



# LES ABUS DANS LA RELATION COMMERCIALE

*Texte applicable : Article L. 442-6 du code de commerce*

**« La loi va permettre de travailler dans un cadre renforcé en termes de régulation avec des pouvoirs d'enquête et des sanctions renforcés en cas d'abus ».**

Christine LAGARDE, ministre de l'Économie de l'industrie et de l'emploi

L'article L. 442-6 I du code de commerce établit une liste des pratiques abusives en matière de relations commerciales et prévoit qu'engagent la responsabilité civile de leur auteur les pratiques suivantes, et notamment :

- L'obtention ou la tentative d'obtention de la part de son partenaire commercial, d'un avantage injustifié ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu.
- La soumission ou la tentative de soumission de son partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.
- L'obtention ou la tentative d'obtention d'un avantage de la part d'un opérateur économique avant même toute passation de commande et sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné.
- L'obtention ou la tentative d'obtention de conditions manifestement abusives sur les prix, délais de paiement, conditions de vente ou services de coopération commerciale sous la menace d'une rupture de la relation commerciale.
- La rupture, même partielle, d'une relation commerciale établie sans respecter un préavis minimum.
- Le non-respect du plafonnement des délais de paiement prévu par le nouvel article L. 441-6 du code de commerce.
- La non communication des CGV à tout acheteur de produit ou demandeur de prestations de services qui en fait la demande.
- Le refus de mentionner sur l'étiquette d'un produit vendu sous MDD, le nom et l'adresse du fabricant de ce produit.

L'article L. 442-6 II du code de commerce prévoit expressément la nullité de certaines clauses ou contrat stipulant notamment :

- Le bénéfice rétroactif de remises, ristournes ou accords de coopération commerciale.
- Le paiement d'un droit d'accès au référencement avant même toute passation de commande.
- L'interdiction pour le cocontractant de céder à des tiers les créances qu'il détient sur son partenaire commercial.
- Le bénéfice automatique de conditions plus favorables consenties aux concurrents.

Les pratiques susmentionnées engagent la responsabilité civile de leur auteur. La victime ou toute personne justifiant d'un intérêt, ainsi que le ministère public, le ministre de l'économie et le cas échéant le président de l'Autorité de la concurrence, peuvent introduire une action devant la juridiction compétente afin de faire ordonner la cessation des pratiques, de faire prononcer la nullité des clauses ou contrats illicites, demander le recouvrement des sommes indûment versées ou l'indemnisation du préjudice subi.

Une amende civile pouvant atteindre un montant de 2 millions d'euros est également prévue pour sanctionner ces abus. Le montant de l'amende peut être porté au triple du montant des sommes indûment versées, et, en outre, le juge peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision.

Les juridictions ont la possibilité de consulter la Commission d'examen des pratiques commerciales sur ces pratiques, laquelle, conformément à son rôle de promotion des bonnes pratiques a déjà adopté les positions suivantes en la matière :

<b>1- SUR LE REFUS DE VENTE :</b>	<b>3</b>
Question – Refus de vente	3
Question – Refus de livraison de fournisseurs	3
Question – Refus de livraison de laboratoires	3
<b>2- SUR LA NOTION DE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF :</b>	<b>4</b>
Question – Négo Déséquilibrées	4
Question – Contrat unique Pré rédigé	4
Question - Livraisons – Trésorerie	4
Question - Livraisons-Fréquences	5
Question – Négo Compte à l'étranger	5
Question – Négo CGA	5
Question - Négo Clauses	5
Question - Négo Disproportions	5
Question - Négo Révision des prix Garantie de marge	6
Question - Négo fixation du prix d'achat du distributeur	6
Question – Négo Remise	6
Question – Négo Alignement	7
Question – Négo Alignement	7
Question – Négo Alignement	7
Question – CGV catégorielles	7
Question – Négo Déséquilibre Pénalité pour retard de paiement	8
Question – Pénalités	8
Question – Pénalités Refus	8
Question – Pénalités	13
Question – Livraison Limitation	13
<b>3- SUR LES CONDITIONS DE REGLEMENT:</b>	<b>14</b>
Question – Règlements Retenues Usuelles	14
Question – Règlements Déductions	14
Question – Règlements Pénalités	14
Question - Délais de paiement Facturation	14
Question - Délais de paiement Livraisons	15

Question - Délais de paiement Détournement _____	15
Question – Délais de paiement Déséquilibre _____	15
Question - Coopération commerciale Acompte _____	15
Question – Négo Facturation hors contrat _____	16
Question – Facturation Délais de recours _____	16
Question – Négo Imposition de gamme _____	16
<b>4 – SUR LA RUPTURE BRUTALE MEME PARTIELLE DE RELATIONS COMMERCIALES ETABLIES _____</b>	<b>16</b>
Question – Déréférencement Motivation et Délais _____	17
Question – Déréférencement Réduction des marques nationales _____	17
Question – Négo Déséquilibre Arrêt de commande _____	18
Question – Négo Préavis _____	18
Question – Négo Préavis _____	18
<b>5- INDEX DES QUESTIONS : _____</b>	<b>19</b>

## 1- SUR LE REFUS DE VENTE :

### **Question – Refus de vente**

**- La suppression de l'interdiction de discriminer emporte-t-elle des conséquences sur le refus de vente ?**

Non, dans la mesure où le refus de vente entre professionnels n'est plus interdit depuis 1996. Un fournisseur peut tout à fait refuser d'engager une relation commerciale avec un distributeur. A noter toutefois qu'un acteur en position dominante doit s'abstenir de mettre en œuvre des pratiques pouvant être appréhendées comme une pratique abusive au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce, sans que cela l'empêche pour autant d'utiliser les marges de négociation ouvertes par la loi pour conclure des accords équilibrés avec son cocontractant. Serait également condamnable, au regard des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce un refus de vente résultant d'une entente destinée, par exemple, à nuire à un concurrent.

### **Question – Refus de livraison de fournisseurs**

**- Est-ce légal : des industriels fournisseurs de matériaux indispensables aux techniques actuelles de construction et ayant leur propre réseau de négoce, refusent de livrer à des coopératives d'artisans du bâtiment ?**

Dès lors qu'il n'y a pas de relations contractuelles préétablies entre les parties, un tel refus de la part d'une entreprise détenant une position dominante sur le marché de matériaux concernés pourrait constituer une pratique anticoncurrentielle au regard du droit des ententes, de l'exploitation abusive d'une position dominante ou de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces hypothèses de refus ne relèvent pas de la compétence de la Commission d'examen des pratiques commerciales.

### **Question – Refus de livraison de laboratoires**

**- Est-ce légal : des laboratoires et des industries pharmaceutiques refusent de livrer à des coopératives de pharmaciens pour continuer de maîtriser leur réseau de distribution ?**

Après avoir vu le jour en 1940 et connu différents avatars, l'interdiction du refus de vente entre professionnels a été « dépenalisée » en 1986 et définitivement supprimée par la « Loi Galland » *sur la loyauté et l'équilibre dans les relations commerciales* du 1<sup>er</sup> juillet 1996. Considéré comme une forme extrême de discrimination, le refus de vente a pu connaître une forme résiduelle de prohibition à laquelle la LME a mis fin en abrogeant l'interdiction des pratiques discriminatoires.

Actuellement, un refus de vente peut toutefois tomber sous le coup de la loi

- s'il procède d'une entente anticoncurrentielle ou est l'expression d'un abus de domination (art. 101 s. du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* ; art. L. 420-1 s. du code de commerce) ;
- s'il traduit la soumission d'un partenaire commercial à une obligation, celle de ne pas acheter ou de ne pas vendre, qui crée un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties (art. L. 442-6-I, 2° du code de commerce) ;
- s'il constitue une faute entraînant la responsabilité civile de son auteur, faute que la suppression de l'interdiction spécifique rend plus difficile à démontrer (art. 1382 du code civil).

C'est au regard de ces textes que devraient être analysés des refus de vente opposés par des laboratoires pharmaceutiques à des coopératives de pharmaciens.

