



P E R S P E C T I V E S C O N T E N T I E U S E S I N T E R N A T I O N A L E S

VOLUME 2

MARS 2025

DOSSIER

Le contentieux européen des pratiques commerciales déloyales au prisme des pratiques des centrales d'achat, sous la direction de F. Jault-Seseke et H. Hajd-Aïssa, avec les contributions de C. Estevan de Quesada, L. Jacquier, V. Pironon et C. Nourissat.

VARIA

Gestation pour autrui à l'étranger : les clés de son efficacité en France, par E. Gallant — Les significations internationales : ancillaires mais indispensables, par C. Roth

FOCUS

Déconsolidation démocratique et cours régionales des droits de l'homme, par S. Laval — La transaction pénale, outil de lutte contre les crimes internationaux des entreprises? par S. Clavel — Cours commerciales internationales en Allemagne : un coup d'épée dans l'eau? par F. Jault-Seseke

COMITÉ ÉDITORIAL

Sandrine Clavel,
Professeure de droit privé, Université Paris-Saclay, UVSQ

Patrick Jacob,
Professeur de droit public, Université Paris-Saclay, UVSQ

Fabienne Jault-Seseke,
Professeure de droit privé, Université Paris-Saclay, UVSQ

COMITÉ SCIENTIFIQUE
ET DE LECTURE

Walid Ben Hamida,
Professeur à l'université de Lille

Philippine Blajan,
Professeure de droit privé, Université Paris-Saclay, UVSQ

Sandrine Clavel,
Professeure de droit privé, Université Paris-Saclay, UVSQ

Thomas Clay,
Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne, Université Paris I,
Panthéon-Sorbonne

Géraldine Giraudeau,
Professeur de droit public, Université Paris-Saclay, UVSQ

Patrick Jacob,
Professeur de droit public, Université Paris-Saclay, UVSQ

Fabienne Jault-Seseke,
Professeure de droit privé, Université Paris-Saclay, UVSQ

Jérémy Jourdan-Marques,
Professeur à l'université Lumière Lyon 2

Fabrice Fages,
Avocat aux barreaux de Paris et Bruxelles, Associé,
Latham & Watkins

Maximin de Fontmichel,
Professeur de droit privé, Université Paris-Saclay, UVSQ

Erwan Poisson,
Avocat au barreau de Paris & Solicitor of England and Wales,
Associé, Allen & Overy, Paris

Comité éditorial
Sandrine Clavel,
Patrick Jacob
et Fabienne Jault-Seseke

« L'exigence par un Etat d'une souveraineté illimitée dans ses rapports avec l'étranger aboutirait à la négation du droit international et réduirait celui-ci à un système de moralité internationale. En fait, dans la pratique, les Etats sont unanimes à affirmer l'existence, dans les relations entre Etats souverains, de règles légales distinctes des droits et des obligations morales et s'ajoutant à celles-ci. » (Georg Schwarzenberger, *La souveraineté nationale. Idéologie et réalité*. In: *Politique étrangère*, n°2, 1949, 14^e année. pp. 127-138.)

Que se passerait-il si un Etat rompait cette unanimité ? Il semblerait que ce soit ce que nous nous apprêtons, douloureusement, à expérimenter. En quelques semaines d'exercice du pouvoir, le 47^e Président des Etats-Unis a incontestablement déclaré la guerre au droit international : sans même évoquer les outrances des « projets » d'annexion du Canal de Panama, d'achat du Groenland, d'intégration du Canada au nombre des Etats fédérés américains, de déplacement des populations vivant à Gaza, Donald J. Trump a signé plusieurs décrets qui ne laissent aucun doute sur son mépris du droit international et de ses serviteurs : décision unilatérale de modifier le nom (d'une partie) du Golfe du Mexique ; augmentation brutale des droits de douane sur certains produits ; interdiction faite aux dirigeants, employés et agents de la Cour pénale internationale et à leurs proches d'entrer aux Etats-Unis et gel des avoirs qu'ils y détiennent ; retrait total des discussions relatives à l'Accord fiscal mondial de l'OCDE et ordre d'inventorier les pays dont les règles fiscales sont préjudiciables aux intérêts américains dans la perspective de possibles sanctions... A ces attaques violentes portées contre la société internationale, le pouvoir états-uniens ajoute une véritable entreprise de dérégulation interne, conçue au profit des grandes entreprises : suspension du *Foreign Corruption Practice Act* ; neutralisation du *Consumer Financial Protection Bureau* ; durcissement des règles de la *Securities and Exchange Commission* à l'égard des fonds d'investissement intégrant des considérations « ESG » ; suppression de l'unité du FBI en charge des ingérences étrangères... Quelques juges américains ont commencé l'œuvre de résistance. Qu'importe ! Monsieur Trump ne craint pas de s'attaquer à la justice – il a d'ores et déjà limogé les fonctionnaires ayant collaboré avec le procureur spécial en charge des procédures fédérales menées à son encontre –, ni à la science – son administration a reçu l'ordre d'effacer toutes les données scientifiques « subversives », à savoir celles informant sur le changement climatique, la santé, le genre, le féminisme...

Le droit international saura-t-il résister ? L'Union européenne parviendra-t-elle à surmonter la panique qui semble la saisir et l'inciter à s'aligner sur la dérégulation entamée outre-Atlantique, pour camper sur la défense de ses valeurs ? La forte mobilisation du contentieux – interne comme international, public comme privé – dans ce contexte inédit paraît en tout cas prévisible. Sera-t-il un outil à la hauteur des défis auxquels notre monde se trouve confronté ? Gardera-t-il tout son sens face à des puissances qui semblent prêtes

à violer les règles du jeu de façon totalement décomplexée? Ces questions auront incontestablement vocation à occuper notre Revue dans les années à venir.

On trouvera un avant-goût de ces préoccupations dans le *focus* rédigé par la professeure Sarah Laval, portant sur la conférence intitulée « Déconsolidation démocratique et cours régionales des droits de l'homme » donnée par la professeure Laurence Burgorgue-Larsen devant la Branche français de l'*International Law Association*. Les enjeux du contentieux de la régulation économique sont quant à eux au cœur du dossier thématique de cette livraison de la Revue : préparé sous la direction de Fabienne Jault-Seseke et d'Hakim Hadj-Aïssa, ce dossier intitulé « Le contentieux européen des pratiques commerciales déloyales au prisme des pratiques des centrales d'achat » illustre la capacité des entreprises à exploiter les différences de niveau dans les régulations nationales des pratiques commerciales déloyales, via des stratégies de contournement et d'optimisation juridique, et les réactions juridiques déployées face à ces comportements. Il propose de confronter *public enforcement* et *private enforcement* dans leurs fonctions de régulation des pratiques commerciales, et de questionner le choix fait par certains Etats de doter les autorités de régulation d'une fonction répressive, sans remettre en cause la compétence du juge judiciaire.

EDITORIAL	<i>L'avenir du contentieux international</i>	3
DOSSIER THEMATIQUE	<i>Le contentieux européen des pratiques commerciales déloyales au prisme des pratiques des centrales d'achat. Introduction par Fabienne Jault-Seseke</i>	6
	<i>Le droit français des pratiques commerciales déloyales inter-entreprises : état des lieux et analyse critique par Hakim Hajd-Aïssa</i>	12
	<i>Le droit espagnol des pratiques commerciales déloyales inter-entreprises applicable aux centrales d'achat par Carmen Estevan de Quesada</i>	25
	<i>L'action de l'administration : des voies procédurales diverses pour contrer les pratiques des centrales d'achat par Laurent Jacquier</i>	35
	<i>La délocalisation des centrales d'achat au prisme du droit international privé par Valérie Pironon</i>	45
	<i>Le contentieux européen des pratiques commerciales déloyales au prisme des pratiques des centrales d'achat. Propos conclusifs par Cyril Nourissat</i>	54
VARIA	<i>Gestation pour autrui à l'étranger : les clés de son efficacité en France par Estelle Gallant</i>	64
	<i>Les significations internationales : ancillaires mais indispensables par Cyril Roth</i>	77
FOCUS	<i>Déconsolidation démocratique et cours régionales des droits de l'homme par Sarah Laval</i>	91
	<i>La transaction pénale, outil de lutte contre les crimes internationaux des entreprises ? par Sandrine Clavel</i>	94
	<i>Cours commerciales internationales en Allemagne : un coup d'épée dans l'eau ? par Fabienne Jault-Seseke</i>	99

Fabienne Jault-Seseke

Professeure à l'Université Paris Saclay, UVSQ, DANTE, IUF

1. Le droit des pratiques commerciales déloyales inter-entreprises, appelé également, en droit français, droit des pratiques restrictives de concurrence, varie sensiblement d'un État membre à l'autre, ce qui génère au sein même de l'Union des stratégies pour permettre aux acteurs, et notamment aux centrales d'achat, de profiter d'un environnement normatif relativement peu contraignant. Ces stratégies ont nécessairement un volet contentieux, de telle sorte que les actes de la journée d'étude consacrée au « droit des pratiques commerciales déloyales interentreprises à l'épreuve du regroupement européen des centrales d'achat », qui s'est déroulée le 14 juin 2024 à l'Université de Versailles Saint-Quentin (Paris Saclay) à l'initiative d'Hakim Hadj-Aïssa, trouvent naturellement leur place dans le deuxième numéro de *Perspectives contentieuses internationales*. La journée d'étude avait permis également d'avoir le point de vue de plusieurs praticiens dont ce dossier ne peut matériellement pas rendre compte¹.
2. En matière de concurrence, le contentieux international concerne d'abord le droit des pratiques anticoncurrentielles. Ce droit, dont les règles sont en grande partie de source européenne, est en effet à l'origine de multiples stratégies contentieuses que la Cour de justice est amenée à appréhender les unes après les autres², en raison des tensions qu'elles suscitent au sein de l'espace judiciaire européen dans le cadre de la mise en œuvre de la directive 2014/104/UE³. Celle-ci a encouragé les stratégies qui étaient déjà présentes sur le marché⁴. On pourrait assister à une évolution similaire en matière de droit des pratiques commerciales déloyales, d'autant plus que ces règles n'ont été que très peu harmonisées au niveau européen.
3. Le présent dossier met l'accent sur la dimension contentieuse de cette problématique tout en précisant le cadre, à savoir les règles nationales que les stratégies contentieuses visent, selon les cas, à faire respecter ou bien à contourner. Il part de la prémisse que le droit des pratiques commerciales déloyales peut être perçu comme un laboratoire d'expérimentation des stratégies contentieuses dans la mesure où certains États, à l'instar de la France, ont choisi de confier une partie de sa mise en œuvre à une autorité publique tout en laissant aux acteurs privés le droit d'agir en justice pour la défense de leurs intérêts, amenant ainsi à confronter *public enforcement* et *private enforcement*. Il questionne aussi le choix de doter les autorités de régulation d'une fonction répressive sans remettre en cause la compétence du juge judiciaire. Cette problématique est prégnante dans des domaines de plus en plus nombreux. Il suffit de penser au chevauchement des compétences des autorités de protection des données et du juge judiciaire orchestré par le RGPD⁵, ou de façon prospective, à la mise en œuvre du devoir de vigilance telle qu'elle est prévue par la nouvelle directive et qui suscite déjà bien des interrogations⁶.

1 Les interventions peuvent être visionnées : <https://www.dante.uvsq.fr/le-droit-des-pratiques-commerciales-de-loyales-inter-entreprises-a-lepreuve-du-regroupement-europeen-des-centrales-dachat>

2 V. par expl. CJUE 29 juill. 2019, aff. C-451/18, *Tibor-Trans c/ DAF Trucks*, RTD eur. 2019. 907, obs. L. Idot. Pour une vue d'ensemble de la jurisprudence récente, v. L. Idot, Chronique Droit européen de la concurrence : pratiques anticoncurrentielles – « Le private enforcement : entre alignement et maintien des spécificités », RTD eur. 2024. 715.

3 Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne. Sur laquelle, v. R. Amaro (dir.), *Private Enforcement of Competition Law in Europe. Directive 2014/104/EU and beyond*, Bruylant, 2021 ; E. A. Raffaelli (dir.) *Antitrust between EC Law and National Law*, Bruylant, 2017.

4 J. Basedow, S. Franco, L. Idot (dir.), *International Antitrust Litigation: Conflicts of Laws and Coordination*, Hart Publishing, 2012 ; L. Idot, « La dimension internationale des actions en réparation. Choisir sa loi et son juge : quelles possibilités ? », *Concurrences* n° 3-2014, p. 43.

5 CJUE, 12 janv. 2023, n° C-132/21, *Budapesti Elektromos, Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság*, pt 41, D. 2023. 74 ; *Dalloz IP/IT* 2023. 72, obs. Ekaterina Berezkina ; *Légipresse* 2023. 161, étude L. Pailler

6 Directive (UE) 2024/1760 du 13 juin 2024 (dite CS3D pour *Corporate Sustainability Due Diligence Directive*). Sur laquelle, v. not. S. Clavel, « La directive « Devoir de Vigilance » (CS3D), entre ambition politique et réalisme économique », *Clunet* 2025, doct. 1. A l'heure où nous achevons cette introduction, le maintien de cette directive est discuté (V. la proposition de législation dite « Omnibus » présentée par la Commission le 26 février 2025, COM (2025) 81 final).

4. On relèvera que, hasard du calendrier, c'est également en juin 2024 qu'a été annoncée la création de la Chambre Arbitrale de la Grande Distribution (la « CAGD »), mettant en lumière la richesse des perspectives contentieuses dans ce domaine⁷. Cette chambre, qui a conclu un contrat de partenariat avec la Chambre Arbitrale Internationale de Paris (CAIP), fait valoir la célérité de la procédure arbitrale. Mais sa création repose aussi sur le constat qu'en droit de la distribution, les actions en justice sont le plus souvent introduites par le ministre de l'Économie : de crainte d'affecter leurs relations d'affaires, les acteurs économiques n'agissent pas de telle sorte que leurs intérêts propres ne sont mis en œuvre que de façon très indirecte⁸. Le recours aux modes alternatifs de règlement permettrait d'y remédier. Dès lors que la médiation reste rare⁹, il est tentant d'explorer la voie de l'arbitrage. L'avenir dira si les acteurs se l'approprient.
5. La dimension contentieuse ne peut se comprendre sans rappeler le cadre légal dessiné par la succession des différentes lois Egalim. Il fait l'objet de la première contribution de ce dossier, rédigée par Hakim Hadj-Aïssa¹⁰. Tout récemment, le rapport de la mission d'évaluation de la loi du 18 octobre 2021 dite Egalim 2 a critiqué le « *recours accru* » des distributeurs aux centrales d'achats situées à l'étranger¹¹. Les justifications données à cette délocalisation, à savoir la nécessité de mutualiser les achats à l'échelle européenne, n'ont pas convaincu la mission dans la mesure où la majorité des achats concernent des magasins situés en France. Il est dès lors difficile « de ne pas y voir une stratégie organisée de contournement du cadre législatif français ». Le rapport suggère un remède : modifier le régime de responsabilité des enseignes établies en France pour « pouvoir tenir solidairement responsable des manquements commis par une centrale d'achat européenne l'enseigne de distribution installée en France, qui commercialise les produits et qui adhère à cette centrale ». Une fois de plus, c'est la recherche de la responsabilité dans l'ensemble de la chaîne de valeurs qui apparaît être l'outil adéquat pour contrer les stratégies de *law shopping*.
6. Le contournement évoqué invite à mettre ce cadre législatif français en regard avec les dispositifs existant dans les pays voisins où les centrales d'achat se sont implantées. Ils se révèlent nettement moins contraignants, ainsi qu'a pu le démontrer Carmen Estevan de Quesada à propos du droit espagnol¹². Concernant le droit belge, Patrick Kileste, avocat au barreau de Bruxelles, nous a permis de comprendre l'attractivité du droit belge pour les centrales d'achat¹³. En effet, s'il existe en Belgique un cadre juridique général permettant de lutter contre les pratiques commerciales déloyales, renforcé d'ailleurs par la directive 2019/633, ce dernier est encore insuffisant pour régir efficacement les relations industrie-commerce. Il manque essentiellement, à ce dispositif, une réglementation stricte du processus de formalisation de la relation commerciale ainsi qu'une action publique renforcée afin de compenser l'inaction des

7 Notre collègue Muriel Chagny en est la vice-présidente.

8 « La Chambre Arbitrale de la Grande Distribution : « un autre regard professionnel et spécialisé » », avec H. Delannoy et D. Diot, *Revue Lamy de la concurrence*, N° 146, 1er février 2025

9 La médiation institutionnelle a un champ d'application doublement limité (elle fonctionnerait principalement pour les produits agricoles, et pour les désaccords sur les prix dans la phase de conclusion des contrats), *Ibid.*

10 H. Hadj-Aïssa, « [Le droit français des pratiques commerciales déloyales inter-entreprises : état des lieux et analyse critique de quelques pistes de réforme](#) ».

11 Rapport présenté le 11 février 2025.

12 V. C. Estevan de Quesada, « [Le droit espagnol des pratiques commerciales déloyales inter-entreprises applicable aux centrales d'achat](#) ».

13 La présentation de Maître Patrick Kileste est en ligne. V. note 1.

victimes. L'originalité du droit français qui ressort de cette comparaison tient principalement à la possibilité du ministre d'agir en justice. On y reviendra.

7. La diversité des contraintes nationales conjuguée à la liberté d'établissement dont bénéficient les opérateurs commerciaux dans l'Union européenne débouche inévitablement sur des problématiques de droit international privé, parfaitement présentées par Valérie Pironon¹⁴, et dont les logiques sont bousculées en cas d'intervention de l'autorité administrative¹⁵. L'affaire *Eurelec* en est un bel exemple. Elle est au cœur de ce dossier comme elle est au cœur de l'activité de la DGCCRF, ainsi que le mentionne Laurent Jacquier¹⁶. *Eurelec* a été pionnière en mettant en œuvre le regroupement des centrales d'achat à l'étranger et elle a inspiré et inspire encore la plupart des grands distributeurs¹⁷. Le législateur est intervenu avec la loi Egalim 3, dite Descrozaillie, mais il ne semble pas que l'outil proposé qui se présente un peu comme un couteau suisse dont l'une des lames est le caractère d'ordre public des dispositions du droit français et la compétence exclusive du juge français pas plus d'ailleurs que les sanctions d'ores et déjà prononcées¹⁸, aient un effet dissuasif. Le rapport d'information sur l'application de cette loi déposé à l'Assemblée nationale relève qu'elle n'a pas freiné l'implantation des centrales d'achat à l'étranger, qui au contraire ont vu leur volume d'affaires augmenter : 40 à 50 % des volumes vendus par la grande distribution en France seraient négociés par des centrales d'achat implantées à l'étranger¹⁹.

8. Revenons à l'affaire *Eurelec* qui illustre parfaitement les nœuds qu'il convient de défaire pour permettre d'assurer l'application des règles françaises. *Eurelec* est une société de droit belge, fondée en 2016 par l'Association des centres distributeurs Édouard Leclerc (ACDLEC) et le groupe allemand Rewe. Plusieurs sociétés gravitent autour d'*Eurelec*. Ainsi, Scabel, une société également de droit belge, fait le lien entre *Eurelec* et les centrales d'achat régionales françaises et portugaises de la société Leclerc. Le Groupement d'achat des centres Édouard Leclerc (GALEC), la centrale d'achat nationale du groupe Leclerc, négocie les contrats-cadres annuels avec les fournisseurs français, lesquels contrats-cadres sont mis en œuvre par les centrales d'achat régionales. Dès l'origine, le Ministre français de l'Économie et des Finances a soupçonné l'existence de pratiques restrictives de concurrence mises en œuvre en Belgique par *Eurelec* à l'égard de fournisseurs établis en France. Utilisant ses pouvoirs d'enquête, et suite à la saisie de documents dans les locaux du GALEC et de l'ACDLEC, il a établi qu'*Eurelec* contraindrait les fournisseurs à accepter des baisses de prix sans contrepartie, en violation du code de commerce, et leur imposerait le choix de la loi belge, ce qui créerait un déséquilibre significatif. Le ministre a alors assigné *Eurelec*, le GALEC et l'ACDLEC devant le tribunal de commerce de Paris (France) afin que celui-ci ordonne la cessation des pratiques restrictives de concurrence et prononce une amende civile. L'exception

14 V. Pironon, « [La délocalisation des centrales d'achat au prisme du droit international privé](#) »

15 V. aussi H. Meur, « Entre la lettre et l'esprit de la loi EGALIM 3, quel avenir pour le droit international privé du « petit » droit de la concurrence ? », *Clunet* n° 1, 2024, doct. 2.

16 L. Jacquier, « [L'action de l'administration : des voies procédurales diverses pour contrer les pratiques des centrales d'achat](#) »

17 V. encore l'annonce en septembre 2024 de la création d'une alliance baptisée Aura Retail entre les distributeurs alimentaires Intermarché, Auchan et Casino, alliance implantée à Bruxelles et qui s'affiliera à la centrale d'achat européenne Everest, elle-même installée aux Pays-Bas.

18 Sur lesquelles, L. Jacquier, préc.

19 [Rapport d'information n° 2340 sur l'application de la loi n° 2023-221 du 30 mars 2023 tendant à renforcer l'équilibre dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs](#)

d'incompétence des juridictions françaises soulevée par les sociétés belges a été rejetée par le tribunal mais suite au contredit, la Cour d'appel de Paris a interrogé la Cour de justice de l'Union européenne sur l'applicabilité du règlement Bruxelles I bis. La CJUE a jugé que l'action du Ministre étant fondée sur l'exercice de pouvoirs d'enquête ou de pouvoirs d'agir en justice exorbitants du droit commun, elle ne relevait pas de la matière civile et commerciale, disqualifiant le règlement Bruxelles I bis²⁰. La Cour d'appel en a pris acte²¹ mais a admis la compétence des juridictions françaises sur le fondement du droit commun (article 42, CPC) auquel renvoie une convention franco-belge ressuscitée pour l'occasion²². Cette décision révèle la fragmentation persistante du droit international privé et l'existence de failles dans la conception d'un espace judiciaire européen intégré. De façon paradoxale, l'action qui n'est pas de nature civile au sens du droit international privé européen l'est au sens du droit international privé français²³. N'aurait-il pas été plus cohérent de qualifier l'action du ministre d'action administrative, comme a pu le suggérer Martine Behar-Touchais ?²⁴

9. De l'affaire *Eurelec*, il ressort pour l'instant que, à la demande du Ministre, le juge français peut prononcer une amende civile prévue par la loi française pour un comportement localisé en France. La solution est finalement assez simple, à se demander pourquoi il a fallu cinq ans pour y parvenir et pourquoi elle est encore discutée (un pourvoi en cassation a été formé à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel). En réalité, derrière les questions de compétence juridictionnelle percent des enjeux en termes de loi applicable. Ce que les acteurs cherchent à éviter, ce n'est pas tant la compétence du juge français que la mise en œuvre du dispositif de droit français dans son ensemble. On se souvient que dans une affaire *Expedia*, dans le cadre d'une action exercée par le Ministre de l'Économie en annulation de clauses déséquilibrées, la Cour de cassation avait qualifié de loi de police, en application de l'article 9 du règlement Rome 1 et de l'article 16 du règlement Rome 2, l'article L. 442-6, I du code de commerce (devenu depuis l'article L. 442-1, 1, 1°) assurant ainsi l'application de la loi française quand bien même les contrats conclus comporteraient une clause de choix d'une loi étrangère²⁵. A la suite de la position prise par la CJUE dans l'affaire *Eurelec*, ce recours à la méthode des lois de police peut paraître superflu. Si l'action du Ministre est de nature administrative, les dispositions qui la sous-tendent sont des dispositions de droit public et les règlements relatifs aux conflits de lois en matière civile et commerciale n'ont pas à s'appliquer²⁶. Sur ce terrain aussi, la perspective de droit administratif permet de retenir un raisonnement simple comparé aux raisonnements de droit international privé, que complique encore la prise en compte des libertés de circulation du droit européen. En effet, la reconnaissance du caractère de loi de police d'une disposition du droit français ne permet plus de faire l'économie de la règle de conflit de lois : l'application d'une loi de police ne doit pas aller « au-delà de ce qui est nécessaire pour réaliser l'objectif poursuivi » et il y a lieu

20 CJUE, 22 déc. 2022, no C-98/22, *Eurelec Trading*, JCP G 2023, 143, note C. Nourissat, JCP E 2023, 1041, note M. Behar-Touchais, *Europe* 2023, no 2, comm. 90, obs. L. Idot, *Contrats, conc. consom.* 2023, comm. 43, obs. N. Mathey, *Rev. Crit. DIP* 2023-4 p.794 note E. Farnoux, *JDI* 2024-1, note M. Chagny et V. Pironon, p.185, *Rev. crit. DIP* 2023, 794, note E. Farnoux.

21 CA Paris, 21 févr. 2024, Paris 21/09001.

22 Convention du 8 juillet 1899 sur la compétence judiciaire et sur l'autorité et l'exécution des décisions judiciaires.

23 Raisonnement déjà en germe dans l'affaire *Booking*, CA Paris, 15 sept. 2015, n° 15/07435.

24 M. Behar-Touchais, « Et si l'action du ministre fondée sur l'article L. 442-6, III, du Code de commerce n'était ni contractuelle, ni délictuelle au sens des règlements Bruxelles I, Rome I et Rome II ? », *RDC* 2015, n° 112s4, p. 889. Du même auteur, « Impérativité internationale et droit des pratiques restrictives de concurrence », in S. Lemaire et L. Perreau-Saussine (dir.), *L'impérativité en droit international des affaires : questions d'actualité*, Soc. légis. comp., 2020, p. 97 s.

25 Com. 8 juill. 2020, n° 17-31.536, *Rev. crit. DIP* 2020, 839, note D. Bureau ; *RTD civ.* 2020, 840, obs. L. Usunier ; *JCP* 2020, 1000, obs. C. Nourissat ; *JCP E* 2020, 1375, note M. Behar-Touchais.

26 V. entre autres, E. Farnoux, note sous l'arrêt *Eurelec* et les références citées.

de vérifier si une protection équivalente d'intérêt général n'est pas déjà assurée par la loi désignée par la règle de conflit²⁷. Pour le dire autrement, là où en droit administratif (mais aussi en droit répressif), la compétence du juge français emporte l'application des règles françaises²⁸, il faut dans un contentieux de nature civile ou commerciale, après avoir convaincu le juge français de s'être reconnu compétent, rechercher la loi désignée par la règle de conflit de lois et les dispositions impératives du droit français ne pourront être appliquées que si cette loi, par hypothèse étrangère, ne comporte pas des dispositions permettant d'atteindre l'objectif que s'est donné le législateur français. On imagine aisément la technicité des discussions à venir.

10. La disqualification du règlement Bruxelles I bis ne porte pas atteinte, on l'a vu, à l'effectivité de l'action du Ministre en matière de compétence juridictionnelle. Elle pourrait se révéler plus gênante quant à la circulation de la décision de condamnation à laquelle cette action entend conduire. Le propre du règlement Bruxelles I bis est en effet de permettre la libre circulation des décisions de justice dans l'ensemble de l'Union européenne. A défaut, la décision ne bénéficie d'aucun mécanisme de reconnaissance et d'exécution harmonisé et les États membres sont libres d'en fixer les règles. Le risque est alors grand que la décision obtenue suite à l'action du Ministre ne puisse circuler hors de France. Cette difficulté n'en est pas vraiment une, puisque par hypothèse l'affaire présente des liens forts avec la France et que les défendeurs à l'action sont d'une façon ou d'une autre présents sur le territoire français, de telle sorte que la décision pourra être exécutée en France. Ce constat est renforcé par la notion large de l'entreprise retenue en droit du marché, à laquelle la Cour de justice vient de donner un nouvel élan²⁹, et qui permet d'une certaine façon de faire fi de l'autonomie des personnes morales.
11. On ajoutera encore que l'action du ministre est la seule à même de faire respecter l'impérativité du droit français. Elle est imperméable aux clauses compromissaires ou aux clauses d'élection de for en faveur d'un juge étranger, que la partie économiquement la plus forte aura pris le soin d'insérer dans le contrat³⁰. Elle est même imperméable aux transactions auxquelles les partenaires commerciaux seraient parvenus³¹. Par comparaison, les initiatives contentieuses privées se heurteront aux clauses de règlement des litiges, la dimension d'ordre public international des règles françaises ou leur élévation au rang de loi de police étant impuissante à priver d'effet le jeu des clauses attributives de juridiction ou des clauses compromissaires. La solution bien connue de la jurisprudence *Monster Cable* est répétée avec constance en matière de pratiques commerciales déloyales³². Elle interdit de consacrer un quelconque *forum legis*³³ en dépit des velléités du législateur. Déjà l'arrêt *Corman-Collins* avait sonné le glas de la compétence exclusive du juge commercial belge prévue par l'article 4 de la loi belge du 27 juillet 1961 pour connaître des contrats de concession, lorsque le concessionnaire est établi en Belgique où la concession de vente produit tout ou partie de ses

27 [CJUE, 5 sept. 2024, C-86/23](#).

28 Le juge administratif est néanmoins tenté lui aussi de justifier l'application des règles françaises en utilisant la méthode des lois de police. V. dans le contentieux Eurelec, les décisions du tribunal administratif et de la Cour d'appel de Paris mentionnées *infra* par L. Jacquier.

29 CJUE, 13 févr. 2025, C-383/23, pour la notion d'entreprise retenue par le RGPD.

30 Civ. 1re, 6 juill. 2016, n° 15-21.811.

31 Com. 28 févr. 2024, n° 22-10.314, JCP G, n° 17, 29 avril 2024, act. 525, obs. C. Nourissat.

32 Com., 24 nov. 2015, n° 14-14.924, JDI 2016, comm. 3, p. 15, L. Usunier.

33 Pour une vue d'ensemble, v. P. de Varelles-Sommières et S. Laval, *Droit international privé*, Dalloz, coll. « Précis », 2024, n° 444 et s.

effets³⁴. En 2023, le législateur français a certes prévu la compétence exclusive des tribunaux français pour faire application du droit français des pratiques commerciales déloyales, mais il a dû réserver le droit de l'Union européenne, les traités internationaux et l'arbitrage³⁵. Le vent de libéralisme qui souffle actuellement à la CJUE sur les clauses attributives de juridiction permet difficilement d'imaginer que la lutte contre les pratiques commerciales déloyales puisse venir en limiter le rayonnement : après avoir indiqué que la loi espagnole qui limite l'opposabilité de la clause figurant dans un connaissance s'analyse en un contournement de l'article 25 du règlement Bruxelles 1 bis³⁶, la CJUE vient de valider la clause asymétrique en affirmant que « son caractère déséquilibré ne la rend pas illicite, si les parties ont librement consenti à celle-ci »³⁷. Les outils actuels de l'espace judiciaire européen ne sont pas conçus pour lutter contre les déséquilibres économiques, autres que ceux clairement identifiés en droit des assurances, en droit de la consommation ou encore en droit du travail.

12. Ce constat du désintérêt des règles de droit international privé européen pour la loyauté des transactions commerciales ne peut qu'inviter à souhaiter une plus grande harmonisation européenne du droit des pratiques commerciales déloyales qui est encore balbutiante. Les propos conclusifs de Cyril Nourissat ouvrent à cet égard un certain nombre de pistes³⁸.

34 CJUE, 19 déc. 2013, *Corman-Collins SA c. La Maison du Whisky SA*, C-9/12.

35 Article L.444-1 A du Code de commerce, issu de la loi Descrozaillie, entré en application le 1er avril 2023.

36 CJUE, 25 avr. 2024, aff. jointes C-345/22 à C-347/22, *Maersk A/S c/ Allianz Seguros y Reaseguros SA et Mapfre España Compañía de Seguros y Reaseguros SA c/ MACS Maritime Carrier Shipping GmbH & Co*, Rev. Crit. DIP 2024, 542, note D. Sindres ; DMF 2024, n° 872, obs. O. Cachard.

37 CJUE, 27 févr. 2025, aff. C-537/23, sp. pt. 64.

38 C. Nourissat, « [Le contentieux européen des pratiques commerciales déloyales au prisme des pratiques des centrales d'achat. Propos conclusifs](#) »

Hakim Hadj-Aïssa

Maître de conférences, Université Paris-Saclay, UVSQ, DANTE

Le présent article a pour objet de présenter le droit français des pratiques commerciales déloyales inter-entreprises, à l'aune de la création des supercentrales d'achat européennes, et de discuter certaines pistes de réformes tant nationales qu'européennes qui ont pu être proposées ces derniers mois, dans le cadre de la future loi Egalim 4 et d'un éventuel Egalim européen.

Mots-clefs

Droit français des pratiques commerciales déloyales inter-entreprises
Pratiques restrictives de concurrence Egalim Centrales d'achat Prix planchers
Date butoir Approche tripartite

The purpose of this article is to present French unfair trade practices law in b2b relationships in the light of the creation of European super purchasing bodies and to discuss certain avenues for both national and European reform that have been proposed in recent months in the context of the future Egalim 4 law and a possible European Egalim.

Introduction

1. Le droit français des pratiques commerciales déloyales inter-entreprises – appelé encore droit des pratiques restrictives de concurrence, a fait – et fait encore – l'objet de réformes continuelles depuis la loi Galland du 1^{er} juillet 1996 jusqu'aux dernières lois Egalim. *De lege lata*, il convient d'envisager les traits saillants qui caractérisent le système actuel de lutte contre les pratiques commerciales déloyales (I) avant de dresser un bilan des négociations 2024 qui permettra de mettre en exergue le niveau d'effectivité des dispositions françaises et les pratiques susceptibles d'être condamnées (II). *De lege ferenda*, il conviendra d'apporter une analyse critique de certaines pistes de réforme envisagées (III).

I. État des lieux de la législation

2. Le regroupement européen des centrales d'achat affecte très directement l'applicabilité du droit français des pratiques commerciales déloyales inter-entreprises qui, en matière de relations industrie-commerce, est très élaboré. Le régime des relations industrie-commerce est contenu dans le fameux titre IV du livre IV du Code de commerce. Mais, en ce que le segment amont doit être pris en compte dans les discussions en aval, certaines dispositions du Code rural et de la pêche maritime trouvent également à s'appliquer.

3. La lutte commence en amont, dans l'encadrement de la négociation commerciale précontractuelle, avant de sanctionner l'abus au sens strict dans le cadre de la relation commerciale. Il y a donc, d'une part, un droit de la négociation commerciale (A) et, d'autre part, un droit des pratiques commerciales déloyales inter-entreprises qui lui emboîte le pas (B).

A. Le droit de la négociation commerciale

4. Le droit de la négociation commerciale est un sujet technique. Dans le cadre d'un article synthétique, il s'agit simplement d'évoquer les points saillants de cette réglementation. Elle passe par plusieurs règles destinées, d'une part, à instaurer plus de transparence lors de la négociation précontractuelle, notamment en matière de construction du prix (les textes parlent d'ailleurs de droit de la transparence) et, d'autre part, à compenser le déséquilibre économique qui préexiste à la négociation. Ce sont les deux objectifs que poursuit le droit de la négociation commerciale.
5. Pour répondre à l'objectif de transparence, la relation commerciale doit obligatoirement être formalisée par écrit et contenir un certain nombre de clauses liées notamment au prix et aux avantages tarifaires consentis, en plus de spécifier certaines conditions commerciales¹. L'écrit et les exigences sont plus ou moins élaborés selon le type de relations : il va du régime sévère pour les contrats portant sur les produits agricoles et alimentaires, au régime plus souple pour les contrats conclus avec les grossistes. Cette transparence est pensée de manière à faciliter le travail des enquêteurs en cas de poursuite dans le but de mieux détecter d'éventuels abus et de les qualifier plus facilement sur le terrain du droit des pratiques commerciales déloyales par la suite.
6. Pour l'objectif de rééquilibrage, le droit de la négociation commerciale comporte des règles et principes qui consistent à donner davantage de pouvoir au maillon intermédiaire de la chaîne d'approvisionnement. Plusieurs règles témoignent de cette préoccupation centrale du législateur.

Premièrement, les conditions générales de vente (CGV) constituent le socle de la négociation commerciale². Il faut donc débiter les discussions à partir des CGV. Cela ne veut pas dire que les CGV priment hiérarchiquement les conditions générales d'achat (CGA) mais que, temporellement, ce sont elles qui constituent la base des discussions, permettant ainsi de mieux détecter l'abus en cas, par exemple, de rejet total des CGV, et de poursuivre le contrevenant sur le fondement du droit des pratiques commerciales déloyales.

Deuxièmement, les industries agro-alimentaires bénéficient d'une règle destinée à protéger une partie de leur marge commerciale pour les produits alimentaires qui comportent plus de 50% de matière première agricole (MPA) : la négociation ne peut pas

¹ Art. L. 441-3 à L. 441-7 C. com.

² Art. L. 441-1, III C. com.

porter sur la part que représente cette MPA. De plus, l'industriel peut choisir une option consistant à cacher la composition du produit en cas d'évolution tarifaire ainsi que l'impact de la MPA dans cette évolution, à condition de payer un tiers indépendant (commissaire aux comptes) attestant non seulement de l'exactitude des données indiquées par l'industriel mais aussi que la négociation n'a pas porté sur la part que représente la MPA dans cette évolution du prix³. L'objectif également poursuivi est qu'en préservant la MPA, l'industriel n'ira pas répercuter la baisse subie sur le prix de vente du producteur.

Troisièmement, les partenaires ont l'obligation d'inclure une clause de révision automatique des prix en fonction de la variation de la MPA⁴ ainsi qu'une clause de renégociation si le prix fluctue trop à la hausse ou à la baisse⁵ : la règle est censée bénéficier aux deux parties, tout en préservant les intérêts du producteur. Le contrat doit d'ailleurs, sur ce point, faire notamment référence aux indicateurs issus du premier contrat (producteur-acheteur) s'il est conclu.

Quatrièmement, est prévue une date butoir qui instaure un terme à compter duquel la relation commerciale doit être formalisée par écrit. Elle permet de faire en sorte que les négociations ne s'éternisent pas et que les nouvelles conditions tarifaires soient répercutées tous les ans (sauf exception quand la loi permet l'élaboration d'une convention pluriannuelle mais, là encore, les clauses de révision et de renégociation auront vocation à s'appliquer). Il faut également noter sur ce point que la loi d'urgence du 17 novembre 2023 a exceptionnellement avancé la date butoir pour que les parties répercutent plus rapidement les baisses supposément constatées sur le prix des produits agricoles et alimentaires⁶.

