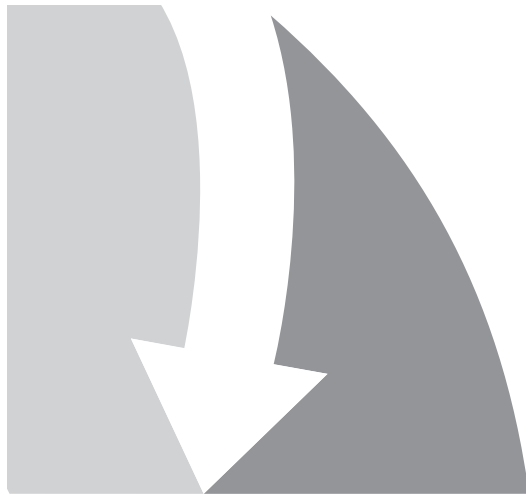


Commission
d'examen
des pratiques
commerciales

Rapport d'activité
2006/2007



Introduction

1) L'organisation et le fonctionnement de la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales sont régis par le décret n° 2001-1370 du 31 décembre 2001, modifié par le décret n° 2002-1370 du 21 novembre 2002.

Placée auprès du ministre chargé de l'économie, la commission ne constitue pas une instance de médiation. Saisie des questions, documents commerciaux ou publicitaires ou de pratiques commerciales entre producteurs, fournisseurs et revendeurs, son rôle est d'émettre des avis portant notamment sur la conformité au droit des documents ou pratiques en cause. Elle peut également émettre des recommandations d'ordre plus général, concernant notamment le développement de bonnes pratiques, concourant ainsi à une approche constructive de la vie commerciale.

L'article 56 de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME, lui a assigné une nouvelle mission. Celle-ci consiste à procéder à l'analyse détaillée du nombre et de la nature des infractions aux dispositions du titre IV (« de la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées ») ayant fait l'objet de sanctions administratives ou pénales, ainsi que des décisions rendues en matière civile sur les opérations engageant la responsabilité de leurs auteurs.

2) Le présent rapport d'activité, établi en application des dispositions de l'article L.440-1 du Code de commerce (annexe 1), a été adopté par la commission au cours de sa séance du 14 juin 2007. Il couvre la période allant de juin 2006 à juin 2007.

Après une longue période d'interruption, d'avril 2005 à juin 2006, consécutive à l'expiration du mandat de la plupart de ses membres (les représentants de producteurs et des revendeurs, les magistrats et les personnalités qualifiées), la commission a repris le cours de ses travaux en juin 2006. M. Pierre Leclercq, Conseiller honoraire à la Cour de cassation, a été nommé président de la commission par arrêté conjoint du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et du ministre des petites et moyennes entreprises, du commerce, de l'artisanat et des professions libérales en date du 5 avril 2006, modifié par les arrêtés du 15 novembre 2006 et du 8 février 2007, lequel a également procédé au renouvellement des mandats de la plupart de ses membres.

Sa composition comporte deux parlementaires : un sénateur, M. Alain Fouché, Président du Conseil général de la Vienne, et un député, M. Jean-Paul Charié, qui ont été désignés par les Commissions permanentes de leur assemblée respective, compétente en matière de relations commerciales entre fournisseurs et revendeurs (cf. tableau relatif à la composition actuelle de la commission, annexe 2).



Bilan de l'activité de la Commission

A – Séances

Au cours de la période considérée, la commission s'est réunie neuf fois en séance plénière (huit fois en 2004-2005) et trois fois en chambre spécialisée à l'occasion de l'examen d'un code de bonnes pratiques relatif à la relation client-fournisseur dans la sous-traitance industrielle au sein de la filière automobile.

Les séances plénières :

Au cours de ces séances, les thèmes suivants ont été examinés :

1) Réflexions sur le mode de fonctionnement de la commission.

Ces réflexions ont été engagées pour tenir compte des vœux des pouvoirs publics de lui confier la mission de se prononcer sur les pratiques suivies dans tous les secteurs professionnels en matière de délais de paiement, en premier lieu à l'égard de la sous-traitance industrielle (projets d'engagements des professionnels des diverses filières à examiner et à qualifier) ; et notamment sur l'accueil, l'examen et le suivi des codes de bonnes conduites. Possibilité de mise en place de chambres d'examen spécialisées pour préserver une disponibilité maximale sur l'application de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME (séance du mercredi 7 juin 2007). Mise en place de la chambre spécialisée chargée d'examiner le code de bonnes pratiques élaboré par le Comité des Constructeurs Français d'Automobile (CCFA), la Fédération des Industries pour les Equipements de Véhicules (FIEV) et la Fédération des Industries Mécaniques (FIM), séance du lundi 25 septembre.

2) Délibérations sur les demandes d'avis reçues par la commission.

Examen liminaire de la saisine de M. le Directeur général de la concurrence, de la

consommation et de la répression des fraudes relative à l'encadrement de la différenciation tarifaire tel que prévu par l'article 41 de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME (séance du mercredi 7 juin). Point d'étape sur l'instruction de cette demande d'avis (séances du lundi 25 septembre et du lundi 20 novembre). Examen en vue de son adoption du rapport de Maître Francis Delbarre et du Professeur Michel Glais relatif à cette demande d'avis (séances du lundi 18 décembre, 19 février et 12 avril).

Evocation des saisines en cours et à venir (séance du mercredi 7 juin). Evocation de nouvelles saisines (séance du lundi 20 novembre).

Examen en vue de son adoption du projet d'avis de M. le Professeur Didier Ferrier relatif à la demande d'avis formulée par un chef d'entreprise de livraison de marchandises portant sur certaines pratiques de deux distributeurs lors de l'application de conventions conclues avec ces derniers (séance du lundi 20 novembre).

Examen du rapport de Maître Francis Delbarre sur la saisine d'un groupement de pharmaciens d'officine (séances du lundi 18 décembre et du mercredi 9 mai). Adoption de l'avis relatif à cette demande d'avis (séance du jeudi 14 juin).

Examen du rapport du Professeur Georges Decocq relatif à une demande d'avis d'une organisation professionnelle sur la conformité au droit d'un projet de conditions générales de vente et de responsabilité élaboré par leurs soins à l'attention de leurs adhérents (séance du jeudi 12 avril).

Examen du projet d'avis du Professeur Michel Glais relatif à la demande d'avis de la Fédération de l'Industrie du Béton portant

sur une charte de bonnes pratiques et usages commerciaux relatif aux délais de paiement des clients de l'industrie du béton (séance du jeudi 12 avril).

Examen du rapport d'étape de M. le Professeur Luc Grynbaum relatif à la demande d'avis de M. le Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes visant à examiner les pratiques suivies dans les relations commerciales entre assureurs et carrossiers-réparateurs (séance du jeudi 14 juin).

3) Examen des études réalisées pour la commission.

Présentation du bilan d'étape des premiers mois d'application de la réforme de la loi PME par M. le Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (séance du lundi 25 septembre).

Proposition de partenariat avec la Faculté de Droit de Montpellier en vue de contribuer à la collecte et à l'analyse des jurisprudences prévues à l'article 56 de la loi PME (séance du lundi 20 novembre). Signature de la convention de partenariat entre la CEPC, la DGCCRF et la Faculté de Droit de Montpellier en vue de l'accomplissement de la mission de diffusion documentaire confiée à la CEPC (article 56 de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME, séance du lundi 22 janvier).

Présentation par M. le Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes du bilan des décisions judiciaires intervenues en matière de transparence et de pratiques restrictives de concurrence (année 2005 en matière pénale et année 2004 au 1^{er} semestre 2006 en matière civile). Il s'agit de décisions de justice rendues à la suite d'actions engagées par ses services (séance du lundi 18 décembre).

Présentation par le Professeur Didier Ferrier, représentant la Faculté de Droit de Montpellier, du bilan des décisions judiciaires intervenues en matière de transparence et de pratiques restrictives de concurrence. Il s'agit des décisions de justice rendues à la suite d'actions engagées, indépendamment des interventions de la DGCCRF, par les

seuls opérateurs économiques (séance du lundi 22 janvier).

Présentation des travaux du groupe d'experts chargé de mettre en lumière les principaux enseignements de la jurisprudence collectée et analysée par, d'une part, les services de la DGCCRF et par, d'autre part, la Faculté de Droit de Montpellier (séance du jeudi 14 juin).

Présentation et examen du rapport de M. le Professeur Michel Dietsch relatif au rapport de forces entre fournisseurs et distributeurs (séance du lundi 22 janvier). Poursuite de la réflexion engagée sur le rapport de M. le Professeur Michel Dietsch relatif au rapport de forces entre fournisseurs et distributeurs (séance du lundi 19 février). Observations sur un projet de communiqué de prise en considération par la CEPC du rapport du Professeur Michel Dietsch sur l'équilibre des relations fournisseurs-distributeurs (séance du jeudi 12 avril).

Echanges de vue avec le Professeur Michel Glais sur sa fiche de lecture relative à l'avis n° 05-A-17 du Conseil de la concurrence (séance du jeudi 12 avril).

Présentation des travaux de la chambre spécialisée chargée d'examiner le code de bonnes pratiques dans le secteur de la sous-traitance industrielles au sein de la filière automobile, en présence des rapporteurs chargés de l'instruction de ce dossier : M^{me} le Professeur Muriel Chagny et de M. le Professeur Michel Glais (séance du Mercredi 9 mai).

4) Proposition de nomination de nouveaux experts en qualité de rapporteur.

Proposition de nomination de deux nouveaux experts en qualité de rapporteur (séance du lundi 20 novembre). Proposition de nomination d'un nouvel expert en qualité de rapporteur (séance du lundi 18 décembre).

5) Réflexions préliminaires sur la participation de la CEPC aux études nécessaires à l'évaluation prévue par le législateur à l'article 57 de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME (séance du lundi 20 novembre).

6) Examen du projet de rapport annuel de la CEPC (séance du jeudi 14 juin).

Les séances en chambre spécialisée :

Lundi 16 octobre : Présentation du code de bonnes pratiques relatif à la relation client-fournisseur dans la sous-traitance industrielle au sein de la filière automobile par les organisations professionnelles signataires ainsi que du contexte de son élaboration. Echanges de vues avec M^{me} le Professeur Muriel Chagny, désignée en qualité de rapporteur, afin de définir la méthode d'examen de ce document.

Lundi 29 janvier : Présentation et examen du rapport d'étape de M^{me} le Professeur Muriel Chagny relatif au code de bonnes pratiques relatif à la relation client-fournisseur dans la sous-traitance industrielle au sein de la filière automobile.

Judi 26 avril : Présentation et examen des travaux de M^{me} le Professeur Muriel Chagny et de M. le Professeur Michel Glais relatifs à l'accord sur les délais de paiement entre clients et sous-traitants industriels dans la filière automobile conclu entre le CCFA, la FIM et la FIEV.

B – Les saisines

Au cours de la période 2006-2007, la commission a été destinataire de 16 demandes d'avis (au lieu de 7 en 2004-2005, 17 en 2003-2004 et 15 en 2002-2003).

Par ailleurs, au cours de sa séance de reprise du 7 juin 2006, la commission a examiné l'état des saisines en cours lors de l'expiration du mandat de ses membres intervenue le 27 mars 2005 (soit 5 demandes d'avis) de même que les demandes d'avis reçues par le Secrétariat général après le 27 mars 2005 (5 ont été reçues entre le 27 mars 2005 et le 1^{er} juin 2006).

1. Les modalités de saisines

Suivant l'article L.440-1 du Code de commerce, la commission peut être saisie par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, le ministre en charge du secteur économique concerné, le président du Conseil de la concurrence, les entreprises, les organisations professionnelles ou syndicales, les associations de consommateurs agréés, les chambres de commerce, des métiers ou d'agriculture.

La commission peut également se saisir d'office.

2. Les saisines recevables

Entre juin 2005 (interruption du fonctionnement de la CEPC, faute de renouvellement) et le 30 juin 2007, 11 demandes d'avis sur 21 ont été jugées recevables par la commission (4 en 2004, 10 en 2003 et 5 en 2002).

2.1. Classement selon leur origine

• Trois demandes ont été présentées par M. le Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes :

- la première porte sur une demande d'avis relative à l'encadrement de la différenciation tarifaire tel que prévu par l'article 41 de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME ;
- la seconde porte sur l'examen d'un code de bonnes pratiques relatif à la relation client-fournisseur dans la sous-traitance industrielle au sein de la filière automobile ;
- la troisième vise à examiner les pratiques suivies dans les relations commerciales entre assureurs et carrossiers-réparateurs afin de permettre à la commission de formuler les recommandations induites par l'examen de ces pratiques, notamment sur l'éventualité d'un code de bonne conduite dans ce secteur.

Six demandes d'avis ont été formulées par des organisations professionnelles :

- l'une, par une organisation professionnelle représentant des entreprises du commerce et de la distribution, qui a souhaité recueillir l'avis de la commission sur certains contrats passés entre des opérateurs de téléphonie mobile et des distributeurs de même que sur certaines pratiques estimées contestables ;
- l'autre, par une organisation professionnelle représentant des fabricants dans le secteur du caoutchouc et celui des plastiques, qui a souhaité recueillir l'opinion de la commission sur un projet de conditions générales de vente et de responsabilité élaboré par leurs soins à l'attention de leurs adhérents ;
- la troisième par une organisation professionnelle représentant des industriels du secteur du béton. Cette organisation sollicite l'avis de la commission sur un projet de charte élaboré à son initiative et qui vise à inciter ses adhérents à réduire progressivement les délais de paiement, moyen et maximal, négociés avec leurs propres clients et à adopter un taux de pénalités de retard dissuasif, eu égard au coûts des crédits à court terme, afin de faire respecter les délais convenus.

