

# Décision n° 2018-749 QPC

2° du paragraphe I de l'article L. 442-6 du code de commerce

*Déséquilibre significatif dans les relations commerciales II*

## Dossier documentaire

*Services du Conseil constitutionnel - 2018*

### Sommaire

I. Dispositions législatives.....	4
II. Constitutionnalité de la disposition contestée .....	26

# Table des matières

<b>I. Dispositions législatives.....</b>	<b>4</b>
<b>A. Dispositions contestées .....</b>	<b>4</b>
<b>1. Code de commerce.....</b>	<b>4</b>
- Article L. 442-6.....	4
<b>B. Évolution des dispositions.....</b>	<b>6</b>
<b>1. Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, article 36 .....</b>	<b>6</b>
<b>2. Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.....</b>	<b>6</b>
- Article L. 442-6.....	6
<b>3. Dispositions en vigueur .....</b>	<b>8</b>
<b>C. Autres dispositions .....</b>	<b>10</b>
<b>1. Code de commerce.....</b>	<b>10</b>
- Article L. 441-7.....	11
<b>2. Code de la consommation .....</b>	<b>12</b>
- Article L. 212-1 .....	12
<b>3. Code civil.....</b>	<b>12</b>
- Article 1171 .....	12
<b>D. Jurisprudence d'application .....</b>	<b>14</b>
- Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525.....	14
- Cass. com., 4 octobre 2016, n° 14-28013, Carrefour.....	18
- Cass. Com., 25 janvier 2017, n° 15-23.547, Galec.....	22
<b>E. Avis de la commission d'examen des pratiques commerciales .....</b>	<b>25</b>
- Avis n° 15-21 du 21 mai 2015 relatif à une demande d'avis d'un professionnel concernant l'application de l'article L. 442-6 du code de commerce au secteur d'activité du conseil aux entreprises	25
<b>II. Constitutionnalité de la disposition contestée .....</b>	<b>26</b>
<b>A. Normes de référence.....</b>	<b>26</b>
<b>1. Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 .....</b>	<b>26</b>
- Article 2 .....	26
- Article 4 .....	26
- Article 8 .....	26
<b>2. Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.....</b>	<b>26</b>
- Article 23-2 .....	26
<b>B. Jurisprudence du Conseil constitutionnel.....</b>	<b>27</b>
<b>1. Sur le changement des circonstances.....</b>	<b>27</b>
- Décision n° 2011-142/145 QPC du 30 juin 2011, Départements de la Seine-Saint-Denis et autres [Concours de l'État au financement par les départements du RMI, du RMA et du RSA].....	27
- Décision n° 2013-340 QPC du 20 septembre 2013 - M. Alain G. [Assujettissement à l'impôt sur le revenu des indemnités de licenciement ou de mise à la retraite].....	27
- Décision n° 2017-630 QPC du 19 mai 2017, M. Olivier D. [Renvoi au décret pour fixer les règles de déontologie et les sanctions disciplinaires des avocats] .....	28
- Décision n° 2017-694 QPC du 2 mars 2018, M. Ousmane K. et autres [Motivation de la peine dans les arrêts de cour d'assises].....	28
<b>Sur le principe de légalité des délits et des peines .....</b>	<b>29</b>
<b>2. 29</b>	
- Décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, Établissements Darty et Fils [Déséquilibre significatif dans les relations commerciales].....	29
- Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.....	30

<b>3. Sur la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle.....</b>	<b>32</b>
- Décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, Société Système U Centrale Nationale et autre [Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence] .....	32
- Décision n° 2015-468/469/472 QPC du 22 mai 2015, Société UBER France SAS et autre [Voitures de transport avec chauffeur - Interdiction de la « maraude électronique » - Modalités de tarification - Obligation de retour à la base].....	33
- Décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015, Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques .....	34
- Décision n° 2016-542 QPC du 18 mai 2016, Société ITM Alimentaire International SAS [Prononcé d'une amende civile à l'encontre d'une personne morale à laquelle une entreprise a été transmise] .....	35

# I. Dispositions législatives

## A. Dispositions contestées

### 1. 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

*Version résultant de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*

**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, en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients ou en une demande supplémentaire, en cours d'exécution du contrat, visant à maintenir ou accroître abusivement ses marges ou sa rentabilité ;

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

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

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

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

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

7° (Abrogé) ;

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

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

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

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

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

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 ou, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques mentionnées au présent article ont été mises en œuvre. 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.

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

L'évolution porte sur le 2° du I de l'article L. 442-6 du code de commerce.

### 1. Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, article 36

**Art. 36. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou artisan :**

**1. De pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence ;**

**2. De refuser de satisfaire aux demandes des acheteurs de produits ou aux demandes de prestations de service, lorsque ces demandes ne présentent aucun caractère anormal, qu'elles sont faites de bonne foi et que le refus n'est pas justifié par les dispositions de l'article 10 ;**

**3. De subordonner la vente d'un produit ou la prestation d'un service soit à l'achat concomitant d'autres produits, soit à l'achat d'une quantité imposée, soit à la prestation d'un autre service.**

**L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le parquet, 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.**

**Le président de la juridiction saisie peut, en référé, enjoindre la cessation des agissements en cause ou ordonner toute autre mesure provisoire.**

### 2. Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie

#### - Article L. 442-6

*Modifié par l'article - art. 93 <sup>1</sup>*

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 ;

---

<sup>1</sup> I. — L'article L. 442-6 du code de commerce est ainsi modifié c) Le 2°, tel qu'il résulte du b du présent 1°, est ainsi rédigé :

(...)

« 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

**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.

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 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 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.

NOTA :

*Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 JORF du 5 août 2008 art. 21 IV : Les modifications induites par la présente loi s'appliquent aux contrats conclus à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2009.*

### **3. Dispositions en vigueur**

*(Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique)*

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 ou de promotion commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins, du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat ou de la rémunération de services rendus par une centrale internationale regroupant des distributeurs. Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires, en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients ou en une demande supplémentaire, en cours d'exécution du contrat, visant à maintenir ou accroître abusivement ses marges ou sa rentabilité ;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 huitième alinéa du I 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 cinq millions d'euros. Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées ou, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques mentionnées au présent article ont été mises en œuvre. 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 ordonne systématiquement 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.

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

## **C. Autres dispositions**

### **1. 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 Ier : De la transparence.

- **Article L. 441-7**

Modifié par [Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 - art. 2](#)

I. – Une convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties, dans le respect des articles L. 441-6 et L. 442-6, en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale. Elle indique le barème de prix tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, ou les modalités de consultation de ce barème dans la version ayant servi de base à la négociation. Etablie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application, elle fixe :

1° Les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services telles qu'elles résultent de la négociation commerciale dans le respect de l'article L. 441-6, y compris les réductions de prix ;

2° Les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services rend au fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs ou en vue de leur revente aux professionnels, tout service propre à favoriser leur commercialisation ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, en précisant l'objet, la date prévue, les modalités d'exécution, la rémunération des obligations ainsi que les produits ou services auxquels elles se rapportent ;

3° Les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services, en précisant pour chacune l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution, ainsi que la rémunération ou la réduction de prix globale afférente à ces obligations.

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

La rémunération des obligations relevant des 2° et 3° ainsi que, le cas échéant, la réduction de prix globale afférente aux obligations relevant du 3° ne doivent pas être manifestement disproportionnées par rapport à la valeur de ces obligations.

Les obligations relevant des 1° et 3° concourent à la détermination du prix convenu. Celui-ci s'applique au plus tard le 1er mars. La date d'entrée en vigueur des clauses prévues aux 1° à 3° ne peut être ni antérieure ni postérieure à la date d'effet du prix convenu. Le fournisseur communique ses conditions générales de vente au distributeur au plus tard trois mois avant la date butoir du 1er mars ou, pour les produits ou services soumis à un cycle de commercialisation particulier, deux mois avant le point de départ de la période de commercialisation.

Les conditions dans lesquelles, le cas échéant, le fournisseur s'engage à accorder aux consommateurs, en cours d'année, des avantages promotionnels sur ses produits ou services sont fixées dans le cadre de contrats de mandat confiés au distributeur ou prestataire de services ; conclu et exécuté conformément aux articles 1984 et suivants du code civil, chacun de ces contrats de mandat précise, notamment, le montant et la nature des avantages promotionnels accordés, la période d'octroi et les modalités de mise en œuvre de ces avantages ainsi que les modalités de reddition de comptes par le distributeur au fournisseur.

Pour les produits agricoles mentionnés à l'article L. 441-2-1, le lait et les produits laitiers, ces avantages ne peuvent dépasser 30 % de la valeur du barème des prix unitaires, frais de gestion compris.

Sans préjudice des dispositions et stipulations régissant les relations entre les parties, le distributeur ou le prestataire de services répond de manière circonstanciée à toute demande écrite précise du fournisseur portant sur l'exécution de la convention, dans un délai qui ne peut dépasser deux mois. Si la réponse fait apparaître une mauvaise application de la convention ou si le distributeur s'abstient de toute réponse, le fournisseur peut le signaler à l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation.

Le présent I n'est pas applicable aux produits mentionnés au premier alinéa de l'article L. 441-2-1, ni à la convention conclue entre un fournisseur et un grossiste conformément à l'article L. 441-7-1.

II. – Le fait de ne pas pouvoir justifier avoir conclu dans les délais prévus une convention satisfaisant aux exigences du I est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 75 000 € pour une personne physique et 375 000 € pour une personne morale. L'amende est prononcée dans les conditions prévues à l'article L. 470-2. Le maximum de l'amende encourue est doublé en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive.

NOTA :

*Conformément au IV de l'article 107 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, ces dispositions s'appliquent aux conventions conclues à compter du 1er janvier 2017.*

## 2. Code de la consommation

Livre II : FORMATION ET EXÉCUTION DES CONTRATS

Titre Ier : CONDITIONS GÉNÉRALES DES CONTRATS

Chapitre II : Clauses abusives

### - Article L. 212-1<sup>2</sup>

*Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations- art. 2*

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

Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1188, 1189, 1191 et 1192 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 les deux contrats sont juridiquement liés dans leur conclusion ou leur exécution.

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.

Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la commission des clauses abusives, 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.

Un décret pris dans les mêmes conditions, 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.

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.

## 3. Code civil

Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété

Titre III : Des sources d'obligations

Sous-titre Ier : Le contrat

Chapitre II : La formation du contrat

Section 2 : La validité du contrat

Sous-section 3 : Le contenu du contrat

### - Article 1171<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Ancien article L. 132-1 du code de la consommation

<sup>3</sup> Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations :

(...)

*Enfin l'une des principales innovations de cette sous-section est l'introduction des clauses abusives définies comme les clauses créant un déséquilibre significatif entre les parties dans le [code civil \(article 1171\)](#), ce qui permet de renforcer la cohérence de l'ensemble du dispositif en matière de droit des contrats : en effet, entre professionnels et consommateurs, le [code de la consommation](#) répute non écrite les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ; dans les contrats conclus entre professionnels, le [code de commerce](#) comporte depuis 2008 un dispositif visant à sanctionner, sur le terrain de la responsabilité, les clauses créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Afin de répondre aux inquiétudes des représentants du monde économique, craignant une atteinte à la sécurité*

Modifié par [LOI n°2018-287 du 20 avril 2018 - art. 7](#)

Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation.