## 2- SUR LA NOTION DE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF :

### **Question – Négo Déséquilibrées**

#### **- Comment appréhender la notion de déséquilibre significatif ?**

La notion nouvelle de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties a vocation à appréhender toute situation, qu'elle comporte ou non des pratiques décrites par un autre alinéa de l'article L. 442-6 du code de commerce. Elle pourra être appréciée au regard des effets de l'application de la convention sur les parties. Démontrer qu'une pratique crée un déséquilibre significatif au détriment d'un partenaire commercial ne requiert pas de prouver, au préalable, que l'auteur de la pratique détient une puissance d'achat ou de vente.

### **Question – Contrat unique Pré rédigé**

#### **- Est-il de bonne pratique de considérer comme contrat unique le contrat type et pré rédigé du client ?**

Le fait pour des parties à la négociation d'obtenir des contrats pré rédigés avec l'ensemble ou un nombre important de ses cocontractants pourrait révéler l'existence d'un déséquilibre dans leurs relations commerciales.

Proposer des clauses pré rédigées n'est toutefois pas interdit dès lors que celles-ci peuvent être modifiées à l'issue d'une réelle négociation entre les parties.

Par contre, obtenir la signature d'un contrat pré-rédigé est susceptible de sanction, en application de l'article L. 442-6 du code de commerce dès lors que celui-ci traduirait un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

### **Question - Livraisons – Trésorerie**

#### **- Est-il légal d'obtenir du fournisseur une avance permanente de trésorerie correspondant à deux mois de chiffres d'affaires ?**

Non si c'est sans contrepartie d'équilibre. On ne peut 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.

**Question - Livraisons-Fréquences**

**- Est-il légal d'obtenir un nouveau rythme très court, par exemple quotidien, des livraisons ?**

Oui et Non : Oui si le client le souhaite, si le fournisseur le peut, et si ce rythme court est équilibré dans le prix convenu. Non s'il s'agit d'une obligation créant un déséquilibre significatif.

**Question – Négo Compte à l'étranger**

**- Est-il légal pour un fournisseur de verser une participation financière sur un compte à l'étranger ?**

Oui si cette participation correspond à un engagement et une réalisation effective qui la justifie. Non si elle crée un déséquilibre significatif entre les droits et devoirs des parties. Ce déséquilibre est manifeste quand, par exemple, la somme versée est forfaitaire et de principe, quand la centrale à l'étranger n'apporte aucun service en particulier, les produits n'étant pas vendus en dehors de France.

**Question – Négo CGA**

**- Est-il légal d'imposer à son fournisseur des conditions générales d'achat à la place des CGV ?**

Non. Les CGV constituent le socle de la négociation et font l'objet d'une négociation entre les parties. Les cocontractants peuvent toutefois décider, d'un commun accord, d'écarter pour partie les conditions du fournisseur, sous réserve de ne pas créer un déséquilibre significatif au sens de l'article L. 442-6 du code de commerce.

**Question - Négo Clauses**

**- Est-il légal de signer un contrat dans lequel est écrit : « les présentes conditions d'achat s'appliquent à l'exclusion de toutes autres conditions générales de vente ou d'achat figurant sur les documents du fournisseur et notamment ses CGV » ?**

Non. Les CGV constituent le socle de la négociation et font l'objet d'une négociation entre les parties. Les cocontractants peuvent légalement décider, d'un commun accord, d'écarter pour partie les conditions du fournisseur, sous réserve de ne pas créer un déséquilibre significatif au sens de l'article L. 442-6 du code de commerce.

**Question - Négo Disproportions**

**- Comment va-t-on contrôler les avantages disproportionnés visés par l'article L. 442-6-I, 1° du code de commerce, qui a trait à la coopération commerciale?**

Exactement comme avant car ce texte n'a pas été modifié par la LME. Le formalisme en particulier demeure identique, et le contrôle s'effectuera de la même manière, en considérant les services de coopération commerciale isolément des autres obligations liant les opérateurs. En revanche, la sanction est potentiellement plus forte car, à l'instar de toutes les

situations abusives décrites à l'article L. 442-6 du code de commerce, l'amende civile (dont le montant peut atteindre 2 millions €) peut être portée à trois fois le montant des sommes indûment versées.

**Question - Négo Révision des prix Garantie de marge**

- Compte tenu du principe de libre fixation des prix par un revendeur, règle fondamentale en droit de la concurrence, l'interrogation porte sur la légalité de mettre en place un système de révision des prix entre une centrale d'achat de l'enseigne « A » et le fournisseur quand les prix d'achat au fournisseur évolueront en fonction des prix de revente des magasins de l'enseigne A qui s'aligneront sur les prix des concurrents ?

Cette pratique va à l'encontre de l'objectif de la Loi de modernisation de l'économie de permettre aux opérateurs de différencier leurs conditions commerciales pour introduire une véritable concurrence par les prix entre les distributeurs. Elle permet en pratique de garantir les marges du revendeur. Elle pourrait ainsi favoriser un alignement des conditions de vente accordées par le fournisseur à chaque revendeur.

**Question - Négo fixation du prix d'achat du distributeur**

- Est-il légal de prévoir des clauses en vertu desquelles le prix d'achat du distributeur est fixé en fonction du prix de revente le plus bas pratiqué par d'autres distributeurs ?

Observation liminaire :

Le mode de calcul n'a pas été communiqué. La réponse qui suit n'est donnée que sous réserve de l'exactitude de l'hypothèse retenue par le rapporteur selon laquelle le ratio entre prix d'achat et prix de vente le plus bas constaté sur le marché serait donné et constant.

Rappel :

1) La convention annuelle conclue entre un fournisseur et un distributeur détermine le prix contractuel d'un produit ou d'un service **pour la durée de l'exercice concerné**. Conformément aux dispositions de l'article L 441-6 du code de commerce, ce prix s'établit à partir du barème de prix figurant dans les conditions générales de vente du fournisseur. Sur cette base, la pratique soumise à l'appréciation de la Commission déroge à ce principe et conduit à formuler plusieurs remarques :

En contradiction avec l'objectif de stabilisation des relations commerciales poursuivi par la loi LME, elle implique des modifications vraisemblablement fréquentes du prix du produit (ou du service concerné), au gré des changements tarifaires opérés par les distributeurs concurrents pendant la période contractuelle.

2) Elle conduit à une **asymétrie** de situation entre les parties. La clause est toujours favorable au distributeur. Que l'évolution du prix le plus bas s'exerce à la baisse ou à la hausse, celui-ci maintient, dans tous les cas, le ratio prix d'achat/prix de vente. Au contraire, le fournisseur ne bénéficie de la clause en cause qu'en cas d'augmentation du prix de référence au cours de la période contractuelle. En cas de baisse, il subit une diminution de sa marge brute. D'autre part, il est dans un état de totale incertitude sur ce que sera l'évolution des prix pendant l'exercice concerné.

**De ce fait, la clause incriminée constitue, au sens de l'article L 442-6 I 2°, une pratique susceptible de créer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties**

**Au cas où le fournisseur serait en situation de dépendance économique, la clause incriminée pourrait être qualifiée d'abusives au regard de l'article L 420-2.**

**Question – Négo Remise**

**- Est-il légal d'obtenir d'un fournisseur une réduction de prix au seul motif que ses produits sont référencés chez un concurrent ?**

Les nouvelles dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce s'inscrivent dans un principe de liberté de la négociation commerciale. Cette liberté trouve toutefois ses limites lorsqu'elle conduit à « *un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* » [ 2° alinéa] ou lorsque les exigences d'une des parties visent à obtenir ou à tenter d'obtenir « *sous la menace d'une rupture brutale, totale ou partielle des relations commerciales* » des conditions manifestement abusives concernant les prix etc. [4° alinéa]

Le client ne doit pas utiliser sa puissance d'achat pour demander systématiquement à son fournisseur, une baisse de prix au seul motif qu'il a vendu son produit à un distributeur concurrent.