- la quatrième par une organisation professionnelle représentant l'industrie française des équipements automobiles, qui a souhaité recueillir l'opinion de la commission sur la conformité au droit d'un projet de conditions générales, professionnelle de vente pour la rechange, élaboré à son initiative à l'attention de ses adhérents ;

- les deux dernières par une organisation professionnelle qui représente des commerçants, artisans et des petites entreprises. Cette organisation professionnelle a souhaité recueillir l'avis de la commission sur les deux pratiques commerciales suivantes :

1 – Un garagiste qui avait acheté un matériel de diagnostic automobile a également, conclu un contrat d'abonnement avec le vendeur afin de recevoir régulièrement des mises à jour adaptées à cet appareil. Puis, le vendeur a cessé son activité, qu'il céda à un repreneur. Or, ce repreneur n'a pas pu proposer au garagiste un contrat d'abonnement de mises à jour adapté à son matériel. Le garagiste n'ayant pas pu obtenir la poursuite de son contrat d'abonnement, s'estime victime d'un abus de position dominante ainsi que d'une rupture brutale de ses relations commerciales.

2 – Un exploitant de station service s'estime lésé par la nouvelle pratique mise en œuvre par son fournisseur en produits pétroliers destinés à la vente au détail. En effet, cet exploitant bénéficiait de la part de son fournisseur d'avoirs pour compenser la réduction du volume livré après refroidissement en cuve. Or, ils auraient été supprimés de façon unilatérale par le fournisseur, sans explication, ni préavis au profit d'avoirs établis selon un autre mode de calcul. Ils seraient, ainsi, désormais déduits sur le montant de la livraison en cours. Selon l'exploitant de station service, ce nouveau mode de calcul n'est pas satisfaisant, le fournisseur ne pouvant connaître les écarts réels de températures puisque les prix lui sont communiqués avant chaque livraison. Dans ces conditions, l'exploitant de station service considère que son fournisseur a supprimé de façon unilatérale un usage commercial, et aurait abusé de la relation de dépendance dans laquelle il se trouve.

• Une demande d'avis a été formulée par une entreprise de vente de produits

d'accessoires destinés au monde des loisirs (caravanes, camping-car et nautisme) ainsi que de vente de camping-cars sur la conformité au droit, notamment du règlement n° 1400/2002 du 31 juillet 2002 de la commission européenne de certaines stipulations mentionnées sur un des contrats proposés par un des principaux fournisseurs de véhicules de loisirs.

- Une demande d'avis a émané d'un chef d'entreprise, franchiseur dans le domaine de la restauration, qui sollicite l'opinion de la commission sur le comportement de son concurrent. En effet, celui-ci accorderait à ses franchisés des délais de paiement anormalement longs, ce qui aurait pour conséquence, selon lui, d'une part de permettre à ces derniers de pratiquer des prix abusivement bas et d'autre part de maintenir artificiellement sur le marché des entreprises particulièrement endettées. Pour l'auteur de la saisine, une telle pratique serait constitutive de concurrence déloyale à l'encontre de ses propres franchisés.

2.2. Classement selon l'objet de la saisine

- Quatre saisines portent sur l'examen de documents commerciaux (contrats, conditions générales de vente).
- Un sur un projet de charte élaboré par une organisation professionnelle.
- Quatre sur l'examen de pratiques commerciales (notamment les pratiques suivies dans les relations commerciales entre assureurs et carrossiers-réparateurs, les délais de règlement, les pratiques tarifaires).
- Un dossier concerne l'organisation de l'encadrement de la différenciation tarifaire tel que prévu par l'article 41 de la loi PME.

3 – les autres saisines

Entre l'expiration du mandat de ses membres et le 30 juin 2007, dix demandes d'avis reçues par la commission ont été considérées comme non recevables, essentiellement pour les raisons suivantes :

1 – Parce que la demande ne portait pas sur des relations commerciales entre producteurs, fournisseurs et revendeurs, mais exprimait le mécontentement de consommateurs à l'encontre d'un professionnel, dans le secteur de l'Internet, de la téléphonie, de la fourniture de gaz ou d'électricité ou encore de la vente par correspondance (cinq dossiers).

2 – Parce que la demande ne s’analysait pas comme une saisine de la commission, car elle exprimait des remarques ou encore des griefs relevant de la compétence soit du Conseil de la concurrence (un dossier) soit des juridictions administratives (deux dossiers).

3 – Parce que l’auteur de la demande sollicitait l’avis de la commission sur un litige particulier, par ailleurs en cours d’instruction devant une juridiction judiciaire (deux dossiers).

S’agissant des cinq autres saisines enregistrées avant l’expiration du mandat des membres de la commission (27 mars 2005), l’examen de leur recevabilité a été réalisé par la commission au cours de sa séance de reprise du 7 juin 2006. Au cours de cette séance, la commission a jugé que celles-ci étaient toujours recevables, à l’exception de celle qui a fait l’objet d’un désistement de la part de son auteur. Elle a également, décidé de reconduire le mandat des rapporteurs précédemment désignés. Il s’agit des dossiers suivants :

- Demande d’avis du président de la Fédération française de rugby relative à l’interprétation des clauses d’un contrat liant sa fédération à une grande société d’exploitation de stade. Dossier confié au Professeur Daniel Mainguy.

- Demande d’avis émanant d’un groupement de pharmaciens, portant sur des pratiques tarifaires qui seraient mises en œuvre par certains laboratoires pour des produits de parapharmacie. Dossier confié à Maître Francis Delbarre.

- Demande d’avis formulée par un cabinet d’avocats pour le compte d’un syndicat professionnel, ayant pour adhérents des entreprises de construction de lignes de télécommunications, qui porterait notamment sur le retard de paiement par rapport aux échéances contractuelles par l’acheteur de ces lignes de télécommunications. Dossier confié à M. le Professeur Michel Glais et Maître Francis Delbarre. Toutefois, la question relative aux délais de paiement semblerait résolue, sous réserve de nouvelles informations de la part du demandeur.

- Demande d’avis formulée par un chef d’entreprise de livraison de marchandises portant sur certaines pratiques de deux

distributeurs lors de l’application de conventions conclues avec ces derniers. Dossier confié au Professeur Didier Ferrier.

- Demande d’avis émanant d’une organisation professionnelle et portant sur certaines pratiques d’une entreprise émettrice de cartes de paiement à laquelle il est reproché d’imposer à des détaillants en carburant de compléter leur équipement grâce à une nouvelle catégorie de cartes dites « cartes à autorisation systématique ». Par la suite, cette organisation professionnelle a sollicité le dessaisissement de la commission de cette affaire au motif que les pratiques ont cessé, notamment, grâce à l’information reçue par l’entreprise de la saisine de la commission.

Enfin, s’agissant d’une ancienne demande d’avis en date du 27 mai 2002, émanant d’une organisation professionnelle représentant des producteurs de programmes de télévision, celle-ci n’a pu faire l’objet d’un avis de la commission en raison de la non communication par l’auteur de la demande des informations, à plusieurs reprises demandées, nécessaires à la réalisation du rapport d’instruction. Ce dossier a donc été retiré du programme de travail de la commission après avoir rappelé au demandeur que le Conseil supérieur de l’audiovisuel a la possibilité de se prononcer sur des différends ponctuels et particuliers entre deux entreprises qui portent notamment sur les relations contractuelles entre un éditeur et un distributeur de services (article 17-1 de la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004).

C – Avis

Il est rappelé que conformément aux dispositions de l’article 6 du décret n° 2001-1370 du 31 décembre 2001, modifié par le décret n° 2002-1370 du 21 novembre 2002, portant organisation de la Commission d’Examen des Pratiques Commerciales, les avis adoptés par celle-ci ne sont publiés que sur décision de la commission et après accord de l’auteur de la demande d’avis.

Au cours de la période considérée, la commission a adopté cinq avis dont trois ont été rendus publics.

1 - Les avis publiés

1.1 - Avis n° 06-01 concernant certaines pratiques appliquées à une entreprise de livraison de marchandises au consommateur par ses clients distributeurs.

Par lettre enregistrée le 14 décembre 2004, un chef d'entreprise a soumis à l'examen de la commission certaines pratiques mises en œuvre par des distributeurs à l'occasion de l'application des conventions qui le lient à eux dans le cadre de son activité de livraison de marchandises.

La commission a entendu limiter son avis au traitement de certaines pratiques, celles qu'a pu connaître son rapporteur, et considérées en elles-mêmes, sans référence à la situation particulière de telle ou telle entreprise.

Elle s'est ainsi prononcée sur la validité au regard du droit de la concurrence des pratiques suivantes : « certains salariés d'entreprises qui (livrent) des produits ou des services, se trouvent appelés par l'entreprise destinataire... à exécuter pour le compte de cette dernière des tâches ...qui ne sont pas prévues dans leur contrat de travail, qui ne correspondent d'ailleurs pas à l'objet de l'activité de leur employeur et qui n'ont donc pas été convenues dans le cadre d'accords de service ou de coopération commerciale entre l'employeur et l'entreprise bénéficiaire ».

A titre d'illustration, l'avis cite certaines tâches, comme, la manutention de palettes dans les entrepôts, la mise de produits dans des linéaires, le retrait de produits périmés ou d'emballages inutiles, l'inventaire de stocks, le nettoyage de certains locaux ou encore le transfert de fonds à destination d'établissement financier ; l'exécution de ces tâches est comprise par ces salariés comme conditionnant la poursuite de leur intervention auprès de l'entreprise où ils exécutent leur tâche normale mais aussi la poursuite des relations commerciales entre cette entreprise et leur employeur c'est-à-dire l'entreprise fournisseur des produits ou des services.

La commission a estimé qu'indépendamment de leur vulnérabilité au regard du droit pénal social de telles exigences de la part du distributeur peuvent engager sa responsabilité civile sur le fondement des articles L.442-6, I-2°-b ; L.442-6, I-2°-a et L.442-6, I-1° du Code de commerce, pour ce dernier article « dès lors que le distributeur détient un avantage sans contrepartie réelle lui assurant un avantage dans la concurrence grâce à l'économie des coûts correspondants, ces coûts se trouvant en revanche normalement supportés par ses concurrents ».

Elle a adopté son avis au cours de sa séance plénière du 20 novembre 2006. Il a été rendu public sur décision de celle-ci, après avoir reçu l'accord de l'auteur de la demande d'avis. L'avis peut être consulté sur le site Internet de la commission (cf. annexe3).

1.2 – Avis n° 07-01 relatif à l'encadrement de la différenciation tarifaire tel que prévu par l'article 41 de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME.

La Commission d'Examen des Pratiques Commerciales a été saisie par M. le Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes d'une demande d'avis concernant l'organisation de l'encadrement de la différenciation tarifaire prévue par l'article 41 de la loi PME. Selon cette disposition, un texte réglementaire doit préciser les conditions de définition des catégories d'acheteurs de produits ou de demandeurs de prestation de services en fonction notamment du chiffre d'affaires, de la nature de la clientèle et du mode de distribution. Dans le cadre de la préparation de ce texte réglementaire par les pouvoirs publics, la commission avait à se prononcer sur les modalités possibles de détermination des conditions de définitions de catégories d'acheteurs de produits (ou de demandeurs de services) dans chacun des cas envisagés par la loi (en fonction : du CA, de la nature de la clientèle, du mode de distribution).

L'instruction de cette demande d'avis a été confiée à deux rapporteurs, par ailleurs, membres de cette instance en qualité de personnes qualifiées, M. le Professeur Michel Glais et Maître Francis Delbarre, avocat honoraire.

Ces rapporteurs avaient pour mission d'établir un rapport à soumettre à la commission afin de lui permettre de rendre son avis au cours d'une réunion de délibéré. A cette fin, les rapporteurs ont élaboré, en concertation avec les membres de celle-ci, un questionnaire destiné à permettre à cette instance de répondre de façon mieux informée à la mission qui lui a été confiée grâce aux réponses précises quant aux pratiques et attentes des entreprises relevant de secteurs différents de l'activité économique.

Plus de 160 réponses à ce questionnaire ont été reçues par le Secrétariat général de la commission qui émanent de tous secteurs d'activité économique. Ces réponses ont été communiquées aux seuls rapporteurs pour

la préparation de leur rapport, lequel ne permet pas d'identifier les personnes concernées conformément à l'article L.440-1 du Code de commerce.

Se fondant sur ce rapport, la commission a délibéré au cours de trois importantes séances.

Dans son avis, elle considère ainsi que les décrets qui seraient susceptibles d'être pris en application de l'article 41 de la loi en faveur des PME n'apparaissent pas apporter la sécurité juridique nécessaire aux opérateurs économiques, ni être souhaitables économiquement. Elle n'a relevé aucune raison déterminante à sanctionner pénalement les pratiques discriminatoires dans les seuls cas où elles sont explicitées par des conditions catégorielles de vente et de déroger, ainsi, au principe légal énoncé par ailleurs (article L.442-6-1^o du Code de commerce) selon lequel les discriminations relèvent de sanctions civiles. Ce principe mérite de rester de portée globale, les poursuites pénales ne s'appliquant qu'aux refus de communication des conditions de vente, - qu'elles soient générales ou catégorielles-, qui seraient opposées à certains clients potentiels, se trouvant en situation de concurrence par rapport aux autres destinataires de ces documents (article L.441-6 du Code de commerce) ». La commission recommande, au surplus, de procéder à un réexamen de l'ensemble du dispositif prévu au livre IV du titre IV du Code de commerce et cela en visant plusieurs objectifs : garantir une bonne qualité des textes réglementaires, fournir une plus grande sécurité juridique aux pratiques qui seront mises en œuvre par les opérateurs économiques, aller dans le sens du progrès économique. Elle estime que ce réexamen pourrait avoir lieu à l'occasion de la réflexion qui doit s'engager pour l'évaluation de la loi PME, telle que prévue à son article 57. Après avoir envisagé plusieurs orientations de réflexion qui supposent toute une modification de la loi en faveur des PME, la commission conclut son avis en soulignant que « eu égard à ces perspectives, et aux très importantes difficultés s'opposant d'ores et déjà à une rédaction suffisante d'un décret d'application de l'article 41 de la loi du 2 août 2005, il est préférable de renoncer à la préparation d'un tel texte ».

Le rapport et l'avis ont été rendus publics sur décision de la commission et après avoir reçu l'accord de l'auteur de la demande

d'avis. Ils peuvent être consultés sur le site Internet de la commission (cf. annexe 4).

