

# Les pratiques restrictives de concurrence

---

« Police des prix » .....	4
Interdiction de la revente à Perte.....	5
Champ d'application .....	5
Exceptions.....	6
Les sanctions de la RàP.....	7
Sanctions Civiles.....	7
Sanctions Pénales .....	7
Interdiction des prix abusivement bas .....	8
Champ d'application .....	8
Procédure et sanctions .....	10
La Loi EGALIM .....	10
Une Crise conjoncturelle .....	11
Les Produits.....	11
Les Objectifs.....	12
Les indicateurs .....	12
Les avis.....	13
Pour les syndicats agricoles.....	13
Pour le gouvernement .....	13
Interdiction des prix minima de revente imposés .....	13
Les exceptions.....	13
Les prix des livres .....	14
Les prix maxima de revente .....	14

La pratique des « prix conseillés ».....	14
Les sanctions .....	15
Les sanctions civiles .....	15
Les sanctions pénales.....	15
« Police des relations interentreprises » .....	16
L'équilibre de la relation commerciale .....	16
Des déséquilibres significatifs .....	16
Obtention d'avantages injustifiés ou disproportionnés.....	17
Les sanctions civiles.....	18
Le refus de vente et les ventes liées.....	19
Le refus de vente.....	19
Les objectifs du refus .....	19
Les ventes liées .....	20
Les effets négatifs .....	20
Les effets positifs .....	20
Les Recours .....	21
Le refus de communication des conditions tarifaires .....	21
Une pratique anticoncurrentielle .....	21
L'entente illicite .....	21
L'abus de position dominante.....	22
Droit commun de la responsabilité .....	23
Refus d'achat .....	24
Le référencement.....	24

Interdiction des primes de référencement.....	25
Sanction de la menace du déréférencement.....	26
Sanction de la rupture brutale de relations commerciales.....	27

# Les pratiques restrictives de concurrence

---

Réglementées par le Titre IV du Livre IV du Code de commerce, aux articles L-440-1 et suivants.

**A la différence des pratiques anticoncurrentielles, celles-ci sont interdites en tant que telles (« per se »),**

➤ on ne tient pas compte de leur effet produit sur un marché pertinent!

Cette catégorie de règles régissant les rapports commerciaux est **spécifique au droit français**,

➤ Pas de pratiques restrictives de concurrence en droit communautaire!

Le dispositif juridique mis en place s'applique en particulier **aux relations entre la grande distribution et ses fournisseurs** et aux pratiques commerciales qui s'y développent.

➤ En droit français, les dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence sont nombreuses et découlent d'une succession de lois.

On peut distinguer 3 types de règles:

- ✓ « **Police des prix** »;
- ✓ « **Police des relations interentreprises** »,
- ✓ « **Police de la transparence tarifaire et contractuelle** ».

## « **Police des prix** »

Sont interdites 3 pratiques fondées sur le prix:

- ✓ **La revente à Perte**
- ✓ **Les prix abusivement bas**
- ✓ **Les prix minima de revente imposés**

## Interdiction de la revente à Perte

« *Le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est puni de 75 000 euros d'amende. (...)* »<sup>1</sup>.

### Champ d'application

- ✓ La **revente ou l'annonce de revente** par un commerçant,
  - Pas la vente par un producteur,
  - Secteur de la distribution!
- ✓ De **produits en l'état**,
  - Pas les prestations de service,
  - Pas les produits transformés!
- ✓ **A perte!**

### Comment apprécier si une revente est à perte ?

**Il faut comparer le prix de revente avec le prix d'achat effectif,**

- C'est le Seuil de Revente à Perte (SRP)

Il y a alors revente à perte (RàP) lorsque le prix de revente (P.Rev) est inférieur au prix d'achat effectif (PAE),

- **RàP = P.rev < PAE.**

**La définition juridique du PAE** ne correspond pas à la notion comptable de prix de revient qui tient compte des charges fixes et variables de l'entreprise,

- **RàP économique n'est pas forcément RàP juridique!**

« *Le prix d'achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat, minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport.(...).* »<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Article L.442-2 Code du commerce

<sup>2</sup> Article L.442-2 Code du commerce

## Grande distribution

Le PAE est affecté d'un coefficient de 0,9 pour le grossiste qui distribue des produits ou services exclusivement à des professionnels qui lui sont indépendants (libre de déterminer sa politique commerciale et dépourvue de lien avec le grossiste) et qui exercent une activité de revendeur au détail, de transformateur ou de prestataire de services final.

- Favorable aux petits commerces.

## Calcul

**PAE = Prix unitaire net – avantages financiers + TVA et prix de transport**

### Exemple

Prix unitaire net : 100€ (HT).

- ✓ Le distributeur obtient **10% de remise** (Ex.: Quantité commandée importante et CGV) et **4% de remise supplémentaire** (Ex.: Centralisation de la livraison).
- ✓ **La marge avant** du distributeur est de **14%**.

Marge « classique » obtenue par différence entre le prix de vente HT au consommateur et le prix de vente HT facturé par le fournisseur.

