

**LE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF ET LA RUPTURE  
BRUTALE, UN AN APRÈS LES ORDONNANCES EGALIM...  
ET EN PLEINE CRISE SANITAIRE ET ÉCONOMIQUE**

**Quels changements? Quelles décisions? Quelles stratégies?**

**Par Frédéric Buy  
Agrégé des Facultés de Droit  
Professeur à l'université d'Aix-Marseille**



# INTRODUCTION

## RETOUR SUR L'ORDONNANCE N° 2019-359 DU 24 AVRIL 2019

- Pourquoi a-t-on réformé? Qu'a-t-on réformé ?
- Autour de la réforme...
  - Pas de loi de ratification pour l'instant
  - Rapport de la Commission d'enquête grande distribution (AN, n° 2268, 25 sept. 2019, spéc. proposition 25: clarifier le texte, préavis minimal de 6 mois)
  - Directive 2019/633 sur les PCD dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement alimentaire du 17 avril 2019
  - Loi belge n°2019011404 du 4 avr. 2019 modifiant le code de droit économique



# INTRODUCTION

## LE DROIT DES PCD ENTRE DEUX EAUX...

- Absence de dispositif transitoire dans l'ordonnance
- A priori, les dispositions de l'art. L. 442-1 ne sont pas applicables aux situations antérieures. Mais on peut discuter
- La Cour de cassation semble décidée à lisser les droits lorsqu'elle le peut: cf. Com. 15 janv. 2020, n° 18-10512, JCP G 2020, 306, note Buy



# INTRODUCTION

## LE DROIT DES PCD ÉVINCÉ PAR LE DROIT DE CRISE ?

- ⌚ Non : pour l'essentiel, le droit d'exception n'a pas désactivé le droit des pratiques commerciales déloyales (PCD), pas plus que le droit commun des contrats
- ⌚ Ord. n°2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus :
  - ⌚ absence de modification des durées des contrats (et des relations et des préavis)
  - ⌚ Au-delà, certaines mesures pourraient intéresser l'action de l'administration : prorogation de certaines mesures administratives (enquête, instruction..., art. 3), et suspension de certains délais imposés aux entreprises « pour se conformer à des prescriptions de toute nature » (comme des injonctions, art. 8).
- ⌚ Il n'est pas exclu, en revanche, que la jurisprudence assouplisse elle-même certaines règles...



# INTRODUCTION

## ELÉMENTS DE STRATÉGIE CONTENTIEUSE

- ① A-t-on toujours intérêt à plaider L. 442-1? Ne vaut-il pas mieux parfois se rabattre sur le droit commun?
  - ① Se demander ce que l'on veut obtenir
  - ① Se demander si l'on est libre de choisir : droit d'opter: oui (Com. 18 sept. 2019, n° 18-10225 ; Com. 2 oct. 2019, n° 18-10886 (rupture brutale) ; Lyon, 27 févr. 2020, n° 18/08265 (déséquilibre); droit de cumuler : oui (Com. 24 oct. 2018, n° 17-25872)
- ① Mesurer l'incidence de la spécialisation juridictionnelle :
  - ① Quid si L.442-1 est invoqué au subsidiaire devant un juge spécialisé? Com. 6 nov. 2019, n° 18-12626 : la cour de Paris connaît, seule, de l'appel
  - ① Quid si L.442-1 est invoqué au titre d'une demande reconventionnelle devant un juge non spécialisé ? Com. 18 sept. 2019, n° 17-19653 : la cour d'appel ordinaire reçoit l'appel, déclare la demande reconventionnelle irrecevable, et statue sur le fondement du droit commun
  - ① Risque d'encombrement accru avec la crise...