Cinquièmement, pour favoriser le rapport de force en faveur des industriels, la loi Egalim 3, au moyen d'une disposition expérimentale applicable pour trois ans⁷, leur accorde deux options si le contrat n'est pas conclu avant la date butoir : soit la possibilité de mettre immédiatement fin à la relation, sans que l'acheteur ne puisse engager leur responsabilité pour avoir rompu brutalement la relation sans délai de préavis suffisant, soit, au contraire, de rompre en demandant au distributeur le respect d'un tel délai de préavis.

Sixièmement, les parties doivent convenir d'une convention logistique⁸. Elle est destinée à mieux encadrer les pénalités au titre du retard dans l'exécution des prestations (livraisons) afin qu'elles ne soient pas appliquées d'office par l'une des parties, plus particulièrement du côté des distributeurs chez lesquels des abus ont été repérés en la matière. À côté de la convention annuelle, les partenaires doivent donc conclure une convention accessoire sur ces pénalités dont le contenu doit respecter les exigences prévues par les textes.

Septièmement, il existe un encadrement des délais de paiement⁹, qui demeurent un crédit inter-entreprises et une facilité de trésorerie consentie par les fournisseurs à leurs acheteurs pouvant, en cas de retard dans le recouvrement de la dette, obérer significativement leur trésorerie.

3 Art. L. 441-1-1, I, 3° C. com.

4 Art. L. 441-8 C. com.

5 Art. L. 443-8 C. com.

6 Loi n° 2023-1041 du 17 novembre 2023 portant mesures d'urgence pour lutter contre l'inflation concernant les produits de grande consommation.

7 Loi n° 2023-221 du 30 mars 2023 tendant à renforcer l'équilibre dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs.

8 Art. L. 441-17 à L. 441-19 C. com.

9 Art. L. 441-10 C. com.

B. Le droit des pratiques commerciales déloyales

7. À côté de ce droit de la négociation commerciale, il existe *stricto sensu* un droit des pratiques commerciales déloyales inter-entreprises – appelé encore droit des pratiques restrictives de concurrence – qui lui emboîte le pas. Là encore, il ne sera pas possible de d'entrer dans les détails techniques et dans l'analyse approfondie du contentieux. Il s'agira davantage d'évoquer les dispositions en question. Plus précisément, en plus d'un droit commun des pratiques commerciales déloyales (1), il existe un droit spécial applicable à certains marchés structurellement déséquilibrés tels que le secteur agricole (2).

1. Le droit commun des pratiques commerciales déloyales inter-entreprises

8. Parmi les principales règles du droit commun des pratiques commerciales déloyales se trouve une disposition qui sanctionne le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage sans contrepartie (ou manifestement disproportionné par rapport à la valeur de la prestation)¹⁰. Cette disposition a initialement été introduite pour lutter contre la pratique dite des « marges arrière » par laquelle certains distributeurs facturaient parfois de faux contrats de coopération commerciale afin de reconstituer une partie de leur marge en cours d'exécution du contrat (donc à l'arrière) alors que de tels avantages auraient dû être obtenus lors de la négociation commerciale (à l'avant). Il s'agit, en réalité, de la version commercialiste des articles 1163 et 1169 du Code civil, qui imposent un objet déterminé et une contrepartie réelle aux engagements des contractants¹¹. Il existe également une règle qui vient sanctionner le déséquilibre significatif¹². Cette disposition est inspirée du droit de la consommation et a été introduite dans le Code de commerce par la loi LME du 4 août 2008. Elle remplace la notion d'abus de dépendance économique qui avait été jugée inefficace. Le déséquilibre significatif permet au juge d'opérer un contrôle plus qualitatif de l'équilibre contractuel. Pour que la notion soit applicable, il faut que préexiste entre les parties un rapport économique inégal, que la clause ne soit pas négociable, et que de cette non-négociabilité (le texte utilise le terme fort de soumission), découle un écart excessif entre les droits et obligations des parties qui est apprécié *in concreto* au moyen d'un faisceau d'indices¹³. A aussi été réintroduite une disposition sanctionnant l'interdiction des discriminations¹⁴. Elle prohibe les différenciations entre concurrents d'un même partenaire non justifiées par des contreparties réelles, rendues possibles par l'existence d'une asymétrie économique. Elle a initialement été prévue pour les produits agricoles et alimentaires. Mais les industriels se sont ensuite plaints que les négociations sont devenues plus difficiles concernant les autres produits, notamment d'hygiène, ce qui a conduit le législateur à étendre l'interdiction à l'intégralité des produits de grande consommation. Cette règle avait été, pour la première fois, introduite par la loi Galland de 1996 avant d'être abrogée, mais il ne faudrait

10 Art. L. 442-1, I, 1° C. com.

11 Sur cette disposition, v. H. Hadj-Aïssa, « L'avantage sans contrepartie – Article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce », *J-cl. Contrats-Distribution*, fasc. 270, 2022.

12 Art. L. 442-1, I, 2° C. com.

13 Sur cette disposition, v. H. Hadj-Aïssa, « Le déséquilibre significatif dans les relations commerciales – Analyse critique du contentieux », *Bruylant*, coll. *Competition Law*, 2022; S. Chaudouet, *Le déséquilibre significatif*, LGDJ, coll. *Bibl. dr. privé*, 2021.

14 Art. L. 442-1, I, 4° C. com.

pas interpréter la nouvelle version à l'aune de l'ancienne mouture¹⁵. Il existe aussi, depuis longtemps, une règle sanctionnant la rupture brutale d'une relation commerciale établie¹⁶. Il s'agit d'une illustration du principe du respect des attentes légitimes : quand il existe un flux d'affaires régulier entre les parties, l'une d'entre elle ne peut subitement mettre fin à la relation au détriment des intérêts économiques les plus élémentaires de l'autre partie. Il lui faut respecter un délai de préavis en fonction de l'ancienneté des relations. C'est bien la brutalité qui est sanctionnée et non la rupture en tant que telle¹⁷. Enfin, a été adoptée une règle prohibant la pratique des prix abusivement bas¹⁸. Le texte concerne l'achat de produits agricoles et alimentaires. En substance, il n'est pas permis d'obtenir de son vendeur un prix de cession qui se situerait en-deçà de certains indicateurs de coûts¹⁹. Cette disposition n'a été activée que très récemment dans un litige qui a opposé un producteur viticole à deux de ses acheteurs²⁰. Mais avec le développement et la montée en compétence des organisations de producteurs, il n'est pas impossible de voir émerger dans les années à venir un contentieux plus fourni sur l'application de cette disposition.

9. Dans le sillage de ce droit commun se trouve également une liste de pratiques interdites (qu'il est permis de traduire comme une liste de clauses noires), nettement raccourcie depuis une ordonnance du 24 avril 2019²¹. Sont ainsi sanctionnées la clause du client le plus favorisé, la clause d'interdiction des cessions de créance et la pratique consistant à obtenir des remises rétroactives.

2. Le droit spécial des pratiques commerciales déloyales

10. Il existe désormais un droit spécial des pratiques commerciales déloyales, créé sous l'impulsion de la directive de 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, et qui a par la suite été alimenté par les lois Egalim²². En substance, ce droit spécial encadre les avantages tarifaires dans le secteur agricole tels que les promotions publicitaires, les réductions de prix (remises, rabais et ristournes), la pratique du prix après-vente, et les services de coopération commerciale en plus de certaines conditions commerciales (secret des affaires et annulation de commande sans délai de préavis suffisant)²³.

II. Bilan des négociations

11. **Un choix distributif des dispositions françaises applicables au contrat.** Il ressort des négociations qui se sont déroulées en 2024 que les distributeurs, alors même que le contrat désignait la loi du pays dans lequel la centrale européenne se trouvait, choisissaient au gré de leurs intérêts les dispositions du droit français qu'ils estimaient être applicables dans leurs relations avec certains fournisseurs. Ainsi, par exemple, des centrales acceptaient d'appliquer les règles relatives à l'encadrement promotionnel des produits alimentaires, tandis qu'elles pouvaient refuser parfois d'appliquer les textes

15 Sur cette disposition, v. H. Hadj-Aïssa, « La condamnation de l'abus dans les relations commerciales agricoles » dans *Le juste prix des produits agricoles : mythe ou réalité ?*, PU Toulouse, à paraître ; H. Hadj-Aïssa, « L'avantage sans contrepartie – Article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce », *J-cl. Contrats-Distribution*, fasc. 270, 2022.

16 Art. L. 442-1, II, C. com.

17 Sur cette disposition, v. M. Le Bescond de Coatpont, « Rupture brutale des relations commerciales établies », *J-cl. Contrats-Distribution*, fasc. 262.

18 Art. L. 442-7 C. com.

19 Sur cette disposition v. H. Hadj-Aïssa, « La condamnation de l'abus dans les relations commerciales agricoles », *op. cit.*

20 T. com. Bordeaux, 22 février 2024 : L. Bettoni, « Insuffisance du revenu agricole : plaidoyer pour une activation de l'article L. 442-7 du code de commerce », *D.* 2024/11, p. 553.

21 Art. L. 442-3 C. com.

22 Art. L. 443-1 à L. 443-8 C. com.

23 Sur ces dispositions, v. H. Hadj-Aïssa, « La condamnation de l'abus dans les relations commerciales agricoles », *op. cit.*

relatifs à la non-négociabilité du coût de la matière première agricole. Ce choix semble opéré selon l'intérêt visé par la règle : l'encadrement des promotions profite aux consommateurs alors que la sanctuarisation du coût de la matière première agricole profite à l'industriel, raison pour laquelle le distributeur est enclin à appliquer la première des deux règles alors qu'il serait réticent à appliquer la seconde. De manière plus prosaïque, il apparaît aussi que ce choix pouvait être réalisé selon que la règle leur est défavorable ou non.

12. **Le ressenti d'un contournement du droit français.** Les industriels ressentent cette délocalisation des négociations commerciales comme une volonté des distributeurs d'échapper au droit français des relations commerciales. Ce ressenti est d'abord d'ordre opérationnel. En effet, ils négocient parfois avec les mêmes interlocuteurs des centrales d'achat nationales. La langue anglaise semble également utilisée de manière artificielle, pour justifier le caractère international des négociations, comme en témoigneraient certaines discussions qui se tiennent en langue étrangère alors que tous les participants sont français. Le même constat peut être réalisé lorsqu'un interlocuteur de la centrale demanderait au fournisseur un modèle en langue française au regard de ses difficultés à lire la version anglaise. Il y a également le fait que certains distributeurs s'engagent oralement à respecter le droit français mais sans jamais le confirmer par écrit. Mais ce ressenti est ensuite d'ordre contractuel puisqu'il s'avérerait que la convention finalement conclue ferait fi d'un certain nombre de dispositions du droit français.
13. **La résurgence de potentielles pratiques commerciales déloyales.** Qu'il y ait volonté avérée ou non de contourner le droit français des relations commerciales, le regroupement européen des centrales a clairement pour objectif économique de massifier les commandes et de tenter d'obtenir de plus importantes diminutions de prix afin d'être plus compétitifs que les concurrents. Ces regroupements, qui permettent d'abonder plusieurs territoires européens, peuvent toutefois conduire les centrales à exiger des fournisseurs un alignement des prix sur la base du tarif le plus bas proposé par le fournisseur, alors que les configurations entre les marchés nationaux diffèrent quant à la composition du produit, son coût et selon le pouvoir d'achat des consommateurs de ces différents pays. Cet alignement risque ainsi de tomber sous le coup du déséquilibre significatif s'il n'est pas accompagné d'une réciprocité dans les contreparties²⁴. Tel pourrait également être le cas des pénalités logistiques imposées au fournisseur en cas de livraison tardive alors que le distributeur ne transmettrait pas, préalablement, un prévisionnel de commande, au motif qu'il serait dans l'incapacité de fournir un tel document. Ces pénalités, qui imposent une rigueur excessive au fournisseur tout en admettant un motif « légitime » au profit du distributeur est susceptible d'être source de déséquilibre significatif²⁵, en plus d'être une pratique sanctionnée *per se* au titre de l'article L. 442-1, 3° du Code de commerce. Il faudrait, bien évidemment, que la condition de sou-

24 V. déjà pour les clauses de parité tarifaire dans le secteur hôtelier : CA Paris, pôle 5, ch. 4, 21 juin 2017, RG n° 15/18784.

25 CEPC (recomm.), 17 janv. 2019 (recomm. n° 19-01). V. aussi la condamnation des clauses imposant un taux de service très élevé : CA Paris, pôle 5, ch. 4, 19 avril 2017, RG n° 15/24221.

mission soit remplie, ce qui semble être le cas puisque, d'une part, le distributeur réussirait à évincer les dispositions protectrices des intérêts du fournisseur et que, d'autre part, il écarterait *in fine* les conditions générales de vente au profit des seules conditions générales d'achat qui, au demeurant, ne seraient pas susceptibles d'être modifiées compte tenu de l'encre utilisée. L'absence de conclusion du contrat à la date butoir, qui est un fait avéré dans les négociations menées par certaines centrales, risque également de tomber sous le coup de l'article L. 442-1, I, 5° si la négociation n'a pas été menée de bonne foi. Or, affirmer dès le premier tour des négociations que le droit français ne s'applique pas, n'est à l'évidence pas conforme au principe de bonne foi alors que l'article L. 444-1 A du Code de commerce énonce que les dispositions relatives au titre IV du livre IV sont d'ordre public. Certains fournisseurs se plaignent également du fait, qu'en dépit de contracter avec une centrale européenne, il n'en découle aucun surplus en termes de volume de vente et de chiffre d'affaires : le flux d'affaires serait identique à celui qui était obtenu dans le cadre de leurs relations avec les centrales nationales. Or, négocier avec une centrale d'achat européenne devrait logiquement être accompagné de nouveaux débouchés économiques au profit des fournisseurs, ce qui ne semble pas toujours être le cas. Ainsi, il serait possible, pour les fournisseurs, de se fonder sur l'article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce qui condamne l'obtention d'un avantage sans contrepartie réelle. Or, contrairement au déséquilibre significatif, il n'est pas exigé de démontrer la non-négociabilité : seul compte l'élément matériel consistant en une contrepartie fictive ou insuffisante par rapport à l'avantage obtenu par le distributeur. Enfin, certains fournisseurs ont été en relation avec les centrales d'achat nationales pendant plusieurs décennies puis, subitement, se sont retrouvés attirés devant les centrales européennes. Cette pratique pose des questions en matière de rupture d'une relation commerciale établie sans délai de préavis suffisant puisque les deux entités, même si elles appartiennent au même groupe, sont autonomes du point de vue juridique. Dès lors, le fait pour une centrale d'achat nationale de cesser immédiatement – ou sans délai de préavis suffisant – les négociations avec leurs fournisseurs, quand bien même il leur est indiqué de négocier avec l'entité européenne, risque de tomber sous le coup de l'article L. 442-1, II du Code de commerce.

14. **Une divergence d'interprétation sur la non-négociabilité du coût de la matière première agricole.** Les industriels auraient été confrontés à une interprétation spécifique de l'article L. 441-1-1 du Code de commerce permettant de sanctuariser le coût de la matière première agricole. Selon l'interprétation de certains distributeurs, la disposition ne s'appliquerait que dans le cas où l'industriel se fournirait directement chez le producteur agricole. Mais outre que cette lecture du texte revient à évincer *de facto* les industriels qui se fournissent chez d'autres transformateurs pour la matière première agricole (huile, beurre, etc.), il n'est pas permis de distinguer là où le législateur n'a pas distingué (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere*

debemus), et donc, il n'est pas possible d'appliquer unilatéralement des exceptions à un texte qui n'en comporte pas. Si cet adage est d'abord à destination du juge, il s'applique *a fortiori* aux opérateurs susceptibles d'interpréter la loi dans leurs rapports contractuels. D'autres distributeurs, en revanche, ne feraient pas cette distinction et n'accepteraient de sanctuariser le coût de la matière première agricole que pour un quota seulement des produits alimentaires (les premières livraisons), laissant hors du champ les livraisons qui suivraient au-delà du seuil fixé.

15. **La volonté de renforcer le pouvoir d'achat des distributeurs et des consommateurs.** Ce regroupement, s'il conduit à une éviction du droit français, s'expliquerait, selon les distributeurs, pour des raisons économiques qui consisteraient à renforcer, d'une part, leur position dans les négociations avec les grands groupes industriels et, d'autre part, à assurer des prix plus compétitifs pour les consommateurs. En d'autres termes, il s'agirait de renforcer le pouvoir d'achat à la fois des distributeurs, qui souffriraient d'une diminution de leurs marges du fait de la loi, et des consommateurs, qui subissent de plein fouet l'augmentation du coût des produits alimentaires et de grande consommation. Au-delà du caractère supposément contraire des lois Egalim au droit de l'Union européenne, les distributeurs reprochent au législateur – sans doute à juste titre – de ne pas prendre suffisamment en compte les intérêts du segment aval de la chaîne d'approvisionnement dans les discussions qui précèdent l'adoption des lois Egalim, comme en témoignerait l'encadrement des promotions sur les produits de grande consommation ou l'introduction de l'option permettant à l'industriel de maintenir l'opacité sur le coût de la matière première agricole. Ils justifient également les pratiques d'alignement des prix par la volonté de contourner le cloisonnement des marchés nationaux supposément organisé par les firmes internationales pour fixer des prix différents selon les pays. Il semblerait pourtant que de plus en plus d'industriels, et pas seulement les plus grandes firmes, soient attirées devant les centrales d'achat européennes. Mais quand bien même, si tel n'était pas le cas, il n'est pas certain que ces motifs de nature économique soient suffisants pour, d'une part, autoriser les distributeurs à ne pas appliquer le droit français en toutes circonstances et, d'autre part, compenser l'éventuel caractère abusif et/ou illicite des pratiques identifiées. Mais, au-delà, ces arguments économiques invitent sérieusement à réfléchir à un cadre réglementaire européen des relations industrie-commerce.

III. Analyse critique de quelques pistes de réforme

16. Le droit des pratiques commerciales déloyales est en constante effervescence. Les pistes de réforme se situent, à court terme, à l'échelle nationale par l'adoption d'une loi Egalim 4 (A) et, à plus ou moins long terme, au niveau supranational avec la consécration d'un Egalim européen (B).

A. Les pistes de réforme d'une loi Egalim 4

17. Une (bonne) réforme Egalim passe d'abord par une clarification des finalités poursuivies par les textes²⁶, lesquelles ont été mises à mal par un certain discours politique ainsi que par le contexte économique actuel (1). Plus techniquement, trois pistes peuvent ensuite être abordées, en ce qu'elles ont cristallisé une partie du débat : celle des prix-planchers, venue sur le devant de la scène avant d'être discrètement écartée mais qui pourrait revenir dans le débat selon les circonstances futures (2), celle de la suppression de la date butoir (3) et, enfin, celle de la seuillification de la protection (4).

1. Une clarification nécessaire des finalités poursuivies par une loi Egalim 4

18. **Contexte.** Concernant une prochaine loi Egalim 4, dont le calendrier a été retardé par la crise politique française actuelle, il faut d'abord évoquer brièvement le contexte de ce projet de réforme : celui d'une crise agricole couplée à une inflation des produits de grande consommation inédite depuis plusieurs décennies.

19. **Questionnement.** Pour résoudre l'équation posée par ce contexte explosif, il convient d'abord de se poser la question des finalités que devrait poursuivre cette énième loi : s'agit-il d'augmenter la rémunération des producteurs (par des instruments de valorisation des produits et des prix) ou de favoriser le pouvoir d'achat des consommateurs (par des mécanismes de diminution du prix de revente) ? Ce questionnement révèle l'existence d'une tension entre ces différentes finalités, qui peuvent donc être conflictuelles bien que non-inconciliables. Il convient d'envisager les deux hypothèses.

20. **Garantir la rémunération des producteurs ?** S'il s'agit de garantir la rémunération des producteurs, il faudrait alors repenser le régime des négociations commerciales pour parvenir à un véritable ruissellement de la valeur économique tant recherché par les lois Egalim : cela signifierait de passer de la négociation linéaire à la négociation tripartite laquelle, bien que déjà à l'œuvre chez certains opérateurs, mériterait d'être généralisée. Le modèle des lois Egalim est celui de la négociation linéaire où devrait être conclu, idéalement, le contrat producteur-premier acheteur et, ensuite, le contrat entre l'industriel et le distributeur en incorporant dans la discussion les indicateurs du premier contrat pour espérer que le ruissellement va parvenir à l'amont. Il s'avère néanmoins que le caractère linéaire de la négociation conduit *de facto* à une contractualisation en marche arrière où le contrat aval est conclu avant la convention amont, en anticipant un coût de la matière première agricole qui n'a donc pas encore été discuté dans le cadre de la relation commerciale agricole. De manière plus singulière, le modèle basé sur une approche tripartite – qui n'est pas celui qui est promu par les lois Egalim – consiste à faire participer tous les partenaires à la négociation. Il y a plusieurs types de négoc-

26 H. Hadj-Aïssa, « Fonctions et finalités du droit de la concurrence » dans *Finalités, fonctions, usages du droit. Nouvelles perspectives*, programme de recherche collective sous la direction de Fr. Géa et Cl. Legendre, avec Fr. Ost, publication prévue chez Bruylant.

ciation tripartite en réalité, qu'il n'est pas possible d'exposer dans ces lignes. Elle est néanmoins utilisée actuellement pour favoriser la montée de gamme des produits (notamment pour encourager les transitions vers l'agroécologie ainsi que les passages à l'agriculture biologique) ou pour venir en aide aux filières en difficulté, notamment sous l'impulsion de certains distributeurs. Il ressort provisoirement qu'avec cette approche les producteurs sont rémunérés à hauteur de 2,5 voire 3x le SMIC²⁷. Malgré les critiques parfois émises sur les atteintes potentielles au droit de la concurrence, cette approche tripartite pourrait bénéficier de l'exemption par catégorie ou individuelle compte tenu de son bilan économique pro-concurrentiel²⁸. En effet, cette exemption, à l'heure de l'urgence écologique, permet d'inclure la prise en compte des externalités positives dans le bilan économique de l'opération.

21. Si, en revanche, la structure linéaire est conservée, ce vers quoi semblent tendre les débats autour d'un projet de réforme, il faudrait mieux agencer la conclusion entre le premier et le second contrat pour qu'il y ait une véritable construction en marche avant du prix. Cela passe, d'une part, par une plus grande clarté législative pour le contrat conclu entre le producteur et le premier acheteur – car les dispositions sont éclatées dans deux codes différents (Code de commerce et Code rural) – avec l'édiction d'une véritable date butoir (souple ou rigide) et, d'autre part, par un rôle accru des organisations de producteurs (OP) et associations d'organisation de producteurs (AOP) pour développer chez les agriculteurs une culture de la contractualisation. Il conviendrait également de permettre à l'industriel de conserver le secret sur la composition de ses produits qui contiennent un fort pourcentage de MPA, sauf à ce que la transparence soit compensée par la prise en main, au profit de l'industriel, des clauses de révision.
22. **Protéger le pouvoir d'achat des consommateurs?** Si la finalité consiste à obtenir une diminution des prix pour favoriser le pouvoir d'achat des consommateurs, alors, dans ce cas, il faudrait libéraliser les négociations, admettre plus de souplesse dans la mise en œuvre des promotions que ce soit en chiffre d'affaires et en volume, mais avec le risque de détruire de la valeur à l'amont tant en ce qui concerne le produit agricole (valeur intrinsèque) que son prix de vente (valeur économique). Toutefois, cette finalité, malgré les atermoiements du législateur, est extrinsèque aux lois Egalim qui ont directement pour but de favoriser la situation économique du segment amont du marché. L'ensemble normatif institué par les lois Egalim n'est donc pas le plus approprié pour favoriser le pouvoir d'achat des consommateurs.

27 H. Hadj-Aïssa, Cl. Sebillotte, résultats obtenus dans le cadre d'un projet de recherche empirique et interdisciplinaire en cours, avec le soutien du laboratoire DANTE et de l'INRAE-PSAE.

28 Aut. conc., 3 mai 2018, avis n° 18-A-04 relatif au secteur agricole, p. 56 et s

2. Les prix planchers : une fausse-bonne idée

23. Deux questions se posent en ce qui concerne l'imposition de prix planchers : est-ce économiquement opportun, et est-ce juridiquement faisable ?

24. **Une opportunité économique incertaine.** Sur l'opportunité économique, la Ferme France est une cellule parmi tant d'autres dans le village monde : donc si le prix plancher est trop haut, l'acheteur sera tenté de privilégier les importations car les producteurs étrangers ne seront pas soumis à cette règle contraignante. Il se pourrait aussi que ce soit un cadeau empoisonné pour les producteurs en ce que le prix plancher pourrait devenir un plafond dans le cadre des négociations commerciales. Enfin, il existe déjà, *de facto*, des prix planchers par l'interdiction du prix abusivement bas. En outre, la financiarisation de certaines filières conventionnelles, notamment céréalières est perçue déjà par certains producteurs comme tels²⁹.
25. **Une faisabilité juridique certaine.** En revanche, sur la faisabilité juridique, il est parfois dit que les prix planchers seraient contraires au droit européen de la concurrence. Il faut d'abord noter qu'en matière agricole, c'est davantage une logique de régulation sectorielle qui prime le droit de la concurrence³⁰, ce qui conduit au résultat que les finalités propres à la PAC et, dans son sillage, au règlement OCM, prirent parfois les finalités spécifiques au droit de la concurrence. Or, la PAC a longtemps utilisé le mécanisme des prix planchers garantis pour venir en aide aux producteurs, de même que l'article 152 du règlement OCM permet aux OP et organisations interprofessionnelles (OI) de s'entendre sur tous les éléments du contrat y compris les prix³¹. Enfin, il y a l'article 172 bis du règlement OCM sur les clauses de répartition de valeur qui permet aux producteurs (et leurs associations) de convenir avec les opérateurs en aval de clauses permettant de mieux répartir les gains et les pertes enregistrés sur le marché³².
26. Donc, en substance, il existe de manière générale, une exclusion de l'article 101 TFUE (mais interprétée de manière stricte), puis de manière spécifique, une dérogation à l'article 101 TFUE par l'article 152 du règlement OCM et, enfin, des exemptions de droit commun qui rendent possibles, trois fois plutôt qu'une, l'instauration de prix planchers. Ainsi, pour conclure, si l'imposition de prix planchers est juridiquement faisable, cette mesure n'est pas économiquement opportune.

3. La suppression de la date butoir

27. **Une suppression envisageable sous certaines conditions.** La date butoir a le mérite de régler temporellement le cours des négociations. Elle a été consacrée au moment d'une période de déflation des produits qui pouvait rendre suspecte les négociations infra-annuelles. Ainsi, les juges ont souvent rappelé ce principe d'intangibilité annuelle des conventions sur le terrain des pratiques commerciales déloyales³³. Mais en période de forte inflation, il est peut-être plus important de négocier davantage au cours de l'année, ce que permettrait de réaliser l'abrogation de la date butoir. Toutefois, cette suppression devrait être accompagnée d'une revivification des clauses de révision automatique des prix et de renégociation tarifaire : cela passe notamment par un travail plus approfondi sur les indicateurs

29 H. Hadj-Aïssa, Cl. Sebillotte, *op. cit.*

30 Aut. conc., 3 mai 2018, avis n° 18-A-04 relatif au secteur agricole.

31 Pour comprendre la genèse de la révision de ce texte, v. les décisions rendues sur l'affaire du cartel des endives, not. CJUE, 14 nov. 2017, aff. C-671/15.

32 V. not. sur ce texte F. Riem, « Concurrence et agriculture », *J-cl. Concurrence-consommation*, fasc. 132.

33 V. not. T. com. Lille 7 sept. 2011 (RG n° 2009/05105), CA Paris (pôle 5 ch. 5), 20 juin 2013 (RG n° 11/03417).

de coûts par les organisations interprofessionnelles ainsi que par une utilisation plus récurrente de l'article L. 441-8 du Code de commerce (clause de renégociation).

28. **Une suppression à contre-courant de l'approche linéaire des lois Egalim.** Mais abroger la date butoir n'est pas la solution idoine si la logique reste celle de l'approche linéaire impulsée dès l'origine par les lois Egalim, d'autant plus que la confirmation de cette approche impose désormais de penser une date butoir dans le cadre de la relation commerciale agricole (la contractualisation amont) : il serait, dans ce cas, insensé de supprimer la date butoir aval si une date butoir en amont est consacrée. Une idée plus appropriée pourrait ainsi être de décider de dates butoirs – dans la relation aval – différentes en fonction de la taille des entreprises, comme l'a expérimenté la loi d'urgence du 17 novembre 2023 pour lutter contre l'inflation. Il s'agit d'une revendication des plus petites entreprises pour prioriser les négociations entre PME/acheteurs puis, dans une seconde vague de négociations, entre grands industriels et acheteurs. Mais en observant le résultat de l'année 2024, il ne semble pas que ce soient les petits industriels qui en ont le plus bénéficié. Le seuil de 350 millions d'euros, pris en considération dans la loi d'urgence n'a permis d'intégrer dans la seconde vague qu'une cinquantaine d'entreprises : les plus petites entreprises ont donc été confrontées à une hétérogénéité qui a pu leur être préjudiciable dans les négociations³⁴. Il faudrait alors baisser le seuil à celui qui est indiqué par l'Union européenne pour caractériser les PME, à savoir, 50 millions d'euros de chiffre d'affaires.

4. Quid d'une logique de seuillification

29. **Le risque d'un effet pervers.** L'instauration de seuils en fonction du chiffre d'affaires réalisé par les entreprises est une des logiques réglementaires du droit de l'Union européenne. Certaines législations vont également en ce sens. Ce seuil pourrait être celui de 50 millions d'euros, conformément à la définition européenne des PME. Cela reviendrait à encadrer davantage les négociations avec les PME, et à les libéraliser davantage avec les plus grands fournisseurs. Mais il est permis de craindre un effet pervers : que les acheteurs privilégient les négociations libres sur les négociations encadrées ce qui, au demeurant, constitue une inclination naturelle. En outre, est-ce que les PME seraient en capacité de supporter les coûts de transaction générés par l'encadrement de cette négociation là où les plus grandes d'entre elles vont réaliser des économies ? De ce point de vue, il faut comprendre que ce sont davantage les petites entreprises qui demandent une simplification du cadre réglementaire³⁵.

³⁴ A. Trouvé, Ph. Descrozaille, *rapport d'information du 13 mars 2024 sur l'application de la loi n° 2023-221 du 30 mars 2023 tendant à renforcer l'équilibre dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs*.

³⁵ FEEF, communiqué de presse du 22 avril 2024.

B. Un Egalim européen

30. **Identifier les questionnements préalables.** Pour envisager un Egalim européen, il faut d'abord aborder une problématique très opérationnelle : faudra-t-il, dans ce cadre, faciliter le développement

des supercentrales d'achat européennes ou les conditionner à certaines catégories de cocontractants telles que les firmes internationales et les PME souhaitant se développer à l'échelle internationale ? Faudrait-il aussi conditionner leur création à une justification économique comme, par exemple, faire partie d'un groupe de distribution qui possède des magasins à l'étranger et qui, de ce fait, ressent le besoin de massifier et regrouper les achats ? Se pose ensuite la question de l'instrument d'harmonisation européenne qui devrait être privilégié avec toutes les conséquences que cela impliquerait notamment sur la liberté laissée aux États membres de prévoir une législation nationale plus protectrice. Ce qui renvoie à une troisième question : celle du degré de protection, qui risque de faire l'objet d'intenses débats tant les législations sont différentes d'un pays à l'autre, malgré un contexte commun de crise agricole et d'inflation des produits de grande consommation. Enfin, la question de l'effectivité de ces textes met nécessairement sur le métier la coopération entre les États membres : il faudrait sans doute favoriser les échanges d'informations entre les organes d'enquête nationaux, dans la continuité de ce qui existe déjà entre les autorités de concurrence nationales.

31. Certains opérateurs considèrent qu'il n'est pas opportun de se diriger actuellement vers un Egalim européen en ce que l'efficacité du droit français n'est pas encore suffisamment prouvée³⁶. Mais il convient d'inverser le raisonnement car, si le droit français n'est pas suffisamment efficace, c'est parce que les opérateurs font un usage du droit des pratiques commerciales déloyales contraire aux finalités propres à cet ensemble normatif. Il y a donc une tension entre ces usages empiriques du droit et les finalités théoriques de celui-ci³⁷ qui ne peut se résoudre qu'en portant le « jeu juridique »³⁸ au-delà des frontières nationales³⁹. Bien évidemment, les arbitrages opérés par le législateur européen – plus complexes à réaliser que ceux du législateur national – pourraient ne pas aller totalement dans le sens du droit français, mais il s'agit du seul moyen véritablement efficace de contrer l'usage détourné des règles de droit par certains acteurs du marché.

36 H. Hadj-Aïssa, Cl. Sebillotte, résultats obtenus à l'occasion d'entretiens semi-directifs réalisés dans le cadre du projet de recherche précité.

37 Sur ces tensions, v. H. Hadj-Aïssa, « Les usages du droit par les acteurs des marchés concurrentiels : illustration à partir du marché de l'alimentation » dans *Finalités, fonctions, usages du droit. Nouvelles perspectives*, programme de recherche collective sous la direction de Fr. Géa et Cl. Legendre, avec Fr. Ost, publication prévue chez Bruylant.

38 Sur la théorie du jeu juridique : Fr. Ost et M. van de Kerchove, « Le droit ou les paradoxes du jeu », PUF, 1992 ; J. Huizinga, « Homo ludens. Essai sur la fonction sociale du jeu », Gallimard, 8e éd., 1951 ; R. Cailliois, « Les jeux et les hommes », Gallimard, 1967 ; K. Axelos, « Le jeu du monde », Éditions de minuit, 1969 ; P. Noreau, « Et le droit, à quoi sert-il ? : Étude des usages étatiques et des fonctions du droit contemporain », dans *Le droit à tout faire*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2008, p. 205. Sur la théorie du jeu juridique appliqué aux relations industrie-commerce : H. Hadj-Aïssa, « Les usages du droit par les acteurs des marchés concurrentiels : illustration à partir du marché de l'alimentation », *op. cit.*

39 Sur cet aspect, v. H. Hadj-Aïssa, « Les usages du droit par les acteurs des marchés concurrentiels : illustration à partir du marché de l'alimentation », *op. cit.*

Carmen Estevan de Quesada
Professeur de droit commercial, Université de Valencia

Le présent article dresse un panorama du droit espagnol des pratiques commerciales déloyales inter-entreprises et la manière dont il appréhende les relations industrie-commerce, dans un contexte de regroupement européen des centrales d'achat. Il plaide en faveur de l'harmonisation du droit de la concurrence déloyale au niveau européen.

Mots-clefs

Droit de la concurrence

Droit des pratiques commerciales déloyales

Centrales d'achat

Abus de dépendance économique

Relations commerciales

Droit de la distribution

Espagne

This article provides an overview of Spanish unfair trade practices law and its approach to industry-trade relationships, in a context of european grouping of central purchasing bodies. It argues in favour of harmonising unfair competition law at European level.

I. Introduction

1. Les centrales d'achats jouent un rôle crucial dans le secteur de la grande distribution, en tant qu'intermédiaires stratégiques qui facilitent les relations commerciales entre les détaillants et les fournisseurs. Ces entités sont essentielles pour optimiser les processus d'achat, négocier des conditions commerciales avantageuses, et ainsi, renforcer la compétitivité des entreprises de distribution. Elles permettent d'obtenir des économies d'échelle, de rationaliser les coûts et d'améliorer l'efficacité des chaînes d'approvisionnement.
2. Malgré cette importance, le droit espagnol ne prévoit pas de réglementation spécifique pour les centrales d'achats, tant en ce qui concerne leur organisation et leur fonctionnement interne qu'en ce qui concerne les pratiques déloyales qu'elles peuvent commettre en matière de négociation contractuelle¹. Cette absence de cadre juridique est particulièrement problématique dans un secteur caractérisé par des déséquilibres de pouvoir significatifs. Les grandes entreprises de distribution peuvent imposer des conditions contractuelles défavorables aux fournisseurs plus petits, ce qui peut mener à des pratiques commerciales abusives telles que les retards de paiement, les modifications unilatérales des contrats, ou encore des exigences déraisonnables en termes de remises et de conditions de livraison.

¹ Pour plus de détails, M.V. Petit Lavall, "Una aproximación al régimen de las centrales de compras", Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, N° 24, 2019.

3. Les conséquences qui découlent de ces pratiques ne sont pas négligeables. Elles peuvent entraîner des difficultés financières pour les petits fournisseurs, réduire leur capacité à investir et innover,

et, à terme, nuire à la diversité et à la qualité des produits offerts aux consommateurs. De plus, ces déséquilibres de pouvoir peuvent engendrer une concurrence déloyale qui peut non seulement affecter l'équité du marché, mais aussi fausser les conditions de concurrence et affecter sa contestabilité.

II. L'encadrement juridique des négociations commerciales dans le droit espagnol

4. En ce qui concerne les négociations commerciales dans le champ de la distribution, il faut commencer par dire qu'il n'y a pas, en Espagne, une réglementation générale du droit de la distribution ou l'on pourrait trouver ce genre de dispositions légales². Il y a eu certaines tentatives législatives, comme un projet de Loi de contrats de distribution en 2011³ et un projet de Code Commercial qui contenait des règles dans la matière en 2014⁴, mais elles n'ont pas été couronnées de succès. Malgré les critiques de la doctrine juridique, actuellement il n'y a toujours pas de normes spécifiques dans le secteur de la distribution qui incluraient éventuellement des règles en matière de négociation commerciale.
5. On peut cependant distinguer trois niveaux de réglementation qui touchent aux négociations industrie-commerce, allant du sectoriel au général.