- ✓ **Prix unitaire porté sur le facture = 86€.**

### Autres avantages promotionnels:

- ✓ **La marge arrière** versée par le fournisseur en contrepartie de services promotionnels (Ex.: le produit en 1<sup>ère</sup> page d'un tract publicitaire national) est de **35% du prix unitaire net**, soit  $86 * 35\% = 30,10€$ .

**SRP =  $86 - 30,10 = 55,90$  € HT** (Auxquels seront rajoutés TVA et frais de transport éventuels).

## Exceptions<sup>3</sup>

« 1° Aux ventes volontaires ou forcées motivées par la cessation ou le changement d'une activité commerciale;

2° Aux produits dont la vente présente un caractère saisonnier marqué, pendant la période terminale de la saison des ventes et dans l'intervalle compris entre deux saisons de vente ;

<sup>3</sup> Article L-442-4 I Code de commerce

3° **Aux produits qui ne répondent plus à la demande générale** en raison de l'évolution de la mode ou de l'apparition de perfectionnements techniques ;

4° **Aux produits, aux caractéristiques identiques, dont le réapprovisionnement s'est effectué en baisse**, le prix effectif d'achat étant alors remplacé par le prix résultant de la nouvelle facture d'achat ;

5° **Aux produits alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 300 mètres carrés et aux produits non alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 1 000 mètres carrés, dont le prix de revente est aligné sur le prix légalement pratiqué pour les mêmes produits par un autre commerçant dans la même zone d'activité ;**

6° **A condition que l'offre de prix réduit ne fasse l'objet d'une quelconque publicité ou annonce à l'extérieur du point de vente, aux produits périssables à partir du moment où ils sont menacés d'altération rapide ;**

7° **Aux produits soldés mentionnés à l'article L. 310-3. »**

Ces exceptions concernent:

- **La vente de produits périssables, s'ils sont menacés d'une altération rapide** (« Urgence ») et à condition que l'offre ne fasse pas l'objet d'une pub ou annonce à l'extérieur du point de vente,
- **La vente de produits saisonniers ou motivée par la cessation/le changement d'activité, ou en raison des évolutions de la mode et des techniques** (régime des liquidations)
- **L'alignement**: un commerçant peut s'aligner, dans une même zone de chalandise, sur un prix légalement pratiqué par un concurrent

## Les sanctions de la RàP<sup>4</sup>

### Sanctions Civiles

- ✓ Versement de dommages et intérêts au profit de la victime du comportement fautif;
- ✓ Eventuelle diffusion ou affichage du jugement de condamnation.

### Sanctions Pénales

- ✓ **Amende de 75K€** qui peut être portée à la moitié des dépenses de publicité le cas échéant (L'annonce de RàP est punissable au même titre que la RàP),

---

<sup>4</sup> Article L442-3 Code de commerce

- ✓ **Publication** éventuelle du jugement de condamnation,
- ✓ **Dissolutions de la personne morale, interdiction d'exercice, interdiction d'accès à un Marché public<sup>5</sup>, etc...**

### **Cass. Crim.22 Novembre 2006**

*La société DECATHLON avait commercialisé à un prix inférieur à leur prix d'achat des articles fabriqués et vendus à elle par sa filiale PROMILES.*

- *Ex.: de revente à perte condamnée entre une société mère et une filiale!*
- *2 entités juridiques distinctes.*

### **La loi alimentation**

**La Loi pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et une alimentation saine et durable**, appelée également « **Loi EGALIM** » a été promulguée le 1er novembre 2018 et est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2019.

**Afin de lutter contre la revente à perte** dans la grande distribution, une des mesures-phares est **la majoration de 10% du seuil de revente à perte.**

### **Interdiction des prix abusivement bas**

Pour contourner l'interdiction de la revente à perte du produit en l'état, certains distributeurs avaient trouvé une astuce : transformer le produit!

*Ex.: cuire une baguette achetée congelée, certaines grandes enseignes ayant vendu des baguettes à 1Franc.*

La pratique fut rattrapée et frappée à son tour d'illicéité avec l'interdiction des prix abusivement bas fondée sur l'article 420-5 du Code du commerce.

***« Sont prohibées les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits (...)<sup>6</sup> ».***

### **Champ d'application**

Les ventes aux consommateurs

<sup>5</sup> Art. 131-9 Code Pénal

<sup>6</sup> Article 420-5 Code du commerce

Les produits non revendus en l'état sont concernés: ceux fabriqués ou transformés par le distributeur.

- Cela complète les règles relatives à la Revente à perte et Comble le vide juridique.

***Quid de l'objet reconditionné par le distributeur?***

***Quid des prestations de services ?***

Le prix pratiqué a pour objet ou effet de limiter l'accès ou le maintien sur un marché (effet d'éviction, cf.: pratiques anticoncurrentielles).

**ABUS D'ÉVICTION : LA COMMISSION EUROPÉENNE SANCTIONNE L'OPÉRATEUR DOMINANT SUR LES SYSTÈMES D'EXPLOITATION OUVERTS POUR TERMINAUX MOBILES À UNE AMENDE RECORD DE 4,34 MILLIARDS D'EUROS POUR ABUS D'ÉVICTION (GOOGLE).**

***Comment apprécier un prix abusivement bas?***

Il s'apprécie par rapport « *aux coûts de production, fixes et variables, de transformation et de commercialisation* » (avec les frais résultant des obligations légales et réglementaires de sécurité),

- Le juge doit analyser la structure du prix.

