

Décision n° 2010 – 85 QPC

Établissements Darty et Fils

Article 442-6, I, 2° du code de commerce

Déséquilibre significatif dans les relations commerciales

Dossier documentaire

Source : services du Conseil constitutionnel © 2010

Sommaire

I. Dispositions législatives	4
II. Constitutionnalité de la disposition contestée	22

Table des matières

I. Dispositions législatives	4
A. Dispositions contestées	4
Code de commerce.....	4
B. Évolution des dispositions	7
- Article L. 442-6	7
C. Autres dispositions	8
a. Code de commerce	8
- Article R. 442-1	8
- Article R. 442-2.....	8
- Article D. 442-3.....	8
b. Code de la consommation	8
- Article L. 132-1	8
1. Code de commerce	10
- Article L. 420-1	10
- Article L. 420-2	10
D. Application des dispositions contestées	11
c. Jurisprudence judiciaire.....	11
- Tribunal de commerce de Lille, 6 janvier 2010, Ministre de l'Économie c/ SAS Castorama	11
- Cour d'appel de Nîmes, 25 février 2010, n° 2010-98, Ministre de l'économie c. Carrefour.....	13
Doctrines administratives	17
a. La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente, dit « rapport Hagelsteen »	17
b. Questions/ réponses de la DGCCRF sur l'application de la LME du 28 novembre 2008	17
c. Commission d'Examen des Pratiques Commerciales	19
II. Constitutionnalité de la disposition contestée	22
A. Normes de référence	22
1. Déclaration des droits de l'homme et du citoyen	22
- Article 8.....	22
Constitution de 1958	22
- Article 34.....	22
B. Jurisprudence du Conseil constitutionnel	23
1. Jurisprudence relative au principe de légalité des délits et des peines	23
- Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.....	23
- Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité	23
- Décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010, Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public	23
C. Jurisprudence relative à l'application de l'exigence de définition claire et précise des délits et peines	25
- Décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.....	25
- Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale.....	26
- Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure.....	27

- Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité27

I. Dispositions législatives

A. Dispositions contestées

Code de commerce

LIVRE IV : De la liberté des prix et de la concurrence.

TITRE IV : De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées

Chapitre II : Des pratiques restrictives de concurrence.

- Article L. 442-6

Loi n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 93

I.-Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :

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

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

3° D'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit ;

4° D'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente ;

5° De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. Lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur. A défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure. Lorsque la rupture de la relation commerciale résulte d'une mise en concurrence par enchères à distance, la durée minimale de préavis est double de celle résultant de l'application des dispositions du présent alinéa dans les cas où la durée du préavis initial est de moins de six mois, et d'au moins un an dans les autres cas ;

6° De participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence ;

7° De soumettre un partenaire à des conditions de règlement qui ne respectent pas le plafond fixé au neuvième alinéa de l'article L. 441-6 ou qui sont manifestement abusives, compte tenu des bonnes pratiques et usages commerciaux, et s'écartent au détriment du créancier, sans raison objective, du délai indiqué au huitième alinéa de l'article L. 441-6. Est notamment abusif le fait, pour le débiteur, de demander au créancier, sans raison objective, de différer la date d'émission de la facture ;

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

9° De ne pas communiquer ses conditions générales de vente, dans les conditions prévues à l'article L. 441-6, à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour l'exercice d'une activité professionnelle ;

10° De refuser de mentionner sur l'étiquetage d'un produit vendu sous marque de distributeur le nom et l'adresse du fabricant si celui-ci en a fait la demande conformément à l'article L. 112-6 du code de la consommation ;

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

12° De ne pas joindre aux fruits et légumes frais destinés à la vente ou à la revente à un professionnel établi en France, lors de leur transport sur le territoire national, le document prévu à l'article L. 441-3-1 ;

13° De bénéficier de remises, rabais et ristournes à l'occasion de l'achat de fruits et légumes frais en méconnaissance de l'article L. 441-2-2.

II.-Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité :

- a) De bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale ;
- b) D'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande ;
- c) D'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui ;
- d) De bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant ;
- e) D'obtenir d'un revendeur exploitant une surface de vente au détail inférieure à 300 mètres carrés qu'il approvisionne mais qui n'est pas lié à lui, directement ou indirectement, par un contrat de licence de marque ou de savoir-faire, un droit de préférence sur la cession ou le transfert de son activité ou une obligation de non-concurrence postcontractuelle, ou de subordonner l'approvisionnement de ce revendeur à une clause d'exclusivité ou de quasi-exclusivité d'achat de ses produits ou services d'une durée supérieure à deux ans.

L'annulation des clauses relatives au règlement entraîne l'application du délai indiqué au deuxième alinéa de l'article L. 441-6, sauf si la juridiction saisie peut constater un accord sur des conditions différentes qui soient équitables.

III.-L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article.

Lors de cette action, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros. Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées. La réparation des préjudices subis peut également être demandée. Dans tous les cas, il

appartient au prestataire de services, au producteur, au commerçant, à l'industriel ou à la personne immatriculée au répertoire des métiers qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation.

La juridiction peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise. Elle peut également ordonner l'insertion de la décision ou de l'extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne condamnée.

La juridiction peut ordonner l'exécution de sa décision sous astreinte.

Les litiges relatifs à l'application du présent article sont attribués aux juridictions dont le siège et le ressort sont fixés par décret.

Ces juridictions peuvent consulter la Commission d'examen des pratiques commerciales prévue à l'article L. 440-1 sur les pratiques définies au présent article et relevées dans les affaires dont celles-ci sont saisies. La décision de saisir la commission n'est pas susceptible de recours. La commission fait connaître son avis dans un délai maximum de quatre mois à compter de sa saisine. Il est sursis à toute décision sur le fond de l'affaire jusqu'à réception de l'avis ou, à défaut, jusqu'à l'expiration du délai de quatre mois susmentionné. Toutefois, des mesures urgentes ou conservatoires nécessaires peuvent être prises. L'avis rendu ne lie pas la juridiction.

IV.-Le juge des référés peut ordonner, au besoin sous astreinte, la cessation des pratiques abusives ou toute autre mesure provisoire.