A. La réglementation sectorielle dans la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire

6. L'Espagne a été l'un des premiers pays à réglementer la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, consciente de son importance dans le tissu économique national et des risques que les déséquilibres structurels peuvent représenter pour son bon fonctionnement. Le secteur agricole est caractérisé par un niveau élevé d'atomisation et il présente certaines spécificités, comme la rigidité de la demande, la saisonnalité et l'atomisation de l'offre, la dispersion territoriale, etc. qui le distinguent clairement des autres secteurs économiques. D'autre part, l'industrie agroalimentaire est principalement constituée de petites et moyennes entreprises, ainsi que de grands groupes industriels espagnols et internationaux. Quant au secteur de la distribution alimentaire, il est divisé en deux grands types de canaux de vente. D'un côté, les canaux de vente organisés, très concentrés dans des entreprises avec des surfaces commerciales de taille moyenne et grande, offrant une large gamme de produits, appartenant généralement à de grands groupes de distribution de détail qui concentrent la demande des différents points de vente, leur conférant ainsi un grand pouvoir de négociation face aux fournisseurs. De l'autre côté, on trouve le commerce spécialisé, composé d'entreprises avec des surfaces de vente au détail de petite taille de type familial, situées dans des marchés municipaux, des galeries commerciales ou des installa-

2 D. Vázquez Albert, "Marco normativo de la distribución comercial en Derecho Español y propuestas de regulación", *Revista de Derecho*, No. 22, 2017.

3 Proyecto de Ley núm. 121/000138, *Proyecto de Ley de Contratos de Distribución* (https://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_138-01.PDF)

4 *Anteproyecto de Ley del Código Mercantil*, Ministerio de Justicia y Ministerio de Economía y competitividad, 2014.

tions de vente propres. Cette structure crée des asymétries dans le pouvoir de négociation, qui conduisent parfois à un manque de transparence dans la formation des prix et à des pratiques commerciales potentiellement déloyales et contraires à la concurrence, qui faussent le marché et ont un impact négatif sur la compétitivité de l'ensemble du secteur agroalimentaire.

7. Face à ces problèmes, et au retard législatif de l'Union Européenne en la matière, la Loi 12/2013 relative à la chaîne alimentaire a été approuvée en 2013⁵. Par la suite, cette loi a été modifiée à plusieurs reprises: d'abord par le Royal Décret-loi royal 5/2020⁶, quelques mois plus tard par la Loi 8/2020⁷, et finalement par la Loi 16/2021⁸ dont le principal objectif est de transposer les exigences de la Directive (UE) 2019/633⁹.
8. La Loi 12/2013 est une loi de type administratif, appliquée soit par les autorités administratives des *Comunidades Autónomas* (CAs) si les parties ont leur domicile dans le ressort de la même CA, soit par une autorité nationale (*Agencia de Informacion y control alimentario*, AICA) si elles sont dans des ressorts de CAs différentes, et qui peut prononcer des amendes¹⁰. Les procédures administratives peuvent être initiées par dénonciation des parties, par communication de certaines organisations, ou par les programmes de surveillance de la AICA compétente.
9. En ce qui concerne son contenu matériel, la loi établit des interdictions en matière de pratiques commerciales déloyales, conformément à la Directive 2019/633 (articles 12 à 14bis), ainsi que certaines règles de formalisation des contrats qui portent sur des denrées alimentaires (articles 8 à 11), et elle instaure un registre pour ces derniers au ministère de l'agriculture, la pêche et l'alimentation (article 11bis).
10. Avant la dernière réforme, la loi avait un double champ d'application: un ensemble d'articles devant être respecté par tous les opérateurs de la chaîne alimentaire, qu'ils se trouvent en situation de déséquilibre ou non (champ large) et un autre bloc (Chapitre I du Titre II) s'appliquant uniquement aux contrats d'un montant supérieur à 2 500 euros dans lesquels l'une des parties se trouve dans une situation d'inégalité, de dépendance économique ou de déséquilibre légalement évalués (champ renforcé). Actuellement, cette distinction a disparu et la loi s'applique à toutes les opérations dans lesquelles le prix est supérieur à un seuil qui a été estimé raisonnable (actuellement fixé à 1 000 euros conformément à la Loi 7/2012 du 29 octobre), indépendamment d'un éventuel déséquilibre de pouvoir ou non (sauf dans certaines situations dans lesquelles le législateur estime qu'elles n'ont pas besoin de protection et restent donc en dehors de cette réglementation, comme par exemple des opérations avec paiement au comptant réalisé au moment de la livraison de la marchandise).

5 Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria (BOE núm. 185, de 03/08/2013).

6 Real Decreto-ley 5/2020, de 25 de febrero, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de agricultura y alimentación (BOE núm. 49, de 26 de febrero de 2020).

7 Ley 8/2020, de 16 de diciembre, por la que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de agricultura y alimentación (BOE núm. 328, de 17 de diciembre de 2020).

8 Ley 16/2021, de 14 de diciembre, por la que se modifica la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria (BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2021).

9 Directive (EU) 2019/633 du Parlement Européen et du Conseil, du 17 avril 2019, sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire (OJ L 111 du 25.4.2019, p. 59–72).

10 A titre d'exemple on peut indiquer que l'AICA a imposé 159 sanctions en 2023 et 125 sanctions en 2024 (dernières données disponibles), surtout pour des infractions en matière de délai de paiement ou d'infractions dans la formalisation du contrat (V. <https://www.aica.gob.es/>).

B. La loi du commerce de détail

11. De façon limitée, la Loi 7/1996 relative à la réglementation du commerce de détail (LOCM¹¹) est aussi applicable aux négociations commerciales des centrales d'achat, même si cela peut paraître un peu contre-intuitif. En effet, le commerce de détail étant défini dans la propre Loi comme une « activité (...) consistant à offrir la vente de tout type de marchandises aux destinataires finaux de ces marchandises », elle ne serait théoriquement pas applicable aux centrales d'achat qui appartiennent au secteur du commerce de gros. Cette Loi réglemente les bonnes pratiques commerciales dans le commerce de détail sous un angle assez lié à la protection des consommateurs (par exemple : ventes promotionnelles, rabais, liquidation, ventes avec des cadeaux ou des primes, ventes à distance, etc.)
12. Cependant, la 6^e disposition additionnelle de cette Loi dispose que certains articles s'appliqueront :

aux entités de toute nature juridique qui se consacrent au commerce de gros ou qui effectuent des acquisitions ou fournissent des services d'intermédiation pour négocier pour le compte ou à la demande d'autres commerçants,

donc aussi aux centrales d'achat. C'est le cas des articles 9 (obligation de vendre), 14 (vente à perte) et 17 (paiements au fournisseurs). Ce dernier est particulièrement important puisqu'il contient des règles qui imposent certaines formalités relatives à la facturation et encadre les délais de paiement. Il empêche donc les centrales d'achat de déterminer librement ou, plus précisément, d'imposer des délais de paiement prolongés à leurs fournisseurs : ces délais sont régulés avec une grande complexité, en établissant des obligations de documentation et des formes de sécurisation du risque, en fonction du nombre de jours de délai de paiement (30, 60, 90 et 120) et de la nature des marchandises (produits alimentaires frais et périssables, autres produits alimentaires, produits de grande consommation, autres produits). Certaines conséquences de leur non-respect sont aussi établies, comme, en particulier, le calcul automatique des intérêts de retard à partir du jour suivant celui prévu pour le paiement ou, en l'absence d'accord, avant trente jours à compter de la date de livraison des marchandises (article 17.5).

11 *Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista* (BOE núm. 15, de 17/01/1996).

12 Des amendes de jusqu'à 6000, 30.000 et 900.000 euros pour les infractions mineures, graves et très graves.

13 Le commerce intérieur n'étant pas une compétence exclusive de l'État (Article 149 *Constitución española*), c'est une matière qui est de la compétence autonome (des CAs). Cependant, l'État a la compétence législative et de coordination générale de l'activité économique, donc la LOCM est nationale.

14 *Ley 3/1991 de competencia desleal* («BOE» núm. 10, de 11/01/1991).

13. L'infraction à ces règles n'entraîne pas de conséquences juridiques du point de vue du droit privé, mais plutôt une sanction administrative sous forme d'amende¹². Cette loi est appliquée par les autorités administratives des CAs¹³.
14. D'autre part, il ne faut pas oublier que les règles de la LOCM sur les pratiques commerciales ont pour objet la régulation de l'activité concurrentielle. Par conséquent, on pourrait appliquer l'article 15.2 de la Loi de la Concurrence Déloyale (LCD)¹⁴ qui considère comme un

acte de concurrence déloyale l'infraction à ces normes. Cela permet d'ajouter au système de sanctions de la LOCM celui des actions civiles propres à la LCD. De plus, l'autorité de la concurrence (*Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia*, CNMC) peut intervenir par la voie de l'article 3 Loi de Défense de la Concurrence¹⁵ (LDC), une disposition qui lui permet d'examiner et sanctionner certaines pratiques commerciales déloyales qui, en faussant la libre concurrence, portent atteinte à l'intérêt général.

C. Le droit des pratiques commerciales déloyales

15. Les principales règles générales en matière de pratiques commerciales déloyales inter-entreprises se trouvent dans le Droit de la Concurrence déloyale (Loi 3/1991 de la Concurrence Déloyale, LCD). Cette loi contient évidemment des règles de loyauté dans les relations avec les consommateurs, par transposition de la Directive 2005/29, mais aussi des normes spécifiques dirigées vers les relations inter-entreprises. On y trouve des règles classiques telles que le dénigrement, la comparaison, l'imitation, l'exploitation de la réputation d'autrui, la violation de secrets commerciaux, ou la vente à perte. Mais la règle la plus importante dans ce domaine est peut-être l'interdiction de l'abus de dépendance économique, établie aux articles 16.2 et 16.3.
16. L'article 16.2 considère comme déloyal « d'exploiter la situation de dépendance économique dans laquelle peuvent se trouver les clients ou fournisseurs qui ne disposent pas d'une alternative équivalente pour exercer leur activité » et établit une présomption de dépendance des fournisseurs « lorsqu'un fournisseur, en plus des remises ou conditions habituelles, est tenu d'accorder régulièrement à son client d'autres avantages supplémentaires qui ne sont pas accordés à des acheteurs similaires ».
17. L'article 16.3, de son côté, considère comme déloyal deux comportements qui sont interprétés comme des cas spécifiques d'abus de dépendance¹⁶, notamment: « a) La rupture, même partielle, d'une relation commerciale établie sans préavis écrit et précis au moins six mois à l'avance, sauf si elle est due à des manquements graves aux conditions convenues ou en cas de force majeure » et « b) Obtenir, sous la menace de rompre les relations commerciales, des prix, des conditions de paiement, des méthodes de vente, le paiement de frais supplémentaires et d'autres conditions de coopération commerciale non prévues dans le contrat de fourniture conclu ».
18. Cependant l'application des articles 16.2 et 16.3 LCD fait face à un grave problème: étant donné que la concurrence déloyale est appliquée dans l'ordre judiciaire civil, cela décourage son application à cause de la crainte de représailles économiques (« fear factor ») dont souffrent les victimes d'abus qui maintiennent une relation commerciale avec le cocontractant dont il dépend économiquement. En

¹⁵ *Ley 15/2007 de defensa de la competencia* («BOE» núm. 159, de 04/07/2007).

¹⁶ La cour Suprême espagnole (*Tribunal Supremo*) a fait expressément référence aux « types de déloyauté décrits à l'article 16 de la Loi de la concurrence déloyale en relation avec la dépendance économique » à l'occasion d'un cas de rupture de relations sans préavis (STS 481/2012, affaire Microsoft vs. École de langues), en assumant ainsi que l'article 16.3 requiert également l'existence d'une situation de dépendance économique.

fait, l'application judiciaire se produit presque exclusivement à la fin du contrat, en application du 16.3.a) LCD qui considère déloyale la rupture sans préavis.

19. Il y a donc une certaine sous-utilisation de cette règle dans la pratique. Dans les dix dernières années il n'y a eu que soixante-deux jugements dans lesquels la dépendance économique a été discutée, dont seulement quatre sont parvenus devant la Cour Suprême. C'est pour cela que certains auteurs ont défendu la possibilité d'une action publique de l'interdiction de l'abus de dépendance économique à travers l'Autorité de la Concurrence, ce que permet l'article 3 de la Loi de Défense de la concurrence, qui sera analysé par la suite.

III. Les pouvoirs de l'administration

20. L'Espagne ne dispose pas d'une action publique dont les prérogatives seraient équivalentes à celles du ministre français de l'Économie puisque les principales règles générales du droit de la concurrence déloyale sont appliquées par l'ordre judiciaire civil. D'autre part, la mise en œuvre des règles administratives (règles en matière de commerce de détail et règles sectorielles de la chaîne alimentaire), est réservée à des autorités spécifiques, que ce soit au niveau des Communautés autonomes (autorités des CAs) ou d'une agence nationale (AICA).
21. Cependant, ce qui est intéressant dans le système espagnol est le fait que la Loi de défense de la concurrence (LDC) inclut une disposition qui permet à l'Autorité de la Concurrence de déployer une activité spécifique dans ce champ. Il s'agit de l'article 3 LDC, qui permet aux autorités de concurrence (que ce soient celles des CAs ou la CNMC) de punir des comportements déloyaux interdits par la Loi de la Concurrence Déloyale quand ils « faussent la libre concurrence et portent atteinte à l'intérêt général ».
22. De cette façon, si une autorité de la concurrence détecte un acte de concurrence déloyale qui va au-delà d'un problème privé entre les parties au contrat – parce qu'il fausse la libre concurrence et devient ainsi un problème du point de vue de l'intérêt général –, elle peut engager une procédure administrative sur le fondement de l'article 3 LDC, en lien avec un article de la Loi de concurrence déloyale (LCD). Le lien le plus évident peut concerner deux pratiques déloyales interdites dans la LCD : l'abus de dépendance économique (articles 16.2 et 16.3) et l'infraction aux normes qui ont pour objet la régulation de l'activité concurrentielle (article 15.2).
23. Cette intervention publique n'est pas simple, car elle requiert de respecter méthodologiquement plusieurs conditions : la preuve de l'existence d'une pratique déloyale interdite par la LCD ; l'impact négatif sur la libre concurrence, et l'atteinte à l'intérêt général.

24. La première condition inclut habituellement l'analyse de plusieurs éléments. Dans le cas de la dépendance économique, par exemple, il faudrait prouver d'abord l'existence d'une dépendance économique (en tant qu'absence d'une alternative équivalente, avec la possibilité d'utiliser la présomption en cas de fournisseurs dépendants) et la conduite abusive (habituellement analysée par rapport au concept de concurrence par les propres mérites, et aux notions de conduite disproportionnée et sans justification). Dans le cas d'infraction aux règles de concurrence il faudrait prouver la violation des conditions prévues par la loi qui les établit (dans notre cas, l'article de la LOCM qui a été enfreint).
25. Quant à la distorsion de la libre concurrence, il s'agit de prouver qu'il y a une atteinte, réelle ou potentielle, à la structure concurrentielle du marché, ou aux conditions qui déterminent cette structure ou qui assurent son développement normal (au-delà du préjudice causé à l'autre partie au contrat)
26. Finalement, l'atteinte à l'intérêt général est un élément de mesure qualitative de la distorsion de la concurrence, dans le sens de sa gravité. Il est ainsi lié à la distorsion de la concurrence (comme conséquence de celle-ci) et au concept d'intérêt public, qui désigne l'ordre public économique et, en son sein, au principe de concurrence économique comme base du système de libre marché (i.e. le maintien – ou même à la promotion ou amélioration – de la concurrence comme principe essentiel du marché dans ses aspects structurels et fonctionnels).
27. En tout cas, il faut reconnaître que cette possibilité n'est pas simple et, par conséquent, qu'elle n'est pas trop utilisée par les autorités de la concurrence: la CNMC n'a engagé que dix-huit procédures sur le fondement de l'article 3 LDC depuis les dix dernières années, et plus fréquemment par la voie de l'article 15 LCD, étant donné qu'elle consacre ses efforts primordialement à la lutte contre les ententes et les abus de position dominante, ainsi qu'aux contrôle de concentrations.

IV. Propositions de réformes législatives

A. La situation en Espagne

28. Actuellement il n'y a pas en Espagne de projets législatifs en matière de contrats de distribution qui pourraient inclure des règles en matière de négociation commerciale, ni de modification de la Loi de concurrence déloyale en ce qui concerne les relations inter-entreprises, ni de modification de la LOCM ou de la LCA – qui, d'autre part, ont déjà été modifiées récemment dans ce champ.
29. Comme nous l'avons brièvement mentionné dans les pages précédentes, au cours des deux premières décennies du XXe siècle, il y a eu plusieurs initiatives législatives dans ce domaine, malheureusement

sans succès. La première a été la « Proposition de Projet de Loi sur les contrats de distribution », élaborée par la Commission Générale de Codification et publiée en 2006, qui n'a pas été soumise à la procédure législative. Elle a été suivie par le « Rapport sur la problématique des contrats de distribution » du Ministère de l'Industrie, du Tourisme et du Commerce, de mars 2009, recommandant de légiférer pour éviter les abus, et finalement par le « Projet de Loi sur les contrats de distribution », publié en juin 2011, qui a échoué en raison de la fin de la Législature.

30. Au début de la Législature suivante, avec un changement de Gouvernement, le Groupe parlementaire socialiste, désormais parti d'opposition, a présenté une « Proposition de Loi sur les contrats de distribution » pratiquement identique au projet précédent publié en décembre 2011 sans être approuvé. En outre, le Projet avait reçu la critique de la Commission Nationale de la Concurrence, qui alertait sur le :

danger d'une sur-réglementation qui, dans le but d'équilibrer les relations entre les deux parties impliquées dans la relation de distribution, réduirait excessivement l'efficacité du principe de liberté contractuelle et de concurrence.

31. En 2013, une « Proposition de Code de Commerce » a été présentée, incluant de nombreuses nouveautés parmi lesquelles une relative aux contrats (Livre V) et, plus particulièrement, une sur les contrats de distribution, qui s'inscrit dans la catégorie des contrats de collaboration (Titre IV), où sont également inclus d'autres contrats déjà réglementés, comme les contrats de commission et d'agence, ainsi que d'autres contrats atypiques mais répandus dans la pratique (contrat de distribution, contrats estimatoires, de médiation commerciale, d'admission à une vente aux enchères publiques et de participation). La réglementation du contrat de distribution était similaire à celle envisagée dans d'autres propositions antérieures et, en particulier, pratiquement identique à la Proposition de 2006. Cependant, cette proposition de réglementation du contrat de distribution dans le nouveau Code de Commerce n'a même pas survécu à la première vague de négociations avec les institutions publiques et les opérateurs privés, puisqu'elle a été exclue des matières couvertes par le « Projet de Loi de Code de Commerce » approuvé en mai 2014¹⁷ qui, en tout cas, a échoué dans son ensemble.

B. La voie de l'Union Européenne

32. La distribution étant aujourd'hui globale, le problème de fond est, en général, celui du manque d'homogénéité du droit de la concurrence déloyale inter-entreprises en Europe. Contrairement aux aspects qui touchent les consommateurs, qui ont été harmonisés par la Directive 2005/29, le domaine des relations inter-entreprises a toujours été

¹⁷ Le Conseil d'État, dans son avis n° 837/2014 sur le Projet de Code de Commerce, approuvé en janvier 2015, a accordé une attention particulière à ce sujet pour critiquer sévèrement l'exclusion des contrats de distribution de ce Projet et recommander vivement leur inclusion à l'avenir. Et tout cela sans qu'il n'y ait d'explication officielle de cette exclusion, bien que de manière générale il ait été mentionné comme raison (applicable également à d'autres exclusions), la complexité d'harmoniser les intérêts des secteurs économiques concernés.

compliqué, au regard de l'hétérogénéité des règles nationales en la matière et l'absence de règles relatives à la concurrence déloyale dans les Traités (à différence du grand droit de la concurrence des articles 101 et 102 TFUE).

33. Il serait temps d'envisager un mouvement d'harmonisation plus général au niveau européen, étant donné que l'harmonisation n'a été que partielle jusqu'à présent. Nonobstant l'harmonisation des pratiques commerciales déloyales envers les consommateurs¹⁸, on a déjà quelques harmonisations sectorielles.

34. D'une part, dans le cadre de la Chaîne Alimentaire, la Directive 2019/633 a comme base juridique l'article 43 du TFUE, qui octroie au législateur de l'Union la compétence juridique pour établir une organisation commune des marchés agricoles dans l'UE.

18 Directive 2005/29, sur la base juridique de la protection des consommateurs.

19 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices des services d'intermédiation en ligne, COM(2018) 238 final.

20 Proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques), COM(2020) 842 final.

21 Proposition P2B, pg. 2 « justification » : « Du fait de la dépendance des entreprises à l'égard de certains services en ligne, les fournisseurs de tels services d'intermédiation en ligne ont la possibilité de s'engager dans un certain nombre de pratiques commerciales potentiellement préjudiciables » ; Règlement P2B, Considérants 2, 4 et 10.

22 Article 116 : « Au cas où la Commission constate qu'une disparité existante entre les dispositions législatives, réglementaires ou administratives des États membres fausse les conditions de concurrence sur le marché intérieur et provoque, de ce fait, une distorsion qui doit être éliminée, elle entre en consultation avec les États membres intéressés. Si cette consultation n'aboutit pas à un accord éliminant la distorsion en cause, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, arrêtent les directives nécessaires à cette fin ».

23 « Si une action de l'Union paraît nécessaire, dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités, sans que ceux-ci n'aient prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen, adopte les dispositions appropriées. Lorsque les dispositions en question sont adoptées par le Conseil conformément à une procédure législative spéciale, il statue également à l'unanimité, sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen »

35. D'autre part, dans les marchés numériques, la Commission a utilisé l'article 114 TFUE (« rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur »), comme base juridique aux Règlements P2B¹⁹ et DMA²⁰. La Proposition de DMA, dans son paragraphe consacré à la « base juridique » explique clairement le souci fondamental de cette réglementation :

des règles nationales divergentes pour résoudre les problèmes liés à la forte dépendance des entreprises utilisatrices de services de plateforme essentiels fournis par les contrôleurs d'accès et les problèmes qui découlent de leurs pratiques déloyales à l'égard de ces entreprises,

et par conséquent l'article 114 a été utilisé comme base juridique du Règlement DMA. C'est aussi le cas du Règlement P2B qui mentionne la dépendance des entreprises utilisatrices comme justification de cette initiative²¹. Le Règlement P2B dans la ligne de la proposition qui l'a précédé justifie également l'intervention législative par la dépendance des entreprises utilisatrices.

36. On pourrait donc envisager une certaine harmonisation des pratiques commerciales déloyales inter-entreprises sur plusieurs bases juridiques.

37. L'option la plus simple serait d'utiliser l'article 114 (marché intérieur) comme dans le cas des marchés numériques. Une seconde option serait l'article 116 TFUE, qui pourrait être utilisé pour approuver une directive en la matière²², même s'il faut néanmoins reconnaître qu'il est peut-être compliqué d'argumenter que les disparités juridiques faussent les conditions de concurrence – ce qui peut expliquer l'utilisation de l'article 114 pour les Règlements P2B et DMA. Une troisième option serait celle de l'article 352 TFUE qui, cependant, exige l'unanimité au Conseil ²³.

38. En fait, dans le domaine de la distribution, nous avons déjà acquis une certaine expérience en matière d'agents commerciaux: la Directive 86/653, fondée sur les « conditions de concurrence » et « le bon fonctionnement du marché intérieur ». Les disparités juridiques entre États membres ont exercé une pression en faveur de l'harmonisation, ce qui a conduit à des règles nationales plus cohérentes. Par exemple, en Espagne, la Loi sur le contrat d'agence²⁴ a rencontré un certain succès: elle est appliquée par analogie à d'autres types de contrats de distribution²⁵; elle a également influencé les règles relatives à l'abus de dépendance économique, en inspirant la règle sur la durée du préavis²⁶; et les tribunaux ont appliqué par analogie certaines dispositions de cette loi aux cas de dépendance économique, notamment pour introduire l'indemnité de clientèle (après la cessation du contrat) ou la réparation du préjudice lié à la fin des relations avec le commettant.
39. L'harmonisation du droit de la concurrence déloyale inter-entreprises en Europe est faisable, s'il y a la volonté politique. Ce serait la voie la plus solide pour garantir l'égalité des conditions de concurrence sur le marché intérieur européen, qui est actuellement freiné par les disparités réglementaires entre les États membres.

24 *Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia* («BOE» núm. 129, de 29/05/1992).

25 Une doctrine jurisprudentielle consolidée par la Cour suprême dans son arrêt n° 1392/2008 du 15 janvier 2008.

26 L'article 16.3.a) LCD établit un préavis de 6 mois, comme celui qui est énoncé par la Loi sur le contrat d'agence ayant étendu le préavis de 3 à 6 mois conformément à la Directive.

Laurent Jacquier¹

Chef de bureau à la DGCCRF, Bureau 3C Commerce et relations commerciales, Ministère de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique

La DGCCRF contrôle les pratiques des centrales d'achat, même établies à l'étranger, dès lors que leur activité concerne le marché français. L'action en justice devant les juridictions civiles à la disposition du Ministre est une voie longue et semée d'embûches dont l'issue est encore incertaine. La DGCCRF a également recours à des sanctions administratives pour faire respecter l'ordre public économique.

Mots-clefs

Sanctions administratives

Pratiques restrictives de concurrence

Egalim

Action en justice du ministre

Date butoir

Perquisitions

The DGCCRF (French Competition, Consumer Affairs and Fraud Control Directorate) monitors the practices of purchasing centers, even those established abroad, as long as their activity concerns the French market. Legal action before civil courts available to the Minister is a long and obstacle-filled path with an uncertain outcome. The DGCCRF also uses administrative sanctions to enforce economic public order."

1. Le bureau du commerce et des relations commerciales est le bureau de la DGCCRF qui travaille sur les pratiques restrictives de concurrence. Il est au cœur des procédures menées à l'encontre des centrales d'achat pour faire respecter le droit français des pratiques restrictives de concurrence. Ce droit, bien que relativement récent (1986), a été modifié à de nombreuses reprises de telle sorte qu'aujourd'hui, il ressemble assez peu à ce qu'il était à l'origine. Il est aujourd'hui aux prises avec le regroupement et l'installation à l'étranger des centrales d'achat. Ce phénomène remonte à 2016 avec la création d'Eurelec, par le distributeur français Leclerc et le distributeur allemand REWE, rejoints depuis (pour les négociations à compter de 2025) par le distributeur belge Ahold Delhaize. Il s'est diversifié et est en plein essor.
2. On distingue les centrales d'achats des centrales de services. Parfois, la centrale d'achats négocie pour le compte d'un seul distributeur national. C'est le cas d'Eureca, centrale d'achat internationale établie en Espagne, appartenant à l'enseigne française de la grande distribution Carrefour. Parfois, on parle de regroupements à l'achat, la centrale négociant pour plusieurs distributeurs européens. Ces centrales, telles Eurelec et Everest, signent des accords avec les fournisseurs pour le compte des différents distributeurs membres de l'alliance, ce qui accroît son pouvoir de négociations. Néanmoins, les

¹ Les propos de l'auteur ont été retranscrits et mis à jour par Fabienne Jault-Seseke.

produits sont vendus aux entités françaises des enseignes nationales membres et distribués sur le territoire français aux consommateurs français. Cela justifie que les autorités françaises, et particulièrement la DGCCRF, s'intéressent aux pratiques de ces opérateurs.

3. Les centrales font valoir qu'elles doivent se regrouper à l'international avec d'autres distributeurs afin d'avoir une taille critique leur permettant de négocier d'égal à égal avec des grandes multinationales. Ce raisonnement est cependant partiellement biaisé : il part en effet du chiffre d'affaires de l'enseigne au niveau français qui est comparé au chiffre d'affaires de la multinationale au niveau mondial, de telle sorte que le grand distributeur français apparaît en position d'infériorité par rapport aux multinationales. Si l'on compare le chiffre d'affaires du distributeur en France au chiffre d'affaires de la multinationale en France, il n'y a plus de déséquilibres majeurs. C'est un élément important à garder à l'esprit.
4. Par ailleurs, ce regroupement à l'achat conduit à imposer aux fournisseurs un interlocuteur de négociation à l'international. L'initiative est prise par le distributeur et non par le fournisseur qui souhaiterait avoir un seul interlocuteur parce que les produits de son groupe sont vendus dans plusieurs pays. C'est le distributeur qui contraint le fournisseur à aller négocier le principe du référencement et les prix à l'étranger (en Belgique, dans le cas d'Eurelec). D'autres négociations se font ensuite au niveau national (services de coopération commerciale, autres obligations...). Autrement dit, le distributeur impose non seulement au fournisseur un changement d'interlocuteur mais aussi un élément d'extranéité. Dans le cas d'Eurelec, cela concerne un nombre croissant de fournisseurs (une quarantaine aujourd'hui). Ainsi, le modèle que Leclerc utilise fonctionne et lui permet de se développer, et ce, en dépit des critiques que l'administration française a pu formuler au sujet de ses pratiques sur le plan juridique. Il y a d'ailleurs un effet d'entraînement des autres distributeurs. Carrefour a créé Eureca qui, initialement, s'adressait à un petit nombre de fournisseurs, mais maintenant plus de vingt fournisseurs sont concernés et à terme Eureca en vise une cinquantaine. Système U a quant à lui rejoint l'Allemand Edeka et le néerlandais Picnic au sein de la centrale Everest, implantée aux Pays-Bas, seulement pour les négociations de 2024 puisque l'enseigne française a ensuite quitté cette centrale. Auchan est désormais membre d'AURA, cette alliance à l'achat (qui n'est donc pas une centrale) ayant adhéré à Everest qui signera les contrats avec certains fournisseurs français dès 2025.
5. A côté des centrales d'achats, se mettent en place des centrales de service qui n'achètent pas de marchandises et ne négocient pas les conditions d'achat : elles rendent des services (opérations de mise en avant, réunions d'optimisation, plans merchandising, partages de statistiques et de données) qui font parfois doublon avec ceux offerts au niveau national sans que les fournisseurs en soient spécialement demandeurs. La loyauté de ces pratiques interroge lorsque la négocia-

tion des services avec la centrale internationale devient un préalable à la négociation en France avec l'enseigne française et lorsque la réalité des services rendus et leur intérêt pour les fournisseurs s'avèrent discutables. Sont concernées les centrales Coopernic établie en Belgique pour Leclerc et REWE notamment, Carrefour world trade établie en Suisse pour Carrefour et Epic également établie en Suisse, à laquelle sont affiliés Système U (seulement pour les négociations 2024) et d'autres distributeurs suisse, italien, suédois et portugais.

6. La présentation des pouvoirs de l'administration invite à se pencher sur les actions menées par la DGCCRF jusqu'ici. Ce sont des actions en justice et des enquêtes qui se font dans un cadre juridique bien précis, incarnant une politique publique, une volonté politique, de l'État français, celle d'assurer un minimum d'équilibre, de loyauté et de transparence dans les relations commerciales.
7. Eurelec est au cœur de cette action dans la mesure où c'est elle qui a été créée en premier, et qui est à l'origine de pratiques que l'administration estime abusives. En outre, Eurelec a utilisé un certain nombre de voies juridiques et judiciaires pour se défendre contre l'action de la DGCCRF. Cela ne signifie pas que l'administration s'acharne sur elle. L'administration s'intéresse aussi aux autres centrales, mais, à ce stade, il est certain qu'Eurelec est l'entreprise qui donne le plus de grain à moudre à la DGCCRF : elle a introduit à son encontre une action en justice devant les juridictions civiles et prononcé des sanctions administratives en mettant en œuvre les deux voies que lui offre le cadre légal français de façon parallèle et cumulative. Les questions de droit que posent ces deux voies ne sont pas tout à fait les mêmes, ce qui invite à les traiter successivement, avant d'envisager de possibles perspectives.

I. L'action du Ministre devant les juridictions civiles

8. En juillet 2019, le Ministre a assigné Eurelec mais également trois entités du réseau Leclerc (Scabel, une centrale d'achat en Belgique ; le Galec, centrale de référencements en France ; ACDLEC, l'association française des centres Leclerc²). A ce jour, on est encore loin d'avoir une décision au fond, ce qui donne une idée du temps que prennent les procédures civiles.
9. Le premier obstacle à surmonter est celui de la preuve. Quand on s'attaque à un opérateur qui n'est pas installé sur le territoire français, les pratiques qui causent un déséquilibre significatif sont particulièrement difficiles à prouver. La DGCCRF peut réaliser des perquisitions, outil très protéiforme dont l'utilisation est très rare en matière de pratiques restrictives de concurrence, mais qui permet d'obtenir des preuves de certains abus que les pouvoirs d'enquête simples ne permettraient pas de recueillir ; une difficulté supplémentaire dans le traitement des pratiques abusives des centrales européennes découle du fait que l'administration n'a pas le pouvoir de

² Leclerc n'est pas constitué sous la forme d'un groupe de sociétés.

mettre en œuvre des investigations dans les locaux des entreprises situés hors des frontières du territoire français. Dans le cas d'Eurelec toutefois, l'administration a pu recueillir la preuve des pratiques dans le cadre d'une perquisition qui avait été mise en œuvre au siège du Galec en France. Le Galec et Eurelec entretenant des liens extrêmement étroits, cette perquisition a permis d'obtenir de nombreux éléments (courriels, powerpoints de présentation interne), qui ont permis d'établir la réalité des pratiques bien que ce ne soit pas *stricto sensu* des éléments prévus par le code de commerce. La preuve de ces pratiques déloyales aurait été beaucoup plus difficile à rapporter pour la DGCCRF sans cette perquisition.

10. Une fois les pratiques abusives établies, le Ministre a agi en justice et demandé que soit prononcée une amende civile de 117 millions d'euros. Il est précisément reproché à Eurelec d'avoir imposé la loi belge à ses fournisseurs, privant ainsi les fournisseurs français de la protection que leur confère le droit français. Mais derrière l'application de la loi belge, il est reproché des pratiques consistant à obtenir des baisses de prix sans contrepartie, sous la menace de mesures de rétorsion. La DGCCRF estime que ces pratiques d'un opérateur certes basé à l'étranger portent atteinte à l'ordre public économique français et qu'il est légitime de faire application du code de commerce français. Ce raisonnement n'est pas propre au secteur de la grande distribution, et la DGCCRF a par ailleurs mené des actions contre Booking ou contre Amazon afin de faire respecter l'ordre public économique sur le territoire français. Eurelec estime cependant ne pas être soumis au droit français et ne pas avoir à respecter les règles impératives du droit français dans ses relations avec les fournisseurs français. Il conteste par différentes voies de droit l'action de l'administration.
11. Il est à noter qu'avant même l'adoption de la loi Descrozaille du 30 mars 2023 (dite Egalim 3), l'administration française avait mobilisé les outils juridiques préexistants pour mettre en œuvre des actions à l'encontre d'opérateurs basés à l'étranger ne respectant pas les dispositions impératives de la loi française. Le législateur a cependant souhaité clarifier le droit avec le fameux article L.444-1 A du code de commerce qui énonce que le titre IV du livre IV est d'ordre public sans toutefois utiliser le terme de loi de police. L'affirmation du caractère de loi de police de l'ensemble des dispositions du titre IV était en effet délicate pour des raisons juridiques. La caractérisation de loi de police se fait en effet au cas par cas par la jurisprudence et le législateur pouvait difficilement ériger l'ensemble des dispositions du titre IV du livre IV en lois de police. Toutefois, lorsqu'il existe un lien de rattachement avec le territoire français, comme en l'espèce où la commercialisation des produits se fait sur le territoire français, il est possible d'attirer des opérateurs devant les juridictions françaises, sur le fondement des dispositions du droit français, sous réserve du respect des traités européens internationaux et du droit européen, réserve expressément prévue par l'article L. 444-1-A.

12. Eurelec s'est inscrit en faux et a d'abord choisi de contester la compétence des juridictions françaises pour connaître de l'action introduite par le Ministre. Cette argumentation a conduit la cour d'appel de Paris à poser une question préjudicielle à la CJUE sur le champ d'application du règlement Bruxelles I bis. Et la Cour de justice a, on le sait, indiqué que l'action du Ministre ne relève pas de la matière civile et commerciale de telle sorte qu'il n'est pas possible de se fonder sur le règlement Bruxelles I bis pour retenir la compétence des juridictions françaises. La solution repose sur le fait que le Ministre dispose de prérogatives qui vont au-delà de celles dont disposent des parties privées, puisqu'il peut faire procéder à des perquisitions et demander le prononcé d'une amende civile. La cour d'appel de Paris, donnant raison à l'administration, a toutefois confirmé la compétence des juridictions françaises mais sur le fondement du droit commun et non sur les règles européennes propres à la matière civile et commerciale régie par le règlement de Bruxelles I bis. Son arrêt remet les choses à leur juste place : en suivant un raisonnement relativement simple, elle retient la compétence de la juridiction du lieu du domicile du défendeur. En l'espèce, du fait de la présence de plusieurs défendeurs dont certains étaient installés en Belgique et d'autres en France et de la forte connexité entre les griefs et les moyens invoqués à l'encontre des tous les défendeurs (il est allégué qu'ils sont coresponsables des pratiques abusives), la cour d'appel a relevé que le for des codéfendeurs du code de procédure civile pouvait jouer, ce qui permettait de tous les attirer devant les juridictions françaises.
13. Un pourvoi en cassation a été formé par EURELEC contre cet arrêt, c'est pourquoi la procédure au fond n'a pas encore repris devant le tribunal de commerce. De plus, Eurelec s'est engagé sur d'autres terrains juridiques en contestant l'application du droit français et en invoquant les libertés de circulation et d'établissement protégées par les traités européens ainsi qu'en multipliant les contestations sur différents points de procédure. Il conteste aussi le bien fondé des demandes du Ministre et la caractérisation des pratiques. Ces points doivent être tranchés mais nous sommes toujours au stade de la première instance alors que l'assignation a été déposée en juillet 2019.
14. Outre Eurelec, d'autres entités ont fait l'objet d'actions de la part de la DGCCRF. Elle s'est ainsi intéressée aux pratiques d'Intermarché (obtention d'avantages sans contrepartie : des services de peu d'intérêt pour les fournisseurs étaient facturés à des niveaux assez élevés) et a assigné deux entités françaises ainsi qu'ITM Belgique en 2021. Initialement, AgeCore, qui était une centrale dont Intermarché était membre et qui était installée en Suisse, avait également été assignée. L'administration a renoncé à son action contre AgeCore non seulement parce que le sujet du secret des affaires était particulièrement épineux en Suisse mais aussi parce qu'entretemps, Intermarché a quitté AgeCore. Concernant les autres entités, ITM et ITM Belgique, la procédure est toujours en cours devant le tribunal de commerce,

plus de trois ans après l'assignation. Cela s'explique par le fait qu'ITM Belgique ayant de façon prévisible soulevé une exception d'incompétence, le tribunal de commerce de Paris avait sursis à statuer en attente de la réponse de la CJUE dans l'affaire Eurelec. La cour d'appel de Paris s'est certes prononcée dans le dossier Eurelec mais cette dernière ayant formé un pourvoi en cassation, la procédure n'a pas encore repris son cours sur le fond dans le dossier ITM.

