sup>3</sup>. Elle est plus nette encore s'agissant des produits agricoles et alimentaires, pour lesquels des indicateurs de prix doivent être élaborés par les interprofessions. La loi Egalim avait déjà imposé la prise en compte de ces indicateurs dans les contrats agricoles dits de "première cession"; les dispositions applicables en la matière sont codifiées dans le code rural et de la pêche maritime (art. L. 631-24 et s.). Pour permettre la "construction des prix en cascade" promise par le pouvoir exécutif, ces indicateurs doivent être pris en compte tout au long de la chaîne d'approvisionnement, ce qui explique que les conditions générales de vente doivent s'y référer (art. L. 443-4 C. com.).

**30.** On retrouve ces mêmes indicateurs dans la nouvelle définition de ce qu'est un "prix abusivement bas", désormais sanctionné en toutes circonstances s'agissant des produits agricoles et des denrées alimentaires, sans qu'il soit exigé de faire la démonstration de l'existence d'une crise conjoncturelle<sup>4</sup>.

**31.** Que pensez-vous de ces nouvelles modalités de contrôle des prix? Les indicateurs sont-ils suffisamment précis et l'exigence de "prise en compte" suffisamment contraignante pour permettre une intervention judiciaire efficace en cas de déséquilibre contractuel trop criant?

### FNSEA :

**32.** L'autre dispositif d'importance majeure pour les agriculteurs est la refonte du "prix abusivement bas" de l'article L. 442-9 du code de commerce. Tel que défini avant sa réécriture, le prix abusivement bas ne s'appliquait pas, car il était tout simplement inapplicable. Pour la FNSEA, il s'agit d'une arme de dissuasion qui en fonction de la jurisprudence permettra d'éviter des pratiques abusives de la part de certains acheteurs de produits agricoles, pratiquant des prix totalement déconnectés des coûts de production

<sup>3</sup> V. en particulier les interventions de Martine Behar-Touchais, Vincent Malassigné et Cyril Grimaldi.

<sup>4</sup> Nouvel article L. 442-7 du code de commerce, qui résulte d'une réécriture de l'ex-article L. 442-9 par l'ordonnance n° 2019-358, puis d'une renumérotation par l'ordonnance n° 2019-359!

et des marchés. Il n’y a pas d’automatisme et l’appréciation du juge sera fondée sur un faisceau d’éléments d’analyse au premier rang desquels figurent les indicateurs de coûts de production diffusés par les interprofessions ou l’observatoire de la formation des prix et des marges.

**33.** Cette notion d’indicateurs peut paraître floue ou difficile à appliquer. Pour mieux comprendre en quoi la réécriture du titre IV du livre IV du code de commerce et le titre premier de la loi Egalim constituent un progrès pour la rémunération des agriculteurs, il faut remettre en perspective l’évolution du cadre juridique dans le code de commerce et le code rural, depuis que la volatilité des prix agricoles est devenue une réalité d’ordre structurel au début des années 2010. Ainsi, la loi Hamon a mis en place en 2014 la clause obligatoire de renégociation des prix sur la base d’indicateurs définis par les parties, dans les contrats avec les distributeurs. La loi Sapin II en 2016 a imposé la “référence” à des indicateurs de coûts de production dans les contrats amont. Enfin la loi Egalim de 2018 impose la “prise en compte” des indicateurs de coûts de production et indicateurs de prix de marché dans les contrats amont, et les fait figurer dans les CGV des fournisseurs des produits de grande consommation. Nous voyons donc la progression qui s’opère sachant qu’elle a été permise par une évolution du droit communautaire avec l’adoption du règlement dit “Omnibus”, qui permet aux OP de négocier collectivement les prix pour les agriculteurs qui en sont membres. Pour la FNSEA, le chemin ne s’arrête pas là, et d’autres évolutions sont à attendre pour arriver, pourquoi pas, à une indexation des prix des produits alimentaires, sur les coûts de production des matières premières agricoles.

#### **ANIA :**

**34.** Par rapport à l’ancienne rédaction de l’article L. 442-9 du code de commerce, le nouveau dispositif :

- supprime les conditions tenant à l’existence d’une crise dite “conjoncturelle” et de forte hausse de certaines matières premières ;
- élargit le champ d’application du dispositif à l’ensemble des produits agricoles et alimentaires ;
- introduit un lien avec les indicateurs autour desquels se construit le nouveau schéma de contractualisation dit “en cascade”, c’est-à-dire dans les contrats tout au long de la chaîne alimentaire (la référence aux indicateurs prévus aux art. L. 631-24, L. 631-24-I, L. 631-24-3 et L. 632-2-1 du code rural et de la pêche maritime doit permettre au juge d’apprécier la notion de prix abusivement bas au cas par cas, sans fixer de prix plancher).