**Question – Négo Alignement**

**- Est-il légal d'obtenir une compensation financière permettant de s'aligner sur le prix de vente public du concurrent ?**

Aux termes de l'article L. 442-6-II, d) du code de commerce sont nuls les clauses du contrat ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou « *une personne immatriculée au répertoire des métiers* », la possibilité de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par les cocontractants.

**Question – Négo Alignement**

**- Est-il légal de déréférencer brutalement les produits dont un concurrent annonce avoir bloqué le prix de revente, si le fournisseur n'accorde pas une compensation financière permettant de s'aligner sur le prix de vente public du concurrent ?**

Les nouvelles dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce s'inscrivent dans un principe de liberté de la négociation commerciale. Cette liberté trouve toutefois ses limites lorsqu'elle conduit à « *un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* » [ 2° alinéa] ou lorsque les exigences d'une des parties visent à obtenir ou à tenter d'obtenir « *sous la menace d'une rupture brutale, totale ou partielle des relations commerciales* » des conditions manifestement abusives concernant les prix etc. ... [4° alinéa]

**Question – Négo Alignement**

**- Est-il légal d'obtenir 10 % de réduction de prix au seul motif que les produits sont référencés chez un concurrent ?**

Aux termes de l'article L. 442-6-II, d) sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou « *une personne immatriculée au répertoire des métiers* », la possibilité de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par les cocontractants.

**Question – CGV catégorielles**

**- Est-ce légal : des fournisseurs (dans le secteur du bâtiment) ont créé deux catégories de CGV : l'une pour les négociants stockistes, l'autre pour les coopératives stockistes. Les seconds stockent trois fois plus que les premiers. Les**

**seconds prennent deux fois plus de références que les premiers, mais les barèmes et prix des CGV des premiers sont 10% moins élevés?**

Les pratiques discriminatoires n'étant plus spécifiquement interdites, un fournisseur peut traiter différentes catégories de clients selon des critères qui lui sont propres. Toutefois ce traitement ne doit pas :

- Constituer un acte de concurrence déloyale,
- Créer un déséquilibre significatif dans la relation contractuelle fournisseur/distributeur,
- Résulter d'une entente,
- Constituer un abus de domination.

**Question – Négo Déséquilibre Pénalité pour retard de paiement**

**- Est-ce légal : notre chiffre d'affaires est sur une base de 100 avec un client. Notre accord prévoit un ensemble de services de coopération commerciale pour un montant annuel de 50% soit base 50. N'y a-t-il pas un déséquilibre significatif quand notre client exige la mensualisation (5 € par mois sur 10 mois) de règlement de cette coopération alors qu'il règle nos factures à 75 jours ? Cette pratique nous fait avancer une trésorerie de 200 000 €. De plus, nous avons eu un retard de paiement de cette mensualisation et avons reçu une pénalité de 2,5% par mois de retard.**

Les exigences du client en matière de délais de paiement, telles qu'elles apparaissent dans les faits relatés, ont manifestement pour effet d'alourdir le besoin en fonds de roulement du fournisseur. Ces exigences pourraient être considérées comme de nature à créer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au sens de l'article L. 442-6-1, 2° du code de commerce « *De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ».

**Question – Pénalités**

**- Peut-il être considéré comme abusif le fait de déduire une pénalité sur la facture alors que sa justification a été présentée, \*une première fois au fournisseur puis ultérieurement par deux relances \*et que celui-ci, invité à accepter ou refuser la déduction, a systématiquement fait « le mort », car il refuse toute reconnaissance écrite ?**

L'article L. 442-6-1, 8° du code de commerce n'interdit pas la déduction des pénalités sous réserve que la dette soit certaine, liquide et exigible et que le fournisseur ait été en mesure de contrôler la matérialité du grief dans un délai et selon des modalités conformes aux bonnes pratiques professionnelles.

**Question – Pénalités Refus**

**- Est-il légal pour un fournisseur de refuser catégoriquement toute notion de pénalités à raison d'une inexécution contractuelle dans sa relation avec le distributeur ?**

La question posée n'apparaît pas porter sur la simple inexécution d'un contrat déjà formé. On sait qu'une fois conclue, la convention fait la loi des parties. Dès lors, l'inexécution, ou le retard dans l'exécution d'une obligation contractuelle expose le débiteur de cette obligation au paiement de dommages-intérêts (article 1147 du code civil), le cas échéant à une action en exécution forcée (article 1184 du code civil), à moins que cette inexécution ne résulte d'un cas de force majeure.

C'est alors au créancier de l'obligation inexécutée de décider, ou non, d'engager une telle action.

En revanche, les conditions d'établissement du contrat, et l'équilibre des clauses qu'il contient, d'emblée encadrées par le code civil, ont suscité les interventions tant du législateur que des juges, qu'il s'agisse de la théorie générale des obligations, comme du droit des pratiques restrictives.

Il convient dès lors de s'interroger, d'une part, et d'une manière générale, sur l'étendue de la liberté laissée aux parties, en l'espèce un fournisseur et un distributeur, dans l'établissement du contrat et, d'autre part, sur les dispositions contenues dans les textes applicables en matière de pratiques restrictives.

### ***I – Le droit commun des obligations***

L'article 1134 du code civil consacre un principe de liberté et d'égalité entre les contractants, qui sont supposés s'engager librement, en connaissance de cause.

Il s'ensuit que les parties aménagent en principe librement le contenu du contrat, tant en ce qui concerne les obligations qu'il contient, que la sanction de leur inexécution.

Cette sanction est d'une double nature : il peut s'agir d'une peine, et/ou d'une réparation.

Il faut ajouter que la question posée se réfère aux relations fournisseur-distributeur, soit à des contrats de vente de produits ou de prestations de services, où les obligations des parties sont réciproques : le fournisseur doit livrer les articles commandés, le distributeur doit payer la commande, chacun dans le délai stipulé au contrat. Ces contrats sont dits synallagmatiques, en ce sens que le contrat crée des obligations réciproques et interdépendantes entre les parties. Cette réciprocité a une conséquence juridique importante : l'obligation de chaque contractant trouve sa cause dans l'obligation, envisagée par lui comme devant être effectivement exécutée, de l'autre contractant (article 1102 du code civil : « *le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres* »).

Il faut encore observer que la question posée concerne les relations entre professionnels dans l'exercice de leur activité, de sorte que les règles du droit de la consommation –notamment la prohibition des clauses abusives (article L. 132-1 du code de la consommation) ne sont pas applicables.

Dans de tels contrats, le principe de la liberté contractuelle peut-il justifier la neutralisation de toute sanction, autrement dit l'exclusion de toute responsabilité, en cas d'inexécution, par l'une des parties contractantes, de son obligation ?

### ***A – La clause pénale soumise au pouvoir modérateur du juge : la révision judiciaire***

Aux termes de l'article 1152 du code civil « *Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. Néanmoins le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite* ».

La Cour de cassation énonce que constitue une clause pénale la clause d'un contrat par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée ou le retard apporté à son exécution (Civ. 1°, 10 octobre 1995, D. 1996, 486). Elle s'applique du seul fait de ce manquement (Civ. 3°, 12 janvier 1984, Bull. 5). Elle a été librement acceptée par les parties.

La clause pénale présente deux caractères :

- elle tient lieu de dommages-intérêts
- elle est un forfait, et sera due quel que soit le montant du dommage.

Dans ce sens, la clause pénale peut s'apparenter à une clause limitative de responsabilité. Mais elle peut aussi revêtir un caractère excessif, et c'est précisément pour réagir contre les excès parfois constatés que le législateur est intervenu en 1975, pour confier au juge un pouvoir modérateur. C'est le second alinéa de l'article 1152 du code civil, dont les dispositions sont d'ordre public.