15. Cette lenteur des procédures devant les juridictions judiciaires invite à se tourner vers les sanctions administratives qui peuvent être prononcées notamment en cas de violation du formalisme et qui constituent un outil efficace et complémentaire.

II. Le prononcé de sanctions administratives

16. Le formalisme n'est pas un outil « bête et méchant ». Il assure l'équilibre, la transparence et la loyauté des relations commerciales. Les manquements au formalisme cachent en général des pratiques abusives. Les amendes relativement élevées qui sanctionnent les manquements au formalisme sont vivement contestées par les opérateurs qui raillent l'inconséquence des autorités françaises qui sanctionneraient la violation d'un détail, le non-respect de la date butoir du 1er mars pour la signature des conventions, par une amende de plusieurs millions d'euros. La réalité est un peu différente du point de vue de l'administration qui estime que le non-respect de la date butoir traduit la violation des règles françaises qui permettent d'assurer une transparence des relations commerciales, leur opacité étant notamment propices à des pratiques de déséquilibre significatif.
17. Dans ce contexte, l'administration a infligé à Eurelec une amende de 6 340 000 euros (à comparer aux 117 millions réclamés devant le tribunal de commerce de Paris, ce qui montre que les ordres de grandeur ne sont pas du tout les mêmes). Le tribunal administratif de Paris a confirmé la décision de la DGCCRF et les sanctions infligées à Eurelec en juin 2022³. Le jugement est intéressant sur la dimension internationale du dossier qui nous retient ici (v. n° 18). Il est classique sur la caractérisation du manquement que l'on ne développera pas. Il précise aussi l'objet de la date butoir. Eurelec invoquait le fait qu'elle permettait de faciliter les contrôles de l'administration. Cet argument a alimenté les réflexions de la mission parlementaire qui, avant la dissolution de l'Assemblée nationale en 2024, envisageait sa suppression ou son remplacement par une date flottante. Il est toutefois utile de rappeler les travaux préparatoires de l'ordonnance de 2019 qui a maintenu la date butoir pour se convaincre de son utilité : elle permet d'assurer une transparence des relations commerciales et de parvenir à un rééquilibrage en évitant les renégociations permanentes.
18. Concernant l'applicabilité du droit français à des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi Descrozaille, le Tribunal a constaté que les contrats sont conclus avec des fournisseurs français et que les

produits sont destinés au marché français pour en déduire l'applicabilité de la loi française et la nécessité pour Eurelec de respecter la date butoir. La démonstration est ainsi faite de ce que même avant la loi Descrozaille, on disposait des outils juridiques permettant d'asseoir l'applicabilité du droit français.

19. Quant aux atteintes alléguées aux différentes libertés protégées par le TFUE conduisant à voir dans la date butoir une entrave (dès lors que la centrale internationale ne négocie pas que pour des distributeurs établis en France et qu'elle devrait pouvoir développer une pratique européenne identique pour plusieurs pays européens), elles n'ont pas été retenues par le Tribunal. Le respect de la date butoir concerne la relation contractuelle et non les caractéristiques des produits vendus. Il joue pour tous les opérateurs exerçant leur activité en France, quel que soit le lieu où ils sont implantés.
20. Eurelec a sollicité l'annulation du jugement devant la cour administrative d'appel de Paris. Il demandait que soit posée une nouvelle question préjudicielle à la CJUE. La Cour a confirmé la solution du Tribunal et les sanctions infligées à Eurelec⁴. Elle a retenu que les dispositions de l'article L. 441-3 du code de commerce imposent la conclusion d'une convention écrite mentionnant l'ensemble des obligations réciproques du fournisseur et du distributeur, de telle sorte qu'Eurelec ne peut se prévaloir de conventions tacitement conclues ni d'échanges de courriers électroniques, qui ne peuvent être regardés comme des conventions écrites : la signature d'un contrat permet seule de satisfaire à l'obligation de « conclusion d'une convention écrite ». A la suite du Tribunal, la Cour juge que l'obligation consistant à imposer une date-butoir à la négociation commerciale n'a pas été instituée pour faciliter les contrôles de la DGCCRF mais pour garantir la loyauté des transactions commerciales et pour préserver un équilibre dans la relation entre les fournisseurs et les distributeurs. Elle en déduit que l'article L. 441-3 est applicable à toute situation concernant l'achat de produits destinés au marché français, quelle que soit la nationalité des opérateurs. Il s'agit d'une disposition impérative dont le respect est crucial pour préserver une certaine égalité entre ces derniers, c'est-à-dire d'une loi de police qui s'applique alors même que les conventions conclues prévoyaient l'application du droit belge. Enfin, s'agissant de la compatibilité du dispositif français avec le droit européen, la Cour suit le Tribunal : l'obligation de respecter la date-butoir ne constitue ni une restriction à la libre circulation des marchandises, dès lors qu'elle ne régit que les relations contractuelles, et non les caractéristiques des produits, et qu'elle s'applique à tous les produits commercialisés en France, quelle que soit leur provenance, sans imposer que la négociation et la conclusion de la convention aient lieu en France ; ni une restriction à la liberté d'établissement dès lors qu'elle concerne tous les opérateurs exerçant leur activité sur le marché français, quel que soit leur lieu d'établissement, et n'incite donc pas à s'établir en France au détriment du territoire d'un autre État membre ; ni une restriction

4 CAA Paris, 13 déc. 2024, n° 22PA04574.

à la libre prestation de services dès lors qu'elle ne restreint pas le libre exercice de la fonction d'interlocuteur unique et les services de coopération commerciale qu'Eurelec peut rendre aux fournisseurs. La Cour estime ainsi ne pas avoir besoin de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle.

21. Il est probable qu'Eurelec forme un pourvoi en cassation devant le Conseil d'État contre cet arrêt. Au regard de la politique d'admission des pourvois en cassation par le Conseil d'État qui est assez restrictive, il est cependant envisageable qu'il ne soit pas admis. On ne dispose pas à ce jour d'arrêts du Conseil d'État en matière de pratiques restrictives.
22. La DGCCRF a également utilisé l'outil de l'amende administrative en appréhendant indirectement les pratiques de la centrale internationale AgeCore au niveau national auprès d'Intermarché. La DGCCRF a fait valoir contre Intermarché un grief qu'elle pouvait constater en France : le fait de ne pas avoir fait figurer les services internationaux fournis par AgeCore dans les conventions signées avec les fournisseurs français. Le mécanisme est à la fois très compliqué et très simple. L'enseigne imposait à ses fournisseurs de négocier les services avec AgeCore avant de pouvoir négocier avec elle les conditions d'achat et de vente pour les magasins français. A aucun moment, AgeCore n'achetait les marchandises mais déterminait les services qu'ITM devrait rendre aux fournisseurs dans les magasins français, étant entendu que ce n'était pas AgeCore qui fournissait ces services. Le schéma contractuel est un peu atypique : plusieurs millions d'euros transitaient de la filiale française à la filiale néerlandaise ou belge du fournisseur qui ensuite reversait ces sommes à ITM Belgique ou à AgeCore qui les rétrocédait finalement à ITM en France alors que les services ne présentaient aucun élément d'extranéité : ils étaient fournis par ITM France dans les magasins français et les services n'avaient rien d'internationaux et étaient des plus classiques (mise en avant sur des prospectus, coopération commerciale). Dans la mesure néanmoins où il s'agissait d'obligations auxquelles les parties se sont engagées en vue de fixer le prix, celles-ci devaient être mentionnées dans les contrats formalisant la négociation commerciale en France.
23. La sanction administrative qui a finalement été prononcée en janvier 2022 (19,2 millions d'euros et publication sur les sites de la DGCCRF et de Intermarché) a été contestée sans succès devant le tribunal administratif de Paris⁵. Cette fois, l'application du droit français ne faisait pas de difficulté puisque c'est l'entité française qui a été sanctionnée pour l'absence d'une mention obligatoire dans les contrats français conclus avec ses fournisseurs français. L'argument soulevé par ITM concernant la non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère a été rejeté. Le tribunal administratif de Paris a suivi l'argumentation de la DGCCRF qui a soutenu que le législateur n'avait fait que préciser l'obligation de prévoir les éléments qui concourent au prix convenu. L'obligation était déjà prévue par la loi ancienne. ITM a interjeté appel de ce jugement.

III. Mise en perspective de l'action du Ministre

24. Il est souvent reproché à la DGCCRF d'être défavorable par principe aux centrales internationales, de vouloir freiner leur développement en rendant extrêmement complexe l'exercice de leur activité et prétendu qu'à la fin, elles perdraient tout intérêt. Mais force est de constater qu'elles existent, qu'elles prospèrent et que toujours plus de distributeurs rejoignent ces centrales implantées à l'étranger. La DGCCRF n'est en réalité pas hostile par principe à ces centrales dont l'existence se justifie dès lors qu'elles agissent pour la distribution de produits dans différents pays. Il n'est pas anormal que les distributeurs souhaitent investir le marché européen. En revanche, le Ministre, dans son rôle de gardien de l'ordre public économique, agit pour que l'activité de ces opérateurs s'exerce conformément au droit français lorsque les opérations effectuées par ces centrales y sont soumises en raison de leur lien avec le marché français. Son action est d'autant plus nécessaire que le phénomène de délocalisation des centrales d'achat prend de l'ampleur et va s'accompagner d'une baisse de la taille des fournisseurs qu'elles référencent. Le discours selon lequel les centrales d'achat négocient avec des multinationales en mesure de se défendre contre tout déséquilibre et non avec les producteurs agricoles, que leur activité n'a pas de conséquence fâcheuse pour les agriculteurs ne correspond pas aux réalités économiques du marché.
25. Concrètement et par exemple, parmi les fournisseurs français référencés auprès d'Eurelec, on a de gros opérateurs qui agissent dans le secteur des produits laitiers et qui achètent nécessairement au moins une partie de leurs matières premières auprès des agriculteurs français, de telle sorte que les négociations menées avec les centrales d'achat ont nécessairement un lien avec les agriculteurs français. Il est certes difficile de mesurer l'impact d'un abus au détriment d'un gros industriel laitier sur une coopérative de production de lait, mais à partir du moment où toute la logique du dispositif Egalim est de rééquilibrer les relations aux maillons aval pour rendre les négociations moins dures au niveau amont et améliorer le sort des agriculteurs, il est indispensable de disposer de moyens d'action pour veiller au respect du droit français dans le cadre des négociations menées en aval.
26. Aussi la DGCCRF va-t-elle continuer à lutter contre les pratiques illicites des centrales internationales (et non contre les centrales internationales). Elle s'emploie à contrôler le respect de la date butoir indépendamment du chiffre d'affaires de l'entité concernée⁶. En 2024, il a été constaté que deux centrales européennes s'étaient affranchies de la date butoir. A l'issue des décisions de pré-amende et des phases contradictoires qui ont suivi, la DGCCRF a sanctionné Eurelec d'une amende administrative de 38 067 000 €⁷ et Eureka de 10 298 200 €⁸ pour non-respect de l'obligation de signature des conventions conclues avec ses fournisseurs au plus tard les 15 et 31 janvier 2024 ». Les décisions ont été publiées. Un recours hiérar-

6 Le chiffre d'affaires minimal de 350 millions qui figure dans la Directive Pratiques commerciales déloyales n'a pas été repris par le droit français.

7 Décision publiée le 14 août 2024 faisant état de 62 manquements.

8 Décision publiée le 22 novembre 2024 faisant état de 12 manquements.

chique formé par Eureca a abouti à un abaissement de l'amende à 7.640.200 euros. La sanction infligée à Eurelec n'est pas définitive à la date du 27 février 2025.

27. Enfin, la DGCCRF a dû faire face à des procédures qui ont pu être engagées à son encontre à l'étranger pour paralyser son action. Elle n'a appris qu'au stade de l'appel qu'Eurelec avait engagé une procédure non-contradictoire (en réalité une procédure de référé) en Belgique visant à interdire de procéder à des mesures d'inspection et de recherche de documents et d'informations. Le tribunal de l'entreprise Francophone de Bruxelles avait rejeté la demande mais la cour d'appel de Bruxelles y a fait droit le 19 février 2024 en affirmant que les dispositions du droit français invoquées pour demander des documents à Eurelec n'étaient pas applicables, car «les relations entre la centrale d'achat européenne et ses fournisseurs sont exclusivement soumises au droit belge»⁹. Elle a fait interdiction sous astreinte au Ministre français de l'Économie de mettre en œuvre, procéder et/ou collaborer à des mesures d'inspection et de recherche de documents et d'informations concernant les contrats conclus par Eurelec. La procédure a été faite en réaction à la demande formulée par l'administration française de produire les conventions passées avec ses fournisseurs afin de vérifier le respect de la date butoir. Eurelec a refusé d'y répondre en estimant qu'elle n'était pas soumise au droit français et en invoquant une violation de la directive européenne relative aux services dans le marché intérieur. La DGCCRF a contesté la mesure prise par la cour d'appel de Bruxelles pour contrer l'action de l'administration française relative à des fournisseurs français, sans tenir compte de l'immunité de juridiction des Etats. Elle s'est étonnée qu'une juridiction belge interdise à une administration française de mettre en œuvre des mesures d'enquête auprès de ses ressortissants sur son territoire, dans le cadre de prérogatives de puissance publique. Par ordonnance du 10 septembre 2024, le tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles a déclaré la demande d'Eurelec irrecevable en tant qu'elle n'avait pas été dirigée contre l'Etat français mais seulement contre la DGCCRF et la DRIETS d'Ile-de-France (service ayant réalisé l'enquête et ayant infligé à Eurelec l'amende administrative querellée). Eurelec n'a pas interjeté appel de cette ordonnance qui est donc désormais définitive.

9 CA Bruxelles, 1re ch. F., aff. civiles, 19 févr. 2024, n° 2024/QR/13.

Valérie Pironon
Professeur à Nantes Université (IRDP)

L'effectivité du droit français des pratiques commerciales déloyales inter-entreprises figurant au Titre IV du Livre IV du code de commerce est largement assurée par les prérogatives exorbitantes de droit commun qui sont reconnues au ministre de l'économie. À l'épreuve de l'internationalisation des centrales d'achat, les limites territoriales de l'exercice par le ministre de ses pouvoirs d'enquête, de sanction et d'action en justice sont questionnées à l'aune des mécanismes de droit international privé dont les limites sont à leur tour mises en cause. La « saga » Eurelec en témoigne. Le volontarisme exprimé par le législateur français dans la récente loi « Egalim 3 » pour maintenir ces opérateurs charnière de la chaîne de distribution sous l'emprise des juridictions et du droit français demeure extrêmement fragile. Mêlant droit positif et droit prospectif, la présente contribution s'efforce de procéder à un diagnostic des difficultés contentieuses existantes en perspective internationale avant d'envisager des pistes nationales et/ou européennes d'évolution.

Mots-clefs	Pratiques commerciales déloyales	Centrales internationales	Eurelec
Ministre de l'économie	Egalim 3	Article L444-1 A du code de commerce	Bruxelles 1 bis
Matière civile et commerciale		Compétence internationale	Loi applicable

The French Minister of the Economy has exorbitant prerogatives to preserve the effectiveness of unfair commercial practices regulation in France. With the internationalization of group purchasing organisations, the territorial limits of the exercise by the Minister of his powers of investigation, administrative sanction and legal action are questioned in the light of private international law mechanisms whose limits are in turn called into question. The Eurelec “saga” gives a core illustration of the problem. In “Egalim 3”, the French legislator expressed a strong voluntarism to keep these crucial operators of the distribution chain under the influence of French jurisdictions and laws. The effectiveness of the rules inserted to this end in article L444-1 A of the Commercial Code remains extremely fragile though. Combining positive law and prospective law, this contribution attempts to carry out a diagnosis of the questions actually raised in international litigation before drawing national and/or European perspectives of evolution.

1 Cette contribution reprend avec une courte introduction et quelques précisions les propos tenus lors des deux tables rondes structurant le colloque coorganisé par F. Jault-Seséke et H. Hadj-Aïssa le 14 juin 2024 à l'UVSQ sur « Le droit des pratiques commerciales déloyales inter-entreprises à l'épreuve du regroupement européen des centrales d'achat ». Le style oral a été conservé.

1. Original, complexe, instable, le droit français des pratiques commerciales déloyales – tel qu'il figure dans le Titre IV du Livre IV du code de commerce – est toujours parvenu jusqu'alors à s'imposer dans les relations industrie-commerce internes par-delà les nom-

breuses critiques qui lui sont adressées. La résilience du dispositif doit beaucoup au rôle particulier reconnu au ministre de l'économie qui dispose de prérogatives exorbitantes de droit commun destinées à garantir sa mise en oeuvre effective. On songe en particulier aux pouvoirs d'enquête qui lui permettent d'établir des manquements aux règles de transparence, désormais exposées au jeu de sanctions administratives, mais aussi d'agir devant les juridictions civiles et commerciales afin d'obtenir la condamnation, au plan civil, des pratiques dites restrictives de concurrence dont il a connaissance². Mais l'effectivité de ce dispositif exorbitant résistera-t-elle à l'épreuve de l'internationalisation des négociations favorisée par le regroupement européen des centrales d'achat et de services ?

2. Avec la délocalisation d'une partie de leurs achats et de leurs services dans des centrales européennes établies hors de France, les enseignes de la grande distribution espèrent en effet placer leur activité sous l'empire de lois étrangères moins... originales, complexes, instables, mais aussi surtout plus libérales et moins punitives. Pourtant, dès lors que la négociation porte sur des produits ou services commercialisés sur le territoire français, l'approche des pouvoirs publics français est de maintenir la relation commerciale – qui n'est qu'un maillon d'une chaîne de distribution plus longue – sous l'empire du dispositif français. Qu'en est-il au regard des règles de droit international privé, à les supposer applicables³ ? Permettent-elles de préserver l'application du droit français ? Dans l'affirmative, le droit de l'Union européenne (UE) peut-il le tolérer lorsque la centrale est établie dans un autre Etat membre, dont la loi et les juridictions sont choisies dans les conventions issues de la négociation ?
3. Ces questions élémentaires, qui ne sont pas nouvelles mais qui ont pris une ampleur certaine ces dernières années, ont été mises en lumière dans les deux tables rondes du colloque : la première permettant de faire un diagnostic à partir de la médiatique affaire Eurelec (I), la seconde destinée à dessiner des perspectives nationales et/ou européennes d'évolution (II).

I. L'encadrement juridique en pratique : l'affaire Eurelec

4. L'affaire Eurelec a fait éclater au grand jour la question des pouvoirs du ministre de l'économie à l'égard de pratiques commerciales déloyales imputées à des sociétés de siège étranger. Bien qu'elle ne fût pas inédite, la question était controversée et souvent mal posée. Véritable cas d'école, l'affaire Eurelec permet d'exposer clairement le(s) problème(s) (A) et d'envisager différentes solutions (B).

A. Exposé du problème

5. Les contentieux opposant le ministre à la centrale Eurelec – souvent mal compris ou mal exposés dans la presse économique – ont permis de révéler des problèmes de droit international différents car

² Les aspects de droit matériel sont abordés dans les autres contributions au colloque.

³ Pour une approche récente de la même question, v. « Droit international et pratiques commerciales déloyales », *RLC* 2024 n°139, et les « Regards croisés » de V. Pironon p. 43 et J.-Ph. Arroyo p. 48.

4 CA Bruxelles, 1^{er} ch. F, 19 février 2024, N°2024/QR/13. Cette décision n'était pas publique au moment du colloque. Elle est désormais accessible sur la plateforme Lextenso. Reprochant au ministre d'envisager un usage extraterritorial (en Belgique) de ses pouvoirs d'enquête, la Cour de Bruxelles reconnaît au juge belge « *le pouvoir d'ordonner des mesures même si elles doivent le cas échéant être exécutées, en tout ou partie, à l'étranger* » et enjoint au ministre de ne pas utiliser ses pouvoirs d'enquête ... en France auprès des entités de siège français en lien avec la centrale pour respecter la désignation de la loi belge dans le contrat et protéger les secrets d'affaires d'Eurelec « *en quelque main ou territoire (que les documents dont la production est demandée) se trouvent* ».

5 Pour un arrêt très récent, v. CAA Paris 13 déc. 2024, n°22PA04574, venant confirmer TA Paris, 23 juin 2022, no 2108979/2-1, *Eurelec Trading*, à propos du défaut d'établissement d'une convention écrite. Pour un autre train de sanctions, v. communiqué du 4 août 2024, economie.gouv.fr, annonçant la condamnation de la centrale Eurelec au paiement d'une amende de plus de 38 millions d'euros. Plus récemment encore, une sanction de plus de 10 millions d'euros a été prononcée pour non-respect de la date butoir des négociations avancée par la loi Le Maire n° 2023-1041 du 17 novembre 2023 contre Eureka Mayoristas SL, filiale du groupe Carrefour.

6 La centrale belge a été assignée devant le tribunal de commerce de Paris en 2019 avec d'autres entités de droit français formant le socle du mouvement Leclerc.

7 Sur cette question, v. not. B. Audit, L. d'Avout, *Droit international privé*, LGDJ Lextenso, 2022 n°522 et s.

8 V. en ce sens, CEPC, avis no 19-7, 18 avr. 2019, relatif à une demande d'avis d'un professionnel portant sur le champ d'application de l'art. L. 441-7 du code de commerce dans un contexte international.

9 Régl. (UE) n° 1215/2012 du PE et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

10 M. Behar-Touchais, « Et si l'action du ministre fondée sur l'article L. 442-6, III, du code de commerce n'était ni contractuelle, ni délictuelle au sens des règlements Bruxelles I, Rome I et Rome II ? », *RDC* 2015, p. 889.

11 Par jugement du 21 avril 2021, le tribunal de commerce de Paris s'est dit compétent pour appliquer l'ancien article L.442-6 I du code de commerce (devenu L442-1 I) à Eurelec. La réformation de ce jugement a été entreprise devant la Cour d'appel de Paris qui dans son arrêt du 2 février 2022 a interrogé la Cour de justice sur l'applicabilité du règlement « Bruxelles 1 bis ».

12 CJUE, 22 déc. 2022, no C-98/22, *Eurelec Trading*, JCP G 2023, 143, note C. Nourissat, JCP E 2023, 1041, note M. Behar-Touchais, *Europe* 2023, no 2, comm. 90, obs. L. Idot, *Contrats, conc. consom.* 2023, comm. 43, obs. N. Mathey, *RCDIP* 2023-4 p.794 note E. Farnoux, *JDI* 2024-1, note M. Chagny et V. Pironon, p.185.

13 Au moment du colloque.

ils concernent l'exercice par le ministre de prérogatives différentes. Le ministre est en effet intervenu :

- Dans l'exercice de ses pouvoirs d'enquête, nécessairement exposés – et cela n'est pas une nouveauté – à des limites territoriales. Cette question est au cœur de la décision rendue par la Cour d'appel de Bruxelles qui a créé un certain effet de sidération⁴ ;
- Dans l'exercice de son pouvoir de prononcer des sanctions administratives à l'encontre de certaines pratiques contraires aux obligations de transparence tarifaire imposées par le législateur français⁵ ;
- Dans l'exercice de son pouvoir d'agir devant les juridictions de l'ordre judiciaire sur le fondement de l'interdiction française des pratiques restrictives de concurrence. C'est la question qui est au cœur de l'action très médiatique engagée en 2019 par le ministre de l'économie contre Eurelec pour avoir obtenu de la part de ses fournisseurs français des avantages dépourvus de toute contrepartie⁶.

6. Dans les deux premiers cas, l'exercice par le ministre de ses pouvoirs – d'enquête administrative et de sanction administrative – ne relève pas des règles de conflit de lois ou de juridictions. S'agissant des pouvoirs d'enquête, la question est à rapprocher de celle relative à l'obtention de preuves à l'étranger⁷. Quant à l'exercice du pouvoir de sanction, il relève de ce qu'il est usuel d'appeler aujourd'hui le *public enforcement*⁸.

7. En va-t-il de même dans le troisième cas, c'est-à-dire lorsque le ministre exerce son pouvoir d'agir en justice sur le fondement de l'article L442-4 du code de commerce (ex L442-6 III) ? Traditionnellement non. Plus précisément, l'action du ministre était jusqu'alors analysée comme une action privée relevant des mécanismes de droit international privé et notamment du règlement « Bruxelles 1 bis »⁹ pour ce qui est de la détermination du juge compétent. Mais des voix se sont élevées, depuis quelques années, pour soutenir que l'action du ministre ne relevait pas de la matière civile et commerciale, seule envisagée par les règlements européens de droit international privé¹⁰.

8. L'affaire Eurelec a précisément été l'occasion de porter cette question devant les juridictions françaises qui ont interrogé la Cour de justice sur le point de savoir si l'action du ministre relevait ou non de la matière civile et commerciale au sens du règlement¹¹. Or le 22 décembre 2022¹², la Cour a répondu par la négative (dès lors que l'action est fondée sur l'exercice de pouvoirs d'enquête ou de pouvoirs d'agir en justice exorbitants de droit commun), ce qui a ouvert la voie à plusieurs années de réflexions, débats, rebondissements. Nous n'en sommes ainsi sans doute – en cette année olympique¹³ – qu'au début d'un match en trois manches au moins consistant à déterminer 1/ si le juge français est compétent et dans l'affirmative sur quel fondement, 2/ si le droit français est applicable et dans l'affirmative sur quel fondement et 3/ si le tout n'est pas contraire au droit de l'UE.

B. Solutions du problème

9. Du point de vue du droit international privé, l'affaire Eurelec soulève en substance deux questions traditionnellement distinguées et pourtant intimement mêlées : la compétence du juge et la loi applicable.
10. A ce jour, seule la première question, celle de la compétence internationale du juge français, a été tranchée par la Cour d'appel de Paris qui, dans son arrêt du 21 février 2024¹⁴, prend acte de l'arrêt rendu par la Cour de justice pour exclure l'application du règlement « Bruxelles 1 bis » et vérifier la compétence du juge français sur le fondement du droit international privé commun français. Plus précisément, la cour se fonde sur l'article 42 alinéa 2 du code de procédure civile étendu à la compétence internationale du juge français, ce qui a été âprement débattu par les parties dans un contexte où la loi « Egalim 3 » est intervenue entre temps pour affirmer, à l'article L444-1 A du code de commerce, la compétence exclusive du juge français pour connaître de ce type d'action. Deux séries d'observations peuvent être formulées à cet égard.
11. On peut se demander tout d'abord s'il est juste de rechercher la compétence internationale du juge français sur le fondement du droit international privé commun. Cela a pu être mis en doute aux motifs que l'exclusion de la matière civile et commerciale au sens du règlement « Bruxelles 1 bis » valait *in fine* exclusion du droit international privé¹⁵. Ce n'est pas notre avis. Si le règlement est inapplicable, les conceptions françaises redeviennent le socle de la réflexion et l'objet de la projection. Or en l'état du droit positif, l'action du ministre, qui est hybride, est soumise au régime des actions privées dans les litiges internes. Il n'y a donc pas de raison à ce stade de la soumettre au régime des actions publiques dans les litiges internationaux, du moins pas avant que la qualification d'action publique soit admise dans les relations internes. **En d'autres termes, si la qualification doit évoluer, c'est d'abord dans les litiges internes puis par extension dans les litiges internationaux**¹⁶. En retenant la compétence exclusive du juge français, l'article L444-1 A du code de commerce permet en toute hypothèse de dépasser cette question.
12. Si le droit international privé commun est applicable, on peut se demander ensuite quel chef de compétence mobiliser. En l'espèce, la Cour de Paris s'est fondée à titre principal sur l'article 42 alinéa 2 du code de procédure civile qui permet une extension de compétence aux codéfendeurs. Encore fallait-il que l'action exercée contre le défendeur d'ancrage présente un caractère sérieux et qu'il existe un lien suffisant de connexité entre les demandes. La centrale belge étant attirée devant le juge français avec deux entités affiliées au mouvement Leclerc établies en France, dont le GALEC qui disposait au moment des faits d'un pouvoir de contrôle conjoint sur Eurelec avec une société allemande (Rewe), la Cour d'appel a estimé que

14 Paris 21 février 2024, RG 21/09001, RLC mai 2024 n°4668, note H. Meur.

15 V. en ce sens M. Behar-Touchais, note préc. sous l'arrêt *Eurelec*.

16 Sur cette question, M. Chagny et V. Pironon, note sous l'arrêt *Eurelec* préc.

l'extension de compétence pouvait jouer¹⁷. Elle se dispense ainsi de mobiliser, même à titre surabondant, l'article 46 qui était également invoqué par le ministre pour fonder la compétence du juge français¹⁸. Là encore, l'article L444-1 A permet aujourd'hui de dépasser ces questionnements en fondant la compétence exclusive du juge français sur l'applicabilité de la loi française.

13. S'agissant précisément de la loi applicable à l'action du ministre, deux observations seulement seront faites au départ de l'affaire Eurelec.
14. Première observation, l'arrêt du 21 février 2024 ne tranche pas cette question. Bien mieux, le jugement est infirmé :

en ce qu'il a précisé se déclarer compétent « pour statuer sur le respect de l'article L442-6 I (devenu L442-1 I°) sur le territoire français dans le cadre du présent litige », ce qui relève de la détermination de la loi applicable au fond du litige et de l'appréciation du bien-fondé de l'action et non de l'exception d'incompétence territoriale.

Même si la formulation est un peu alambiquée, on comprend que la compétence du juge français non seulement ne dépend pas de l'applicabilité du droit français mais bien mieux n'emporte pas l'applicabilité du droit français, ce qui correspond à la distinction traditionnelle du *forum* et du *jus* que la Cour d'appel de Paris fait sienne dans cette affaire. On ne peut s'empêcher cependant de noter que ce « *forum legis* » écarté par la Cour d'appel est finalement consacré par l'article L444-1 A du code de commerce qui donne une compétence exclusive au juge français chaque fois que la loi française est applicable.

17 Même si cela n'est pas clairement dit, on perçoit que l'unité d'entreprise qui commence à être mobilisée en droit des pratiques restrictives pourrait avoir un rôle à jouer en ce domaine. Comp. sous l'empire du règlement « Bruxelles 1 bis », dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles, CJUE 13 févr. 2025, aff. C-393/23, *Athenian Brewery SA et Heineken NV contre Macedonian Thrace Brewery SA*.

18 Comp. Paris 23 oct. 2024, RG n°20/18017655, *Google*.

19 Règl. (CE) n°593/2008 du PE et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) et n°864/2007 du PE et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II).

20 Sur ce questionnement, v. J.-Ph. Arroyo, préc. note 3. V. également M. Behar-Touchais, note sous *Eurelec* préc.

21 Outre la question de l'application dans l'espace, il s'agit aussi d'une question d'application de la loi dans le temps.

22 Pour une réponse négative, CAA Paris 13 déc. 2024, n°22PA04574, venant confirmer TA Paris, 23 juin 2022, no 2108979/2-1, *Eurelec Trading*, préc. à propos du défaut d'établissement d'une convention écrite.

15. Deuxième observation, comment déterminer dès lors si la loi française est applicable ? Cette question aux multiples facettes n'a pas été tranchée dans cette affaire qui est toujours pendante. Or elle implique de se demander :
 - D'abord si les règlements européens « Rome I » et/ ou « Rome II »¹⁹ auront ou non vocation à s'appliquer en présence d'une action du ministre – et dans l'affirmative de quelle façon – puisqu'ils ne s'appliquent eux aussi qu'en matière civile et commerciale²⁰ ;
 - Ensuite si l'article L.444-1 A du code de commerce issu de la loi « Egalim 3 » qui retient l'application de la loi française aux conventions conclues entre un fournisseur et un acheteur de produits ou services commercialisés sur le territoire français pourra être effectivement mobilisé pour imposer l'application de la loi française dans les rapports entre une centrale étrangère et des fournisseurs français soumis par les parties à une loi étrangère²¹ ;
 - Enfin, si l'application forcée de la loi française à des opérateurs étrangers ne heurte pas dans chaque espèce considérée le droit matériel de l'UE²², le tout dans un contexte économique, politique et social très tendu.

16. Autant dire que l'affaire aussi bien que les questions qu'elle soulève ne peut susciter l'enthousiasme académique sans une pointe d'inquiétude pour l'ensemble des acteurs de la chaîne de distribution dont le sort est suspendu à ces problèmes juridiques épineux souvent mal compris ou interprétés, ce qui contribue à alimenter une certaine défiance à l'égard du droit et des institutions. De nouvelles perspectives de réformes doivent-elles être explorées pour relever ce défi ?

II. Sur les perspectives de réforme

17. Des perspectives de réforme ont été ouvertes au cours du premier semestre 2024²³. Si elles n'ont pu être concrètement explorées en raison de l'agenda politique, la ferveur réformatrice pourra sans nul doute s'exprimer à nouveau en 2025. Pour s'en tenir ici à l'application du dispositif français aux centrales étrangères, la question est de savoir si, et dans l'affirmative comment, le législateur français peut/ doit maintenir dans le code de commerce une disposition telle que l'article L444-1 A, destinée à préserver la compétence du juge français et de la loi française dans le cadre d'une future réforme du Titre IV. Pour l'aborder, il faut classiquement faire un bilan d'étape de l'article L444-1A (ou du moins des débats qui l'entourent) (A) avant d'envisager quelles seraient les perspectives – raisonnables, utiles – d'évolution (B).

A. Bilan de l'article L444-1 A du code de commerce

18. S'agissant du bilan, l'article L444-1 A a marqué une rupture avec le passé.
19. Auparavant, et bien que la question de l'application du Titre IV aux centrales étrangères préoccupe l'exécutif et les parlementaires depuis plusieurs années, le législateur avait pour l'essentiel abandonné la question au juge. Certains textes ont certes été adoptés pour imposer l'application des règles de transparence tarifaire (via l'établissement d'une convention écrite) aux conventions conclues avec des acheteurs étrangers (art. L631-24 du code rural et de la pêche maritime et, plus récemment, L441-3 du code de commerce). Mais aucune disposition générale n'avait pu être adoptée dans le code de commerce. Lors des débats ayant mené à l'adoption de la loi « Egalim 1 » en 2018, le Sénat avait certes voté l'ajout d'une disposition retenant que l'interdiction des pratiques restrictives de concurrence devait s'analyser comme une loi de police au sens de l'article 9 § 1 du règlement « Rome I » et s'appliquer à ce titre « à tout contrat qui a pour objet l'approvisionnement d'un acheteur de produits destinés à la revente sur le territoire français ». Mais le texte avait finalement été retiré par l'Assemblée nationale. En 2023, le législateur s'est donc jeté à l'eau (si l'on peut dire) en exprimant clairement sa volonté de préserver l'application de la loi française et la compétence du juge français dans les rapports avec les centrales étrangères. Mais de l'avis du législateur lui-même²⁴, il s'agirait plus d'un « coup d'épée dans l'eau »²⁵. Pourquoi ?

23 Une mission parlementaire relative aux perspectives d'évolution du cadre juridique applicable aux négociations et aux relations commerciales dans la filière agroalimentaire a été réunie par G. Attal (lettre du 22 février 2024). Le rapport a été remis le 10 octobre 2024 par les deux anciens députés A.-L. Babault et A. Izard au ministre de l'agriculture et de la souveraineté alimentaire française et au secrétaire d'état à la consommation. Comp. le rapport sénatorial de suivi des lois Egalim établi par D. Gremillet et A.-C. Loisier du 20 novembre 2024.

24 V. Le rapport d'information n°2340 du 13 mars 2024 sur l'application de la loi n°2023-221 du 30 mars 2023 présenté par F. Descrozailles et A. Trouvé, relevant que cela n'a rien changé.

25 H. Meur, « Entre la lettre et l'esprit de la loi Egalim 3, quel avenir pour le droit international privé du « petit » droit de la concurrence ? », *JDI* 2024-1 p.29.

20. **L'apport principal de ce texte nous paraît être d'avoir enfin clarifié la volonté du législateur.** Nul ne peut plus dire désormais, qu'on le veuille ou non, que les dispositions du Titre IV constituent du point de vue du législateur français de simples dispositions impératives internes applicables lorsque la loi française est désignée par la règle de conflit de lois. Au contraire, la volonté du législateur est de lutter contre « l'évasion juridique » et de préserver l'applicabilité du régime français : 1) dans un contexte tendu (au plan juridique en raison de l'abondance du contentieux et au plan politique en raison des pressions qui s'exercent aux « deux bouts de la chaîne ») et 2) dans un contexte contraint (par le droit international privé et le droit matériel de l'UE). Certes, le législateur n'indique pas que les textes visés sont des « lois de police » mais qu'ils sont « d'ordre public ». Deux raisons peuvent l'expliquer : d'une part, la notion de loi de police suppose l'existence d'un conflit de lois qui est absent chaque fois qu'il s'agit de mettre en œuvre des sanctions pénales ou administratives ; d'autre part, la qualification de loi de police – qui est justiciable dans les rapports de droit privé des règlements européens de droit international privé – relève de l'office du juge. **Peut-être aurait-il simplement fallu dire que ces textes sont « d'intérêt public » pour lever toute ambiguïté sur les objectifs poursuivis.** L'autre apport de ce texte est d'indiquer clairement le critère de rattachement au territoire français. Là encore, si le choix politique effectué pourrait être discuté²⁶, il montre que le rééquilibrage des rapports contractuels promu par le Titre IV n'est pas simplement une mesure de protection du fournisseur faible (ce qui n'est d'ailleurs pas le cas dans les rapports avec l'industrie agro-alimentaire). **Il s'agit plus d'un moyen pour réguler les pratiques commerciales des acheteurs qui interviennent à un niveau « charnière » de la chaîne de distribution puisque ces négociations vont avoir un effet systémique dans les rapports avec « l'amont » (notamment l'amont agricole) et avec « l'aval » (les consommateurs)²⁷. A l'effet cumulatif horizontal des pratiques commerciales s'ajoute donc un effet « boule de neige » de type vertical.**

26 C. Nourissat, « L'application dans l'espace de la directive « pcd interentreprises » : quelle(s) influence(s) pour les pcd du droit commun français ? », *Liber amicorum* en l'honneur du Professeur Didier Ferrier, LexisNexis Dalloz, 2021, p. 487. V. également A. d'Ornano, « Eclairages sur... une extension transfrontière de dispositions du code de commerce relatives aux relations entre fournisseurs et distributeurs », *RCDIP* 2023 p.701.