---

*des transactions entre partenaires commerciaux et à l'attractivité du droit français, le champ des clauses abusives est néanmoins circonscrit dans le présent texte aux contrats d'adhésion (dont les contours sont désormais délimités par la définition donnée à l'article 1110), terrain d'élection de ce type de clause. Cette disposition est d'ordre public, de telles clauses étant réputées non écrites. Les critères d'appréciation du déséquilibre sont déjà connus puisqu'ils sont inspirés de ceux fixés dans le [code de la consommation](#) et qu'ils résultent de la transposition de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 sur les clauses abusives ; l'alinéa 2 de l'article 1171 précise que cette appréciation ne peut porter ni sur l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation du prix à la prestation.*

## D. Jurisprudence d'application

- Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525

**Sur le sixième moyen :**

Attendu que la société Eurauchan fait grief à l'arrêt de dire que l'articulation des articles 14. 1. 2 et 14. 1. 3 de la convention tente de créer un déséquilibre significatif en faveur de la société Eurauchan, dire que l'article 4 de l'annexe 4 crée un déséquilibre significatif en faveur de la société Eurauchan, de lui enjoindre de cesser à l'avenir ces pratiques abusives et de prononcer à son encontre une amende civile alors, selon le moyen ;

*1°/ qu'aux termes de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce, engage la responsabilité de son auteur, le fait « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » ; qu'il résulte de ce texte que le « déséquilibre significatif » susceptible d'engager la responsabilité de son auteur est un déséquilibre dans les droits et obligations des parties, qui doit s'apprécier, in concreto, en prenant en compte l'ensemble de ces droits et obligations, tel qu'il ressort du contrat, pris dans sa globalité, et au regard du « partenaire » avec lequel il est conclu ; qu'en énonçant cependant, pour dire que la société Eurauchan avait, par les clauses de révision de prix, d'une part et par l'annexe 4, d'autre part, de son contrat type, tenté de créer et créé un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, que le déséquilibre est constitué par l'existence d'une convention unique, même négociée et qu'il devient significatif par la présence dans le contrat type proposé d'obligations injustifiées à la charge du fournisseur et néfastes pour l'économie, la cour d'appel a violé les dispositions du texte susvisé, ensemble et par fausse application celles de l'article L. 442-6 II du même code ;*

*2°/ que toute infraction, susceptible d'être sanctionnée, ayant le caractère de punition, doit être définie dans des termes suffisamment clairs et précis ; que le Conseil constitutionnel a décidé, le 13 janvier 2011, que la définition des pratiques prohibées par l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce était suffisamment claire et précise dès lors que le législateur s'est référé à la notion juridique de « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » qui est une notion juridique déjà connue, puisque prévue à l'article L. 132-1 du code de la consommation et que cette notion a déjà fait l'objet de nombreuses précisions par la jurisprudence ; qu'il résulte tant des dispositions de l'article L. 132-1 du code de la consommation que des décisions juridictionnelles rendues sur le fondement de ce texte, que la notion juridique de « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » est une notion prenant en compte l'ensemble des « droits et obligations des parties », tel qu'il ressort du contrat, pris en son ensemble et au regard du « partenaire » avec lequel il est conclu ; qu'en retenant cependant, pour dire que la société Eurauchan avait, par les clauses de révision de prix, d'une part et par l'annexe 4, d'autre part, de son contrat type, tenté de créer et créé un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, sur le seul examen qu'en retenant néanmoins, que le juge peut apprécier l'existence d'un « déséquilibre significatif entre les droits et parties » au seul vu d'une clause figurant dans le contrat type proposé aux fournisseurs, la cour d'appel a violé les articles 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ensemble l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce ;*

*3°/ qu'il appartient au ministre, qui entend voir constater et sanctionner l'existence d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, d'établir, au regard de l'ensemble des droits et obligations des parties, tels qu'issus du contrat, l'existence de ce déséquilibre ; qu'en affirmant, pour dire que la société Eurauchan avait, par les clauses de révision de prix, d'une part et par l'annexe 4, d'autre part, de son contrat type, tenté de créer et créé un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, qu'il appartient à la société Eurauchan de justifier que, par la négociation, d'autres clauses du contrat viennent compenser le déséquilibre ainsi causé, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve, en violation des articles 1315 du code civil et L. 442-6 I 2° du code de commerce ;*

Mais attendu qu'après avoir énoncé que l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce invite à apprécier le contexte dans lequel le contrat est conclu et son économie, et avoir examiné les relations commerciales régies par la convention litigieuse, l'arrêt relève que la modification de l'article 14 de cette dernière est toujours refusée et constate que la société Eurauchan ne démontre pas qu'à l'issue de la négociation dont elle fait état, la modification des autres clauses ait néanmoins permis de rééquilibrer le contrat ; qu'en cet état, la cour d'appel, qui ne s'est pas déterminée en considération des seules clauses litigieuses, a, sans inverser la charge de la preuve, ni méconnaître les articles 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, satisfait aux exigences de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce ; que le moyen n'est pas fondé ;

**Sur le septième moyen :**

Attendu que la société Eurauchan fait le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen ;

*1°/ que l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce prohibe le fait de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire à des obligations créant un « déséquilibre significatif » dans les droits et obligations des parties ; qu'il résulte de ce texte que le « déséquilibre significatif » doit s'apprécier, in concreto, en prenant en compte*

*l'ensemble des « droits et obligations des parties », tel qu'il ressort de chaque contrat, pris en son ensemble et au regard du « partenaire » avec lequel il est conclu ; qu'en ce qu'elle s'est fondée, pour dire que la clause de révision de prix, figurant au contrat type proposé par le distributeur à ses fournisseurs, créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, partant était illicite, sur les seuls termes de cette clause, indépendamment de toute situation contractuelle effective et sans considération pour les droits et obligations respectifs des parties tels qu'ils ressortent du contrat pris en son entier, la cour d'appel a violé les dispositions de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce, ensemble et par fausse application l'article L. 442-6 II du même code ;*

*2°/ que, subsidiairement, dans ses conclusions devant la cour d'appel, la société Eurauchan faisait valoir que toute baisse technique des tarifs du fournisseur ou toute hausse de ses tarifs emportait, de la même manière, obligation de renégociation et poursuite du contrat initial si aucun accord n'était trouvé, le distributeur s'engageant seulement, de surcroît et dans l'intérêt des fournisseurs, à accepter le principe de révision à la hausse en cas d'éléments objectifs transmis par le fournisseur et avec un préavis différent selon que les éléments justifiant la hausse de tarif en cours de contrat étaient externes ou internes à l'organisation du fournisseur ; qu'elle indiquait encore que le parallélisme des formes ne pouvait être respecté dès lors que si les fournisseurs avaient effectivement tout intérêt à informer le distributeur d'une hausse de leur coût de revient, il n'en était nullement de même s'agissant d'une baisse de ces coûts ; qu'en se bornant, pour dire que la combinaison des clauses litigieuses créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, à relever les conditions de mise en oeuvre de la révision n'étaient pas symétriques selon que l'initiative en revenait à la société Eurauchan ou à ses fournisseurs, sans répondre au moyen tiré de ce que la différence de condition de mise en oeuvre de la révision des prix était la conséquence du fait que seuls les fournisseurs avaient connaissance d'une éventuelle modification de leurs coûts de revient et que cette différence était à leur avantage exclusif, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;*

*3°/ qu'il appartient au ministre, qui entend voir constater et sanctionner l'existence d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, d'établir, au regard de l'ensemble des droits et obligations des parties, tels qu'issus du contrat, l'existence de ce déséquilibre ; qu'en affirmant, pour dire que la société Eurauchan avait, par l'insertion dans son contrat type d'achat des clauses de révision de prix litigieuses, imposé à ses fournisseurs des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, qu'il appartient à la société Eurauchan de démontrer, ce qu'elle ne fait qu'alléguer, que la modification des autres clauses à l'issue de la négociation dont elle fait état a permis de rééquilibrer le contrat, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve, en violation des articles 1315 du code civil et L. 442-6 I 2° du code de commerce ;*

*4°/ que, subsidiairement, dans ses conclusions devant la cour d'appel, la société Eurauchan faisait valoir que l'équilibre des contrats conclus, en ce inclus la clause de révision de prix, ressortait de l'ensemble des modifications et avenants apportés au contrat par les fournisseurs lors des négociations ; qu'elle produisait, à l'appui de ses dires et en se référant aux contrats cités par le ministre, les contrats conclus établissant que les fournisseurs avaient effectivement pu modifier ou supprimer de nombreuses clauses du contrat type proposé, en vue d'assurer l'équilibre des droits et obligations entre les parties ; qu'en se bornant, pour dire que la société Eurauchan avait, par l'insertion dans son contrat type d'achat des clauses de révision de prix litigieuses, imposé à ses fournisseurs des obligations créant un déséquilibre significatif, à affirmer que la société Eurauchan ne fait qu'« alléguer que la modification des autres clauses à l'issue de la négociation dont elle fait état a permis de rééquilibrer le contrat », sans rechercher, au vu des contrats modifiés qui lui étaient soumis, si la modification de certaines des clauses par les fournisseurs assurait l'équilibre des droits et obligations de parties, la cour d'appel a encore privé sa décision de toute base légale au regard de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce ;*

*5°/ que le contrat est la loi des parties ; que l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce prohibe seulement le fait de « soumettre ou de tenter de soumettre » un partenaire à une obligation créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; qu'il résulte de ce texte que l'infraction suppose le fait, pour une partie au contrat de soumettre, ou tenter de soumettre, son cocontractant à ce déséquilibre ; que dans ses conclusions devant la cour d'appel, la société Eurauchan faisait valoir que les fournisseurs, dont les contrats étaient cités par le ministre et dont la puissance économique excluait qu'il puisse leur être « imposé » quelque condition que ce soit, voulaient se voir reconnaître le droit de modifier unilatéralement leurs prix en cours de contrat, ce qui était contraire à l'article L 441-7 du code de commerce et ce que la société Eurauchan n'était pas obligée d'accepter ; qu'en se bornant, pour dire que la société Eurauchan avait, par l'insertion dans son contrat type d'achat des clauses de révision de prix litigieuses, imposé à ses fournisseurs des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, à affirmer que certains fournisseurs, (Bonduelle, Mac Cain, Mars Petcarex and Food France et Lascad) contestent les termes de cet article qu'ils souhaitent voir modifié ou supprimé mais que la société Eurauchan fait savoir que toute modification doit recueillir son consentement, sans rechercher si, eu égard à la personne des fournisseurs en cause, ensemble le droit de la société Eurauchan de refuser une modification unilatérale du prix en cours de contrat, la société Eurauchan avait effectivement «*

*imposé » la clause litigieuse, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard des articles L. 442-6-1 2° du code de commerce et 1134 du code civil ;*

*6°/ que le contrat est la loi des parties ; que l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce prohibe seulement le fait de « soumettre ou de tenter de soumettre » un partenaire à une obligation créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; qu'il résulte de ce texte que l'infraction suppose le fait, pour une partie au contrat de soumettre, ou tenter de soumettre, son cocontractant à ce déséquilibre ; qu'en retenant pour dire que la société Eurauchan avait imposé à ses fournisseurs la clause litigieuse, que cette clause figurant au contrat type était, en tout état de cause, érigée en principe, la cour d'appel, qui a exclu, contra legem et par principe, l'existence d'une négociation entre les parties et a déduit le fait de « soumettre ou tenter de soumettre » le partenaire commercial de la seule existence de la clause, dont elle a estimé qu'elle créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, a violé l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce ;*

Mais attendu que l'arrêt relève qu'il n'existe pas de réciprocité dans les conditions de mise en oeuvre de la révision des tarifs selon que l'initiative en revient à la société Eurauchan ou aux fournisseurs, la baisse de tarif initiée par le distributeur rendant systématique et immédiate la dénonciation de l'accord et emportant obligation de renégocier, tandis que les fournisseurs doivent justifier des « éléments objectifs sur la base desquels ils entendent procéder à une augmentation », toute modification devant recueillir son consentement, sans que la teneur de ces éléments objectifs soit connue ; qu'il en déduit que cette procédure ouvre au distributeur la possibilité de figer le tarif pendant un laps de temps important ou de négocier de nouvelles conditions commerciales annihilant la hausse ; qu'il constate ensuite, au regard des différents avenants qu'il énumère, et sans se limiter à la seule clause en litige, que si une négociation peut donner lieu à certaines modifications, celle de l'article 14 est toujours refusée ; qu'il retient enfin, après avoir rappelé qu'il appartient à la société Eurauchan de démontrer que la modification des autres clauses, à l'issue de la négociation invoquée, a permis de rééquilibrer le contrat, que celle-ci ne l'établit pas ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, la cour d'appel, qui n'a pas inversé la charge de la preuve et n'était pas tenue de répondre au moyen inopérant invoqué par la deuxième branche et qui a procédé à une appréciation concrète et globale des contrats en cause, a caractérisé le déséquilibre significatif auquel la société Eurauchan a soumis ses fournisseurs ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le huitième moyen :

Attendu que la société Eurauchan fait encore le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

*1°/ que l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce prohibe le fait de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire à des obligations créant un « déséquilibre significatif » dans les droits et obligations des parties ; qu'il résulte de ce texte que le « déséquilibre significatif » doit s'apprécier, in concreto, en prenant en compte l'ensemble des « droits et obligations des parties », tel qu'il ressort du contrat, pris en son ensemble et au regard du « partenaire » avec lequel il est conclu ; qu'en se bornant, pour dire que la société Eurauchan avait, par l'insertion de la clause relative au taux de service un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties dans le contrat type proposé à ses fournisseurs, créé un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, à analyser les termes de cette clause, sans rechercher au regard des contrats effectivement conclus, des parties à ces contrats et des autres stipulations contractuelles, s'il existait un tel déséquilibre, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé ;*