La peine stipulée peut se concevoir aussi bien comme un moyen de contraindre les parties à l'exécution que comme une évaluation conventionnelle anticipée du préjudice futur. Dans l'un et l'autre cas, elle peut être réduite par le juge qui doit, pour en apprécier le caractère excessif, tenir compte de son but (Civ. 1<sup>o</sup>, 3 janvier 1985, Bull. 4). Le juge peut également majorer une clause dérisoire. Il apprécie souverainement cette réévaluation (Soc. 5 juin 1996, Bull. 226).

### ***B – Les limites apportées aux clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité : faute lourde, obligation essentielle du contrat***

Le principe de la liberté contractuelle a pour conséquence que les parties sont libres d'aménager, comme elles l'entendent, leur accord : c'est l'objet notamment des clauses de non-responsabilité, et des clauses limitatives de responsabilité, qui sont en principe licites (Terré, Simler, Lequette, Dalloz, Droit des obligations, 8<sup>ème</sup> éd., n<sup>o</sup> 613 s., n<sup>o</sup> 617 s.).

Cette liberté trouve une première limite en cas de **faute lourde**. C'est l'objet de l'article 1150 du code civil, aux termes duquel « *Le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée* ».

Le droit des transports s'est révélé un terrain privilégié de la faute lourde, utilisée par les tribunaux pour faire échec aux plafonds de responsabilité à caractère légal *lato sensu*, bénéficiant au transporteur en application des contrats-type, en contrepartie de l'obligation de résultat mise à sa charge, de mener à bien l'opération de transport qui lui a été confiée.

Mais la définition très rigoureuse de la faute lourde adoptée par la jurisprudence, en conformité avec les dispositions de l'article 1150 du code civil précité, en limite la portée : la faute lourde est une *faute d'une extrême gravité, confinant au dol et dénotant l'incapacité du contractant* (le plus souvent un transporteur), maître de son action, à accomplir la tâche qu'il a contractuellement accepté. C'est aussi une définition subjectiviste : c'est le comportement de l'auteur de la faute lourde qui est visé, pas une situation de fait.

Or, c'est précisément dans le domaine du droit des transports que s'est développée la jurisprudence « causaliste » de **l'obligation essentielle du contrat**.

On sait qu'aux termes de l'article 1131 du code civil, « *l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* ».

Dès lors que l'on se trouve dans le cadre d'un pur contrat, c'est, selon la jurisprudence initiée par le premier arrêt Chronopost du 22 octobre 1996 (Bull. 261), puis confirmée par deux arrêts de la Cour de cassation en chambre mixte du 22 avril 2005 (Bull. 3 et 4), la théorie de la cause qui est l'instrument juridique utilisé pour neutraliser le plafond contractuel de responsabilité.

Aux termes de l'arrêt du 22 octobre 1996, « *Doit être réputée non écrite la clause limitative de responsabilité insérée dans un contrat de transport fixant l'indemnisation du retard au montant du prix du transport, dès lors que le transporteur, spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, qui s'était engagé à livrer le pli de l'expéditeur dans un délai déterminé, avait, en ne livrant pas dans ce délai, manqué à cette obligation essentielle dont la cause contredit la portée* ».

La clause limitative de responsabilité est ainsi écartée en cas de manquement par le débiteur à une obligation essentielle du contrat, car elle prive l'engagement de cause.

MM. Terré, Simler et Lequette (Daloz, Les obligations, 8<sup>ème</sup> éd., n° 339 et 340) rappellent en effet que dans les contrats synallagmatiques, la cause de l'obligation de chacune des parties réside dans l'obligation de l'autre ; en d'autres termes, la prestation due par chaque contractant sert de cause à l'obligation de l'autre. Il en résulte que l'obligation perd sa cause lorsque la contrepartie fait défaut.

Dans ses arrêts, la Cour de cassation (Com, 30 mai 2006, Bull. 132 ; 5 juin 2007, Bull. 157, n° 06 14832, D. 2007, p.1720, note Delpech ; RTD Civ. 2007, p. 657, note Fages) prend soin de préciser que la notion de cause, comme technique de neutralisation des clauses exonératoires de responsabilité, n'est concevable que dans l'hypothèse particulière où la relation est soumise à la seule loi des parties.

Ce qui la conduit à distinguer, en droit des transports, entre deux situations :

- celle où une clause conventionnelle sera réputée non écrite, en cas de manquement à une obligation essentielle du contrat,
- celle où une clause du contrat-type ne pourra être écartée qu'en cas de faute lourde entendue comme une faute d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'incapacité du transporteur, maître de son action, à accomplir la tâche qu'il a contractuellement accepté.

Mais le champ de cette jurisprudence s'est rapidement étendu au-delà du domaine qui l'avait vu naître. Par un arrêt du 13 février 2007 (Bull. 43, société Faurecia c Franfinance et société Oracle, D. 2007, p. 654, obs. Delpech), la Chambre commerciale énonce en termes généraux, au visa de l'article 1131 du code civil, que « *le manquement du débiteur à une obligation essentielle du contrat est de nature à faire échec à l'application de la clause limitative de réparation stipulée au contrat* ».

L'arrêt censuré avait fait application d'une clause limitative de réparation stipulée dans un contrat de fourniture de progiciels informatiques, motif pris de ce qu'aucune faute lourde n'était établie à l'encontre du fournisseur, alors que la cour d'appel constatait que ce dernier s'était engagé à livrer la version litigieuse des progiciels, objectif final des contrats passés, à une période déterminée, qu'il n'avait jamais été convenu du déploiement d'une autre livraison, ce dont il résultait, constate la Chambre commerciale, un manquement à une obligation essentielle du contrat.

Il apparaît ainsi qu'à côté de la faute lourde, de nature subjective puisqu'elle doit, selon la jurisprudence précitée, « *se déduire de la gravité du comportement du débiteur* », le manquement à l'obligation essentielle du contrat, à caractère objectif, peut justifier l'inopposabilité des clauses limitatives de responsabilité. La théorie de la cause est l'instrument utilisé pour neutraliser le plafond conventionnel de responsabilité : l'engagement est privé de cause.

Il résulte de ce qui précède qu'au regard de la théorie générale des obligations, un refus de toute pénalité opposé par un fournisseur à raison d'une inexécution du contrat, pourrait exposer ce fournisseur :

- en l'absence de clauses pénales ou de clauses limitatives de responsabilité prévues dans le contrat :
  - o à une action judiciaire en exécution forcée et/ou en paiement de dommages-intérêts,
- en présence de telles clauses,
  - o s'il s'agit d'une clause pénale « dérisoire », à ce qu'elle soit majorée par le juge,
  - o s'il s'agit d'une clause limitative de responsabilité et à condition qu'elle porte sur une obligation essentielle de la convention, à ce qu'elle soit réputée non écrite par le juge.

## ***II – Le droit des pratiques restrictives***

De telles clauses sont-elles susceptibles de constituer des pratiques illicites ?

Aux termes de l'article L. 442-6-I du code de commerce dans sa rédaction issue de la Loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, « *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel (...) 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* ».

Dans sa rédaction antérieure (L. 442-6-I, 1°), le même article visait les notions, distinctes, d'abus de la relation de dépendance et de puissance d'achat donnant lieu à des conditions commerciales injustifiées, ce qui a conduit certains auteurs à relever que l'accent était désormais porté sur un contrôle objectif de l'économie du contrat, et à considérer qu'une nouvelle pratique prohibée *per se* avait fait son apparition au lieu et place de l'abus de la relation de dépendance (cf. S. Le Gac-Pech, revue Contrats concurrence consommation n° 11, novembre 2009, étude 12).

Il a déjà été énoncé par la CEPC (Fiche sur la Négociation commerciale, 2- Sur le tarif fournisseur, Question – Négociation Remise), que les dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce, dans leur rédaction issue de la LME, s'inscrivent dans un principe de liberté de la négociation commerciale, conforme aux dispositions de l'article 1134 du code civil (v. supra), et que cette liberté trouve ses limites lorsqu'elle conduit à un « *déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ».

Tel pourrait être le cas, s'agissant d'une clause limitative voire exonératoire de responsabilité convenue au bénéfice d'un seul des contractants.