27 Sur l'ensemble de la problématique, v. Le Forum mondial sur la concurrence de l'OCDE, 3-4 déc. 2024, « La concurrence dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire ».

28 Le sort de ces clauses sous l'empire des règles de droit international privé applicable justifierait une étude plus approfondie.

29 Civ. 1e 22 oct. 2008, no 07-15.823 ; D. Bureau, H. Muir Watt, « L'impérativité désactivée ? », À propos de Cass. 1re civ., 22 oct. 2008, *Monster Cable* », *RCDIP* 2009-1, p. 1 ; v. aussi 1re civ. 18 janv. 2017, n°15-26.105, *Riviera Motors*.

21. Les limites du texte n'ont cependant pas tardé à se révéler. D'abord, sur le terrain de la compétence exclusive du juge français, on peut sans doute reprocher à l'article L444-1 A d'être en partie inutile (pour la mise en œuvre des règles exposées au jeu de sanctions pénales ou administratives) et en partie inefficace (dans les contentieux entre opérateurs en présence d'une clause attributive de juridiction relevant du règlement « Bruxelles 1 bis » ou, dans une moindre mesure, de la convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for)²⁸. De ce point de vue, on relèvera simplement que l'article L.444-1 A ne pourra s'appliquer « librement » pour neutraliser une clause attributive de juridiction que dans des affaires types « *Monster Cable* » dans lesquelles le juge désigné est celui d'un Etat non membre de l'UE qui n'est pas partie à la convention de La Haye²⁹. Reste l'action du ministre mais comme l'arrêt de la Cour d'appel de Paris le montre, il n'est pas forcément besoin d'une compétence exclusive dérogatoire

pour retenir la compétence internationale du juge français³⁰. Ensuite sur le terrain de la loi applicable, on a pu reprocher à l'article L444-1 A d'être excessif (en ce qu'il embrasse toutes les dispositions du Titre IV dans toutes les circonstances où elles sont matériellement applicables). Pour autant on ne peut pas lui reprocher d'avoir méconnu le droit de l'UE qui tend vers une intervention moins systématique, plus circonstanciée des dispositions nationales d'intérêt public éligibles à la qualification de loi de police dans les rapports de droit privé³¹, ce qui est peut-être salutaire pour éviter l'affrontement avec le test de nécessité et de proportionnalité inhérent au jeu des libertés économiques fondamentales promues par le droit matériel de l'UE³².

22. Dans ce contexte, il est donc permis de se demander s'il faut persister dans cette voie, « rétro pédaler » ou procéder autrement. Autrement dit, quelles pistes d'évolution méritent d'être explorées ?

B. Evolutions envisageables du régime international du Titre IV

23. S'agissant des évolutions, on se demandera comment l'objectif poursuivi par le législateur pourrait être atteint en dehors de l'article L444-1 A du code de commerce.
24. Sur la compétence exclusive reconnue au juge français dans le code de commerce, des alternatives existent. **Certes, la formulation d'une compétence exclusive du juge français pour connaître de l'action hybride du ministre peut se justifier, mais elle pourrait sans doute être insérée dans l'actuel article L442-4 du code de commerce ouvrant l'action au ministre. Quant au contentieux entre opérateurs, il nous semble que la régulation des clauses attributives de juridiction, dont l'enjeu dépasse les relations industrie-commerce, aurait plutôt sa place dans les instruments de droit international privé.** Cette régulation n'est pas impossible même si elle est controversée. On songe à l'article 6 de la convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for qui prévoit que le juge ne donnera pas effet à la clause si « c) donner effet à l'accord aboutirait à une injustice manifeste ou serait manifestement contraire à l'ordre public de l'Etat du tribunal saisi » mais aussi à l'article 29 du projet de code de droit international privé (mars 2022) qui prévoit dans son article 29 que :

la circonstance que le litige mette en jeu des lois de police françaises ne prive pas la clause de son efficacité, sous réserve que cette clause ne crée pas en elle-même un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

Il en va différemment du règlement « Bruxelles 1 bis » qui – soucieux de favoriser la sécurité juridique dans les rapports B2B et hermétique au déséquilibre du rapport de forces en ce domaine – ne fixe actuel-

30 Paris 21 février 2024, RG 21/09001, *Eurelec* préc. Comp. Paris 23 oct. 2024, RG n°20/18017655, *Google*.

31 V. très clair à cet égard, dans la mise en œuvre du règlement « Rome II » : CJUE 5 septembre 2024, aff. C-86/23, *HUK-COBURG* ; v. auparavant CJUE 31 janv. 2019, n°C149/18, *Da Silva Martins*.

32 La plainte déposée contre la France par l'association Eurocommerce en décembre 2023 sera peut-être l'occasion d'éclaircir cette question.

lement aucune limite au jeu des clauses attributives de juridiction sous réserve du respect, en la forme, des conditions énoncées par le règlement et, au fond, de la loi du juge élu. Dans des rapports B2B déséquilibrés, ce régime paraît aujourd'hui insuffisant et ce d'autant plus depuis que la Cour de justice dans son arrêt *Inkreal* du 8 février 2024 a retenu l'application de l'article 25 du règlement « Bruxelles 1 bis » à une clause insérée dans un contrat purement interne³³. Des limites sont ainsi nécessaires. Si elles ne viennent pas de la Cour de justice – qui dans son récent arrêt *Societa Italiana Lastre* du 27 février 2025 s'est montrée indifférente au jeu des clauses attributives de juridictions déséquilibrées – la réforme du règlement « Bruxelles 1 bis » devrait donner l'occasion d'affronter le problème³⁴.

25. Sur la loi applicable, il demeure pertinent que le législateur exprime sa volonté d'application immédiate de la loi française, mais des modes d'expression alternatifs sont envisageables tant au plan formel qu'au plan substantiel. Formellement, on peut s'interroger sur le point de savoir si l'insertion d'un article « chapeau » dans le code est un procédé idéal. Comme il s'agit plus d'interpréter la portée dans l'espace du droit français, il suffirait peut-être de le préciser dans l'exposé des motifs ou dans un rapport au président de la République, ce qui laisserait plus de marge de manœuvre à l'interprète pour articuler cette politique législative française avec le cadre européen, tout en lui donnant plus d'indications sur les circonstances dans lesquelles cette application devrait particulièrement s'imposer. Substantiellement, il est en effet sans doute difficile aujourd'hui de penser dans l'absolu que toutes les dispositions du Titre IV pourront s'imposer en toute circonstance aux achats de produits ou services commercialisés en France. Un tel commandement risque en effet de ne pas toujours passer le test du droit de l'UE. **Pour sécuriser l'application du dispositif français, il serait utile que le législateur précise en quoi son application est cruciale pour la sauvegarde des intérêts publics dans les situations internationales qui ne le sont parfois que par l'établissement à l'étranger de la centrale et qui pourraient donc, d'un point de vue purement matériel, être analysées comme des situations internes françaises³⁵.** Mais même si son impérativité internationale est fortement motivée, l'application effective du dispositif français aux centrales établies à l'étranger restera fragile en l'absence de régime équivalent dans les autres Etats membres de l'UE où les centrales s'implantent et négocient avec l'ensemble de leurs fournisseurs européens. D'où l'intérêt sans doute de profiter du vent de loyauté qui commence à souffler au niveau européen par l'adoption de règles spécifiques à l'activité des centrales³⁶ qui, à l'instar des plateformes, se présentent sans conteste aujourd'hui comme des opérateurs « cruciaux »³⁷ dans les chaînes de distribution pour accéder aux linéaires des grandes surfaces...

33 CJUE 8 févr. 2024, aff. C-566/22, *Inkreal*, abondamment commenté dont nous partageons pour l'essentiel les commentaires critiques.

34 C. Nourissat et L. Pailler, « Election de for déséquilibrée : quel(s) contrôle(s) ? », in M.-E. Ancel et P. de Vareilles-Sommières (dir.), *La refonte du règlement Bruxelles 1 bis : les clauses d'élection de for*, 18 mars 2024, courdecassation.fr (à paraître). CJUE 27 févr. 2025, aff. C-537/23, *Societa Italiana Lastre*.

35 Sur cet aspect, v. V. Pironon, art. préc. note 5.

36 V. en ce sens les rapports parlementaires préc. note 20.

37 Terminologie développée par M.-A. Frison-Roche dans le champ du droit de la *compliance*.

Cyril Nourissat

Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'Université Jean Moulin – Lyon 3, Directeur de l'Équipe de Droit international, européen et comparé (EDIEC – EA 4185)

Après de nécessaires clarifications terminologiques et notielles, l'étude montre comment – face aux hésitations bien réelles sur la possibilité de légiférer pour l'Union européenne – le juge national et la Cour de justice (au travers d'un dialogue préjudiciel bien compris) seront en première ligne pour sanctionner les pratiques commerciales déloyales des centrales d'achat paneuropéennes.

Mots-clefs

Petit droit de la concurrence

Pratiques commerciales déloyales

Harmonisation négative

Lois de police

Pratiques restrictives de concurrence

Harmonisation positive

After a deep clarification of terminology and concepts, the study try to show how – due to uncertainty about the possibility of an European legislation – the national judge and the Court of Justice (through a well-understood preliminary ruling dialogue) will be in the front line to sanction the unfair trading practices of pan-European purchasing groups.

1. De chaleureux remerciements doivent être adressés à Fabienne Jault et à Hakim Hadj-Aïssa pour l'organisation aussi bien scientifique que matérielle de cette journée à laquelle je ne pouvais que souhaiter participer. La raison de cette participation est simple et personnelle. Cette journée aborde *mutatis mutandis* un sujet qui me reste cher : l'internationalisation des pratiques restrictives de concurrence à laquelle j'ai consacré un cours spécial en 2016 à l'Académie de La Haye.
2. Or, le constat suivant s'impose. Depuis et même si cela n'est pas si ancien (une petite dizaine d'années), beaucoup de choses ont vraiment changé au point que la publication n'a probablement plus de réel intérêt !
3. En premier lieu, le vocabulaire puisque (sous l'influence de l'Union européenne) les pratiques restrictives de concurrence sont désormais appelées pratiques commerciales déloyales interentreprises. En deuxième lieu, ce qui a longtemps été une législation d'exception ou une singularité franco-française¹ car – en réalité – largement marquée par notre attachement national indéfectible à la culture de l'économie administrée semble désormais irriguer d'autres territoires (mais attention à ne pas se tromper sur les objectifs), en particulier européens avec la directive 2019 concernant la distribution agricole.

* Le style oral de ces propos est conservé. Quelques ajouts, notamment les notes de bas de page, sont opérés dans la stricte limite du nécessaire.

¹ En ce sens, D. Fasquelle, « Quel avenir pour les pratiques restrictives de concurrence ? Le Titre IV au regard des exemples étrangers : une exception française ? », in *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986. Evolutions et perspectives*, Colloques & débats, Litec., 2006, p. 113s.

En troisième et dernier lieu – et c'est ce qui nous retient aujourd'hui – sont apparues et se sont généralisées ces centrales d'achat « délocalisées ». Il a été rappelé au cours de cette journée que la désormais fameuse centrale Eurelec qui a donné son nom à un important arrêt préjudiciel en interprétation² et suscité une réaction législative française aussi immédiate qu'inapte³ est née en 2016 !

4. Force est de souligner que l'actualité est riche de sa diversité avec aussi bien des textes – plus ou moins convaincants, on l'a dit – que des jugements et arrêts – plus ou moins pertinents, on les a abondamment discutés –, des convergences mais aussi des divergences qui dessinent un tableau dont l'harmonie n'est pas la caractéristique principale. Une image donnée qui est très éloignée de la fameuse école de la ligne claire que l'on pourrait souhaiter à de nombreux titres, aussi bien juridiques (mais est-ce l'essentiel ?) que, surtout, économiques (la lutte contre l'inflation et la question immédiate posée dans de nombreux pays européens au premier rang desquels le nôtre : comment protéger le pouvoir d'achat de chacun d'entre nous ?).
5. Prévaut alors un certain sentiment de désordre dans un contexte « multi-niveaux » où les observateurs comme les acteurs assistent à un véritable Concours Lépine des fausses bonnes solutions dont les exemples se multiplient, que ce soit de la part des États membres ou à l'initiative de l'Union européenne. Faute peut-être, comme toujours, d'envisager sérieusement la principale difficulté qui est de savoir par quel bout prendre le sujet et, en particulier, identifier ce qui a été appelé à plusieurs reprises lors de cette journée « l'âme » du droit de la concurrence !
6. Dès lors, le point de départ de ces brèves observations conclusives tient à une des phrases de présentation de cette journée : « Le *law shopping* et le *forum shopping* induits par ce phénomène peuvent être perçus comme une menace pour l'équilibre général de la relation commerciale ou comme l'occasion de penser un cadre juridique supranational ». On retiendra cette dernière proposition. La mission que se donnent alors ces quelques rapides propos conclusifs sera celle de « penser un cadre juridique supranational », ou du moins d'essayer de poser quelques jalons, quelques fondations pour l'avenir en ayant à l'esprit que ce cadre supranational a pour horizon l'Europe (l'Union européenne) et qu'en évoquant cette dernière, l'on ne prend pas beaucoup de risques car le temps que le Parlement européen s'organise, que la nouvelle Commission européenne soit installée et prenne ses marques, plusieurs mois se seront écoulés. Ainsi, certains propos de ce jour auront-ils été sagement oubliés, emportés dans le tourbillon contemporain des paroles...
7. Plus sérieusement, c'est poser cette question, simple à formuler : quel rôle pour l'ordre juridique européen en matière de pratiques restrictives de concurrence (restant attaché à cette expression désormais désuète) et de regroupement européen des centrales d'achat ?

² CJUE, 22 déc. 2022, *Eurelec Trading SCRL*, C-98/22.

³ Art. L. 444-1-A du Code de commerce.

8. Répondre à cette question suppose, comme toujours, de revenir à ce qui est la clé de compréhension de l'œuvre de l'Union européenne (ci-après UE) : les compétences et partant les bases juridiques sur lesquelles élaborer de futurs instruments. Ce n'est qu'après avoir traité de cet aspect dans de rapides observations liminaires qu'il deviendra possible de s'attacher à l'Union « régulateur » (« régulatrice » ?) mais aussi, le cas échéant, à l'UE « législateur » (« législative » ?). En d'autres termes, et selon un vocabulaire bien connu des européens, il sera proposé alors d'évoluer entre « harmonisation négative » et « harmonisation positive », d'évaluer l'une et l'autre...

Observations liminaires : les bases juridiques de l'Union à partir desquelles se saisir des pratiques restrictives de concurrence et des centrales d'achat européennes

9. On l'a dit, le seul texte européen qui, à ce jour, traite des pratiques restrictives de concurrence au niveau européen est la directive (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire⁴. Ce texte est important à plus d'un titre, il sera revenu dessus dans la suite du propos, mais retient à ce stade sa base juridique. Or que constate le lecteur de la directive ? Que ce texte, qui se propose de lutter contre les pratiques commerciales déloyales entre entreprises qu'il appréhende dans leurs moindres détails, a pour base juridique la politique agricole commune et non le droit commun du marché et les libertés constitutives qui sont les siennes (libre circulation et libre concurrence).
10. Le lecteur du visa du règlement ne pourra en effet que relever qu'est mentionné l'article 43 § 2 TFUE qui concerne donc expressément la politique agricole commune⁵.
11. Celui qui examinera attentivement les considérants suivants comprendra que c'est là la raison d'être du texte. Morceaux choisis :

4 JOUE L 111, 25 avr. 2019, p. 59s.

5 « 1. La Commission présente des propositions en ce qui concerne l'élaboration et la mise en œuvre de la politique agricole commune, y compris la substitution aux organisations nationales de l'une des formes d'organisation commune prévues à l'article 40, paragraphe 1, ainsi que la mise en œuvre des mesures spécialement mentionnées au présent titre. Ces propositions doivent tenir compte de l'interdépendance des questions agricoles évoquées au présent titre.

2. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, établissent l'organisation commune des marchés agricoles prévue à l'article 40, paragraphe 1, ainsi que les autres dispositions nécessaires à la poursuite des objectifs de la politique commune de l'agriculture et de la pêche ».

Il convient d'instaurer au niveau de l'Union une norme minimale de protection contre les pratiques commerciales déloyales afin de réduire la fréquence de ces pratiques qui sont susceptibles d'avoir des conséquences négatives sur le niveau de vie de la population agricole. (cons. 1)

ou encore :

Différents opérateurs sont présents dans la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire aux différents stades de la production, de la transformation, de la commercialisation, de la distribution et de la vente au détail des produits agricoles et alimentaires. Cette chaîne est

de loin le canal le plus utilisé pour acheminer les produits agricoles et alimentaires de la ferme à la table. (cons. 5)

ou enfin – et pour mettre en lumière ce qui est bien la ratio legis de la directive :

Si le risque commercial est inhérent à toute activité économique, la production agricole est particulièrement chargée d'incertitude, du fait de sa dépendance à l'égard des processus biologiques et de son exposition aux conditions météorologiques. Cette incertitude est renforcée par le fait que les produits agricoles et alimentaires sont dans une plus ou moins large mesure périssables et saisonniers. Dans le contexte d'une politique agricole nettement plus axée sur le marché que par le passé, la protection contre les pratiques commerciales déloyales revêt désormais une importance accrue pour les opérateurs présents dans la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire.

12. Chacun sait combien la politique agricole commune n'est pas le marché commun⁶. Mais, par rapport à ce qui retient notre attention, est-ce à dire que les libertés constitutives du marché ne pourraient pas servir de base juridique pertinente au regard des objectifs poursuivis, par exemple offrir « la protection contre les pratiques commerciales déloyales » car elle « revêt désormais une importance accrue pour les opérateurs présents dans la chaîne d'approvisionnement » de tel ou tel produit ou service non agroalimentaire...
13. Des précédents existent. Nul n'ignore la place occupée, par exemple, par la directive sur l'agence commerciale à l'origine d'un statut harmonisé mais non uniformisé de l'agent dicté par une volonté de protection qui conduit à lui reconnaître une dimension impérative, en tout cas lorsque le contrat s'exécute sur le territoire de l'Union⁷. Ou encore, le droit des délais de paiement harmonisés par la directive de 2011, texte qui est en cours de réécriture depuis quelques mois et mériterait davantage d'intérêt car il contient des dispositions très (trop ?) drastiques en la matière⁸.
14. Sont-ils pertinents au cas d'espèce ? On peut en douter pour une raison qui tient au fait que, quoiqu'en disent certains auteurs ou certains arrêts, les pratiques commerciales déloyales ne sont pas, à y bien réfléchir, une manifestation du droit du marché et donc de ses libertés de circulation constitutives. Comme d'autres, nous pensons qu'elles appartiennent bien davantage à ce que d'aucuns évoquent comme le « petit droit de la concurrence », comme le volet « droit des rivalités » et non le volet « droit du marché ». Et il est vrai que, dans une perspective française du droit de la concurrence, ce « droit des rivalités » a une importance toujours décisive (on pense, en particulier, à ce monstre sans tête qu'est le droit de la transparence tarifaire).

6 Pour une présentation rapide des « marchés spéciaux », cf. par ex. C. Nourissat, B. de Clavière-Bonnamour, *Droit européen des affaires*, 7^e éd., Dalloz, coll. hypercours, 2023.

7 Dir. 86/653/CEE du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants.

8 Dir. 2011/7/UE du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales (refonte).

15. Peut-on alors se tourner vers les articles 101 et 102 TFUE consacrés aux pratiques anticoncurrentielles (ci-après PAC), ou même vers le droit des concentrations, autrement dit les instruments cardinaux de la concurrence par les prix – le « grand droit de la concurrence » –, mettant en œuvre ainsi le modèle de la recherche du prix bas encore aujourd'hui considéré par beaucoup comme l'objectif ultime, ce sur quoi il y aurait beaucoup à dire, en particulier au regard de la constitution des centrales paneuropéennes? Là encore l'expérience française permet de souligner que si les différences existent, elles sont cependant ténues et qu'une même prohibition peut parfaitement s'envisager sous l'une ou l'autre des bannières du « petit » ou du « grand » droit de la concurrence⁹. Mais, ce qui est à nouveau évident, c'est que le lien avec le marché pose question.
16. Dès lors et en définitive où placer les pratiques commerciales déloyales dans l'arsenal juridique européen et son système de compétences d'attribution précis si l'enjeu est de sortir de la seule chaîne agroalimentaire et donc de la politique agricole commune qui en est le fondement et partant la base juridique? Au cœur du Marché intérieur et sur le fondement de l'article 114 TFUE? Sur le marché en cause dont chacun sait qu'il gouverne la mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE?
17. Poser ces dernières questions revient en réalité à considérer que le sort des pratiques restrictives de concurrence peut et doit évoluer entre harmonisation négative (au travers d'un contrôle serré des institutions, Commission et Cour de justice en première ligne) et harmonisation positive (à la faveur de l'adoption par le trilogue européen de texte conduisant au rapprochement des droits nationaux). C'est alors suggérer une approche empreinte d'autres principes axiomatiques de la construction européenne que sont la subsidiarité mais aussi la proportionnalité. Ne peut-on se satisfaire simplement d'un contrôle (ou du spectre du contrôle) sans appeler à davantage, c'est-à-dire à la légiférer? Ce sont alors d'autres observations qui s'imposent.

Observations complémentaires (1): l'UE « régulatrice »
ou la voie de l'harmonisation négative

18. Pour aller à l'essentiel, les quelques observations qui vont suivre s'attacheront aux hypothèses où, en l'absence de normes de droit dérivé (mais bien évidemment, en présence des normes originaires sur la libre circulation et sur la libre concurrence), les institutions porteuses de l'intégration du marché européen que sont – chacune dans son rôle – la Commission européenne et la Cour de justice de l'Union européenne pourraient réguler l'action éventuelle des États membres dans le domaine des pratiques restrictives de concurrence, en ce compris dès lors que sont concernées les centrales d'achat européennes, en particulier lorsqu'elles se sont « expatriées » si ce terme peut être utilisé aussi pour une personne morale.

⁹ Référence est ici faite à certaines formes d'abus de position dominante, par exemple la dépendance économique.

19. Sans entrer dans le détail, deux exemples vont servir de toile de fond pour examiner en quoi et comment la Commission européenne, d'une part, la Cour de justice, d'autre part, sont susceptibles d'appréhender les pratiques commerciales déloyales ainsi que l'activité des centrales d'achat paneuropéennes, mais aussi – et surtout – souligner quelle est la limite à leur intervention, en particulier lorsqu'est envisagée la Cour de justice.

La Commission

20. C'est ici s'attacher à sa mission de gardienne des traités qui la conduit, par exemple, à pourchasser les éventuelles entraves ou restrictions aux libertés de circulation du droit originaire. Chacun sait que la Commission a ainsi été saisie de l'article L.444-1 A du Code de commerce, entré en application le 1er avril 2023, et qui dispose que :

les chapitres Ier, II et III du présent titre s'appliquent à toute convention entre un fournisseur et un acheteur portant sur des produits ou des services commercialisés sur le territoire français. Ces dispositions sont d'ordre public. Tout litige portant sur leur application relève de la compétence exclusive des tribunaux français, sous réserve du respect du droit de l'Union européenne et des traités internationaux ratifiés ou approuvés par la France et sans préjudice du recours à l'arbitrage.

Pour aller à l'essentiel, sans grande surprise, il peut être soutenu qu'une telle disposition est susceptible, lorsqu'elle est appliquée, de constituer une entrave à la libre circulation des marchandises dont le régime est scellé de longue date par les arrêts *Cassis de Dijon* puis *Keck et Mithouard* ; ou encore de s'analyser en des restrictions non discriminatoires à la liberté d'établissement et, davantage, à la libre prestation des services. Il est prématuré de se livrer à une analyse qui repose en grande partie sur le maniement du test de proportionnalité dont les résultats ne sont pas toujours de manière assez paradoxale prévisibles, l'enjeu étant souvent d'identifier la raison impérieuse d'intérêt général mise en avant par l'État membre concerné pour tenter de justifier la restriction.

21. En conséquence, nul ne peut dire de manière certaine si un tel dispositif tendant au nécessaire respect du droit français des pratiques commerciales déloyales (mais aussi du droit français de la transparence tarifaire) dès que les produits ou les services sont commercialisés sur le territoire français sera contrecarré au nom des règles sur la libre circulation des marchandises en application de l'arrêt *Cassis de Dijon*¹⁰ ou y échappera en conséquence du *distinguo* issu de l'arrêt *Keck et Mithouard*¹¹ ; s'il sera remis en cause au titre de la libre prestation des services à l'instar de ce qu'a connu le droit belge de la concession commerciale particulièrement restrictif en suite de la loi du 27 juillet 1961 et dont, par exemple, l'arrêt *Corman-Collins*¹² a

10 CJCE, 20 fév. 1979, *Rewe-Zentral AG*, 120/78.

11 CJCE, 24 nov. 1993, Procédure pénale c. *Bernard Keck et D. Mithouard*, C-267/91 et C-268/91.

12 CJUE, 19 déc. 2013 *Corman-Collins SA c. La Maison du Whisky SA*, C-9/12.

montré toutes les limites dans un contexte d'intégration européenne de la distribution (au cas d'espèce quant à la compétence exclusive du juge commercial belge).

La CJUE

22. Dans la ligne de ce qui vient d'être évoqué, les renvois préjudiciels comme les recours en manquement traités par la CJUE éclairent sans contestation le phénomène d'harmonisation négative des règles économiques rattachées plus ou moins *lato sensu* aux pratiques restrictives de concurrence. Chacun se souvient par exemple des nombreux arrêts (autres que *Keck et Mithouard*) intéressant la pratique de la revente à perte portée en 2013 (loi belge) et à nouveau en 2017 (loi espagnole) devant la Cour de justice¹³ sans pour autant que cela n'émeuve particulièrement notre chambre commerciale¹⁴ en raison, ce qui n'est pas totalement inexact, des différences entre le droit belge, le droit espagnol et le droit français non plus, d'ailleurs, que notre législateur national. Alors que, par exemple, à la suite de l'arrêt de la CJUE de 2017, la question de la réglementation de la revente à perte a pu revenir au premier plan des débats, toujours au sujet de la relève du seuil de revente à perte souhaitée par certains acteurs du secteur de la distribution, le législateur français a plutôt adopté une position faisant la sourde oreille au message délivré par le juge européen et donc réfuté toute évolution de la réglementation française.

Ce que l'on veut simplement et brièvement souligner tient alors dans deux remarques.

23. Il est manifeste que le juge français a une politique bien assumée dans ces domaines et qu'il persévère dans une sorte de soutien indéfectible à la ligne législative du ministère de l'Économie. La Chambre commerciale se fait alors le thuriféraire des règles spéciales du Code de commerce et, même, s'appuyant sur le droit commun lorsque la règle spéciale n'existe pas, elle conforte étape par étape ce qui est bien une manifestation pérenne de l'économie administrée à la française. Un arrêt récent relatif à l'action du ministre en matière de pratiques restrictives de concurrence en porte un témoignage exemplaire¹⁵ : la prescription de l'action du ministre, qui ne fait pas l'objet de règles spéciales, est régie par l'article 2224 du Code civil. Il s'ensuit que cette action a pour point de départ le jour où ce dernier a connu ou aurait dû connaître les faits qui, caractérisant une pratique restrictive, lui permettent d'exercer ce droit. Par ailleurs, la conclusion d'une transaction entre des partenaires économiques n'a pas pour effet de priver le ministre des pouvoirs qu'il tient de l'article L. 442-6, III, devenu L. 442-4, du Code de commerce.

24. D'une part, l'arrêt contribue, à renforcer toujours davantage les attributions du ministre de l'Économie dans le cadre de l'action autonome, dont il est titulaire en matière de pratiques restrictives de concurrence, en tant que gardien de l'ordre public économique. D'autre part, en retenant comme point de départ de la prescription le point de

13 CJUE 7 mars 2013, *Euronics Belgium CVBA c. Kamera Express BV*, 343/12 et CJUE 19 oct. 2017, *Europamur Alimentación SA c. Dirección General de Comercio y Protección del Consumidor de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia*, C-295/16.

14 Com., 22 nov. 2017, n° 16-18.028 et n° 16-18.124.

15 Com., 28 févr. 2024, n° 22-10.314.

départ de l'enquête (et non la date de conclusion du contrat, pourtant cadre d'expression d'une soumission à un déséquilibre significatif), point de départ dont les services du ministre ont en réalité la pleine maîtrise, et en laissant ensuite courir le délai de 5 ans, il est ainsi aisé de comprendre que les entreprises concernées sont donc susceptibles d'être attirées puis sanctionnées pendant une période particulièrement longue et – surtout – laissée en définitive à la seule discrétion du ministre¹⁶...

25. Il est tout aussi manifeste que le juge français rechigne à saisir la Cour de justice à titre préjudiciel, que ce soit en interprétation ou, mieux, en appréciation de validité. Les chiffres de la justice pour 2023 (connu en avril 2024¹⁷) sont éloquentes qui permettent de constater que là où leurs homologues belges posent 30 questions, leurs homologues espagnoles 32 (et ne sera pas évoqué le cas de l'Allemagne avec plus de 90 questions), la France peine à assurer 19 renvois préjudiciels, la plupart d'ailleurs étant le fait de la Cour de cassation et du Conseil d'État et très rarement d'une juridiction du fond. Comme avec la Commission mais davantage qu'avec elle, le dialogue du juge français avec son homologue européen (en particulier dans la matière qui nous intéresse) reste à ce jour une vue de l'esprit même si, signe d'éclaircie, les données chiffrées pour 2024 s'annoncent plus favorables et peut-être révélatrice d'une évolution que l'on ne peut que souhaiter.

Observation complémentaire (2): l'UE « législatrice » ou la voie de l'harmonisation positive.

26. Cette ultime étape consiste à examiner la possibilité d'une véritable législation européenne des pratiques commerciales déloyales à même de se saisir des pratiques des centrales d'achat paneuropéennes. Pour aller à l'essentiel, la question revient à savoir si la voie de l'harmonisation matérielle peut être poursuivie moyennant quelques précisions et/ou si la voie de l'harmonisation conflictuelle peut être clarifiée mais aussi comment il est possible (souhaitable) d'articuler l'une et l'autre. Avant même d'aller sur ce terrain de l'articulation dont les tenants et aboutissants ont leurs promoteurs comme leurs détracteurs respectifs (accueil de la règle répartitrice par le texte d'intégration ou instrument de répartition prenant en compte l'intégration par une coloration matérielle de la règle sont les deux branches de l'alternative), quelques clarifications s'imposent. On se bornera à les évoquer brièvement.
27. Quant au droit matériel, le sujet revient désormais à s'inspirer de la directive (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, en particulier dans certaines de ses dispositions qui pourraient servir de modèle à un instrument détaché du seul marché alimentaire et donc à même de se saisir de manière générique des pratiques commerciales déloyales¹⁸.

16 On citera bien évidemment l'arrêt CJUE, 22 déc. 2022, *Eurelec Trading SCRL*, C-98/22 et ses suites avec l'arrêt CA Paris, pôle 5, ch. 4, 21 févr. 2024, n° 21/09001 qui sont, l'un et l'autre, l'objet de nombreux et riches développements dans la présente publication permettant de comprendre que l'action intentée par le ministre aux fins de faire reconnaître, sanctionner et cesser des pratiques restrictives de concurrence à l'égard de fournisseurs établis en France, constitue un acte accompli dans l'exercice de la puissance publique au sens du règlement « Bruxelles I bis ».

17 CP n° 59/2024 du 22 mars 2024: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2024-03/cp240058fr.pdf>

28. Un seul exemple suffira pour illustrer le propos. Dès lors que les pratiques commerciales déloyales se développent sans considération de frontières, en particulier si elles sont à l'initiative des centrales paneuropéennes, la question de l'application spatiale des prohibitions est posée. Et plutôt que de sacrifier à une écriture aussi hasardeuse que celle qui a présidé à la rédaction de l'article L. 444-1 A du Code de commerce¹⁹, la directive apporte deux précisions simples et claires qui règlent sans discussion le sujet. Il s'agit, d'une part, de son article 1.2 qui dispose que « la présente directive s'applique aux ventes pour lesquelles soit le fournisseur, soit l'acheteur, ou les deux, sont établis dans l'Union », d'autre part, de son article 3.4 qui – non sans renvoyer à la logique et au vocabulaire européen utilisé pour les lois de police – dispose que :

les États membres veillent à ce que les interdictions visées aux paragraphes 1 et 2 constituent des dispositions impératives dérogatoires applicables à toute situation entrant dans le champ d'application de ces interdictions, quelle que soit par ailleurs la loi qui serait applicable à l'accord de fourniture entre les parties.

29. Quant au droit conflictuel et dès lors que l'on est bien obligé de considérer que la question du rattachement des pratiques commerciales déloyales sanctionnées par les États membres (par ex. le Code de commerce français) n'est pas réglée sous l'angle du conflit de lois car – et il faut y insister – l'arrêt *Granarolo* souvent invoqué en la matière n'a traité que de la seule question des conflits de juridictions²⁰, de la compétence directe en retenant une qualification contractuelle, c'est en effet peut-être par la qualification de loi de police que l'on règle – en apparence – le problème²¹. Mais une interrogation se profile : article 9 du règlement « Rome I » ou article 16 du règlement « Rome II » ? Littéralement, « lois de police » ou « dispositions impératives dérogatoires » ?

30. Il n'est plus temps de rouvrir le débat, sauf à souligner d'ailleurs que la directive sur les pratiques commerciales déloyales interentreprises dans le secteur agroalimentaire aborde bien la question sous l'angle des obligations contractuelles en se référant à « la loi qui serait applicable à l'accord de fourniture entre les parties » mais retient ensuite une expression qui, elle, relève du champ des obligations non contractuelle en visant les « dispositions impératives dérogatoires »...

31. Concernant les pratiques commerciales déloyales, il est évidemment tentant de se tourner vers l'article 6 du règlement « Rome II » dont cependant l'intitulé conduit à une première mise en garde qu'une lecture attentive des alinéas renforce à son tour. Pour rappel, le titre de l'article 6 est rédigé comme suit : « concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence ». Où l'on comprend immédiatement que la seconde proposition est hors-jeu (« le grand droit de la concurrence ») et que la première prête à confusion car il est difficile de considérer que la *concurrence déloyale* dont il s'agit renvoie aussi aux *pratiques commerciales déloyales*, pratiques restrictives de concurrence !

18 Ne sera pas, ici, évoquée la question du seuil de chiffre d'affaires en deçà duquel les opérateurs économiques méritent d'être protégés contre les pratiques restrictives de concurrence, question qui constitue une innovation intéressante portée par le texte de l'Union européenne.

19 Il suffit de s'interroger sur le sens à donner à la référence à « l'ordre public » mentionnée dans le texte de l'article : ordre public interne ? ordre public international ? ordre public économique de protection ou ordre public économique de direction ?

20 CJUE, 14 juillet 2016, *Granarolo SpA*, C-196/15.

21 En ce sens, on citera bien évidemment l'arrêt *Expedia*, Cass.com., 8 juill. 2020, n° 17-31.536.

32. Ce flottement terminologique va bien au-delà du simple constat d'un problème rédactionnel. En réalité, il traduit un flottement notionnel auquel il faut espérer qu'une refonte du règlement « Rome II » permettra de remédier prochainement: *marché affecté* et *marché pertinent* vont indiscutablement ensemble mais sont, l'un et l'autre, sans signification pour les pratiques commerciales déloyales. D'où, en réalité, la seule voie envisageable qui est, soit parce que l'article 6 est tout simplement inapplicable, soit parce que l'article 6 s'applique mais au titre de la seule « concurrence déloyale », le retour au jeu de l'article 4 et donc à l'applicabilité de la loi « du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit », sous réserve de la clause d'exception générale. Et, au passage, s'ouvre le jeu possible de l'article 14 (loi d'autonomie) à la condition que l'on considère que l'article 6 est inapplicable!
33. En définitive, et c'est tout le mérite de la proposition formulée par les responsables scientifiques de cette manifestation invitant à « penser un cadre juridique supranational » que d'avoir conduit à ces différentes observations un peu désordonnées permettant de souligner la diversité des voies qui s'offrent à l'ordre juridique européen pour se saisir des pratiques restrictives de concurrence des centrales d'achat paneuropéennes. Invitation aussi à savoir retenir sa main tant qu'une clarification notionnelle impérative n'a pas été opérée, sauf à risquer d'élaborer des dispositions qui passeront à côté de leur objectif. Mais aussi en sachant s'inspirer de pistes déjà retenues comme, par exemple, l'affirmation très claire de la catégorie d'opérateur économique que l'on entend protéger contre ces pratiques restrictives de concurrence et, ce, quel que soit l'État où cet opérateur a son siège (la directive de 2019 protège ainsi indiscutablement le producteur agricole qu'il soit européen ou non dès lors que, PME ou ETI, son CA est inférieur à un seuil de 350 millions d'euros²²).
34. C'est peut-être un peu tout cela qu'ignore de très longue date notre législateur national qui n'a eu de cesse tous les 18 mois depuis bientôt 40 ans de remettre les textes en cause et, ce, sans réelle vision autre qu'une réponse ponctuelle à une crise elle-même ponctuelle.

Mais c'est une autre question pour une autre manifestation...

22 Cons. 9 « (...) Les pratiques commerciales déloyales sont particulièrement préjudiciables aux petites et moyennes entreprises (PME) de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire. Des entreprises plus grandes que des PME mais dont le chiffre d'affaires annuel ne dépasse pas 350 000 000 EUR devraient elles aussi être protégées contre les pratiques commerciales déloyales afin d'éviter que les coûts de telles pratiques ne soient répercutés sur les producteurs agricoles. L'effet domino sur les producteurs agricoles semble particulièrement important pour les entreprises dont le chiffre d'affaires annuel ne dépasse pas 350 000 000 EUR (...) ».