Pour l'autorité de la concurrence, **le prix prédateur est le prix inférieur à la moyenne des coûts variables.**

Il n'y a pas de définition précise, cela reste une notion difficilement appréhendable.

La conséquence (*limitation de l'accès au marché*) doit être prise en compte.

***La SNCF remise de force sur les rails de la concurrence*** Sources : L'express  
entreprise du 11 Juillet 2013

***« Pratiques en matière de fret ferroviaire qui ont évincé des concurrents ou pesé sur les coûts des entreprises, en particulier les PME.***

***Entre autres comportements abusifs de la SNCF : entrave à l'accès aux capacités ferroviaires, politique de surréservation des sillons et des wagons gros tonnages pour dissuader les concurrents privés de concourir à des appels d'offres, politique***

***de prix d'éviction (prix inférieur à ses coûts de revient), afin de conserver un marché... ».***

➤ ***Fin 2012 le gendarme de la concurrence inflige à la SNCF une sanction et une injonction !***

## **Procédure et sanctions**

L'autorité de la concurrence est compétente pour:

- ✓ **Des Sanctions pécuniaires**
- ✓ **Des Mesures conservatoires<sup>7</sup>**
- ✓ **Le juge de droit commun** peut être saisi d'une demande en référé à condition qu'il y ait un dommage imminent ou un trouble manifestement illicite.

**En pratique, les dispositions de la loi ne sont pas appliquées** en particulier dans le secteur de la grande distribution.

Les agriculteurs se plaignent des prix abusivement bas pratiqués par les distributeurs.

Un des volets de la **loi alimentation** rentrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2019 porte sur **l'amélioration de l'efficacité de l'interdiction des prix abusivement bas**.

En effet, une ordonnance est en projet afin de **généraliser l'interdiction à toutes les denrées alimentaires** notamment par rapport aux coûts de production.

## **La Loi EGALIM**

**Loi pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et une alimentation saine et durable**, appelée également « Loi EGALIM » a été promulguée le 1er novembre 2018 et a **vocation à assurer l'équilibre des relations commerciales** et donc venir compléter les dispositions du droit de la concurrence.

### **L'ordonnance**

**Le gouvernement** (pouvoir exécutif) **intervient dans un domaine réservé au pouvoir législatif** (production normative) **en vertu de pouvoirs spéciaux accordés par le Parlement** (Loi d'habilitation et de ratification).

Définie dans **l'article 442-9 du Code du commerce**, **l'interdiction des prix abusivement bas sanctionne** pour l'instant la pratique de prix trop bas sur certains

---

<sup>7</sup> Art.L464-1 du Code de commerce

produits agricoles «en situation de crise conjoncturelle» ou «quand les cours augmentent fortement».

*« Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, de pratiquer ou de faire pratiquer, en situation de crise conjoncturelle, des prix de première cession abusivement bas (...).*

*(...) le fait pour tout revendeur d'exiger de son fournisseur, en situation de forte hausse des cours<sup>8</sup> de certaines matières premières agricoles, des prix de cession abusivement bas pour les produits agricoles périssables ou issus de cycles courts de production, d'animaux vifs, de carcasses, pour les produits de l'aquaculture, ainsi que pour les produits alimentaires de consommation courante issus de la première transformation de ces produits (...) »<sup>9</sup>.*

- Les prix de vente (première cession) et les prix de revente abusivement bas en période de crise conjoncturelle sont interdits.

## Une Crise conjoncturelle

*« La situation de crise conjoncturelle est constituée lorsque le prix de cession de ces produits par les producteurs ou leurs groupements reconnus est anormalement bas par rapport à la moyenne des prix observés lors des périodes correspondantes des 5 dernières campagnes, à l'exclusion des 2 périodes au cours desquelles les prix ont été respectivement le plus bas et le plus élevé<sup>10</sup> ».*

## Les Produits<sup>11</sup>

Il s'agit de produits agricoles périssables ou issus de cycles courts de production, d'animaux vifs, de carcasses ou pour les produits de la pêche et de l'aquaculture, figurant sur une liste établie par décret.

---

<sup>8</sup> Conditions et liste des produits fixées par décret

<sup>9</sup> Article L442-9 du Code du commerce

<sup>10</sup> Article L611-4 Code rural

<sup>11</sup> Article L441-2-1 Code du commerce

## Les Objectifs

Il s'agit de **rendre cette interdiction applicable plus facilement et dans un plus grand nombre de cas**, en l'élargissant à tous les produits agricoles et à toutes les denrées alimentaires et en supprimant la notion de crise conjoncturelle.

Il s'agit de **rendre cette interdiction effective en permettant de définir ce qu'est un prix abusivement bas**.

- Nouvelles règles pour les négociations entre agriculteurs et industriels ou celles entre industriels et distributeurs.

C'est dans le cadre de ce 2<sup>ème</sup> objectif que **les indicateurs de coûts de production**, mentionnés dans l'habilitation, sont importants.