**35.** L’ANIA a toujours soutenu le renforcement de ce dispositif, découlant des EGA, visant à mettre fin au dumping sur les produits alimentaires.

**36.** Toutefois, ce dispositif soulève un certain nombre de difficultés qu’il conviendra de clarifier (cas dans lesquels il n’existe pas d’indicateur, produits complexes intégrant différentes matières premières agricoles, matières premières agricoles provenant de différents types de fournisseurs ; comment gérer des formules de détermination des prix, des pondérations et choix d’indicateurs différents pour un même produit, quels indicateurs prendre en compte pour les filières pour lesquelles la fixation des prix résulte de cours ou indicateurs mondiaux dont les cours varient quotidiennement, marchés à terme, etc. ?).

**37.** D’un point de vue juridique, il convient d’être vigilant à l’égard de ce dispositif qui risque de soulever une difficulté d’appréciation pour le juge.

#### **FCD :**

**38.** S’agissant de l’utilisation des indicateurs dans les contrats de fourniture, notons que la mise en place des dispositions applicables à leur sujet pour les produits agricoles bruts, de même que leur implication dans un contexte d’approvisionnement forcément international, n’a pas encore produit ses effets ni fait ses preuves. Certains acteurs du monde agricole considèrent que seuls les coûts de production nationaux sont réellement pertinents quand bien même certaines filières de produits agricoles sont dépendantes des cours des marchés mondiaux.

**39.** Au sujet du prix abusivement bas, sur le plan de la concurrence, on peut se demander dans quelles conditions les indicateurs définis par une interprofession doivent être notifiés à la Commission de Bruxelles avant toute application (ce processus assez long renvoie leur application effective... aux négociations 2020 au mieux).

**40.** Enfin, l’articulation entre le code rural et le code de commerce au sujet de la contractualisation en cascade est un sujet qui mériterait plus de clarté au nom de la sécurité juridique. Le “droit de suite” de la contractualisation sur l’achat de produits bruts à l’amont (producteur-transformateur) avec ses indicateurs référents trouvera rapidement des difficultés d’application dans le cadre d’une contractualisation aval (industriel-distributeur) qui concernera l’achat de produits très transformés et marketés, composés d’une diversité de matières agricoles, dont certaines auront été importées (outre leur proportion relative dans la composition et le coût du produit industriel). Le contrôle possible du prix abusivement bas à toutes les étapes de la cascade sera de la même manière particulièrement délicat à mettre en œuvre.

**41.** En conclusion, il faut accepter que cet ensemble législatif assez complexe mette un certain temps à se mettre en place avec des ordonnances dont les effets seront évalués à l’issue d’une durée de deux ans, étant rappelé que l’objectif principal issu des EGA est depuis l’origine partagé par la FCD et ses adhérents. ■

**Concurrences** est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par onze chroniques thématiques.

---

## Editoriaux

Jacques Attali, Elie Cohen, Claus-Dieter Ehlermann, Jean Pisani Ferry, Ian Forrester, Eleanor Fox, Douglas H. Ginsburg, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Arnaud Montebourg, Mario Monti, Gilbert Parleani, Jacques Steenbergen, Margrethe Vestager, Bo Vesterdorf, Denis Waelbroeck, Marc van der Woude...

---

## Interviews

Sir Christopher Bellamy, Lord David Currie, Thierry Dahan, Jean-Louis Debré, Isabelle de Silva, François Fillon, John Fingleton, Renata B. Hesse, François Hollande, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Johannes Laitenberger, Emmanuel Macron, Robert Mahnke, Ségolène Royal, Nicolas Sarkozy, Marie-Laure Sauty de Chalon, Tommaso Valletti, Christine Varney...

---

## Dossiers

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, David Bosco, Murielle Chagny, John Connor, Damien Gérardin, Assimakis Komninos, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Robert Saint-Esteben, Jacques Steenbergen, Florian Wagner-von Papp, Richard Whish...

---

## Articles

Guy Canivet, Emmanuelle Claudel, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Nathalie Homobono, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Luc Peeperkorn, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Joseph Vogel, Wouter Wils...

---

## Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Actualité des enquêtes de concurrence, Contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrence, Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles in the EU...

