



VOGEL ACADEMY

Les nouvelles pratiques restrictives et abusives depuis EGalim 1, 2 et 3

Déséquilibre significatif, obtention d'un avantage sans contrepartie ou disproportionné, rupture de la relation commerciale établie et autres pratiques

Joseph Vogel et Margaux Vicaire
Cabinet Vogel & Vogel

Conférence EFE
13 octobre 2023

« *Négociations commerciales
2024* »



30, Avenue d'Iéna
75116 Paris, France
06.75.37.22.39
www.vogelacademy.fr

PLAN

Introduction

- Déséquilibre significatif
- Obtention d'un avantage sans contrepartie ou sans contrepartie proportionnée
- Rupture de relations commerciales établies : quelle évolution des questions classiques et quels nouveaux problèmes liés à la réforme ?

Conclusion

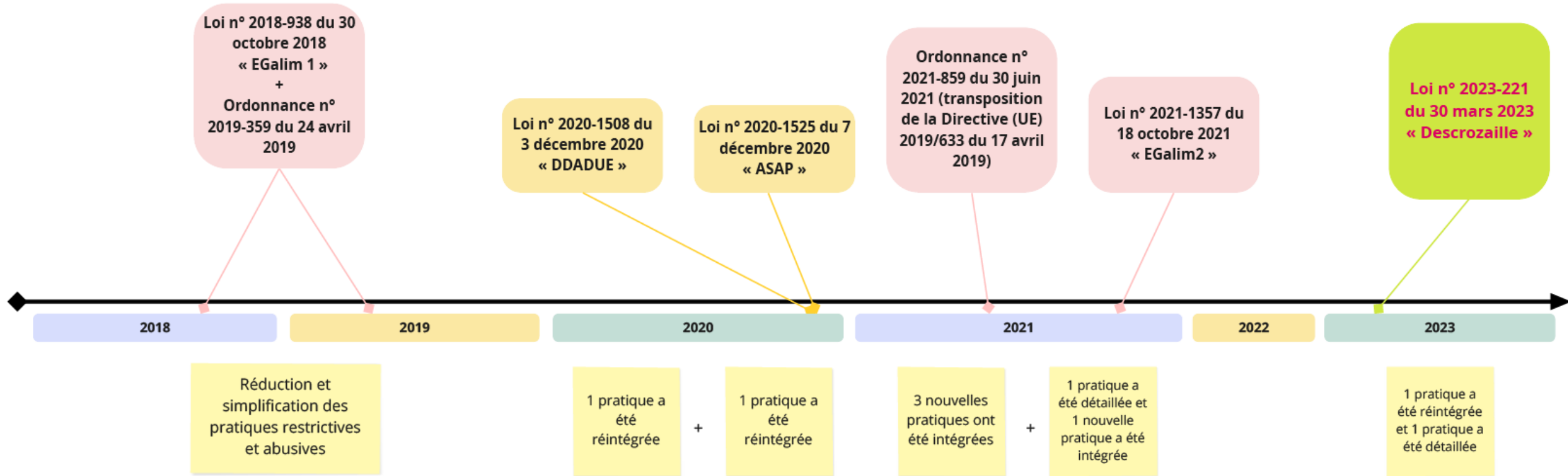
INTRODUCTION

→ **Trois tendances marquantes en matière de pratiques restrictives :**

- ① La multiplication de nouvelles pratiques par le législateur ;
- ② D'intenses débats législatifs et jurisprudentiels sur la compétence des juridictions françaises et l'application du droit français ;
- ③ De nombreuses décisions de fond en matière de déséquilibre significatif, d'avantage sans contrepartie et de rupture de relations commerciales établies.

1 La multiplication de nouvelles pratiques

→ Alors que les lois Egalim avaient conduit à simplifier et réduire le nombre de pratiques, un certain nombre de lois se sont succédé depuis, de sorte que le droit des pratiques restrictives de concurrence est encore plus étoffé qu'auparavant :



→ À l'heure d'aujourd'hui, le droit des pratiques restrictives de concurrence s'organise autour de **6 pratiques principales** :

- 1** L'obtention d'un avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné (art. L. 442-1, I, 1°)
- 2** La soumission à un déséquilibre significatif (art. L. 442-1, I, 2°)
- 3** L'imposition de pénalités logistiques non conformes à l'art. L. 441-17 (art. L. 442-1, I, 3°)
- 4** Les conditions discriminatoires portant sur des produits alimentaires ou destinés à l'alimentation des animaux de compagnie (art. L. 442-1, I, 4°)
- 5** La négociation de bonne foi de la convention écrite (art. L. 442-1, I, 5°)
- 6** La rupture brutale de relations commerciales établies (art. L. 442, II).

D'autres pratiques restrictives de concurrence gravitent par ailleurs autour, notamment le non-respect des obligations prévues par le règlement n° 2019/1150 « P2B » (art. L. 442-1, III), l'interdiction de revente hors réseau (art. L. 442-2), l'annulation de commande à trop brève échéance (art. L. 443-5), le refus de confirmer par écrit les conditions d'un contrat non conclu par écrit portant sur des produits agricoles et alimentaires (art. L. 443-7)..etc.

→ **La loi « EGalim 3 » ou « Descrozaille » a eu pour objectif d'équilibrer le rapport de force entre distributeurs et fournisseurs dans le cadre de la négociation annuelle. Elle a notamment permis de :**

- ❑ Prolonger certaines mesures prises dans le cadre des textes précités (encadrement des promotions et du seuil de revente à perte) ;
- ❑ Prévoir un meilleur encadrement technique de certaines règles relatives à la négociation commerciale ;
- ❑ Introduire une nouvelle pratique restrictive de concurrence, celle de la négociation de bonne foi de la convention écrite (art. L. 442-1, I, 5°) ;
- ❑ Sanctuariser le régime applicable aux grossistes (art. L. 441-1-2 et L. 441-3-1) ;
- ❑ Conférer le caractère d'ordre public aux dispositions du Titre IV Livre IV du Code de commerce afin de tenter d'imposer la compétence de la loi et des juridictions françaises face aux pratiques de contournement des grandes centrales (art. L. 441-1 A).

② D'intenses débats en matière de compétence et de loi applicable

→ La loi « Descrozaille » a introduit un nouvel article :

Article L. 441-1 A du Code de commerce

« Les chapitres Ier, II et III du présent titre s'appliquent à toute convention entre un fournisseur et un acheteur portant sur des produits ou des services commercialisés sur le territoire français. Ces dispositions sont d'ordre public. Tout litige portant sur leur application relève de la compétence exclusive des tribunaux français, sous réserve du respect du droit de l'Union européenne et des traités internationaux ratifiés ou approuvés par la France et sans préjudice du recours à l'arbitrage. »

La loi « Descrozaille » vient confirmer le caractère d'ordre public du Titre IV du Livre IV du Code de commerce.

Elle affirme très prudemment une compétence de principe des juridictions françaises, mais sous réserve du droit européen, de l'application des traités internationaux et du recours à l'arbitrage.

Arrêt Eurelec : CJUE, 22 décembre 2022, C-98/22

→ Question préjudicielle de la Cour d'appel de Paris :

« La matière “civile et commerciale” définie à l'article 1er, paragraphe 1, du [règlement no 1215/2012] doit-elle être interprétée comme intégrant dans son champ d'application l'action – et la décision judiciaire rendue à son issue – i) intentée par le [ministre de l'Économie et des Finances] sur le fondement de l'article [L 442-6, I, 2°, du code de commerce] à l'encontre d'une société belge, ii) visant à faire constater et cesser des pratiques restrictives de concurrence et à voir condamner l'auteur allégué de ces pratiques à une amende civile, iii) sur la base d'éléments de preuve obtenus au moyen de ses pouvoirs d'enquête spécifiques ? »

Question posée dans le cadre d'un litige opposant le ministre de l'Économie à la centrale d'achat belge Eurelec. Le Ministre fondait sa compétence sur le règlement Bruxelles I bis, n'étant pas lié par les clauses attributives prévues dans les contrats auxquels il était tiers.

Arrêt Eurelec : CJUE, 22 décembre 2022, C-98/22

→ Réponse de la Cour :

« L'article 1er, paragraphe 1, du règlement (UE) no 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2012, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, doit être interprété en ce sens que :


la notion de « matière civile et commerciale », au sens de cette disposition, n'inclut pas l'action d'une autorité publique d'un État membre contre des sociétés établies dans un autre État membre aux fins de faire reconnaître, sanctionner et cesser des pratiques restrictives de concurrence à l'égard de fournisseurs établis dans le premier État membre, lorsque cette autorité publique exerce des pouvoirs d'agir en justice ou des pouvoirs d'enquête exorbitants par rapport aux règles de droit commun applicables dans les relations entre particuliers. »

Arrêt Eurelec : CJUE, 22 décembre 2022, C-98/22

→ Portée de l'arrêt Eurelec :

Les pouvoirs du ministre de l'Économie dans le cadre d'opérations de visites et saisies, ou lorsqu'il demande le prononcé d'une amende sont des pouvoirs exorbitants du droit commun.

Le règlement Bruxelles I bis n'a donc pas vocation à s'appliquer car l'action du Ministre ne relève pas de la matière civile et commerciale.

 La question de la loi applicable n'a pas été posée à la CJUE qui ne se prononce pas sur la compatibilité du droit des pratiques restrictives et abusives avec le droit européen.

Arrêt Eurelec : CJUE, 22 décembre 2022, C-98/22

→ **Un arrêt dans la continuité de la jurisprudence de la CJUE avec l'arrêt MOVIC :**

« L'article 1er, paragraphe 1, du règlement no 1215/2012 doit être interprété en ce sens que relève de la notion de « matière civile et commerciale », figurant à cette disposition, une action opposant les autorités d'un État membre à des professionnels établis dans un autre État membre dans le cadre de laquelle ces autorités demandent, à titre principal, à ce que soit constatée l'existence d'infractions constituant des pratiques commerciales déloyales prétendument illégales et ordonnée la cessation de celles-ci, ainsi que, à titre accessoire, à ce que soient ordonnées des mesures de publicité et à ce que soit imposée une astreinte. »

CJUE, 16 juillet 2020, Movic, C-73/19

Arrêt Eurelec : CJUE, 22 décembre 2022, C-98/22

→ Les conséquences de l'arrêt Eurelec :

- 1 **Action partagée du Ministre avec les opérateurs privés** : le ministre peut agir, au même titre que la victime, devant les tribunaux français sur le fondement du règlement Bruxelles I bis pour solliciter la cessation des pratiques, la nullité des clauses, la répétition de l'indu et le prononcé d'une amende, sans être tenu par les clauses attributives de compétence ou compromissaire des contrats conclus (à ce sujet voir déjà : **Cass. 1^{ère} civ., 6 juillet 2016, n° 15-21.811 ; CA Paris, 15 septembre 2015, n° 17/07435**).
- 2 **Action sur la base de ses pouvoirs exorbitants du droit commun** : les règles de compétence ne dépendent pas du règlement Bruxelles I bis puisque l'action du ministre n'est pas de nature civile ou commerciale. Par suite logique, l'action autonome du ministre relève de la compétence des juridictions françaises et du droit français, sans même qu'il soit besoin d'invoquer la nature de loi de police de la loi française. **Il s'agit du réel apport de l'arrêt Eurelec.**
- 3 **Faut-il faire une application distributive des compétences** lorsque le ministre agit à la fois au titre de pouvoirs exorbitants et au même titre qu'un opérateur privé ? Non, l'arrêt Eurelec employant l'adverbe « notamment » pour l'hypothèse 2, dans ce cas c'est l'ensemble de son action qui échappe à la compétence civile et commerciale et relève des tribunaux français.