Ils posent **des difficultés dans les discussions interprofessionnelles**, après avoir été l'objet de vifs débats **entre les parlementaires** des deux Chambres (Assemblée nationale et Sénat, formant le Parlement).

**Élaborés et diffusés par les interprofessions**, ils doivent, à la lecture de l'habilitation, **être pris en compte dans la définition d'un prix abusivement bas**.

Ce qui en fait **la clé de voûte du nouvel équilibre des relations commerciales**.

**Si un contrat n'est pas conforme, alors un juge pourra décider de sanctionner l'acheteur sur cette base**.

Dans le projet d'ordonnance, il est écrit que « **le prix d'achat est apprécié [...] en référence aux indicateurs** » tels que prévus dans le cadre de la loi Agriculture et Alimentation.

Cette définition peut se référer à **plusieurs types d'indicateurs**.

## Les indicateurs

- ✓ Relatifs aux **coûts pertinents de production** en agriculture,
- ✓ Relatifs aux **prix des produits agricoles** et alimentaires,
- ✓ Relatifs aux **quantités, à la composition, à la qualité, à l'origine, à la traçabilité des produits**,
- ✓ Relatifs au **respect d'un cahier des charges**
- ✓ Relatifs aux **prix du marché...**

## Les avis

### *Pour les syndicats agricoles*

Le texte est **jugé trop flou**. Les indicateurs ne sont pas spécifiquement nommés (Cf.: l'habilitation).

- **Pas de définition du prix abusivement bas.**
- Ex.: un prix au-dessous duquel le producteur perd de l'argent quand il produit. La définition doit prendre en compte exclusivement les coûts de production en agriculture, à l'exclusion de tous autres indicateurs sinon le seuil des prix abusivement bas pourra être en dessous des coûts de production.

### *Pour le gouvernement*

**La mention spécifique des indicateurs de coûts de production n'est pas contraire aux aspirations du gouvernement mais elle ne pourra être exclusive.**

Dans l'esprit de la loi, les indicateurs de coûts de production sont indissociables des indicateurs de prix de marchés.

La définition sera fixée à l'issue des négociations commerciales pour mars 2019.

**Sa publication est désormais attendue Avril, comme ses fruits.**

### **Interdiction des prix minima de revente imposés**

Il est donc strictement interdit au **fournisseur de fixer des prix de reventes ou des montant de marge minimum du distributeur**, soit de manière expresse dans les termes du contrat, soit de manière déguisée.

- **Liberté du détaillant dans la fixation des prix de revente.**

*« Est puni d'une amende de 15 000 euros le fait par toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale »<sup>12</sup>.*

- Peu importe la forme de l'imposition (étiquette, facture, contrat...).

### **Les exceptions**

Ne rentrent pas dans le champ d'application de l'interdiction des prix minima (ou de la marge minimale) de revente imposés :

---

<sup>12</sup> Article L.442-5 du Code de commerce

- ✓ Le prix des livres,
- ✓ Le prix maxima de revente.

### *Les prix des livres*

Cette exception fondée sur la loi du 10 Août 1981 a pour but de **protéger les petits libraires contre les prix de la grande distribution**: le prix du livre est fixé par l'éditeur.

### *Les prix maxima de revente*

Les prix maxima de revente sont tout à fait licites, car **ils favorisent la concurrence par la baisse des prix**.

Le règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010 est venu expressément validé les accords de distribution fixant un prix maximum, ***"sans préjudice de la possibilité pour le fournisseur d'imposer un prix de vente maximal(...), à condition que ces derniers n'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimal sous l'effet de pressions exercées ou d'incitations par l'une des parties"***.

Le fournisseur peut imposer **un prix maximal** de revente à son distributeur (prix plafond), à condition:

- ✓ que **ce prix n'équivaille pas un prix fixe ou minimal**,
- ✓ **qu'il ne soit pas trop bas** (le distributeur serait contraint de revendre à perte, ne pourrait pas faire de réduction aux utilisateurs, ne pourrait pas réaliser de marge...).

### *La pratique des « prix conseillés »*

La pratique des prix simplement conseillés reste **licite** : tout fabricant, grossiste, importateur (etc...) peut conseiller ou indiquer des prix de revente à ses distributeurs.

**Mais la frontière est parfois floue avec le prix minimum imposé.**

**Le prix conseillé ne doit pas dissimuler un prix imposé.**

L'essentiel réside dans le fait que le prix n'ait **pas de caractère contraignant** pour le distributeur : **peu importe le qualificatif employé**, de "prix conseillé", "prix recommandé", ou encore "prix indicatif ».

**Quid de l'absence de mention?**

**« La qualification de prix imposé ne peut être avérée lorsque une central d'achat n'indique pas la mention de prix maximum ou prix conseillé. ».**

Cette licéité disparaît dès que le prix est en réalité imposé par des **mesures de rétorsion commerciale**.

Ex.: non renouvellement du contrat de distribution pour non-respect du prix conseillé, refus de conférer des avantages.