B. Évolution des dispositions

- Article L. 442-6

Loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises.

I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :

2° a) **D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu.** Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat. Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires ou en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients ;

b) **D'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat** ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées. Le fait de lier l'exposition à la vente de plus d'un produit à l'octroi d'un avantage quelconque constitue un abus de puissance de vente ou d'achat dès lors qu'il conduit à entraver l'accès des produits similaires aux points de vente ;

(...)

III. - L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président du Conseil de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article.

Lors de cette action, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites, demander la répétition de l'indu et le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut excéder 2 millions d'euros. La réparation des préjudices subis peut également être demandée. Dans tous les cas, il appartient au prestataire de services, au producteur, au commerçant, à l'industriel ou à la personne immatriculée au répertoire des métiers qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation.

La juridiction peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise. Elle peut également ordonner l'insertion de la décision ou de l'extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne condamnée.

La juridiction peut ordonner l'exécution de sa décision sous astreinte.

Les litiges relatifs à l'application du présent article sont attribués aux juridictions dont le siège et le ressort sont fixés par décret.

Ces juridictions peuvent consulter la Commission d'examen des pratiques commerciales prévue à l'article L. 440-1 sur les pratiques définies au présent article et relevées dans les affaires dont celles-ci sont saisies. La décision de saisir la commission n'est pas susceptible de recours. La commission fait connaître son avis dans un délai maximum de quatre mois à compter de sa saisine. Il est sursis à toute décision sur le fond de l'affaire jusqu'à réception de l'avis ou, à défaut, jusqu'à l'expiration du délai de quatre mois susmentionné. Toutefois, des mesures urgentes ou conservatoires nécessaires peuvent être prises. L'avis rendu ne lie pas la juridiction.

C. Autres dispositions

a. Code de commerce

Partie réglementaire

LIVRE IV : De la liberté des prix et de la concurrence.

TITRE IV : De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées.

Chapitre II : Des pratiques restrictives de concurrence.

- **Article R. 442-1**

Modifié par Ordonnance n°2008-1161 du 13 novembre 2008 - art. 4

Lorsque le ministre chargé de l'économie ou le président de l'Autorité de la concurrence exerce l'action prévue par l'article L. 442-6 et les voies de recours y afférentes, il est dispensé de représentation par un avocat ou un avoué.

- **Article R. 442-2**

Les infractions aux dispositions des articles L. 442-7 et L. 442-8 sont punies de l'amende prévue par le 5° de l'article 131-13 du code pénal pour les contraventions de la cinquième classe.

La contravention commise en cas de récidive est punie de l'amende prévue par le 5° de l'article 131-13 du code pénal pour les contraventions de la cinquième classe commises en récidive.

- **Article D. 442-3**

Créé par Décret n°2009-1384 du 11 novembre 2009 - art. 2

Pour l'application de l'article L. 442-6, le siège et le ressort des juridictions commerciales compétentes en métropole et dans les départements d'outre-mer sont fixés conformément au tableau de l'annexe 4-2-1 du présent livre.

b. Code de la consommation

Livre Ier : Information des consommateurs et formation des contrats

Titre III : Conditions générales des contrats

Chapitre II : Clauses abusives

Section 1 : Protection des consommateurs contre les clauses abusives

- **Article L. 132-1**

Modifié par Loi n°2010-737 du 1er juillet 2010 - art. 62

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

Un décret en Conseil d'État, pris après avis de la commission instituée à l'article L. 534-1, détermine une liste de clauses présumées abusives ; en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le professionnel doit apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse.

Un décret pris dans les mêmes conditions détermine des types de clauses qui, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfragable, comme abusives au sens du premier alinéa.

Ces dispositions sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies.

Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1156 à 1161, 1163 et 1164 du code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre.

Les clauses abusives sont réputées non écrites.

L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible.

Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses.

Les dispositions du présent article sont d'ordre public.

1. Code de commerce

TITRE II : Des pratiques anticoncurrentielles.

- Article L. 420-1

Modifié par Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 - art. 52 JORF 16 mai 2001

Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

- 1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;
- 2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;
- 3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;
- 4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.

- Article L. 420-2

Modifié par Loi n°2005-882 du 2 août 2005 - art. 40 JORF 3 août 2005

Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme.

D. Application des dispositions contestées

c. Jurisprudence judiciaire

- Tribunal de commerce de Lille, 6 janvier 2010, Ministre de l'Économie c/ SAS Castorama

(...)

Attendu que dans son avis 09-12 (09102805) la Commission d'examen des pratiques commerciales dite CEPC a émis dans une situation similaire à celle de Castorama l'avis suivant : " Les exigences du client en matière de délais de paiements, 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 I 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 ".

Attendu que la directive communautaire 2000-35-CE du Parlement et du Conseil du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales considère "lorsque la principale entreprise contractante impose à ses fournisseurs et sous-traitants des conditions de paiement qui ne sont pas justifiées eu égard aux conditions dont il bénéficie lui-même, celles-ci peuvent être considérées comme des facteurs constituant un tel abus... "

En conséquence, il résulte de tout ce qui précède que la pratique d'acomptes mensuels mise en place par Castorama en 2009 est abusive et le tribunal dira qu'elle crée un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties en faveur de Castorama.

2) Sur l'obligation des paiements par virement

Attendu qu'il n'est pas contestable que l'utilisation du virement bancaire est bien un moyen de paiement pratique, sûr et économique ; que son usage s'impose progressivement; que Castorama l'utilise majoritairement pour ses propres règlements (72 %) ; qu'il ne peut lui être reproché d'en assurer la promotion dans ses échanges avec ses fournisseurs.