Arrêt Eurelec : CJUE, 22 décembre 2022, C-98/22

→ **L'arrêt Eurelec, un nouvel outil de lutte contre les pratiques des GAFAM :**

➔ **Apport de l'arrêt Eurelec** : en **clarifiant les règles de compétence**, l'arrêt met fin à une controverse et valide la saisine des tribunaux français (et par ricochet la compétence du droit français) pour agir à l'encontre des pratiques des grands opérateurs internationaux sur le territoire national.

→ **S'agit-il de lois de police ?**

> **Réponse de la jurisprudence différenciée :**

❖ **Hésitante sur le droit de la rupture de relations commerciales établies :**

OUI : Paris, 4 juillet 2017, n° 15/19988.

NON : Paris, 28 février 2019, n° 17/16457 ; Paris, 3 juin 2020, « Sobmilab / Waters ».

❖ **Plus affirmée sur le déséquilibre significatif :**

OUI : TCom Paris, 19 décembre 2022, n° 2017040626 « *Apple* » ; TCom Paris, 2 septembre 2019, n° 2017050627 ; Com., 8 avril 2020, n° 17-31.536 « *Expedia* ».

OUI mais uniquement quand action du Ministre, du Ministère public ou du Président de l'ADLC : Paris, 20 janvier 2023.

La sanction des GAFAM par le droit des pratiques restrictives de concurrence ?

Les GAFAM disposent de **moyens financiers très importants**. Ils n'ont aucune limite financière, et disposent donc d'une **force de frappe supérieure à n'importe quel fournisseur ou distributeur**. La grande distribution est également puissante financièrement.

Il est donc en pratique très difficile de les attaquer, notamment en raison du fait que :

- ❑ Les GAFAM, qui ont une activité en France mais des sièges sociaux à l'étranger, vont **donner compétence à un juge étranger et à une loi étrangère** de sorte que toute action en justice sera rendue plus difficile. De la même manière, la grande distribution qui a une activité en France peut créer des centrales d'achat à l'étranger permettant de donner compétence à un juge étranger et à une loi étrangère. **Cela rend les actions plus difficiles à la fois pour les parties (mais aussi pour la DGCCRF ou les syndicats professionnels).**
- ❑ Les GAFAM et la grande distribution vont **multiplier les procédures parallèles et les moyens procéduraux** de façon à rendre les actions plus lourdes et contraignantes. Ils ne vont en effet pas hésiter à poser plusieurs QPC et/ou questions préjudicielles, à remettre en cause l'intérêt à agir d'une association, à faire valoir l'absence de soumission dans le cadre d'une action pour déséquilibre significatif, à revendiquer les marges de négociation...etc.

Exemples : **Affaire « Apple »** : demandes de questions préjudicielles devant la Cour de justice de l'Union européenne / **Affaire « Amazon »** : QPC et question préjudicielle au Conseil d'État.

PLAN

- Le déséquilibre significatif**
- L'obtention d'un avantage sans contrepartie ou sans contrepartie proportionnée
- La rupture brutale des relations commerciales établies : quelle évolution des questions classiques et quels nouveaux problèmes liés à la réforme ?

LE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF

LE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF

- ✓ Quelle application respective du déséquilibre significatif du droit commercial et du droit commun ?
- ✓ La rigueur croissante de la condition de soumission ne limite-t-elle pas fortement l'effet utile du déséquilibre significatif ?
- ✓ Où en est-on en matière de contrôle des prix par le biais du déséquilibre significatif ?
- ✓ Quelles sont les obligations déséquilibrées sanctionnées récemment en jurisprudence ?
- ✓ Peut-on remettre en cause des clauses attributives de compétence au titre du déséquilibre significatif ?

QUELLE APPLICATION RESPECTIVE DU
DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF DU DROIT
COMMERCIAL ET DU DROIT COMMUN ?

→ **L'articulation entre les trois déséquilibres significatifs :**

Il existe en effet trois types de déséquilibre significatif en droit français :

- Le déséquilibre significatif du Code civil (article 1171)
- Le déséquilibre significatif du Code de la consommation (article L. 212-1)
- Le déséquilibre significatif du Code de commerce (article L. 442-1, I, 2°)

→ **L'articulation entre les trois déséquilibres significatifs :**

Le déséquilibre significatif en droit commun des contrats :

Depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, il existe un déséquilibre significatif pour les **contrats d'adhésion conclus à compter du 1^{er} octobre 2016**.

Article 1171, alinéa 1^{er} du Code civil :

« 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 »

+ l'alinéa 2 précise que **« L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation »**.

→ **L'articulation entre les trois déséquilibres significatifs :**

Le déséquilibre significatif en droit de la consommation :

Article L. 212-1 du Code de la consommation :

*« Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, **sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.** »*

Le droit des clauses abusives concerne **tous les contrats conclus entre professionnels et consommateurs ou non-professionnels.**

→ **L'articulation entre les trois déséquilibres significatifs :**

Le déséquilibre significatif en droit des pratiques restrictives de concurrence :

Article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce :

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

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 »

= est concernée « ***toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services*** ».

→ **L'articulation entre les trois déséquilibres significatifs :**

» **L'articulation des déséquilibres significatifs** : a-t-on le choix entre les différents régimes ?

» La question se pose car l'on peut avoir intérêt à opter pour l'un ou l'autre de ces régimes si le choix nous est offert.

→ **L’articulation entre les trois déséquilibres significatifs :**

AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DE L’ARTICLE L. 442-1, I, 2° DU CODE DE COMMERCE	
AVANTAGES	INCONVÉNIENTS
① La mise en cause des clauses relatives à l’objet du contrat et à la détermination du prix.	① Conditions de mise en œuvre plus strictes : prouver le déséquilibre significatif ne suffit pas, encore faut-il prouver le comportement d’avoir soumis ou tenté de soumettre à un déséquilibre.
② La mise en œuvre d’une action du ministre de l’Économie.	② Cette disposition ne peut être invoquée que devant des juridictions spécialisées.
③ Possibilité de mettre en cause non seulement des clauses mais aussi des comportements.	③ Prescription de 5 ans alors que le droit civil permet de faire valoir le déséquilibre significatif de façon imprescriptible.

→ L'articulation entre les trois déséquilibres significatifs :

Articulation entre le régime du droit des contrats et le régime du Code de commerce :

➔ Discussions parlementaires relatives à la réforme du droit des contrats :

- ✓ Il ressort des rapports respectifs du Sénat et de l'Assemblée nationale relatifs à la loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 que les trois régimes des clauses abusives s'excluraient mutuellement ;
- ✓ La Commission mixte paritaire conclut en dernière lecture que **l'article 1171 du Code civil ne saurait s'appliquer dans les champs couverts par le droit spécial** ;
- ✓ Toutefois, à défaut d'exclusion expresse du cumul par la loi de ratification, **il n'était pas exclu que la jurisprudence autorise une application concurrente des différentes dispositions.**
- ✓ Le Rapport au Président de la République allait d'ailleurs en ce sens.

→ L'articulation entre les trois déséquilibres significatifs :

Argument en faveur de l'absence de cumul des régimes > le droit spécial déroge au droit général (*specialia generalibus derogant*) :

- ➔ **Mais la règle ne s'applique que :**
 - Si les dispositions traitent d'une même question ;
 - Si l'application de chacune de ces dispositions conduit à des solutions antinomiques.

- ➔ **Or, si les dispositions ne traitent pas de la même question et ne sont pas inconciliables → cumul possible.**
 - Les règles sont complémentaires.
 - Un professionnel peut relever des deux régimes et avoir le choix.

→ L'articulation entre les trois déséquilibres significatifs :

Divergences parmi les Cours d'appel :

»»» En faveur du cumul : **CA Paris, 5 novembre 2021, n° 20/00022**

« Contrairement aux premiers juges qui ont décidé qu'en vertu de l'adage « Le spécial déroge au général », l'article 1171 devait être exclu au profit de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, la cour estime que le texte issu du code civil est de portée générale et ne peut être écarté au profit du second. ».

✓ Rappel : l'adage n'exclut le texte général que s'il est incompatible avec le texte spécial applicable.

»»» Contre le cumul : **CA Versailles, 8 avril 2021, n° 19/07753**

« Si le jugement a considéré que ces dispositions contractuelles révélaient un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au sens de l'article L442-6 du code de commerce, il a prononcé la nullité de ces clauses, alors qu'un tel déséquilibre ne pouvait se résoudre que par la condamnation à des dommages-intérêts, l'article 1171 du code civil n'étant pas applicable en l'espèce. »

→ L'articulation entre les trois déséquilibres significatifs :

La Cour de cassation tranche pour le non-cumul de l'article 1171 avec les dispositifs spéciaux :

➔ **Cass. Com., 26 janvier 2022, n° 20-16782, FB**

« 5. Il ressort des travaux parlementaires de la loi du 20 avril 2018 ratifiant ladite ordonnance, que **l'intention du législateur était que l'article 1171 du code civil, qui régit le droit commun des contrats, sanctionne les clauses abusives dans les contrats ne relevant pas des dispositions spéciales des articles L. 442-6 du code de commerce et L. 212-1 du code de la consommation.**

6. **L'article 1171 du code civil, interprété à la lumière de ces travaux, s'applique donc aux contrats, même conclus entre producteurs, commerçants, industriels ou personnes immatriculées au répertoire des métiers, lorsqu'ils ne relèvent pas de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 24 avril 2019, applicable en la cause, tels que les contrats de location financière conclus par les établissements de crédit et sociétés de financement, lesquels, pour leurs opérations de banque et leurs opérations connexes définies à l'article L. 311-2 du code monétaire au financier, ne sont pas soumis aux textes du code de commerce relatifs aux pratiques restrictives de concurrence (Com. 15 janv. 2020, n° 18-10.512).** »

→ L'articulation entre les trois déséquilibres significatifs :

L'article 1171 du Code civil s'applique lorsque l'article L. 442-1 du Code de commerce n'est pas applicable :

➡ **CA Paris, 17 mars 2023, n° 21/10782 :**

L'article 1171 du Code civil s'applique aux contrats de location financière conclus par les établissements de crédit et les sociétés de financement qui, pour leurs opérations de banque et leurs opérations connexes définies à l'article L. 311-2 du Code monétaire et financier, ne sont pas soumis à l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce.

La jurisprudence récente limite la portée du déséquilibre significatif de droit commun

Le déséquilibre significatif de droit commun ne peut porter sur l'adéquation du droit d'entrée perçu par le franchiseur au savoir-faire et à la formation délivrée.

❑ CA Paris, 14 juin 2023, n° 21/09467 :

Le **contrat de franchise** rédigé par le franchiseur, qui comporte un ensemble de clauses non négociables et déterminées à l'avance, **constitue un contrat d'adhésion** qui entre dans le champ d'application de l'article 1171 du Code civil, **mais dont le déséquilibre ne peut être constaté au regard de l'adéquation du droit d'entrée perçu par le franchiseur au savoir-faire transmis et à la formation initiale délivrée.**

LA RIGUEUR CROISSANTE DE LA CONDITION DE
SOUMISSION NE LIMITE-T-ELLE PAS FORTEMENT
L'EFFET UTILE DU DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF ?

Critère principal de la soumission : absence de négociation effective

Précision n° 1 : Le partenaire doit s'être trouvé dans l'impossibilité de négocier effectivement le contrat.