# 1 . RUPTURE BRUTALE D'UNE RELATION COMMERCIALE ÉTABLIE

# 1.1. LA RÉFORME

- Ancien art. L. 442-6, I, 5° :
- « 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 :(...)
- 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. »



# 1.1. LA RÉFORME

- Nouvel art. L. 442-1, II, C. com. :
- « II. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels.
- En cas de litige entre les parties sur la durée du préavis, la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un préavis de dix-huit mois.
- Les dispositions du présent II 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. »





## 1.1. LA RÉFORME

- ④ Quelques changements, mais peu importants
- ④ L'auteur de la pratique : « *toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services* »
  - ④ Pas de changement : la jurisprudence dépassait déjà la lettre de l'ancien texte (tout producteur, commerçant, industriel...). Ex.: associations, syndicat professionnel, assurance mutuelle
- ④ La victime de la pratique : non identifiée.
  - ④ C'est l'autre partie à la relation commerciale
  - ④ Son statut juridique importe peu (ex.: association)
  - ④ Une restriction: l'impossibilité statutaire d'exercer le commerce (médecin, avocat, notaire...)



## 1.1. LA RÉFORME

- Ⓜ La durée du préavis : un préavis « *qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels* »
  - Ⓜ Il n'existe plus de durée minimale de préavis
  - Ⓜ La durée de la relation n'est plus, officiellement, le seul critère de détermination de la durée (« notamment »). Mais c'est une confirmation de jurisprudence (qui tenait déjà compte des « autres circonstances »). L'approche reste donc concrète (cf fiches pratiques CA Paris).
  - Ⓜ Le rôle des usages et des accords change (un peu) : les usages servent à étalonner la durée, et non plus la durée minimale ; les accords ont la même fonction.
  - Ⓜ Silence radio au sujet des clauses de préavis



## 1.1. LA RÉFORME

Ⓢ Le nouveau délai de 18 mois : « *En cas de litige entre les parties sur la durée du préavis, la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un préavis de dix-huit mois* »

Ⓢ Délai de sécurité ou délai plafond ?

Ⓢ Stratégies contractuelle et contentieuse :

Ⓢ Peut-on prévoir un préavis supérieur ?

Ⓢ Peut-on plaider le droit commun pour espérer davantage ?



# 1.2. ACTUALITÉ JURISPRUDENTIELLE

## LE CHAMP DE L'ART. L.442-6

### 🔗 Champ d'application dans l'espace :

🔗 Paris, ch. com. internationale, 3 juin 2020, n°19/03758 : *« les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5 du code de commerce, qui impliquent qu'une entreprise installée en France ne cause pas de dommage en rompant brutalement une relation commerciale établie, contribuent à la moralisation de la vie des affaires et sont susceptibles également de contribuer au meilleur fonctionnement de la concurrence, elles visent davantage à la sauvegarde des intérêts privés d'une partie, de sorte qu'elles ne peuvent être regardées comme cruciales pour la sauvegarde de l'organisation économique du pays au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application »*

### 🔗 Champ d'application matériel :

🔗 Com. 2 oct. 2019, n° 18-15676 : application à la gérance-mandat : *« si le régime institué par les articles L. 146-1 et suivants du code de commerce prévoit, en son article L. 146-4, le paiement d'une indemnité minimale au profit des gérants-mandataires en cas de résiliation du contrat sans faute grave de leur part, il ne règle en aucune manière la durée du préavis à respecter, que le même texte laisse à la convenance des parties, ce dont il se déduit qu'ont vocation à s'appliquer les règles de responsabilité instituées par l'article L. 442-6, I, 5° du même code lorsque le préavis consenti est insuffisant au regard de la durée de la relation commerciale établie entre les parties et des autres circonstances »*

🔗 Paris, 6 nov. 2019, n° 17/13200 : application au « lien d'affaires » qui unit la société coopérative et le coopérateur



# 1.2. ACTUALITÉ

## LA PARTIE À LA RELATION COMMERCIALE

🕒 Quid du groupe de sociétés ?