Mais attendu, en ce qui concerne le paiement des acomptes, que la société Castorama dans les documents relatifs aux modalités pratiques de paiements qu'elle a transmis à ses fournisseurs (" notice explicative pour le règlement des ristournes ") a prévu pour eux l'usage exclusif du virement commercial à échéance (VCOM) ; que ce choix n'a pas fait l'objet de négociations avec ses fournisseurs ; qu'elle a refusé aux fournisseurs comme cela lui a été demandé la possibilité d'une compensation avec ses propres règlements ; qu'elle a donc imposé de manière unilatérale ce choix; que les pénalités mises en place pour le paiement des acomptes constituent un moyen de pression fort pour obliger le fournisseur à l'usage du virement ; qu'en revanche Castorama ne s'interdit pas le recours à d'autres moyens de paiement pour ses propres règlements ou à la compensation comme pour les pénalités.

Que le choix du moyen de paiement doit rester une liberté économique négociable ; que le principe de réciprocité entre distributeur et fournisseurs doit être recherché dans la négociation ; que le Code monétaire et financier dans son article 111-8 qui définit les exclusions en matière de moyens de paiement ne prévoit pas une telle restriction ; qu'en dernier ressort il est plus normal que le choix du moyen de paiement revienne à l'émetteur du paiement.

Que, dès lors, la pratique du distributeur est abusive et le tribunal dira qu'elle renforce le déséquilibre décrit précédemment dans les droits et obligations des parties en défaveur du fournisseur.

3) Sur l'absence de clause de modification des acomptes en cours de contrat

Attendu qu'il a été observé que la société Castorama a recherché à personnaliser les échéanciers mensuels de ses différents fournisseurs ; qu'elle a notamment tenu compte de la saisonnalité des ventes ; que dans certains cas, sur demande du fournisseur, elle a accepté de réviser à la baisse les montants des acomptes mensuels.

Mais attendu qu'elle n'a pas prévu dans les contrats commerciaux avec les fournisseurs de clause de modification en cours de contrat au cas où le volume d'affaires avec le fournisseur viendrait à baisser de manière significative ; qu'elle reconnaît cette omission et convient que le contrat pourrait utilement être complété sur ce point; que cette absence peut se traduire par une surestimation anormale des montants des acomptes réclamés par Castorama qui pour sa part ne prend aucun engagement de volume d'achats ; que ces acomptes ne correspondraient pas alors à un chiffre d'affaires effectif; que la créance ne serait pas dès lors certaine, liquide et exigible ; que la régularisation en fin d'année serait tardive ; qu'il en résulterait un préjudice sérieux pour le fournisseur.

Attendu qu'en cas d'évolution négative d'activité, la charge de la réclamation incombe au fournisseur; qu'elle le met ainsi en situation de dépendance vis-à-vis de Castorama.

Attendu que le ministre n'entend pas imposer une clause nouvelle ni dicter la rédaction des conventions commerciales mais que la LME visait au contraire à renforcer la négociation commerciale entre partenaires et à une meilleure formalisation des accords.

Il en résulte que l'absence de clause de modification des acomptes de ristournes constitue un risque sérieux pour le fournisseur. Le tribunal dira qu'elle contribue au déséquilibre significatif déjà constaté entre les droits et obligations des parties.

4) Sur la cessation de ces pratiques

Attendu qu'il est établi que les pratiques de Castorama concernant le paiement d'acomptes mensuels ne respectent pas l'esprit de la LME ; qu'elles ne sont pas réciproques ; qu'elles sont sans contreparties et nettement défavorables aux fournisseurs; que leur ampleur est caractérisée; qu'elles s'appuient sur un rapport de dépendance lié à la puissance d'achat du distributeur; qu'elles sont abusives; que le déséquilibre ainsi provoqué en défaveur des fournisseurs est significatif.

Que la décision à venir n'est pas incompatible avec l'article 5 du Code civil.

Qu'il n'est pas nécessaire que les fournisseurs lésés par les pratiques ne manifestent des griefs ni qu'ils aient la volonté d'obtenir en justice réparation de leur préjudice ; que l'action du ministre " est une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs " (Cass. com. 8.07.2008 ITM c/ministre).

En conséquence de tout ce qui précède, le tribunal dira que les pratiques incriminées sont fautives au sens de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce : " 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 ".

Comme la loi l'y autorise, il enjoindra à la société Castorama de cesser les pratiques dénoncées.

5) Sur l'amende civile

Attendu que l'article L. 442-6 III prévoit la possibilité d'une amende civile d'un maximum de 2 000 000 euro.

Attendu que le ministre en demande l'application en raison des abus constatés et en tant que gardien de l'ordre économique afin de décourager à l'avenir de tels actes.

Mais attendu que l'Etat n'a supporté directement aucun préjudice ; qu'il n'a pas chiffré celui des fournisseurs et qu'il n'a pas demandé la répétition de l'indû en leur faveur comme la loi le permet.

Que la LME est récente, qu'elle nécessite indéniablement une période d'adaptation afin de mieux définir ses modalités d'application et d'en préciser les bonnes pratiques.

Que la société Castorama a fait preuve de loyauté au cours de l'enquête de la DGCCRF; qu'elle a également fait preuve de compréhension et d'une relative souplesse lors des difficultés rencontrées en 2009 avec ses fournisseurs dans le domaine concerné; que la bonne foi de Castorama est présumée.

Que les faits reprochés à la société Castorama ne concernent que l'année 2009 ; qu'elle a la possibilité de corriger ses pratiques dès 2010.

Dès lors, usant de son pouvoir d'appréciation, le tribunal arbitrera l'amende civile à la somme de 300 000 euro et condamnera la société Castorama France à payer au ministre de l'Economie une amende civile de 300 000 euro, déboutant pour le surplus.

(...)

Par ces motifs, LE TRIBUNAL DE COMMERCE DE LILLE, statuant publiquement, contradictoirement et en premier ressort, après en avoir délibéré, Déboute la SAS Castorama France de ses différentes demandes d'exception. Dit recevable l'action du ministre de l'Economie. Dit que l'obligation à la charge des fournisseurs de verser à chaque fin de mois des acomptes de ristournes et remises crée un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au profit de la SAS Castorama France. Dit que le fait d'imposer une modalité de paiement par virement crée un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au détriment du fournisseur. Dit qu'en continuant à faire payer des acomptes, alors que leurs montants ne correspondent plus aux obligations auxquelles le fournisseur s'est engagé, la SAS Castorama France impose à son profit des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Dit que les pratiques incriminées sont fautives au sens de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce. Enjoint à la SAS Castorama France de cesser les pratiques dénoncées. Condamne la SAS Castorama France à une amende civile de 300 000 euro (trois cent mille euro) en faveur du ministre de l'Economie, déboutant pour le surplus. Déboute la SAS Castorama France de ses autres demandes. Condamne la SAS Castorama France aux entiers dépens en ce compris les frais de greffe liquidés à la somme de 69,97 euro (soixante neuf euro et quatre-vingt dix sept centimes).