#### **CA PARIS 22 Septembre 1999**

**« Le fait pour un fournisseur de refuser d'approvisionner un revendeur à cause du caractère trop bas des prix que ce-dernier envisageait, revenait à imposer des prix minima de revente ».**

### **Les sanctions**

#### **Les sanctions civiles**

Tribunaux de commerce ou TGI

- ✓ Nullité de la clause d'imposition du prix (CA Paris, 28 avr. 1966);
- ✓ Nullité du contrat si cette clause est déterminante.

La responsabilité civile de l'auteur peut être engagée dans le cas où le lien de causalité est suffisant entre la faute et le préjudice économique. (Cass. crim., 19 févr. 2003).

#### **Les sanctions pénales**

##### **Tribunaux correctionnels**

- ✓ Une amende de 15 000€,
- ✓ Des peines complémentaires peuvent être prononcées<sup>13</sup>: par ex. la diffusion ou l'affichage du jugement de condamnation.

En pratique, les sanctions pénales sont rares.

**Si les pratiques sont développées dans le cadre d'une entente, elles peuvent être poursuivies par l'Autorité de la concurrence.**

---

<sup>13</sup> Article 131-10 du Code pénal

## « Police des relations interentreprises »

Les règles du droit de la concurrence vont également veiller à l'équilibre des relations commerciales à travers certains principes:

- ✓ Principe d'équilibre de la relation commerciale;
- ✓ Refus de vente et ventes liés;
- ✓ Refus d'achat.

## L'équilibre de la relation commerciale

Depuis 2008, il existe un principe dans les relations commerciales, à savoir le principe d'équilibre.

Ainsi est sanctionné le fait de soumettre son partenaire commercial à des obligations créant **un déséquilibre significatif** et de tenter d'obtenir de lui **des avantages disproportionnés ou injustifiés**.

## Des déséquilibres significatifs

*« Engage la responsabilité de son auteur 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 ; (...) »<sup>14</sup>.*

## L'équilibre est apprécié au regard des effets de l'application de la convention sur les parties.

Démontrer qu'une pratique crée un déséquilibre significatif au détriment d'un partenaire commercial **ne requiert pas de prouver, au préalable, que l'auteur de la pratique détient une puissance d'achat ou de vente.**

La notion de déséquilibre significatif peut sembler floue, mais elle est déjà connue du droit de la consommation **avec les clauses abusives.**

C'est **l'absence de réciprocité** qui caractérise le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

---

<sup>14</sup> Article L442-6 du Code du commerce

**T. Com. Lille 6 Janvier 2010 saisi par le ministre de l'économie après que la DGCCRF ait examiné des centaines de négociations commerciales a engagé une action à l'encontre de 9 grandes enseignes de la distribution Castorama, Darty, Intermarché, System U, Leclerc, Casino, Auchan, Cora et Carrefour.**

*Le distributeur Castorama avait modifié en 2009 les modalités de paiement des acomptes de remises différées et imposé à ses fournisseurs des comptes mensuels payables en fin de mois.*

*Cette pratique a entraîné une dégradation du commerce de Lille.*

*Elle a été jugée « sans réciprocité ni contrepartie défavorable aux fournisseurs » et l'enseigne a été condamnée à une amende civile de 300 000 euros.*

### **Exemples de déséquilibres**

- ✓ **La faculté pour le distributeur de résilier le contrat dans l'hypothèse d'une « contreperformance » du produit** sachant que cette dernière peut provenir des conditions de mise en vente décidées par le distributeur lui-même;
- ✓ **Imposer au fournisseur des clauses de « taux de service minimum »** (imposant un haut niveau de qualité de service rendu par le fournisseur);
- ✓ **Les clauses-types, générales et imprécises** qui ne tiennent pas compte des particularités du fournisseur.

### **Obtention d'avantages injustifiés ou disproportionnés**

*«Engage la responsabilité de son auteur le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers 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 »<sup>15</sup>.*

### **Exemples**

- ✓ *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.*
- **Lutte contre la pratique de la « corbeille de mariée ».**

<sup>15</sup> Article L442-6 du Code du commerce

- ✓ *La globalisation artificielle des chiffres d'affaires;*
- ✓ *Une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients;*
- ✓ *Une demande supplémentaire, en cours d'exécution du contrat, visant à maintenir ou accroître abusivement ses marges ou sa rentabilité.*

### **Les sanctions civiles**

Il n'y a pas de sanctions pénales, elles sont **exclusivement civiles**: l'auteur engage sa **responsabilité civile** et pourra être condamné au **versement de dommages et intérêts et une amende civile**.

Seules **les juridictions civiles et commerciales** sont compétentes pour trancher les litiges.

L'action est introduite **par toute personne justifiant d'un intérêt** (la victime), **par le ministère public, par le ministre chargé de l'Economie ou par le président de l'Autorité de la concurrence**<sup>16</sup>.

En pratique les victimes hésitent à saisir les juridictions compétentes.

**Le ministre de l'Economie peut se substituer à la victime et demander qu'elle soit indemnisée.**

Il peut également demander:

- ✓ **Le prononcé d'une amende de 2M€, qui peut être portée au triple des sommes indument perçues;**
- ✓ **La Cessation des pratiques illicites;**
- ✓ **La Nullité des clauses illicites.**

Le juge des référés peut imposer la cessation des comportements illicites.