Estelle Gallant

Professeure de Droit privé à l'École de Droit de Toulouse, Université Toulouse Capitole, Institut de Recherche en Droit européen, international et comparé (IRDEIC)

Suite à une série d'arrêts rendus par la Cour de cassation à la fin de l'année 2024, la stratégie consistant pour les parents d'intention ayant eu recours à une GPA à l'étranger à faire consacrer le lien de filiation par le juge étranger puis à demander l'exequatur de cette décision en France, semble devoir s'imposer. Si la Cour de cassation juge que ces décisions ne sont pas contraires à l'ordre public substantiel, même en l'absence de tout lien biologique entre l'enfant et la mère d'intention, elle se place désormais sur le terrain de l'ordre public procédural pour exiger un contrôle renforcé de la motivation des décisions étrangères, justifié par la vulnérabilité des personnes en cause et les dangers inhérents à la pratique de la GPA. Par ailleurs, en précisant que de telles décisions étrangères ne peuvent être assimilées à des jugements d'adoption plénière, la Cour de cassation place définitivement les décisions de filiation consécutives à la GPA dans la catégorie des filiations non adoptives et lève ainsi toute ambiguïté sur l'origine des filiations établies à l'étranger.

Mots-clefs

Exequatur

Filiation

Ordre public

Gestation pour autrui

substantiel

Effets de la filiation

Décision étrangère

Ordre public procédural

Adoption (non)

Parents d'intention

Contrôle de motivation

Following a series of rulings handed down by the French Supreme Court ("Cour de Cassation") at the end of 2024, the strategy of parents of intention who have had recourse to surrogate motherhood abroad to have the parent-child relationship established by the foreign court and then to apply for the exequatur of this decision in France seems likely to prevail. While the French Supreme Court considers that such decisions are not contrary to substantive public policy, even in the absence of any biological link between the child and the mother of intention, it is now taking the position that procedural public policy requires greater control over the reasons given for foreign decisions, justified by the vulnerability of the persons in question and the dangers inherent in the practice of surrogate motherhood. Furthermore, by specifying that such a filiation decision cannot be equated to full adoption judgments, the French Supreme Court definitively places filiation decisions resulting from surrogate motherhood in the category of non-adoptive filiations and thus removes any ambiguity as to the origin of filiations established abroad.

¹ Cette étude est tirée d'un article publié, en espagnol, aux CDT, 17, 1, mars 2025 (www.uc3m.es/cdt).

2 Parmi une littérature très abondante, V. not. B. Ancel, « L'épreuve de vérité. Propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée », *Mélanges Courbe*, Dalloz 2012, p. 1; S. Bollée, « La gestation pour autrui en droit international privé », *TCFDIP* 2012-2014, éd. Pédone, p. 215; L. Brunet, « La globalisation internationale de la gestation pour autrui », *Travail, genre et sociétés*, 2012/2 n° 28, p. 199; M. Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui. Fictions et réalités*, Fayard 2013; H. Fulchiron, « La lutte contre le tourisme procréatif, vers un instrument de coopération internationale ? », *JDI* 2014. 563; J. Merchant, « Une gestation pour autrui « éthique » est possible », *Travail, genre et sociétés*, 2012/2 n° 28, p. 183.

3 Une telle interdiction n'est pas rare en droit comparé: par ex. en Allemagne, France, Espagne, Italie, Suisse et Turquie.

4 Certains États autorisent la GPA soit en l'encadrant strictement, comme la Grande-Bretagne, le Portugal, la Grèce ou certains États des États-Unis (V. cependant la lettre du 8 juillet 2024 adressée aux autorités grecques par la Rapporteuse spéciale des Nations Unies sur la violence contre les femmes et les filles, dénonçant les dérives de leur législation nationale, <https://www.ohchr.org/fr/special-procedures/sr-violence-against-women>), soit en l'ouvrant largement: c'était le cas en Inde, avant qu'une loi vienne restreindre l'accès à la GPA pour les parents d'intention de nationalité étrangère, freinant ainsi le tourisme procréatif. Enfin, certains États ont seulement cherché à prendre position face à l'internationalité du recours à la GPA. V. F. Granet, « La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans les États membres de la CIEC », <https://www.ciec1.org/RapportsPDF/Rapport-MereSubstitution-FR.pdf>, fév. 2014. Sur le droit américain, V. J. Merchant, « Une gestation pour autrui « éthique » est possible », *Travail, genre et sociétés*, 2012/2 n° 28, p. 183. Article disponible en ligne: <http://www.cairn.info/revue-travail-genre-et-societes-2012-2-page-183.htm>).

5 Comp., sur la situation d'un site internet espagnol qui permettait au public français d'accéder à une GPA à l'étranger, Civ. 1re, 23 nov. 2022, n°21-10.220, *Rev. crit. DIP*, 2023. 841, note S. Bollée: la Cour a déclaré l'illicéité du site.

6 Sauf pour mettre un coup d'arrêt à la jurisprudence de la Cour de cassation sur la transcription des actes de l'état civil, voir *infra*, n°10 et la nouvelle rédaction de l'art. 47 du Code civil.

7 Art. 16-7 du Code civil.

8 Arrêt Ass. Plén. 31 mai 1991, *Alma Mater*, GAJC 12e éd. n°50; D. 1991. 417, Rapp. Y. Chartier, note D. Thouvenin; *JCP* 1991. II. 21752, comm. J. Bernard, Concl. H. Dontenwille, note F. Terré; *Defrénois* 1991. 948, obs. J. Massip; *RTD civ.* 1991. 517, obs. D. Huet-Weiller.

1. La gestation pour autrui (GPA) est un sujet hautement sensible, qui attise les oppositions et les sentiments contraires, aussi bien dans l'ordre interne que dans l'ordre international. L'immense littérature consacrée au sujet depuis quelques années atteste de la nature hautement polémique des questions liées à la gestation pour autrui². C'est qu'en cette matière, tout prête à discussion: la gestation pour autrui d'abord, interdite dans de nombreux pays³ – mais parfois autorisée ailleurs⁴ – en ce qu'elle se heurte à un certain nombre de principes éthiques ou juridiques; l'attitude des parents d'intention ensuite, qui contournent délibérément leur législation prohibitive en allant chercher à l'étranger ce qu'ils ne pourraient obtenir dans leur pays de résidence; et enfin, la situation intenable de l'enfant ainsi né, alors que son statut personnel et son état civil risquent d'être problématiques. Dans un monde globalisé en effet, interdire la GPA à l'intérieur de ses frontières ne conjure pas l'éventualité d'y avoir recours dans un pays plus permissif, la GPA favorisant un tourisme législatif souvent présenté comme frauduleux.
2. La question se pose alors de savoir comment les ordres juridiques qui interdisent sur leur territoire la possibilité de réaliser une GPA réagissent lorsque celle-ci a eu lieu – légalement – dans un État étranger⁵. Revenir en France avec un enfant né à l'étranger de GPA, même en contournement de la législation nationale, ne peut de toute évidence pas être comparé à un tourisme législatif ordinaire. L'enfant n'étant pas un simple produit de consommation, il est tout à la fois difficile d'accepter le fait que l'on puisse se rendre à l'étranger pour faire procréer un enfant en contournement d'une législation restrictive, tout en refusant une fois né de lui accorder un état en corrélation avec sa situation. Là se trouve le paradoxe et la complexité de la question posée aux États qui prohibent sur leur territoire la GPA et ont pourtant à cœur de respecter les droits fondamentaux de l'enfant tout en préservant leur politique législative nationale.
3. Face à cette question, devenue cruciale en moins de deux décennies, le législateur français est resté globalement silencieux⁶, se cantonnant à consacrer sur le territoire national⁷ l'interdiction de la GPA que la jurisprudence avait anticipée⁸, mais ignorant en grande partie la question des GPA réalisées à l'étranger et laissant ainsi à la Cour de cassation le soin de résoudre cette épineuse question⁹. Dans la sphère internationale et européenne, les législateurs de droit international privé se sont en revanche saisis de la question, mais ils peinent à voir aboutir leurs travaux¹⁰.
4. Il n'échappe en effet à personne que la question étudiée est d'une complexité et d'une ambivalence inouïes et demande au juriste qui s'en approche une introspection qui va au-delà de la simple recherche de solution juridique. Cela étant, la réflexion menée jusque-là, non sans heurts, montre que globalement, la gestation pour autrui réalisée à l'étranger est confrontée à trois logiques différentes qu'on aimerait pourtant concilier: celles du droit interne, du droit inter-

9 Comp. la démarche plus proactive du législateur espagnol qui a adopté une série de dispositions destinées à guider les autorités de l'état civil dans la réception des GPA réalisées à l'étranger. A. Quinones Escamez, « Note sur l'instruction du 7 oct. 2010, de la direction générale des registres et du notariat, sur l'enregistrement de la filiation des enfants nés par gestation pour autrui », *Rev. crit. DIP* 2011, 184. A.-L. Calvo-Caravaca y J. Carrascosa-González, « Notas críticas en torno a la instrucción de la dirección general de los registros y del notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución », *CDT*, (Marzo 2011), Vol. 3, n° 1, p. 247.

10 Au sein de l'UE, Proposition de règlement du 7 déc. 2022 relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance des décisions et à l'acceptation des actes authentiques en matière de filiation ainsi qu'à la création d'un certificat européen de filiation, COM(2022) 695 final. H. Pérez, « Proposition de règlement européen en matière de filiation », *Dr. fam.* 2023, comm. 34. R. Legendre, « À propos de la proposition de Règlement européen en matière de filiation », *Rev. crit. DIP* 2023, 495. C. Bidaud, « L'ambiguïté de la notion de « reconnaissance » confrontée à la proposition de Règlement de l'Union européenne relative à la filiation », *Rev. crit. DIP* 2024, 415. H. Fulchiron, « La proposition de règlement européen sur la filiation : coup de maître ou coup d'épée dans l'eau ? », *JDI* 2023, 1171. C. González Beilfuss, « La proposition de Règlement européen en matière de filiation : analyse liminaire », *RTD eur.* n°2/2023, p. 217. S. Fulli-Lemaire, « Vers un droit international privé européen de la filiation ? », *D.* 2023, 246. Au sein de la conférence de La Haye, un groupe de travail a été constitué et s'est réuni à plusieurs reprises : <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>

11 Civ. 1re, 2 oct. 2024, n°22-20.883, Civ. 1re, 2 oct. 2024, n°23-50.002 et Civ. 1re, 14 nov. 2024, n°23-50.016 (ci-après « premier », « deuxième » ou « troisième arrêt »). Sur les arrêts du 2 oct. 2024, V. *AJ fam.* 2024, p. 573, J. Houssier ; *Dr. fam.* 2024, comm. 151, M. Farge ; D. 2024, 2042, note L. Brunet et M. Mesnil. Sur l'arrêt du 14 nov. 2024, V. *JCP G* 2024, n°48, p. 1979, Rapp. A. Caron-Dégli ; R. Legendre, « Gestation pour autrui à l'étranger : l'absence de lien biologique avec le parent d'intention n'est plus un obstacle à la reconnaissance de la filiation », *Le Club des juristes* 22 nov. 2024, <https://www.leclubdesjuristes.com/societe/gestation-pour-autrui-a-letranger-labsence-de-lien-biologique-avec-le-parent-dintention-nest-plus-un-obstacle-a-la-reconnaissance-de-la-filiation-7973/>. Sur les trois arrêts, *LPA* nov. 2024, p. 64, note V. Legrand ; *JCP* 2024, n°48, p. 1974, note L. d'Avout.

national privé et des droits fondamentaux. Or, à cet égard, la Cour de cassation – et plus largement le droit français – s'est longtemps trouvée dans une impasse de laquelle il a bien fallu sortir. L'évolution jurisprudentielle, initiée dans les années 2010 pour les GPA réalisées à l'étranger et jalonnée d'interventions de la Cour européenne des droits de l'Homme et de procédures à rebondissements – faute pour le législateur d'assumer une position globale et frontale, – paraît avoir trouvé son aboutissement à la fin de l'année 2024, avec trois importantes décisions rendues par la Cour de cassation¹¹.

5. D'abord placée sur le terrain de la transcription des actes de l'état civil, évitant ainsi la question de la reconnaissance du lien de filiation, la discussion s'est ensuite déplacée sur le terrain de l'*exequatur* des jugements étrangers établissant un lien de filiation entre l'enfant né de la GPA et les parents d'intention. L'évolution de la loi française, rendant plus difficile la transcription des actes de l'état civil étranger, a en effet incité les parents d'intention à obtenir à l'étranger un jugement établissant le lien de filiation issu de la GPA, pour en solliciter ensuite l'*exequatur* en France. C'est cette stratégie que la Cour de cassation valide partiellement dans ses arrêts rendus en 2024, qui conduisent désormais les parents souhaitant faire valoir en France une filiation établie par GPA à l'étranger à y obtenir également une décision de justice consacrant cette filiation (I). Hors de toute convention internationale ou règlement européen, de telles décisions feront cependant l'objet d'un contrôle de régularité que la Cour de cassation vient, tout en en admettant leur conformité de principe à l'ordre public international français de fond, de renforcer (II). Précision importante, la filiation établie suite à une GPA ne produit pas les effets d'une adoption plénière, la Cour de cassation refusant le forçage de la catégorie adoption (III).

I. Nécessité d'une décision de justice étrangère établissant la filiation issue de la GPA

6. C'est parce que la stratégie fondée sur le terrain de la transcription des actes de l'état civil a échoué (A) que la discussion s'est trouvée déplacée sur le terrain de l'*exequatur* des jugements étrangers établissant une filiation issue d'une GPA, *exequatur* dont le régime en matière d'état des personnes est connu et reste formellement inchangé (B).

A. Échec de la stratégie fondée sur la transcription des actes de l'état civil

7. Sollicitée dans un premier temps sur le terrain de la transcription des actes de naissance étrangers d'enfants nés de GPA, la Cour de cassation s'est d'abord refusée à devancer le législateur. Variant les motivations, essentiellement tirées de l'impossibilité de reconnaître une filiation établie en fraude à la loi française à l'issue d'un processus de GPA contraire à l'ordre public¹², elle a en 2013 ajouté au climat polémique en utilisant une méthode qualifiée dans ce contexte « [d']

12 Civ. 1re, 6 avr. 2011, n° 09-66.486, 09-17.130, 10-19.053, D. 2011. 1522, note L. Brunet et D. Berthiau ; *RTD civ.* 2011. 340, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* mai 2011, p. 19, obs. C. Neirinck ; *Gaz. Pal.*, 25 mai 2011, n°145, obs. B. Weiss-Gout. Civ. 1re, 13 sept. 2013, n°12-30.138, 12-18.315, *Rev. crit. DIP.* 2013. 909, note P. Hammje ; *JDI* 2014. 134, note J. Guillaumé ; *D.* 2013. 2349, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *RTD civ.* 2013. 816, obs. J. Hauser. Civ. 1re, 19 mars 2014, n°13-50.005, *D.* 2014. 905, avis J-P. Jean, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *JCP* 2014. 613, Note, J. Heymann ; *JCP* 2014, act. 380, obs. A. Mirkovic ; *RJPF* 2014 -5, p. 17, obs. M-C Le Boursicot ; p. 21, obs. I. Corpart.

13 P. Lagarde, lors des débats ayant suivi la communication de S. Bollée au Comité français de droit international privé, 28 mars 2014, « La gestation pour autrui en droit international privé », *TCFDIP* 2012-2014, p. 215, spéc. p. 237.

14 CEDH 26 juin 2014, n°65192/11, *Mennesson c/ France* et CEDH 26 juin 2014, *Labassée c/ France*, D. 2014. 1773, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud ; *JDI* 2015. 1254, note A. Dionisi-Peyrusse.

15 Cass. Ass. plén., 3 juillet 2015, n°14-21.323 et 15-50.002, *JDI* 2016. 103, note J. Guillaumé ; *Rev. crit. DIP.* 2015. 885, NDLR ; *D.* 2015. 1819, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *ibid.* 1481, édito. S. Bollée ; *ibid.* 1773, point de vue D. Sindres ; *ibid.* 1919, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2015. 496 ; *ibid.* 364, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2015. 581, obs. J. Hauser.

16 Version issue de la loi n°2006-1376 du 14 novembre 2006, modifiée depuis. Sur ce texte, S. Corneloup, « L'article 47 du Code civil et le droit international privé », *Rev. dr. Assas*, n°20, oct. 2020. 101.

17 Civ. 1re, 5 juillet 2017, n°15-28.597, 16-16.901, 16-16.455, 16-16.495, *Rev. crit. DIP.* 2018. 143, note S. Bollée ; *JCP G* 2017, n°30, p. 1727, note A. Gouttenoire ; *D.* 2017. 1737, note H. Fulchiron ; *Dr. fam.* sept. 2017. 10, obs. J-R. Binet.

18 Procédure de réexamen des décisions civiles rendues en matière d'état des personnes fixée par la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, et précisée par le décret d'application n° 2017-396 du 24 mars 2017 : Art. L. 452-1 et suivants du Code de l'organisation judiciaire et Art. 1031-8 et s. du Code de procédure civile.

19 CEDH, 10 avril 2019, avis consultatif, D. 2019. 1084, note H. Fulchiron ; *Rev. crit. DIP.* 2022. 35, note C. Bidaud ; J. Heymann et F. Marchadier, « La filiation de l'enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger », *JDI* 2019. 8.

20 Ass. plén., 4 oct. 2019, n°10-19.053, *Rev. crit. DIP.* 2020. 247, note C. Bidaud ; *JDI* 2020. 625, note F. Marchadier et J. Heymann ; *AJ fam.* 2019. 592, note J. Houssier ; *RTD civ.* 2019. 841, note A-M. Leroyer ; *D.* 2019. 1985, note G. Loiseau ; *Dr. fam.* 2019, comm. 261, note J-R. Binet.

21 Civ. 1re, 18 déc. 2019, n°18-12.327, 18-11.815 et 18-14.751, *JDI* 2020. 636, note D. Sindres ; *Dr. fam.* 2020, comm. 39, note J-R. Binet ; *RTD civ.* 2020. 81, note D. Mazeaud et A-M. Leroyer ; *D.* 2020. 426, note S. Paricard.

22 Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique.

arme atomique » ou « de destruction massive » : la fraude à la loi française, qui détruit tout sur son passage¹³. Condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de la protection du droit au respect de la vie privée de l'enfant¹⁴, cette solution jurisprudentielle a par la suite été abandonnée par la Cour de cassation qui a alors suivi un chemin la menant progressivement vers une transcription totale des actes de naissance établis à l'étranger, c'est-à-dire aussi bien à l'égard du parent biologique qu'à l'égard du parent d'intention, y compris au sein d'un couple de même sexe.

8. Dès 2015, elle a en effet d'abord admis la transcription des actes de naissance en faveur du seul parent biologique¹⁵ sur le fondement de l'article 47 du Code civil dans son ancienne rédaction¹⁶. Ce dernier, posant les conditions auxquelles un acte d'état civil étranger peut être transcrit en France, imposait en effet que l'acte d'état civil étranger soit conforme à la réalité. Celle-ci étant interprétée comme une réalité factuelle et la mère porteuse étant celle qui avait donné naissance à l'enfant, il n'était alors pas permis de considérer que l'acte de naissance mentionnant le parent d'intention reflétait une telle réalité. La transcription de l'acte de naissance n'était donc pas admise à l'égard du parent d'intention, mais la Cour de cassation autorisait toutefois qu'il puisse adopter l'enfant du parent biologique¹⁷.
9. Mettant en œuvre la nouvelle procédure de réexamen des décisions rendues en matière d'état des personnes pour lesquelles une condamnation de la Cour EDH est intervenue¹⁸, la Cour de cassation a accepté de réexaminer la décision rendue en 2014 dans l'affaire *Mennesson* et a, dans ce cadre, décidé de solliciter l'avis de la Cour EDH. Dans un avis du 10 avril 2019¹⁹, celle-ci a indiqué que le droit interne devait offrir une possibilité de reconnaissance de lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention, tout en laissant aux États le soin de décider selon quelles modalités. C'est ainsi que dans un arrêt d'Assemblée plénière, la Cour de cassation a jugé qu'au regard des circonstances de l'affaire *Mennesson*, et notamment du temps écoulé depuis la naissance des enfants (près de 20 ans), la transcription de l'acte de naissance à l'égard de la mère d'intention devait être admise²⁰. La Cour de cassation venait ainsi de modifier l'interprétation de la conformité à la réalité exigée par l'article 47 du Code civil, en passant d'une réalité factuelle à une réalité juridique, celle mentionnée sur l'acte de naissance et admise par le droit de l'État du lieu de naissance de l'enfant. Plusieurs arrêts de la Cour de cassation ont alors accepté la transcription totale des actes de naissance établis à l'étranger, aussi bien à l'égard du parent biologique qu'à l'égard du parent d'intention, que ce dernier soit un homme ou une femme²¹.
10. À l'occasion de la réforme des lois bioéthiques de 2021²², et alors qu'il était jusque-là resté silencieux, le législateur décida de modifier l'article 47 du Code civil en précisant que la conformité à la réalité des actes d'état civil étrangers devait être « appréciée au regard de la loi française ». Par ce simple ajout, le législateur est venu mettre fin à

la jurisprudence permissive de la Cour de cassation : la conformité de l'acte d'état civil à la réalité devant dorénavant être appréciée au regard du droit français, lequel n'autorise pas la GPA, la transcription des actes d'état civil mentionnant une parenté d'intention se trouve donc exclue²³.

11. Désormais privés de la possibilité d'obtenir la transcription totale de l'acte de naissance de l'enfant et contraints de recourir à l'adoption, les parents d'intention se sont mis en quête d'une autre solution : obtenir à l'étranger une décision de justice consacrant la filiation issue de la GPA. En France, la stratégie de la transcription des actes de naissance à l'état civil a ainsi été délaissée au profit de celle de l'*exequatur* des décisions étrangères et du contrôle de leur régularité²⁴. Les conditions auxquelles une décision étrangère d'état des personnes peut être reconnue en France sont connues de longue date, et la jurisprudence la plus récente n'en modifie pas formellement les critères.

B. Régime international des décisions étrangères en matière d'état des personnes

12. En dehors de toute convention internationale ou d'un règlement européen, le droit international privé commun consacre depuis le début du 20^e siècle le principe de la reconnaissance de plein droit des décisions étrangères rendues en matière d'état des personnes, sauf s'ils doivent donner lieu à une mesure d'exécution sur les biens ou de coercition sur les personnes²⁵.

13. Comme le rappelle la Cour de cassation dans les trois arrêts rendus fin 2024, cette reconnaissance de plein droit implique qu'en principe, aucune procédure n'est nécessaire pour faire valoir en France une décision relative à l'état des personnes et la faire mentionner sur les registres français de l'état civil. En revanche, une telle reconnaissance n'est accordée que sous réserve que la décision remplisse bien les conditions de régularité internationale qui garantiront sa réception parfaite dans l'ordre juridique français. C'est ainsi que si quelqu'un qui y a intérêt s'oppose à ce que la décision étrangère puisse produire effet en France, il peut intenter une action spécifique en inopposabilité. Il en va de même si le bénéficiaire de la décision souhaite purger celle-ci de toute contestation éventuelle : il pourra alors saisir le juge d'une action en opposabilité. Enfin, il se peut que la décision étrangère soit invoquée de façon incidente dans un autre litige au soutien d'une prétention. En cette matière, l'intervention du Ministère public est fréquente. Dans tous les cas, le juge saisi devra²⁶ s'assurer que la décision est conforme à l'ensemble des conditions de régularité internationale prévues par le droit international privé français.

14. Selon une jurisprudence bien établie²⁷, les décisions étrangères font l'objet d'un triple contrôle, portant en premier lieu sur la compétence indirecte du juge qui a rendu la décision²⁸, en second lieu sur l'ab-

23 C. Bidaud, « La force probante des actes de l'état civil étrangers modifiée par la loi bioéthique : du sens à donner à l'exigence de conformité des faits à la réalité "appréciée au regard de la loi française"... », *Rev. crit. DIP* 2022. 35.

24 L. Brunet et M. Mesnil, « Étude jurisprudentielle sur l'*exequatur* après GPA à l'étranger », *AJ fam.* 2023. 374.

25 Principes rappelés par les trois arrêts commentés sur le fondement de l'article 509 du Code de procédure civile. Sur l'ensemble, S. Clavel, *Droit international privé*, Dalloz Coll. Hypercours, 7^e éd., 2024, spéc. n°405 et s.

26 Civ. 1^{re}, 29 janv. 2014, n°12-28.953.

27 Civ. 1^{re}, 7 janv. 1964, *Munzer*, *Rev. crit. DIP*. 1964, note H. Batiffol ; *JDI* 1964. 302, note B. Goldman. Civ. 1^{re}, 20 février 2007, *Corneliessen*, n°05-14.082, *Rev. crit. DIP*. 2007. 420, note B. Ancel et H. Muir Watt ; *JDI* 2007. 1195, note F-X. Train ; *Dr. fam.*, 2007, comm. 97, note M. Farge. M-L. Niboyet, « L'abandon du contrôle de la compétence législative indirecte », *Gaz. Pal.* 2007, doct., p. 1387.

28 Cette compétence indirecte s'apprécie en vertu des critères précisés par l'arrêt Civ. 1^{re}, 6 févr. 1985, *Simitch*, *Rev. crit. DIP*. 1985. 369, note Ph. Francescakis ; *JDI* 1985. 460, note A. Huet.

sence de fraude et, en dernier lieu, sur la conformité de la décision à l'ordre public, dans sa double dimension de fond et de procédure. Le contrôle de la loi appliquée a été abandonné en 2007 et il est interdit de réviser la décision au fond au prétexte d'un contrôle de régularité. Le juge de l'*exequatur* ne peut donc pas rejuger ce qui a déjà été jugé à l'étranger ni « substituer ses propres appréciations à celles du juge étranger »²⁹. Mais il doit pouvoir en revanche réaliser son contrôle, y compris s'il s'agit d'un contrôle approfondi³⁰.

15. Il est permis de se demander si ces conditions sont suffisantes pour accueillir en France des décisions étrangères établissant la filiation des enfants nés de GPA. La réponse n'est positive qu'*a priori* : dans les arrêts qu'elle a rendus en 2024, la Cour de cassation utilise formellement la grille de contrôle traditionnelle. Il apparaît pourtant, à la lecture des arrêts, que le contrôle opéré est pour le moins adapté aux exigences issues de la spécificité de la situation et, peut-on croire, renforcé.

II. Contrôle renforcé de la régularité internationale des décisions de filiation issue d'une gestation pour autrui

16. Bien que la Cour de cassation affirme dans sa jurisprudence la plus récente que la décision étrangère établissant la filiation après une GPA n'est pas contraire à l'ordre public international français (B), elle met en place, au nom de la conformité à l'ordre public de procédure, un contrôle renforcé de la motivation (A).

A. Instauration d'un contrôle renforcé de conformité à l'ordre public de procédure à travers le contrôle de la motivation

17. Dans le premier arrêt du 2 octobre 2024, dont la solution est reprise dans le troisième arrêt du 14 novembre 2024, la Cour de cassation se place sur le terrain de l'ordre public procédural en reprenant une solution traditionnelle en vertu de laquelle :

est contraire à la conception française de l'ordre public international la reconnaissance d'une décision étrangère non motivée lorsque ne sont pas produits des documents de nature à servir d'équivalent à la motivation défailante³¹.

29 M-L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle et S. Fulli-Lemaire, *Droit international privé*, LGDJ 8e éd., spéc. n°827.

30 *Ibid.* Civ. 1re, 30 janv. 2019, n°17-28.555 ; Civ. 1re, 15 janv. 2020, n°18-24.261, D. 2020. 699, note J. Guillaumé ; JCP 2020. 911, note N. Nord ; *Rev. crit. DIP.* 2020. 562, note E. Lenglard ; *JDI* 2021, comm. 11, note V. Égéa. V. également, F. Marchadier, « La circulation du mal-jugé en Europe (La prohibition de la révision au fond dans un contexte de confiance mutuelle) », *TCFDIP* 2022-2024, à paraître.

31 V. point n°8 du premier arrêt. V également not. Civ. 1re, 13 févr. 2019, n°18-11.140.

32 Civ. 1re, 22 oct. 2008, n°06-15.577 ; Civ. 1re, 15 juin 2017, n°16-18.404.

Selon cette jurisprudence, la Cour de cassation admet qu'une motivation défailante puisse être compensée par des documents extérieurs au jugement et qui seraient de nature à apporter les éléments manquants³².

1. Justifications du contrôle renforcé

18. Dans les arrêts considérés, elle ajoute cependant à cette solution traditionnelle en spécifiant les exigences minimales requises pour qu'une telle motivation puisse permettre à la décision étrangère de franchir le seuil du contrôle de régularité en France. Dans la première affaire,

un couple d'hommes résidant en France a eu recours à une GPA au Canada. Une décision canadienne les reconnaît légalement comme les pères des deux enfants nés à la suite de la GPA, précise que la mère porteuse, son conjoint et la donneuse n'en sont pas les mères et père, mais n'indique pas que la mère porteuse et son conjoint renoncent à leurs droits parentaux. Sollicitant l'*exequatur* de la décision canadienne en France, et faute pour eux d'avoir pu fournir les documents qui auraient pu compléter les éléments faisant défaut dans la motivation de la décision canadienne, les demandeurs se heurtent au refus de la Cour d'appel de Paris d'accorder l'*exequatur*. La Cour de cassation rejette leur pourvoi et indique au paragraphe n°9 que :

l'existence d'une motivation s'apprécie au regard, d'une part, des risques de vulnérabilité des parties à la convention de GPA et des dangers inhérents à ces pratiques et, d'autre part, du droit de l'enfant et de l'ensemble des personnes impliquées au respect de leur vie privée garanti par l'article 8 de la CEDH, l'intérêt de l'enfant protégé par l'article 3§1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, constituant une considération primordiale.

La spécificité de la GPA est donc prise en compte à un double titre : d'une part au regard de la pratique elle-même, d'autre part au regard des droits fondamentaux.

19. S'agissant des droits fondamentaux, les arrêts commentés visent le droit de l'enfant au respect à sa vie privée, garanti par l'article 8 de la CEDH. C'est bien sur ce fondement que la Cour EDH avait condamné la France dans l'arrêt *Menesson*, car une fois l'enfant né, il fallait pouvoir lui garantir un état civil en lien avec la filiation établie à l'étranger. Il avait été souligné à l'époque qu'il s'agissait de protéger l'enfant lui-même, et non les parents d'intention. Dans les arrêts commentés, la protection du droit au respect de la vie privée est affirmée non seulement pour l'enfant, mais aussi pour l'ensemble des personnes impliquées.
20. S'agissant du processus de la GPA, la Cour de cassation mentionne la vulnérabilité des parties à la convention de GPA et les dangers inhérents à une telle pratique. On pense en premier lieu à la mère porteuse, mais les termes employés sont plus larges et pourraient aussi englober les parents d'intention. Certes les parents d'intention, en désir d'enfants et sans possibilité de le concevoir par leurs propres moyens, sont dans une situation délicate qui les conduit à se placer sous l'empire d'un droit étranger pour obtenir là-bas ce qu'ils ne peuvent obtenir ici. Certes, selon la loi qui encadre plus ou moins bien l'opération, ils peuvent être à la merci d'une mère porteuse qui refuserait de leur laisser l'enfant à la naissance. Mais enfin, la personne qui se trouve en situation de vulnérabilité et qu'il convient de protéger est bien la mère porteuse. Reste à comprendre comment, dans le cadre d'un contrôle de conformité à l'ordre public procédural

du jugement étranger, les juges de l'*exequatur* pourront assurer cette protection. Il est bien évident ici qu'il ne peut s'agir d'une protection directe. La GPA a eu lieu, l'enfant est né, et le droit étranger a autorisé le processus. La seule chose que le juge de l'*exequatur* peut faire c'est, *a posteriori*, valider ou non le processus au regard d'exigences minimales de protection liées à la vulnérabilité de la mère porteuse, ces exigences minimales de protection devant par conséquent apparaître dans la motivation du jugement étranger.

2. Critères du contrôle renforcé

21. Après avoir justifié en quoi les décisions post GPA nécessitent un contrôle renforcé, la Cour de cassation mentionne les éléments – au nombre de trois – qui devront être précisément contrôlés au travers de la motivation des décisions étrangères. La Cour de cassation vérifie d'abord que la motivation des juges du fond ou les documents fournis puissent permettre d'identifier la qualité des personnes mentionnées qui ont participé au projet parental. La Cour accorde ensuite une attention particulière au consentement des parties, d'une part en ce qui concerne la convention de GPA et ses modalités, d'autre part en ce qui concerne les effets de la convention sur les droits parentaux, étant entendu qu'une vigilance accrue se porte sur le consentement de la mère porteuse.
22. Au nom de l'ordre public procédural et de la motivation, la Cour de cassation pose des règles de fond. Exiger en effet que la mère porteuse ait consenti à la convention, que ce consentement obéisse à certaines modalités, et qu'il soit donné en connaissance de cause³³ conduit à exiger que les filiations établies par GPA à l'étranger remplissent un seuil d'exigences minimales et « offrent des garanties »³⁴. On le voit, cette démarche s'inscrit clairement dans la volonté d'assainir les comportements, comme pourrait le faire une convention internationale à l'image de la convention de La Haye de 1993 sur l'adoption internationale³⁵. Refuser de reconnaître le jugement de filiation étranger, c'est aussi envoyer le message aux parents d'intention français ou résidant en France que les jugements émanant de certains pays seront ou ne seront pas reconnus, et c'est ainsi s'engager dans la voie d'une forme de reconnaissance éthique de la GPA³⁶.

3. Perfections et imperfections du système élaboré

23. La position adoptée par les arrêts considérés est d'autant plus intéressante que la Cour de cassation vient de la transposer en matière d'adoption. La question lui a été posée à plusieurs reprises de savoir si les dispositions d'application immédiate de l'article 370-3 du Code civil relatives au consentement du représentant légal de l'enfant adopté³⁷ pouvaient être utilisées pour contrecarrer un jugement étranger d'adoption. Après l'avoir admis dans un premier temps³⁸, la Cour de cassation avait modifié sa jurisprudence en 2015 et refusait depuis lors systématiquement que ces dispositions, applicables

33 En ce sens, M. Farge qui indique qu'il s'agit d'une règle matérielle: « Conditions de l'*exequatur* des décisions étrangères de gestation pour autrui », *Dr. fam.* n°11 nov. 2024, comm. 151.

34 Communiqué de la Cour de cassation du 2 octobre 2024, « GPA: Contrôle du juge sur l'application en France des décisions de justice étrangères », <https://www.courdecassation.fr/toutes-les-actualites/2024/10/02/communiqu-gpa-contrôle-du-juge-sur-lapplication-en-france-des>

35 Voir à ce sujet, les travaux de la conférence de La Haye préc. *supra* note n°10.

36 H. Fulchiron, « La lutte contre le tourisme procréatif, vers un instrument de coopération internationale? », *JDI* 2014, 563.

37 Art. 370-3 al 3 du Code civil: « *Quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant dans les conditions définies au premier alinéa de l'article 348-3* ». Art. 348-3 du Code civil: « Le consentement à l'adoption doit être libre, obtenu sans aucune contrepartie après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier s'il est donné en vue d'une adoption plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant. Le consentement à l'adoption est donné devant un notaire français ou étranger, ou devant les agents diplomatiques ou consulaires français. Il peut également être reçu par le service de l'aide sociale à l'enfance lorsque l'enfant lui a été remis ».

38 Civ. 1re, 9 mars 2011, n°09-72.371, *JDI* 2011, comm. 20, p. 967, note S. Godchot-Patris et J. Guillaumé. En ce sens, Circ. 28 oct. 2011, n°JUSC119808C.

dans l'instance directe, fussent importées à l'instance indirecte³⁹. Sans véritablement opérer un revirement de jurisprudence⁴⁰, elle vient toutefois de transposer la solution établie en matière de GPA à l'adoption. Par un arrêt du 11 décembre 2024⁴¹, la Cour de cassation exige dorénavant qu' :

en matière d'adoption, le juge de l'exequatur [soit] en mesure, à travers la motivation de la décision ou les documents de nature à servir d'équivalent qui lui sont fournis, de connaître les circonstances de l'adoption et de s'assurer qu'il a été constaté que ses parents ou ses représentants légaux y ont consenti dans son principe comme dans ses effets.

La cohérence du contrôle opéré entre les deux types de filiation se trouve ainsi assurée.

24. En matière de filiation post-GPA, le système actuel issu de la combinaison entre la fermeture de l'article 47 du Code civil quant à la transcription totale des actes de naissance à l'égard des parents d'intention et la jurisprudence permissive de la Cour de cassation vis-à-vis des jugements étrangers, laisse de côté les parents d'intention qui n'ont pas obtenu de jugement. Certains y ont vu une différence de traitement peu justifiable⁴², mais ne peut-on pas simplement y voir un mal pour un bien ? En contraignant les parents d'intention à ne recourir qu'aux GPA encadrées et faisant l'objet d'un jugement, la Cour de cassation s'assure de pouvoir réaliser un contrôle minimum sur les décisions étrangères et contribue à assainir – même de façon minimale – le tourisme procréatif. Par ailleurs, en plaçant le débat sur le terrain de l'exequatur, on sécurise la filiation des enfants et on sort de la précarisation d'une filiation prouvée par un acte de naissance mais que l'on peut contester à tout moment, ou dont les effets peuvent eux-mêmes être remis en cause.
25. Il a encore pu être dit que la solution malmènerait l'interdiction de la révision au fond⁴³, alors que la distinction entre une telle révision et un contrôle approfondi doit pouvoir être maintenue⁴⁴. Sans doute enfin, les adversaires farouches de la GPA balaieront d'un revers de manche le système ainsi élaboré exigeant le recours à l'ordre public international de fond pour empêcher les Français ou résidents en France de faire reconnaître les décisions étrangères de filiation issue de GPA⁴⁵. Ce n'est pourtant pas dans cette voie que la Cour de cassation s'est engagée.

B. Consécration d'une conformité à l'ordre public international de fond

26. C'est dans le troisième et dernier arrêt rendu en novembre 2024 que la Cour de cassation a finalisé le système d'un *exequatur* favorable aux décisions de filiation suite à une GPA réalisée à l'étranger.