- **Cour d'appel de Nîmes, 25 février 2010, n° 2010-98, Ministre de l'économie c. Carrefour**

Sur les demandes principales:

Sur le caractère répressif des dispositions de l'article L. 446-2 du Code de commerce et l'application réclamée des principes applicables en matière pénale à l'amende civile de l'article L. 442-6 du Code de commerce

Attendu que les dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure aux lois du 3 janvier 2008 et du 4 août 2008, ainsi qu'à l'ordonnance du 13 novembre 2008, qui est applicable aux faits de l'espèce prétendument commis entre décembre 2002 et juin 2005, avaient pour objet de permettre au ministre chargé de l'Economie ou au Ministère public d'exercer devant la juridiction civile ou commerciale une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence, selon la définition retenue par la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation dans son arrêt n° 1311 rendu le 16 décembre 2008;

Que cette action particulière, dont les conditions d'exercice ont été définies par le législateur et figurent dans le Code de commerce, hors de toute référence au Code pénal, au Code de procédure pénale ou à toute autre disposition légale ou réglementaire de nature pénale, n'est pas en elle-même soumise aux dispositions de la loi pénale française, ni par sa nature, ni par son objet, en ce qu'elle tend à restaurer l'équilibre économique dans les relations commerciales entre professionnels du commerce lorsque cet équilibre a été rompu et à maintenir la libre concurrence lorsque celle-ci ne s'exerce plus dans un domaine particulier, ni par la volonté exprimée par le législateur;

Que selon l'article L. 442-6 du Code de commerce, le ministre de l'Economie ou le Ministère public peuvent demander à la juridiction civile ou commerciale compétente:

- d'ordonner la cessation des pratiques commerciales restrictives prohibées par ce texte,
- de constater la nullité des clauses contractuelles prévoyant ces pratiques prohibées ou des contrats illicites,

- d'ordonner la répétition de l'indu au profit des partenaires commerciaux victimes de ces pratiques, même en l'absence de ceux-ci au procès,
- de demander la réparation des préjudices subis par les partenaires commerciaux de la personne à qui les pratiques commerciales restrictives prohibées sont reprochées,
- de prononcer une amende civile d'un maximum fixé alors à 2 000 000 euro;

Qu'il convient de constater que parmi ces mesures prévues par la loi, seule l'amende civile est susceptible d'être considérée comme une sanction de nature punitive, toutes les autres mesures étant uniquement destinées à mettre fin à une situation illicite ou à réparer les préjudices directs causés par celle-ci, ce qui est exclusif de la nature pénale de sanction répressive invoquée par la SAS Carrefour et relève d'une action civile, même si elle est menée de façon particulière en l'espèce par le ministre de l'Economie;

Que l'amende civile que peuvent prononcer les juridictions civiles ou commerciales, par sa double nature répressive et indemnitaire, et par son objet, n'est pas une sanction pénale soumise comme telle aux dispositions des articles 111-3 et 111-4 du Code pénal, invoquées spécialement par la SAS Carrefour dans ses conclusions;

Qu'en l'espèce son montant élevé, inhabituel pour une amende civile, est motivé notamment, comme le relève fort justement la SAS Carrefour dans ses conclusions (page 11) par le caractère lucratif de la faute commise dans les cas prévus par les professionnels à qui s'applique ce texte, qui nécessite donc, en ce cas particulier, de prévoir pour son efficacité un montant plus élevé de l'amende civile que pour une simple violation d'une règle de procédure civile sans but lucratif particulier ;

Que ce montant élevé ne suffit pourtant pas à caractériser, en lui-même, une volonté d'en faire uniquement ni même principalement une sanction punitive à l'égard de la personne à qui des pratiques commerciales restrictives prohibées sont reprochées;

Qu'elle traduit ici, essentiellement, une volonté de réparer ainsi de façon globale et par l'intermédiaire de l'Etat, récipiendaire des fonds, le préjudice collectif indirect subi par l'ensemble des acteurs économiques sur le marché, y compris les consommateurs qui ne peuvent encore exercer d'action de groupe sur le modèle de la " class action " existante dans d'autres pays, notamment lorsque le préjudice résulte d'une hausse des prix pratiqués entre les acteurs économiques du commerce, privés d'une partie de leur marge commerciale normale, ce qui est imputable à ces pratiques faussant le libre jeu de la concurrence;

Que l'amende civile est prévue également par l'article L. 442-6 du Code de commerce pour avoir un effet préventif et dissuasif, par sa seule existence et la possibilité de son application, vis-à-vis des acteurs économiques désireux de recourir à des pratiques restrictives prohibées mais lucratives en matière commerciale, ce qui n'en fait pas nécessairement une sanction punitive de nature pénale, ni exclusivement ni essentiellement;

Attendu ensuite que le fait que les dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce puissent être considérées comme relevant de la matière pénale, au sens de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, rendant applicables les dispositions de l'article 6 § 1 et 7 § 1 de cette convention européenne d'application directe en France, n'entraîne pas la conséquence de les soumettre nécessairement aux dispositions alléguées des articles 111-3, 111-4, 121-1 et 121-2 du Code pénal français mais seulement aux dispositions conventionnelles susvisées;

Qu'à cet égard la cour constate qu'il n'est pas argué, au titre de la présente procédure et de la mise en œuvre éventuelle des dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce, d'une violation de la convention européenne susvisée ; que même à considérer, comme le fait la SAS Carrefour, que l'article 7 § 1 de la convention lui est applicable, celui-ci exige seulement que l'infraction reprochée à une personne protégée par la convention ait existé en droit français à la date où les faits entraînant une condamnation ont été commis et que la peine prononcée n'excède pas celle qui était prévue au moment où l'infraction a été commise, ce qui est manifestement le cas en

(...)