---

## International

Belgium, Brésil, Canada, China, Germany, Hong-Kong, India, Japan, Luxembourg, Switzerland, Sweden, USA...

---

## Droit & économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné, Laurent Flochel, Frédéric Jenny, Gildas de Muizon, Jorge Padilla, Penelope Papandropoulos, Anne Perrot, Nicolas Petit, Etienne Pfister, Francesco Rosati, David Sevy, David Spector...

---

## Chroniques

### ENTENTES

Ludovic Bernardeau, Anne-Sophie Choné Grimaldi, Michel Debroux, Etienne Thomas

### PRATIQUES UNILATÉRALES

Laurent Binet, Frédéric Marty, Anne Wachsmann

### PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Frédéric Buy, Valérie Durand, Jean-Louis Fourgoux, Rodolphe Mesa, Marie-Claude Mitchell

### DISTRIBUTION

Nicolas Ereseo, Dominique Ferré, Didier Ferrier, Anne-Cécile Martin

### CONCENTRATIONS

Jean-François Bellis, Olivier Billard, Jean-Mathieu Cot, Ianis Girgenson, Sergio Sorinas, David Tayar

### AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne, Bruno Stromsky, Raphaël Vuitton

### PROCÉDURES

Pascal Cardonnel, Alexandre Lacresse, Christophe Lemaire

### RÉGULATIONS

Orion Berg, Hubert Delzangles, Emmanuel Guillaume

### MISE EN CONCURRENCE

Bertrand du Marais, Arnaud Sée

### ACTIONS PUBLIQUES

Jean-Philippe Kovar, Francesco Martucci, Stéphane Rodrigues

### DROITS EUROPÉENS ET ÉTRANGERS

Walid Chaiehloudj, Sophie-Anne Descoubes, Marianne Faessel, Pierre Kobel, Silvia Pietrini, Jean-Christophe Roda, François Souty, Stéphanie Yon-Courtin

---

## Livres

Sous la direction de Stéphane Rodrigues

---

## Revue

Christelle Adjémian, Mathilde Brabant, Emmanuel Frot, Alain Ronzano, Bastien Thomas

## > Abonnement Concurrences +

Devis sur demande  
Quote upon request

Revue et Bulletin: Versions imprimée (Revue) et électroniques (Revue et Bulletin) (avec accès multipostes pendant 1 an aux archives)  
*Review and Bulletin: Print (Review) and electronic versions (Review and Bulletin)*  
*(unlimited users access for 1 year to archives)*

Conférences: Accès aux documents et supports (Concurrences et universités partenaires)  
*Conferences: Access to all documents and recording (Concurrences and partner universities)*

Livres: Accès à tous les e-Books  
*Books: Access to all e-Books*

## > Abonnements Basic

HT  
Without tax

TTC  
Tax included

### e-Bulletin e-Competitions | e-Bulletin e-Competitions

- |                          |   |          |          |
|--------------------------|---|----------|----------|
| <input type="checkbox"/> | Version électronique (accès monoposte au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)<br><i>Electronic version (single user access to the latest online issue for 1 year, no access to archives)</i> | 785,00 € | 942,00 € |
|--------------------------|---|----------|----------|

### Revue Concurrences | Review Concurrences

- |                          |   |          |          |
|--------------------------|---|----------|----------|
| <input type="checkbox"/> | Version électronique (accès monoposte au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)<br><i>Electronic version (single user access to the latest online issue for 1 year, no access to archives)</i> | 565,00 € | 678,00 € |
| <input type="checkbox"/> | Version imprimée (4 N° pendant un an, pas d'accès aux archives)<br><i>Print version (4 issues for 1 year, no access to archives)</i>  | 615,00 € | 627,92 € |

## Renseignements | Subscriber details

Prénom - Nom | *First name - Name* .....

Courriel | *e-mail* .....

Institution | *Institution* .....

Rue | *Street* .....

Ville | *City* .....

Code postal | *Zip Code* ..... Pays | *Country* .....

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)* .....

## Formulaire à retourner à | Send your order to:

**Institut de droit de la concurrence**  
68 rue Amelot - 75011 Paris - France | [webmaster@concurrences.com](mailto:webmaster@concurrences.com)

### Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la Revue et/ou du Bulletin ont lieu dès réception du paiement complet. Consultez les conditions d'utilisation du site sur [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com) ("Notice légale").

*Orders are firm and payments are not refundable. Reception of the Review and on-line access to the Review and/or the Bulletin require full prepayment. For "Terms of use", see [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com).*

**Frais d'expédition Revue hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping Review outside France**