- Le seul fait que le contrat est un **contrat d'adhésion est insuffisant** à prouver l'impossibilité d'en négocier les conditions (CA Paris, Pôle 5 ch. 5, 13 janvier 2022, n° 19/09063).
- **La soumission implique la démonstration de l'absence de négociation effective**, qui ne peut se déduire de la seule structure d'ensemble du marché de la grande distribution, même si celle-ci peut constituer un indice de l'existence d'un rapport de forces déséquilibré se prêtant difficilement à des négociations véritables entre distributeurs et fournisseur. (CA Paris, 15 mars 2023, n° 21/13481).

Critère principal de la soumission : absence de négociation effective

Précision n° 1 : Le partenaire doit se trouver dans l'impossibilité de négocier effectivement le contrat.

- L'élément de soumission n'est pas caractérisé lorsque, sur 45 fournisseurs, 42 ont relevé l'absence totale de pression, mais seulement une « forte incitation » pour signer les accords. En outre, **la seule proposition d'un contrat d'adhésion ne suffit pas à caractériser la soumission** à des clauses déséquilibrées lorsque les fournisseurs, même peu nombreux, ont modifié, supprimé ou négocié certaines. **L'arrêt souligne que la soumission ne saurait en principe se déduire de la seule ampleur du déséquilibre** (CA Paris, 7 juin 2023, n° 22/19733)
- La preuve de la soumission à un déséquilibre ne peut résulter d'appels d'offres, dans la mesure où ces derniers **permettent au sous-traitant, et à d'autres candidats, de proposer des prix et de les négocier**, le partenaire conservant le choix de ne pas contracter si les conditions tarifaires lui semblent déséquilibrées (Cass. Com., 28 juin 2023, Société des transports Pavanello, n° 22-17.668).

Critère principal de la soumission : absence de négociation effective

Précision n° 2 : Le partenaire doit prouver qu'il a tenté de négocier les clauses qu'il estime déséquilibrées.

❑ **CA Paris, Pôle 5 ch. 4, 26 janvier 2022, n° 19/18769 :**

Les juges imposent à l'entreprise qui invoque un déséquilibre significatif :

- Soit d'apporter des **éléments de contexte sur les conditions de la négociation des clauses prétendues déséquilibrées**
- Soit de justifier **avoir tenté de les faire supprimer** (ou au moins une partie).

❑ **CA Paris, Pôle 5 ch. 4, 26 janvier 2022, n° 20/04761**

Le distributeur, **bien qu'en situation de dépendance vis-à-vis de son fournisseur**, est tenu à la même obligation de **justifier d'une contre-proposition concrète ou de suggestion d'amendements au projet contractuel fourni**. À défaut, il ne peut se prévaloir d'une impossibilité de négociation effective.

⇒ *Conseil : Être pro-actif dans les négociations, formaliser les demandes de négociation des clauses les plus déséquilibrées, archiver les refus ou réponses uniformes, documenter l'état des négociations.*

Critère principal de la soumission : absence de négociation effective

Précision n° 2 : Le partenaire doit prouver qu'il a tenté de négocier les clauses qu'il estime déséquilibrées.

❑ **Cass com. 16 novembre 2022, n° 21-20.427 :**

L'existence d'une soumission ou d'une tentative de soumission **ne peut résulter du refus allégué d'accéder aux hausses de tarifs sollicitées dès lors que des négociations, au cours desquelles les entreprises plaignantes ont effectivement pu faire valoir leur point de vue, ont eu lieu.**

❑ **CA Paris, 15 mars 2023, n° 21/13481 :**

L'existence ou non d'un élément nouveau, condition matérielle de toute renégociation de la convention écrite en cours d'année, constitue un **critère pertinent d'appréciation de la soumission ou de la tentative de soumission.**

❑ **CA Paris, 10 mai 2023, n° 21/04967 :**

L'existence d'une soumission n'est pas caractérisée lorsque, après avoir **refusé les propositions tarifaires du distributeur tout en annonçant "une autre proposition"**, le grossiste a démontré sa capacité à s'opposer aux **demandes de son partenaire** en érigeant le paiement des factures échues en condition préalable à toute discussion et à obtenir des contreparties supplémentaires.

Critère principal de la soumission : absence de négociation effective

Précision n° 2 : Le partenaire doit prouver qu'il a tenté de négocier les clauses qu'il estime déséquilibrées.

❑ **CA Paris, 17 mai 2023, n°21/05790 :**

La présentation de contrats élaborés par la tête de réseau **sans discussion préalable** avec ses agents constitue un **indice fort de soumission**.

❑ **CA Paris, 24 mai 2023, n°21/04354 :**

Le fait qu'un contrat-cadre de cinq années ne prévoie les modalités de discussion ou de fixation des prix que pour la première année ne suffit pas à caractériser une soumission ou une tentative de soumission du client, dès lors **qu'il renvoie à des négociations pour les années suivantes**.

Critère principal de la soumission : absence de négociation effective

Précision n° 3 : La soumission s'apprécie cependant aussi à l'aune du poids économique des parties.

❑ T. com. Paris, 15e ch., 28 mars 2022, n° 2018017655, Ministre de l'Economie contre Google :

Le rôle incontournable de l'une des deux parties, sa puissance de négociation dérivée de sa position de leader dans le secteur économique concerné du fait de sa taille et sa notoriété, l'absence de marge réelle de négociation des cocontractants ou encore la présence des clauses litigieuses dans tous les contrats, permettent d'établir la soumission.

❑ CA Paris, Pôle 5 ch. 5, 12 mai 2022, n° 18/05232 :

Le client qui réalise un chiffre d'affaires de 18 millions d'euros ne peut prétendre avoir été soumis à un déséquilibre significatif par son prestataire qui ne réalise que 500 000 euros de chiffre d'affaires.

❑ CA Paris, 10 mai 2023, n° 21/04967 :

La dépendance économique d'un opérateur, appréciée selon les critères de l'article L. 420-2, 2° du Code de commerce, constitue un élément d'appréciation de son état de soumission vis-à-vis de son partenaire.

Critère principal de la soumission : absence de négociation effective

Précision n° 3 : La soumission s'apprécie cependant aussi à l'aune du poids économique des parties.

❑ CA Paris, 17 mai 2023, n° 21/05790 :

Un rapport déséquilibré entre une société gestionnaire d'un réseau de premier plan et deux entreprises moyennes qui en sont membres et dont **le chiffre d'affaires cumulé est inférieur de près de sept fois au sien**, ne constitue qu'un **indice faible de soumission**, lorsque celle-ci ne constitue pas un **partenaire incontournable sur le marché en cause**.

❑ CA Paris, 7 juin 2023, n° 22/19733

L'absence de dépendance économique de fournisseurs caractérisée par **l'existence d'un portefeuille de clients élargi, de débouchés variés dans divers domaines d'activité**, voire d'un pouvoir compensateur important en raison de leur situation de quasi-monopole dans leurs relations avec l'entreprise mise en cause, exclut l'élément de soumission.

❑ CA Paris, 28 juin 2023, n° 21/16174

Attention néanmoins, à l'inverse il a récemment été jugé que **l'absence de rapport de force déséquilibré**, en présence de fournisseurs qui sont parfois des leaders sur leurs marchés et des multinationales réalisant une **faible part de leur chiffre d'affaires avec le distributeur** et ne se trouvent pas de ce fait en état de dépendance vis-à-vis de ce dernier, **n'exclut pas qu'ils puissent être victimes de soumission ou de tentative de soumission**.

Critère principal de la soumission : absence de négociation effective

Précision n° 4 : Dans certains cas, l'on considère qu'il ne peut y avoir de soumission si l'entreprise l'alléguant peut facilement sortir du contrat ou adapter son activité.

❑ **CA Paris, Pôle 5 ch. 4, 24 mars 2021, n° 19/13527**

La clause imposée par le concédant dans un contrat-type qui s'apparente à un contrat d'adhésion proposé à tous les membres de son réseau, ne révèle pas de soumission ou de tentative de soumission, au sens de l'article L. 442-1, I, 2° (ancien art. L. 442-6, I, 2°) du Code de commerce, **lorsque le concessionnaire est en mesure de résilier le contrat sans difficulté excessive et de réorienter son activité vers d'autres marques.**

❑ **CA Paris, Pôle 5 ch. 4, 22 septembre 2021, n° 19/03196**

Le distributeur, qui, pour faire face à l'augmentation de tarifs notifiée par son fournisseur, **cesse de passer commande**, ne peut prétendre avoir été soumis à un déséquilibre significatif soumission ou la tentative de soumission.

⇒ *Conseil* : Ne pas se faire justice soi-même, ni sortir de la relation contractuelle déséquilibrée au risque de priver l'entreprise de la possibilité de faire valoir un déséquilibre.

Critère principal de la soumission : absence de négociation effective

Précision n° 5 : Un courant de jurisprudence considère que l'absence de contrepartie, élément du déséquilibre, peut servir d'indice de soumission.

❑ **CA Paris, 10 mai 2023, n° 21/04967 « MPH Distribution / Casino »**

« Si l'analyse de la contrepartie participe prioritairement de l'appréciation du déséquilibre significatif, celle de son existence, plutôt que de sa suffisance, demeure utile pour caractériser une éventuelle soumission ou tentative de soumission en ce que l'absence d'avantage attendu par le cocontractant ou de réciprocité des obligations est de nature à éclairer subjectivement, à raison de la dimension purement unilatérale de la démarche, une volonté d'assujettissement ».

⇒ Voir déjà dans le même sens : Paris, 15 mars 2023, n° 21/13227 et 21/1348.

Au regard de la condition de soumission, le déséquilibre significatif est-il encore utile ?

- MOINS** Il l'est moins en présence de **véritables négociations** qui font obstacle à la soumission, autrement dit dans le cadre :
- De négociations menées dans le respect de l'expression et des droits de chaque partie, sans pression, ni menace, ni revendications abusives (Cass. Com., 11 mai 2022, n° 19-16.749) ;
 - De longues discussions laissant le temps de la réflexion (CA Paris, Pôle 5 ch. 16, 16 février 2021, n° 19/22197) ;
 - De discussions effectives au cours desquelles l'entreprise n'a pas été privée de sa faculté de négociation et a pu obtenir des modifications (CA Paris, Pôle 5 ch. 6, 25 mai 2022, n° 20/05732).

- ENCORE** Il reste utile lorsque les **conditions contractuelles proposées excluent toute modification ou ne sont pas modifiées, comme par exemple :**
- Des **conditions de souscription excluant la possibilité de modifier les clauses exonérant ainsi la victime de devoir justifier avoir cherché à négocier les conditions vainement** (Cass. Com., 6 avril 2022, n° 20-20.887) ;
 - Des clauses insérées par le prestataire dans tous les contrats avec un client pendant 8 ans **lorsque ce prestataire ne modifie pas ces clauses dans aucun des contrats souscrits avec sa clientèle** (Cass. Com., 11 mai 2022, n° 20-23.298) ;
 - Du **mode d'attribution opaque d'espaces publicitaires** par une régie contraignant les candidats soit à accepter ses offres sans discuter, soit à renoncer à tout achat (Cass. Com., 26 février 2022, n° 20-10.897).



Le défaut de la condition de « soumission » de la partie au déséquilibre significatif demeure le premier motif qui conduisait à écarter l'application du texte. Cette condition semble être un « filtre préalable ».

Source : Bilan des décisions judiciaires civiles et pénales (2022), Centre du Droit de l'Entreprise, Faculté de Montpellier

OÙ EN EST-ON EN MATIÈRE DE CONTRÔLE DES PRIX PAR LE BIAIS DU DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF ?