Les juridictions saisies peuvent consulter la Commission d'examen des pratiques commerciales<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Article L442-6 III Code de commerce

<sup>17</sup> Art. L440-1 du Code de commerce

## Le refus de vente et les ventes liées

Le refus de vente ainsi que les ventes liées sont strictement interdits avec les consommateurs, toutefois, sous l'impulsion du droit communautaire, le droit a évolué en matière de relation commerciale entre professionnels, permettant à ces derniers d'accéder en toute légalité à ces pratiques.

### Le refus de vente

Le refus de vendre un bien ou de fournir la prestation d'un service, oppose généralement à un détaillant ou à un grossiste et peut poursuivre différents objectifs.

Les effets du refus de vente sur la concurrence doivent généralement s'apprécier au cas par cas.

### Les objectifs du refus

- ✓ **Contraindre un détaillant à respecter des prix imposés** (l'empêcher de vendre au rabais),
- ✓ **Conforter un accord de distribution exclusive** conclu avec d'autres,
- ✓ **Réserver la vente du produit** à une certaine catégorie de consommateurs ou à une certaine zone géographique,
- ✓ Lorsque **l'acheteur n'est pas bon payeur**, ne constitue pas des stocks suffisants ou n'assure pas convenablement le service après-vente, la publicité, la promotion, etc...

**Depuis la loi du 1er juillet 1996** sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales<sup>18</sup>, **tout professionnel** (producteur, industriel, commerçant ou artisan) **est libre de vendre ou pas un bien ou un service à un autre professionnel.**

**L'interdiction du refus de vente et des ventes liées perdure pour les consommateurs.**

➤ Uniformisation de la législation dans les états membres de l'Union européenne.

Toutefois, cette autorisation est relative au regard des nombreux recours ouverts par le droit contre le refus de vente: **la liberté du vendeur professionnel a des limites.**

---

<sup>18</sup> Loi Galland

## Les ventes liées

Imposer à un client d'acheter une quantité minimale ou un nombre de produits supérieur à ce qu'il souhaite : lier la vente d'un produit ou d'un service à la vente d'un autre.

- A ne pas confondre avec **les ventes groupées** de produits identiques ou de prestations de services qui sont autorisées (*ex.: package bancaire, yaourts...*).

## Les effets négatifs

- ✓ Cette pratique peut **restreindre la concurrence** si elle n'est pas objectivement justifiée par la nature des produits ou leur usage commercial.
- ✓ Elle a pour effet un éventuel verrouillage du marché du produit lié.
- ✓ En outre, elle peut entraîner des prix plus élevés tant pour le produit liant que pour le produit lié.

## Les effets positifs

Cette pratique est également **un facteur d'efficience, en abaissant les coûts de production et de distribution** de la gamme de produits et **en garantissant pour les produits complémentaires une qualité similaire** à celle du produit principal.

- La vente liée peut être justifiée **sur le plan commercial**.

*Ex.: un fabricant d'ordinateurs pourra subordonner la vente de ce produit à l'achat de certaines disquettes en vue d'éviter tout endommagement ou mauvais fonctionnement de son matériel par l'usage de disquettes de qualité inférieure.*

**La loi du 1er juillet 1986 a supprimé l'interdiction des ventes subordonnées entre professionnels.**

- Toutefois, l'ordonnance de 1986 (aujourd'hui codifié à l'article L. 420-2 du Code de commerce) continue de **prohiber les ventes liées dès lors qu'elles relèvent d'un abus de domination ou d'une pratique abusive.**

**Vente liée : La Cour d'appel de Paris confirme le jugement du Tribunal de commerce de Lyon ayant condamné un journal pour avoir lié des services en ligne à la publication d'annonces nécrologiques (*La Montagne / Aviscom*).**

*« La société La Montagne a abusé de sa position dominante sur le marché des annonces nécrologiques par voie de papier, en refusant d'insérer dans les avis de décès diffusés par les entreprises de pompes funèbres ayant recours aux services*

de la société Aviscom, une ligne mentionnant le registre des condoléances en ligne sur [www.avis-de-décès.net](http://www.avis-de-décès.net) ».

## Les Recours

Devant un refus de vente ou des ventes liées, un acheteur peut exercer plusieurs recours fondés notamment sur:

- ✓ **Le refus de communication des conditions tarifaires,**
- ✓ **Une pratique anticoncurrentielle,**
- ✓ **Le Droit commun de la responsabilité.**

### *Le refus de communication des conditions tarifaires*

Le refus de vente peut être sanctionné par l'application de l'article 441-6 du Code du commerce qui se traduit par **le refus de communiquer le barème tarifaire et conditions générales de vente.**

**« Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur est tenu de communiquer ses conditions générales de vente à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour une activité professionnelle.**

**Elles comprennent :**

- ✓ **les conditions de vente ;**
- ✓ **le barème des prix unitaires ;**
- ✓ **les réductions de prix ;**
- ✓ **les conditions de règlement »<sup>19</sup>.**

### *Une pratique anticoncurrentielle*

Le recours contre le refus de vente ou de vente liée peut être fondé sur une pratique anticoncurrentielle telle que **l'entente illicite** ou **l'abus de position dominante.**

- **L'Autorité de la concurrence est alors compétente pour juger le litige.**

### *L'entente illicite*

**Le refus de vente qui constitue une entente illicite** (atteinte à la liberté d'accès au marché) au sens du droit de la concurrence, sous réserve que celle-ci n'est pas fait l'objet d'une exemption<sup>20</sup> **est sanctionné.**

<sup>19</sup> Article L441-6 Code de commerce

**« Sont prohibées (...), lorsqu'elles ont pour objet ou (...) effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises<sup>21</sup> ».**

### L'abus de position dominante

Par ailleurs, si une entreprise détient sur son marché une position dominante, anticoncurrentielle, son refus de vendre injustifié est un abus sanctionné au titre de l'article L. 420-2 du Code de commerce.