1.3 – Avis n° 07-02 relatif à la demande d'avis de la Fédération de l'Industrie du Béton portant sur une charte de bonnes pratiques et usages commerciaux relatif aux délais de paiement des clients de l'industrie du béton. Dans cette affaire, une organisation professionnelle a sollicité l'avis de la commission sur un projet de charte élaboré par ses soins à l'attention de ses adhérents. Ce projet vise à inciter ses adhérents à réduire progressivement les délais de paiement moyen et maximal négociés avec leurs propres clients par toute une série de recommandations qui font référence à la directive européenne du 29 juin 2000 ainsi qu'aux dispositions de la loi NRE, transposés dans le Code de commerce (articles L.441-6 et L.442-6) visant, en matière de délais de paiement, à dénoncer certaines pratiques dont les effets perturbent le bon fonctionnement d'une économie de marché. La commission a rendu son avis le 12 avril 2007 après avoir entendu les conclusions de son rapporteur, le Professeur Michel Glais et après avoir rappelé que depuis son création, elle s'est attachée, à apporter une contribution active à la lutte contre les délais de paiement abusifs et les retards de paiement au regard des dispositions de l'article L.442-6 7^{ème} du Code de commerce. En témoignage, ainsi, son autosaisine en date du 28/05/02, sa recommandation n° 05-01, son avis n° 04-03 sur le projet de recommandation de l'Union nationale des producteurs de granulats (UNPG) à ses adhérents, ou encore tout récemment son avis n° 07-03 sur le code de bonnes pratiques relatif à la relation client-fournisseur dans la sous-traitance industrielle au sein de la filière automobile et notamment son accord complémentaire relatif aux délais de paiement. La commission a donné un avis favorable aux recommandations qui lui ont été soumises par le demandeur à l'exception de la dernière recommandation relative à l'utilisation pour les pénalités de retard d'un taux égal à 7 fois le taux d'intérêt légal, tout en considérant que l'adoption de taux dissuasifs constitue une des conditions à l'efficacité de la lutte contre les retards de paiement. L'auteur de la demande d'avis prenant acte de l'avis de la commission, lui a soumis tout récemment, une nouvelle rédaction de cette recommandation et pour laquelle il sollicite

à nouveau son avis. La commission se prononcera très prochainement sur cette nouvelle demande.

L'avis est public sur décision de la commission et après avoir reçu l'accord de l'auteur de la demande d'avis. Il peut être consulté sur le site Internet de la commission (cf. annexe 5)

2 – Les avis non publiés

Ils sont au nombre de deux. Ces avis ne sont pas publiés en raison de leur adoption récente par la commission (séance du 14 juin 2007). En effet, l'accord de l'auteur de la demande d'avis est nécessaire avant toute publication et qu'il n'a pu encore être recueilli.

2.1 Avis n° 07-03 relatif à l'examen du Code de bonnes pratiques relatif à la relation client-fournisseur dans la sous-traitance industrielle au sein de la filière automobile et notamment son accord complémentaire relatif aux délais de paiement dans la filière automobile conclu entre le Comité des constructeurs français d'automobiles, la Fédération des industries des équipements pour véhicules et la Fédération des industries mécaniques.

A la suite de la constitution à l'initiative des pouvoirs publics d'un groupe de travail sur les délais de paiement et la sous-traitance industrielle, deux accords ont été conclus entre trois organisations professionnelles, le Comité des constructeurs français d'automobiles, la Fédération des industries des équipements pour véhicules et la Fédération des industries mécaniques. Ces accords qui visent à améliorer la relation client-fournisseur dans la sous-traitance industrielle au sein de la filière automobile et plus particulièrement à réduire les délais de paiement entre chaque acteur de la filière concerné, ont été soumis pour avis à la CEPC, par M. le Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. L'avis de la commission était sollicité d'une part sur l'examen des engagements contenus dans ces accords au regard de leur conformité au droit et d'autre part sur le suivi de leur mise en œuvre par les organisations professionnelles signataires de ce document.

La commission en sa séance de reprise du 7 juin 2006, a souhaité adopter un mode de fonctionnement particulier (prévu par la loi d'ailleurs) pour l'instruction de ce dossier. En

effet, elle a estimé que les représentants des filières concernées par ces accords devaient être représentés, comme certains en avaient déjà exprimé le vœu, à tout le moins dans la phase d'instruction de ce dossier, en vue de faire des propositions à l'assemblée plénière avant que celle-ci ne rende son avis. En ce sens, une chambre d'examen a été créée au sein de laquelle, les représentants des organisations professionnelles concernées par ces accords ont pu travailler avec certains membres de la commission ainsi que les rapporteurs, M^{me} le Professeur Muriel Chagny et M. le Professeur Michel Glais, afin d'approfondir en tout premier lieu l'étude sur la conformité au droit de ces accords, et notamment celui relatif aux délais de paiement, le premier accord ne paraissant pas contrevenir au droit en vigueur.

Le second de ces accords qui prévoit une réduction des délais de paiement comporte à cet égard des dispositions spécifiques selon la taille des entreprises –clients et fournisseurs- concernées. Se pose, alors, la question de la compatibilité de telles stipulations avec le cadre juridique défini par le Conseil de la concurrence dans son avis n° 05-A-17 du 22 septembre 2005 de sorte que la préparation d'un décret sur le fondement de l'article L.420-4-II° du Code de commerce était envisagée par les pouvoirs publics. Cette orientation a été étudiée par la chambre spécialisée afin de déterminer si elle pouvait être engagée avec de sérieuses chances de succès. Au vu de l'analyse opérée par les rapporteurs tant du cadre juridique que des conditions économiques envisagées par le texte précité (notamment vérification d'un réel « progrès économique » et/ou amélioration de « gestion des entreprises moyennes de petites ») la chambre d'examen a clôturé son étude en proposant à l'assemblée plénière de retenir cette orientation.

L'assemblée plénière, retenant les conclusions de la chambre spécialisée, a adopté son avis au cours de ses séances du 9 mai et 14 juin 2007.

Les travaux de la chambre spécialisée pourront reprendre ultérieurement lorsque se posera la question du suivi de la mise en œuvre des engagements contenus dans ces accords. Il faut également ajouter que cette chambre spécialisée aura vocation, à l'avenir, à se réunir afin d'examiner tout autre code de bonnes pratiques qui serait signé dans les filières du secteur industriel. Sa

composition tiendra compte alors des acteurs économiques concernés par ces accords.

2.2 Avis n° 07-04 relatif à la saisine d'un groupement de pharmaciens d'officine.

Un groupement de pharmaciens d'officine a saisi la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales afin de solliciter son avis sur certaines pratiques qui seraient mises en œuvre par des laboratoires fabriquant des produits cosmétiques et/ou des spécialités pharmaceutiques.

Selon la saisine, de nombreux laboratoires fabriquant des produits cosmétiques pratiqueraient des conditions de vente à l'égard du groupement qui se traduisent par des remises d'un taux nettement inférieur à celui offert aux pharmaciens d'officine achetant en direct ou à des distributeurs non-officinaux. Par ailleurs, le groupement s'estime victime du refus opposé par certains laboratoires de lui livrer leurs médicaments.

La commission a adopté son avis après en avoir délibéré au cours de trois importantes séances (18 décembre 2006, 9 mai et 14 juin 2007).

D – Etudes

Au cours de la période de référence, la commission a examiné l'étude réalisée par le Professeur Michel Dietsch relative à l'équilibre des relations fournisseurs-distributeurs, dans le cas des marchés de produits de grande consommation. Elle a de même examiné les études réalisées par ses partenaires, la DGCCRF et la Faculté de Droit de Montpellier afin de permettre à la CEPC de publier dans son rapport annuel d'activité d'une part, une analyse détaillée du nombre et de la nature des sanctions administratives ou pénales prononcées pour infractions aux dispositions du titre IV du livre IV du Code de commerce (« de la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées »), d'autre part, les décisions de juridictions civiles ou commerciales retenant, dans les mêmes matières, la responsabilité de leurs auteurs.

1 – L'étude relative à l'équilibre des relations fournisseurs-distributeurs, dans le cas des marchés de produits de grande consommation.

La commission avait souhaité, au cours de sa séance plénière du 25 mai 2002, la réalisation d'une étude économique sur les rapports de force réels existants entre fournisseurs et distributeurs. Cette étude confiée au Professeur Michel Dietsch, a été finalisée en début d'année 2007 après notamment plusieurs échanges de vues avec les membres de la commission (cf. séances du 14 mars et 22 juin 2004, rapport d'activité 2004-2005).

C'est au cours de sa séance du 22 janvier 2007 que l'étude finalisée a été présentée aux membres de la commission, au cours d'une séance particulière, réunissant exceptionnellement à la fois titulaires et suppléants.

Ensuite, au cours de ses séances ultérieures, la commission a élaboré un communiqué de prise en considération de cette étude.

Dans ce communiqué, elle précise notamment qu'elle tient le rapport présenté pour un document de référence pour ses travaux ultérieurs et qu'elle estime que les conclusions dégagées seront utiles pour l'application, l'interprétation, voire l'évolution des textes qui régissent le droit des pratiques commerciales (cf. annexe 6).

Un résumé de cette étude figure à l'annexe 7 de ce rapport d'activité.

L'étude complète peut être consultée sur le site Internet de la commission.

2 – L'étude relative à l'analyse détaillée du nombre et de la nature des infractions aux dispositions du titre IV (« de la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées ») ayant fait l'objet de sanctions administratives ou pénales, de même que les décisions rendues en matière civile sur les opérations engageant la responsabilité de leurs auteurs.

En application de l'article 56 de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME, la CEPC doit désormais établir chaque année un rapport d'activité comprenant : « une analyse détaillée du nombre et de la nature des infractions aux dispositions du [titre IV] ayant fait l'objet de sanctions administratives ou pénales. Il comprend également les décisions rendues en matière civile sur les opérations engageant la responsabilité de

leurs auteurs » (Code de commerce article L.440-1, 8° al.).

Ce recensement, qui ne peut que contribuer à une meilleure information des pouvoirs publics et des agents économiques sur l'activité des juridictions dans ce domaine, a nécessité la mise en place d'une organisation destinée à permettre à la fois la collecte des décisions rendues ainsi que leur analyse.

C'est pourquoi, une convention de partenariat a été conclue entre la CEPC, la DGCCRF et la Faculté de Droit de Montpellier, dont notamment le Centre du droit de la consommation et du marché et le Centre du droit de l'entreprise (cf. annexe 8).

En application de cette convention de partenariat, M. le Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes a présenté à la commission, au cours de sa séance plénière du 18 décembre 2006, un bilan des décisions judiciaires intervenues en matière de transparence et de pratiques restrictives de concurrence (année 2005 en matière pénale et année 2004 au 1^{er} semestre 2006 en matière civile). Il s'agit de décisions de justice rendues à la suite d'actions engagées par ses services. De même, la Faculté de droit de Montpellier a présenté ses travaux au cours de la séance du 22 janvier 2007 de la CEPC. Ces travaux ont porté sur les décisions rendues à la suite d'actions engagées non par les services de la DGCCRF, mais par les seuls opérateurs économiques au cours de ces mêmes périodes (cf. annexes 9 et 10).

Les travaux réalisés par la DGCCRF ainsi que par la Faculté de droit de Montpellier ont été présentés à un comité scientifique composé de professeurs de droit ou d'économie, par ailleurs, rapporteurs pour la CEPC, ou encore de certains membres de la commission.

Les membres de ce comité scientifique sont les suivants :

- M. Pierre Leclercq, président de la CEPC,
- M. Guillaume Cerutti, Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et ses services, notamment M. Joël Tozzi, chef du bureau des pratiques restrictives de concurrence et des affaires juridiques,
- M. Didier Ferrier, Professeur de Droit à l'Université de Montpellier,

- M. Daniel Mainguy, Professeur de Droit à l'Université de Montpellier,

- M^{me} Muriel Chagny, Professeur de Droit à l'Université de Versailles Saint-Quentin en Yveline,

- M. Georges Decocq, Professeur de droit à l'Université de Paris XII,

- M. Michel Glais, Professeur d'économie à Rennes I,

- M. Francis Delbarre, avocat honoraire,

- M^{lle} Corinne Solal, Secrétaire générale de la CEPC.

Les conclusions de ce comité scientifique ont été présentées à la commission réunie en séance plénière le 14 juin 2007 (cf. annexe 11). Ces conclusions visent ainsi à mettre en lumière les principaux enseignements des décisions ainsi collectées et analysées pour la période considérée. Il va de soi que ces enseignements sont susceptibles d'évoluer avec les décisions judiciaires récentes, qui seront alors prises en compte dans les travaux à venir du groupe.

Celui-ci, en effet, se réunira très régulièrement afin de permettre à la commission de satisfaire aux objectifs qui ont été définis par le législateur.

E – La poursuite des travaux en 2007-2008.

Au cours des prochaines semaines, la commission pourra examiner le rapport de M. le Professeur Luc Grynbaum relatif à la demande d'avis formulée par M. le Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes portant sur l'examen des pratiques suivies dans les relations commerciales entre assureurs et carrossiers-réparateurs afin de permettre à la commission de formuler des recommandations induites par l'examen de ces pratiques, notamment sur l'éventualité d'un code de bonne conduite dans ce secteur.

Seront ensuite examinés les rapports de Maître Max Vague concernant les demandes d'avis suivantes :

- celle d'un chef d'entreprise qui souhaite recueillir l'opinion de la commission sur la conformité au droit, notamment du règlement n° 1400/2002 du 31 juillet 2002 de la Commission européenne de certaines stipulations mentionnées sur un des contrats proposés par un des principaux fournisseur de véhicules de loisirs ;

- celle d'une organisation professionnelle qui souhaite connaître l'avis de la commission sur la conformité au droit de certaines pratiques commerciales dont aurait été victime un garagiste de la part de son vendeur en matériel de diagnostic automobile.