→ **L'ancien article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce a fait l'objet de plusieurs débats :**

- **Cons. const., 13 janvier 2011, n° 2010-85, QPC** : les dispositions de l'ancien article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce dans leur rédaction issue de la loi dite « LME » du 4 août 2008 sont considérées **conformes à la Constitution**.



Le Conseil constitutionnel a effet considéré qu'elles ne portaient pas atteinte au principe de légalité des délits et des peines consacré par l'article 8 de la DDHC en ce que « ***l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire*** » et que la notion de clause abusive avait déjà fait l'objet d'une définition dans le cadre du droit de la consommation.

- **Cass. com., 25 janvier 2017, « Galec », n° 15-23.547** : la Cour de cassation a conféré une nouvelle portée aux dispositions de l'ancien article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce en énonçant que « ***l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties*** ».



Dans ce contexte, le Tribunal de commerce a été saisi (**T. Com. Paris, 2 juillet 2018, n° 2016071676**) et les défenderesses à l'action ont demandé au tribunal de **transmettre à la Cour de cassation une nouvelle QPC portant sur l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce**.

→ L'ancien article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce a fait l'objet de plusieurs débats :

• **Cass. com., 27 septembre 2018, n° 18-40.028** : la Cour de cassation a relevé que le 2° du paragraphe I de l'ancien article L. 442-6 a **déjà été déclaré conforme** à la Constitution dans les motifs et le dispositif de la décision du Conseil constitutionnel du 13 janvier 2011 (n° 2010-85, QPC).

➔ Elle considère toutefois qu' « **un changement de circonstance de droit** » est intervenu avec l'**arrêt « Galec » du 25 janvier 2017 (n° 15-23.547)** lequel confère une « **portée nouvelle** » à l'ancien article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, et décide ainsi de **renvoyer une QPC au Conseil constitutionnel** portant sur la conformité de cette disposition, telle qu'interprétée par la Cour de cassation permettant d'exercer un contrôle judiciaire sur les prix.

• **Cons. const., 30 novembre 2018, n° 2018-749, QPC** : le Conseil constitutionnel **admet la recevabilité de la QPC** considérant qu'il résulte de l'arrêt du 25 janvier 2017 de la Cour de cassation « *un changement de circonstances justifiant un réexamen des dispositions contestées* ».

➔ Puis, il admet que l'ancien article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, tel qu'interprété par la Cour de cassation, est **conforme à la Constitution**.

- État des lieux : **La constitutionnalité du contrôle judiciaire du prix validée.**
- ✓ Dans cette **décision du 30 novembre 2018**, le Conseil constitutionnel valide la conformité à la Constitution du **contrôle judiciaire du prix au titre du déséquilibre significatif.**
 - ✓ Le Conseil va plus loin que la solution apparemment retenue par la Cour de cassation dans son **arrêt Galec du 25 janvier 2017** : désormais, il est précisé que **toutes les relations commerciales relevant du champ d'application de l'ancien article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce paraissent concernées.**

→ État des lieux : **Le champ d'application du contrôle.**

Les hypothèses dans lesquelles le contrôle judiciaire du prix peut être opéré sont larges.

- Selon le nouvel article L. 442-1, I du Code de commerce, il peut intervenir « ***dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat*** ».
- ⇒ **Le contrôle judiciaire du prix au titre du déséquilibre significatif apparaît dès lors permanent, dès sa naissance et tout au long de la relation contractuelle.**

→ **État des lieux : Les précisions issues de la jurisprudence récente.**

❑ **Cass. com., 3 mars 2021, n° 19-13.533 :**

La stipulation de ristournes subordonnées à la réalisation de services dépourvus de contrepartie précise pour le fournisseur est susceptible de caractériser un déséquilibre significatif.

❑ **T. Com. Paris, 15e ch., 28 mars 2022, n° 2018017655 (« Google c. Ministre de l'Économie ») :**

Le taux de la commission prélevée par une plateforme revêt un caractère déséquilibré lorsqu'elle s'applique à un prix encadré par cette dernière et n'est assortie d'aucune justification sur son adéquation au coût de la protection des développeurs contre le risque de fraude qu'elle est supposée rémunérer, alors que son bénéficiaire dispose par ailleurs d'autres sources de revenus générés par la transaction, comme la publicité ou la valorisation des données de l'utilisateur.

❑ **CA Paris, 10 mai 2023, MPH Distribution c/ Monoprix, Achats Marchandises Casino, Distribution Leader Price, n° 21/04967 :**

Le contrôle judiciaire du prix peut porter sur des **avantages tarifaires** dès lors qu'ils ne résultent pas d'une libre négociation et caractérisent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

QUELLES SONT LES OBLIGATIONS DÉSÉQUILIBRÉES SANCTIONNÉES RÉCEMMENT EN JURISPRUDENCE ?

→ **Clauses de reconduction ou résiliation** :

- **TC Paris, 19 décembre 2022, n° 2017040626** :

La clause qui offre la faculté de suspendre, à la discrétion de la plateforme, la distribution d'une application ou l'accès à ses services crée un déséquilibre significatif, même si le développeur peut également suspendre son application.

De même, la clause qui offre à une plateforme des conditions de résiliation asymétriques à son seul bénéfice crée un déséquilibre significatif.

La clause qui prévoit une résiliation immédiate par la plateforme en cas d'action en justice du développeur, sans possibilité pour ce dernier de s'expliquer, crée un déséquilibre significatif.

→ **Clauses de modification unilatérale** :

- **TC Paris, 19 décembre 2022, n° 2017040626** :

La clause qui prévoit la possibilité de modifier unilatéralement le contrat ou les conditions du contrat sous peine de résiliation et qui ne prévoit aucune contrepartie et aucune possibilité de négociation crée un déséquilibre significatif.

→ **Clause limitative de responsabilité** :

- **TC Paris, 19 décembre 2022, n° 2017040626** :

La clause qui exonère la plateforme de toute garantie et responsabilité à l'égard des tiers sur ses produits, certificats et services, crée un déséquilibre significatif.

→ **Suspension de la prestation pour impayés** :

- **CA Paris, 12 avril 2023, n° 22/09354** :

Des clauses, qui ont pour objet de sanctionner un impayé par la suspension de la maintenance sur l'ensemble des contrats, y compris ceux dont les échéances ont été réglées, présentent un caractère disproportionné.

→ **Clauses de prix** :

- **CA Paris, 28 juin 2023, n° 21/16174** :

Une demande de remise présentée au fournisseur peu de temps après la signature de la convention annuelle, afin de compenser la baisse de marge du distributeur, sans contrepartie immédiatement proposée et sous menace de déréférencement caractérise une tentative de soumission et peut être sanctionnée au titre du déséquilibre significatif.

→ À l'inverse, divergences jurisprudentielles sur les **clauses de commission des GAFAM** :

- **TC Paris, 19 décembre 2022, 13^{ème} ch., n° 2017040626 « Ministre de l'Économie / Apple » :**

Le prélèvement d'une commission de 30 % sur chaque transaction effectuée pour la distribution du produit, qui se retrouve très fréquemment dans le commerce, qu'il soit en ligne ou physique, n'apparaît pas excessive ou dénuée de contrepartie et ne crée pas de déséquilibre significatif, d'autant que les prix sont libres.

Le fait de fixer les tarifs d'applications qui ne représentent que 16 % des applications de la plateforme, parmi une grille de prix qui contient plus de 95 tarifs différents, et qui permet de modifier à tout moment le prix proposé, ne prive pas les développeurs de la faculté de choisir leur modèle économique et ne crée pas de déséquilibre significatif.



Solution contraire à celle retenue par la 15^{ème} chambre du TC de Paris dans l'affaire Google Play store

→ **Et n'ont pas été sanctionnées les obligations suivantes :**

- **CEPC, avis n° 23-3 relatif à une demande d'avis d'un professionnel portant sur la conformité d'une clause relative aux conditions de paiement au regard du déséquilibre significatif :**

N'est pas déséquilibrée la clause qui permet à un créancier d'exiger paiement par l'un des modes de règlement indiqués dans le contrat : soit par lettre de change relevé non acceptée, soit par prélèvement automatique.

- **CA Paris, 15 mars 2023, n° 21/13481 :**

L'exigence d'un investissement non prévu dans la convention annuelle, dont le montant est quasiment triplé au cours des négociations sous la menace de déréfèrencements, bien qu'elle constitue une tentative de soumission, n'engage pas la responsabilité de la centrale lorsque, faute de preuves suffisantes, le déséquilibre significatif de l'obligation imposée n'est pas établi.

**PEUT-ON REMETTRE EN CAUSE DES CLAUSES
ATTRIBUTIVES DE COMPÉTENCE AU TITRE DU
DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF ?**

→ **Divergences jurisprudentielles en matière de clauses attributives de juridiction :**

- **CA Paris, 20 janvier 2023, n° 22/13154 (antérieur à la loi « Descrozaille ») :**

La disproportion d'une clause attributive de juridiction ne peut être déduite de la seule nécessité de saisir un juge étranger dès lors que le droit de l'Union permet à tout ressortissant d'un Etat membre d'engager une action dans un autre Etat que le sien dans les mêmes conditions que devant la juridiction nationale. Ni l'article 1171 du Code civil, ni l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce ne peuvent être qualifiés de lois de police, à moins, s'agissant de ce dernier, qu'en vertu des prérogatives que l'article L. 442-3 leur réserve, le ministère public, le ministre de l'Economie ou le président de l'Autorité de la concurrence, ne poursuivent une pratique commerciale restrictive déterminée susceptible de porter atteinte à l'ordre public économique de l'État qu'il leur appartient de défendre.

- **TC Lyon, 1 février 2023, n° 2021J01736 :**

Une clause attributive de compétence présente un caractère déséquilibré lorsqu'elle prévoit que le distributeur français est tenu d'agir devant les seules juridictions d'Amsterdam, alors que le fournisseur peut saisir tout autre tribunal compétent.

➔ Dans le même sens que la jurisprudence « Subway » du 2 juin 2020.

OBTENTION D'UN AVANTAGE SANS CONTREPARTIE OU SANS CONTREPARTIE PROPORTIONNÉE

L'OBTENTION D'UN AVANTAGE SANS CONTREPARTIE OU SANS CONTREPARTIE PROPORTIONNÉE

- ❖ Jusqu'où peut-on contrôler les prix de ce fondement ?
- ❖ Quels éléments sont les plus contestés sur le fondement de l'avantage sans contrepartie ?
- ❖ Quel fondement est le plus compétitif : déséquilibre ou avantage sans contrepartie ?

JUSQU'OU PEUT-ON CONTRÔLER LE PRIX SUR CE FONDEMENT ?

→ **Le contrôle judiciaire du prix** :

- Voir déjà avant EGalim 1 : applicable possible aux réductions de prix (**Paris, 13 septembre 2017, n° 15/24117 ; Rennes, 20 janvier 2009, n° 07-07013 ; CEPC, avis n° 18-2, 12 avril 2018**).
- Au moment de l'adoption de la loi « EGalim 1 », la doctrine estimait que le nouvel article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce semblait consacrer un contrôle judiciaire de la lésion.
- Toutefois, la jurisprudence a dans un premier temps pris le contre-pied de cette analyse :

CA Paris, 4 novembre 2020, n° 19/09129 (rendu sous l'empire de l'ancien article L. 442-6 mais pouvant être transposé au nouvel article L. 442-1, I, 1°) :

Il a été jugé qu'en raison de la libre négociation du prix, le contrôle judiciaire du prix demeure exceptionnel en matière de pratiques restrictives de concurrence. Ainsi, **lorsque le prix n'a pas fait l'objet d'une libre négociation, ce contrôle ne peut intervenir qu'à l'aune du déséquilibre significatif.**

→ Décision ayant fait l'objet d'un pourvoi.