39 V. not. Civ. 1re, 13 juin 2019, n°18-18.855, *JDI* 2019. 1181, note J. Guillaumé et en dernier lieu, Civ. 1re, 11 mai 2023, n° 21-24.178, *Rev. crit. DIP*, 2024. 291, note R. Legendre ; *Dr. fam.* 2023, comm. 116, M. Farge.

40 Les art. 370-3 et 348-3 restent cantonnés à l'instance directe et ne concernent pas l'exequatur.

41 Civ. 1re, 11 déc. 2024, n°23-15.672, *Dr. fam.* févr. 2025, comm. 28, obs. M. Farge.

42 V. Legrand, note préc. spéc. p. 68 : pour obtenir une transcription, il faut une filiation biologique, alors que pour l'exequatur peu importe la nature de la filiation.

43 En ce sens, M. Farge, pour qui la Cour de cassation « flirte [...] avec la révision au fond », note préc. V. Legrand, pour qui « on pourrait croire à un retour du pouvoir de révision du juge de l'exequatur pourtant supprimé depuis l'arrêt Munzer », note préc., spéc. p. 66. Voir toutefois, sur la révision au fond, M-L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle, S. Fulli-Lemaire, *Droit international privé*, LGDJ 8e éd. 2023, spéc. p. 827.

44 M-L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle et S. Fulli-Lemaire, *ibid.*, spéc. n°827.

45 L. d'Avout, note sous les trois arrêts rendus en 2024 par la Cour de cassation, préc. note n°11.

L'ultime verrou auquel l'on pouvait penser, celui de l'ordre public international de fond, n'a en effet pas été activé par la Cour de cassation pour s'opposer à de telles décisions étrangères.

27. La particularité de cette troisième affaire réside dans le fait que la GPA a été réalisée au Canada avec les gamètes de deux tiers donateurs au bénéfice d'une femme n'ayant aucun lien biologique avec l'enfant. Une décision canadienne établit ensuite le lien de filiation à son égard et lui octroie en conséquence des droits parentaux exclusifs. C'est parce qu'elle a obtenu des juridictions françaises l'*exequatur* de la décision que le Ministère public a formé un pourvoi en cassation au motif de la contrariété à l'ordre public international. Il faisait en effet valoir que « consacrer la filiation d'un enfant né à la suite d'une convention de GPA à l'égard d'une personne n'ayant aucun lien biologique avec l'enfant » contrevenait à l'ordre public international français. Son pourvoi est rejeté par la Cour de cassation.
28. Au soutien de sa décision, celle-ci mentionne les droits fondamentaux garantis par l'article 8 de la Convention EDH, tels qu'interprétés par la Cour EDH elle-même⁴⁶ et la jurisprudence de l'Assemblée plénière de 2019 qui avait déjà établi que la naissance par GPA ne pouvait pas faire obstacle à elle seule à la reconnaissance des liens de filiation avec le parent d'intention⁴⁷. Elle affirme qu'aucun principe essentiel du droit français, selon la formule désormais consacrée en matière d'ordre public international familial, n'interdit de reconnaître en France une filiation établie à l'étranger qui ne correspond pas à un lien biologique. Et pour étayer cette affirmation, elle convoque le Code civil et les divers modes d'établissement de la filiation qu'il permet, mais aussi les évolutions scientifiques qui ont conduit le législateur à admettre la procréation médicalement assistée et l'ouverture de celle-ci à toutes les femmes par la dernière révision des lois bioéthiques de 2021. Affirmant ainsi que notre propre droit interne admet la filiation en dehors du lien biologique, elle conclut à l'absence de contrariété de la décision étrangère établissant une filiation issue d'une GPA à l'égard d'une seule mère d'intention.
29. Il est important de mentionner que l'objet de la conformité à l'ordre public international que la Cour de cassation évalue ici n'est pas la GPA elle-même, mais le lien de filiation qui en résulte. De plus, en énonçant une solution propre aux seuls parents d'intention, la Cour de cassation énonce en réalité un principe général de reconnaissance de toutes les filiations établies par GPA à l'étranger, sans que ni la fraude, ni l'ordre public international français substantiel ne puissent s'y opposer. Comme vu précédemment, seul l'ordre public procédural, au travers de la motivation des décisions, pourra se dresser comme un rempart à la décision étrangère établissant un lien de filiation, ainsi que l'éventuelle incompétence indirecte du juge qui a rendu la décision.

46 Avis consultatif de 2019, préc.

47 Ass. plén. 4 octobre 2019, n°10-19.053, préc.

30. Cette faveur à l'établissement du lien de filiation s'accompagne également d'une clarification concernant les effets de ce lien. Certains demandeurs avaient en effet accompagné leur demande d'une autre tendant à faire produire à cette filiation établie à l'égard du parent d'intention les effets d'une adoption plénière.

III. Effets des décisions étrangères de filiation issue d'une GPA

31. Dans les deuxième et troisième arrêts rendus fin 2024, la Cour de cassation énonce très clairement que :

lorsque, sans prononcer d'adoption, un jugement étranger établissant la filiation d'un enfant né d'une gestation pour autrui, est revêtu de l'exequatur, cette filiation est reconnue en tant que telle en France et produit les effets qui lui sont attachés conformément à la loi applicable à chacun de ces effets.

Elle apporte ainsi des précisions tant sur la nature de la filiation issue d'une GPA (A) que sur ses effets, qui en découlent (B).

A. Nature de la filiation

32. Sans doute pour faciliter les démarches auprès des autorités administratives des parents d'intention de retour en France avec leurs enfants, il a souvent été considéré par les juges du fond que la décision étrangère produirait en France les effets d'une adoption plénière au sens du droit français. Toutefois, une telle solution s'accommode mal du principe de l'interdiction de révision au fond⁴⁸ qui impose de ne pas modifier la décision étrangère. En effet, et comme l'invoque le Ministère public au soutien de son pourvoi dans le cadre de la 2e affaire à propos d'un jugement prénatal californien établissant la paternité de deux hommes mariés, si le juge « peut procéder à la traduction d'une institution étrangère dans les catégories du for afin d'assurer son intégration dans cet ordre juridique », il ne peut en revanche pas « procéder à une révision de la décision transposée dans l'ordre interne ». Transposer et traduire la décision, oui ; en modifier la nature et lui faire produire des effets autres, non. Une telle importation de la décision dans la catégorie « adoption plénière » du droit français aurait en effet eu cette conséquence non seulement de modifier la nature de la filiation établie à l'étranger, mais aussi et surtout de dissimuler le processus à l'origine de la naissance et de la filiation. La Cour de cassation s'y refuse en affirmant que, puisque le jugement étranger a établi une filiation sans prononcer d'adoption, il convient de reconnaître cette filiation « en tant que telle »⁴⁹, c'est-à-dire une filiation tout à la fois non biologique et non adoptive, et donc une filiation d'intention. Ajoutant à l'argument de la non-contrariété d'une telle filiation à l'ordre public de fond, la Cour de cassation martèle ainsi sa volonté de reconnaître toutes les filiations établies à l'étranger.

48 En ce sens, M. Farge, note sous Civ. 1re, 2 oct. 2024, n°22-20.883 et 23-50.002, *Dr. fam.* n°11, nov. 2024, comm. 151.

49 § n°9, arrêt du 2 oct. 2024, n°23-50.002.

B. Effets de la filiation

33. La Cour de cassation indique que la filiation ainsi établie produit les effets qui lui sont attachés selon la loi applicable à chacun de ces effets. Cette partie des arrêts ne nécessite pas de longs développements, mais mérite d'être soulignée pour son aspect pédagogique. Dès lors qu'une filiation sera établie à l'étranger et reconnue en France (de plein droit ou suite à une procédure d'*exequatur*, suite à une GPA ou par procréation naturelle, ou encore suite à une adoption), elle produira nécessairement des effets. Ceux-ci sont naturellement ventilés dans les différentes catégories qui les concernent : autorité parentale, régie par la convention de La Haye de 1996⁵⁰ ; obligations alimentaires, régies par le protocole de La Haye de 2007⁵¹ ; successions, régies par le règlement n°650/2012⁵² ; nom de famille, régi par le droit international privé commun mais aussi par la jurisprudence de la CJUE amorcée par l'arrêt *Garcia-Avello* en 2003⁵³.

Conclusion

34. L'année 2024 paraît marquer le point final d'une histoire très épineuse. La Cour de cassation consacre désormais la possibilité de faire reconnaître en France les décisions étrangères de filiation rendues suite à une GPA pourvu qu'elles remplissent, outre les conditions de régularité internationale traditionnelles, les conditions spécifiquement prévues au titre du contrôle de la motivation des décisions étrangères. À ce titre, les décisions étrangères devront faire figurer en leur sein un certain nombre de mentions permettant d'identifier les parties à la convention de GPA et leurs qualités (mère porteuse, donneur, donneuse, parent d'intention, parent biologique), mais aussi permettant de s'assurer que le consentement des parties et spécialement de la mère porteuse a été donné en connaissance de cause en ce qui concerne tant les modalités de la convention que ses effets. En précisant qu'une telle décision de filiation ne pouvait pas s'apparenter à une décision d'adoption plénière, la Cour de cassation range définitivement les décisions de filiation suite à une GPA dans la catégorie « filiation non adoptive » et coupe ainsi court à toute ambiguïté sur l'origine de la filiation établie à l'étranger. En construisant cet édifice, la Cour de cassation non seulement laisse de côté les GPA non encadrées *a minima*, mais aussi celles pour lesquelles un jugement étranger consacrant le lien de filiation n'est pas rendu. Elle restreint ainsi quelque peu le champ du tourisme procréatif, inhérent à la coexistence de notre législation nationale prohibitive avec des législations étrangères plus permissives, et le dirige vers des États qui, comme la Californie, prévoient un système de jugement prénatal.

50 Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, entrée en vigueur en 2011 en France et en Espagne, www.hcch.net

51 Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, entré en vigueur en 2013 en France et en Espagne, www.hcch.net

52 Règlement n°650/2012 du 4 juillet 2012, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, en application dans les États membres de l'Union européenne depuis le 17 août 2015.

53 CJCE 2 oct. 2003, *Garcia Avello*, Aff. C-148/02, JDI 2004. 582 ; *Rev. crit. DIP* 2004. 184, note P. Lagarde ; *RTD civ.* 2004. 62, obs. J. Hauser. CJCE 14 oct. 2008, *Grunkin et Paul*, Aff. C-353-06, *Rev. crit. DIP* 2009. 80, note P. Lagarde ; JDI 2009. 203, note L. d'Avout. CJUE 22 déc. 2010, *Sayn-Wittgenstein*, Aff. C-208-09, JDI 2011. 639, note J. Heymann.

35. D'une certaine manière, en contrecarrant la jurisprudence de la Cour de cassation et en fermant la porte à la transcription totale des actes de naissance étrangers via l'article 47 du Code civil, qui n'était qu'un moyen de prouver un état sans le reconnaître, le législateur a poussé les parents d'intention à se placer sur le terrain de l'*exequatur* des

jugements. Avec sa jurisprudence la plus récente et l'octroi de l'*exequatur* des décisions étrangères, la Cour de cassation sécurise la filiation des enfants nés par GPA. Même si la solution laisse de côté les parents d'intention qui n'ont pas obtenu de décision de justice, les droits fondamentaux de l'enfant s'en trouvent renforcés⁵⁴.

36. Une telle jurisprudence s'inscrit clairement dans un mouvement amorcé dans le cadre international et européen. Les travaux engagés au sein de la conférence de La Haye et la proposition de règlement UE sur la reconnaissance de la filiation témoignent en effet de ce mouvement en faveur de la reconnaissance des filiations par-delà les frontières, malgré des législations internes fortement opposées et une absence de consensus évidente des États sur ce sujet.
37. Reste alors la question cruciale posée par tous : que reste-t-il des législations nationales prohibitives ? La jurisprudence de la Cour de cassation n'est-elle que la chronique d'une mort annoncée de l'article 16-7 du Code civil qui interdit la GPA sur le territoire ? Si l'exemple de la législation espagnole montre qu'il est possible de faire coexister à la fois une interdiction nationale et une tolérance à l'égard des filiations établies à l'étranger, reste la question de savoir si une telle position est réellement acceptable. Veut-on réellement interdire les GPA en France et accepter que les plus hardis et les plus aisés puissent contourner cette législation ? On dira que la position retenue par la jurisprudence française est une position du moindre mal qui, sur le plan national, interdit le recours à la GPA au nom de l'indisponibilité de l'état des personnes et du corps humain, de la protection de la vulnérabilité mais qui, sur le plan international, accepte la filiation établie, à certaines conditions, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant et de ses droits fondamentaux. Malgré les critiques qui ne manqueront pas de jaillir à propos de cette jurisprudence, il semble pourtant que la Cour se soit engagée dans la seule voie praticable.

54 Comparer avec la solution qui figure à l'art. 63 du le Projet de code de droit international privé : « Lorsqu'une convention portant sur la procréation ou la gestation pour autrui a été conclue dans un État qui l'autorise, la filiation de l'enfant qui en est issu peut être établie par le juge selon la loi de cet État, si une partie en fait la demande. Le juge s'assure au préalable que la convention a été conclue et exécutée dans le respect des dispositions du droit de l'État en cause. Conformément au principe de proportionnalité, il tient compte des buts poursuivis, des intérêts en présence et notamment de l'intérêt de l'enfant, ainsi que des effets de l'application de cette loi dans l'ordre juridique français », <https://www.cfdip.fr/projet-de-code-de-droit-international-prive-et-seance-du-21-octobre-2022/>

Cyril Roth

Président de chambre à la cour d'appel de Versailles, professeur associé à l'université Paris-Saclay, UVSQ, DANTE

Il devrait être simple de faire remettre un acte à un destinataire localisé à l'étranger. On ne peut blâmer les avocats et les commissaires de justice de mal maîtriser la science des significations internationales, tant ils peinent aujourd'hui à acquérir l'information pertinente, à naviguer entre les instruments et le droit interne, parfois à vaincre la résistance de l'administration, au point que se trouvent compromis l'accès à la justice, ses délais de traitement et l'exécution de ses décisions. Certes, dans l'espace européen, les mécanismes de coopération interétatique cèdent progressivement la place à des modes directs de transmission. Mais acheminer du papier sera bientôt dépassé : la révolution décisive viendra de l'avènement de l'identité numérique des personnes physiques et morales.

Mots-clefs

Règlement notifications

Significations internationales

Remise à parquet

Souveraineté

Huissiers de justice

Voie diplomatique

Identité numérique

The service of a legal document to an addressee located abroad should be straightforward. Lawyers and bailiffs cannot be blamed for their imperfect command of international service procedures, given how challenging it is today to acquire relevant information, navigate between international instruments and domestic law, and sometimes overcome administrative resistance. This ultimately compromises access to justice, the length of proceedings and the enforcement of judicial decisions. While within the European space, mechanisms of inter-State cooperation are gradually giving way to direct transmission methods, the physical forwarding of paper documents will soon become obsolete: the decisive revolution will stem from the advent of digital identity for natural and legal persons.

Introduction : un processus à étapes multiples

1. **Une définition complexe.** Les différents éléments de la définition de travail de ce qu'est une signification ne sont pas simples. Posons que constitue une signification la remise d'un acte à son destinataire selon un formalisme prévu par une norme internationale ou interne ; que la signification doit comporter des mentions particulières, selon la nature de l'acte transmis et l'effet qu'elle doit produire ; qu'elle est acheminée selon des modalités visant à s'assurer que le destinataire a été touché, en tout cas qu'on a accompli des diligences précises pour tenter de le toucher ; qu'une signification ne peut émaner que d'une sorte d'agent public.

Une signification est internationale lorsque son destinataire est localisé dans un autre Etat que celui dont elle émane. Le raisonnement de droit international privé est donc déclenché par des éléments d'internationalité particulièrement faciles à détecter ; internationalité, non extranéité, car la nationalité des parties est indifférente.

Tous les litiges internationaux comme comportant des éléments d'internationalité déclenchant un raisonnement de droit international privé ne donnent pas lieu à une signification internationale. Ainsi par exemple d'un divorce entre deux étrangers résidant en France, qui appellera à tout le moins à raisonner en matière de compétence et de loi applicable suivant les règlements Bruxelles II ter et Rome III, mais n'impliquera aucune signification internationale, tandis qu'un litige opposant deux Français dont l'un réside à l'étranger donnera lieu à de nombreuses significations internationales.

2. **Fonctions de la signification internationale.** Les significations internationales existent hors tout procès (on trouve dans le statut des baux commerciaux de nombreux exemples d'actes extra-judiciaires : congé donné par le bailleur, demande de renouvellement par le preneur, etc.), au démarrage d'un procès (l'assignation introductive d'instance), durant l'instance (par exemple : signification d'une déclaration d'appel ou de conclusions), après le procès (signification de la décision obtenue), enfin en phase d'exécution forcée.

Dans le langage du droit, la signification répond aux fonctions phatique, référentielle et conative identifiées par Jakobson¹ : une assignation introductive d'instance, par exemple, a pour but d'établir le contact avec le récepteur (en veillant à ce qu'il soit touché), de lui transmettre des informations objectives (la date du procès et la juridiction devant laquelle il se tiendra), enfin de produire un effet sur lui (comparaître).

C'est pourquoi la régularité des significations internationales est un élément sine qua non de la loyauté de tout processus judiciaire.

Leur rôle ancillaire ne doit pas masquer leur importance pratique : leur bonne fin conditionne l'existence même du procès et l'efficacité de la décision rendue.

3. **Un processus, non un acte.** Schématiquement, la signification internationale de droit commun, c'est-à-dire celle qui n'est régie par aucun instrument, est initiée en France par un exploit d'huissier de justice remettant l'acte à un parquet, qui agit comme boîte aux lettres ; l'acte est acheminé vers l'administration centrale du ministère de la justice, lequel le transmet à l'administration centrale du ministère des affaires étrangères ; celui-ci transmet l'acte à son homologue, c'est-à-dire au ministère des affaires étrangères de l'Etat dans lequel l'acte doit être délivré ; ensuite, après avoir transité par les filières administratives locales, l'acte est remis à son destinataire par un agent significateur. Puis l'acte suit le chemin exactement inverse. L'acte aura transité par une dizaine d'intermédiaires, à commencer par le commissaire de justice français. Ce processus n'est décrit que de manière très partielle à l'article 685 du code de procédure civile, comme si le

¹ Roman Jakobson, *Essais de linguistique générale*, tome 1, chapitre XI, Editions de Minuit, 2003

reste était évident ; encore certains Etats requis exigent-ils une autorisation d'un juge, qui est prévue à l'article 685, al. 3 de notre code de procédure civile.

Les instruments liant la France et régissant les modalités des significations internationales sont conçus en vue de circuits plus sûrs, plus simples et plus rapides.

Il reste que toute signification internationale n'est pas un acte unique mais un processus logistique formaliste visant au transit international de documents juridiques via des intermédiaires multiples. D'où la difficulté de déterminer à quelle date il faut considérer que la signification a eu lieu et l'arbitraire de tout choix à cet égard, là où, par construction, une signification interne ordinaire est facile à dater.

4. **Souveraineté et territorialité.** Si le formalisme des significations est imposé par des instruments internationaux ou par le droit interne, c'est que l'usage de ces formes a un aspect de contrainte qui, dans un Etat moderne, ne peut être abandonné à un opérateur complètement privé : on n'oblige pas le destinataire d'un acte à le recevoir, encore moins à en tirer les conséquences, mais l'agent de la signification ne peut pas agir à sa guise ; il est délégataire de la puissance publique et lié par un formalisme précis.

Les instruments internationaux relatifs aux significations ont donc traditionnellement pour objet original, la définition non de règles de conflits de fors ou de lois, mais de modalités de coopération inter-étatique.

Ces instruments reflètent de manière diverse et évolutive le respect de la souveraineté des Etats qui y sont parties : au sein de l'Union européenne, les frontières s'abaissent progressivement dans ce domaine, ce qui est l'un des aspects significatifs de la construction d'un espace de justice commun.

En revanche, seules les juridictions de l'Etat d'où elles émanent sont compétentes pour connaître des contestations relatives à la régularité des significations dont une partie s'est déroulée à l'étranger, ce qui est une forme d'application du principe de territorialité, qui règne sans partage dans le contentieux de l'exécution forcée.

En effet, l'exécution forcée suppose l'usage d'une contrainte dont l'Etat a le monopole ; il en délègue une parcelle aux agents d'exécution ; les Etats étant souverains, les modalités de cette contrainte ne peuvent être définies qu'au niveau national et contrôlées, dans leur mise en œuvre, par le juge national. Le principe de la territorialité des mesures d'exécution est par exemple exprimé à l'article 40 du règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012, dit Bruxelles I bis.

5. **Plan de l'étude.** La science des significations internationales est devenue si complexe que les professionnels s'y perdent (I) ; pourtant, son évolution est marquée par le déclin de la souveraineté des Etats, à mesure que les mécanismes de coopération interétatiques cèdent la place à des modes de transmission directs (II) ; la vraie révolution procèdera de l'utilisation de la communication électronique (III).

I. Une science complexe et mal partagée

6. **Des instruments de toutes sortes.** Les instruments à mettre en œuvre pour opérer une signification internationale à partir de la France varient selon l'Etat requis, c'est-à-dire celui où réside le destinataire de l'acte :
 - depuis le 1^{er} juillet 2022, le règlement (UE) n° 2020/1784 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2020 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale s'applique si le destinataire est localisé dans l'Union européenne ; cette refonte succède au règlement notifications de 2007 ; il en existe une présentation pratique efficace sur le site de l'Union européenne des huissiers de justice ([Entrée en application le 1^{er} juillet 2022 du règlement \(UE\) n° 2020/1784 sur la signification \(uehj.eu\)](https://uehj.eu)) ; l'une des grandes innovations du règlement est la possibilité d'une assistance dans la détermination de l'adresse du destinataire sur le territoire d'un autre Etat membre (voir *infra*, n°22) ;
 - certains Etats sont liés à la France par une convention bilatérale ; c'est le cas de toutes les anciennes colonies et protectorats, mais aussi d'autres Etats, tels la Chine ou les Emirats Arabes Unis ;
 - certains Etats sont comme la France parties à la convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (79 signataires, desquels il faut ôter les Etats membres de l'Union, où le règlement écrase la convention).
7. **Accès aux instruments.** Ils sont notamment disponibles sur :
 - la [base « Traités et accords de la France »](#) (anciennement « base Pacte ») tenue par le ministère des affaires étrangères ; elle est exhaustive mais n'est pas la plus intuitive à manier ;
 - le site du ministère de la justice : voir *infra*, n°11, sur ses limitations ;
 - le [portail JaFBase](#), qui donne accès à toutes les conventions utiles en matière de signification et d'exequatur en matière civile ;
 - le *Jurisclasseur Droit international*, fasc. 583 – réservé aux abonnés.
8. **Multiplicité des sources du droit des significations.** L'une des difficultés auxquelles se heurtent les praticiens dans l'accomplissement des significations internationales réside dans la nécessité d'appréhender et de combiner :
 - la coutume internationale, dont les contours sont flous par construction ;
 - les instruments internationaux ad hoc, qui doivent être articulés entre eux en tant que de besoin ;
 - les prescriptions de nature réglementaire non contraires à ces instruments des articles 683 à 688-8 du code de procédure civile, rassemblées dans une section intitulée « Règles particulières aux notifications internationales » ;
 - la doctrine et la pratique des administrations françaises et étrangères qui concourent aux significations internationales – chez nous, celles du ministère de la justice et du ministère des affaires étrangères ;

- la jurisprudence des cours suprêmes de l'Etat d'origine et de l'Etat requis ;
- la réalité de la pratique judiciaire dans les Etats concernés ;
- l'organisation des professions du droit dans ces Etats.

Concrètement, pour l'avocat ou le commissaire de justice, cette évaluation préliminaire dans une affaire donnée implique fréquemment de faire appel à un correspondant local. L'Union internationale des huissiers de justice répond en partie à ce besoin, mais les commissaires de justice français s'intéressant aux significations internationales développent leur réseau personnel dans les pays vers lesquels ils acheminent des actes le plus fréquemment.

9. **Multiplicité des modes de transmission.** A partir des sources combinées qui viennent d'être citées, le praticien doit déterminer quels sont le ou les modes de transmission possibles.

On en distingue une petite dizaine, qui ne sont pas tous nommés de manière canonique et qui naturellement ne sont pas tous permis par tous les instruments :

- La voie diplomatique, ainsi nommée parce qu'elle passe par le ministère des affaires étrangères, décrite *supra* (n°3) ; elle est difficile à destination de pays dans lesquelles la France n'a plus de représentation diplomatique (actuellement, la Syrie, l'Afghanistan, le Soudan notamment) ; dans ce cas, le ministère de la justice envisage avec le ministère des affaires étrangères l'usage de voies diplomatiques indirectes, ou bien atteste de ce que la transmission est impossible ce qui ne permet pas au créancier, si c'est de la signification du titre exécutoire exigée à l'article 503 du code de procédure civile qu'il s'agit, de procéder à une quelconque mesure d'exécution forcée ;
- La transmission entre autorités centrales désignées par un instrument international ;
- La voie consulaire directe, dans laquelle l'acte est remis à son destinataire par le consulat de France local ; la plupart des instruments prévoient que cette voie n'est utilisable que lorsque le destinataire de l'acte est national de l'Etat d'origine ; lorsque cette voie est prévue par un instrument, il est fréquent que les Etats y ayant adhéré aient exclu cette possibilité ;
- La voie consulaire indirecte, dans laquelle le consulat de France local demande à une autorité étrangère locale de délivrer l'acte ;
- La transmission dite « semi-directe » dans laquelle le commissaire de justice s'adresse à une autorité centrale étrangère ; certains instruments prévoient, par exemple, l'envoi de l'acte à un parquet étranger, ce qui exclut toute remise à un parquet français (conventions franco-marocaine, franco-algérienne, franco-camerounaise) ;
- La saisine directe par le commissaire de justice de l'entité requise ;
- La voie postale directe, dans laquelle l'autorité compétente de l'Etat d'origine adresse directement l'acte à son destinataire par courrier ; dans l'espace européen, c'est l'innovation contenue à l'article 14 du règlement de 2007, dont les autorités européennes, puis la Cour de cassation, ont admis qu'elle pouvait être utilisée non seulement par les greffes, mais aussi par l'huissier de justice² ; sur ce point par

2 Civ. 2e., 8 janv. 2015, n°13-26.224, publié, notamment présenté au [Dalloz actualité du 20 janvier 2015](#)

exemple, la circulaire de 2006 (voir *infra* n°11) est obsolète ; il existe des voies postales indirectes, utilisées par les entités requises lorsque la loi locale permet la signification par courrier ;

- La « signification directe », dans laquelle le requérant fait appel sans intermédiaire à l'autorité localement compétente pour notifier l'acte – typiquement, un huissier de justice.

Lorsque plusieurs modes de transmission sont envisageables, l'avocat et le commissaire de justice disposent d'une option à fort impact sur le déroulement de l'instance judiciaire ou de la procédure d'exécution forcée devant être menée en France. Il est fréquent que l'intérêt du client soit d'emprunter la voie la plus rapide et la plus efficace – la signification directe, quand elle est permise, ou bien la voie postale directe mais que pour autant, par habitude et méconnaissance des instruments, la signification soit acheminée par la voie diplomatique, ou dirigée vers une entité requise.

Les significations internationales sont un travail d'équipe dans lequel l'avocat doit collaborer étroitement avec le commissaire de justice³.

10. **L'étrange sanction du mode de transmission erroné.** Choses vues : il arrive que la signification d'une assignation introductive d'instance emprunte une voie que l'instrument ad hoc ne prévoit tout simplement pas ; typiquement, la voie diplomatique, là où la convention bilatérale applicable prévoit la saisine d'une entité locale par le requérant. Lorsqu'il s'aperçoit de l'erreur, le ministère de la justice français à qui on demande de faire transiter une telle signification peut en alerter le requérant ; mais enfin il est difficile d'exiger de lui qu'il la détecte de manière systématique.

Et pourtant, la remise à parquet initiale a été enrôlée, de sorte qu'en application de l'article 688, al. 1, du code de procédure civile, il faut tenir la juridiction pour saisie. Le deuxième alinéa de l'article 688 prévoit que s'il n'est pas établi que le destinataire de l'acte en eu connaissance en temps utile, le juge ne peut statuer au fond si l'acte n'a pas été transmis selon les modes prévus par les instruments internationaux applicables.

Deux situations sont donc à distinguer : si le défendeur ne comparaît pas, l'instance est donc plongée dans des limbes incertains : le juge ne pourra statuer et n'a plus qu'à radier l'affaire, le demandeur n'ayant manifestement pas accompli les diligences attendues de lui. S'il statue au fond, son jugement encourra la nullité ; mais l'article 22 du règlement notification (refonte) et l'article 16 de la Convention de 1965, non transposés en droit interne, prévoient un relevé de forclusion, autrement dit une voie de rétractation contre le jugement.

Si en revanche le défendeur comparaît, le juge pourra statuer au fond, ce qui est très curieux si on considère que l'assignation frise l'inexistence pour avoir délivrée selon un mode de transmission juridiquement impossible, mais pragmatique : la raison d'être de l'acte introductif d'instance est de permettre au défendeur de comparaître.

Une bonne pratique consiste, s'agissant de l'acte introductif d'instance, à maximiser les chances d'un débat contradictoire en

³ voir la fiche 63, « Choisir et saisir son huissier dans une affaire internationale », in *Guide de droit international des Français de l'étranger* 2022/23, éd. LexisNexis

l'adressant au défendeur, parallèlement à la signification, par lettre papier ou électronique, ou encore par le truchement d'un avocat français ou étranger travaillant pour lui de manière habituelle, puisque sa comparution est de nature à annihiler le grief tiré de l'éventuelle irrégularité de l'acte de saisine.

11. **Une doctrine administrative obsolète.** En matière de significations internationales, c'est la direction des affaires civiles et du sceau du ministère de la justice qui est maître d'œuvre. C'est par elle que transitent, via les parquets, toutes les significations empruntant la voie diplomatique ; c'est elle qui, de manière systématique, est désignée autorité centrale quand les instruments ad hoc en prévoient une.

Sa circulaire NOR JUSC0520961C du 1^{er} février 2006 relative aux notifications internationales des actes judiciaires et extra-judiciaires en matière civile et commerciale demeure aujourd'hui un outil majeur ; elle a été un peu modifiée par une circulaire NOR JUSC0823397C du 10 novembre 2008 pour prendre en compte le règlement n°1393/2007 du 13 novembre 2007.

Mais elle est aujourd'hui en partie obsolète, en raison de l'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 2022, du règlement (UE) n°2020/1784, mais aussi au regard de quinze années de construction jurisprudentielle.

Le département de l'entraide, du droit international privé et européen de la direction des affaires civiles et du sceau rend accessible à tous, sur son site internet, un [répertoire par pays des conventions utiles](#) liant la France à un Etat considéré et, [pour chaque Etat du monde, une fiche](#) relative aux modes de transmission possibles. Ces instruments sont extrêmement précieux et globalement exacts.

Hélas, certaines des informations ainsi mises en ligne par la chancellerie induisent les professionnels en erreur. Ainsi, pour nombre de pays européens, le site renvoie à des instruments rendus obsolètes par les règlements (telle la convention franco-espagnole de 1996 relative à l'application de la convention de La Haye de 1965) ; la fiche relative à la transmission des actes vers le Maroc, pourtant [mise à jour début 2024](#) et d'un intérêt considérable pour les litiges dont sont quotidiennement saisies les juridictions françaises, ne mentionne pas la possibilité pour un requérant français de faire délivrer son acte directement par un huissier de justice marocain, ce que permet [l'article 6 de la convention bilatérale](#) et qui est évidemment, de loin, le plus facile et le plus rapide.

12. **Les professionnels en difficulté.** La matière des significations internationales ne fait pas l'objet d'un enseignement spécifique, en formation initiale, à l'université, ni dans les CRFPA, ni à l'ENM.

Les avocats ont une tendance naturelle compréhensible à abandonner entièrement les significations, même internationales, aux commissaires de justice, lesquels sont eux-mêmes parfois mal formés dans ce domaine.

La doctrine publiée du ministère de la justice est obsolète ; les outils qu'il met à la disposition des professionnels sont incomplets, parfois inexacts.

La bonne fin d'une signification internationale implique la vérification de l'exactitude des informations à disposition sur les modes de transmission ; un choix stratégique entre ces modes pouvant impliquer le recours à l'autorité centrale, qui est de bon conseil, ou à des correspondants locaux ; la mise en place d'alertes calendaires afin d'assurer un suivi convenable des différentes étapes de la transmission ; l'accomplissement d'actes complémentaires tels que les démarches auprès des autorités requises prévues à l'article 688 du code de procédure civile ou l'établissement d'un procès-verbal de recherches prescrit à l'article 687-1 de ce code ; une excellente coordination entre avocat et commissaire de justice ; l'utilisation de formulaires complexes ; la mise en œuvre d'actions en justice parfois.

Les avocats enrôlent une affaire en se bornant à placer un exploit de remise à parquet ou de transmission à une entité étrangère, sans preuve de la remise de l'acte à son destinataire ou du retour des autorités requises ; les greffes ne sont pas formés à la détection de la difficulté procédurale générée par les significations internationales incomplètes ; le juge de la mise en état, quand il y en a un, n'a pas toujours ce réflexe lui non plus.

Le juge n'est pas tenu, et c'est heureux, de se substituer aux émetteurs d'une signification internationale pour accomplir à leur place, au titre d'une mesure d'instruction, les démarches auprès des autorités requises prévues à l'article 688 du code de procédure civile⁴.

Il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que les magistrats du tribunal judiciaire de Paris, où sont traitées de nombreuses affaires internationales, rapportent que l'irrégularité ou le caractère incomplet des significations à l'étranger soit *un constat quotidien*⁵, même lorsque le destinataire de l'acte est situé sur le territoire européen.

13. **Exécution forcée et responsabilité du commissaire de justice.** En France, l'une de ces conditions majeures à l'exécution forcée est prévue à l'article 503 du code de procédure civile, aux termes duquel les jugements ne peuvent être exécutés contre ceux auxquels ils sont opposés qu'après leur avoir été notifiés, à moins que l'exécution n'en soit volontaire.

Or la réalisation des premières étapes d'une signification internationale ne vaut pas signification, puisqu'elles n'ont pas pour objet immédiat de toucher le débiteur. La Cour de cassation a donc récemment affirmé dans une affaire franco-marocaine que le commissaire de justice engage sa responsabilité comme d'ailleurs son mandataire en diligentant des mesures d'exécution forcée sur le fondement d'un titre non encore signifié⁶ : le caractère international de la signification ne constitue aucune circonstance atténuante.

Ainsi, les effets du caractère incomplet ou irrégulier d'une signification du titre exécutoire sont bien plus radicaux que ceux de l'imperfection de la signification de l'assignation introductive d'instance, dont on a vu qu'elle ne portait pas toujours à conséquence (v. *supra* n°10) : l'acte d'exécution forcée qui la suit est nul.

4 Civ. 2e, 24 mars 2022, n°20-17.394, publié

5 *Gaz Pal*, 23 janv. 2024, p. 42 et suivantes, actes de colloque.

6 Civ 2e, 17 mai 2023, n°21-23.773, publié

II. Le déclin de la souveraineté

14. **Espace européen : vers un droit procédural commun.** Avec le règlement Bruxelles I bis, le droit européen a, au nom du principe de confiance mutuelle, franchi une étape décisive vers une reconnaissance mutuelle des jugements sans exequatur.

La matière des significations participe aussi de ce mouvement d'ensemble tendant à l'instauration d'un droit procédural européen détaché des techniques traditionnelles de réglementation de la procédure civile internationale⁷. Au règlement « notifications » n° 1348/2000 du 29 mai 2000 a succédé le règlement n°1393/2007 du 13 novembre 2007, dont le règlement n° 2020/1784 est la refonte. Trois règlements en vingt ans, c'est une activité législative intense pour l'Union.

15. **Matières régaliennes : un champ restant à définir.** À son article premier, le règlement du 25 novembre 2020 exclut expressément de son champ d'application les matières fiscales, douanières et administratives, ainsi que la responsabilité d'un État membre pour des actes ou des omissions commis dans l'exercice de la puissance publique (« acta jure imperii »).

Autrement dit, les méthodes simplifiées prévues par le règlement ne peuvent être employées lorsque qu'un Etat membre est lui-même en cause dans son activité régalienne. Inversement, elles doivent en principe être employées lorsque l'Etat défendeur est attiré en justice pour toute autre raison, notamment en matière contractuelle.

Cette frontière est difficile à tracer, chaque Etat membre ayant une conception propre de ce qui est régalien et de ce qui ne l'est pas. Certes, les notions prévues par le règlement sont autonomes et ont vocation à être un jour définies par la jurisprudence de la CJUE. Mais l'avenir de cette construction est douteux, car les procès menés devant des juridictions nationales impliquant des Etats membres en qualité de partie ne sont pas légion.

16. **L'Etat étranger destinataire.** L'article 684, al. 2, du code de procédure civile dispose que :

l'acte destiné à être notifié à un Etat étranger, à un agent diplomatique étranger en France ou à tout autre bénéficiaire de l'immunité de juridiction est remis au parquet et transmis par l'intermédiaire du ministre de la justice aux fins de signification par voie diplomatique, à moins qu'en vertu d'un règlement européen ou d'un traité international la transmission puisse être faite par une autre voie.

Ce texte peut être considéré comme exprimant l'état de la coutume internationale : la voie diplomatique est de principe lorsque le destinataire de l'acte bénéficie d'une immunité de juridiction, ce qui est lié au fait que, pour préserver ses relations diplomatiques avec l'Etat

⁷ B. Hess, « Nouvelles techniques de la coopération judiciaire transfrontière en Europe », *Rev. crit. DIP* 2003. 215

défendeur, l'Etat d'origine a intérêt à être informé des procédures judiciaires menées contre lui devant ses propres juridictions⁸.

La question délicate est de savoir si un instrument international relatif aux significations internationales ne prévoyant pas expressément le cas où un Etat étranger est lui-même destinataire de l'acte doit être compris comme autorisant les autorités des parties contractantes à utiliser les modalités simplifiées qu'il prévoit y compris dans cette hypothèse, comme si l'Etat signataire était un justiciable ordinaire, ou bien si la coutume l'emporte.