En exigeant de son acheteur d'être exempté de toute pénalité à raison de l'inexécution de ses obligations, le fournisseur ne le soumet-il pas à une obligation créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ?

Comme le relèvent –encore- MM. Terré, Simler et Lequette (Dalloz, Les obligations, n° 610), on ne peut pas, à la fois, s'engager et ne pas s'engager, sous peine de porter atteinte au principe de la bonne foi et d'introduire dans le contrat une dose de potestativité trop contraire au principe *pacta sunt servanda*...

On peut relever que la notion de « *déséquilibre significatif* » introduite par le législateur dans le droit des pratiques restrictives, apparaît moins exigeante que celle de « *l'obligation essentielle* » créée par la jurisprudence dans le droit général des contrats.

On peut penser, aussi, que « *l'avantage excessif* » résultant pour le fournisseur d'une telle clause, finalement très proche de l'excès manifeste ou du montant dérisoire visés par l'article 1152 alinéa 2 du code civil, pourrait constituer, en lui-même, un déséquilibre significatif par référence à ces dispositions.

C'est l'analyse de M. Paisant (D. 1995, p. 223, Clauses pénales et clauses abusives après la loi n° 95-96 du 1<sup>er</sup> février 1995), dans le domaine distinct, mais voisin, du droit de la consommation. A la suite de la réforme apportée au droit des clauses abusives par la loi 95-96 du 1<sup>er</sup> février 1995, faisant du « *déséquilibre significatif des droits et obligations des parties au contrat* » le seul critère de la clause abusive que le juge a le pouvoir de réputer non écrite, « *la confusion [lui] paraît inévitable, puisque, de par son caractère marquant et important, le « déséquilibre significatif » du code de la consommation est tout aussi patent que « l'excès manifeste » du code civil* » (ibid.).

Mais tandis que celui-ci n'autorise que la modération par le juge des pénalités contractuelles manifestement excessives, ou dérisoires, se bornant à ramener la peine contractuelle à une juste mesure, celui-là prévoit que la stipulation critiquable est purement et simplement écartée par le juge.

La notion de déséquilibre significatif introduite le 4 août 2008 dans le droit des pratiques restrictives pourrait ainsi, par une conséquence peut-être imprévue lors de la réforme, se substituer –en les durcissant- aux règles applicables aux clauses pénales contenues dans le droit commun des obligations.

#### **Question – Pénalités**

**- Est-ce légal d'imposer des pénalités de retard dans les contrats d'affaires ? Pour ce fournisseur, un camion représente ici une valeur de 600 000 € de marchandises livrées facturées. Une pénalité imposée par le client de 25% par camion arrivé en retard... Pour un seul compte client en 2008, le montant est de 800 000€. Il suffit d'aller vérifier sur la fiche comptable du compte.**

Il résulte de l'article L. 442-6-I, 8° du code de commerce que *tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers* engage sa responsabilité et est obligé de réparer le préjudice ainsi causé s'il déduit d'office du montant de la facture établie par le fournisseur des pénalités correspondant au non-respect d'une date de livraison lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible et que le fournisseur n'a pas été mis en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant. Il est légal de prévoir dans les contrats d'affaires des pénalités de retard, mais la fixation de leur montant ne doit pas conduire à un déséquilibre significatif dans les relations entre les parties. A titre indicatif, la Commission d'examen des pratiques commerciales conseille aux parties de se référer à la *Recommandation distributeurs et industriels sur les conditions et qualité de la livraison des produits de grande consommation* approuvée par la Commission dans son avis n°09-01.

#### **Question – Livraison Limitation**

**- Est-il légal pour un fournisseur de contingenter (limiter les livraisons) unilatéralement ses livraisons, notamment sur des produits incontournables et ce malgré les termes de la commande ?**

Le fait de ne pas honorer une commande passée conforme au contrat engage la responsabilité contractuelle du vendeur sauf s'il est en droit d'invoquer un cas d'inexécution justifiée ou un cas de force majeure. Un fournisseur peut toujours introduire dans ses CGV une disposition se réservant la possibilité de contingenter ses livraisons (par exemple au regard de sa capacité de production). Par contre, dans le cas où la vente peut être qualifiée de parfaite (acceptation par le fournisseur de la livraison de 100 au moyen, par exemple, d'un accusé de réception), le fait de ne livrer qu'une quantité de 80 constitue clairement un manquement à ses obligations contractuelles. Avant de saisir le juge pour obtenir du fournisseur la bonne exécution du contrat ou une réparation du préjudice éventuellement subi, encore conviendrait-il d'interroger ce dernier sur les raisons de son manquement à ses obligations, surtout dans le cas où celui-ci revêt un

caractère exceptionnel. Il ne serait pas illégitime que le fournisseur en cause gère cette pénurie momentanée en appliquant, par exemple, des quotas de livraison proportionnels aux volumes commandés par ses clients.

En cas d'incidents répétés de cette nature, il n'est alors pas impossible qu'ils découlent d'une stratégie délibérée de la part du fournisseur visant à privilégier sans raisons objectives certains distributeurs ou circuits de distribution. Dans une telle situation, cette stratégie pourrait relever du droit des pratiques anticoncurrentielles.

### 3- SUR LES CONDITIONS DE REGLEMENT:

#### **Question – Règlements Retenues Usuelles**

**- Est-il légal, quand il est d'usage de pratiquer une retenue usuelle de 5% pour couvrir d'éventuelles malfaçons, de déduire une caution bancaire de 20% jusqu'à la réception et de 10 % au-delà ?**

Non : l'article L.442-6-I, 8° du code de commerce interdit « *de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondant [...] 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* ». Le client peut en revanche obtenir du fournisseur une caution bancaire pour garantir le paiement de l'indemnisation d'éventuelles malfaçons. Mais le montant de cette garantie supérieur aux usages de la profession et sa répartition couvrant 20% du montant du bien jusqu'à la réception et 10% au-delà, doit être analysé au regard du risque d'un déséquilibre significatif au détriment du fournisseur.

#### **Question – Règlements Déductions**

**- Est-il légal, pour un client, de déduire du montant des règlements à son fournisseur, des sommes à sa seule initiative (prélèvement annuel au titre de gains de compétitivité, factures de « démérites », « avoirs d'office » pour non-conformité ou incidents techniques non prouvés)... ?**

Non, l'article L. 442-6-I, 8° du code de commerce interdit de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondant au non-respect d'une date de livraison ou à la non-conformité des marchandises lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant.

#### **Question – Règlements Pénalités**

**- Est-il légal de déduire du règlement des pénalités pour retard de livraison ?**

Non, l'article L. 442-6-I, 8° du code de commerce dispose : « *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, [...] de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur, les pénalités [...] correspondant au non-respect d'une date de livraison [...] 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* ».

#### **Question - Délais de paiement Facturation**

**- Est-il légal de délocaliser à l'étranger son centre de facturation, ou de facturer par une filiale à l'étranger, pour ne pas être obligé de respecter la réduction des délais de paiement ?**

Non bien sur s'il s'agit de détourner ou de contourner la loi.

**Question - Délais de paiement Livraisons**

**- Est-il légal d'imposer des livraisons pour six mois de stocks quand le client doit payer à 60 jours ?**

Non si cette contrainte crée un déséquilibre significatif au détriment du client concerné. Une telle contrainte pourrait également relever des pratiques prohibées par l'article L. 420-2 du code de commerce.

**Question - Délais de paiement Détournement**

**- Est-il légal de conclure un nouveau système de vente en consignation pour n'engager le début du délai de paiement qu'après la vente effective des produits ?**

Non s'il s'agit manifestement de « détourner » ou de « contourner » la loi. La LME ne remet pas en cause le régime juridique du dépôt-vente ou vente en consignation. La vente en consignation n'est pas interdite. Cependant, utiliser contrairement aux habitudes anciennes, une telle pratique dans le but de contourner les obligations relatives à la réduction des délais de paiement, devient une pratique abusive.