*2°/ que le contrat type proposé par la société Eurauchan à ses fournisseurs définissait très précisément, dans l'article 4 de son annexe 4 le taux de service, ses modalités de calcul et les modalités de calcul des pénalités en cas de manquement du fournisseur ; que le taux de service était ainsi mentionné comme « l'écart de quantités entre les commandes et les livraisons » en cas d'absence de livraison, de livraison incomplète ou de livraison non conforme, qu'il était précisé que cet écart était mesuré soit au lieu de livraison, soit au lieu d'enlèvement selon que l'achat était au départ ou à la livraison et que le taux de service minimum demandé, apprécié sur une moyenne mensuelle et exprimé soit en prix d'achat soit en nombre de colis, selon le bon de commande, était de 98, 5 % pour les produits frais et les produits de grande consommation et de 99, 5 % en cas de gestion partagée des approvisionnements ; que s'agissant des pénalités en cas de manquements, le contrat prévoyait expressément que le montant des pénalités était égal à 10 % HT du chiffre d'affaires manquant, porté à 20 % lorsqu'ils s'agissaient de produits en opération promotionnelle ; qu'en affirmant cependant, pour dire que la clause relative au taux de service créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, que la définition du taux de service n'est pas clairement établie, que ses modalités de calcul ne sont pas précisées et qu'il en va de même pour le calcul de la pénalité à partir du chiffre d'affaires manquant, la cour d'appel a dénaturé les termes de l'article 4 de l'annexe 4 du contrat type proposé par la société Eurauchan à ses fournisseurs, en violation de l'article 1134 du code civil ;*

*3°/ qu'en se bornant à affirmer, pour dire que la clause relative au taux de service créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, que la définition du taux de service n'est pas clairement établie, que ses modalités de calcul ne sont pas précisées et qu'il en va de même pour le calcul de la pénalité à partir du chiffre d'affaires manquant, sans indiquer ni sur quels éléments elle se fondait pour retenir l'imprécision*

*des termes de la clause, ni quelle était la conséquence du manque de précision retenu au regard de l'existence d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du code civil, ensemble l'article L. 442-6- I 2° du code de commerce ;*

*4°/ que l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce prohibe le fait de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire à des obligations créant un « déséquilibre significatif » dans les droits et obligations des parties ; que, dans ses conclusions, la société Eurauchan rappelait que le vendeur engage sa responsabilité du seul fait du défaut de délivrance d'un seul produit vendu au terme convenu ; qu'en retenant cependant que la clause relative au taux de service créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, au seul constat que cette clause était contestée par certains fournisseurs et sans caractériser ni le déséquilibre, ni, a fortiori, son caractère significatif, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 442-6- I 2° du code de commerce ;*

*5°/ qu'il appartient au ministre, qui entend voir constater et sanctionner l'existence d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, d'établir, au regard de l'ensemble des droits et obligations des parties, tels qu'issus du contrat, l'existence de ce déséquilibre ; qu'en affirmant, pour dire que la société Eurauchan avait, par l'insertion dans son contrat type d'achat de la clause relative au taux de service, soumis ses fournisseurs à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, que la société Eurauchan ne justifie pas que d'autres clauses insérées lors des négociations permettent un rééquilibrage, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve, en violation des articles 1315 du code civil et L. 442-6 I 2° du code de commerce ;*

*6°/ que dans ses conclusions devant la cour d'appel, la société Eurauchan faisait valoir que si le contrat type proposé aux fournisseurs prévoyait des pénalités à leur charge, en cas de manquement, supérieur à 1, 5 %, à leur obligation de délivrance de produits conformes dans le délai convenu, l'article 14. 3. 2 du même contrat stipulait également une pénalité, à la charge du distributeur, en cas de retard de paiement des fournisseurs, égale à trois fois le taux d'intérêt légal, sur toutes les sommes dues, dès le 1er jour de retard et jusqu'à complet paiement, applicable dès le 1er manquement ; qu'elle observait qu'il n'existait ainsi aucun déséquilibre, a fortiori aucun déséquilibre significatif, à prévoir des pénalités de retard réciproques, sans aucune tolérance pour le distributeur ; qu'en affirmant cependant que la société Eurauchan ne justifie pas que d'autres clauses permettent un rééquilibrage, sans répondre au moyen tiré de l'application de pénalités de retard à la charge du distributeur, prévue à l'article 14. 3. 2 du contrat type, la cour d'appel a, en tout état de cause, méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;*

*7°/ que l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce prohibe le fait de « soumettre ou de tenter de soumettre » un partenaire à une obligation créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; qu'il résulte de ce texte que l'infraction comporte deux éléments constitutifs distincts, d'une part, l'existence de pratique ou de clause contractuelle créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties et, d'autre part, le fait, pour une partie au contrat de soumettre, ou tenter de soumettre, son cocontractant à ce déséquilibre ; que la société Eurauchan faisait valoir, dans ses conclusions, que la clause relative au taux de service prévue à l'annexe 4 du contrat type qu'elle proposait à ses fournisseurs pouvait être modifiée lors des négociations, ce qui excluait toute volonté de soumettre ou de tenter de soumettre son cocontractant, c'est-à-dire d'imposer de quelconques stipulations ; qu'elle observait que les sociétés Bonduelle et Cassegrain, dont les contrats avaient été produits par le ministre, avaient modifié les termes de cette clause et produisait elle-même un exemple de contrat, en l'occurrence conclu avec la société Conserves de France, où le fournisseur avait refusé toute pénalité, ce qui avait été accepté par le distributeur ; qu'en affirmant cependant, pour dire que pour dire que la société Eurauchan avait, par l'insertion dans son contrat type d'achat de la clause relative au taux de service, soumis ses fournisseurs à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties que « contrairement à ce que soutient Eurauchan, il n'apparaît pas que cette disposition ait fait l'objet de négociations véritables ; qu'elle n'est jamais discutée avant la signature du contrat fixant les conditions d'approvisionnement, contrairement à ce que préconisait l'association ECR », sans s'expliquer sur l'offre de preuve établissant la réalité des négociations, de la discussion de la clause relative au taux de service et de sa modification lors de la signature de contrats, la cour d'appel a encore méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;*

*8°/ que l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce prohibe le fait de « soumettre ou de tenter de soumettre » un partenaire à une obligation créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; qu'il résulte de ce texte que l'infraction comporte deux éléments constitutifs distincts, d'une part, l'existence de pratique ou de clause contractuelle créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties et, d'autre part, le fait, pour une partie au contrat de soumettre, ou tenter de soumettre, son cocontractant à ce déséquilibre ; qu'en retenant cependant, pour dire que la société Eurauchan avait, par l'insertion dans son contrat type d'achat de la clause relative au taux de service, soumis ses fournisseurs à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, que l'absence de négociation était établie « par l'absence de place laissée dans l'annexe pré-rédigée pour en modifier le contenu à la différence des autres annexes mais ce qui se révèle surtout dans l'uniformité du taux de service pour tous les fournisseurs, sans considération de la nature de leur activité, de la relation existante », la cour d'appel, qui a exclu, contra legem et par principe,*

*l'existence d'une négociation entre les parties et a déduit le fait de « soumettre ou tenter de soumettre » le partenaire commercial de la seule existence, dans le contrat type soumis à négociation, de la clause, dont elle a estimé qu'elle créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, a violé l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce ;*

*9°/ que la cour d'appel a constaté que l'annexe 4 du contrat type proposé par la société Eurauchan prévoyait un système de pénalités en cas de non-respect par le fournisseur d'un taux de service minimum de 98,5 % et que le taux de service était défini comme l'écart entre les commandes et les livraisons ; qu'en retenant, pour dire que la société Eurauchan avait, par l'insertion dans son contrat type d'achat de la clause relative au taux de service, soumis ses fournisseurs à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, que le critère de déclenchement des pénalités est inconnu ce que révèlent les tableaux produits par la société Eurauchan sur les pénalités pour les fournisseurs du service « fromage libre-service » et qu'il dépend, en réalité, de la seule volonté de la société Eurauchan, de sorte que celle-ci a la maîtrise de l'exécution du contrat, de la discussion, a posteriori, de son application et possède une arme pour la négociation du prochain contrat unique, la cour d'appel n'a pas déduit les conséquences légales de ses constatations, en violation de l'article 1134 du code civil, ensemble l'article L. 442-6- I 2° du code de commerce ;*

Mais attendu, en premier lieu, qu'ayant reproduit la définition du taux de service figurant à l'annexe 4 et relevé, par motifs propres et adoptés, qu'elle ne précisait pas si le taux de service se référait à un taux par magasin, par entrepôt ou au plan national, ni la notion de « chiffre d'affaires manquant » à partir duquel la pénalité était calculée, la cour d'appel a justement retenu le caractère général et imprécis de la stipulation litigieuse, qu'elle n'a pas dénaturée ;

Attendu, en deuxième lieu, que l'arrêt relève, par motifs propres et adoptés, que la clause relative au taux de service figurant en annexe 4, prévoyant un système de pénalité en cas de non-respect par les fournisseurs d'un taux de service minimum de 98,5 %, revêt un caractère automatique, source de disproportion entre le manquement et la sanction, et qu'elle est dépourvue de réciprocité et de contrepartie ; qu'il retient, au regard des pénalités effectivement mises en oeuvre, et sans méconnaître ses constatations relatives au fait générateur de la sanction, que son critère d'application étant inconnu, celle-ci dépend de la seule volonté de la société Eurauchan, qui conserve ainsi la maîtrise de l'exécution du contrat et dispose d'une arme pour la négociation de la prochaine convention ; qu'il relève encore que près de 60 % des cinq mille huit cent vingt-neuf fournisseurs identifiés par la société Eurauchan n'atteignent pas le taux de service minimal ; qu'il retient également que cette annexe pré-rédigée ne comporte pas d'espace libre pour en modifier le contenu, à la différence des autres annexes, et ne fait pas l'objet de négociations véritables, eu égard à l'uniformité du taux de service qui ne distingue pas selon la nature de l'activité et la relation existante ; qu'il retient encore que la société Eurauchan ne démontre pas que d'autres clauses du contrat, issues de la négociation, compensent le déséquilibre significatif en cause, et ne justifie pas d'exemples de taux de service ayant fait l'objet d'accords négociés individuellement, en dépit des contestations de nombreux fournisseurs ; qu'il constate qu'en dehors de quelques fournisseurs, les plus puissants, la majorité d'entre eux a été contrainte de s'y soumettre ; qu'en cet état, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation et qui n'a pas inversé la charge de la preuve, a caractérisé le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, résultant de la clause afférente au taux de service, auquel la société Eurauchan a soumis ou tenté de soumettre ses fournisseurs ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

- **Cass. com., 4 octobre 2016, n° 14-28013, Carrefour**

Sur le quatrième moyen, pris en ses première à quatrième branches :

Attendu que les sociétés Carrefour font grief à l'arrêt de dire que l'article 3 de la convention de partenariat 2009, les articles 8-2 et 8-5 des conditions générales d'approvisionnement, l'annexe 1-4 des conditions générales d'approvisionnement, et l'annexe 16 de la convention de partenariat 2009 créent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au détriment des fournisseurs, de leur enjoindre de cesser pour l'avenir la pratique consistant à mentionner dans leurs contrats ces clauses et de les condamner in solidum à payer une amende civile alors, selon le moyen :

*1°/ que l'interdiction faite à un distributeur d'insérer certaines clauses dans ses contrats ne peut être prononcée qu'après une analyse concrète et globale des contrats en cause ; qu'une telle analyse suppose un examen concret des rapports de force en présence permettant de déduire qu'une des parties a pu tenter de soumettre ou soumis*

*l'autre à la conclusion d'un contrat mettant en oeuvre un déséquilibre significatif dans leurs droits et obligations, de telle sorte que la constatation d'un tel déséquilibre et, partant, le prononcé d'une telle restriction apportée à la liberté contractuelle, supposent d'examiner qui sont réellement les parties concrètement en présence ; qu'en fondant son analyse sur des considérations générales affranchies de tout examen casuistique concret et tirées de la structure du secteur de la distribution et de l'hétérogénéité des fournisseurs, la cour d'appel, qui a purement et simplement prohibé, quelle que soit la personne du fournisseur, l'insertion de certaines clauses dans les conditions générales d'approvisionnement et la convention de partenariat, a violé l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce et ainsi apporté une entrave disproportionnée à la liberté contractuelle, également méconnue ;*