🕒 Com. 16 oct. 2019, n° 18-10806 : « *un groupe de sociétés, dépourvu de la personnalité morale, qui ne peut s'engager par contrat, ne peut constituer un partenaire commercial au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce* »

🕒 1ère nuance (calcul du préavis) : l'hypothèse de l'action de concert (même arrêt)

🕒 2ème nuance (réparation) : l'hypothèse de la filiale victime par ricochet (Paris, 27 févr. 2020, n° 17/12775)



## 1.2. ACTUALITÉ

### LA NOTION DE RUPTURE

- ① La rupture peut être totale ou partielle
  - ① La modification de la relation, une rupture ? Com. 20 nov. 2019, n° 18-11966: oui, dès lors que la modification est substantielle
  - ① Et une simple proposition de modification des conditions contractuelles? Oui dès lors qu'elle n'est pas négociable (même arrêt)
- ① La rupture doit être imputable à son auteur
  - ① Exemples positifs : Com. 15 janv. 2020, n° 18-15431 (manquements du partenaire) ; Com. 3 juill. 2019, n° 18-10580 (échec des renégociations)
  - ① Exemple négatif : Com. 29 janv. 2020, n° 17-20052 (décision d'internalisation)



## 1.2. ACTUALITÉ.

# LA NOTION DE RUPTURE

- 🔗 Quid de la crise Covid-19 ? La jurisprudence estime que les difficultés économiques sont une cause de non-imputabilité :
  - 🔗 Com. 12 févr. 2013, n° 12-11709 : diminution significative du volume de commandes auprès d'un sous-traitant, mais « *compte tenu de la diminution de leurs propres commandes et donc de façon non délibérée* »
  - 🔗 Com. 8 nov. 2017, n° 16-15285 : baisse des commandes passées par un fabricant de chemises à un sous-traitant, « *conséquence de la crise du secteur d'activité* »
  - 🔗 Com., 6 févr. 2019, n° 17-23361 : « *la société X justifiait d'une diminution significative de son activité de promotion immobilière (...), consécutive à la crise économique et financière de 2008* », de sorte que « *la rupture dont se plaint la société Y n'est pas imputable à la société X* »
- 🔗 Les juges vérifient 1/ l'absence d'engagement de volume et 2/ que l'entreprise répercute le poids de la crise sur son partenaire dans la seule mesure de la diminution de ses propres commandes



## 1.2. ACTUALITÉ LE PRÉAVIS

- Ⓜ Principe: un préavis écrit (pas de préavis oral, mais une notification d'appel d'offres suffit)
- Ⓜ Exceptions : une rupture sans préavis reste possible...
  - Ⓜ en cas de manquement grave
    - Ⓜ Ex. original : Com. 20 nov. 2019, n° 18-12817 : refus d'adhérer au programme de compliance d'une filiale d'un groupe américain, susceptible d'engager la propre responsabilité de l'auteur de la rupture
    - Ⓜ Attention : une fois le préavis accordé, impossible de se prévaloir des fautes antérieures (Com. 29 janv. 2020, n°18-20781). Idée que l'octroi d'un préavis exclut tout manquement grave.
  - Ⓜ en cas de force majeure





## 1.2. ACTUALITÉ. LE PRÉAVIS

🕒 Le covid-19 est-il un cas de force majeure ?

🕒 En droit commun, déjà quelques décisions :

🕒 T. com. Paris, ord. réf. 20 mai 2020, Total c/ EDF : « *Nous observons, sans que cela soit contesté, que la diffusion du virus revêt, à l'évidence, un caractère extérieur aux parties, qu'elle est irrésistible et qu'elle était imprévisible comme en témoignent la soudaineté et l'ampleur de son apparition* »

🕒 En droit spécial, des raisons de penser que la force majeure pourrait être retenue :

🕒 Paris, 5-5, 12 sept. 2019, n° 17/16758 : « *la loi du 5 mars 2014, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2015, ayant instauré le compte personnel de formation en remplacement du DIF, nouveau mécanisme laissant aux seuls salariés le choix de leur organisme de formation, constitue une contrainte légale impérative les obligeant à ne plus commander directement de formation et à en laisser l'initiative à leur personnel, et donc un cas de force majeure empêchant les intimées de commander les formations auprès de la société X* »