Sur les demandes concernant la société Garnier Ponsonnet Vuillard (GPV)

Attendu que la représentante du ministre de l'Economie, la directrice départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes de l'Ardèche, Mme Elisabeth Pernet, conclut que ses services

ont relevé, dans les relations commerciales ayant existé entre la société GPV, entreprise de papeterie et fournitures de bureau en gros, et la centrale d'achat des produits non alimentaires du groupe Carrefour, la SAS Carrefour Hypermarchés France, la signature d'une convention annuelle de coopération commerciale intitulée "service d'aide à la gestion des comptes clients", le 16 décembre 2003 en l'espèce, susceptibles de caractériser des pratiques commerciales prohibées par l'article L. 442-6, I, 2° b) du Code de commerce, dans sa rédaction issue des lois n° 2001-420 du 15 mai 2001 et n° 2003-7 du 4 janvier 2003;

Qu'elle soutient que la convention portant sur les services du centre de règlement des fournisseurs, en date du 16 décembre 2003 a permis à la société Carrefour d'obtenir pour l'année 2004 un délai de paiement supérieur à celui habituellement pratiqué par ce fournisseur, la société GPV, qui figurait dans ses conditions générales de vente, soit:

- 90 jours fin de mois le 10 (correspondant à 100 à 130 jours après l'émission de la facture),
- au lieu de 30 jours fin du mois de facture (30 à 60 jours après l'émission de la facture);

Qu'elle invoque également la souscription par la société GPV d'un service de gestion des comptes clients proposé par la société Carrefour, en contrepartie d'une rémunération fixée à 0,3 % du chiffre d'affaires annuel réalisé entre les parties, ce qui correspond à la somme de 14 100 euro HT environ en 2004, pour un chiffre d'affaires allégué dans les conclusions de 4 700 000 euro entre les parties, ce qui n'est pas contesté;

Qu'elle précise que les prestations proposées par la société Carrefour étaient les suivantes :

- la possibilité d'opter pour un paiement par virement, l'accès au site Internet de Carrefour, au moyen d'un compte confidentiel,
- l'accès à des financements anticipés, consentis dans la limite des fonds disponibles et selon des modalités définies sur Internet, en collaboration avec le Crédit Agricole-Indosuez;

Qu'elle observe que la société GPV a justement eu recours en janvier, août, septembre et décembre 2004 à ces modalités de financement anticipé de ses créances, payables normalement à plus de 100 jours du fait de l'accord commercial lui-même, pour un montant de 3 232 374 euro sur un chiffre d'affaires total de 4 700 000 euro, soit les deux tiers de celui-ci avec Carrefour;

Qu'elle considère que ceci a seulement permis au fournisseur de ramener le délai de paiement de ses créances à 40 ou 88 jours pendant ces 4 mois, soit le retour à ce que prévoyaient ses conditions générales de vente avant l'accord du 16 décembre 2003, mais au prix d'intérêts à des taux variant de 5,08 % à 6 % l'an, payés à la société Carrefour, pour un montant total de 21 361,47 euro;

Qu'elle en conclut que cette opération globale, au détriment de la société GPV caractérise le déséquilibre des forces commerciales entre les deux sociétés, au détriment du fournisseur;

Qu'à l'appui de cette thèse, elle relève que le Crédit Agricole exerçant son activité bancaire en Ardèche, à la même période, consentait à sa clientèle commerciale des taux de crédit de trésorerie meilleurs marchés, de 4,077 % à 4,168 % l'an; qu'elle en tire que la société Carrefour a perçu de son fournisseur des intérêts pour des produits financiers supérieurs aux taux pratiqués par son propre partenaire financier dans l'octroi de produits équivalents, en récupérant une partie de la rémunération pour elle-même;

Que dès lors le ministre de l'Economie soutient que c'est en abusant de sa position de leader dans la distribution des produits de papeterie vendus par la société GPV et de sa puissance d'achat, que la société Carrefour Hypermarchés France, centrale d'achat d'un poids commercial sans commune mesure avec son fournisseur, a imposé à sa partenaire de lui consentir des délais de trésorerie anormalement élevés, qui ont provoqué un besoin de financement de trésorerie chez celle-ci, auquel elle a répondu avec un produit financier d'un coût supérieur au prix du marché, donc injustifié et résultant d'une négociation déséquilibrée, réduisant indirectement la marge nette du fournisseur;

Qu'il observe qu'un mécanisme commercial similaire avait été conclu entre les parties en 2003, ayant donné lieu à un règlement d'intérêts par la société GPV à la société Carrefour de 68 633 euro;

Qu'il s'ensuit, selon le ministre de l'Economie, comme pour le Ministère public qui se joint à son action et fait siens ses demandes et moyens, que la société Carrefour a abusé de sa puissance d'achat vis-à-vis de la

société GPV, en la soumettant à des obligations créant un déséquilibre significatif à son détriment, au sens de l'article L. 442-6 I, 2° b) du Code de commerce, dans sa rédaction alors applicable;

Mais attendu que ces dispositions légales stipulaient qu'engagent la responsabilité de son auteur et l'obligent à réparer le préjudice causé le fait, par tout commerçant, notamment, "b) d'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des relations commerciales ou obligations injustifiées" ;

Qu'en l'espèce la société Carrefour soutient, sans être démentie sur ce point, que ses conditions générales d'achat acceptées dans le cadre d'une négociation commerciale par la société GPV au lieu de ses propres conditions générales de vente, le 16 décembre 2003 pour l'année 2004, comme l'année précédente, étaient alors parfaitement licites et généralisées chez tous les grands distributeurs;

Qu'en droit commercial rien n'impose de préférer les conditions générales de vente d'un fournisseur aux conditions générales d'achat d'un distributeur client, qui sont soumises à la négociation commerciale des parties, dans le cadre de la réglementation économique applicable;

Que d'autre part elle fait observer, à juste titre en l'espèce, que le fournisseur n'avait pas l'obligation de recourir au financement proposé dans l'accord commercial, générateur d'une rémunération pour la société Carrefour;

Doctrine administrative

a. La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente, dit « rapport Hagelsteen »

Rapport remis au Ministre de l'Économie, 12 février 2008, p. 20 et s.