*2°/ que la cour d'appel a constaté que les fournisseurs de la grande distribution se caractérisent par leur hétérogénéité, que « peu » d'entre eux peuvent se permettre d'être déréférencés ou d'engager une action en justice contre un distributeur tel que Carrefour, ce dont il résultait que certains fournisseurs n'étaient pas en position de faiblesse vis-à-vis du distributeur et qu'ils disposaient effectivement de la possibilité de négocier ; qu'en prohibant purement et simplement, y compris à leur égard, l'insertion de certaines clauses dans les conditions générales d'approvisionnement et la convention de partenariat, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, en violation de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce et du respect dû au principe de la liberté contractuelle ;*

*3°/ qu'en se dispensant de rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si certains fournisseurs ne pouvaient, par leur puissance économique, le nombre important de références de produits qu'ils proposent et, pour certaines d'entre elles, leur caractère incontournable, rendre impossible au distributeur d'envisager leur déréférencement, de telle sorte que le rapport de force avec ce dernier s'en trouvait, sinon inversé, à tout le moins équilibré, la cour d'appel, qui a néanmoins fait interdiction au distributeur d'insérer certaines clauses dans les conditions générales d'approvisionnement et la convention de partenariat, le plaçant ainsi dans une situation de net désavantage, n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, ensemble le principe de la liberté contractuelle ;*

*4°/ que l'existence d'un déséquilibre significatif ne peut être déduite qu'après avoir procédé à un examen concret et global des droits et obligations des parties ; qu'un tel examen suppose d'examiner l'ensemble des clauses du contrat considéré et notamment, celles, susceptibles de varier au terme d'une négociation telle celle relative au prix ; que dès lors, le déséquilibre significatif ne peut être déduit que de l'examen d'un contrat finalisé et conclu et non d'un contrat-type qui n'a pas nécessairement vocation à être signé en l'état ; qu'en retenant l'existence d'un déséquilibre significatif motifs pris qu'il incombe à celui qui soutient que l'économie globale du contrat rend licite une clause qui pourrait être sanctionnée, la cour d'appel, qui a ainsi admis l'existence d'un déséquilibre significatif sans s'intéresser aux droits et obligations des parties dans leur globalité, faute de pouvoir prendre en compte leurs droits et obligations actuels, comme issus d'un contrat réellement conclu, a violé l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;*

Mais attendu, en premier lieu, qu'étant saisie de la licéité de clauses de la convention de partenariat proposée à tous les fournisseurs en 2009 et les sociétés Carrefour n'ayant pas allégué que certains d'entre eux, à raison de leur puissance économique, du nombre important de références qu'ils proposaient ou de leur caractère incontournable, seraient parvenus à obtenir la suppression des clauses litigieuses dans le cadre de négociations, la cour d'appel a pu se référer à la structure du secteur de la distribution alimentaire en France pour caractériser l'existence d'une soumission ou d'une tentative de soumission au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

Et attendu, en second lieu, que l'article L. 442-6, I, 2° précité prohibant tant le fait de soumettre que celui de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, ce texte peut s'appliquer à un contrat-type proposé à des fournisseurs

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le cinquième moyen, pris en ses deuxième à quatrième branches :

Attendu que les sociétés Carrefour font grief à l'arrêt de dire que l'article 3 de la convention de partenariat 2009 et les articles 8-2 et 8-5 des conditions générales d'approvisionnement créent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au détriment des fournisseurs, de leur enjoindre de cesser pour l'avenir la pratique consistant à mentionner dans leurs contrats ces clauses et de les condamner in solidum à payer une amende civile alors, selon le moyen :

*1°/ que l'approche « clause par clause » du déséquilibre significatif n'est pas exclusive d'un examen global du contrat de nature à établir que l'obligation de l'une des parties trouve sa contrepartie dans l'économie, notamment financière, du contrat ; que le distributeur faisait notamment valoir que l'engagement du fournisseur sur une date et une heure de livraison précise était une contrainte prise en compte par ce dernier dans la détermination de son prix, notamment pour les produits gérés en flux tendus ; qu'en se bornant à examiner l'existence d'un déséquilibre significatif à l'aune de la prérogative dont disposait le distributeur, en cas de non-respect de la contrainte de date et d'heure de livraison, de refuser la livraison et de refuser d'en acquitter le prix, sans examiner si ce risque n'était*

*pas par avance pris en compte par le fournisseur dans l'élaboration de son prix, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;*

*2°/ que si, dans l'intérêt général duquel participent l'ordre public concurrentiel et la régulation économique, des limites peuvent être apportées à la liberté contractuelle, c'est à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ; qu'en jugeant qu'était à l'origine d'un déséquilibre significatif la clause par laquelle le distributeur pouvait, en cas de non-respect de la contrainte de date et d'heure de livraison, refuser la livraison et refuser d'en acquitter le prix, la cour d'appel a ainsi privé purement et simplement le distributeur, relativement à la livraison, et de pouvoir bénéficier, notamment pour les marchandises traitées en flux tendus et le produits frais, d'une obligation de résultat et de pouvoir faire de la ponctualité de la livraison, pourtant essentielle pour ce type de produits, une obligation déterminante de son propre engagement, violant ainsi l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, ensemble le principe de la liberté contractuelle ;*

*3°/ qu'en considérant que le renvoi à une négociation entre le distributeur et le fournisseur en cas de retard dans le déchargement par le premier lorsque le non-respect par le fournisseur de la date et de l'heure de livraison pouvait donner lieu à l'application de pénalités et à la réparation du préjudice subi par le distributeur créait un déséquilibre significatif, sans examiner, comme elle y était invitée, si la différence de régime en cas d'exécution défectueuse du contrat ne tenait pas au fait que les préjudices pouvant être subis en cas de retard n'étaient pas comparables, celui du distributeur affectant l'exécution d'une obligation essentielle du contrat, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;*

Mais attendu, en premier lieu, que les sociétés Carrefour n'ayant pas soutenu dans leurs écritures que les articles 3 de la convention de partenariat 2009 et 8-2 des conditions générales d'approvisionnement prévoyaient une obligation de résultat qui correspondait à une obligation déterminante de leur propre engagement et dont la suppression occasionnerait une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi par l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, le grief de la deuxième branche est nouveau, et mélangé de fait et de droit ;

Et attendu, en second lieu, qu'après avoir rappelé que la date et l'heure de livraison des marchandises sont fixées par le distributeur et que celui-ci est en droit d'en exiger le respect compte tenu des nécessités de gestion de la chaîne d'approvisionnement, l'arrêt relève que les articles 3 de la convention de partenariat 2009 et 8-2 des conditions générales d'approvisionnement accordent aux sociétés Carrefour une prérogative qui leur permet d'annuler la commande, de refuser la livraison en totalité ou en partie, en laissant tous les frais à la charge du fournisseur, et de demander réparation du préjudice subi, en cas de retard d'une heure, voire d'une demi-heure pour les produits frais et en "flux tendus", ce dispositif se cumulant avec des pénalités financières ; qu'il constate qu'en revanche, aux termes de l'article 8-5 des mêmes conditions générales, les sociétés Carrefour ne s'engagent qu'à tout mettre en oeuvre afin de respecter les horaires définis dans la prise de rendez-vous, dans une fourchette d'une heure maximum au-delà de l'heure fixée, le principe de dédommagement des surcoûts engendrés par le retard dû à leur propre fait s'établissant sur la base d'une négociation préalable avec le fournisseur ; qu'il relève, ensuite, que la prérogative du distributeur lui est reconnue quelles que soient les circonstances et alors même qu'il serait informé du retard moins de 24 heures avant l'horaire de livraison prévu, sans à avoir à justifier de l'impossibilité de réceptionner la commande, ni devoir fournir aucune autre justification ; qu'il retient, enfin, que les conditions générales d'approvisionnement prévoient le montant et le mode de calcul de la pénalité applicable au fournisseur, lui conférant un caractère automatique, tandis qu'elles se contentent de renvoyer à une négociation préalable pour fixer la pénalité qui serait due par les sociétés Carrefour, ce qui donne à cette sanction non chiffrée un caractère éventuel ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, faisant ressortir une absence de réciprocité et une disproportion entre les obligations des parties, qu'aucun impératif ne permettait de justifier, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à la recherche invoquée par la troisième branche, que ses appréciations rendaient inopérante, ni de s'expliquer sur les allégations reprises à la première branche, qui n'étaient pas assorties d'offres de preuve relatives à la prise en compte, par le fournisseur, de ces éléments dans l'élaboration de son prix, a pu retenir que de telles dispositions étaient contraires à l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

D'où il suit que le moyen, irrecevable en sa deuxième branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur le sixième moyen :

Attendu que les sociétés Carrefour font grief à l'arrêt de dire que l'annexe 1-4 des conditions générales d'approvisionnement crée un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au détriment du fournisseur, de leur enjoindre de cesser pour l'avenir la pratique consistant à mentionner dans leurs contrats ces clauses et de les condamner in solidum à payer une amende civile alors, selon le moyen :

*1°/ que si, dans l'intérêt général duquel participent l'ordre public concurrentiel et la régulation économique, des limites peuvent être apportées à la liberté contractuelle, c'est à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ; qu'en jugeant qu'était à l'origine d'un déséquilibre significatif la stipulation autorisant le distributeur à refuser une marchandise dont la date limite de consommation (DLC) ou la date limite d'utilisation optimale (DLUO) est identique à celle figurant sur les produits précédemment livrés par le fournisseur, la cour d'appel, qui a ainsi purement et simplement privé le distributeur de déterminer*

*les caractéristiques des produits qu'il entendait acheter, a porté une atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle de ce dernier, en violation de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, ensemble le principe de la liberté contractuelle ;*

*2°/ que le déséquilibre significatif naît du degré de contrainte inéquitable que le contrat fait peser sur l'une et l'autre des parties ; que le distributeur faisait valoir que la livraison de produits portant des date limite de consommation (DLC) ou date limite d'utilisation optimale (DLUO) croissante ne lui imposait rien d'autre que de suivre l'ordre de sa production ; qu' en jugeant néanmoins que la stipulation autorisant le distributeur à refuser une marchandise dont la date limite de consommation (DLC) ou la date limite d'utilisation optimale (DLUO) est identique à celle figurant sur les produits précédemment livrés par le fournisseur créait un déséquilibre significatif au détriment du fournisseur, sans préciser à quelle sujétion particulière une telle stipulation soumettait le fournisseur, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;*

Mais attendu, d'une part, que les sociétés Carrefour n'ayant pas soutenu dans leurs écritures que la suppression de la stipulation autorisant le distributeur à refuser une marchandise dont la date limite de consommation (DLC), ou la date limite d'utilisation optimale (DLUO), est identique à celle figurant sur les produits précédemment livrés par le fournisseur, priverait le distributeur de la faculté de déterminer les caractéristiques des produits qu'il entend acheter et porterait une atteinte disproportionnée à sa liberté contractuelle, le grief de la première branche est nouveau, et mélangé de fait et de droit ;

Et attendu, d'autre part, que l'arrêt constate que les stipulations du "contrat-date" fixent d'un commun accord le délai nécessaire pour que les marchandises soient vendues dans de bonnes conditions de fraîcheur et que l'article 1-4 des conditions générales d'approvisionnement exige par ailleurs que les produits livrés par le fournisseur ne comportent pas une DLC ou une DLUO qui soit antérieure ou identique à celle figurant sur des produits déjà livrés ; qu'il relève que cette stipulation autorise ainsi les sociétés Carrefour à refuser une marchandise conforme au contrat-date au seul motif que cette dernière stipulation ne serait pas respectée ; qu'il retient que, si le refus d'une livraison de produits comportant une DLC ou DLUO antérieure à celle figurant sur les produits déjà livrés se justifie par les nécessités de gestion des stocks et des magasins du distributeur, tel n'est pas le cas de la faculté de refuser une livraison de produits présentant des dates limites identiques à une livraison antérieure, puisque cette situation n'occasionne aucune désorganisation des stocks du distributeur ; qu'il ajoute que de telles livraisons permettent par ailleurs de respecter les obligations du distributeur à l'égard des consommateurs dès lors que les dates figurant sur les produits sont conformes au délai du contrat-date ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, faisant ressortir une disproportion dans les droits des parties que les impératifs de sécurité et de fraîcheur des produits, comme le risque de désorganisation des entrepôts ou des magasins ne justifiaient pas, la cour d'appel a pu retenir qu'une telle disposition méconnaissait les exigences de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

D'où il suit que le moyen, irrecevable en sa première branche, n'est pas fondé en sa seconde branche ;

Sur le septième moyen :