Il est généralement considéré, et même jugé que l'usage de la voie diplomatique reste la voie de principe pour l'acheminement d'un acte à un Etat étranger⁹. Bref, il est sans doute prudent de ne pas employer les formes simplifiées prévues par un instrument donné toutes les fois que le destinataire de l'acte est l'Etat souverain qui y est partie.

17. **Les vestiges malheureux de la souveraineté.** La voie diplomatique est particulièrement coûteuse en temps ; il arrive en outre que le ministère français des affaires étrangères joue imparfaitement son rôle dans la transmission des actes à destination de l'étranger, peut-être parce que servir de facteur n'est pas l'idée qu'il se fait de sa vocation, mais aussi pour des raisons d'opportunité diplomatique étrangères à cette mission, spécialement lorsque le destinataire de l'acte est un Etat souverain.

C'est peut-être l'effet d'un malentendu tenant à ce que, dans l'autre sens, pour l'Etat requis, dans la coutume internationale, hors convention, l'exécution d'une demande de notification internationale n'est pas une obligation, mais un acte de courtoisie internationale relevant de son pouvoir discrétionnaire.

Dans l'autre sens, lorsque c'est la France qui est requise, le texte de l'article 688-8 du code de procédure civile limite le pouvoir d'appréciation des autorités françaises pour délivrer des notifications requises par une autorité étrangère, en disposant que :

l'exécution d'une demande de notification ou de signification peut être refusée par l'autorité française si elle est de nature à porter atteinte à la souveraineté ou à la sécurité de l'Etat et qu'elle peut également être refusée si la demande n'est pas présentée conformément aux dispositions du présent code,

ce dont il résulte a contrario que dans tout autre cas, la compétence de l'autorité française requise est liée. Mais quel requérant étranger est en position de discuter utilement l'interprétation faite par les autorités françaises de leur propre code de procédure civile ?

Les situations de blocage sont parfois si aiguës que certains plaideurs ont récemment utilisé la voie du référé-liberté devant les juridictions administratives pour déclencher des transmissions d'actes par le ministère français des affaires étrangères vers les autorités d'un Etat requis. Dans l'une de ces affaires, le tribunal adminis-

⁸ Voir R. Thominette, G. Le Quillec, « Le régime méconnu des notifications à un Etat étranger », *JCP G*, 14 juin 2006, doctr. 147

⁹ Voir not. : Civ. 1re, 22 juin 1999, n°96-18.583, publié ; Civ. 1re, 19 mars 2014, n°11-20.312, publié.

tratif de Paris a apporté au requérant une réponse en demi-teinte, laissant entendre que la date de certaines des démarches liées à une telle transmission était à la discrétion du ministère des affaires étrangères¹⁰.

18. **Une proposition pour faciliter l'exécution forcée.** Pour rendre plus efficace le principe de territorialité des mesures d'exécution forcée, plus rapide le traitement des contentieux qu'elle génèrent, plus effectif le droit fondamental du créancier à l'exécution des décisions de justice, enfin faciliter l'exercice du droit d'accès au juge du débiteur, il serait assez facile de supprimer la nécessité de toute signification internationale pour le débiteur devant attirer le créancier devant le juge de l'exécution en contestation d'une saisie.

Il suffirait de prévoir dans la partie réglementaire générale du code des procédures civiles d'exécution une disposition selon laquelle, dans tous les actes d'une procédure d'exécution forcée, le créancier est tenu d'élire domicile en France ; c'est le schéma naguère utilisé pour les assignations devant le juge des référés à l'article 837 du code de procédure civile, dans sa rédaction en vigueur avant le 1^{er} janvier 2020 ; c'est le schéma toujours utilisé pour les assignations devant le tribunal de commerce, selon l'article 855 du code de procédure civile. Le contentieux de l'exécution forcée mérite autant d'efficacité que le contentieux commercial.

III. Les voies modernes de la communication

19. **Simplification de la voie diplomatique : la remise à parquet.** Le décret du 28 décembre 2005 a modifié l'article 684 du code de procédure civile pour mieux mettre en relief la particularité de la signification à l'étranger de droit commun, celle qui passe par le parquet : l'acte n'est plus « signifié » au parquet, mais lui est simplement remis.

Cette évolution n'est pas purement sémantique. Elle marque d'abord le fait que la remise au parquet ne constitue qu'une partie du processus de signification n'ayant en elle-même aucun effet procédural, si ce n'est de permettre l'acheminement de l'acte au ministère de la justice aux fins de remise par la voie diplomatique¹¹.

Ensuite, elle manifeste le fait que la date d'une signification internationale ne peut pas être la date de sa remise à parquet.

L'article 684-1 du code de procédure civile créé par le décret du 15 mars 2012 entérine l'existence d'un acte de remise.

On revient de loin, car le système antérieur sacrifiait entièrement les intérêts du destinataire, et en particulier du débiteur, localisé à l'étranger, en réputant un acte notifié du jour où il était remis à parquet ; ce n'est que par le décret du 28 décembre 2005 qu'a été abandonnée cette fiction¹², au profit du système de la double date et dans l'objectif d'assurer une réelle remise de l'acte à son destinataire – ce qui est la moindre des choses du point de vue de son droit d'accès au juge.

Si cette évolution doit être rappelée aujourd'hui, près de vingt ans après la réforme, c'est que certains professionnels vivent encore

¹⁰ TA Paris, 21 sept 2022, n°2219172

¹¹ Civ.2e, 24 mars 2022, n°20-17394, publié.

¹² Voir sur ce point A. Huet, *Jcl Droit international*, fasc. 583-10, §§51 à 59

avec la notion que la « signification à parquet » est un mode de signification équivalent aux autres, qui met fin à leurs diligences, là où elle ne constitue que le début du processus de la signification internationale.

20. **Représentation obligatoire et système hybride.** Les mécanismes de la représentation obligatoire et l'obligation pour les avocats d'être reliés au RPVA depuis 2013 confèrent à un procès international mené en France – entendu ici comme celui dans lequel les parties ne sont pas domiciliées dans le même Etat – un aspect hybride.

En effet, la procédure étant soumise à la loi du for, avant et après le procès, les assignations, significations, actes d'exécution forcée, donnent lieu à des significations internationales, tandis que durant le procès, pourvu que le défendeur soit constitué, les significations se font via le RPVA.

L'instance judiciaire est donc une parenthèse de modernité dans des relations parajudiciaires contraintes d'emprunter des voies formelles dépassées.

21. **La communication électronique dans le système du règlement de 2020.** Le règlement de 2007 a instauré la possibilité d'utiliser la voie postale directe pour procéder à une signification.

L'une des innovations du règlement de 2020 est la possibilité pour tout requérant à une signification de faire usage de la voie électronique via un service d'envoi recommandé électronique qualifié au sens du règlement (UE) n° 910/2014 du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur.

Le droit européen rejoint par là notre droit interne, dans lequel la signification électronique a été instituée par le décret n° 2012-366 du 15 mars 2012.

Le règlement de 2020 reflète toutefois la réalité d'une transition vers le numérique inachevée. Il prévoit notamment (considérant 15) l'éventualité de la perturbation du système informatique décentralisé, son incapacité à traiter des documents trop volumineux, les disparités du développement technologique des Etats membres, telles que l'obligation de transmission électronique qui pourrait constituer une « charge administrative disproportionnée » pour l'entité d'origine, ou bien la nécessité du papier pour la vérification de l'authenticité d'un acte. En somme, au plan technologique, on est au milieu du gué.

22. **Assistance de l'Etat requis : une avancée en trompe-l'œil.** Seconde innovation, le règlement de 2020 impose aux Etats membres de fournir une assistance à l'émetteur de la signification pour trouver l'adresse de son destinataire ; ils sont tenus soit de prévoir des autorités désignées auxquelles les entités d'origine peuvent soumettre les demandes, soit d'autoriser les requérants à accéder à leurs bases de données publiques, soit de procurer des informations détaillées, par l'intermédiaire du portail européen e-justice, sur la manière de trouver l'adresse de destinataires de l'acte à signifier ou à notifier.

Ces exigences étant alternatives, on aboutit à un système dans lequel les Etats les moins avancés ou les moins coopératifs sont autorisés à se borner à publier sur le site de la Commission l'adresse de l'annuaire téléphonique en ligne, ce qui est très en deçà des attentes des praticiens.

23. **Vers des significations entièrement électroniques.** À l'heure de la communication électronique, dissenter des moyens légalement admissibles pour faire franchir une frontière à un document en papier – qui n'est lui-même, le plus souvent, que l'impression d'un document nativement électronique – est profondément anachronique.

Pour progresser dans la direction de significations entièrement électroniques, il ne serait pas choquant que toute personne morale ayant son siège ou un simple établissement en France soit tenue de déclarer une adresse électronique officielle sur laquelle pourrait lui être valablement adressée toute notification. La fiabilité de ces transmissions, lorsqu'elles doivent être formelles, pourrait être assurée par un tiers de confiance tel que la Chambre nationale des commissaires de justice ou par une blockchain publique. Nous nous dirigerons de toute manière bientôt, pour les personnes physiques, vers une identité numérique comportant une adresse électronique officielle propre à recevoir des notifications électroniques.

En attendant, dans le monde des affaires, il n'est pas interdit de stipuler dans les contrats internationaux des clauses imposant des communications électroniques ; en tout cas, de prévoir par avance une élection de domicile dans un Etat où les notifications sont efficaces ; d'adapter les règlements des centres d'arbitrage pour prévoir que la communication entre les parties et avec le secrétariat du tribunal soit par principe exclusivement électronique.

Conclusion : pour sortir de l'ornière

24. **Une situation d'échec.** Le messager de l'antiquité risquait tout pour transmettre son message fidèlement et rapidement, directement à son destinataire. Le commerce international, le phénomène de la frontière, le diplomate subtil, le juriste ennemi de la simplicité ont tout gâté : l'enchevêtrement des instruments, des règles internes et des pratiques non écrites perd les professionnels et compromet l'accès au juge. Alors que la signification internationale devrait n'être qu'ancillaire, son échec trop fréquent interdit le procès, puis, en cascade, l'exécution de la décision, de sorte que sa bonne fin devient un enjeu majeur.
25. **Aujourd'hui et demain.** Pour sortir de l'ornière, il est permis aujourd'hui d'accentuer les efforts de formation des professionnels, de faire progresser le droit européen vers des modes de transmission plus efficaces encore, de rendre systématiques les clauses relatives à la communication électronique dans les contrats internationaux.

Le juriste est passéiste de constitution ; forçons notre nature pour hasarder quelques prédictions. L'avènement de l'identité numé-

rique de toute personne morale et physique n'est qu'une question de temps dans les Etats et les espaces régionaux les plus avancés, où elle sera sans doute liée à une appartenance nationale plus qu'à une localisation géographique ; de là, tout destinataire d'un acte pourra bientôt être touché quelle que soit sa localisation, de manière immédiate et certaine. De nouvelles frontières, technologiques cette fois, seront érigées entre espaces régionaux ; la confidentialité des messages ne sera pas assurée dans ceux de ces espaces qui attachent un prix moindre aux libertés individuelles. Dans ce domaine comme dans tous les autres, les codeurs l'emporteront sur les légistes. Préparons-nous à ces évolutions inévitables, qui redonneront peut-être aux significations internationales la place mineure qui devrait être la leur.

Sarah Laval

Professeur de droit privé, Université du Littoral Côte d'Opale

Mots-clefs

Déconsolidation démocratique

Droits de l'homme

Séparation des pouvoirs

Cours régionales

Compte-rendu de la conférence de Laurence Burgorgue-Larsen,
Branche française de l'Association française de droit international,
22 janvier 2025

1. Le 22 janvier 2024, Laurence Burgorgue-Larsen, Professeur à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, a donné une conférence à la Branche française de l'Association de droit international (ADI/ILA). Intitulée « Les trois cours régionales des droits de l'homme face à la déconsolidation démocratique », la conférence avait, dans la ligne de son ouvrage (*The 3 Regional Human Rights Courts in Context - Justice That Cannot Be Taken for Granted*, Oxford University Press 2024), pour objet de décrire les réactions des cours régionales des droits de l'homme face à la montée de mouvements populistes mettant en danger la démocratie alors même qu'ils en sont issus.
2. Le phénomène de déconsolidation démocratique a d'abord été identifié par les tenants d'autres disciplines que les disciplines juridiques. Dès le milieu des années 2010, certains politistes alertent sur le fait que la démocratie une fois implantée n'est pas nécessairement consolidée et que certains élus ont au contraire tendance à subvertir les voies mêmes qui les ont menés au pouvoir, de façon lente et plus ou moins dangereuse. De même, les historiens détectent ce processus en le replaçant dans le temps long de l'histoire, accentuant le fait que le désenchantement social débouche sur un désenchantement démocratique et mène à l'émergence des populismes.
3. Cette menace sournoise pour la démocratie prend plusieurs visages. Elle passe souvent par la soumission volontaire d'un peuple à un leader charismatique, l'avènement du protectionnisme et le rejet d'institutions non élues comme les cours de justice, perçues comme des obstacles à la manifestation des volontés populaires. Ces cours et les juges qui en sont membres tentent alors de défendre l'idéal démocratique. Il en va ainsi notamment des trois cours régionales des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour interaméricaine des droits de l'homme et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, lorsqu'elles combattent les manipulations constitutionnelles et les assauts contre l'indépendance judiciaire.
4. Pour ce qui est des combats contre les manipulations constitutionnelles, Laurence Burgorgue-Larsen fait état d'un hiatus entre l'Europe d'une part et l'Amérique et l'Afrique d'autre part. Alors que la

Cour européenne n'a pas véritablement été saisie d'éventuelles manipulations constitutionnelles et a généralement tendance à se montrer déférente au nom de la marge nationale d'appréciation, les cours américaine et africaine se montrent plus audacieuses.

5. En Amérique Latine, l'article 1^{er} de la Charte démocratique interaméricaine énonce que les peuples des Amériques ont droit à la démocratie et que leurs gouvernements ont pour obligation de la promouvoir et de la défendre, et l'article 2 que l'exercice effectif de la démocratie représentative constitue le fondement de l'État de droit et des régimes constitutionnels des États membres de l'Organisation des États américains. La Charte prévoit en outre un système de garantie collective selon lequel les États membres peuvent agir en cas d'altération de l'ordre constitutionnel affectant la démocratie d'un autre État. Elle a ainsi été au cœur de plusieurs avis consultatifs de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, dont un avis (n° 28), rendu en 2021 à la suite d'une requête du gouvernement colombien. La Cour y conclut que la possibilité d'une réélection sans limite est contraire au principe démocratique car elle engendre un risque de concentration des pouvoirs. La protection des pays contre les dérives autoritaires passe donc ici par une limitation des pouvoirs dans le temps. Ces avis, qui sont pris en considération par les juges nationaux par le biais du contrôle de conventionnalité (ainsi qu'en atteste par exemple un arrêt du tribunal constitutionnel bolivien du 30 décembre 2023 opérant un revirement de jurisprudence aux conséquences politiques immédiates en tenant compte de l'avis n° 28), permettent à la Cour de se constituer en quasi-législateur.
6. En Afrique, c'est par le biais de la définition de son domaine de compétence *ratione materiae* que la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples a affirmé son autorité, se posant en véritable « garant d'un ordre constitutionnel régional ». Liant respect des droits de l'homme et bonne gouvernance démocratique, elle a considéré que la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance de l'Union africaine et le protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance de la CEDAIO étaient des textes relatifs aux droits de l'homme pouvant être invoqués devant elle (*Association pour la protection des droits de l'homme c. Côte d'Ivoire*, Req. n°001/2014, fond, 18 nov. 2016). Elle a ainsi pu s'immerger dans les processus électoraux (contrôle des commissions électorales, contrôle de l'adoption de nouvelles lois, absence de mise en œuvre de dispositions constitutionnelles emportant obligation de créer une cour constitutionnelle etc.), valoriser les exigences de bonne gouvernance et rappeler aux États leurs différentes obligations pour cette valorisation (*Brahim Ben Mohamed Ben Brahim Belghith c. Tunisie*, Req. n°017/2021, fond, 20 octobre 2021).
7. Pour ce qui est des combats pour l'indépendance judiciaire, les trois cours régionales ont des positions convergentes mais elles y aboutissent par des vecteurs différents. En Afrique, la défense de l'indépendance

judiciaire découle des textes mêmes, suffisamment denses et développés. Il en va par exemple ainsi de l'article 26 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, qui énonce expressément que :

Les États parties à la présente Charte ont le devoir de garantir l'indépendance des Tribunaux et de permettre l'établissement et le perfectionnement d'institutions nationales appropriées chargées de la promotion et de la protection des droits et libertés garantis par la présente Charte.

En Europe et en Amérique, la défense de l'indépendance judiciaire se déploie principalement grâce à la création prétorienne. La Cour interaméricaine fait dériver des articles 8 et 25 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, traitant respectivement du droit au procès équitable et du droit au recours, un droit subjectif du juge à ce que son indépendance soit garantie (v. par ex. *Tribunal constitutionnel c. Pérou*, fond, réparations, frais et dépens, 31 janv 2001, Série C n°71 et les affaires dites équatoriennes parmi lesquelles *Cour suprême de justice (Quitana Colello et al.) c. Équateur*, fond, réparations, frais et dépens, 23 août 2013, Série C n°266). Quant à la Cour européenne, elle fait courageusement face aux signes de déconsolidation démocratique. Elle l'a d'abord fait en 2016 en réprouvant, sur le terrain de la liberté d'expression et du droit au procès équitable, la mise à l'écart d'un juge de la Cour suprême hongroise après que celui-ci a ouvertement critiqué le projet de réforme de l'autoritaire judiciaire du gouvernement Orban (*Baka c. Hongrie* [GC], n°20261/12, 23 juin 2016). Elle l'a ensuite fait dans un arrêt du 1^{er} décembre 2020 (*Udmundur Andri Astradsson c. Islande*, req. n° 26374/18) en se prononçant sur la notion de « tribunal établi par la loi » et en précisant que la qualité du processus de nomination des juges ne devait souffrir d'aucune flagrante et importante lacune. Enfin dans un arrêt du 23 novembre 2023 (*Walesa c. Pologne*, req. n° 50849/21), elle a ordonné à la Pologne une série de mesures détaillées « appropriées pour assurer la conformité de son ordre juridique national avec les exigences d'un « tribunal indépendant et impartial établi par la loi » et avec le principe de sécurité juridique ».

8. Madame Burgorgue-Larsen a terminé son propos en revenant sur l'article fondateur de Thomas M. Franck, intitulé « The Emerging Right to Democratic Governance », paru en 1992 à l'*American Journal of International Law*. Dans cet article, l'auteur défendait notamment le droit à une émergence démocratique et à des élections non faussées. Aujourd'hui, ce socle minimal de valeurs est tellement ancré dans les mœurs que les autocrates s'emploient à jouer la carte du vote pour pervertir le système. Les Cours régionales ont donc pris leur part de responsabilité et montré que le droit international a les outils pour combattre les atteintes à la démocratie. Les échanges qui ont suivi cette conférence montrent qu'entre optimisme et pessimisme, espoir et craintes, le débat est loin de se tarir et l'avenir demeure bien incertain...

Sandrine Clavel

Professeure à l'université Paris Saclay, UVSQ, DANTE

Mots-clefs

Transaction pénale

Responsabilité pénale des entreprises

Convention judiciaire d'intérêt public

Droits Humains

CJIP

1. Le Club des juristes a récemment publié un intéressant rapport appréhendant les enjeux liés au risque pénal auquel se trouvent exposées les entreprises françaises pour violation des droits humains (*Risque pénal des entreprises françaises pour violation des droits humains à l'étranger*, déc. 2024). Le sujet renvoie immanquablement à l'affaire Lafarge, même s'il ne s'agit pas d'un cas isolé : poursuivi aux Etats-Unis et en France en raison du versement de sommes importantes à diverses organisations islamistes, en particulier l'Etat islamique, pour garantir la poursuite de son activité en Syrie pendant la guerre civile, le groupe Lafarge a conclu un accord de plaider-coupable aux Etats-Unis le 18 octobre 2022, assorti d'une condamnation au paiement de 778 millions de dollars en contrepartie de l'extinction des poursuites. En France, l'affaire a été portée devant les juridictions pénales, plusieurs associations de défense des victimes s'étant constituées parties civiles. L'issue au fond est loin d'être acquise : la transaction pénale n'est pas ouverte pour ce type d'infractions et la procédure est encore en cours. Mais la décision de mise en examen de la société Lafarge a déjà suscité un important contentieux, d'où il résulte un accroissement conséquent du risque pénal pour les entreprises en raison de possibles violations des droits humains : la Cour de cassation a en effet consacré à l'occasion de cette affaire une conception large de l'incrimination de complicité de crime contre l'humanité, en affirmant que :

l'article 121-7 du code pénal n'exige ni que le complice de crime contre l'humanité appartienne à l'organisation, le cas échéant, coupable de ce crime, ni qu'il adhère à la conception ou à l'exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique, ni encore qu'il approuve la commission des crimes de droit commun constitutifs du crime contre l'humanité (§66),

mais qu' :

il suffit qu'il ait connaissance de ce que les auteurs principaux commettent ou vont commettre un tel crime contre l'humanité et que par son aide ou assistance, il en facilite la préparation ou la consommation (§67)

(C. cass, ch. crim, 7 sept 2021, [19-87.367](#), D. 2022. 45, note L. Saenko ; JA 2021, no 648, p. 11, obs. X. Delpech ; AJ pénal 2021. 469, note J. Lasserre Capdeville ; Rev. sociétés 2022.

102, note H. Matsopoulou ; RSC 2021. 827, obs. Y. Mayaud ; D. actu. 13 sept. 2021, obs. E. Daoud et G. Sebbah ; JCP 2021. 1096, obs. S. Detraz ; Dr. pénal 2021, n° 155, obs. A. Gogorza, et n° 197, obs. P. Conte ; v. aussi : E. Le Moullec, « RSE et droit pénal international : le tribut payé par une société commerciale aux auteurs de crimes contre l'humanité et la notion de complicité », RDAI n° 3-4, 2024, pp. 483).

2. Le rapport souligne la double fonction que les droits humains assument désormais dans le contentieux pénal : à la « fonction “humanisante” » tournée vers la protection des droits fondamentaux des personnes poursuivies, s'ajoute une fonction répressive, les poursuites pénales étant mobilisées dans des stratégies contentieuses déployées contre les auteurs d'atteintes aux droits humains. Dans ce contexte, le rapport formule un certain nombre de propositions et recommandations destinées à repenser le cadre juridique français dans la perspective de rechercher un :

équilibre entre une meilleure prévention des atteintes graves aux droits humains au sein des groupes de sociétés, la nécessaire poursuite des infractions concernées par la violation des droits humains et l'encadrement des actions diligentées par la société civile et les ONGs.

L'idée est que la compétitivité des entreprises françaises, même si le mot n'est employé qu'une seule fois dans le rapport, ne doit pas être totalement sacrifiée et que si les atteintes avérées doivent pouvoir être poursuivies efficacement, les entreprises françaises ne doivent pas être exposées en France à un risque pénal illégitime dans le cadre de procédures visant à leur imputer des faits dont elles ne sont pas responsables. Tout ceci fait écho aux débats européens actuels, qui pourraient conduire à remettre partiellement en cause, au nom de la défense de la compétitivité des entreprises, certaines avancées récentes, notamment celles résultant des directives [CSRD](#) et [CS3D](#) (v. la Communication de la Commission européenne, [A Competitiveness Compass for the EU](#), 29 janv. 2025, COM (2025) 30 Final).

3. Au nombre des propositions figurant au rapport, on trouve tout d'abord (Proposition 1) un appel au renforcement des « instruments de compliance à l'intérieur des entreprises pour favoriser la détection et la prise en compte d'éventuels risques d'atteinte aux droits humains ». La recommandation prend une saveur particulière, quand on sait le rôle moteur que joue l'actuel gouvernement français dans les tentatives de neutralisation de la directive CS3D, dont l'objectif est précisément celui-ci. Le rapport recommande également, illustré par quelques propositions très concrètes, un meilleur accompagnement des entreprises par l'Etat dans l'appréhension des risques géopolitiques (Proposition 2), faisant là encore écho à la directive CS3D.

4. Mais le rapport s'intéresse principalement à l'arsenal français de procédure pénale, recherchant comment mieux l'adapter à l'objectif de protéger les entreprises françaises sans indûment entraver les poursuites légitimes, alors que la France est présentée comme un pays dont le droit facilite les poursuites pénales à l'égard des entreprises pour violation des droits humains (reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales; conception large de la compétence des juridictions françaises en matière de crimes internationaux; appréhension généreuse – on l'a signalé plus haut – de la complicité; possible déclenchement des procédures par plainte avec constitution de partie civile), y compris par rapport aux autres Etats de l'Union européenne. Une première piste, retenue par le rapport (Proposition 3), consiste d'ailleurs à aller vers une meilleure convergence des politiques pénales dans ce domaine, en Europe et dans le monde. Le rapport préconise en outre de mieux définir les critères de responsabilité pénale au sein des groupes de sociétés (Proposition 4); de renforcer les conditions que les associations et ONG devraient remplir pour pouvoir se constituer parties civiles dans les procédures visant des crimes internationaux, en exigeant des garanties d'antériorité, d'indépendance et de transparence (Proposition 5), tout en intégrant mieux l'indispensable travail de collecte des preuves réalisé par ces entités (Proposition 8); de subordonner la poursuite des procédures pénales déclenchées par constitution de partie civile, lorsqu'elles ont déjà donné lieu à un refus par le parquet, à une décision rendue par une formation collégiale de trois juges du siège (Proposition 9); d'améliorer les conditions de traitement de ces infractions par les juridictions nationales en augmentant leurs moyens et leurs connaissances (Propositions 6 et 7).

5. S'il est en revanche une perspective que le rapport écarte résolument, c'est celle du recours à la transaction pénale, et plus précisément à la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) du droit français. Introduite dans notre droit par la [loi dite « Sapin II »](#), régie par [l'article L. 41-1-2 du code de procédure pénale](#), la CJIP est une mesure alternative aux poursuites, applicable aux personnes morales mises en cause pour des faits constitutifs de certains délits, y compris internationaux: corruption et trafic d'influence, actifs comme passifs; fraude fiscale; blanchiment; et toute infraction connexe. Son applicabilité a été étendue aux délits prévus par le code de l'environnement, selon [l'article L. 41-1-3 du CPP](#). Comme son nom l'indique, la CJIP est une convention, conclue entre le procureur de la République et une personne morale, imposant à la seconde certaines obligations dont l'exécution a pour effet d'éteindre l'action publique. Spécificité importante, la conclusion d'une CJIP n'emporte pas reconnaissance de culpabilité par la société et, si elle doit être validée par un juge lors d'une audience publique, la décision de ce juge ne vaut pas condamnation pénale. Publiée, avec son ordonnance de validation, sur les [sites du ministère de la Justice](#) et du ministère chargé du budget, la CJIP ne donne en revanche pas lieu à inscription au bulletin n°1 du casier judiciaire. Les obligations négociées peuvent prendre

la forme d'une amende d'intérêt public versée au Trésor public, proportionnée aux avantages tirés des manquements constatés et pouvant aller jusqu'à 30 % du chiffre d'affaires annuel de la personne morale signataire ; de la mise en œuvre d'un programme de mise en conformité sous le contrôle d'une autorité publique ; et de la réparation du préjudice causé à la victime ou du préjudice écologique. Son extension aux crimes internationaux de violation des droits humains peut-elle être envisagée ? L'outil présente assurément des avantages. Sa nature consensuelle permet de résoudre bien des difficultés probatoires, mais aussi d'étendre assez facilement la responsabilité pénale au sein des groupes de sociétés, sans buter sur le principe d'indépendance des personnes morales qui rend parfois difficile la poursuite pénale d'une société pour le fait de ses filiales ou de ses partenaires commerciaux. Il favorise une clôture rapide des dossiers grâce à la coopération de la personne poursuivie – l'affaire Lafarge est close aux Etats-Unis, elle est loin de l'être en France . Il garantit une meilleure réparation pour les victimes, dès lors que celle-ci peut être posée comme condition préalable à l'accord.

6. Si la commission du Club des Juristes écarte cependant la CJIP, c'est pour ne pas donner le sentiment d'une forme de « banalisation » des violations internationales des droits humains :

Ce refus est tout entier lié à la gravité des crimes de droit international et à la nature contractuelle de la CJIP, lesquels ont conduit la commission à considérer qu'il était sans doute inopportun en matière de politique criminelle sinon inacceptable pour la morale sociale d'instituer un mécanisme de négociation financière concernant la responsabilité pénale dans la commission des crimes de droit international. (*Rapport préc.*, p. 75).

Le rapport fait sur ce point écho à une étude récemment publiée par l'IERDJ, consacrée à la transaction pénale envisagée sous l'angle double du droit et de la sociologie (T. Angeletti, P. Cornut Saint-Pierre, *La transaction pénale pour les entreprises. Genèse, circulation et usage d'un dispositif judiciaire*. Rapport n°19.26, juil. 2024). Retraçant la genèse de la transaction pénale avec les entreprises, depuis son apparition en Amérique du Nord jusqu'à son importation en France et au Royaume-Uni, cette étude s'intéresse à l'effet transformatif de ces outils négociés sur le droit, la justice et le capitalisme contemporain.

7. Le chapitre 3 analyse plus spécifiquement les critiques que soulève le dispositif, en France et aux Etats-Unis, et apporte ce faisant des arguments complémentaires à son exclusion en matière de violations des droits humains. Outre la dénonciation d'une justice « à deux vitesses », dans laquelle la délinquance en col blanc se voit offrir l'opportunité d'échapper à l'opprobre public (manque de transparence) et même à la responsabilité (non reconnaissance de responsabilité) au bénéfice de sanctions financières souvent insuf-

fisamment valorisées, ce sont deux objections qui retiennent plus particulièrement l'attention. La première tient à l'absence de débat collectif sur un sujet d'intérêt public : la CJIP permet le contournement du débat public, qui pourtant « a quelques vertus pour alimenter le débat démocratique sur le rôle du droit comme sur les malversations des grandes entreprises » (*étude préc.*, p. 81). La seconde tient au caractère non satisfaisant de la CJIP pour les victimes, découlant lui-même de trois considérations :

1) la place insuffisante réservée dans le processus aux victimes parties civiles, lesquelles ne sont pas impliquées dans la négociation entre le procureur et l'entreprise et ne disposent que d'un temps très limité pour s'exprimer dans le cadre de l'audience d'homologation de la convention ;

2) l'euphémisation factuelle du comportement de l'entreprise dans la convention :

les pratiques de négociation entre magistrats et entreprises signataires portent directement sur les modalités de rédaction de la convention, sur les termes choisis, sur la description des faits qui y est donnée, sur le montant de l'amende, voire sur les qualifications retenues (*étude préc.*, p. 70)

en sorte que :

quand une affaire implique une autre partie, c'est-à-dire une victime, qui n'a pas participé à ce processus de rédaction alors même qu'elle dispose de sa propre expérience des faits poursuivis et relatés, un décalage évident et un sentiment de minimisation peuvent s'exprimer » (*étude préc.*, p. 70) ;

3) la non reconnaissance de la responsabilité pénale de l'entreprise, alors que certaines victimes recherchent la constatation de cette responsabilité, voire des excuses, plus qu'une réparation financière. Au regard de ces considérations, on voit mal comment la CJIP pourrait trouver sa place en matière de poursuite des violations de droits humains, procédures dans lesquelles les victimes, directes ou indirectes, devraient incontestablement tenir une place centrale.

Fabienne Jault-Seseke

Professeure à l'Université de Paris-Saclay, UVSQ, DANTE, IUF

Mots-clefs

Allemagne

Contentieux commercial international
Langue de procédure

Chambres spécialisées
Attractivité

1. La loi allemande visant à renforcer l'attractivité de l'Allemagne comme lieu de règlement des litiges commerciaux intitulée Justizstandort-Stärkungsgesetz a été adoptée le 7 octobre 2024 (*Gesetz zur Stärkung des Justizstandortes Deutschland durch Einführung von Commercial Courts und der Gerichtssprache Englisch in die Zivilgerichtsbarkeit* (*Justizstandort-Stärkungsgesetz*), *Bundesgesetzblatt* 2024 I Nr. 302). Elle entrera en vigueur le 1^{er} avril 2025.
2. Cette loi relative au contentieux international a pour objectif de lutter contre la concurrence des places de Londres, Amsterdam, Paris et Singapour mais aussi de l'arbitrage. En effet, à rebours de ce qui se passe dans les pays voisins, le législateur allemand constate pour le regretter que les contentieux internationaux échappent aux juridictions étatiques et s'inquiète de la diminution du nombre de litiges portés devant les juridictions allemandes.
3. La loi nouvelle prolonge l'initiative prise en 2010 par les tribunaux régionaux (*Landgericht*) d'Aix-la-Chapelle, de Bonn et de Cologne d'offrir aux parties la possibilité de plaider leur cause en anglais. La faible dimension internationale de ces juridictions, sans doute à l'origine du peu de succès de l'initiative, a incité le *Landgericht* de Francfort-sur-le-Main à prendre le relai. Cette juridiction a créé en 2018 une chambre pour les litiges commerciaux internationaux. Elle s'appuyait sur la possibilité qu'offrait le droit allemand de tenir les audiences, à titre dérogatoire, en langue étrangère. La dérogation ne valant que pour la procédure orale (§ 185(2) de la loi d'organisation judiciaire, ci-après *GVG pour Gerichtsverfassungsgesetz*) et la production de pièces (§ 142(3) du code de procédure civile, ci-après *ZPO pour Zivilprozessordnung*), il est apparu nécessaire de modifier le *GVG* et le *ZPO*.
4. Les nouvelles dispositions font de l'anglais la langue de la procédure. Ainsi les *Länder* sont autorisés à instaurer, au sein des Cours régionales (*Landgerichte*), des *Commercial Chambers* qui pourront utiliser l'anglais comme langue de procédure dès lors que les parties le souhaitent (§ 184a *GVG*). Désormais le recours à l'anglais concerne tant la procédure écrite que la procédure orale. L'ensemble des communications avec la chambre se fera en anglais et les décisions seront rédigées en anglais. En cas de recours, la procédure devant la Cour d'appel (*Oberlandesgericht*, ci après *OLG*) se déroulera également en anglais (§ 184a(1) No. 1 *GVG*). En revanche, en cas de pourvoi en cassation, ce sera à la Cour de cassation (*Bundesgerichtshof*),

et non aux parties, de décider si la langue de procédure sera l'anglais ou l'allemand (§ 184b GVG). Ainsi les parties ne peuvent pas être certaines que la procédure se déroulera intégralement en langue anglaise, ce qui peut apparaître gênant (V. G. Rühl, *« Improving the settlement of (international) commercial disputes in Germany »*, 28 nov. 2024).

5. Parallèlement, la nouvelle loi prévoit des règles spéciales pour les litiges commerciaux de grande ampleur. Elle autorise la création par les Länder de chambres spécialisées au sein des cours d'appel (OLG). Qualifiées de *Commercial courts*, ces chambres pourront, à la demande des parties qui renonceraient à la première instance et donc au double degré de juridiction, connaître des « contentieux importants ». Ces contentieux (à l'exception de ceux qui ont trait à la propriété intellectuelle et à la concurrence déloyale, domaine pour lesquels l'expertise des juridictions allemandes serait d'ores et déjà reconnue de telle sorte que leur attractivité n'aurait pas besoin d'être renforcée) échapperaient donc à la compétence des juridictions de première instance que sont les tribunaux locaux (*Amtsgericht*) et les tribunaux régionaux (*Landgericht*). L'idée avancée est que ces juridictions étatiques spéciales pourraient attirer les contentieux commerciaux importants, limitant ainsi l'attractivité de l'arbitrage international et des juridictions étrangères.
6. Le critère retenu pour identifier les « contentieux importants » est celui du montant du litige : sont importants les contentieux supérieurs à 500.000 euros (§ 119b(1) GVG). Ce critère est discutable. D'abord, le montant minimal exigé est assez élevé. Par comparaison, aux Pays-Bas, la limite est fixée à 25.000 euros. En France, comme dans d'autres États qui se sont dotés de chambres commerciales internationales, il n'y a pas de montant minimum. Les nouvelles cours qui seraient créées (le conditionnel est de mise car les Länder n'en ont pas l'obligation) risquent d'avoir assez peu de contentieux à gérer, ce qui va les empêcher d'acquérir l'expertise nécessaire à leur renommée et à leur attractivité. Ensuite, il va découler de ce critère des effets de seuil dont on connaît les inconvénients. Enfin, le critère n'est pas nécessairement aisé à mettre en œuvre, car au moment de la conclusion du contrat c'est-à-dire lorsqu'elles sont en mesure de se mettre d'accord sur la compétence des juridictions allemandes au moyen d'une clause d'élection de for, les parties ne connaissent pas toujours le montant du litige. Si elles choisissent de confier la résolution du litige à ces nouvelles cours, elles devraient prévoir une juridiction alternative dans l'hypothèse où le montant du litige serait inférieur à 500.000 euros. On observera encore que le critère retenu ne permet pas de cibler les contentieux émergents (notamment ceux de la responsabilité sociale des entreprises), ce qui peut sembler regrettable au moment où d'autres pays se dotent de juridictions très spécialisées (pour rappel, en France, la Cour d'appel de Paris dispose d'une chambre dédiée aux contentieux émergents depuis le début de l'année 2024). Autant d'éléments qui conduisent à douter de l'effec-

tivité de la nouvelle loi : l'objectif du législateur qui est de détourner les praticiens du commerce international des juridictions étrangères ou de l'arbitrage paraît assez lointain.

7. Dans l'hypothèse où ces *Commercial Courts* se mettraient en place, la procédure se déroulerait en langue anglaise et suivrait des règles particulières inspirées de la pratique arbitrale (§ 119b(1) GVG; §§ 612, 613 ZPO). Le législateur a entendu créer une procédure qui prenne davantage en compte les attentes des parties, notamment en prévoyant une première audience destinée à définir le cadre du litige.
8. La loi nouvelle vise également à mieux protéger le secret des affaires pendant et après la procédure. Les dispositions adoptées sur ce point ne sont cependant pas propres aux nouvelles juridictions spécialisées (§ 273a ZPO). Elles devront être comparées à celles qui existent dans d'autres États membres. Mais c'est un autre sujet.