(...)

2.1.4) Une différence d'approche en matière d'abus de dépendance

De la même manière, les abus de dépendance sont condamnés à la fois par l'article L. 420-2, alinéa 2 du titre II (« abus de dépendance économique ») et par l'article L. 442-6 du titre IV (« abus de la relation de dépendance...de (la) puissance d'achat ou de vente »). Mais dans le premier cas, cette condamnation est subordonnée à une affectation du « fonctionnement ou (de) la structure de la concurrence », alors qu'elle est systématique dans le second cas puisqu'elle vise alors le transfert « abusif » (ou « déloyal ») d'une partie du surplus coopératif de l'un des partenaires vers un autre, et non l'un de ses effets.

Si, à l'heure actuelle, les dispositions relatives aux abus de dépendance et de puissance d'achat ou de vente visés par l'article L. 442-6, I, 2°, b) n'ont été appliquées, en elles-mêmes que de façon exceptionnelle, les juridictions ont toutefois condamné de nombreuses pratiques déloyales, telles que la fourniture de services commerciaux fictifs, l'obtention d'avantages sous la menace de rupture des relations commerciales ou la rupture abusive de ces mêmes relations. La condamnation de ces pratiques, tout comme celle de l'abus lui-même, ne repose pas sur l'évaluation de leurs effets, notamment au regard de la concurrence, mais uniquement sur la preuve de l'existence des dites pratiques. Ainsi, une société de prestations de services comptables s'est vue reprocher d'avoir abusé de la relation de dépendance dans laquelle se trouvait une société cliente pour laquelle elle assurait toutes les tâches de secrétariat, en imposant « une augmentation, sans justification ni concertation, subite et immodérée de son prix dans une proportion supérieure à 30% » (CA Angers, 7 février 2006). La sanction vise donc le caractère abusif de la pratique, et non son effet sur la concurrence.

(...)

2.2) Le droit des obligations ne permet pas de saisir l'ensemble des pratiques actuellement encadrées par le titre IV

2.2.1) Il est certain que, comme toutes relations d'affaires, les négociations commerciales peuvent être encadrées et contrôlées au moyen du droit des contrats ou du droit de la responsabilité civile, dont la souplesse a permis d'accompagner, depuis 1806, les grandes mutations de la vie économique.

Cependant, cette souplesse comporte, s'agissant de relations caractérisées par un rapport de force particulièrement et durablement déséquilibré, l'inconvénient de permettre le développement de pratiques dommageables qui n'entrent pas – ou entrent difficilement – dans les conditions de qualification érigées par la jurisprudence.

Ainsi, par exemple, le droit des contrats repose sur les principes de liberté contractuelle et d'autonomie de la volonté, ce que traduit l'article 1134 du code civil disposant que le contrat fait la loi des parties. Une fois que ce contrat est signé, ou qu'il est exécuté, le juge ne peut qu'exceptionnellement et dans des conditions strictes en sanctionner le déséquilibre. Mis à part les vices du consentement (erreur sur la substance, dol, violence) et l'absence de cause, le principe de liberté implique que l'on ne sanctionne pas les résultats du rapport de force, quand bien même ceux-ci auraient, à long terme, des effets nuisibles économiquement.

(...)

b. Questions/ réponses de la DGCCRF sur l'application de la LME du 28 novembre 2008

Publiées sur : http://www.minefe.gouv.fr/directions_services/dgccrf/documentation/lme/index.htm

(...)

Déséquilibre significatif et autres pratiques abusives

Comment appréhender la notion de déséquilibre significatif ?

La notion nouvelle de déséquilibre significatif entre 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.

La caractérisation de la pratique consistant à soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif ne requiert pas d'établir au préalable que son auteur détient une puissance d'achat ou de vente, et est donc facilitée par rapport aux dispositions antérieures.

(...)

c. Commission d'Examen des Pratiques Commerciales

Questions : les abus dans la relation commerciale

Mise à jour de juillet 2010, publiées sur : <http://www.cepc.bercy.gouv.fr/questions/abus.htm#q4>

2 - Sur la notion de déséquilibre significatif

Question– Négo Déséquilibrés- Comment appréhender la notion de déséquilibre significatif ?

La notion nouvelle de déséquilibre significatif entre 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 – 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 toute autres conditions générales de vente ou d'achat figurants 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 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 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 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-I, 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 ».

(...)

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 – Négo 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 1er 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 1er 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.

(...)

II. Constitutionnalité de la disposition contestée

A. Normes de référence

1. Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

- **Article 8**

La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.

Constitution de 1958

- **Article 34**

(...)

La loi fixe les règles concernant :

- la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ;

(...)

B. Jurisprudence du Conseil constitutionnel

1. Jurisprudence relative au principe de légalité des délits et des peines

- **Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes**

(...)

En ce qui concerne le principe de la légalité des délits et des peines :

7. Considérant qu'aux termes de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée ; qu'il en résulte la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire ;

(...)

- **Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité**

(...)

5. Considérant, enfin, que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis ; que cette exigence s'impose non seulement pour exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, mais encore pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions ;

(...)