**Question - Délais de paiement Déséquilibre**

**- Un fournisseur détenant de façon incontestable une puissance de négociation sur un marché exige un règlement à 15 jours net de ses factures, mais règle ses fournisseurs à 60 jours fin de mois. Cette pratique n'induit-elle pas un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ?**

En réglant ses fournisseurs à 60 jours et en exigeant de ses clients un paiement à 15 jours net, l'entreprise réduit de façon importante son besoin en fonds de roulement. La question d'un éventuel effet de déséquilibre dans les droits et obligations des parties ne peut, bien évidemment, être évoquée que dans le cas où le client de l'entreprise en cause est également son fournisseur. Dans une telle situation, cette entreprise fait porter sur son cocontractant sa puissance de négociation et alourdit le besoin en fonds de roulement de celui-ci. Le caractère significatif du déséquilibre ne pourrait toutefois être constaté que sur la base de la prise en compte de l'importance des sommes en jeu. L'article L. 441-6 du code de commerce précise que : « *sauf dispositions contraires figurant aux conditions de vente ou convenues entre les parties, le délai de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée* ». Dans le cadre d'une recherche visant à l'élaboration de bonnes pratiques commerciales, une réduction à 15 jours du délai imposé au cocontractant devrait logiquement s'accompagner d'une contrepartie proportionnée, sous forme d'un escompte pour paiement rapide.

**Question - Coopération commerciale Acompte**

**- Est-ce légal : le client exige une mensualisation du règlement des coopérations commerciales. Ainsi, celles qui n'arriveront qu'en décembre commencent à être réglées dès le mois de mars.**

Non, si elle crée un déséquilibre significatif entre les droits et devoirs des parties.

#### **Question – Négo Facturation hors contrat**

- En 2006 un client instaure « ses tickets » calculés en % du Prix de Vente Consommateur. Nous avons donc participé en 2006, 2007 et 2008. Cependant, au cours de 2008, alors que les négociations ont été conclues depuis des mois, une facture supplémentaire de 0,15€ par unité de vente consommateur bénéficiant d'un de ces « tickets » nous est imposée au titre de frais de gestion. Nous refusons cette facturation non prévue dans nos accords. Afin de nous faire plier, nous sommes menacés d'exclusion des négociations 2009 si nous maintenons notre position...

On ne peut sans abus imposer une facturation non prévue par la convention.

#### **Question – Facturation Délais de recours**

- Est-il légal pour un fournisseur d'imposer des délais de recours plus courts que ceux fixés par la loi, notamment en limitant le délai de réclamation sur la facturation ?

*Exemple de clause : « il appartient à l'acheteur en cas de facturation sans réception de Produit, de litige sur le contenu de la facture (adresse, intitulés, prix...) d'effectuer par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou mail à l'attention du gestionnaire des approvisionnements du Fournisseur, toutes réclamations, dans un délai de dix (10) jours à compter de la date d'émission de la facture. A défaut, le Fournisseur sera dégagé de toute obligation vis-à-vis de l'acheteur et les Produits seront réputés avoir été livrés conformes à la commande. La facturation sera également réputée conforme à la commande ».*

Le Titre IV du livre IV du code de commerce ne fixe pas de délais de recours pour un défaut de livraison ; ce cas relève de la négociation commerciale, sauf à ce que ce délai traduise un déséquilibre dans les droits et obligations des parties, notamment si la transmission de la facture est tardive et diminue d'autant les 10 jours de délai de réclamation.

#### **Question – Négo Imposition de gamme**

- Est-il de bonne pratique pour un fournisseur de subordonner la livraison d'une seule référence incontournable pour le client, à l'achat par ce dernier d'autres références qu'il ne souhaite pas acquérir ?

Subordonner la livraison d'une référence à l'achat d'autres références relève de la technique de la vente liée, couplage « pur » par opposition au couplage « mixte », c'est la situation où le client se voit offrir le choix entre acheter l'assortiment proposé ou obtenir seulement la référence souhaitée. Si la référence s'avère réellement « incontournable », c'est-à-dire telle que le client ne peut pas disposer objectivement de solutions équivalentes sur le marché, la pratique contestée pourrait être incriminée :

- A- tout d'abord au regard des pratiques anticoncurrentielles
- B- au titre de l'article L. 442-6-I, 2° du code de commerce au cas où elle conduirait à un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

## **4 – SUR LA RUPTURE BRUTALE MEME PARTIELLE DE RELATIONS COMMERCIALES ETABLIES**

**Question – Déréférencement Motivation et Délais**

- Ma PME fait l'objet de déréférencement partiel ou total de sa gamme de produits par quelques enseignes. La raison invoquée est la LME, c'est-à-dire le besoin de faire de la place dans les rayons en vue de remplacer les produits de marques nationales par des produits de marque(s) de l'enseigne (M.D.D.), pour concurrencer les maxi discompteurs. Ainsi par exemple, j'ai reçu le 24/12/2008 une L.R.A.R d'un distributeur représentant plus de 17 % de mon chiffre d'affaires m'informant de la suppression de toute la gamme de produits sous quatre mois.

1) La lettre de déréférencement n'était pas motivée, aurait-elle dû l'être (manque de performance des produits, problèmes de qualité, manquements graves de la part du fournisseur...)?

2) Cette lettre m'accorde un délai de 4 mois avant fin de toute activité. Compte tenu d'une antériorité de collaboration de 5 années et des 17 % de mon C.A. ce délai vous semble-t-il suffisant, sachant que généralement il n'est jamais complètement respecté (afin d'écouler les produits présents en linéaires les magasins arrêtent les commandes 1 ou 2 mois avant la fin de la période!) ?

A l'échéance du plan d'affaires, une enseigne est parfaitement libre de modifier sa stratégie commerciale, de développer dans ses linéaires la vente de ses marques propres en réduisant l'offre de marques nationales. C'est la liberté du commerce et de l'industrie.

D'autre part, l'enseigne en cause avec une part de marché supposée de 20 % ne détient pas de position dominante sur le marché du produit concerné.

La seule question à évoquer serait celle du risque de rupture brutale.

C'est apparemment tardivement que le fournisseur a été avisé du changement de stratégie de son client. Celui-ci doit bien évidemment lui accorder un préavis dont la durée dépend notamment de celle de leur relation commerciale (à condition que celle-ci soit jugée établie).

**Question – Déréférencement Réduction des marques nationales**

- Est-ce légal : une enseigne représente 20 % du marché de ce produit. Mi-décembre 2008, elle écrit à ses fournisseurs : « ... nous vous avons exposé notre stratégie commerciale pour 2009 visant principalement à développer l'assortiment de notre marque. Par conséquent, le nombre de références en marques nationales sera réduit en nos points de vente. Conformément aux articles L. 442-6-I, 5° du code de commerce nous venons donc par la présente vous confirmer notre décision de ne pas reconduire votre référencement pour les produits ci-dessous : ... », suivent pas moins de 78 références ?

A l'échéance du plan d'affaires, une enseigne est parfaitement libre de modifier sa stratégie commerciale, de développer dans ses linéaires la vente de ses marques propres en réduisant l'offre de marques nationales. C'est la liberté du commerce et de l'industrie.

D'autre part, l'enseigne en cause avec une part de marché supposée de 20 % ne détient pas de position dominante sur le marché du produit concerné.

La seule question à évoquer serait celle du risque de rupture brutale.

C'est apparemment tardivement que le fournisseur a été avisé du changement de stratégie de son client. Celui-ci doit bien évidemment lui accorder un préavis dont la durée dépend notamment de celle de leur relation commerciale à condition que celle-ci soit jugée établie.

**Question – Négo Déséquilibre Arrêt de commande**

**- Est-ce légal : une enseigne n'ayant pas obtenu 3 % de remise supplémentaire a arrêté du jour au lendemain 30 % de ses commandes, soit une perte de 6 % de chiffre d'affaires du fournisseur ?**

La Commission d'examen des pratiques commerciales recommande de se référer aux travaux, relatifs à la rupture brutale des relations commerciales établies, réalisés par le groupe d'experts sur la jurisprudence pour le rapport annuel 2008/2009 dont les conclusions figurent en annexe 12 p. 140 de ce rapport.