Elle entendra par la suite, les conclusions du Professeur Georges Decocq sur une demande d'avis émanant d'une organisation professionnelle représentant des fabricants dans le secteur du caoutchouc et celui des plastiques, qui porte sur un projet de conditions générales de vente et de responsabilité élaboré par leurs soins à l'attention de leurs adhérents.

La commission pourra délibérer, également, sur le rapport de M. Didier Ferrier relatif à une demande d'avis émanant d'une organisation professionnelle qui porte sur l'examen de certains contrats passés entre des opérateurs de téléphonie mobile et des distributeurs de même que sur certaines pratiques estimées contestables.

Ses travaux se poursuivront, par l'examen du rapport du Professeur Georges Decocq relatif à la demande d'avis formulée par une organisation professionnelle représentant l'industrie française des équipements automobiles, qui a souhaité recueillir l'opinion de la commission sur la conformité au droit d'un projet de conditions générales professionnelles de vente pour la rechange, élaboré à son initiative à l'attention de ses adhérents.

De même que par l'examen de la demande d'avis présentée par une organisation professionnelle relative à la mise en œuvre

de certaines pratiques dont serait victime un exploitant de station service de la part de son fournisseur en produits pétroliers destinés à la vente au détail ou encore l'examen de la demande d'avis d'un chef d'entreprise, franchiseur dans le domaine de la restauration, qui s'estime victime de concurrence déloyale de la part de son concurrent.

D'autres demandes d'avis pourront également être étudiées, dès lors que les renseignements complémentaires demandés à leur auteur par les rapporteurs seront communiqués, il s'agit des saisines suivantes :

- Demandes d'avis du président de la Fédération française de rugby relative à l'interprétation des clauses d'un contrat liant sa fédération à une grande société d'exploitation de stade –Dossier confié au Professeur Daniel Mainguy.

- Demande d'avis formulée par un cabinet d'avocats pour le compte d'un syndicat professionnel, ayant pour adhérents des entreprises de construction de lignes de télécommunications, qui porterait notamment sur le retard de paiement par rapport aux échéances contractuelles par l'acheteur de ces lignes de télécommunications. Dossier confié à M. le Professeur Michel Glais et Maître Francis Delbarre.

En outre, la commission poursuivra les études réalisées en application de l'article 56 de la loi PME. Elle entend, également, participer activement à la réflexion engagée par les pouvoirs publics sur l'application de cette loi, telle que prévue à son article 57.



Conclusions

La longue période d'interruption des activités de la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (14 mois), faute de désignation nouvelle de ses membres, aurait pu l'affaiblir durablement. Le rapport du groupe d'experts réunis, en 2004, sous l'autorité de Monsieur le Premier Président Canivet avait, cependant, insisté sur l'intérêt qui pouvait être attaché au bon fonctionnement d'une telle structure légère de concertation, d'évaluation et de propositions. Les professionnels eux-mêmes lui ont manifesté leur attachement et toutes les organisations professionnelles qui avaient, dès la première phase, proposé, pour y siéger, leurs dirigeants principaux ont souhaité leur reconduction.

Sa notoriété paraît assez large. Ses représentants sont, en effet, assez souvent sollicités pour s'exprimer dans des colloques, des réunions d'autres commissions, ou dans des articles de revues spécialisées.

Elle a pu rassembler auprès d'elle un groupe de rapporteurs hautement qualifiés et très actifs ; ce sont des professeurs d'Université, spécialisés en Droit de la concurrence et des pratiques restrictives, ou en économie, ainsi que quelques avocats, également spécialisés.

Après une année de reprise d'activités, la CEPC apparaît avoir retrouvé une bonne vitalité, et une réelle autorité.

Ses saisines ont porté sur des sujets importants, voire sensibles. Les plus notables émanent du Directeur Général de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) et ont été suivies de rapports et délibérations très approfondis de la part des rapporteurs et de la commission. Plusieurs autres dossiers sont en préparation.

Non seulement la commission est parvenue à établir un large consensus en son sein, malgré la diversité des préoccupations habituelles de ses membres, mais elle semble constituer progressivement un véritable corps de doctrine sur l'application de la législation relative aux relations commerciales et à son évolution, et cela bien au-delà des relations entre la grande distribution et ses fournisseurs. Elle a pu nourrir ses réflexions de l'analyse systématique des décisions de justice en la matière, lesquelles, pour la première fois, en coordination étroite avec la CEPC, ont été collectées par les services de la DGCCRF et des universitaires de Montpellier.

La CEPC participera, dans le même esprit de collaboration ouverte, aux réflexions, voulues par le Parlement lui-même, sur l'application de la loi du 2 août 2005, qui a modifié en dernier lieu le cadre juridique de l'équilibre dans les relations commerciales, notamment entre la grande distribution et ses fournisseurs.

La CEPC se propose, enfin, d'assurer des fonctions d'incitation et de qualification pour le développement des usages commerciaux : ceux-ci sont, certes, toujours considérés par les juristes comme une source subsidiaire du Droit commercial, mais ils ont une place beaucoup moins significative dans notre système juridique qu'à l'étranger. Leur restauration ne peut être atteinte que si un organisme pluripartite, et indépendant, vérifie si les pratiques suivies dans les divers secteurs juridiques sont équilibrées et ne reflètent pas des situations défavorables aux initiateurs et aux acteurs les plus faibles ; leur réémergence suppose aussi de larges concertations non constitutives d'ententes anticoncurrentielles. La CEPC peut offrir un cadre utile à cet égard.

**TITRE IV
DE LA TRANSPARENCE, DES PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE
ET D'AUTRES PRATIQUES PROHIBÉES**

*2 Chapitre préliminaire
Dispositions générales

Article L. 440-1. - Une Commission d'examen des pratiques commerciales est créée. Elle est composée d'un député et d'un sénateur désignés par les commissions permanentes de leur assemblée compétentes en matière de relations commerciales entre fournisseurs et revendeurs, de membres, éventuellement honoraires, des juridictions administratives et judiciaires, de représentants des secteurs de la production et de la transformation agricole et halieutique, ainsi qu'industrielle et artisanale, des transformateurs, des grossistes, des distributeurs et de l'administration, ainsi que de personnalités qualifiées. Elle est présidée par un magistrat de l'ordre administratif ou judiciaire. Elle comprend un nombre égal de représentants des producteurs et des revendeurs.

Les membres de la commission sont tenus au secret professionnel pour les faits, actes et renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leurs fonctions.

La commission a pour mission de donner des avis ou formuler des recommandations sur les questions, les documents commerciaux ou publicitaires, y compris les factures et contrats couverts par un secret industriel et commercial, et les pratiques concernant les relations commerciales entre producteurs, fournisseurs, revendeurs qui lui sont soumis. Elle assure, sous la responsabilité de son président, l'anonymat des saisines et des documents qui lui sont soumis, y compris vis-à-vis de ses membres.

La commission est saisie par le ministre chargé de l'économie, le ministre chargé du secteur économique concerné, le président du Conseil de la concurrence, toute personne morale, notamment les organisations professionnelles ou syndicales, les associations de consommateurs agréées, les chambres consulaires ou d'agriculture, ainsi que par tout producteur, fournisseur, revendeur s'estimant lésé par une pratique commerciale. Elle peut également se saisir d'office. Le président de la commission peut décider de mettre en place plusieurs chambres d'examen au sein de la commission.

L'avis rendu par la commission porte notamment sur la conformité au droit de la pratique ou du document dont elle est saisie.

La commission entend, à sa demande, les personnes et fonctionnaires qu'elle juge utiles à l'accomplissement de sa mission. Son président peut demander qu'une enquête soit effectuée par les agents habilités à cet effet par l'article L. 450-1 du présent code ou l'article L. 215-1 du code de la consommation, selon les procédures prévues. Le compte rendu de l'enquête est remis au président de la commission qui s'assure qu'il préserve l'anonymat des personnes concernées.

La commission peut également décider d'adopter une recommandation sur les questions dont elle est saisie et toutes celles entrant dans ses compétences, notamment celles portant sur le développement des bonnes pratiques. Lorsqu'elle fait suite à une saisine en application du troisième alinéa, cette recommandation ne contient aucune indication de nature à permettre l'identification des personnes concernées. La recommandation est communiquée au ministre chargé de l'économie et est publiée sur décision de la commission.

La commission exerce, en outre, un rôle d'observatoire régulier des pratiques commerciales, des facturations et des contrats conclus entre producteurs, fournisseurs, revendeurs qui lui sont soumis. Elle établit chaque année un rapport d'activité, qu'elle transmet au Gouvernement et aux assemblées parlementaires. Ce rapport est rendu public. ^{*12} Il comprend une analyse détaillée du nombre et de la nature des infractions aux dispositions du présent titre ayant fait l'objet de sanctions administratives ou pénales. Il comprend également les décisions rendues en matière civile sur les opérations engageant la responsabilité de leurs auteurs. ^{12*}

Un décret détermine l'organisation, les moyens et les modalités de fonctionnement de la commission ainsi que les conditions nécessaires pour assurer l'anonymat des acteurs économiques visés dans les avis et recommandations de la commission. ^{2*}

Annexe 2

Composition de la Commission d'examen des pratiques commerciales

Président : **M. Pierre Leclercq**, conseiller honoraire à la Cour de Cassation

Parlementaires	Magistrats	Personnalités qualifiées	Administration	Représentant des secteurs de la production et de la transformation agricole et halieutique ainsi qu'industrielle et artisanale et des transformateurs		Représentant les grossistes et distributeurs	
				Titulaires	Suppléants	Titulaires	Suppléants
- M. Jean-Paul Charlé , député.	- M. Marc El Nouchi , maître des requêtes au Conseil d'Etat.	- Maître Francis Delbarre , avocat honoraire	- M. Guillaume Cerutti , directeur général de la Concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, ou son représentant.	Titulaires - M. Benoit Mangenot , directeur général de l'Association nationale des industries alimentaires. - M. Bertrand de Kernel , directeur de la Fédération nationale des coopératives laitières.	Suppléants - M. Jean-Claude Lejob , président honoraire de la Fédération française de la coopération fruitière, légumière et horticole. - M. Alain Parres , président honoraire du Comité national des pêches maritimes et des élevages marins.	Titulaires - M. Jérôme Bédier , président de la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution. - M. Guy Leclerc , représentant de la Fédération « Les Enseignes du Commerce Associé ».	Suppléants - M. Léon Salto , membre du conseil exécutif de la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution. - M. Jean-Michel Bordais .
- M. Alain Fouché , sénateur.	- Mme Marie-Françoise Marais , conseiller à la Cour de Cassation.	- M. Michel Glais , professeur agrégé de sciences économiques à l'université de Rennes.	- M. Jean-Christophe Martin , directeur du commerce, de l'artisanat, des services et des professions libérales, ou son représentant. - M. Luc Rousseau , directeur général des entreprises, ou son représentant.	Titulaires - M. Eric Jourde , représentant de la Fédération des industries électriques, électroniques et de la communication. - M. Alain Grimm-Hecker , président honoraire du Groupement interprofessionnel de fabricants d'appareils ménagers.	Suppléants - M. Dominique de Gramont , délégué général de l'Institut de liaison et d'études des industries de consommation.	Titulaires - M. Philippe Houzé , président de l'Union du commerce de centre-ville.	Suppléants - M. Pierre Gogin , président délégué de la Fédération professionnelle des entreprises de sports et loisirs. - M. Patrick Lorie , président de la Fédération nationale des métiers de jardinerie.
			- M. Jean-Marie Aurand , directeur des politiques économique et internationale, ou son représentant.	Titulaires - Mme Ophélie Seris , chargée de mission juridique à la Fédération des entreprises et entrepreneurs de France.	Suppléants - M. Daniel Pasquier , président honoraire du Comité de liaison des industries de main-d'œuvre.	Titulaires - M. Pascal Malfoy , président de la Fédération des magasins de bricolage.	Suppléants - M. Xavier Alberti , représentant la Fédération nationale des boissons.

Parlementaires	Magistrats	Personnalités qualifiées	Administration	Représentant des secteurs de la production et de la transformation agricole et halieutique ainsi qu'industrielle et artisanale et des transformateurs		Représentant les grossistes et distributeurs	
				Titulaires	Suppléants	Titulaires	Suppléants
				<p>- M. Jean-Bernard Bayard, secrétaire général adjoint de la Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles.</p>	<p>- M. Jérôme Volle, représentant du Syndicat des Jeunes agriculteurs.</p>	<p>- M. Christian Pépéneau, vice-président de la Confédération française du commerce de gros et du commerce international.</p>	<p>- M. Claude Thiéblemont, représentant de la Confédération française du commerce de gros et du commerce international.</p>
				<p>- M. Jean Bellet, président de la Confédération nationale des charcutiers, charcutiers-traiteurs et traiteurs de France</p>	<p>- M. François Cartron, président de la Confédération nationale de la pâtisserie-confiserie-chocolaterie-glacière de France</p>	<p>- M. Philippe Lebreton, président d'Intermarché.</p>	<p>- M. Claude Boisseau, président de la Fédération nationale de l'épicerie.</p>

Secrétaire générale : M^{me} Corinne Solal

Avis n° 06-01 concernant certaines pratiques appliquées à une entreprise de livraison de marchandises au consommateur par ses clients distributeurs.

La Commission d'examen des pratiques commerciales,

Vu la lettre enregistrée le 14 décembre 2004 sous le numéro 04-096, par laquelle un chef d'entreprise a soumis à son examen certaines pratiques mises en œuvre par des distributeurs à l'occasion de l'application des conventions qui le lient à eux dans le cadre de son activité de livraison de marchandises ;

Vu l'article L.440-1 du code de commerce ;
Vu le décret n° 2001-1370 du 31 décembre 2001 portant organisation de la Commission d'examen des pratiques commerciales, modifié par le décret n° 2002-1370 du 21 novembre 2002 ;

Le rapporteur entendu lors de sa séance plénière du 20 novembre 2006 ;

Adopte l'avis suivant :

- L'avis est limité au traitement de certaines pratiques connues du rapporteur et considérées en elles-mêmes sans référence à la situation particulière de telle ou telle entreprise.