- **Décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010, Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public**

En ce qui concerne le grief tiré de la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines :

7. Considérant que, selon les requérants, par son imprécision, la définition des éléments matériels de cette infraction méconnaît le principe de légalité des délits et des peines et permet qu'il soit porté atteinte aux libertés d'association, de réunion, de manifestation et de libre expression des opinions ;

8. Considérant que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration de 1789, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis ; que cette exigence s'impose non seulement pour exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, mais encore pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions ;

9. Considérant qu'en instituant l'infraction critiquée, le législateur a entendu réprimer certaines actions préparatoires à des violences volontaires contre les personnes, à des destructions ou à des dégradations de biens que des personnes réunies en groupe projettent de commettre ; qu'à cette fin, la nouvelle incrimination emprunte à la définition de la circonstance aggravante de crime organisé prévue par l'article 132-71 du code pénal les termes de " groupement " et de " préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels " ; que ces termes sont repris dans les éléments constitutifs du délit d'association de malfaiteurs prévu par l'article 450-1 du code pénal ; qu'il est ajouté que, pour encourir la condamnation, l'auteur doit avoir participé "

sciement " au groupement ; qu'il est précisé, d'une part, que ce groupement peut être formé " même... de façon temporaire ", d'autre part, que la participation constatée est " en vue de la préparation " d'infractions spécifiées ; que le délit est ainsi défini en des termes **suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits** ; que ses éléments constitutifs, formulés en des termes qui ne sont ni obscurs ni ambigus, ne sont pas, en eux-mêmes, de nature à mettre en cause le droit d'expression collective des idées et des opinions ;

(...)

C. Jurisprudence relative à l'application de l'exigence de définition claire et précise des délits et peines

- **Décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication**

58. Considérant qu'il résulte de l'article 43-8 que "les personnes physiques ou morales qui assurent, à titre gratuit ou onéreux, le stockage direct et permanent pour mise à disposition du public de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature accessibles par ces services" ne peuvent voir leur responsabilité pénale ou civile engagée à raison du contenu de ces services que dans deux hypothèses ; que la première vise le cas où "ayant été saisies par une autorité judiciaire, elles n'ont pas agi promptement pour empêcher l'accès à ce contenu" ; que la seconde est relative à la situation où "ayant été saisies par un tiers estimant que le contenu qu'elles hébergent est illicite ou lui cause un préjudice, elles n'ont pas procédé aux diligences appropriées" ;

(...)

60. Considérant qu'il est loisible au législateur, dans le cadre de la conciliation qu'il lui appartient d'opérer entre la liberté de communication d'une part, la protection de la liberté d'autrui et la sauvegarde de l'ordre public d'autre part, d'instaurer, lorsque sont stockés des contenus illicites, un régime spécifique de responsabilité pénale des "hébergeurs" distinct de celui applicable aux auteurs et aux éditeurs de messages ; que c'est toutefois à la condition de respecter le principe de la légalité des délits et des peines et les dispositions de l'article 34 de la Constitution aux termes desquelles : "La loi fixe les règles concernant : ... la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables..." ;

61. **Considérant qu'en l'espèce, au troisième alinéa du nouvel article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986, le législateur a subordonné la mise en œuvre de la responsabilité pénale des "hébergeurs", d'une part, à leur saisine par un tiers estimant que le contenu hébergé "est illicite ou lui cause un préjudice", d'autre part, à ce que, à la suite de cette saisine, ils n'aient pas procédé aux "diligences appropriées" ; qu'en omettant de préciser les conditions de forme d'une telle saisine et en ne déterminant pas les caractéristiques essentielles du comportement fautif de nature à engager, le cas échéant, la responsabilité pénale des intéressés, le législateur a méconnu la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution ;**

62. Considérant qu'il y a lieu, en conséquence, de déclarer contraires à la Constitution, au dernier alinéa de l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986, dans sa rédaction issue de l'article 1er de la loi déferée, les mots "-ou si, ayant été saisies par un tiers estimant que le contenu qu'elles hébergent est illicite ou lui cause un préjudice, elles n'ont pas procédé aux diligences appropriées"

(...)

- **Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale**

(...)

- SUR L'ARTICLE 100 :

62. Considérant que l'article 100 insère dans le code du travail un article L. 431-5-1 ; qu'aux termes du deuxième alinéa de ce dernier article : " Le chef d'entreprise ne peut procéder à une annonce publique dont les mesures de mise en oeuvre sont de nature à affecter de façon importante les conditions de travail ou d'emploi des salariés, qu'après avoir informé le comité d'entreprise " ; qu'en vertu du troisième alinéa, " lorsque l'annonce publique concerne plusieurs entreprises appartenant à un groupe, les membres des comités d'entreprise de chaque entreprise intéressée ainsi que les membres du comité de groupe et, le cas échéant, les membres du comité d'entreprise européen sont informés " ; que le quatrième alinéa punit l'inobservation de ces prescriptions des peines prévues aux articles L. 483-1, L. 483-1-1 et L. 483-1-2 du code du travail relatifs au délit d'entrave au fonctionnement des comités d'entreprise ;

63. Considérant que les requérants reprochent à l'article 100 de méconnaître tant l'article 34 de la Constitution que le principe de légalité des délits et celui de la nécessité des peines inscrits à l'article 8 de la Déclaration de 1789 ; que le législateur aurait insuffisamment précisé le contenu de cette obligation d'information dont la violation constitue une infraction pénale ; qu'en particulier, il n'aurait pas indiqué le délai dans lequel le chef d'entreprise doit procéder à l'information des représentants du personnel ; qu'en outre, les prescriptions du nouvel article L. 431-5-1 seraient contraires à " la réglementation des marchés des valeurs mobilières qui fixe, quant à elle, le principe que tout émetteur doit porter à la connaissance du public tout fait important susceptible, s'il était connu, d'avoir une incidence sur le cours de l'instrument financier concerné ", de sorte que le respect de l'une de ces dispositions conduirait inévitablement l'employeur à méconnaître l'autre ;

64. Considérant, en premier lieu, que le législateur a défini la nature de l'obligation d'information en cause, son responsable et ses destinataires ; qu'il en a déterminé les modalités de mise en oeuvre, ainsi que le caractère préalable à toute annonce publique ; que, dans ces conditions, il n'a méconnu ni l'étendue de sa compétence, ni le principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines ;

65. Considérant, en deuxième lieu, que l'ordre donné à l'employeur par la loi déferée d'informer les représentants du personnel avant de rendre public un projet de restructuration constitue une cause d'exonération de la responsabilité qu'il pourrait encourir, tant en matière pénale que civile, du seul fait de cette information ;

66. Considérant, enfin, qu'en vertu du deuxième alinéa de l'article L. 432-7 du code du travail applicable en l'espèce : " Les membres du comité d'entreprise et les représentants syndicaux sont tenus à une obligation de discrétion à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel et données comme telles par le chef d'entreprise ou son représentant " ; qu'une telle obligation a vocation à s'appliquer sans préjudice des poursuites civiles et pénales auxquelles les intéressés s'exposeraient du fait de la divulgation ou de l'utilisation de ces informations en violation de toutes autres dispositions législatives ou réglementaires, et notamment du droit boursier ;

67. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les griefs formulés à l'encontre de l'article 100 doivent être écartés ;

(...)