**Question – Négo Préavis**

**- Dans le cas où un accord sur le nouveau tarif proposé par le fournisseur ne pourrait être trouvé avec le distributeur, le fournisseur peut-il rompre les relations commerciales sans respecter les dispositions en matière de préavis, applicables à la rupture des relations commerciales ?**

Au cours de la période de renégociation du contrat annuel, engage la responsabilité de son auteur le fait de rompre brutalement une relation commerciale **établie**, sans préavis écrit tenant compte de la durée de cette relation.

Les dispositions de cet article ne s'appliquent tout d'abord que pour autant que soit démontré le caractère établi de la relation. Le fait que les négociations entre les parties s'établissent selon un rythme annuel ne fait pas obstacle à la démonstration de cette caractéristique.

Dans le cas d'espèce, il s'avère que les parties n'ont pas réussi à s'accorder sur le prix, élément essentiel de la négociation commerciale. Le fait que le fournisseur interrompe ses ventes auprès du distributeur en cause n'implique pas pour autant que cette décision puisse être automatiquement qualifiée de rupture brutale d'une relation commerciale établie. Il conviendrait, pour le moins que soient connues les raisons pour lesquelles aucun accord n'a pu être trouvé sur le nouveau tarif figurant dans les CGV du fournisseur. Muni de ces informations et compte tenu des circonstances de l'espèce, il appartiendra au juge saisi d'un éventuel contentieux de déterminer laquelle des deux parties est réellement à l'origine de la cessation de la relation commerciale.

NB : « *la réponse serait identique si la rupture était le fait du distributeur* ».

**Question – Négo Préavis**

**- Au même titre que le refus en bloc des CGV d'un fournisseur, par un distributeur, avant l'ouverture de la négociation, « revient à ne pas vouloir traiter avec ce fournisseur », le fait pour un fournisseur de refuser catégoriquement toute négociation de ses CGV avec un distributeur ne revient-il pas à ne pas vouloir traiter avec ce distributeur, justifiant ainsi l'interruption des relations commerciales ?**

L'hypothèse envisagée est celle d'une relation commerciale établie, au sens de l'article L. 442-6-I, 5° du code de commerce, et de la négociation annuelle du plan d'affaires entre la grande distribution et ses fournisseurs.

En disposant que les CGV du fournisseur *constituent le socle de la négociation commerciale*, l'article L. 441-6 du code de commerce reconnaît l'existence d'une possibilité de négocier ces CGV. Cette possibilité s'est trouvée consacrée par la LME, notamment en ce qu'elle a supprimé l'interdiction des pratiques discriminatoires. Les CGV négociables sont, selon cet article, *les conditions de vente : le barème des prix unitaires ; les réductions de prix ; les conditions de règlement*. Deux cas sont à envisager :

- Les accords arrivés à leur terme prévoyaient le principe d'une négociation pour la période suivante. Négocier constitue alors une obligation contractuelle. La liberté de ne pas conclure ne supprime pas le devoir de chercher à le faire. Cette obligation de négocier doit être exécutée de bonne foi (art. 1134 al 3 du code civil). Celui qui refuserait de négocier ou ne le ferait pas de bonne foi engagerait sa responsabilité contractuelle. Il engagerait également sa responsabilité délictuelle à l'égard des tiers, car il serait considéré comme l'auteur de la rupture brutale de la relation commerciale.
- Les accords arrivés à leur terme ne prévoyaient pas le principe d'une négociation pour la période suivante. Si l'une des parties demande à poursuivre la relation commerciale, le refus opposé par l'autre partie d'ouvrir des négociations pourrait être appréhendé par le juge comme une volonté de rupture, considérant les circonstances de fait, notamment l'existence d'une négociation lors de chaque nouvelle période contractuelle antérieure. Ainsi, dans un domaine qui n'est pas celui de la grande distribution, la Cour d'appel de Paris a estimé lorsqu'une entreprise n'a aucunement accepté de négocier, que la rupture est de son fait (CA Paris, 3 juillet 2008). Il en serait de même en cas de simulacre de négociation de la part d'une partie : si une négociation s'ouvre, elle doit se dérouler dans le respect du devoir de loyauté de chacun des partenaires envers l'autre.

Enfin, quel que soit le contenu des accords précédents, le refus de négocier pourrait être analysé comme la tentative de soumettre un partenaire commercial à des obligations – celles résultant des nouvelles CGV – créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

Si les parties au contrat ne sont pas dans une relation commerciale établie et en l'absence de clause contractuelle stipulant une obligation de négocier, chaque partie est libre de ne pas négocier sous réserve que ce refus ne procède pas d'une entente anticoncurrentielle ou d'un abus de domination.

## 5- INDEX DES QUESTIONS :

- La suppression de l'interdiction de discriminer emporte-t-elle des conséquences sur le refus de vente ? _____	3
- Est-ce légal : des industriels fournisseurs de matériaux indispensables aux techniques actuelles de construction et ayant leur propre réseau de négoce, refusent de livrer à des coopératives d'artisans du bâtiment ? _____	3
- Est-ce légal : des laboratoires et des industries pharmaceutiques refusent de livrer à des coopératives de pharmaciens pour continuer de maîtriser leur réseau de distribution ? _____	3
- Comment appréhender la notion de déséquilibre significatif ? _____	4
- Est-il de bonne pratique de considérer comme contrat unique le contrat type et pré rédigé du client ? _____	4
- Est-il légal d'obtenir du fournisseur une avance permanente de trésorerie correspondant à deux mois de chiffres d'affaires ? _____	4
- Est-il légal d'obtenir un nouveau rythme très court, par exemple quotidien, des livraisons ? _____	5
- Est-il légal pour un fournisseur de verser une participation financière sur un compte à l'étranger ? _____	5
- Est-il légal d'imposer à son fournisseur des conditions générales d'achat à la place des CGV ? _____	5
- Est-il légal de signer un contrat dans lequel est écrit : « les présentes conditions d'achat s'appliquent à l'exclusion de toutes autres conditions générales de vente ou d'achat figurant sur les documents du fournisseur et notamment ses CGV » ? _____	5
- Comment va-t-on contrôler les avantages disproportionnés visés par l'article L. 442-6-I, 1° du code de commerce, qui a trait à la coopération commerciale ? _____	5
- Compte tenu du principe de libre fixation des prix par un revendeur, règle fondamentale en droit de la concurrence, l'interrogation porte sur la légalité de mettre en place un système de révision des prix entre une centrale d'achat de l'enseigne « A » et le fournisseur quand les prix d'achat au fournisseur évolueront en fonction des prix de revente des magasins de l'enseigne A qui s'aligneront sur les prix des concurrents ? _____	6
- Est-il légal de prévoir des clauses en vertu desquelles le prix d'achat du distributeur est fixé en fonction du prix de revente le plus bas pratiqué par d'autres distributeurs ? _____	6