→ **Le contrôle judiciaire du prix :**

❑ **T. Com Paris, 11 mai 2021, « *Ministre de l'Économie c/ Galec* », n° 2018014864 :**

« Le législateur a dans cet article expressément visé la responsabilité d'un producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers portant sur un service commercial rendu effectivement, c'est à dire prévu par les parties ;

*En l'espèce, l'examen par le tribunal de l'ensemble des contrat-cadres versés au débat montre que **les remises visées par le Ministre dénommées toutes « Remises sur facture inconditionnelle » ne se réfèrent à aucun service commercial sur lequel les parties se seraient accordées ;***

*Dès lors, le Ministre ayant formulé sa demande **au titre exclusif de l'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce, fondé sur le seul moyen de l'absence d'un service commercial effectivement rendu, alors que celui-ci n'était prévu par aucun des contrat-cadres litigieux, le tribunal dit l'action du Ministre mal fondée ;** »*

 **Refus initial des juges de contrôler les réductions tarifaires sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce qui auraient été mieux disposés si la demande avait été formée sur le fondement de l'ancien article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce (déséquilibre significatif).**

→ **Le contrôle judiciaire du prix :**

□ **CA Paris, 3 juin 2021, n° 18-26724 :**

La rémunération de la mise en relation d'un prestataire avec un client, à hauteur de 15 % du montant du chantier, n'apparaît pas manifestement disproportionnée à la valeur du service rendu, dès lors que, par son intervention, celui qui la réclame a obtenu deux commandes au profit de l'entrepreneur et qu'il a suivi l'exécution des travaux et prodigué ses conseils afin de parvenir à un résultat conforme aux très hauts standards de qualité attendus par le maître de l'ouvrage.

En l'espèce, les juges semblent accepter le principe du contrôle du prix du service rendu sur le fondement de l'ancien article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce.

→ Constitutionnalité du contrôle judiciaire ?

❑ **T. Com. Paris, 1^e ch., 10 mai 2022, n° 2020032138QPC (« *Ilec c. Amazon EU* ») :**

Le Tribunal de commerce de Paris a transmis à la **Cour de cassation** la **question de la conformité à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle de l'article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce**, qui, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 24 avril 2019, **autorise un contrôle judiciaire illimité du prix, y compris dans le cadre de contrats négociés entre des parties disposant d'une force de négociation similaire.**

⇒ Il s'agit d'une QPC transmise à la Cour de cassation en considérant que les nouvelles dispositions sortent du champ de la décision du Conseil constitutionnel du 30 novembre 2018, ce qui en ferait une **question nouvelle**.

→ **Constitutionnalité du contrôle judiciaire ?**

❑ **Cass. Com., 7 juillet 2022, n° 22-40.010 :**

La Cour de cassation accepte de transmettre la QPC au Conseil constitutionnel.

❑ **Décision n° 2022-1011 QPC du 6 octobre 2022 :**

Le Conseil constitutionnel valide le contrôle judiciaire des conditions économiques d'une relation commerciale en ce qu'il permet de constater une pratique illicite tenant à l'obtention d'un avantage dépourvu de contrepartie ou manifestement disproportionné.

En ce sens, le Conseil constitutionnel a considéré que l'atteinte portée à la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre n'est pas disproportionnée, et qu'elle se justifiait par un objectif d'intérêt général de préservation de l'ordre public économique et de l'équilibre des relations commerciales.

⇒ **Disposition déclarée conforme à la Constitution.**

→ Légalité du contrôle judiciaire ?

□ **T. Com. Paris, 1^e ch., 10 mai 2022, n° 2020032138 (« Ilec c. Amazon EU ») :**

Par un autre jugement rendu le même jour, le Tribunal de commerce de Paris a saisi le **Conseil d'État d'une question préjudicielle portant sur la légalité de l'article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce** issu de l'ordonnance du 24 avril 2019 au motif que ses dispositions modifient largement le champ d'application de l'ancien article L. 442-6, I, 1° alors que l'habilitation législative octroyée par la loi « Egalim » donnait uniquement pouvoir au Gouvernement « *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* ».

- Il s'agit d'une **question préjudicielle posée au Conseil d'État**, compétent pour apprécier l'illégalité ou l'excès de pouvoir d'un acte réglementaire (ici, **l'ordonnance non ratifiée**).
- Le Conseil d'État a rendu sa décision : il a confirmé la légalité de l'article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce.

→ Précisions relatives au contrôle judiciaire des avantages tarifaires :

❑ **Cass. Com., 11 janvier 2023, n° 21-11.163 :**

L'article L. 442-1, I, 1° s'applique aux réductions de prix : « Pour rejeter les demandes du ministre chargé de l'économie, l'arrêt retient que **lorsque le prix n'a pas fait l'objet d'une libre négociation, son contrôle judiciaire ne s'effectue pas en dehors d'un déséquilibre significatif, au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce et en déduit que les dispositions de l'article L. 442-6, I, 1° du même code ne s'appliquent pas à la réduction de prix obtenue d'un partenaire commercial.**

*En statuant ainsi, alors que l'application de l'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce exige seulement que soit constatée l'obtention d'un avantage quelconque ou la tentative d'obtention d'un tel avantage ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu, **quelle que soit la nature de cet avantage, la cour d'appel a violé le texte susvisé** ».*

 **Dans le cadre d'une relation entre un donneur d'ordre et ses sous-traitants, les réductions de prix obtenues peuvent être sanctionnées au titre de l'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionnée.**

→ Précisions relatives au contrôle judiciaire des avantages tarifaires :

❑ **CA Paris, 10 mai 2023, MPH Distribution c/ Monoprix, Achats Marchandises Casino, Distribution Leader Prix n° 21/04967 :**

L'arrêt confirme que les **avoirs et baisses de prix sont inclus dans le champ d'application de l'avantage sans contrepartie**. La Cour d'appel précise que cette interprétation n'autorise aucun contrôle généralisé de la lésion et de la stricte adéquation du prix au service.

Le contrôle des avantages tarifaires peut aussi bien être fondé sur le déséquilibre significatif que sur l'avantage sans contrepartie. Les dispositifs peuvent être invoqués cumulativement sans que cela conduise à multiplier les restitutions et préjudices.

**QUELS ÉLÉMENTS SONT LES PLUS SANCTIONNÉS SUR
LE FONDEMENT DE L'AVANTAGE SANS CONTREPARTIE ?**

→ **Éléments les plus sanctionnés sur le fondement de l'article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce :**

La **fourniture de données statistiques** brutes non classées, sans aucun traitement préalable et par conséquent inexploitable, contre une rémunération fixée à 417 250 euros, traduit l'obtention d'un avantage disproportionné.

CA Paris, 10 mai 2023, n° 21/04967

Les **commissions obtenues par une centrale d'achats**, qui s'est interposée dans les relations préexistantes entre un fournisseur et les filiales d'un groupe distributeur, violent l'article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce lorsque les services qu'elles rémunèrent ne sont pas établis et que, depuis l'intervention de leur bénéficiaire, le chiffre d'affaires et les commandes reçues par le fournisseur ont chuté.

CA Paris, 1^{er} juillet 2021, n° 19/09512

➔ **L'autorisation du contrôle judiciaire du prix** au titre de l'avantage sans contrepartie risque de conduire à ce que la rémunération de l'avantage et les réductions tarifaires concédées soient de plus en plus sanctionnées au titre de l'avantage sans contrepartie.

→ Éléments les plus sanctionnés sur le fondement de l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce :

Le distributeur, dont les factures ne comportent **aucune indication sur les prestations rendues ou leur date exacte de réalisation** et ne permettent pas de déterminer avec précision leur plus-value par rapport à d'autres facturées par ailleurs, ne prouve pas avoir effectivement rendu des services se distinguant des obligations assumées dans le cadre des opérations d'achat/vente.

Cass. com., 3 mars 2021, n° 19-13.533 et n° 19-16.344

➔ Note: Les distributeurs ne sont pas tenus à une obligation de résultat en matière de coopération commerciale. Le faible chiffre d'affaires généré ou l'absence de progression significative des ventes peuvent être des éléments d'appréciation, mais ne constituent pas en eux-mêmes une preuve de l'absence de contrepartie. À l'inverse, l'augmentation du chiffre d'affaires des fournisseurs ne suffit à démontrer la réalité des services facturés par le distributeur.

→ **Éléments conduisant les juges à écarter la sanction sur le fondement de l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce :**

➔ On compte peu de décisions récentes qui ont fait application du fondement de l'avantage sans contrepartie pour sanctionner les pratiques soumises aux juges. L'essentiel des décisions rejettent la sanction sur ce fondement.

❑ **CA Paris, 25 mai 2022, n° 20/05730 :**

Le demandeur invoque que l'absence de contrepartie d'un taux de commission. Faute de démonstration de l'absence de contrepartie, aucune sanction ne peut être prononcée.

❑ **CA Paris, Pôle 5 ch. 5, 12 mai 2022, n° 18/05232 :**

Un partenaire ne peut, pour critiquer les prix pratiqués par son prestataire, se prévaloir des prix d'impression numérique alors que les travaux commandés exigent une impression offset, bien plus onéreuse.

→ **Éléments conduisant les juges à écarter la sanction sur le fondement de l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce :**

➔ On compte peu de décisions récentes qui ont fait application du fondement de l'avantage sans contrepartie pour sanctionner les pratiques soumises aux juges. L'essentiel des décisions rejettent la sanction sur ce fondement.

❑ CA Paris, Pôle 5 ch. 5, 11 mai 2023, n° 20/04679 :

L'article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce ne peut être invoqué dans le cadre d'un contrat de recherche de collaborateurs pour contester la rémunération du prestataire, qui ne constitue pas un "avantage" au sens du texte.

**QUEL EST LE FONDEMENT LE PLUS COMPÉTITIF :
DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF OU AVANTAGE SANS
CONTREPARTIE ?**

→ La concurrence avec le déséquilibre significatif :

- Faut-il penser que les parties à une instance feront systématiquement le choix par facilité d'invoquer l'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné, plutôt que le déséquilibre significatif, ou tenteront d'invoquer simultanément les deux ?
- Existe-il des clauses pour lesquelles seul le déséquilibre significatif peut être invoqué ?

Oui, car le déséquilibre significatif est un déséquilibre juridique créé par une obligation (non réciproque sauf justification objective, disproportionnée, arbitraire, discrétionnaire...etc.) n'impliquant **pas de prise en compte de la contrepartie économique**.

- Jurisprudence neutralisant les clauses attributives de compétence déséquilibrées nonobstant l'autonomie de ces clauses dans les rapports avec les PME.

→ **La concurrence avec le déséquilibre significatif :**

- Il s'avère qu'une même pratique peut **être poursuivie sur plusieurs fondements**, ce qui induit une **liberté de choix ou une faculté de cumul pour le poursuivant**, que ce soit le ministre ou la victime.
- Lors de la réforme, la doctrine pensait que l'on pouvait **s'attendre à ce que l'avantage sans contrepartie devienne l'instrument privilégié** de contrôle des déséquilibres contractuels, au détriment du déséquilibre significatif, notamment en raison du fait qu'un seul élément constitutif doit être prouvé en ce qui concerne l'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné à la différence du déséquilibre significatif pour lequel il y a en a deux.
- Néanmoins, **il semble que ce ne soit pas le cas dans les faits** car en pratique, des jugements et arrêts permettent d'établir que les parties poursuivantes continuent souvent de se fonder sur le déséquilibre significatif.