81. Considérant qu'il résulte des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 qu'une peine ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, ainsi que la présomption d'innocence ;

82. Considérant, en premier lieu, que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de la légalité des délits et des peines, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis pour permettre la détermination des auteurs d'infractions et pour exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines ;

83. Considérant que, si l'article L. 122-49 nouveau du code du travail n'a pas précisé les " droits " du salarié auxquels les agissements incriminés sont susceptibles de porter atteinte, il doit être regardé comme ayant visé les droits de la personne au travail, tels qu'ils sont énoncés à l'article L. 120-2 du code du travail ; que, sous cette réserve, doivent être rejetés les griefs tirés tant du défaut de clarté de la loi que de la méconnaissance du principe de légalité des délits ;

(...)

- **Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure**

- Quant au nouvel article 225-10-1 du code pénal :

59. Considérant que les auteurs des deux saisines reprochent au nouvel article 225-10-1 du code pénal de porter atteinte aux principes de la nécessité et de la légalité des peines ; qu'il méconnaîtrait en outre, selon eux, le principe de la dignité de la personne humaine ;

60. Considérant qu'il est loisible au législateur de prévoir de nouvelles infractions en déterminant les peines qui leur sont applicables ; que, toutefois, il lui incombe d'assurer, ce faisant, la conciliation entre les exigences de l'ordre public et la garantie des droits constitutionnellement protégés ; qu'il lui incombe également, en vertu de l'article 8 de la Déclaration de 1789, de respecter le principe de la légalité des peines et le principe de la nécessité et de la proportionnalité des peines et des sanctions ;

61. **Considérant, en premier lieu, que le racolage public est susceptible d'entraîner des troubles pour l'ordre public, notamment pour la tranquillité, la salubrité et la sécurité publiques ; qu'en privant le proxénétisme de sources de profit, la répression du racolage sur la voie publique fait échec au trafic des êtres humains ; que la création par le législateur d'un délit de racolage public ne se heurte dès lors à aucune règle, ni à aucun principe de valeur constitutionnelle ;**

62. Considérant, en deuxième lieu, que le principe de légalité des peines n'est pas méconnu par les dispositions critiquées, dès lors que celles-ci définissent en termes clairs et précis le délit de racolage public ;

63. Considérant, enfin, que les peines prévues par le nouvel article 225-10-1 du code pénal ne sont pas manifestement disproportionnées ; qu'il appartiendra cependant à la juridiction compétente de prendre en compte, dans le prononcé de la peine, la circonstance que l'auteur a agi sous la menace ou par contrainte ; que, sous cette réserve, la disposition critiquée n'est pas contraire au principe de la nécessité des peines

(...)

- **Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité**

- SUR L'ARTICLE 31 :

43. Considérant que l'article 21 quater de l'ordonnance du 2 novembre 1945, créé par l'article 31 de la loi déferée, prohibe et réprime, d'une part, le fait de contracter un mariage « aux seules fins d'obtenir, ou de faire obtenir, un titre de séjour, ou aux seules fins d'acquérir, ou de faire acquérir, la nationalité française » et, d'autre part, l'organisation d'un mariage aux mêmes fins ; que ces dispositions ne méconnaissent aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ; **qu'en particulier, elles définissent les faits incriminés de manière suffisamment claire et précise, sans porter atteinte au principe de la légalité des délits et des peines ; que les sanctions qu'elles édictent ne présentent pas de caractère manifestement disproportionné ;**

- **Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information**

(...)

54. Considérant que l'article 21 de la loi déferée insère dans le code de la propriété intellectuelle un article L. 335-2-1 ainsi rédigé : " Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende le fait : - 1° D'éditer, de mettre à la disposition du public ou de communiquer au public, sciemment et sous quelque forme que ce soit, un logiciel manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisée d'oeuvres ou d'objets protégés ; - 2° D'inciter sciemment, y compris à travers une annonce publicitaire, à l'usage d'un logiciel mentionné au 1°. - Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux logiciels destinés au travail collaboratif, à la recherche ou à l'échange de fichiers ou d'objets non soumis à la rémunération du droit d'auteur " ;

55. Considérant que les requérants font valoir que l'imprécision des termes " sciemment ", " manifestement destinés " et " travail collaboratif " méconnaîtrait le principe de légalité des délits et des peines ; qu'ils ajoutent qu'en ne visant que les " objets et fichiers non soumis à rémunération du droit d'auteur ", la clause d'exonération de responsabilité pénale instaure une discrimination qui lèse les droits moraux des auteurs ayant renoncé à une rémunération, ainsi que les droits voisins du droit d'auteur ;

56. Considérant que les termes " manifestement destinés " et " sciemment " sont suffisamment clairs et précis pour que les dispositions de caractère pénal qui s'y réfèrent ne méconnaissent pas le principe constitutionnel de légalité des délits et des peines ;

57. Considérant, en revanche, qu'il n'en est pas de même de la notion de " travail collaboratif " ; qu'en outre, le dernier alinéa de l'article 21 de la loi déferée, qui exonère de toute responsabilité pénale les éditeurs de logiciels destinés au " travail collaboratif " ou à l'échange de fichiers ou d'objets non soumis à la rémunération du droit d'auteur, n'est ni utile à la délimitation du champ de l'infraction définie par les trois premiers alinéas de cet article, ni exhaustif quant aux agissements qu'ils excluent nécessairement ; qu'il laisse, enfin, sans protection pénale les droits moraux des auteurs ayant renoncé à une rémunération, ainsi que les droits voisins du droit d'auteur ; qu'il méconnaît donc tant le principe de légalité des délits et des peines que le principe d'égalité ; qu'il doit être déclaré contraire à la Constitution

(...)