- Est-il légal d'obtenir d'un fournisseur une réduction de prix au seul motif que ses produits sont référencés chez un concurrent ? \_\_\_\_\_ 7
  - Est-il légal d'obtenir une compensation financière permettant de s'aligner sur le prix de vente public du concurrent ? \_\_\_\_\_ 7
  - Est-il légal de déréférencer brutalement les produits dont un concurrent annonce avoir bloqué le prix de revente, si le fournisseur n'accorde pas une compensation financière permettant de s'aligner sur le prix de vente public du concurrent ? \_\_\_\_\_ 7
  - Est-il légal d'obtenir 10 % de réduction de prix au seul motif que les produits sont référencés chez un concurrent ? \_\_\_\_\_ 7
  - Est-ce légal : des fournisseurs (dans le secteur du bâtiment) ont créé deux catégories de CGV : l'une pour les négociants stockistes, l'autre pour les coopératives stockistes. Les seconds stockent trois fois plus que les premiers. Les seconds prennent deux fois plus de références que les premiers, mais les barèmes et prix des CGV des premiers sont 10% moins élevés? \_\_\_\_\_ 7
  - Est-ce légal : notre chiffre d'affaires est sur une base de 100 avec un client. Notre accord prévoit un ensemble de services de coopération commerciale pour un montant annuel de 50% soit base 50. N'y a-t-il pas un déséquilibre significatif quand notre client exige la mensualisation (5 € par mois sur 10 mois) de règlement de cette coopération alors qu'il règle nos factures à 75 jours ? Cette pratique nous fait avancer une trésorerie de 200 000 €. De plus, nous avons eu un retard de paiement de cette mensualisation et avons reçu une pénalité de 2,5% par mois de retard. \_\_\_\_\_ 8
  - Peut-il être considéré comme abusif le fait de déduire une pénalité sur la facture alors que sa justification a été présentée, \*une première fois au fournisseur puis ultérieurement par deux relances \*et que celui-ci, invité à accepter ou refuser la déduction, a systématiquement fait « le mort », car il refuse toute reconnaissance écrite ? \_\_\_\_\_ 8
  - Est-il légal pour un fournisseur de refuser catégoriquement toute notion de pénalités à raison d'une inexécution contractuelle dans sa relation avec le distributeur ? \_\_\_\_\_ 8
  - Est-ce légal d'imposer des pénalités de retard dans les contrats d'affaires ? Pour ce fournisseur, un camion représente ici une valeur de 600 000 € de marchandises livrées facturées. Une pénalité imposée par le client de 25% par camion arrivé en retard... Pour un seul compte client en 2008, le montant est de 800 000€. Il suffit d'aller vérifier sur la fiche comptable du compte. \_\_\_\_\_ 13
  - Est-il légal pour un fournisseur de contingenter (limiter les livraisons) unilatéralement ses livraisons, notamment sur des produits incontournables et ce malgré les termes de la commande ? \_\_\_\_\_ 13
  - Est-il légal, quand il est d'usage de pratiquer une retenue usuelle de 5% pour couvrir d'éventuelles malfaçons, de déduire une caution bancaire de 20% jusqu'à la réception et de 10 % au-delà ? \_\_\_\_\_ 14
  - Est-il légal, pour un client, de déduire du montant des règlements à son fournisseur, des sommes à sa seule initiative (prélèvement annuel au titre de gains de compétitivité, factures de « démérites », « avoirs d'office » pour non-conformité ou incidents techniques non prouvés)... ? \_\_\_\_\_ 14
  - Est-il légal de déduire du règlement des pénalités pour retard de livraison ? \_\_\_\_\_ 14
  - Est-il légal de délocaliser à l'étranger son centre de facturation, ou de facturer par une filiale à l'étranger, pour ne pas être obligé de respecter la réduction des délais de paiement ? \_\_\_\_\_ 15
  - Est-il légal d'imposer des livraisons pour six mois de stocks quand le client doit payer à 60 jours ? \_\_\_\_\_ 15
  - Est-il légal de conclure un nouveau système de vente en consignation pour n'engager le début du délai de paiement qu'après la vente effective des produits ? \_\_\_\_\_ 15
  - Un fournisseur détenant de façon incontestable une puissance de négociation sur un marché exige un règlement à 15 jours net de ses factures, mais règle ses fournisseurs à 60 jours fin de mois. Cette pratique n'induit-elle pas un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ? \_\_\_\_\_ 15
  - Est-ce légal : le client exige une mensualisation du règlement des coopérations commerciales. Ainsi, celles qui n'arriveront qu'en décembre commencent à être réglées dès le mois de mars. \_\_\_\_\_ 15
  - En 2006 un client instaure « ses tickets » calculés en % du Prix de Vente Consommateur. Nous avons donc participé en 2006, 2007 et 2008. Cependant, au cours de 2008, alors que les négociations ont été conclues depuis des mois, une facture supplémentaire de 0,15€ par unité de vente consommateur bénéficiant d'un de ces « tickets » nous est imposée au titre de frais de gestion. Nous refusons cette facturation non prévue dans nos accords. Afin de nous faire plier, nous sommes menacés d'exclusion des négociations 2009 si nous maintenons notre position... \_\_\_\_\_ 16
  - Est-il légal pour un fournisseur d'imposer des délais de recours plus courts que ceux fixés par la loi, notamment en limitant le délai de réclamation sur la facturation ? \_\_\_\_\_ 16
- Exemple de clause : « il appartient à l'acheteur en cas de facturation sans réception de Produit, de litige sur le contenu de la facture (adresse, intitulés, prix...) d'effectuer par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou mail à l'attention du gestionnaire des approvisionnements du Fournisseur, toutes réclamations, dans un délai de dix (10) jours à compter de la date d'émission de la facture. A défaut, le Fournisseur sera dégagé de toute obligation vis-à-vis de l'acheteur et les Produits seront réputés avoir été livrés conformes à la commande. La facturation sera également réputée conforme à la commande ». \_\_\_\_\_ 16

- Est-il de bonne pratique pour un fournisseur de subordonner la livraison d'une seule référence incontournable pour le client, à l'achat par ce dernier d'autres références qu'il ne souhaite pas acquérir ? \_\_\_\_\_ 16
- Ma PME fait l'objet de déréférencement partiel ou total de sa gamme de produits par quelques enseignes. La raison invoquée est la LME, c'est-à-dire le besoin de faire de la place dans les rayons en vue de remplacer les produits de marques nationales par des produits de marque(s) de l'enseigne (M.D.D.), pour concurrencer les maxi discompteurs. Ainsi par exemple, j'ai reçu le 24/12/2008 une L.R.A.R d'un distributeur représentant plus de 17 % de mon chiffre d'affaires m'informant de la suppression de toute la gamme de produits sous quatre mois. \_\_\_\_\_ 17
- 1) La lettre de déréférencement n'était pas motivée, aurait-elle dû l'être (manque de performance des produits, problèmes de qualité, manquements graves de la part du fournisseur...) ? \_\_\_\_\_ 17
- 2) Cette lettre m'accorde un délai de 4 mois avant fin de toute activité. Compte tenu d'une antériorité de collaboration de 5 années et des 17 % de mon C.A. ce délai vous semble-t-il suffisant, sachant que généralement il n'est jamais complètement respecté (afin d'écouler les produits présents en linéaires les magasins arrêtent les commandes 1 ou 2 mois avant la fin de la période !) ? \_\_\_\_\_ 17
- Est-ce légal : une enseigne représente 20 % du marché de ce produit. Mi-décembre 2008, elle écrit à ses fournisseurs : « ... nous vous avons exposé notre stratégie commerciale pour 2009 visant principalement à développer l'assortiment de notre marque. Par conséquent, le nombre de références en marques nationales sera réduit en nos points de vente. Conformément aux articles L. 442-6-I, 5° du code de commerce nous venons donc par la présente vous confirmer notre décision de ne pas reconduire votre référencement pour les produits ci-dessous : ... », suivent pas moins de 78 références ? \_\_\_\_\_ 17
- Est-ce légal : une enseigne n'ayant pas obtenu 3 % de remise supplémentaire a arrêté du jour au lendemain 30 % de ses commandes, soit une perte de 6 % de chiffre d'affaires du fournisseur ? \_\_\_\_\_ 18
- Dans le cas où un accord sur le nouveau tarif proposé par le fournisseur ne pourrait être trouvé avec le distributeur, le fournisseur peut-il rompre les relations commerciales sans respecter les dispositions en matière de préavis, applicables à la rupture des relations commerciales ? \_\_\_\_\_ 18
- Au même titre que le refus en bloc des CGV d'un fournisseur, par un distributeur, avant l'ouverture de la négociation, « revient à ne pas vouloir traiter avec ce fournisseur », le fait pour un fournisseur de refuser catégoriquement toute négociation de ses CGV avec un distributeur ne revient-il pas à ne pas vouloir traiter avec ce distributeur, justifiant ainsi l'interruption des relations commerciales ? \_\_\_\_ 18