- Certains salariés d'entreprises qui fournissent des produits ou des services, se trouvent appelés par l'entreprise destinataire de ces produits ou bénéficiaire de ces services à exécuter pour le compte de cette dernière des tâches à caractère généralement logistique qui ne sont pas prévues dans leur contrat de travail, qui ne correspondent d'ailleurs pas à l'objet de l'activité de leur employeur et qui n'ont donc pas été convenues dans le cadre d'accords de service ou de coopération commerciale entre l'employeur et l'entreprise bénéficiaire.

Il s'agit le plus souvent de :

- manutention de palettes dans les entrepôts,
- mise de produits dans des linéaires,
- retrait de produits périmés ou d'emballages inutiles,
- inventaire de stocks,
- nettoyage de certains locaux,
- transport de fonds à destination d'établissement financier.

- L'exécution des tâches demandée par l'entreprise destinataire des produits ou bénéficiaire des services est comprise par ces salariés comme conditionnant la poursuite de leur intervention auprès de l'entreprise où ils exécutent leur tâche normale mais aussi la poursuite des relations commerciales entre cette entreprise et leur employeur c'est-à-dire l'entreprise

fournisseur des produits ou des services. Au demeurant, l'employeur qui proteste contre cette utilisation anormale de ses salariés s'expose à la rupture des relations commerciales ou tout au moins à des retards de paiement par l'entreprise destinataire des produits ou bénéficiaire des services.

- Indépendamment de leur vulnérabilité au regard du droit pénal social, de telles exigences de la part de l'entreprise destinataire des produits ou bénéficiaire des services peuvent relever de l'article L. 442-6-I, 2°, b, du Code de commerce aux termes duquel « engage la responsabilité de son auteur... le fait... d'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire... en le soumettant à des... obligations injustifiées ». Elles constituent alors un abus de l'état de dépendance économique dans lequel est tenue l'entreprise fournisseur des produits ou services ; en dehors même de toute atteinte corrélative au fonctionnement ou à la structure de la concurrence qui relèverait, elle, des dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce.

- Ces exigences peuvent également relever de l'article L. 442-6-I, 2°, a, du Code de commerce aux termes duquel « engage la responsabilité de son auteur... le fait... d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu... ».

- Elles pourraient alors constituer, au sens de l'article L. 442-6-I, 1° du Code de commerce une pratique discriminatoire par laquelle l'entreprise destinataire des produits ou bénéficiaire des services obtient un avantage sans contrepartie réelle et lui assurant un avantage dans la concurrence grâce à l'économie des coûts correspondants lesquels se trouvent en revanche normalement supportés par ses concurrents.

Délibéré et adopté par la Commission d'examen des pratiques commerciales en sa séance plénière du 20 novembre 2006, présidée par M. Pierre Leclercq.

Fait à Paris, le 20 novembre 2006

**Le Président de la Commission
d'examen des pratiques
commerciales**

Pierre LECLERCQ

Avis n° 07-01 relatif à l'encadrement de la différenciation tarifaire tel que prévu par l'article 41 de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME

La Commission d'examen des pratiques commerciales,

Vu la lettre enregistrée le 29 mai 2006 sous le numéro 06-006, par laquelle le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes lui demande de rendre un avis sur la manière dont pourrait être organisé l'encadrement de la différenciation tarifaire tel que prévu par l'article 41 de la loi en faveur des PME, en mettant notamment en évidence les différentes modalités possibles de détermination des catégories d'acheteurs de produits ou de demandeurs de prestations de services dans chacun des cas envisagés par la loi ;

Vu l'article L.440-1 du code de commerce ;
Vu le décret n° 2001-1370 du 31 décembre 2001 portant organisation de la Commission d'examen des pratiques commerciales, modifié par le décret n° 2002-1370 du 21 novembre 2002 ;

Vu le rapport ci-annexé établi par le Professeur Michel GLAIS et par Maître Francis DELBARRE ;

Adopte l'avis suivant :

- La Commission d'Examen des Pratiques Commerciales rappelle que les dispositions du livre IV du titre IV du Code de commerce prescrivent notamment, d'une part, des règles de transparence assorties de sanctions pénales qui régissent en particulier les conditions générales de vente et, d'autre part, des règles de non-discrimination qui permettent la différenciation tarifaire.

En ce sens, il est admis depuis de nombreuses années que la différenciation tarifaire est possible sans tomber dans la discrimination abusive dès lors que le traitement différencié adopté par un opérateur économique est justifié par une contrepartie réelle.

- Elle rappelle également que si la jurisprudence a retenu l'obligation pour un fournisseur de communiquer ses CGV aux acheteurs qui en font la demande, elle a posé une exception à cette obligation en considérant qu'un fournisseur n'a pas à communiquer ses CGV à ses propres concurrents.

- Elle constate que la loi du 2 août 2005 en faveur des PME prévoit, désormais, une

autre exception à l'obligation de communication de ses CGV, en disposant qu'un fournisseur n'a pas à communiquer à une catégorie de clients, des CGV destinées à une autre catégorie de clients.

- Elle rappelle que l'avis de la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales est sollicité sur la manière dont pourrait être organisé l'encadrement de la différenciation tarifaire tel que prévu par l'article 41 de la loi en faveur des PME, en mettant notamment en évidence les différentes modalités possibles de détermination des catégories d'acheteurs de produits ou de demandeurs de prestations de services dans chacun des cas envisagés par la loi.

Il apparaît que la diversité des situations économiques dans lesquelles sont placés les acheteurs peut justifier qu'un vendeur établisse des CGV différenciées selon certaines catégories de clients qui ne se trouvent pas en concurrence, la communication de ces conditions étant réservée aux seuls distributeurs concernés. Au vu du rapport ci-annexé, il est précisé que l'article 41 de la loi en faveur des PME prévoit que les conditions dans lesquelles sont définies ces catégories sont fixées par voie réglementaire en fonction notamment du chiffre d'affaires, de la nature de la clientèle et du mode de distribution. Ainsi, un décret pourrait, soit énumérer les catégories de clients pour lesquelles l'information peut être cloisonnée, soit définir les conditions auxquelles doit satisfaire une catégorisation d'acheteurs.

Énumérer des catégories de clients présenterait l'avantage de donner aux entreprises une certaine sécurité juridique (sécurité toutefois bornée par le droit des ententes). Cette solution impliquerait, cependant, de vérifier tout d'abord que ces catégories ne sont pas en concurrence entre elles. Elle présenterait, en outre, plusieurs inconvénients. Établir une liste de catégories d'acheteurs ne pourrait, en effet, prétendre à l'exhaustivité tant il existe de situations nombreuses, différentes et complexes. Cette solution conduirait, également, à introduire des rigidités dans un domaine et à une époque où tant les modes de distribution que les fonctions économiques évoluent dans le temps et où l'on prône la souplesse commerciale.

L'élaboration d'un décret se limitant à définir les conditions de la catégorisation trouverait, certes, sa légitimité économique dans la prise en considération de ce qui justifie fondamentalement la notion de différenciation : l'existence de différences dans les demandes des consommateurs et la reconnaissance de celles-ci par les acteurs de la distribution.

L'élaboration d'un tel décret s'exposerait toutefois à la critique en ce qu'il ne respecterait pas le principe de légalité qui exige que le champ d'application des infractions comme des immunités à la loi pénale soit exprimé en termes clairs et précis de manière à exclure tout arbitraire.

Or, il n'y a aucune raison déterminante à ainsi sanctionner pénalement les pratiques discriminatoires dans les seuls cas où elles sont explicitées par des conditions catégorielles de vente et de déroger, ainsi, au principe énoncé par la loi (article L.442-6 § 1.1° du Code de commerce) selon lequel les discriminations relèvent de sanctions civiles. Ce principe mérite de rester de portée globale, les poursuites pénales ne s'appliquant qu'aux refus de communications des conditions de ventes, qu'elles soient générales ou catégorielles, qui seraient opposés à certains clients potentiels, se trouvant en situation de concurrence par rapport aux autres destinataires de ces documents (article L.441-6 du Code de commerce).

Il résulte, ainsi, de l'examen auquel la commission a procédé de la question qui lui a été soumise que les décrets qui seraient susceptibles d'être pris en application de l'article 41 de la loi en faveur des PME n'apparaissent pas apporter la sécurité juridique nécessaire aux opérateurs économiques, ni souhaitable économiquement.

*
* *

Compte tenu de ces observations, la Commission formule la recommandation suivante qui vise à répondre à plusieurs objectifs : garantir une bonne qualité des textes réglementaires, fournir une plus grande sécurité juridique aux pratiques qui seront mises en oeuvre par les opérateurs économiques, aller dans le sens du progrès économique.

Afin de répondre à la question posée un réexamen de l'ensemble du dispositif prévu au livre IV du titre IV du code de commerce est nécessaire. Celui-ci porterait notamment

sur la façon d'articuler, en vue de leur mise en cohérence, les dispositions de l'article 41 de la loi PME avec les autres dispositions législatives du livre IV du titre IV du code de commerce, qui font référence à d'importants principes comme celui de la transparence, de la non-discrimination abusive ou encore de la pénalisation. Cette question allant ainsi au delà de l'examen du seul article 41 de la loi en faveur des PME, elle doit, dès lors, être abordée à l'occasion de la réflexion qui doit s'engager pour son évaluation, telle que prévue à son article 57.

Plusieurs orientations pourraient alors être envisagées qui supposent toutes une modification de la loi en faveur des PME :

Suppression de l'interdiction per se des pratiques discriminatoires qui ne seraient plus sanctionnables que lorsqu'elles constituent un abus de puissance de vente ou d'achat, de dépendance économique, de position dominante ou une entente. Les règles de transparence pourraient être renforcées (communication intégrale des CGV) ou maintenues telles quelles (communication aux seuls clients concernés). Dans l'un et l'autre cas, elles pourraient être assorties de sanctions pénales ou uniquement civiles.

Intégration dans la loi des conditions dans lesquelles sont définies les catégories de clients à savoir l'absence de concurrence entre les clients de catégories différentes assortie ou non d'une dépenalisation des sanctions en cas de non-respect de l'obligation d'information au profit de sanctions prononcées par le juge civil.

Renonciation à la disposition relative aux CGV différenciées.

Eu égard à ces perspectives, et aux très importantes difficultés s'opposant d'ores et déjà à une rédaction satisfaisante d'un décret d'application de l'article 41 de la loi du 2 août 2005, il est préférable de renoncer à la préparation d'un tel texte.

Délibéré et adopté par la Commission d'examen des pratiques commerciales en ses séances plénières des 18 décembre 2006, 19 février et 12 avril 2007, présidées par M. Pierre LECLERCQ.

Fait à Paris, le 12 avril 2007

**Le Président de la Commission
d'examen des pratiques
commerciales**

Pierre LECLERCQ

Rapport relatif a l'encadrement de la différenciation tarifaire tel que prévu à l'article 41 de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME

Par lettre du 29 mai 2006, le Directeur Général de la Concurrence de la Consommation et de la Répression des fraudes a saisi la Commission d'examen des pratiques commerciales pour qu'elle formule un avis sur « la manière dont pourrait être organisé l'encadrement de la différenciation tarifaire tel que prévu par l'article 41 de loi PME, en mettant notamment en évidence les différentes modalités possibles de détermination des catégories d'acheteurs de produits ou de demandeurs de prestations de services dans chacun des cas envisagés par la loi ».

Selon ces nouvelles dispositions, codifiées sous l'article L 441-6 du code de commerce, les conditions générales de vente peuvent être différenciées selon les catégories d'acheteurs de produits ou de demandeurs de prestations de services. L'obligation de communication ne s'applique qu'à l'égard des acheteurs de produits ou des demandeurs de services d'une même catégorie.

La question des limites de la transparence tarifaire doit alors être examinée au regard de la règle de non-discrimination qu'elle complète.

La connaissance des prix et conditions de vente des fournisseurs est en effet apparue comme un moyen de prévenir les pratiques discriminatoires. L'absence de transparence a même été considérée par la Cour de cassation comme une pratique discriminatoire en soi : « ...Constitue une pratique de conditions de vente discriminatoire...le fait de ne pas communiquer à un seul de ses revendeurs l'ensemble des éléments, y compris les rabais et ristournes, permettant de déterminer le prix de revient d'un produit en vue d'en fixer le prix de vente pour ses clients... » (Cass. Com . 19 mai 1992).

Mais il est également apparu qu'une trop grande transparence peut susciter des pratiques considérées comme fautives. Ainsi un acheteur peut-il exiger de son fournisseur d'être traité aux conditions réservées à une catégorie de clients plus favorisés à laquelle il n'appartient pas, en menaçant, par

exemple, de ne pas référencer le produit en cause, faute spécifique prévue par l'article L 442-6 1 4° du code de commerce qu'il est difficile de prouver.

Aussi l'Administration a-t-elle admis que les conditions de vente propres à une catégorie de clients ne soient pas communiquées à ceux n'appartenant pas à cette catégorie (lettre à une association professionnelle ; circulaires du 16 mai 2003 et du 8 décembre 2005). Cette approche réaliste est désormais concrétisée par la loi.

L'article L.441-6 du code de commerce prévoit, en effet, une exception à l'obligation de transparence tarifaire qu'il instaure. Après avoir posé le principe d'une différenciation possible des conditions générales de vente selon les catégories d'acheteurs, il dispose : « Les conditions dans lesquelles sont définies ces catégories sont fixées par voie réglementaire en fonction notamment du chiffre d'affaires, de la nature de la clientèle et du mode de distribution ».

Avant d'examiner le contenu possible de la mesure réglementaire prévue, il y a lieu de déterminer les catégories de clientèle qu'un fournisseur peut créer dans ses conditions générales de vente, indépendamment de leur communication.