Attendu que les sociétés Carrefour font grief à l'arrêt de dire que l'annexe 16 de la convention de partenariat 2009 crée un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au détriment du fournisseur, de leur enjoindre de cesser pour l'avenir la pratique consistant à mentionner dans leurs contrats ces clauses et de les condamner in solidum à payer une amende civile alors, selon le moyen :

*1°/ que le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ne peut être déduit de la confrontation de clauses extraites de contrats indépendants les uns des autres, sauf à en constater le caractère indivisible ; que le contrat de coopération commerciale liant le distributeur à un fournisseur met à la charge des parties des obligations différentes et indépendantes de celles issues du contrat de vente, peu important que la facturation des prestations de coopération soit établie en fonction du volume des ventes ; qu'en déduisant néanmoins un déséquilibre significatif de la comparaison d'une part des délais de paiement impartis au distributeur dans le cadre des contrats de vente le liant à ses fournisseurs et d'autre part des délais de paiement impartis aux fournisseurs pour s'acquitter du paiement des prestations de coopération commerciale fournies par le distributeur, lorsqu'ainsi que le faisait valoir le distributeur, les droits et obligations issus de chacun de ces contrats, qui avaient des contreparties et des objets différents, étaient indépendants les uns des autres, de telle sorte que l'existence d'un déséquilibre devait être examinée à l'aune de chacun de ces contrats pris individuellement et non en extrayant artificiellement une clause de chacun d'eux pour les confronter, la cour d'appel a violé l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;*

*2°/ que le distributeur faisait valoir, dans ses conclusions d'appel, que le prix dont le fournisseur devait s'acquitter au titre de la coopération commerciale, à la différence du prix de vente des marchandises établi sur la base de produits commandés et livrés, était établi sur la base d'une estimation fondée sur le volume des ventes réalisés par ce dernier auprès du distributeur lors du précédent exercice et lissé par le paiement d'acomptes mensuels périodiquement réajustés en fonction des volumes effectivement vendus, de telle sorte que les modalités de*

*paiement, échelonné mensuellement et prévisible, justifiaient des délais de paiement à 30 jours que le distributeur lui-même devait au demeurant réciproquement respecter s'il devait restituer un trop-perçu au titre de ce même contrat ; qu'en se bornant à procéder à la comparaison entre les délais de paiement impartis au distributeur dans le cadre des contrats de vente le liant à ses fournisseurs et ceux impartis aux fournisseurs pour s'acquitter du paiement des prestations de coopération commerciale fournies par le distributeur, sans aucunement examiner, ainsi qu'elle y était invitée, si la différence n'était pas justifiée par des considérations liées aux prestations et aux modalités de fixation et de paiement du prix propres à chacun de ces contrats, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;*

*3°/ que le distributeur faisait valoir que pour une partie des contrats visés, il était prévu un règlement au profit des fournisseurs dans un délai inférieur ou égal à 30 jours, soit identique à celui impartie à ces derniers pour s'acquitter du prix de la coopération commerciale, de telle sorte que, pour ces contrats au moins, aucun déséquilibre significatif ne pouvait être constaté ; qu'en se dispensant de répondre à ces écritures, la cour d'appel, qui a néanmoins proscrit l'annexe 16 de la convention de partenariat 2009, prévoyant un délai de paiement à 30 jours des acomptes dus au titre de la coopération commerciale, a violé l'article 455 du code de procédure civile ;*

Mais attendu que l'arrêt relève que l'annexe 16 de la convention de partenariat prévoit que les prestations de coopération commerciale fournies par le distributeur sont calculées à partir d'un pourcentage estimé du chiffre d'affaires, qu'elles sont payées par les fournisseurs, non lors de leur réalisation, mais suivant un calendrier d'acomptes mensuels, et que les factures d'acompte liées à ces prestations sont payables à 30 jours, tandis que les fournisseurs sont réglés dans un délai de 45 jours pour les produits non alimentaires ; qu'il en déduit que cette situation crée un solde commercial à la charge du fournisseur, source d'un déséquilibre significatif, peu important que les délais de paiement concernent des obligations différentes ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a analysé l'économie générale de la convention de partenariat proposée à la négociation et effectué la recherche invoquée à la deuxième branche, et qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le moyen d'annulation, les premier et deuxième moyens, le troisième moyen, pris en ses deux premières branches, le quatrième moyen, pris en sa cinquième branche, et le cinquième moyen, pris en sa première branche, qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

**- Cass. Com., 25 janvier 2017, n° 15-23.547, Galec**

**Sur le premier moyen :**

Attendu que le Galec fait grief à l'arrêt de retenir un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, de prononcer l'annulation des clauses prévoyant ces obligations dans les accords GALEC conclus en 2009 et 2010 avec les quarante-six fournisseurs visés dans la liste jointe à l'arrêt, de le condamner à restituer les sommes perçues à ce titre et de prononcer à son encontre une amende civile alors, selon le moyen :

*1°/ que les dispositions de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ne sanctionnent que le fait de soumettre un partenaire commercial à une « obligation » créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; que le simple fait d'obtenir une réduction de prix de la part de son cocontractant ne soumet ce dernier à aucune « obligation » au sens de ces dispositions ; qu'en considérant, pour condamner le Galec, que la RFA Galec, qui constitue une simple réduction du prix fournisseur, caractérisait une telle « obligation », la cour d'appel a violé, par fausse application, l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;*

*2°/ qu'il résulte de la décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011 du Conseil constitutionnel que l'incrimination prévue à l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce n'est conforme au principe de légalité des délits et des peines que dans la mesure où la notion de « déséquilibre significatif » renvoie à la notion, suffisamment définie par la jurisprudence, qui figure à l'article L. 132-1 du code de la consommation ; qu'en vertu de cet article, l'appréciation du « déséquilibre significatif » ne peut pas porter sur l'adéquation du prix au bien vendu ; qu'ainsi, le « déséquilibre significatif » au sens de l'article précité du code de commerce ne peut jamais résulter de l'inadéquation du prix au bien vendu ; qu'en jugeant pourtant que la loi avait entendu permettre un contrôle par l'administration du prix négocié par comparaison avec le tarif fournisseur, la cour d'appel a violé, par fausse application, l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;*

*3°/ que, si l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce devait être interprété comme permettant de sanctionner le fait d'obtenir une simple réduction de prix, l'article L. 442-6, I, 4° du code de commerce, en ce qu'il sanctionne le fait d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, serait privé de tout effet utile ; qu'il en résulte nécessairement que le législateur n'a*

*pas entendu permettre un contrôle par l'administration du prix négocié par comparaison avec le tarif fournisseur ; qu'en retenant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;*

Mais attendu, en premier lieu, que, dans les rapports noués entre un fournisseur et un distributeur, le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties s'apprécie au regard de la convention écrite prévue par l'article L. 441-7 du code de commerce, laquelle précise les obligations auxquelles se sont engagées les parties et fixe, notamment, les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services, comprenant les réductions de prix, telles qu'elles résultent de la négociation commerciale qui s'opère dans le respect de l'article L. 441-6 de ce code ; qu'ayant constaté que l'annexe 2 des contrats-cadres stipulait que la ristourne litigieuse était prévue au titre des conditions de l'opération de vente, la cour d'appel en a justement déduit que les clauses litigieuses relevaient de l'article L. 442-6, I, 2° du même code ;

Et attendu, en deuxième lieu, que la similitude des notions de déséquilibre significatif prévues aux articles L. 132-1, devenu L. 212-1, du code de la consommation et L. 442-6, I, 2° du code de commerce, relevée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, n'exclut pas qu'il puisse exister entre elles des différences de régime tenant aux objectifs poursuivis par le législateur dans chacun de ces domaines, en particulier quant à la catégorie des personnes qu'il a entendu protéger et à la nature des contrats concernés ; qu'ainsi, l'article L. 442-6, I, 2° précité, qui figure dans le Livre quatrième du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, et au Chapitre II du Titre IV, dédié aux pratiques restrictives de concurrence, n'exclut pas, contrairement à l'article L. 212-1 du code de la consommation, que le déséquilibre significatif puisse résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu ; qu'en outre, la cour d'appel a exactement retenu que la loi du 4 août 2008, en exigeant une convention écrite qui indique le barème de prix tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, a entendu permettre une comparaison entre le prix arrêté par les parties et le tarif initialement proposé par le fournisseur ; qu'il suit de là que l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

#### **Sur le deuxième moyen :**

Attendu que le Galec fait le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

*1°/ que la loi LME du 4 août 2008 a instauré le principe de libre négociabilité des tarifs et supprimé l'obligation de justifier toute réduction du prix fournisseur par une contrepartie ; que si l'article L. 441-7 du code de commerce dispose que la convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale et qu'elle fixe, notamment, les conditions de l'opérations de vente, y compris les réductions de prix, il n'en résulte pas pour autant que toute réduction de prix ne puisse intervenir qu'en contrepartie d'une obligation consentie par l'acheteur ; qu'en relevant pourtant, pour juger que la RFA Galec créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties aux contrats-cadres, que la loi LME n'avait pas supprimé la nécessité de contrepartie, que la réduction du prix accordée par le fournisseur devait avoir pour cause l'obligation prise par le distributeur à l'égard du fournisseur et qu'en l'espèce, la RFA Galec n'était compensée par aucune obligation réelle, la cour d'appel a violé les articles L. 441-6, L. 441-7 et L. 442-6, I, 2° du code de commerce ; 2°/ qu'en tout état de cause, à supposer que les dispositions de l'article L. 441-7 du code de commerce impliquent l'exigence d'une contrepartie à toute réduction du prix « fournisseur », l'éventuelle méconnaissance de cette exigence ne conduit pas nécessairement à un « déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ; qu'en se bornant à relever, pour juger que la RFA Galec créait un tel déséquilibre, que cette remise était dépourvue de contrepartie réelle et méconnaissait donc les dispositions de l'article L. 441-7 du code de commerce, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 441-7 et L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;*

*3°/ que la caractérisation de l'infraction prévue à l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce suppose, tout d'abord, que le juge ait mis en balance les droits et obligations des parties au contrat, en les appréciant de manière concrète, que l'obligation imposée au cocontractant ait créé un « déséquilibre » dans ces droits et obligations et, enfin, que ce déséquilibre soit « significatif » ; qu'à supposer que le juge puisse, sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, contrôler l'adéquation du prix au produit vendu, il lui appartiendrait alors d'évaluer le juste prix du produit et de rechercher si le tarif obtenu à la suite de la réduction du prix s'écarte significativement de ce juste prix ; qu'en l'espèce, la cour d'appel n'a procédé à aucun examen, même sommaire, des produits en cause ou des différents taux de remises consentis ; qu'en se bornant à relever que la RFA Galec créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, sans rechercher si les tarifs obtenus à la suite de la réduction du prix s'écartaient significativement du juste prix des produits, elle a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;*

Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt rappelle que la loi du 4 août 2008, qui a posé le principe de la libre négociabilité des conditions de vente, et notamment des tarifs, a maintenu le principe selon lequel les conditions générales de vente constituent le socle de la négociation commerciale ; qu'il relève que la libre négociabilité tarifaire se traduit notamment, pour le fournisseur, par la possibilité, prévue à l'article L. 441-6 du code de commerce, de convenir avec le distributeur de conditions particulières de vente, mais que les obligations auxquelles les parties s'engagent en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale doivent néanmoins être formalisées dans une convention écrite ; qu'il en déduit que la formalisation des engagements des parties dans un document unique doit permettre à l'administration d'exercer un contrôle *a posteriori* sur la négociation commerciale et sur les engagements pris par les cocontractants ; que de ces énonciations et appréciations, la cour d'appel a déduit à bon droit que le principe de la libre négociabilité n'est pas sans limite et que l'absence de contrepartie ou de justification aux obligations prises par les cocontractants, même lorsque ces obligations n'entrent pas dans la catégorie des services de coopération commerciale, peut être sanctionnée au titre de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, dès lors qu'elle procède d'une soumission ou tentative de soumission et conduit à un déséquilibre significatif ;

Attendu, en deuxième lieu, que l'arrêt relève que les clauses relatives à la RFA, insérées dans les cent dix-huit contrats-cadres examinés, prévoyaient le paiement de cette ristourne, soit en contrepartie de la constatation d'un chiffre d'affaires non chiffré ou d'un chiffre d'affaires inférieur de près de moitié à celui réalisé l'année précédente et l'année durant laquelle la RFA était due, soit sans aucune contrepartie et retient que les fournisseurs ont versé une RFA alors que le distributeur n'avait pris aucune obligation ou aucune réelle obligation à leur égard ; qu'il relève encore que les acomptes dus au titre de la RFA étaient calculés sur un chiffre d'affaires prévisionnel, proche de celui effectivement réalisé et très supérieur au montant du chiffre d'affaires sur lequel le Galec s'était engagé envers le fournisseur pour obtenir la réduction du prix et ajoute que l'article V du contrat-cadre permettait au distributeur d'obtenir le paiement des acomptes avant que le prix des marchandises ait été réglé et de bénéficier ainsi d'une avance de trésorerie aux frais du fournisseur ; qu'il relève enfin que le Galec n'allègue pas que d'autres stipulations contractuelles permettaient de rééquilibrer la convention ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a pu retenir que les clauses litigieuses créaient un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

Et attendu, en dernier lieu, qu'ayant fait ressortir, par les motifs précités, que le déséquilibre significatif reproché au Galec ne résultait pas du niveau des prix consentis mais du mécanisme de mise en oeuvre d'une ristourne de fin d'année, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à la recherche invoquée par la troisième branche, que ses appréciations rendaient inopérante, a légalement justifié sa décision ;

## **E. Avis de la commission d'examen des pratiques commerciales**

### **- Avis n° 15-21 du 21 mai 2015 relatif à une demande d'avis d'un professionnel concernant l'application de l'article L. 442-6 du code de commerce au secteur d'activité du conseil aux entreprises**

(...)