À titre illustratif : **T. Com. Paris, 22 février 2021, n° 2016/071676.**

→ La concurrence avec le déséquilibre significatif :

□ **CA Paris, 10 mai 2023, MPH Distribution c/ Monoprix, Achats Marchandises Casino, Distribution Leader Price, n° 21/04967** :

*« Si les 1° et 2° de l'article L. 442-6 I du Code de commerce mobilisent des notions se recoupant partiellement, notamment en ce que la disproportion manifeste ou l'inexistence de la contrepartie est un élément d'appréciation du caractère significatif du déséquilibre, **leurs régimes sont néanmoins distincts**, le second, instrument de préservation de l'équilibre contractuel global impliquant une absence de négociation effective, autorisant **une mise en balance plus étendue et plus subjective et qualitative** que le premier qui commande une **analyse essentiellement objective et quantitative et s'opère terme à terme sans égard pour l'existence d'une soumission.** »*

→ La concurrence avec le déséquilibre significatif :

❑ **CA Paris, 10 mai 2023, MPH Distribution c/ Monoprix, Achats Marchandises Casino, Distribution Leader Price, n° 21/04967** :

Cet arrêt précise, de manière pédagogique, la distinction entre les deux notions :

- Le **déséquilibre significatif** doit s'analyser comme un instrument de préservation de l'équilibre contractuel global, impliquant une absence de négociation effective. Il autorise une mise en balance étendue, subjective et qualitative ;
- L'**avantage sans contrepartie** implique quant à lui une analyse principalement objective et quantitative, sans nécessité de prouver l'existence d'une soumission.

→ La concurrence avec le déséquilibre significatif :

- **Bilan des décisions rendues en 2022 sur les fondements du déséquilibre significatif et de l'avantage sans contrepartie :**

Décisions	Déséquilibre significatif	Avantage sans contrepartie
Nombre de condamnations sur ce fondement	4	0
Absences de condamnations sur ce fondement	31	7

→ Le fondement du **déséquilibre significatif** l'emporte encore en 2022 par rapport à l'avantage sans contrepartie. Il est donc encore utilisé et utile.

→ Il n'empêche que le taux de succès de l'action demeure en revanche très faible...

RUPTURE BRUTALE DE RELATIONS COMMERCIALES ÉTABLIES : QUELLE ÉVOLUTION DES QUESTIONS CLASSIQUES ET QUELS NOUVEAUX PROBLÈMES LIÉS À LA RÉFORME ?

RUPTURE BRUTALE DE RELATIONS COMMERCIALES ÉTABLIES : QUELLE ÉVOLUTION DES QUESTIONS CLASSIQUES ET QUELS NOUVEAUX PROBLÈMES LIÉS À LA RÉFORME ?

- ❖ Les conséquences de la loi « Descrozaille » sur le droit de la rupture brutale de relations commerciales établies
- ❖ Où en est-on quant au champ d'application de la rupture de relations commerciales établies ?
- ❖ Les 18 mois résultant de la réforme EGalim 1 : plafond ou exemption ? Application dans le temps et l'espace ?
- ❖ La tendance à la baisse de la durée des préavis accordés : conséquence d'EGalim 1 ou trend de long terme ?
- ❖ Appels d'offres et précarisation de la relation : où en est-on ?
- ❖ Cumul de responsabilités ?
- ❖ Quelle corrélation avec le taux de dépendance ?
- ❖ Marge brute ou sur coûts variables ou évités : où en est-on ?
- ❖ À quelle date se placer pour apprécier le préjudice ?

LES CONSÉQUENCES DE LA LOI « DESCROZAILLE » SUR LE DROIT DE LA RUPTURE DE RELATIONS COMMERCIALES ÉTABLIES



→ Les conséquences de la loi « Descrozaille » :

- **Le postulat de la réforme** : mettre fin à la situation inéquitable du fournisseur obligé, en l'absence d'accord au 1^{er} mars, de poursuivre les relations avec ses distributeurs sur la base d'un contrat ne correspondant plus aux conditions de marché :
 - D'un côté, en l'absence d'accord au 1^{er} mars, la relation commerciale n'existe plus (**CEPC, avis n° 10-15 du 4 novembre 2010**), sauf clause contraire ;
 - Mais d'un autre côté, l'interdiction de la rupture brutale de relations commerciales établies interdit d'interrompre sans préavis suffisant, les commandes et les livraisons ;
 - En période d'inflation, les fournisseurs peuvent se trouver contraints de poursuivre les livraisons alors que le prix prévu dans le cadre de la convention unique arrivée à l'expiration n'est plus en accord avec la réalité économique du marché.

→ Les conséquences de la loi « Descrozaille » :

- **Pour pallier ce déséquilibre** : mise en place d'un **mécanisme expérimental d'une durée de 3 ans** accordant au fournisseur, « *à défaut de convention conclue au plus tard le 1^{er} mars* », deux options :
 1. Soit « *en l'absence de contrat nouvellement formé* », mettre fin sans préavis à toute relation commerciale avec le distributeur sans que celui-ci puisse invoquer une rupture brutale.
 2. Soit « demander l'application d'un préavis conforme » à l'article L. 442-1, II du Code de commerce, tenant compte des « *conditions économiques du marché sur lequel opèrent les parties* ».

→ **Les conséquences de la loi « Descrozaille » :**

- **Dernière solution envisageable :**

- Les parties peuvent saisir le médiateur des relations commerciales agricoles ou le médiateur des entreprises ;
- Pour conclure, sous son égide, avant le 1^{er} avril, un accord fixant les conditions d'un préavis, qui tient compte notamment des conditions économiques du marché sur lequel opèrent les parties ;
- En cas d'accord sur le préavis, le prix convenu s'appliquera rétroactivement aux commandes passées à compter du 1^{er} mars ;
- En cas de désaccord, le fournisseur pourra mettre fin à la relation sans que le distributeur puisse invoquer la rupture brutale de la relation.

→ **Les conséquences de la loi « Descrozaille » :**

- **Interrogations pratiques :**

- **Quel champ d'application ?** *A priori* toutes les relations faisant l'objet de conventions uniques.
- **Échéance de 3 ans ou plus courte ?**
- **Quid en cas de retournement de la conjoncture ?**
- **Application anticipée du mécanisme en matière de PGC au 15 janvier 2024 ?**

→ Les conséquences de la loi « Descrozaille » :

- **Conditions tarifaires applicables pendant le préavis :**
 - La détermination du prix applicable pendant le préavis de rupture doit tenir compte « *des conditions économiques du marché sur lequel opèrent les parties* » (art. L. 442-1, II, alinéa 1^{er} du Code de commerce) ;
 - Dérogation au principe selon lequel l'octroi d'un préavis doit se faire en principe sauf circonstances particulières aux conditions antérieures (Com., 10 février 2015, n° 13-26.414) ;
 - Travaux parlementaires : il serait possible de tenir compte du taux d'inflation des produits ou des intrants nécessaires à la fabrication ou encore de la hausse moyenne de tarif acceptée par les distributeurs concurrents ayant trouvé un accord avec le même fournisseur (Rapport Sénat, n° 326).

OÙ EN EST-ON QUANT AU CHAMP D'APPLICATION DE LA RUPTURE DE RELATIONS COMMERCIALES ÉTABLIES ?

→ L'existence d'une **relation commerciale** :

□ **Cass. Com., 28 juin 2023, n° 21-16.940** :

L'article L. 442-1, II du Code de commerce est applicable, en dépit de la nature civile de la relation, aux **rappports entre un syndicat de copropriétaires d'un autre commercial et une société de services de sécurité incendie**, lorsque le contrat conclu a exclusivement pour objet une prestation de services pour les besoins de l'activité commerciale de ses membres.

→ L'existence d'une relation commerciale **établie** :

Une relation est considérée comme établie dès lors qu'elle a un caractère **suivi, stable et habituel** et où la partie victime de l'interruption pouvait **raisonnablement anticiper pour l'avenir une certaine continuité** du flux d'affaires avec son partenaire commercial (**CA Paris, 10 février 2022, n° 19/00728**).

❑ **Cass. Com., 22 mars 2023, n° 21-22.741** :

Il n'existe pas de relation commerciale établie lorsque les relations entre les parties peuvent être **qualifiées de précaires**. Cette précarité peut se déduire **d'évaluations périodiques**. Le contrat concerné par cet arrêt contenait des clauses d'objectifs, et une clause conditionnant la poursuite du contrat à un examen semestriel des ventes réalisées.

❑ **CA Paris, 31 mai 2023, n° 21/10748** :

Des rapports dégradés au cours des deux dernières années de la relation, marquées par une tentative de réduction significative de la remise accordée au distributeur et les efforts de ce dernier pour diminuer sa dépendance, ne peuvent plus être considérés comme "établis".

→ L'existence d'une relation commerciale **établie** :

❑ CA Paris, 7 juin 2023, n° 21/01064 :

Les parties n'entretiennent plus qu'une relation précaire à la date de la rupture lorsque celle-ci a été précédée de **très nombreuses mises en garde relatives à la nécessité pour le fournisseur de respecter ses délais de livraison, restées vaines.**

❑ CA Paris, 14 juin 2023, n° 21/04536 :

Une relation commerciale ne peut plus être qualifiée d'« établie » au moment de sa rupture lorsqu'elle a été **émaillée d'incidents qui ont remis en cause sa stabilité.**

❑ CA Paris, 7 juillet 2023, n° 21/17819 :

Des relations fondées sur des **missions ponctuelles et sans exclusivité, détériorées à peine un an après leur engagement** ne présentent pas de caractère établi.

→ La caractérisation de la **rupture brutale** :

L'article L. 442-1, II du Code de commerce **ne sanctionne pas la rupture d'une relation commerciale établie, mais uniquement sa brutalité** (**CA Paris, 28 janvier 2021, n° 18/15222 ; CA Paris, 14 avril 2021, n°19/10700 ; CA Paris, 8 septembre 2021, n°18/21471**) qui se caractérise par l'insuffisance de la durée de prévenance avant la cessation de cette relation.

➔ **Forme et point de départ du préavis** : La notification doit se faire **par écrit**.

De jurisprudence constante, la notification du recours à un appel d'offres peut valoir notification et faire office de point de départ du délai de préavis.

Attention : la notification doit préciser expressément la date de la rupture, faute de quoi elle sera irrégulière (**Cass. com., 27 mai 2021, n°19-18.301**).

→ La caractérisation de la **rupture brutale** :

□ **Cass, com., 16 février 2022, n° 20-18.844** :

Il est rappelé que la **baisse significative du chiffre d'affaires avec le partenaire**, sauf à être justifiée par la conjoncture économique ou le désintérêt des consommateurs pour le produit ou le service, **doit être assimilée à une rupture de relation commerciale** au sens de l'**article L. 442-1, II du Code de commerce**.

→ La caractérisation de la **rupture brutale** :

❑ **CA Paris, 17 mai 2023, n° 22/13861** :

La décision de ne pas proposer un nouveau contrat de distribution à un partenaire en accordant un préavis de 18 mois constitue une rupture brutale.

❑ **CA Paris, Pôle 5 ch. 4, 5 juillet 2023, n° 22/19028** :

À l'inverse, une modification des conditions contractuelles en cours de préavis qui ne porte que sur 10 % des références distribuées, n'engage pas la responsabilité du fournisseur.

→ La **rupture** peut également être **partielle** :

La rupture peut résulter :

- ✓ de l'interruption totale des relations ou ;
- ✓ de leur diminution, alors qualifiée de **rupture partielle**.