LES DIFFERENTS TYPES DE CGV CATEGORIELLES

L'article 41 de la loi PME n'introduit pas une norme nouvelle qui ajouterait à la différenciation autorisée celle résultant de catégories conformes au règlement prévu. Il ne s'agit que d'une mesure visant à assouplir l'obligation d'information qui pèse sur toute entreprise pratiquant une politique de prix ou de conditions de vente différenciés. L'obligation de transparence tarifaire, bien qu'accessoire, est autonome par rapport à la règle de non-discrimination (C.A. Dijon, 7 octobre 2005). La détermination de catégories de clients bénéficiant de conditions de vente qui leur sont propres doit donc, en toute occurrence, obéir au principe de non-discrimination posé par l'article L 442-6-1,1° du code de commerce.

Ce texte autorise, a contrario, les différences de traitement « justifiées par des contreparties réelles » ainsi que celles qui s'appliquent à des entreprises non concurrentes, l'objet même de la loi étant d'éviter toute distorsion de concurrence.

Différenciation fondée sur l'existence de contreparties

Un fournisseur peut traiter inégalement ses clients en raison des quantités qu'il leur vend ou de l'importance du chiffre d'affaires qu'il réalise avec eux. Il peut aussi justifier une dissimilitude en transférant à certains clients des charges que, dès lors il n'a pas à supporter.

Même si pareille situation est peu fréquente, les clients qui permettent ainsi au fournisseur de réaliser des gains de productivité peuvent être regroupés, par celui-ci, en différentes catégories.

Il en est de même lorsqu'une entreprise accorde, en fonction de certains objectifs, des remises qualitatives à ceux de ses distributeurs offrant des prestations spécifiques, « dès lors que les conditions de vente sont définies de façon claire et objective, avec des barèmes précis et des clauses explicites ». [94-D-33 ; 97-D-15 ; 97-D-71]. Ont été condamnées les entreprises ayant pratiqué des conditions de vente différenciées sans contreparties réelles et créant de ce fait, pour certains revendeurs, un désavantage dans la concurrence. [93-D-56]. La mise en place de CGV différenciées repose pour le fournisseur sur le constat selon lequel :

1) La population de ses clients finals, loin d'être homogène, est segmentée en différents groupes en fonction, par exemple, du type d'utilisation, du niveau de qualité des produits en cause, de l'importance des services accompagnant la vente (démonstration, SAV...)

2) Les distributeurs commercialisant ces produits ou services présentent des positionnements différents les uns des autres en matière d'image, de taille, de gamme de produits offerts mais également de services offerts tant aux producteurs qu'aux consommateurs.

Les réponses au questionnaire adressé par la CEPC à une large population de producteurs relevant d'activités très différentes montrent clairement, en premier

lieu, que les entreprises envisageant de mettre en place des CGV catégorielles le feraient (ou le font) à plus de 70% parce qu'elles estiment que les consommateurs finals sont mieux servis par certains types de circuits de distribution (mise en évidence de l'importance des services rendus ainsi que de l'éventail des produits offerts par les revendeurs). Les 30% restant évoquent, pour leur part, la spécificité des services rendus au profit du fabricant (en particulier dans le domaine de la logistique). En second lieu, pour la quasi-totalité des entreprises ayant répondu au questionnaire, une catégorie ne peut être fondée sur de seuls critères quantitatifs. Par le choix des critères qui viennent d'être évoqués, on se rapproche d'un autre type de catégories fondées, non sur des contreparties offertes par le client, mais sur l'existence de marchés différents.

Différenciation fondée sur une situation de non-concurrence

Un fournisseur peut adopter une tarification et des conditions générales de vente catégorielles différentes dès lors qu'elles s'appliquent à des entreprises qui ne sont pas en situation de concurrence, soit en raison de la clientèle à laquelle elles s'adressent, soit pour des raisons géographiques.

Ce sont les conditions générales de vente relatives à ces seules catégories qui peuvent bénéficier de l'information restreinte prévue par l'article 41 de la loi PME. En effet, l'économie de la nouvelle mesure repose sur le postulat implicite selon lequel, dès lors que des entreprises ne sont pas concurrentes, donc n'évoluent pas sur un même marché au sens du droit de la concurrence, la connaissance des conditions réservées à d'autres entreprises est sans influence sur le processus concurrentiel. Il s'agit là d'une appréciation statique de la concurrence car on pourrait également envisager qu'une transparence totale conduise une entreprise à satisfaire aux conditions requises par un fournisseur pour obtenir de meilleures contreparties, voire de moins bonnes. On rappellera, à cet égard, que le Conseil de la concurrence subordonne une politique de différenciation notamment à la condition que les avantages offerts par le fournisseur n'excluent pas des distributeurs qui seraient prêts à fournir les contreparties exigées (99-D-32; 97-D-15 ;

CA Paris 10 mars 1998). Des conditions générales de vente qui regrouperaient en catégories distinctes des clients en situation de concurrence n'entrent pas dans les prévisions du nouveau texte et doivent être communiquées à tout demandeur professionnel, à l'exception des concurrents du fournisseur.

LE NOUVEAU CADRE JURIDIQUE DES CGV CATEGORIELLES

Le décret énumère les catégories

Selon une première interprétation de l'article L 441-6, le décret qu'il prévoit doit énumérer les catégories de clients pour lesquels l'information peut être cloisonnée.

Cette interprétation présente l'avantage de donner une certaine sécurité juridique aux entreprises, sécurité bornée par le droit des ententes.

Elle s'avère toutefois d'application particulièrement délicate. Enumérer les catégories de clientèles implique un découpage des marchés en cohérence avec la méthodologie utilisée par les autorités de la concurrence en application des articles L 420-1 et 2 du code de commerce et sans doute plus vraisemblablement des articles L 430-1 et suivants. A l'instar de la procédure utilisée lors de l'analyse d'une opération de concentration, la délimitation des différents marchés ou catégories de clientèles doit en effet être **prospective** en tenant compte des facteurs d'évolution exogène. [« Le marché pertinent », Rapport 2001 du Conseil de la concurrence, pages 89 et suiv.] En matière d'analyse de la distribution, deux types de marchés sont évoquées par les autorités de la concurrence : Ceux mettant en présence les entreprises du commerce de détail et les consommateurs, ceux de l'approvisionnement des biens offerts à la vente. Ces deux marchés sont par ailleurs liés, le comportement des intervenants sur le marché de l'approvisionnement dépendant de la demande finale des consommateurs. [97-A-04]. Or, dans le domaine de la vente au détail, si les décisions et avis rendus par la Commission européenne et le Conseil de la concurrence distinguent, en première analyse, les hypersupermarchés, le commerce spécialisé, le petit commerce, les maxi-discompteurs, la VPC, ce n'est pas pour autant que ces différents types de distribution constituent des marchés toujours séparés. Le degré de

substituabilité entre les différentes formes de commerce dépend en grande partie de la nature des produits ou services en cause, ainsi que du comportement des distributeurs. Par exemple, « dans le domaine de la distribution des petits appareils ménagers, de la télévision, des produits de bricolage, les hypermarchés peuvent être les concurrents directs des grandes surfaces spécialisées ... Le consommateur fait jouer la concurrence et la substituabilité entre le rayon de l'hypermarché et l'enseigne spécialisée peut être très forte sur certains produits » [94-A-30]. La vente en VPC et celle en grandes surfaces spécialisées ont parfois été considérées comme relevant d'un même marché [94-A-30 produits surgelés] S'agissant de la grande distribution alimentaire, le Conseil rappelle également que pour apprécier les conditions effectives de la concurrence, il convient de tenir compte des formes de commerce qui offrent des produits identiques ou analogues à des prix voisins, voire inférieurs. Dans la décision 01-D-12, supermarchés et maxi-discompteurs ont été jugées appartenir à un même marché géographique.

Outre ces difficultés de mise en œuvre, une énumération des différentes catégories de clientèles présente plusieurs inconvénients. Elle introduit, en effet, une grande rigidité dans un domaine et à une époque où l'on prône la souplesse commerciale. Alors que l'article précité consacre la possibilité de pratiquer une différenciation tarifaire, aussi bien par l'adoption de conditions particulières de vente que par la catégorisation de la clientèle, cette interprétation conduit à enfermer dans un cadre rigide, définitif et identique les catégories que chaque entreprise pourrait retenir.

Ce cadre serait rigide car cette interprétation conduirait à l'exhaustivité : une catégorie non citée ne pourrait bénéficier de la mesure . Il ne pourrait prendre en compte les particularités de chaque entreprise et pourrait même engendrer des discriminations. Ainsi un clivage grossistes/détaillants méconnaîtrait le cas des grossistes qui vendent également au détail (magasins de matériaux en zone périurbaine, par exemple). De même des catégories fondées sur le seul chiffre d'affaires, pourtant prévues par la loi, ne permettraient pas à un acheteur de connaître les tranches de chiffre d'affaires qu'il lui

faudrait réaliser pour bénéficier d'un taux plus élevé de remise ou de ristourne.

Ce cadre serait définitif, sauf à prendre un nouveau décret, et peu adapté aux évolutions rapides du commerce. Les réponses des grossistes au questionnaire de l'enquête mettent ce point particulièrement en évidence.

Elles insistent sur le fait que tant les modes de distribution que les fonctions économiques évoluent dans le temps. Elles ajoutent qu'il n'y a pas d'étanchéité absolue entre les métiers. (exemples de la distribution des pièces automobiles, du commerce des produits laitiers et avicoles). Au sens de l'analyse économique, la concurrence repose, en effet, sur l'aptitude de certains offreurs à découvrir des occasions encore inexploitées sur le marché. Un décret définissant de façon trop rigide les catégories de clientèle constituerait un obstacle à la souplesse nécessaire au développement d'une concurrence dynamique et ignorerait les marchés conjoncturels.

Ce cadre serait identique pour toutes les entreprises et ne pourrait prendre en compte les spécificités de chaque marché. Plusieurs réponses au questionnaire ont fait valoir que, si le décret proposait des segmentations très fines, il s'avérerait, soit d'une grande complexité, soit inadapté à la prise en compte de toutes les situations, très diverses, rencontrées sur le marché. Pour prétendre à l'universalité, le décret ne pourrait fixer qu'un nombre très restreint de catégories, ne permettant pas alors à maintes entreprises d'épouser les contours de leurs marchés. On distingue, par exemple, dans le bricolage plusieurs canaux : les grandes surfaces de bricolage, les surfaces de bricolage de type dépôt ou entrepôt, les jardineries, les hypermarchés, le négoce des matériaux, les grossistes. Si l'on suppose que ces clientèles constituent des catégories, il semble exclu qu'un décret les distingue en tant que telles.

Cette première interprétation de la loi semble donc à rejeter, ce qui conduit à en examiner une autre.

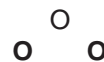
Le décret définit les conditions de la catégorisation

Selon cette interprétation, conforme à la lettre de la loi, le décret doit simplement déterminer les conditions auxquelles doit satisfaire une catégorisation des acheteurs. La condition fondamentale à laquelle doit

satisfaire la catégorisation est l'absence de concurrence réelle entre les entreprises affectées à des catégories différentes. A titre d'exemples non limitatifs, le décret pourrait citer la nature de la clientèle, la fonction distributive exercée par les clients, les modalités d'exercice de cette fonction. Pourrait également être citée l'appartenance à des marchés géographiques distincts.

En revanche, si la réalisation de chiffres d'affaires différents nourrit une différenciation, elle ne justifie pas à elle seule une catégorisation, bien qu'inscrite dans la loi. Au reste, 84% des entreprises industrielles et 100% de celles du commerce ayant répondu au questionnaire ont répondu négativement à la question de savoir si la segmentation tarifaire pourrait être uniquement fondée sur le chiffre d'affaires. Les entreprises souhaitant établir des CGV différenciées envisagent d'ailleurs de combiner plusieurs critères prenant à la fois en compte les attentes de la clientèle, l'importance des achats effectués et la spécificité de la logistique de l'acheteur. Dans plus de 80% des cas, elles ont cité au moins trois des critères proposés à la question : « Sur quelles bases ces CGV pourraient-elles être établies ? ». Dans 50% des cas, elles en citaient même 4. La réalisation d'un certain chiffre d'affaires pourrait tout au plus être utilisée comme un critère accessoire, s'ajoutant à d'autres pour justifier une catégorisation. Elle pourrait ainsi s'ajouter au stockage, à la prospection et à la redistribution pour caractériser la fonction de grossiste.

Par rapport à l'interprétation précédente, celle-ci ne donne pas aux entreprises la sécurité juridique qu'elles obtiendraient d'un décret qui énumérerait toutes les catégories possibles. La non-communication des tarifs et conditions de vente donnant lieu à des sanctions pénales, le décret doit, par ailleurs, être conforme au principe de légalité. Celui-ci exige que le champ d'application des infractions comme des immunités à la loi pénale soit exprimé en termes clairs et précis de manière à exclure tout arbitraire. Un texte réglementaire qui ne porterait que sur les conditions ou la méthode de la catégorisation pourrait donc encourir la critique de ce chef.



Devant les difficultés que présente l'élaboration d'un décret qui conduisent à

rejeter une énumération des catégories et à formuler certaines réserves sur une définition des conditions de la catégorisation, c'est une modification législative que recommande la Commission d'examen des pratiques commerciales. Cette révision pourrait être proposée dans le rapport que doit remettre le Gouvernement au Parlement avant la fin de l'année 2007.

Pour autant qu'est maintenue une interdiction *per se* des discriminations assortie d'un devoir de transparence, c'est la loi qui devrait préciser les exceptions à la transparence dans le cas d'une segmentation de la clientèle en catégories. Pour éviter les difficultés exposées ci avant, la loi se bornerait à préciser que l'exception ne joue que si chaque catégorie ne regroupe que des acheteurs ou prestataires de services non concurrents de ceux des autres catégories ou constituant des marchés différents.

Le droit des pratiques restrictives rejoindrait ainsi celui des pratiques anticoncurrentielles, français et communautaire, en se référant à la même notion : celle de marché.

Si la détermination d'un marché pertinent n'est pas toujours aisée, elle a néanmoins donné lieu à de nombreuses applications et à des commentaires fournis, auxquels pourrait s'ajouter, en l'occurrence, une circulaire administrative.