De façon préalable, il convient de rappeler qu'en droit français, le principe, énoncé à l'article L. 410-2 du code de commerce, est celui de la libre détermination des prix par le jeu de la concurrence et que la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a entendu restituer aux parties à la relation commerciale la liberté de négocier, notamment les prix, sous la réserve cependant des abus éventuels de cette liberté.

Ce contrôle peut être exercé sur le fondement de deux règles énoncées à l'article L. 442-6-I du code de commerce à la condition que la victime des pratiques puisse être considérée comme un « partenaire commercial » au sens de ces dispositions.

Tout d'abord, s'agissant d'une prestation de service, la rémunération perçue au titre de l'apport d'affaires est susceptible de contrevenir à l'article L. 442-6-I 1° visant le fait « d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu ».

Certes, l'exposé des motifs du projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques ayant introduit cette règle dans le droit français des pratiques restrictives indiquait à son propos : « ainsi, sera présumée constituer un avantage discriminatoire toute coopération commerciale ou toute forme de marge arrière sans contrepartie proportionnée ; il établit aussi le principe d'une contrepartie proportionnée pour les fournisseurs lors de l'octroi d'un avantage financier au distributeur ».

Du reste, la plupart des applications de cette disposition concernent effectivement des services de coopération commerciale et autres services rendus par le distributeur au fournisseur, tels qu'envisagés à l'article L. 441-7 du code de commerce.

Cependant, la lettre du texte, visant « le service commercial » sans aucune autre précision ni restriction n'en limite pas l'application à ces seuls services et la jurisprudence a pu en faire application à d'autres hypothèses (v. notamment, CA Angers, 2 décembre 2014, n° 13/00373, à propos du montant des cotisations d'assurance ; CA Angers, 2 décembre 2014, n° 13/03350, à propos du montant de la commission obtenue au titre de la mise en relation par un apporteur d'affaires de l'entrepreneur avec le maître de l'ouvrage ; CA Paris, 10 décembre 2014, n° 11/13313, à propos de services consistant en des programmes de formation et des travaux comptables).

S'il résulte de la relation des faits qu'un service est effectivement rendu par l'apporteur d'affaires, se pose en revanche la question de savoir si le taux de rémunération perçu n'est pas manifestement disproportionné au regard de la valeur du service.

L'examen de la jurisprudence (v. notamment les bilans de jurisprudence publiés sur le site de la Commission et l'analyse proposée dans les rapports annuels) montre que les méthodes comparatives ont les faveurs des juridictions appelées à se prononcer sur l'existence d'une disproportion manifeste. La circonstance que le taux (de 50 %) pratiqué soit très nettement supérieur au taux en usage dans le secteur (compris entre 10 et 20 %) est incontestablement à prendre en considération ; ce différentiel de 2,5 à 5 paraît bien traduire un niveau de tarif élevé. Toutefois, les décisions paraissant se référer à un ensemble de circonstances, il pourrait également être intéressant de mettre en perspective les conditions tarifaires pratiquées avec le coût de revient des prestations. Par ailleurs, et en toute occurrence, le prestataire de services conserve la possibilité, sous réserve de supporter la charge de la preuve, de démontrer que la rémunération n'est pas manifestement disproportionnée à partir d'éléments intrinsèques à la prestation accomplie au profit d'un client déterminé et dans les circonstances de l'espèce.

Ensuite, il convient d'envisager également le jeu de l'article L. 442-6-I-2° du code de commerce, disposition qui ne comporte quant à elle aucune précision quant au type de contrat susceptible d'être contrôlé sur son fondement. Quoique l'application de cette règle aux déséquilibres tarifaires ait parfois été contestée, il est incontestable que sa lettre vise « les obligations » de façon générale, sans aucune précision ni exclusion. Du reste, la cour d'appel de Paris - à laquelle les pouvoirs publics français ont réservé la connaissance en appel des litiges relatifs à l'article L. 442-6 du code de commerce - a affirmé très nettement qu'il incombe au juge, sur le fondement de cette disposition, d'« examiner si les prix fixés entre des parties contractantes créent, ou ont créé, un déséquilibre entre elles et si ce déséquilibre est d'une importance suffisante pour être qualifié de significatif » (Paris, Pôle 5, ch. 5, 23 mai 2013, n° 12/01166).

## II. Constitutionnalité de la disposition contestée

### A. Normes de référence

#### 1. Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789

- **Article 2**

Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression.

- **Article 4**

La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.

- **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.

#### 2. Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel

- **Article 23-2**

La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation. Il est procédé à cette transmission si les conditions suivantes sont remplies :

- 1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;
- 2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, **sauf changement des circonstances** ;
- 3° La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.

## B. Jurisprudence du Conseil constitutionnel

### 1. Sur le changement des circonstances

- **Décision n° 2011-142/145 QPC du 30 juin 2011, Départements de la Seine-Saint-Denis et autres [Concours de l'État au financement par les départements du RMI, du RMA et du RSA]**

. En ce qui concerne l'article 4 de la loi du 18 décembre 2003 portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité :

17. Considérant que, dans les considérants 10 à 15 de sa décision du 18 décembre 2003, le Conseil constitutionnel a spécialement examiné l'article 4 de la loi du 18 décembre 2003 ; que l'article 1er du dispositif de cette décision a déclaré cet article 4 conforme à la Constitution ; **qu'il n'existe aucun changement des circonstances de nature à permettre un nouvel examen de constitutionnalité de cette disposition dès lors que le quatrième alinéa de l'article 72-2 de la Constitution exige seulement que le transfert de compétences s'accompagne de l'attribution de ressources « équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice » ou que la création ou l'extension de compétences ayant pour conséquence d'augmenter les dépenses des collectivités territoriales soit « accompagnée de ressources déterminées par la loi »** ; qu'en outre, si les charges exposées par les départements au titre des allocations de revenu minimum d'insertion et de revenu minimum d'activité ont augmenté plus que les ressources qui étaient consacrées au revenu minimum d'insertion avant son transfert et que celles déterminées par la loi pour la création du revenu minimum d'activité, il n'en résulte aucun changement des circonstances de nature à permettre au Conseil constitutionnel de procéder à un nouvel examen de cette disposition ;

. En ce qui concerne l'article 59 de la loi du 30 décembre 2003 de finances pour 2004 :

18. Considérant que, dans les considérants 19 à 25 de sa décision du 29 décembre 2003, le Conseil constitutionnel a spécialement examiné l'article 59 de la loi du 30 décembre 2003 ; que l'article 2 du dispositif de cette décision a déclaré cet article 59 conforme à la Constitution sous la réserve que « si les recettes départementales provenant de la taxe intérieure de consommation sur les produits pétroliers venaient à diminuer, il appartiendrait à l'État de maintenir un niveau de ressources équivalent à celui qu'il consacrait à l'exercice de cette compétence avant son transfert » ; qu'il est constant que cette réserve a été respectée ; que, par suite, en l'absence de changement des circonstances, il n'y a pas lieu, pour le Conseil constitutionnel, de procéder à un nouvel examen de cette disposition ;

- **Décision n° 2013-340 QPC du 20 septembre 2013 - M. Alain G. [Assujettissement à l'impôt sur le revenu des indemnités de licenciement ou de mise à la retraite]**

Vu la loi n° 99-1172 du 30 décembre 1999 de finances pour 2000, ensemble la décision du Conseil constitutionnel n° 99-424 DC du 29 décembre 1999 ;

5. Considérant **qu'il ressort de la jurisprudence constante du Conseil d'État, rappelée dans la décision du 24 juin 2013 de renvoi de la présente question prioritaire de constitutionnalité**, que l'article 80 duodecies définit limitativement les exceptions au principe d'imposition qu'il fixe et que les exonérations d'impôt prévues par les dispositions contestées ne sont pas applicables aux « indemnités perçues par un salarié en exécution d'une transaction conclue avec son employeur à la suite d'une "prise d'acte" de la rupture de son contrat de travail, qui ne peuvent bénéficier, en aucune circonstance et quelle que soit la nature du préjudice qu'elles visent à réparer, d'une exonération d'impôt sur le revenu » ;

6. Considérant que les dispositions contestées définissent les indemnités de licenciement ou de départ volontaire qui, en raison de leur nature, font l'objet d'une exonération totale ou partielle d'impôt sur le revenu ; que ces dispositions ne sauraient, sans instituer une différence de traitement sans rapport avec l'objet de la loi, conduire à ce que le bénéfice de ces exonérations varie selon que l'indemnité a été allouée en vertu d'un jugement, d'une sentence arbitrale ou d'une transaction ; qu'en particulier, en cas de transaction, il appartient à l'administration et, lorsqu'il est saisi, au juge de l'impôt de rechercher la qualification à donner aux sommes objet de la transaction ;

7. Considérant que, pour le surplus, **comme le Conseil constitutionnel l'a jugé aux considérants 17 à 22 de sa décision du 29 décembre 1999 susvisée**, les critères de l'exonération retenus par l'article 80 duodecies n'instituent ni des différences de traitement injustifiées ni une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques ; qu'en modifiant l'article 80 duodecies, l'article 1er de la loi susvisée du 30 décembre 2000 a prévu, pour son application aux indemnités de mise à la retraite des salariés, un plafonnement légal applicable à défaut de plafonnement conventionnel ; que, toutefois, **une telle modification de ces dispositions n'est pas de nature à modifier l'appréciation** de leur conformité à la Constitution ;

- **Décision n° 2017-630 QPC du 19 mai 2017, M. Olivier D. [Renvoi au décret pour fixer les règles de déontologie et les sanctions disciplinaires des avocats]**

3. Le requérant et certaines parties intervenantes soutiennent que les dispositions contestées méconnaîtraient le principe de légalité des peines et seraient entachées d'incompétence négative. Ils font valoir que, si ces dispositions ont déjà été déclarées conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel du 29 septembre 2011 visée ci-dessus, la décision du Conseil constitutionnel du 28 mars 2014 également visée ci-dessus constituerait un changement des circonstances justifiant leur réexamen. En effet, selon eux, dans cette dernière décision, le Conseil constitutionnel aurait étendu le champ d'application du principe de légalité des peines à la matière disciplinaire, ce qui interdirait au pouvoir réglementaire de fixer les sanctions disciplinaires applicables aux avocats.

4. Selon les dispositions combinées du troisième alinéa de l'article 23-2 et du troisième alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 mentionnée ci-dessus, le Conseil constitutionnel ne peut être saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à une disposition qui a déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances.

5. En premier lieu, dans sa décision du 29 septembre 2011, le Conseil constitutionnel a spécialement examiné les dispositions du 2° de l'article 53 de la loi du 31 décembre 1971. Il les a déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif de cette décision. Le Conseil constitutionnel a notamment jugé qu'en renvoyant au décret le soin de fixer les sanctions disciplinaires applicables aux avocats, le législateur n'a pas méconnu l'étendue de sa compétence. Or, ces dispositions sont identiques à celles contestées par le requérant dans la présente question prioritaire de constitutionnalité.