La rupture partielle a généralement lieu :

- lorsque le montant des achats diminue fortement (**Cass. Com., 7 juill. 2004**) ; et
- durablement (**CA Paris, 4 avril 2013, n°10/02735**).

→ **La rupture peut également être partielle :**

❑ **CA Paris, 1^{er} mars 2023, n° 21/06082 :**

Une absence de commande d'un partenaire pendant trois mois, non précédée de préavis, ne peut être qualifiée de rupture totale des relations commerciales établies entre les parties mais seulement de **rupture partielle**, qui engage la responsabilité de son auteur s'il ne démontre pas que cet événement lui aurait été imposé ou n'est pas de son fait.

❑ **CA Paris, 17 mai 2023, n° 20/17785 :**

La chute de 45 % du chiffre d'affaires réalisé entre les parties, **suivie, quelques mois après, de sa réduction à une part dérisoire**, caractérise une **rupture partielle** de relations commerciales établies imputable au client lorsque celui-ci ne justifie d'aucune circonstance objective pour l'expliquer.

❑ **CA Paris, 7 juin 2023, n° 21/01190 :**

La réduction drastique des commandes d'un client à son fournisseur s'analyse en une rupture brutale partielle de relations commerciales établies qui ne peut se justifier par la fermeture administrative de l'établissement de ce dernier **pendant cinq mois**, dès lors qu'après la réouverture, **les flux d'affaires avaient repris**, quoique pour des volumes moindres.

LES 18 MOIS RÉSULTANT DE LA RÉFORME EGALIM 1 : PLAFOND OU EXEMPTION ? APPLICATION DANS LE TEMPS ET DANS L'ESPACE

→ **Les 18 mois résultant de la réforme « EGalim 1 », plafond ou exemption ?**

L'**article L. 442-1, II, alinéa 2 du Code de commerce** dispose qu'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 18 mois** :

*« 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**. »*

➔ Si l'on s'en tient au texte, il s'agit *a priori* d'une **exemption en cas d'octroi d'un préavis de 18 mois**, et **non d'un plafond**, qui s'appliquerait en tout état de cause même en cas d'octroi d'un préavis jugé insuffisant.

→ **Les 18 mois résultant de la réforme « EGalim 1 » écartent effectivement toute responsabilité au titre de la rupture brutale**

Consécration en jurisprudence sur le fondement de l'article L. 442-1, II du Code de commerce :

❑ **CA Lyon, 8e ch., 4 mai 2022, n° 21/00336 :**

La Cour considère que l'acheteur qui accorde **un préavis de 18 mois à son fournisseur ne peut engager sa responsabilité sur le fondement de l'article L. 442-1, II du Code de commerce ni causer, par conséquent, de trouble manifestement illicite.**

→ L'application dans le temps :

- La rupture brutale d'une relation commerciale établie, qui s'analyse en un fait juridique engageant la responsabilité délictuelle de son auteur, est **soumise au droit applicable au moment de la notification de la rupture litigieuse**.
- En conséquence :
 - Les ruptures intervenues à compter du 26 avril 2019, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance, sont soumises au **nouvel article L. 442-1, II du Code de commerce** ;
 - Et celles antérieures restent régies par les dispositions de l'**ancien article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce**.

→ **L'application dans le temps :**

❑ **CA Paris, 27 novembre 2019, n° 17-18305 :**

La Cour d'appel de Paris a ainsi été obligée de **préciser que les dispositions relatives au plafond légal de 18 mois de préavis ne peuvent être invoquées dans un litige antérieur à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019.**

❑ **CA Paris, pôle 5, ch. 5, 2 décembre 2021, n° 17-15348 :**

Le fait générateur de la responsabilité étant la rupture, la loi applicable est celle en vigueur à la date de la rupture alléguée.

LA TENDANCE À LA BAISSSE DE LA DURÉE DES
PRÉAVIS ACCORDÉS : CONSÉQUENCE
D'EGALIM 1 OU TREND DE LONG TERME ?

→ **La durée des préavis accordés :**

➔ Facteurs pris en compte pour déterminer si le préavis est suffisant :

- **La durée de la relation et son importance ;**
- Autres facteurs :
 - État de dépendance économique ;
 - Difficulté à trouver un autre partenaire ;
 - Importance des investissements spécifiques effectués ;
 - Notoriété du produit ou caractère difficilement substituable ;
 - Obstacles à la reconversion...etc.

➔ Pratique contentieuse avant les ordonnances EGA :

- Relations < 7 ans : préavis ≤ 6 mois
- Relations entre 7 et 20 ans : préavis entre 6 et 12 mois
- Durée > 20 ans : préavis entre 12 et 36 mois

→ **La durée des préavis accordés :**

- Depuis les lois « EGalim 1 » et « EGalim 2 », il n'y a selon nous **pas de modifications substantielles** en jurisprudence en ce qui concerne la rupture brutale de relations commerciales établies, sinon une poursuite de la **tendance baissière de la durée des préavis déjà effective avant**.
- La tendance qui se dégage est que **pour une année de relation, les juges accordent en moyenne 0,8 mois de préavis** avec une forte dégressivité du temps de préavis marginal additionnel en fonction de la durée.

→ **La durée des préavis accordés :**

• Ont été réajustés par les juges les préavis suivants :

○ **CA Paris, 22 février 2023, n° 20/17375 :**

= **4 mois** de préavis pour **4 ans** de relation, donc **1 mois par année.**

○ **CA Paris, 31 mars 2023, n° 21/05612 :**

= **10 mois** de préavis pour **11 ans** de relation, donc **0,9 mois par année.**

○ **CA Paris, 12 avril 2023, n° 20/15101 :**

= **18 mois** de préavis pour **22 ans** de relation, **0,81 mois par année.**

○ **CA Paris, 17 mai 2023, n° 22/13861 :**

= **30 mois** de préavis pour **56 ans** de relation, **0,5 mois par année**

→ **La durée des préavis accordés :**

• Ont été considérés comme suffisants les préavis suivants :

○ **CA Paris, 5 juillet 2023, n° 22/19028 :**

= **6 mois** de préavis pour **7 ans et 9 mois** de relations, donc **0,7 mois par année.**

○ **CA Paris, 31 mai 2023, n° 21/03292 :**

= **4 mois** de préavis pour **20 mois** de relation, donc **2 mois par année.**

○ **CA Paris, 27 janvier 2023, n° 21/11943 :**

= **12 mois** de préavis pour **33 ans** de relation, **0,4 mois par année.**

○ **TC Lyon, 1er février 2023, n°2021j01736**

= **17 mois** de préavis pour **15 ans** de relation, **1,1 mois par année**

→ **La durée des préavis accordés :**

- Les juges prennent de plus en plus en compte **du temps nécessaire pour retrouver un autre partenaire** pour apprécier la durée du préavis nécessaire :

- **CA Paris, 10 février 2022, n° 19/00728 :**

« Au vu de la durée de la relation commerciale, de la spécificité du domaine d'activité, et du flux d'affaires conséquent, et des investissements réalisés, un préavis d'une durée de 6 mois était nécessaire à la société Imateg 93 pour lui permettre de retrouver de nouveaux partenaires commerciaux susceptibles de lui confier des prestations ».

- **CA Paris, 16 mars 2022, n° 21/00684 et CA Paris, 30 mars 2022, n° 20/01173 :**

Le préavis doit être suffisant pour **« préparer le redéploiement de son activité, trouver un autre partenaire ou une autre solution de remplacement ».**

APPELS D'OFFRES ET PRÉCARISATION DE LA RELATION : OÙ EN EST-ON ?

→ Appels d'offres et précarisation de la relation :

- Principe :

- **CA Paris, 15 avril 2021, n° 18/15899** :

« le recours régulier à des appels d'offres est de nature à conférer à la relation commerciale, quelle que soit sa durée, une **précarité exclusive de toute rupture brutale** » et malgré la reconduction du **contrat tous les ans** à l'issue de chacun des appels d'offres, « **il n'en demeure pas moins que l'existence même de ces appels d'offres a généré chaque année un aléa** » ne permettant pas au transporteur « d'avoir une croyance légitime dans sa pérennité » ».

= La CA de Paris avait saisi l'**arrêt Cass. com., 18 oct. 2017, n° 16-15.138** et revenait sur son **arrêt du 25 juin 2020, n° 18/00121** dans lequel elle avait jugé que « le simple recours à une mise en concurrence n'était pas suffisant pour annuler le caractère établi d'une relation commerciale ».

→ Appels d'offres et précarisation de la relation : tantôt oui, tantôt non, tout est affaire de circonstances

- Jurisprudences récentes quant au recours à l'appel d'offres et le caractère suivi, stable et habituel :

> Relation établie en dépit d'appel d'offres :

❑ CA Paris, 27 janvier 2023, n° 20/11912 :

Une relation caractérisée par une **succession de contrats à durée déterminée d'un an et le recours à l'appel d'offres peut néanmoins présenter un caractère suivi, stable et habituel.**

❑ CA Paris, 10 mars 2023, n° 22/00564 :

Le recours régulier à la mise en concurrence par le client et l'allégation d'une inflation des coûts unitaires des prestations ne sont pas de nature à remettre en cause la nature suivie, stable et habituelle de la relation commerciale et à le dispenser de notifier un préavis conforme à l'article L. 442-1, II du Code de commerce.

> Précarisation :

❑ CA Paris, 12 avril 2023, n° 21/03687 :

Une relation commerciale, même ancienne de trente ans, présente un **caractère précaire lorsqu'elle repose sur le recours systématique à une procédure d'appels d'offres annuelle.**

→ Critiques de la doctrine :

❖ Sur le point de départ du préavis au lancement de l'appel d'offres :

- Artificiel, voire discriminatoire, par rapport aux CDD ou aux CDI sans appels d'offres ;
- Absence de certitude ;
- Rend le préavis effectif quand la victime est dépendante.

❖ Sur la précarisation volontaire de la relation commerciale par le biais des appels d'offres systématiques :

- Possibilité de contournement d'une loi impérative dont l'impérativité a été réaffirmée par la loi « Descrozaille » ;
- Nécessité de soumettre la précarisation à des conditions : appels d'offres très rapprochés et nécessité de prouver un motif légitime.

CUMUL DE RESPONSABILITÉS ?

→ Cumul de responsabilités ?

Principe : non cumul / non option

- En principe, un préjudice ne saurait être réparé à la fois sur le fondement de la responsabilité contractuelle et sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle.
- Plus précisément, **lorsque les conditions de l'engagement de la responsabilité contractuelle sont réunies, le demandeur a l'obligation de choisir cette dernière voie.**

C'est le principe de « non option » qui impose le choix de la responsabilité contractuelle.

- Or, l'action en responsabilité sur le fondement de la rupture brutale de relation commerciale établie est une **action en responsabilité délictuelle** (**Cass. com., 6 févr. 2007, n° 04-13178**).

→ Cumul de responsabilités ?

Un cumul possible si les préjudices invoqués sont distincts.

❑ **Cass. Com., 15 février 2023, n° 20/18699 :**

Une demande indemnitaire fondée sur l'article L. 442-1, II du Code de commerce, **distincte de celle formulée au titre de la rupture anticipée du contrat** et visant à réparer la perte de marge escomptée pendant la durée du contrat conclu à durée déterminée **ne peut être déclarée irrecevable au regard du principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle.**

❑ **CA Paris, 6 juin 2023, n° 22/13366 :**

Le prestataire qui demande à être indemnisé de la brutalité de la rupture mais aussi au titre de manquements contractuels ne viole pas le principe de non-cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle, dès lors qu'il s'agit de **chefs de préjudice distincts**.