Les sanctions en cas de non-respect de l'obligation d'information ne devraient plus être pénales, mais civiles. C'est, au demeurant surtout sur le terrain civil que se situent les quelques décisions judiciaires dans ce domaine. Ce que la répression risquerait de perdre en efficacité serait gagné en homogénéité. Il est en effet peu cohérent qu'une mesure accessoire à la règle de non-discrimination fasse l'objet d'une répression plus sévère que le non-respect de la règle elle-même.

Avis n° 07-02 relatif à la demande d'avis de la Fédération de l'Industrie du Béton portant sur une charte de bonnes pratiques et usages commerciaux relatifs aux délais de paiement des clients de l'industrie du béton.

La Commission d'examen des pratiques commerciales,

Vu la lettre enregistrée le 02/02/07 sous le numéro 07-001 par laquelle le Président de la Fédération de l'Industrie du Béton (FIB) a sollicité l'avis de la Commission d'examen des pratiques commerciales sur un texte qu'elle a élaboré et intitulé « Charte de bonnes pratiques et usages commerciaux relatifs aux délais de paiement des clients de l'Industrie du Béton » ;

Vu l'article L 440-1 du code de commerce ;
Vu le décret n° 2001-1370 du 31 décembre 2001 portant organisation de la Commission d'examen des pratiques commerciales, modifié par le décret n° 2002-1370 du 21 novembre 2002 ;

Vu le projet de charte de la FIB ci-joint ;

Vu l'avis n° 05-A-17 du 22 septembre 2005 du Conseil de la concurrence ;

Le rapporteur entendu lors de sa séance du 12 avril 2007 ;

Adopte l'avis suivant :

Conformément à la mission qui lui est conférée par l'article L 440-1 du code de commerce, la Commission d'examen des pratiques commerciales rappelle qu'elle s'attache, depuis sa création, à apporter une contribution active à la lutte contre les délais de paiement abusifs et les retards de paiement au regard des dispositions de l'article L 442-6 7^{ième} du code de commerce. En témoignent, ainsi, son autosaisine en date du 28/05/02, sa recommandation n° 05-01 ainsi que son avis n° 04-03 sur le projet de recommandation de l'Union Nationale des Producteurs de Granulats (UNPG) à ses adhérents.

Les recommandations de la FIB

Les recommandations de la FIB à ses adhérents (figurant dans la charte pré-citée) font référence à la directive européenne du 29 juin 2000 ainsi qu'aux dispositions de la loi NRE, transposées dans le code de commerce (articles L 441-6 et L442-6) visant, en matière de délais de paiement, à dénoncer certaines pratiques dont les effets perturbent le bon fonctionnement d'une économie de marché.

Analyse de la recommandation de la FIB

Le texte soumis par la FIB à l'appréciation de la Commission d'examen des pratiques commerciales comporte plusieurs dispositions relatives à la question des délais de paiement.

1) La FIB « recommande à ses adhérents de mettre en œuvre les actions nécessaires à la réduction des délais de paiement et de tendre dès à présent vers **le délai de paiement normal de droit commun défini par la loi, soit 30 jours à compter de la date de facturation** »

La Commission considère que telle qu'elle est formulée, l'incitation à se rapprocher du délai de 30 jours prévu, à titre supplétif, à l'article L 441-6 2^{ième} alinéa ne paraît pas franchir les limites de ce qu'une organisation professionnelle est en droit de conseiller à ses adhérents.

2) En ce qui concerne le projet de recommandation visant « à **mettre en œuvre les actions nécessaires pour tendre vers un délai maximal de 65 jours nets, soit, en cas de facturation récurrente, de 30 jours fin de mois le 20** » :

La Commission d'examen des pratiques commerciales constate qu'il s'agit d'une recommandation formulée de façon unilatérale par la FIB, même si celle-ci l'a communiquée aux organisations les plus représentatives des clients de ses adhérents.

Elle constate également que la FIB s'est attachée à justifier cette recommandation sur la base d'une enquête auprès de ses adhérents dont il ressort que les délais de paiement contractuels moyens seraient de 73 jours pour le BTP (72 jours pour les négociants ; 95 jours pour les travaux publics), le délai maximal atteignant 125 jours.

Est évoqué le fait que de tels délais pèsent d'autant plus lourdement sur le BFR de ses adhérents que ceux-ci règlent certains de leurs fournisseurs (transporteurs routiers) à 30 jours (loi 2006-10 du 05/01/06 en son article 26).

La Commission d'examen des pratiques commerciales considère, tout d'abord, que cette recommandation s'inscrit dans la logique de bonne gestion décrite par la directive européenne, selon laquelle, les conditions de paiement imposées par une entreprise à ses clients ne doivent pas être injustifiées par rapport aux conditions dont elle bénéficie elle-même. Il s'en déduit également que le rééquilibrage des délais de crédit fournisseurs/clients issu de l'application de telles recommandations ne saurait se limiter à une seule étape, mais devrait s'étendre à l'ensemble de celles relevant de la même filière professionnelle. Elle considère, en second lieu, que cette recommandation s'inscrit dans les possibilités évoquées par l'avis N° 05-A-17 du 22 septembre 2005 du Conseil de la concurrence. Celui-ci, en effet, réserve (considérant 42), de confier à la discussion collective professionnelle (ou interprofessionnelle) l'émission de souhaits en fonction des spécificités du secteur d'activité considéré, sous la condition du respect du caractère anonyme des informations traitées. On peut, en outre, considérer que les pratiques antérieures que la recommandation tend à corriger n'étaient guère satisfaisantes et que toute amélioration, même encore partielle, des comportements tend à l'établissement progressif d'usages loyaux, seuls dignes de reconnaissance juridique.

Elle rappelle, enfin, que le Conseil de la concurrence a admis dans sa décision n° 05-D-33 du 27 juin 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par l'ILEC qu'une organisation professionnelle est dans son rôle lorsqu'elle exerce une activité de conseil à l'égard de ses membres.

La Commission d'examen des pratiques commerciales constate, par ailleurs, que :

a) le délai maximal préconisé demeure relativement peu éloigné du délai moyen constaté jusqu'à présent.

b) est rappelé dans le projet de charte le principe de libre fixation pour chaque entreprise de ses délais de paiement, l'indication selon laquelle les entreprises

désirant s'écarter de la règle des 30 jours nets doivent expliciter leurs délais dans leurs conditions générales de vente étant par ailleurs conforme aux dispositions de l'article L 441-6 du code de commerce.

La Commission rend, de ce fait, un avis favorable sur ce deuxième volet du projet de charte.

3) La FIB recommande enfin à ses adhérents « *D'utiliser pour les pénalités de retard un taux égal à 7 fois le taux d'intérêt légal* ».

La Commission d'examen des pratiques commerciales rappelle que selon les dispositions de l'article L 441-6 du code de commerce, le taux des pénalités de retard ne peut, sauf dispositions contraires, être inférieur à 1,5 fois le taux d'intérêt légal. Il est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque Centrale Européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 7 points en pourcentage.

Le taux d'intérêt légal a été fixé pour 2007 à 2,95 %. La recommandation de la FIB conduirait à l'application d'un taux de pénalités de retard de 20,65 %.

Au travers des enquêtes menées par ses soins, la Commission d'examen des pratiques commerciales a pu constater que trop peu nombreuses sont les entreprises qui appliquent à leurs clients les intérêts de retard prévus par la loi, non seulement en raison du rapport de force détenu par certains clients mais également afin d'éviter l'émission de factures de quelques Euros. Tout en considérant que l'adoption de taux dissuasifs constitue une des conditions à l'efficacité de la lutte contre les retards de paiement, la Commission n'entend pas délivrer un avis positif sur ce troisième volet du projet de charte de la FIB.

Délibéré et adopté par la Commission d'examen des pratiques commerciales en sa séance plénière du 12 avril 2007, présidée par M. Pierre Leclercq.

Fait à Paris, le 12 avril 2007

**Le Président de la Commission
d'examen des pratiques
commerciales**

Pierre LECLERCQ

Charte de bonnes pratiques et usages commerciaux relatifs aux délais de paiement des clients de l'Industrie du Béton

Rappel des obligations légales issues de la loi NRE (Nouvelles réglementations économiques) du 15 mai 2001

Pour lutter contre les retards de paiement et en application de la Directive européenne du 29 juin 2000, des dispositions de la loi NRE, transposées dans le Code de Commerce (articles L441-6 et L442-6), instaurent :

- un délai de paiement supplétif de 30 jours nets, en l'absence d'autres dispositions contractuelles ;
- un dispositif visant à lutter contre les délais de paiement abusifs.

Afin de se conformer à cette nouvelle législation et compte-tenu des besoins en fonds de roulement caractérisant nos professions, la FIB recommande à ses adhérents de mettre en œuvre les actions nécessaires à cette réduction des délais de paiement et de tendre dès à présent vers :

- le délai de paiement normal de droit commun défini par la loi, soit 30 jours à compter de la date de facturation ;
- un délai de paiement maximal de 65 jours nets, soit, en cas de facturation récurrente, de 30 jours fin de mois le 20.

La FIB rappelle que, conformément au principe de libre fixation par chaque entreprise de ses délais de paiement, celles qui désirent s'écarter de la règle des 30 jours nets doivent expliciter leur délai dans leurs conditions générales de vente.

De plus, afin de lutter contre les retards de paiement et de dissuader les clients d'y recourir impunément, la FIB recommande à ses adhérents d'utiliser pour les pénalités de retard un taux égal à 7 fois le taux légal, de le stipuler dans leurs conditions générales de vente et leurs factures ainsi que d'en réclamer le paiement puisque ces pénalités sont dues de plein droit.

Communiqué de la Commission d'examen des pratiques commerciales sur le rapport de M. le Professeur Michel Dietsch

Missionné par la CEPC, le professeur Michel Dietsch a étudié les relations entre fournisseurs et distributeurs dans l'univers des produits de grande consommation. La commission, après avoir délibéré, tient le rapport présenté pour un document de référence pour ses travaux ultérieurs. Elle estime que les conclusions dégagées, qui remettent parfois en cause des idées bien établies, seront utiles pour l'application, l'interprétation, voire l'évolution des textes qui régissent le droit des pratiques commerciales.

Malgré l'incidence de la législation relative à l'urbanisme commercial, la concentration géographique de la distribution est assez modérée. Les consommateurs ont le choix de leurs magasins. La concurrence entre les distributeurs dans leurs politiques d'assortiment et de prix peut se développer dans un cadre suffisamment ouvert.

Il advient que dans l'établissement de leur offre, les distributeurs sur-pondèrent leurs marques propres, quitte à pénaliser leurs chiffres d'affaires. Ils privilégient alors leur stratégie d'enseigne à l'optimisation des volumes. Ainsi, ils ont réagi tardivement à la montée en puissance du maxi-discompte.

Malgré certaines rigidités de la législation, dans la concurrence horizontale entre distributeurs un potentiel inemployé de baisse des prix peut être relevé. Mais, l'expérience montre qu'aucun groupe majeur de distribution n'a encore entendu engager une guerre des prix.

La concurrence horizontale entre fournisseurs est affectée par le pouvoir de marché du commerce. La concentration de l'offre s'est souvent exercée au profit des fabricants de marques propres et des grandes marques, et ce au détriment de marques secondaires ou régionales.

Quant aux relations verticales entre l'amont (les fournisseurs) et l'aval (les distributeurs), le rapport revient sur le thème de la puissance d'achat et de la dépendance

économique des fabricants lorsque leurs ventes sont trop concentrées sur un petit nombre de grands acheteurs.

L'essentiel, toutefois tient, selon le rapport qui innove sur ce point, à la puissance de vente du grand commerce, laquelle suscite l'augmentation régulière des budgets de coopération commerciale. Les études montrent que la puissance de sa marque est le principal argument du fournisseur. Pour puissante qu'elle soit dans le déclenchement de l'acte d'achat, la marque du fabricant s'avère en toute circonstance moins déterminante que l'organisation du linéaire en points de vente et son animation. La dynamique du magasin est mise au service d'abord des marques propres et ensuite des grandes marques, au titre de la coopération commerciale. Même si d'autres considérations stigmatisent les abus liés à la fausse coopération commerciale et fondent son encadrement juridique, l'économiste insiste, lui, sur la puissance de cette forme de coopération et sur sa valeur commerciale décisive.

La force relative croissante de l'aval marchand par rapport à l'amont manufacturier, ainsi mise en lumière, est confirmée par l'évolution des notations financières respectives des principaux acteurs de chaque catégorie, à cette nuance près que les effets de taille doivent aussi être pris en compte.

Ainsi, au-delà des contraintes du cadre législatif, le marché fait sentir ses déterminants lourds dont les éléments sont, en amont la force de la marque et en aval la puissance d'achat et plus encore la puissance de vente. Sur de tels facteurs, les législations spécifiques n'ont qu'un effet limité. Pour optimiser la concurrence par les prix, voire la susciter, une évaluation régulière des pratiques et de leurs évolutions et la transparence à leur égard importent autant qu'un encadrement juridique trop précis.

L'équilibre des relations fournisseurs-distributeurs

Le cas des marchés de produits de grande consommation

Michel DIETSCH
PROFESSEUR À L'IEP DE STRASBOURG
michel.dietsch@urs.u-strasbg.fr

Résumé et principales conclusions du rapport pour la Commission d'examen des pratiques commerciales

Juin 2007

L'équilibre actuel des relations entre fournisseurs et distributeurs sur les marchés de produits de grande consommation est un « mauvais » équilibre, coûteux pour les consommateurs, qui paient les produits trop chers, coûteux pour les fournisseurs, dont la rentabilité des actifs et la pérennité ne sont pas garanties selon des critères habituels du marché, et cela d'autant plus qu'ils sont de petite ou moyenne dimension, et coûteux pour les distributeurs eux-mêmes, qui ont certes conforté leur pouvoir de marché au cours de la période récente, mais en s'engageant dans une forme de concurrence qui les conduit à multiplier les dépenses pour affirmer leur puissance de vente.

Dans une première partie, le rapport fait ressortir les sources de pouvoir de marché des fournisseurs ou des distributeurs dans la concurrence horizontale qui les oppose, à chaque extrémité de la chaîne, aux autres fournisseurs ou aux autres distributeurs, respectivement.