**« Est prohibée, (...) l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires (...)»<sup>22</sup> ».**

### **REFUS DE VENTE : LA COUR D'APPEL DE PARIS CONDAMNE UN FOURNISSEUR POUR REFUS DE VENTE SUR LE FONDEMENT DU DROIT DES ENTENTES ET DU DROIT DES ABUS DE POSITION DOMINANTE (NGK SPARK PLUGS FRANCE C/ SOCIÉTÉ DE COMMERCIALISATION DE PRODUITS INDUSTRIELS)**

*Il résulte du rapport administratif d'enquête que la société NGK a mis en œuvre des pratiques consistant à refuser la vente de bougies NGK à la société Sifam et à refuser de l'agréer, sans justification objective, ni légitime, et, cela, depuis 1994 et jusqu'en 2001.*

*Les refus ne sont fondés sur aucun des critères prétendus de sélection (qualité du point de vente ; seuils d'achat...) et ont pour effet d'évincer de la distribution des bougies NGK la société Sifam.*

---

<sup>20</sup> Article L420-4-I 2° du Code du commerce

<sup>21</sup> Article L420-1 Code de commerce

<sup>22</sup> Article L. 420-2 du Code du commerce

## ***Droit commun de la responsabilité***

« On peut engager sa responsabilité en exerçant un droit: quand on en abuse... »  
(F.Chabas).

L'abus de droit c'est détourner le droit de sa fonction normale.

**La fonction légitime du refus de vente est de permettre au fournisseur de gérer librement et de façon autonome sa stratégie de distribution dans les limites de la loi.**

Cette responsabilité est fondée sur l'article 1240 du Code civil:

**« Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».**

Pourrait donc être qualifié d'abusif et donc de fautif:

- ✓ **Le refus de vente d'un fournisseur motivé par l'intention de nuire** ou la volonté de désorganiser l'entreprise du distributeur;
- ✓ **La volonté d'évincer systématiquement** et a priori telle ou telle forme de distribution ou un distributeur particulier.

**La preuve d'un comportement abusif n'est cependant pas facile à apporter.**

La CA de Douai a sanctionné par un arrêt du 10 Septembre 1998, un refus de vente par application du droit commun de la responsabilité civile.

**Jusqu'en 2008, le refus de vente présentant les caractéristiques d'une discrimination injustifiée pouvait être sanctionné** sur le fondement de l'article L. 442-6 du code de commerce et au titre de la responsabilité civile.

**L'abrogation du délit de discrimination** en tant que faute *per se* conduit à ne plus pouvoir sanctionner le refus de vente sur ce fondement ; **la discrimination, et donc le refus de vente qui en découle, pouvant toutefois être réprimée si elle résulte d'une pratique anticoncurrentielle ou d'un abus de droit** entraînant la responsabilité civile de son auteur.

### **Exemples (pratiques discriminatoires)**

- ✓ Fausse coopération commerciale,
- ✓ Exploitation d'un rapport de force,
- ✓ Paiement d'un droit d'entrée,
- ✓ Déréférencement...

*Toute entreprise peut engager sa responsabilité civile (dommages-intérêts) mais aussi à une amende civile (jusqu'à 2 millions d'euros) - si son refus de vente est une discrimination abusive au sens de l'article 442-6 du Code de commerce mais le client trompé devra prouver que cette pratique crée pour lui un handicap de concurrence.*

## Refus d'achat

Encore une fois les pratiques commerciales dans la grande distribution sont visées et en particulier celles des **centrales d'achat**.

Cass. Com. 5 Juillet 1994 : « *La liberté de choisir son fournisseur est une liberté fondamentale* ».

- Cette liberté découle du principe de la liberté contractuelle.

En principe une centrale d'achat est libre de ne pas référencer un fournisseur ou bien de ne pas renouveler le référencement (« déréférencement »).

Toutefois est interdite l'exploitation injustifiée d'une puissance d'achat ou d'une puissance d'enseigne (Ex.: *obtention d'avantages injustifiés au profit du distributeur*).

Le référencement en distribution ou grande distribution est **la démarche qui consiste pour un fournisseur à introduire une ou plusieurs de ses références dans l'offre ou l'assortiment des distributeurs visés**.

La DGCCRF définit le référencement, dans la grande distribution, comme « ***une clause ou un contrat par lequel une centrale d'achat ou de référencement autorise un fournisseur, en contrepartie de conditions de vente négociées, à proposer ses produits à la revente chez ses affiliés distributeurs. Ces derniers restent cependant libres de se fournir ou non auprès du fournisseur référencé*** ».