🕒 Paris, 5-4, 8 janv. 2020, n° 18/04493 (impl.) : « *si une crise économique lourde dans un secteur d'activité peut être assimilée à un cas de force majeure et ainsi justifier une rupture sans préavis de relations commerciales établies, Carrefour ne rapporte nullement la preuve d'une telle crise dans le secteur du hard discount* »



## 1.2. ACTUALITÉ LE PRÉAVIS

### 🕒 Incidence du Covid-19 sur un préavis déjà notifié

- 🕒 Si l'auteur de la rupture entend s'en prévaloir :
  - 🕒 Rappel : le préavis suppose la poursuite de la relation aux conditions antérieures, et une rupture brutale en cours de préavis est toujours possible
  - 🕒 Il faut donc justifier d'un cas de force majeure pour rompre immédiatement, ou bien négocier un accord de sortie progressive, ou bien plaider la cause de non imputabilité
- 🕒 Si la victime de la rupture entend s'en prévaloir :
  - 🕒 L'auteur peut-il volontairement proroger le préavis? Serait conforme à l'esprit des textes (faciliter la réorganisation)
  - 🕒 La victime peut-elle exiger une prorogation ? Le principe est que la durée adéquate s'apprécie au jour de la notification. La jurisprudence adaptera-t-elle la règle ?



## 1.2. ACTUALITÉ. L'INDEMNISATION

- ④ Aucune précision apportée par la réforme. Cf. fiches méthodologiques CA Paris
- ④ Largement dérogoratoire au droit commun :
  - ④ Indemnisation automatique de la perte de marge (moyenne calculée sur les 2 ou 3 exercices précédents, multipliée par le nombre de mois de préavis qui aurait dû être accordés)
  - ④ Indifférence des circonstances postérieures à la notification (ex.: reconversion de la victime)
- ④ Un arrêt important : Com. 23 janv. 2019, n° 17-26870
  - ④ Précise la notion de marge : marge brute, dont on déduit les coûts variables et, le cas échéant, les coûts fixes
  - ④ Admet la prise en compte d'une circonstance postérieure: la cessation d'activité de la victime





## 2. DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF

## 2.1 LA RÉFORME

Ancien art. L. 442-6, I, 2° :

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

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

## 2.1 LA RÉFORME

Nouvel art. L. 442-1, I, C. com. :

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

1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie ;

2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. »

## 2.1 LA RÉFORME

- Ⓜ La condition de soumission existe toujours
  - Ⓜ L'un des rares « verrous » du texte
  - Ⓜ Com. 20 nov. 2019, n°18-12833: la soumission ou tentative de soumission « implique de démontrer l'absence de négociation effective des clauses incriminées »
  - Ⓜ Conseil : selon les cas, il sera plus intéressant de plaider L.442-1, I, 1° (obtention d'un avantage disproportionné) ou L.442-7 (prix de cession abusivement bas)

## 2.1 LA RÉFORME

- ④ L'auteur de la pratique : « *toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services* »
  - ④ La jurisprudence l'avait déjà anticipé (ex.: refus d'appliquer L.442-6 à un bail commercial, Civ. 3<sup>e</sup>, 15 févr. 2018, n° 17-11329)
  - ④ Permet de maintenir la jurisprudence qui exclut les rapports sociétaires (Com. 18 oct. 2017, n° 16-18864) ou associatifs (Civ. 3<sup>e</sup>, 11 oct. 2018, n° 17-23211). Sous réserve, toujours, de la jurisprudence CA Paris qui distingue le rapport institutionnel et le flux d'affaires (Paris, 5-4, 6 nov. 2019, précité).