→ Cumul de responsabilités ?

Quelques exemples de préjudices distincts :

- ❑ **CA Paris, Pôle 5 ch. 5, 10 février 2022, n° 19/00728** : Un prestataire ne viole pas le principe du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, lorsque, au titre de la **rupture brutale, il demande à être indemnisé de l'insuffisance de préavis** qui lui a été accordé et, au titre de l'inexécution contractuelle, il sollicite le remboursement des investissements en personnel et en matériel qu'il a dû réaliser en raison des variations inopinées du volume des commandes de son client ainsi que des dommages-intérêts équivalant au **gain manqué lié à l'absence d'exécution du contrat jusqu'à son terme.**

- ❑ **Cass. Com., 28 juin 2023, n°22-10184** : L'indemnisation au titre de la rupture brutale d'une relation commerciale établie avec un client qui répare seulement le préjudice découlant de l'absence ou de l'insuffisance de préavis, peut se cumuler avec l'indemnisation, par l'auteur d'actes de **détournement de clientèle**, du **préjudice résultant de la perte de clients au-delà de la période de préavis.**

QUELLE CORRÉLATION AVEC LE TAUX DE DÉPENDANCE ?

→ **La corrélation avec le taux de dépendance :**

- **Prise en compte de l'état de dépendance économique pour établir la durée du préavis :**

La dépendance économique du partenaire délaissé n'est pas une condition du succès de son action. En revanche, elle constitue un des critères essentiels pour déterminer la durée du préavis exigible.

L'un des indicateurs de l'état de dépendance économique de la victime de la rupture brutale à l'égard de l'auteur de la rupture est **la part de chiffre d'affaires réalisée** par la victime avec son cocontractant.

→ **La corrélation avec le taux de dépendance :**

• **Prise en compte de l'état de dépendance économique pour établir la durée du préavis :**

❑ **CA Paris, 31 mars 2023, n° 22/15032** : (arrêt très critiquable, frappé de pourvoi)

Des relations établies de seize années sur le **marché très concentré** de la téléphonie où les distributeurs se trouvent dans une **situation de dépendance contrainte**, ne peuvent être rompues avant l'expiration d'un préavis de vingt-quatre mois.

❑ **CA Paris, 16 juin 2023, n° 21/19914** :

L'auteur de la rupture doit tenir compte, pour apprécier le préavis accordé à son partenaire, de la **dépendance de ce dernier**, même s'il ne lui a été imposée aucune exclusivité, lorsque le rythme de production des émissions commandées ne peut que réduire ses chances de diversification.

❑ **CA Paris, 28 juin 2023, n° 21/04685** :

Un concessionnaire qui n'est tenu par **aucune clause d'approvisionnement exclusif** mais qui a **fait le choix délibéré de ne se fournir qu'auprès d'une seule marque**, qui représente moins de 5 % du marché français, **ne peut se prévaloir de sa dépendance** à l'égard de cette dernière.

**MARGE BRUTE OU SUR COÛTS VARIABLES OU
ÉVITÉS : OÙ EN EST-ON ?**

→ **Marge brute ou sur coûts variables ou évités ?**

En principe : **réparation** de l'intégralité des **préjudices** résultant du **caractère brutal** de la rupture de la relation commerciale, **mais pas de réparation des préjudices résultant de la rupture elle-même.**

Ce préjudice est constitué du gain manqué pendant la période d'insuffisance du préavis.

La jurisprudence applique des **solutions radicalement différentes** pour **calculer ce gain**, en prenant en compte **tantôt la marge brute** (**CA Paris, 6 novembre 2019, n° 18-03050**), **tantôt la marge sur coûts variables** (**CA Paris, 30 octobre 2019, n° 17-14646**), même si la prise en compte de la marge sur coûts variables est plus rationnelle et semble gagner du terrain.

En 2020, la Cour d'appel de Paris a publié **deux notes allant en faveur de la marge sur coûts variables** (« Quel concept de marge ? » (Fiche n° 6, avril 2020), et « Comment réparer les préjudices résultant de la rupture brutale des relations commerciales établies ? » (Fiche n°13, avril 2020)).

→ Marge brute ou sur coûts variables ou évités ?

Cette approche semble de façon générale être de plus en plus suivie par la pratique de la Cour d'appel de Paris qui rappelle à cet égard que : « **la référence à retenir est la marge sur coûts variables, définie comme la différence entre le chiffre d'affaires dont la victime a été privée sous déduction des charges qui n'ont pas été supportées du fait de la baisse d'activité résultant de la rupture** » (CA Paris, 1^{er} sept. 2021, n° 19-13714 ; CA Paris, 8 sept. 2021, n° 20-00883 ; CA Paris, 8 sept. 2021, n° 20-09996 ; CA Paris 26 janv. 2022, n° 20/08372 ; CA Paris, 9 fév. 2022, n° 20/08333 ; CA Paris, 15 juin 2022, n° 20/07458).

- ❑ **Cass. com., 11 mai 2022, n° 21-11.337** : la Cour de cassation a récemment considéré qu'en l'absence de coûts variables déductibles, le préjudice subi par la victime d'une rupture brutale de relations commerciales établies correspond à la marge brute qu'elle aurait pu réaliser au cours du préavis non accordé.
- ❑ Toutefois, force est de constater que le recours à la marge brute demeure... : **CA Paris, 21 janvier 2022, n° 19/11770 ; CA Paris, 10 février 2022, n° 19/00728 ; CA Paris, 10 février 2022, n° 19/03034 ou encore CA Paris, 30 juin 2022, n° 19/21143.**
- ❑ La Cour d'appel de Paris a pu se fonder sur la « **nature intellectuelle** » de l'activité pour justifier tantôt le recours à un taux de marge brute (**CA Paris, Pôle 5 ch. 4, 22 juin 2022, n° 21/14840**) tantôt le recours direct au chiffre d'affaires (**CA Paris, Pôle 05 ch. 05, 24 février 2022, n° 19/12294**).

→ **Marge brute ou sur coûts variables ?**

❑ **CA Paris, 17 mai 2023, n° 22/13861 :**

« Il ressort des explications de la société [X], du rapport d'expert-comptable versé aux débats (pièce n°17 notamment tableau n° 7) non utilement critiqué par la société Claas France et des comptes annuels de la société [X] sur les exercices 2012 à 2015 (pièces n°13 à 16) que :

- la marge sur coûts variables de l'activité achat-revente des matériels Claas **se chiffre en retenant la différence entre le coût des achats et le prix de leur revente, en tenant compte des frais de transports et des rabais, remises et autres ristournes**, les autres frais (personnel, loyers....) restant des frais fixes de l'activité non entièrement consacrée à la vente de matériel Claas, soit une marge moyenne annuelle sur les exercices 2012 à 2014 précédant la rupture de 251 612 euros,

- la marge sur coûts variables de l'activité de services accessoires relatifs aux produits Claas, activité essentiellement de main d'œuvre, **se calcule au niveau du chiffre d'affaires**, le personnel étant permanent, soit une marge moyenne annuelle sur les exercices 2012 à 2014 de 162 851 euros,

Le préjudice subi par la société [X] sur la durée d'insuffisance de préavis de 12 mois est dès lors estimé à la somme de 414 463 euros. »

➔ La Cour d'appel retient ici la marge sur coûts variables mais opère une **distinction selon l'activité concernée.**

→ **Marge brute ou sur coûts variables ?**

□ **Cass. com., 28 juin 2023, n° 21-16.940 :**

*« Il résulte de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce que le préjudice principal résultant du caractère brutal de la rupture s'évalue en considération de la **marge brute escomptée**, c'est-à-dire la **différence entre le chiffre d'affaires hors taxe escompté et les coûts variables hors taxe non supportés durant la période d'insuffisance de préavis**, différence dont pourra encore être déduite, le cas échéant, la part des coûts fixes non supportés du fait de la baisse d'activité résultant de la rupture, durant la même période. »*

➔ La Cour de cassation fait ici référence à la « **marge brute escomptée** » mais **décrit la méthode d'évaluation de la marge sur coûts variables** et **admet même une marge sur coûts non supportés à la fois fixes et variables**.

**À QUELLE DATE SE PLACER POUR APPRÉCIER
LE PRÉJUDICE ?**

→ **À quelle date se placer pour apprécier le préjudice ?**

- **Réponse assez théorique et inéquitable de la jurisprudence :**

➔ Le préjudice s'apprécie à la date de la rupture et non au regard d'éléments postérieurs. Une entreprise n'ayant subi aucun préjudice peut se voir indemniser en cas de préavis insuffisant ce qui est pour le moins paradoxal.

❑ **CA Paris, 22 février 2023, n° 20/17375 :**

L'indemnisation de la victime d'une rupture de relations commerciales établies **ne peut être minorée par le fait que l'exécution du préavis était impossible en raison de la crise sanitaire**, dès lors que le préjudice **s'apprécie à la date de la rupture** et non au regard d'éléments postérieurs.

❑ **CA Paris, 1^{er} mars 2023, n° 21/06082 :**

La rupture des relations commerciales établies s'analyse **au jour où elle survient**, sans égard aux éléments postérieurs, de sorte que la société qui ne souffre pas du ralentissement provisoire des commandes de son partenaire, peut tout de même solliciter une indemnité.

→ À quelle date se placer pour apprécier le préjudice ?

- Réponse assez théorique et inéquitable de la jurisprudence :

❑ **Cass, com., 17 mai 2023, n° 21-24809 :**

Le délai de préavis suffisant s'apprécie au moment de la **notification de la rupture** au partenaire, même en cas d'éventuelle **réorientation des activités de la victime** à l'issue de la rupture.

❑ **CA Paris, 17 mai 2023, n° 22/13861 :**

La reconversion réussie du distributeur agréé en cours de préavis ne constitue pas un élément d'appréciation du préavis qui doit lui être accordé dès lors que la durée de celui-ci doit **être évaluée à la date de la notification de la rupture**.

❑ **CA Paris, 4 juillet 2023, n° 22/11351 :**

La cessation d'activité du prestataire après la rupture ne peut être prise en considération dans l'appréciation du caractère raisonnable du préavis accordé, dès lors que celle-ci doit uniquement se fonder sur les **circonstances existantes au moment de la notification**.

CONCLUSION

- **Un droit toujours en évolution permanente :**
 - Du fait des changements législatifs : en principe, volonté du législateur de simplifier le droit de la négociation commerciale, en limitant le nombre de pratiques restrictives de concurrence. Si de nombreuses pratiques ont été supprimées, d'autres sont réintégrées par un certain nombre de textes (ordonnance du 30 juin 2021, loi Egalim 2 et loi Descrozailles).
 - Du fait de la jurisprudence : constantes évolutions de la jurisprudence sur l'interprétation de l'article L. 441-2 du Code de commerce (ex : contrôle judiciaire du prix) parfois incertaines (ex : réparation du préjudice issu de la rupture brutale des relations commerciales établies).

CONCLUSION

- ❑ **Une nécessité de valoriser le droit de la négociation commerciale au sein des entreprises** car les opérationnels ne le connaissent souvent pas, et peuvent faire des erreurs car ces dispositions leur paraissent souvent contraires aux règles commerciales de base.
- ❑ **Un grand nombre de questions demeurent incertaines** et sont appréciées de façon variable selon les tribunaux saisis ou demeurent dans l'attente d'une solution jurisprudentielle.

**MERCI POUR VOTRE
ATTENTION !**



DES QUESTIONS ?