6. En second lieu, d'une part, selon l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « 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 ». Le Conseil constitutionnel juge, de manière constante, et antérieurement à sa décision du 29 septembre 2011, que le principe de légalité des peines, qui découle de cet article, s'applique à toute sanction ayant le caractère d'une punition et non aux seules peines prononcées par les juridictions répressives. En vertu de ce principe, le législateur ou, dans son domaine de compétence, le pouvoir réglementaire, doivent fixer les sanctions ayant le caractère d'une punition en des termes suffisamment clairs et précis.

7. D'autre part, dans sa décision du 28 mars 2014, le Conseil constitutionnel a jugé que « le principe de légalité des peines impose au législateur de fixer les sanctions disciplinaires en des termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire ». Saisi de dispositions législatives prévoyant les peines disciplinaires applicables à certaines professions réglementées, il a ainsi rappelé qu'il incombait au législateur, dans une telle hypothèse, de respecter le principe de légalité des peines.

8. Par conséquent, il ne résulte de cette décision ni une modification de la répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire, ni une modification de la portée du principe de légalité des peines lorsqu'il s'applique à une sanction disciplinaire ayant le caractère d'une punition. Dès lors, la décision du Conseil constitutionnel du 28 mars 2014 ne constitue pas un changement des circonstances justifiant le réexamen des dispositions contestées, dont le seul objet est le renvoi au pouvoir réglementaire de la compétence pour fixer les sanctions disciplinaires des avocats.

- **Décision n° 2017-694 QPC du 2 mars 2018, M. Ousmane K. et autres [Motivation de la peine dans les arrêts de cour d'assises]**

- **Sur la recevabilité :**

6. Selon les dispositions combinées du troisième alinéa de l'article 23-2 et du troisième alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 mentionnée ci-dessus, le Conseil constitutionnel ne peut être saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à une disposition qu'il a déjà déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une de ses décisions, **sauf changement des circonstances.**

7. L'article 365-1 du code de procédure pénale a été créé par la loi du 10 août 2011. Le Conseil constitutionnel a spécialement examiné cet article dans les considérants 29 à 31 de sa décision du 4 août 2011 mentionnée ci-dessus et **l'a déclaré conforme à la Constitution. Toutefois, depuis cette déclaration de conformité, d'une part, la Cour de cassation a jugé, dans les trois arrêts du 8 février 2017 mentionnés ci-dessus, que les dispositions de l'article 365-1 du code de procédure pénale excluent la possibilité pour la cour d'assises de motiver la peine qu'elle prononce en cas de condamnation.** D'autre part, le premier alinéa de l'article 362 du code de procédure pénale a été modifié par la loi du 15 août 2014, afin de prévoir qu'en cas de réponse affirmative sur la culpabilité, le président de la cour d'assises donne lecture aux jurés des articles 130-1 et 132-1 du code pénal, qui

rappellent les finalités de la peine et la nécessité d'individualiser celle-ci. **Il en résulte un changement des circonstances justifiant le réexamen des dispositions contestées.**

## 2. Sur le principe de légalité des délits et des peines

### - Décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, Établissements Darty et Fils [Déséquilibre significatif dans les relations commerciales]

1. Considérant qu'aux termes **du 2° du paragraphe I de l'article L. 442-6 du code de commerce**, 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 soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » ; que le paragraphe III du même article prévoit que 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 ; qu'il dispose que le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées à l'article et peuvent aussi demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros, amende qui peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées ;
2. Considérant que, selon la société requérante, les dispositions du 2° du paragraphe I de l'article L. 442-6 portent atteinte au principe de légalité des délits et des peines consacré par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ;
3. Considérant que, conformément à l'article 34 de la Constitution, le législateur détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales ; que, compte tenu des objectifs qu'il s'assigne en matière d'ordre public dans l'équilibre des rapports entre partenaires commerciaux, **il lui est loisible d'assortir la violation de certaines obligations d'une amende civile à la condition de respecter les exigences des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 au rang desquelles figure le principe de légalité des délits et des peines qui lui impose d'énoncer en des termes suffisamment clairs et précis la prescription dont il sanctionne le manquement ;**
4. Considérant que, pour déterminer l'objet de l'interdiction des pratiques commerciales abusives dans les contrats conclus entre un fournisseur et un distributeur, le législateur s'est référé à la notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties qui figure à l'article L. 132-1 du code de la consommation reprenant les termes de l'article 3 de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 susvisée ; qu'en référence à cette notion, dont le contenu est déjà précisé par la jurisprudence, l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire ; qu'en outre, la juridiction saisie peut, conformément au sixième alinéa du paragraphe III de l'article L. 442-6 du code de commerce, consulter la commission d'examen des pratiques commerciales composée des représentants des secteurs économiques intéressés ; **qu'eu égard à la nature pécuniaire de la sanction et à la complexité des pratiques que le législateur a souhaité prévenir et réprimer, l'incrimination est définie en des termes suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits ;**
5. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les dispositions contestées ne sont contraires à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit,

- **Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre**

**Sur l'article 1er :**

2. L'article 1er de la loi déferée insère dans le code de commerce un article L. 225-102-4. Son paragraphe I impose à certaines sociétés d'établir un « plan de vigilance » et de le mettre en œuvre de manière effective. Son paragraphe II sanctionne la méconnaissance des obligations instituées par le paragraphe I.
3. En vertu du paragraphe I sont soumises à l'obligation d'établir un plan de vigilance les sociétés ayant leur siège social en France et qui, à la clôture de deux exercices consécutifs, emploient au moins cinq mille salariés en leur sein et dans leurs filiales françaises, ou emploient au moins dix mille salariés en leur sein et dans leurs filiales françaises et étrangères. Le plan de vigilance comporte « les mesures de vigilance raisonnables propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement » résultant des activités de la société auteur du plan, des sociétés qu'elle contrôle, ainsi que des sous-traitants et fournisseurs avec lesquels ces sociétés entretiennent une relation commerciale établie. Ce plan, qui peut être élaboré en association avec les « parties prenantes de la société », et le compte rendu de sa mise en œuvre effective sont publiés et inclus dans le rapport annuel de gestion. Un décret en Conseil d'État peut compléter les mesures de vigilance mentionnées ci-dessus et préciser les modalités d'élaboration et de mise en œuvre du plan de vigilance.
4. Le paragraphe II de l'article L. 225-102-4 du code de commerce prévoit qu'une société méconnaissant les obligations lui incombant en vertu du paragraphe I peut être enjointe de les respecter, après mise en demeure. Son dernier alinéa prévoit qu'elle peut également être condamnée au paiement d'une amende civile d'un montant maximal de dix millions d'euros.

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

5. Les sénateurs requérants soutiennent que les dispositions contestées méconnaissent le principe de légalité des délits et des peines. D'une part, les éléments constitutifs du manquement sanctionné par le dernier alinéa du paragraphe II ne seraient pas précisément définis. En effet, le « référentiel normatif » au regard duquel doivent être appréciés les risques à identifier et les atteintes graves à prévenir serait imprécis. Les obligations résultant des mesures de vigilance énumérées aux 1° à 5° du paragraphe I ne seraient pas non plus suffisamment claires. Le législateur ne pouvait, enfin, habiliter le pouvoir réglementaire à « compléter » ces mesures de vigilance. D'autre part, la sanction ne serait pas suffisamment définie, faute pour le législateur d'avoir précisé si celle-ci s'applique pour chaque manquement ou une seule fois quel que soit le nombre de manquements. Les députés requérants formulent les mêmes griefs et soutiennent que les dispositions contestées méconnaissent les principes de nécessité et de proportionnalité des peines.
6. Selon l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « 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 ». Les principes énoncés par cet article s'appliquent non seulement aux peines prononcées par les juridictions répressives mais aussi à toute sanction ayant le caractère d'une punition.
7. Par les dispositions contestées, le législateur, d'une part, a instauré une nouvelle obligation civile et, d'autre part, l'a assortie d'une sanction ayant le caractère d'une punition.
8. S'il est loisible au législateur de soumettre les sociétés entrant dans le champ d'application du paragraphe I de l'article L. 225-102-4 du code de commerce à différentes obligations ayant pour but de concourir au respect, par ces sociétés et leurs partenaires économiques, de différents droits et libertés, il lui revenait toutefois, dès lors qu'il assortissait les obligations qu'il posait d'une sanction ayant le caractère d'une punition, de définir celles-ci en termes suffisamment clairs et précis.
9. En premier lieu, les dispositions contestées imposent aux sociétés en cause d'établir et de mettre en œuvre, de manière effective, des « mesures de vigilance raisonnable » qui doivent en particulier prendre la forme d'« actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves ».
10. En deuxième lieu, ces dernières mesures, sans autre précision du législateur et qu'un décret en Conseil d'État peut, au surplus, « compléter », sont destinées à identifier tous les risques et à prévenir toutes les atteintes graves envers l'ensemble des « droits humains » et des « libertés fondamentales » résultant des activités non seulement de la société à laquelle incombe l'obligation d'établir un plan mais également de celles de certains de ses partenaires économiques.
11. En troisième lieu, le périmètre des partenaires économiques de la société soumise à l'obligation d'établir un plan de vigilance délimité par les dispositions contestées inclut l'ensemble des sociétés contrôlées directement ou indirectement par cette société ainsi que tous les sous-traitants et les fournisseurs avec

- lesquels elles entretiennent une relation commerciale établie, quels que soient la nature des activités de ces entreprises, leurs effectifs, leur poids économique ou le lieu d'établissement de leurs activités.
12. En dernier lieu, le législateur n'a pas précisé si la sanction est encourue pour chaque manquement à l'obligation qu'il a définie ou une seule fois quel que soit le nombre de manquements.
  13. Compte tenu de la généralité des termes qu'il a employés, du caractère large et indéterminé de la mention des « droits humains » et des « libertés fondamentales » et du périmètre des sociétés, entreprises et activités entrant dans le champ du plan de vigilance qu'il instituait, le législateur ne pouvait, sans méconnaître les exigences découlant de l'article 8 de la Déclaration de 1789 et en dépit de l'objectif d'intérêt général poursuivi par la loi déferée, retenir que peut être soumise au paiement d'une amende d'un montant pouvant atteindre dix millions d'euros la société qui aurait commis un manquement défini en des termes aussi insuffisamment clairs et précis.
  14. Par conséquent, le dernier alinéa de l'article 1er de la loi déferée est contraire à la Constitution. Il en va de même du troisième alinéa de l'article 2 et de l'article 3, qui en sont indissociables.

### 3. Sur la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle

- **Décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 201, Société Système U Centrale Nationale et autre [Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence]**

1. Considérant **que l'article L. 442-6 du code de commerce** prévoit qu'engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de se livrer à certaines pratiques restrictives de concurrence ; qu'aux termes du **second alinéa du paragraphe III de cet article**, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 précitée : « 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 » ;

- **SUR LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE :**

3. Considérant que les requérants soutiennent que les dispositions contestées prévoient des mesures dépourvues d'utilité et disproportionnées au but poursuivi de protection des intérêts particuliers d'opérateurs économiques placés dans une situation d'infériorité par rapport à leurs partenaires ; qu'ainsi, ces dispositions méconnaîtraient la liberté d'entreprendre ;
4. Considérant qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ;
5. Considérant qu'en adoptant les dispositions contestées, le législateur a attribué à l'autorité publique un pouvoir d'agir pour faire cesser des pratiques restrictives de concurrence mentionnées au même article, constater la nullité de clauses ou contrats illicites, ordonner le remboursement des paiements indus faits en application des clauses annulées, réparer les dommages qui en ont résulté et prononcer une amende civile contre l'auteur desdites pratiques ; qu'ainsi, il a entendu réprimer ces pratiques, rétablir un équilibre des rapports entre partenaires commerciaux et prévenir la réitération de ces pratiques ; qu'eu égard aux objectifs de préservation de l'ordre public économique qu'il s'est assignés, le législateur a opéré une conciliation entre le principe de la liberté d'entreprendre et l'intérêt général tiré de la nécessité de maintenir un équilibre dans les relations commerciales ; que l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre par les dispositions contestées n'est pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ;

- **SUR LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE ET LE DROIT AU RECOURS :**