La procédure de référencement est beaucoup plus lourde et complexe et passe généralement par une phase de négociation avec une centrale de référencement ou une centrale d'achat.

## Le référencement

C'est une notion complexe qui n'est pas définie strictement juridiquement.

La CA de PARIS (5 Mai 1993) a mis en évidence des éléments propres au référencement:

- ✓ Définition de la gamme de produits pour lesquels le fournisseur est référencé par la centrale,
- ✓ Négociations auprès du fournisseur et pour le compte des adhérents (super ou hypermarchés) d'avantages immédiats ou différés.

Loi du 1<sup>er</sup> Juillet 1996 a introduite dans le Code du commerce 3 nouvelles dispositions. Elle a été complétée par les lois du 15 Mai 2001 et 17 Mars 2014.

- ✓ **Interdiction des primes de référencement**
- ✓ **Sanction de la menace du déréférencement**
- ✓ **Sanction de la rupture brutale de relations commerciales**

### ***Interdiction des primes de référencement***

*« 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 :*

***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 ; (...).** ».*

#### ➤ **La simple tentative est prohibée.**

L'avantage doit être une condition préalable à la commande (mais le distributeur n'est pas tenu de choisir le fournisseur référencé),

L'avantage est assorti obligatoirement d'un **engagement écrit**,

- ✓ Sur un volume d'achat proportionné,
- ✓ Sur un service demandé par le fournisseur rendu par la centrale ou ses adhérents.

La contrepartie est importante:

**Elle ne doit pas être fictive ou susceptible de créer un déséquilibre significatif** dans les droits et les obligations des parties;

- c'est le principe d'équilibre des relations commerciales.

Tout contrat (ou clause contractuelle) par lequel un commerçant a la possibilité d'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande est nul.

### **Loi EGALIM**

*Pour les produits agricoles périssables ou issus de cycles courts de production, d'animaux vifs, de carcasses ou pour les produits de la pêche et de l'aquaculture, (...) un distributeur ou prestataire de services ne peut bénéficier de remises, rabais et ristournes ou prévoir la rémunération de services rendus à l'occasion de leur revente, propres à favoriser leur commercialisation et ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, ou de services ayant un objet distinct, que si ceux-ci sont prévus dans un contrat écrit portant sur la vente de ces produits par le fournisseur<sup>23</sup>.*

Tribunal correctionnel de Colmar 14/02/2002

*Condamnation du groupe de distribution CORA et ancien directeur d'hypermarché à des amendes de 200K€ et 7500€ pour avoir réclamé des « droits d'entrée » aux fournisseurs à l'occasion du transfert de l'hypermarché. Le directeur avait indiqué aux fournisseurs « reconsidérer totalement la politique commerciale à cette occasion ».*

### **Sanction de la menace du déréférencement**

*« 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 : 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. »*

Le texte a une large portée : grande distribution mais également relation entre fabricants et leurs propres constructeurs.

Ex.: Constructeurs automobiles.

- Difficile à prouver en dehors d'un écrit.

<sup>23</sup> Article L441-2-1 Code du commerce

## ***Sanction de la rupture brutale de relations commerciales***

Article L.442-6 I 5° Code du commerce oblige à réparer le fait de « ***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 ».

« Lorsque ***la rupture de la relation commerciale résulte d'une mise en concurrence par enchères à distance, la durée minimale de préavis est double 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*** ».

« 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 ».

Le texte est d'application générale mais prend une résonance particulière dans la grande distribution au regard du déréférencement brutal.

La jurisprudence a déterminé les critères de « la rupture brutale », « de la relation commerciale » et de « la durée de la relation commerciale » : **il n'y a pas de sanction si le délai de préavis est suffisant, proportionnel à la durée des relations commerciales antérieures.**

Pour les juges, il est pris en compte :

- ✓ Proportion du CA réalisé
- ✓ Progression du CA
- ✓ Qualité et constance de la relation commerciale
- ✓ Dépendance économique
- ✓ La notoriété de la marque
- ✓ Les investissements spécifiques
- ✓ Clause d'exclusivité ou de non concurrence

- ✓ Préavis
- ✓ Motif de la rupture

### **Exceptions**

Il existe des cas où la rupture brutale de la relation commerciale ne pourra être considérée comme fautive.

### **Exemples:**

- ✓ **La Force majeure:** épuisement des stocks, impossibilité technique de répondre à la demande.
- ✓ **L'exception d'inexécution.**

**« 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 »<sup>24</sup>.**

**« Une diminution même importante des commandes ne peut pas être considérés comme une rupture brutale ».**

Cette jurisprudence est intervenue dans un contexte de « crise économique de 2008 » (Cass. Com. 12/02/2013, CMI c/ CATERPILLAR FRANCE).

### **Les sanctions civiles**

- Réparation du préjudice lié au non-respect du préavis
- Dommages et intérêts calculés sur les gains que la victime auraient pu retirer du maintien de la relation pendant la durée de préavis non respectée.

---

<sup>24</sup> Article L.442-6 I 5° Code du commerce