## 2.1 LA RÉFORME

- ④ La victime de la pratique: « *l'autre partie* » (et non plus le partenaire commercial)
  - ④ Rappel : la Cour de cassation a récemment fait en sorte de lisser le droit ancien et le droit nouveau : Com. 15 janv. 2020, précité : « *le partenaire commercial est la partie avec laquelle l'autre partie s'engage, ou s'apprête à s'engager, dans une relation commerciale* »
  - ④ Jugé au sujet d'une location financière. L'application du texte à une location financière ne peut donc être exclue au motif qu'il n'y a pas de partenariat commercial. En revanche, elle est exclue par le droit bancaire dès lors qu'il s'agit d'une opération de banque réalisée par un établissement de crédit (pour un raisonnement similaire, v. l'affaire Amazon: T. com. Paris, 2 sept. 2019, qui juge L.442-6 non applicable à Amazon Payment Europe qui est un établissement de paiement électronique)
  - ④ Question : continuera-t-on à exclure le texte dans les relations entre professionnels libéraux (en ce sens, Com. 20 févr. 2019, n° 17-27967) ?

## 2.1 LA RÉFORME

- ④ Le nouveau cadre de la pratique : « *dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat* »
  - ④ La négociation commerciale:
    - ④ Dès la première négociation ?
    - ④ Seulement les négociations distributeurs-fournisseurs ?
  - ④ La conclusion d'un contrat :
    - ④ Hypothèse classique d'une clause déséquilibrée
  - ④ L'exécution d'un contrat:
    - ④ Ex.: un refus d'exécution, ou abus de clause ou de prérogative (comme le fait, pour un distributeur, d'appliquer des pénalités logistiques alors que le fournisseur peut se prévaloir de la force majeure)

## 2.1 LA RÉFORME

### Un dernier changement : les sanctions

#### Art. L. 442-4, I :

« (...) Toute personne justifiant d'un intérêt peut demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 ainsi que la réparation du préjudice subi. Seule la partie victime des pratiques prévues aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 peut faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indus.

Le ministre chargé de l'économie ou le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8. Ils peuvent également, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indument obtenus, dès lors que les victimes de ces pratiques sont informées, par tous moyens, de l'introduction de cette action en justice. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut excéder le plus élevé des trois montants suivants :

- ④ cinq millions d'euros ;
- ④ le triple du montant des avantages indument perçus ou obtenus ;
- ④ 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 ont été mises en œuvre. »

## 2.2. ACTUALITÉ JURISPRUDENTIELLE. LE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF

- Illustrations avec l'affaire Amazon (T. com. Paris, 2 sept. 2019) :
  - Clause de modification contractuelle, « *exorbitante du droit français et contraire à tous les usages* »
  - Clause d'exonération de responsabilité, « *très au-delà des limitations licites de responsabilité* »
  - Clause de suspension du contrat, déséquilibrée « *en ce qu'elle est générale (pour toute raison), discrétionnaire (pas d'obligation de motiver), imprécise, en raison de l'absence de préavis, en ce que la durée de la suspension n'est pas connue du vendeur (...) et en ce qu'elle n'est pas proportionnelle au manquement* »

## 2.2. ACTUALITÉ JURISPRUDENTIELLE. DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF

Ⓜ Comment apprécie-t-on le déséquilibre ?

Ⓜ Indifférence de la mise en œuvre de la clause

Ⓜ Appréciation concrète et globale:

Ⓜ Concrète: le demandeur doit prouver (le cas échéant par témoignages... anonymes!)

Ⓜ Globale: le défendeur peut justifier d'une contrepartie logée ailleurs dans le contrat (mais attention à la « *symétrie purement optique et formelle* »), ou apporter une justification (mais ne constitue pas une justification le fait de « *retrocéder aux consommateurs une partie des avantages obtenus* »)

**MERCI POUR VOTRE ATTENTION**

**Frédéric Buy**  
**Agrégé des Facultés de Droit**  
**Professeur à l'université d'Aix-Marseille**