6. Considérant que, selon les requérants, les dispositions contestées permettent à l'autorité publique d'agir en justice en vue d'obtenir l'annulation de clauses ou contrats illicites et la répétition de l'indu du fait d'une pratique restrictive de concurrence, sans que le partenaire lésé par cette pratique soit nécessairement appelé en cause ; qu'en conséquence, elles porteraient atteinte aux droits de la défense et au principe du contradictoire ; qu'en ne prévoyant pas que le partenaire lésé soit mis à même de donner son assentiment et puisse conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et mettre un terme à cette action, les dispositions contestées porteraient également atteinte au droit au recours ;
7. Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » ; que sont garantis par cette disposition le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable, ainsi que le principe du contradictoire ;
8. Considérant, en premier lieu, que les dispositions contestées n'interdisent ni au partenaire lésé par la pratique restrictive de concurrence d'engager lui-même une action en justice pour faire annuler les clauses ou contrats illicites, obtenir la répétition de l'indu et le paiement de dommages et intérêts ou encore de se joindre à celle de l'autorité publique par voie d'intervention volontaire, ni à l'entreprise poursuivie d'appeler en cause son cocontractant, de le faire entendre ou d'obtenir de lui la production de documents nécessaires à sa défense ; que, par conséquent, elles ne sont pas contraires au principe du contradictoire ;
9. Considérant, en second lieu, qu'il est loisible au législateur de reconnaître à une autorité publique le pouvoir d'introduire, pour la défense d'un intérêt général, une action en justice visant à faire cesser une pratique contractuelle contraire à l'ordre public ; que ni la liberté contractuelle ni le droit à un recours

juridictionnel effectif ne s'opposent à ce que, dans l'exercice de ce pouvoir, cette autorité publique poursuive la nullité des conventions illicites, la restitution des sommes indûment perçues et la réparation des préjudices que ces pratiques ont causés, dès lors que les parties au contrat ont été informées de l'introduction d'une telle action ; que, sous cette réserve, les dispositions contestées ne portent pas atteinte aux exigences constitutionnelles susvisées ;

**- SUR LE DROIT DE PROPRIÉTÉ :**

10. Considérant que les requérants font valoir que les dispositions contestées ne permettent pas aux partenaires commerciaux d'obtenir de la part de l'autorité publique la restitution des sommes indûment versées ; qu'ainsi, ces dispositions méconnaîtraient tant le droit de propriété de l'entreprise condamnée à répéter l'indu que celui de l'entreprise ayant indûment payé ces sommes ;
11. Considérant que la propriété figure au nombre des droits de l'homme consacrés par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 ; qu'aux termes de son article 17 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité » ; qu'en l'absence de privation du droit de propriété, il résulte néanmoins de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les limites apportées à son exercice doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi ;
12. Considérant, d'une part, que les condamnations à restitution et, le cas échéant, à paiement de dommages et intérêts sont prononcées par jugement en conséquence de l'annulation des clauses illicites ; que, par suite, doit être rejeté comme inopérant le grief tiré de l'atteinte au droit de propriété de la personne condamnée ;
13. Considérant, d'autre part, qu'en application des dispositions contestées, les sommes indûment perçues et les indemnités sont versées au partenaire lésé ou tenues à sa disposition ; que, dès lors, il n'est porté aucune atteinte au droit de propriété de ce dernier ;
14. Considérant que les dispositions contestées ne sont contraires à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit,

**- Décision n° 2015-468/469/472 QPC du 22 mai 2015, Société UBER France SAS et autre [Voitures de transport avec chauffeur - Interdiction de la « maraude électronique » - Modalités de tarification - Obligation de retour à la base]**

**- SUR L'ARTICLE L. 3122-2 DU CODE DES TRANSPORTS :**

17. Considérant qu'en vertu de l'article L. 3122-1 du code des transports, les entreprises qui mettent à la disposition de leur clientèle une ou plusieurs voitures de transport avec chauffeur, dans des conditions fixées à l'avance entre les parties, doivent respecter les dispositions du chapitre II du titre II du livre Ier de la troisième partie du code des transports ; qu'aux termes de l'article L. 3122-2 dans sa rédaction issue de la loi du 1er octobre 2014 susvisée : « Les conditions mentionnées à l'article L. 3122-1 incluent le prix total de la prestation, qui est déterminé lors de la réservation préalable mentionnée au 1° du II de l'article L. 3120-2. Toutefois, s'il est calculé uniquement en fonction de la durée de la prestation, le prix peut être, en tout ou partie, déterminé après la réalisation de cette prestation, dans le respect de l'article L. 113-3-1 du code de la consommation » ;
18. Considérant que, selon les sociétés requérantes, les dispositions contestées, en imposant certaines modalités de tarification de leurs prestations par les exploitants de voitures de transport avec chauffeur, portent atteinte à la liberté d'entreprendre des entreprises qui exercent l'activité de transport individuel de personnes sur réservation préalable ; qu'en leur interdisant de pratiquer une tarification horokilométrique, utilisée par les taxis et les véhicules motorisés à deux ou trois roues lorsqu'ils exercent la même activité, ces dispositions porteraient également atteinte à l'égalité devant la loi, d'une part, entre les voitures de transport avec chauffeur et les véhicules motorisés à deux ou trois roues et, d'autre part, entre les voitures de transport avec chauffeur et les taxis ;
19. Considérant que les dispositions contestées encadrent les modalités selon lesquelles les entreprises qui mettent à la disposition de leur clientèle une ou plusieurs voitures de transport avec chauffeur doivent déterminer, lors de la réservation préalable, le prix des prestations qu'elles proposent à leur clientèle ;

20. Considérant qu'en interdisant certains modes de tarification pour la détermination du prix des prestations que les entreprises qui mettent à la disposition de leur clientèle une ou plusieurs voitures avec chauffeur proposent aux consommateurs lors de la réservation préalable, les dispositions contestées ont porté à la liberté d'entreprendre une atteinte qui n'est pas justifiée par un motif d'intérêt général en lien direct avec l'objectif poursuivi ; qu'il en résulte que, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre grief, les dispositions de l'article L. 3122-2 du code des transports doivent être déclarées contraires à la Constitution ;

- Décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015, Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques

- SUR CERTAINES DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 39 :

27. Considérant que le 2° de l'article 39 est relatif à la création d'une procédure d'injonction structurelle dans le secteur du commerce de détail en France métropolitaine ;
28. Considérant que le 2° de l'article 39 donne une nouvelle rédaction de l'article L. 752-26 du code de commerce pour permettre à l'Autorité de la concurrence de prononcer, sous certaines conditions, en France métropolitaine, des injonctions structurelles imposant la modification des accords ou la cession d'actifs d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises, en cas d'existence d'une position dominante et de détention d'une part de marché supérieure à 50 % par cette entreprise ou ce groupe d'entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail ; que l'Autorité de la concurrence peut enjoindre à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé qui ne peut excéder six mois, tous accords et tous actes par lesquels s'est constituée la puissance économique qui se traduit par des prix ou des marges élevés ; qu'elle peut, dans les mêmes conditions, lui enjoindre de procéder, dans un délai qui ne peut être inférieur à six mois, à la cession d'actifs, y compris de terrains, bâtis ou non ;
29. Considérant que les députés et sénateurs requérants soutiennent que l'article L. 752-26, tel que modifié par l'article 39, méconnaît le droit de propriété, dès lors que la cession forcée d'actifs ou la résiliation forcée de conventions en cours dans un délai déterminé ne peuvent se réaliser que dans des conditions défavorables pour l'entreprise ; que, selon eux, il résulte de cet article une atteinte à la liberté d'entreprendre qui n'est pas justifiée par une situation particulière de la concurrence en France métropolitaine ; qu'ils font également reproche à la loi de porter atteinte au droit au maintien des conventions légalement conclues ; qu'enfin, les députés requérants font grief à l'article L. 752-26 de méconnaître le principe de légalité des délits et des peines ainsi que l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ;
30. Considérant que la propriété figure au nombre des droits de l'homme consacrés par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 ; qu'aux termes de son article 17 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité » ; qu'en l'absence de privation du droit de propriété au sens de cet article, il résulte néanmoins de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les atteintes portées à ce droit doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi ;
31. Considérant qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789 des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ;
32. Considérant qu'en adoptant le 2° de l'article 39, **le législateur a entendu corriger ou mettre fin aux accords et actes par lesquels s'est, dans le commerce de détail, constituée une situation de puissance économique portant atteinte à une concurrence effective dans une zone considérée se traduisant par des pratiques de prix ou de marges élevés en comparaison des moyennes habituellement constatées dans le secteur économique concerné ; qu'il a ainsi poursuivi un objectif de préservation de l'ordre public économique et de protection des consommateurs ; que, toutefois, d'une part, les dispositions contestées peuvent conduire à**

la remise en cause des prix ou des marges pratiqués par l'entreprise ou le groupe d'entreprises et, le cas échéant, à l'obligation de modifier, compléter ou résilier des accords ou actes, ou de céder des actifs alors même que la position dominante de l'entreprise ou du groupe d'entreprises a pu être acquise par les mérites et qu'aucun abus n'a été constaté ; que, d'autre part, les dispositions contestées s'appliquent sur l'ensemble du territoire de la France métropolitaine et à l'ensemble du secteur du commerce de détail, alors même qu'il ressort des travaux préparatoires que l'objectif du législateur était de remédier à des situations particulières dans le seul secteur du commerce de détail alimentaire ; qu'ainsi, eu égard aux contraintes que ces dispositions font peser sur les entreprises concernées et à leur champ d'application, les dispositions de l'article L. 752-26 du code de commerce portent tant à la liberté d'entreprendre qu'au droit de propriété une atteinte manifestement disproportionnée au regard du but poursuivi ; que, par suite et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, le 2° de l'article 39 est contraire à la Constitution ; qu'il en va de même du 1° de ce même article, qui en est inséparable ;

- **Décision n° 2016-542 QPC du 18 mai 2016, Société ITM Alimentaire International SAS [Prononcé d'une amende civile à l'encontre d'une personne morale à laquelle une entreprise a été transmise]**

3. La question prioritaire de constitutionnalité porte sur la troisième phrase du **deuxième alinéa du paragraphe III de l'article L. 442-6 du code de commerce**.

4. Il résulte de la jurisprudence constante de la Cour de cassation, telle qu'elle ressort de l'arrêt du 21 janvier 2014 mentionné ci-dessus, que les dispositions contestées permettent de sanctionner par une amende civile les pratiques restrictives de concurrence de toute entreprise, indépendamment du statut juridique de celle-ci, et sans considération de la personne qui l'exploite. L'amende civile peut ainsi être prononcée à l'encontre de la personne morale à laquelle l'entreprise a été juridiquement transmise.

5. Selon l'article 8 de la Déclaration de 1789, « 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 ». Selon son article 9, tout homme est « présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable ». Il résulte de ces articles que nul n'est punissable que de son propre fait. Ce principe s'applique non seulement aux peines prononcées par les juridictions répressives mais aussi à toute sanction ayant le caractère d'une punition.

6. Appliqué en dehors du droit pénal, le principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait peut faire l'objet d'adaptations, dès lors que celles-ci sont justifiées par la nature de la sanction et par l'objet qu'elle poursuit et qu'elles sont proportionnées à cet objet.

7. En premier lieu, l'amende civile instituée par les dispositions contestées, qui sanctionne les pratiques restrictives de concurrence, a la nature d'une sanction pécuniaire. Le principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait lui est applicable.

8. En deuxième lieu, en définissant au paragraphe I de l'article L. 442-6 du code de commerce, « l'auteur » passible de ces sanctions pécuniaires comme étant « tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au registre des métiers », le législateur se réfère à des activités économiques, quelles que soient les formes juridiques sous lesquelles elles s'exercent. Les amendes civiles prévues par les dispositions du paragraphe III de l'article L. 442-6 ont pour objectif, pour préserver l'ordre public économique, de sanctionner les pratiques restrictives de concurrence qui sont commises dans l'exercice des activités économiques mentionnées par le paragraphe I de cet article. L'absorption de la société auteur de ces pratiques par une autre société ne met pas fin à ces activités, qui se poursuivent au sein de la société absorbante.

9. En troisième lieu, seule une personne bénéficiaire de la transmission du patrimoine d'une société dissoute sans liquidation est susceptible d'encourir l'amende prévue par les dispositions contestées.

10. Les dispositions contestées permettent qu'une sanction pécuniaire non pénale soit prononcée à l'encontre de la personne morale à laquelle l'exploitation d'une entreprise a été transmise, pour des pratiques restrictives de concurrence commises par la personne qui exploitait l'entreprise au moment des faits. Il résulte des motifs énoncés aux paragraphes 7 à 9 que les dispositions contestées, telles qu'interprétées par une jurisprudence constante, ne

méconnaissent pas, compte tenu de la mutabilité des formes juridiques sous lesquelles s'exercent les activités économiques concernées, le principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait.

11. La troisième phrase du deuxième alinéa du paragraphe III de l'article L. 442-6 du code de commerce ne porte atteinte à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit. Elle doit être déclarée conforme à la Constitution.