1. Même si les restrictions à l'implantation et à l'extension des magasins limitent le développement de l'équipement commercial, **la concentration des marchés sur un petit nombre de magasins est aujourd'hui une situation relativement peu fréquente au niveau local, qui est le niveau pertinent pour l'analyse de la concurrence horizontale entre distributeurs.**

Une analyse de la concentration des magasins et prix de vente aux consommateurs réalisée sur des données géomarketing IRI-IMDS montre que la concurrence entre enseignes est plutôt forte en moyenne sur les marchés de proximité, de sorte que les distributeurs ne bénéficient pas d'un énorme pouvoir de marché à ce

niveau. En ce domaine, les exceptions, c'est-à-dire les marchés où la concurrence locale est faible et sur lesquels les distributeurs disposent du pouvoir d'accroître la marge prix-coût, sont plutôt rares.

2. Les coûts de changement des magasins sont plutôt faibles et la demande des PGC est relativement élastique.

La fidélité aux enseignes est modérée sur les marchés de proximité, comme le montre le fait que le taux de nourriture des enseignes (probabilité de faire ses achats futurs dans le même magasin) est plutôt faible, sauf pour certaines enseignes du commerce associé. Par ailleurs, la multi-fréquentation des magasins augmente. Une réelle concurrence par les prix devrait être la conséquence de ces caractéristiques des marchés locaux. De plus, le succès récent du hard discount traduit aussi un moindre attachement des clients aux GMS classiques. Enfin, le développement des marques de distributeurs (MDD) - qui est devenu l'une des principales stratégies de concurrence horizontale - peine à fidéliser aux enseignes. Une trop forte exposition de MDD peut même avoir un effet contreproductif sur les ventes en volume, comme le montre une analyse de l'effet des divers types de marques sur les ventes des magasins réalisée sur les données d'un panel IRI comprenant 24 catégories. L'une des raisons de ce résultat est que la qualité perçue des marques est déterminée par le niveau du prix.

3. La rivalité stratégique des distributeurs est assez modérée.

La faible rivalité stratégique des distributeurs est en partie la conséquence des restrictions réglementaires exogènes. Mais c'est aussi

la conséquence de conditions endogènes au secteur, comme en témoigne la lenteur des réactions des distributeurs à la montée du hard-discount. Une raison essentielle est que, même si la grande distribution est concentrée sur un petit nombre de groupes ou de centrales d'achat, sur les marchés de proximité les enseignes sont assez nombreuses et aucune n'a réellement une part de marché très dominante. Si le nombre d'acteurs est suffisant (si l'oligopole de taille suffisante), l'équilibre tend plutôt vers la coopération que vers le conflit. En l'état actuel des choses, aucun leader de la grande distribution n'aurait sans doute intérêt à mener une guerre de prix. Les coûts élevés potentiels d'une telle guerre en atténuent l'intérêt, comme le montre l'épisode récent de la guerre des prix aux Pays-Bas, étudié dans ce rapport.

4. Au total, les barrières concurrentielles provenant des restrictions législatives en matière d'implantation et d'extension des surfaces créent rarement une situation de concentration de la distribution sur les marchés locaux. De plus, les magasins sont plutôt substituables et les coûts de changement de magasins assez faibles. De ce fait, le pouvoir de marché des distributeurs dans la concurrence horizontale entre distributeurs n'apparaît pas extrêmement élevé. Il existe donc un potentiel pour un renforcement de la concurrence en prix entre enseignes, que ces dernières n'ont pas cherché à exploiter, en raison de la protection apportée par les restrictions tarifaires et de la faiblesse relative de leur rivalité stratégique.

5. L'analyse de la concurrence horizontale entre les fournisseurs montre que, de son côté, **la concentration de l'offre de produits sur un petit nombre de marques dans les linéaires ne crée que rarement un pouvoir de marché exploitable par les fabricants.**

Une analyse sur un panel distributeurs IRI de 48 catégories et près de 3.000 magasins de moyenne et grande surface montre que le nombre de fabricants dans les linéaires est généralement limité, en raison certainement de la rareté relative des mètres linéaires. Si la concentration des marchés de PGC sur des marques fortes est assez élevée dans certaines catégories de produits, et si elle crée alors dans ces

catégories un pouvoir de marché potentiel pour les fabricants, ce potentiel ne peut être complètement exploité car la structure de l'offre dans les linéaires est avant tout déterminée par la politique des distributeurs qui en contrôlent l'accès et l'organisation. Le pouvoir de marché qui résulte de la concentration relative de l'offre des produits ne peut donc être exercé par les fournisseurs, non véritablement en raison de l'existence de contraintes réglementaires, mais parce que les distributeurs contrôlent les linéaires et gèrent l'accès à cette ressource rare. C'est l'une des dimensions de leur puissance de vente.

6. Les coûts de changement de marques sont plutôt élevés et le pouvoir des grandes marques souvent fort, mais les ventes finales dépendent fortement de l'état des variables d'offre sous le contrôle des distributeurs.

Les ventes finales ne dépendent pas seulement du pouvoir des marques et du marketing de la demande. Elles dépendent de plus en plus des variables d'offre et du marketing de l'offre qui sont sous le contrôle direct des distributeurs. Ainsi, les réactions stratégiques des fournisseurs sont fortement déterminées par le comportement des distributeurs en matière d'exposition et de pénétration des MDD. En poussant leurs MDD, les distributeurs intensifient la concurrence intermarques et amplifient les réactions stratégiques des concurrents. Du fait de la puissance de vente des distributeurs, les fournisseurs ne peuvent exploiter directement et complètement les avantages potentiels induits par des coûts de changement de marques élevés et le privilège des marques. La capacité des fournisseurs à extraire du pouvoir de marché est donc limitée, même si certains d'entre eux dominent les linéaires ou bénéficient de la fidélité des consommateurs.

La seconde partie du rapport analyse les pouvoirs respectifs des distributeurs et des fournisseurs dans la concurrence verticale et leur influence sur le partage du profit dans la chaîne verticale.

Cette partie cherche d'abord à évaluer le rôle joué par la concentration des concurrents à chaque extrémité de la chaîne, c'est-à-dire le rôle joué par la puissance d'achat des distributeurs, d'un côté, par la force des

marques des fabricants, de l'autre, sur les niveaux absolus des prix de vente aux consommateurs et des prix de gros (tarifs des fabricants). Cette partie donne ensuite une place centrale aux élasticités de deux demandes : la demande adressée aux fournisseurs (par les distributeurs) et la demande qui est adressée aux distributeurs (par les consommateurs). Elle évalue alors la capacité de chaque concurrent vertical à agir sur l'élasticité de sa propre demande mais aussi sur celle de la demande adressée au concurrent situé à l'autre extrémité de la chaîne. De ces actions dépendent en définitive le niveau des prix de vente et celui des prix de transfert des produits (des tarifs) des fabricants aux distributeurs et, par conséquent, le niveau des marges et le partage des profits entre fournisseurs et distributeurs. C'est ici que le rapport met en évidence le rôle joué aujourd'hui par la puissance de vente des distributeurs, qui s'exprime par le contrôle de l'accès aux linéaires, celui de la présentation des produits et celui des services de distribution sans lesquels les produits ne sont pas écoulés. En disposant de ce pouvoir, les distributeurs disposent en fait de leviers plus forts que ceux que procure la puissance d'achat pour peser sur le partage des profits.

7. La puissance d'achat crée une situation potentielle de dépendance économique des fabricants.

Dans les conditions actuelles des marchés de produits de grande consommation, le rapport montre que la puissance d'achat est bien en mesure de mettre les fabricants dans une situation de dépendance économique, en les obligeant à maintenir des surcapacités ou en abaissant la rémunération des investissements spécifiques qu'ils effectuent à la demande des distributeurs.

La puissance d'achat est un phénomène caractéristique de la grande distribution dans tous les pays occidentaux. Il prend diverses formes, dont en particulier le regroupement des distributeurs dans un petit nombre de grandes centrales d'achat, qui crée une situation d'oligopsonie. L'étude illustre à partir de diverses sources, dont deux enquêtes auprès des fabricants de PME, la concentration des ventes des fournisseurs de marques PME ou de MDD sur les clients de la grande distribution, ainsi que l'existence de capacités inemployées. Des

analyses économétriques réalisées pour les besoins de ce rapport montrent également l'existence de surcapacités, à travers l'existence d'économies d'échelle non exploitées chez les fournisseurs de taille petite ou moyenne. Le rapport met aussi en évidence à travers une analyse de l'évolution de la marge bénéficiaire et de la rentabilité des actifs la difficulté dans les PME produisant des biens de grande consommation à rentabiliser les équipements spécifiques.

8. Cependant, les effets potentiels de la puissance d'achat – la réduction des prix tarifs - ne peuvent être complètement exploités par les distributeurs.

La puissance d'achat donne aux distributeurs un levier d'action : la capacité à peser sur les tarifs des fournisseurs. Elle tend donc en théorie à accroître leurs marges. Mais les distributeurs sont en situation de double concurrence. Ils sont en concurrence avec les fournisseurs, mais aussi en concurrence entre eux sur les marchés locaux. Si la concurrence entre enseignes sur les marchés de proximité face aux consommateurs est effective, ce qui est bien le cas comme on l'a vu plus haut, les rabais tarifaires devraient être transférés sous forme de baisse des prix aux consommateurs finals. Toutefois, en son état actuel, la réglementation des prix, en instaurant un seuil de revente à perte, empêche ce transfert (loi Galland) ou ne le permet que partiellement (loi Dutreil 2). C'est pourquoi les prix de vente sont proches des prix tarifs des fabricants.

Dans le contexte particulier créé par la réglementation des prix, on vérifie dans ce rapport que les distributeurs ont la capacité de fixer les PVC au niveau le plus élevé possible, qui est en théorie égal ou supérieur au prix-plancher annoncé par le fabricant, en fonction de l'état de la concurrence horizontale sur les marchés de proximité, c'est-à-dire de la concurrence entre magasins ou entre enseignes. A cette fin, le rapport analyse tout d'abord la relation entre les indices de prix des magasins dans les grandes familles de produits et le degré de concentration des magasins dans les zones de chalandise. Il constate une relation croissante entre les indices de prix de vente moyens des magasins et le degré de concentration de leur zone de chalandise.

Cela montre que les distributeurs disposent en fait du pouvoir de fixer des niveaux de prix plus élevés lorsque les conditions de la concurrence entre enseignes le leur permettent. La maximisation du profit doit les conduire normalement à appliquer ce type de tarification. C'est en partie aussi une conséquence de l'absence de concurrence intramarque résultant de la réglementation des prix.

Cependant, comme l'ont montré les analyses de la première partie du rapport, la concurrence est réelle sur les marchés locaux, même si les distributeurs s'efforcent de l'atténuer ou de la rendre « molle ». Cet état des marchés devrait donc entraîner un transfert de toute baisse des tarifs vers les consommateurs. Ce qui est ce que l'on constate en partie en observant que les prix de vente sont très proches des prix tarifs. Mais la réglementation des prix, en limitant la liberté des distributeurs dans la fixation des prix de vente, freine encore cette baisse potentielle des prix.

Dans ces conditions, le retour à la liberté des prix devrait se traduire par une érosion sensible du pouvoir de marché – de la capacité à vendre à un prix supérieur au coût marginal - que les distributeurs tirent de leur seule puissance d'achat.

9. La force des marques crée potentiellement une situation de dépendance économique pour les distributeurs.

La force des marques est d'abord leur capacité à fidéliser les consommateurs et à réduire ainsi l'élasticité de la demande finale des consommateurs qui est la demande adressée aux distributeurs. Même si cette capacité est fortement attaquée par la politique des distributeurs qui contrôlent l'accès au linéaire et les variables d'offre en magasins, en France, les marques bénéficient d'un attrait particulier de la part des consommateurs. On illustre dans l'étude une conséquence de la force des marques en mesurant la contribution respective des grands types de marques – marques de fabricants, MDD classiques et économiques, autres marques - à l'activité et à la rentabilité des magasins.

Même si les marges totales sur les marques nationales – mesurées par l'écart entre le prix de vente et le tarif du fabricant (ou le

prix trois fois net effectivement payé au fabricant) - sont généralement plus faibles que celles sur les autres marques et notamment sur les marques propres des distributeurs, la part des ventes des grandes marques dans le chiffre d'affaires total des magasins est telle qu'elles contribuent pour une part primordiale à la rentabilité nette des magasins. Les grandes marques ou marques ayant une forte réputation ont donc une contribution primordiale au chiffre d'affaires et à la rentabilité des magasins, ce qui rend les distributeurs dépendants de leur présence dans les linéaires. D'autant comme on l'a vu que les MDD peuvent avoir dans les magasins de moyenne surface un effet de défidélisation au magasin.

L'analyse de la relation entre les prix de vente des produits et le degré de concentration des marques, selon le type de marques (marques nationales, MDD, autres), dans les linéaires est révélatrice de ce rôle des marques. Elle montre que la liaison entre ces deux variables est positive en ce qui concerne les prix des marques des grands fabricants. Les distributeurs tendent donc à choisir des niveaux de prix de vente plus élevés dans des linéaires où la concentration est plus forte, en raison notamment de la force de ces marques mais aussi des actions des distributeurs sur la structure de l'offre selon les marques. Il est ainsi de l'intérêt des distributeurs, lorsque le fabricant a la possibilité d'imposer un prix-plancher, de pratiquer des niveaux de prix élevés lorsque la concurrence intermarques le permet. Ces résultats empiriques sont cohérents avec ceux de l'analyse théorique de la tarification dans un le contexte réglementaire encore en vigueur.

10. Mais la puissance de vente des distributeurs limite la probabilité que la force des marques mette ces derniers en situation de réelle dépendance économique.

La puissance d'achat des distributeurs leur permet de faire levier sur les tarifs, la puissance des marques des fabricants leur permet de faire levier sur les prix de vente. Puissance d'achat et force des marques agissent donc sur la position de chacune des deux demandes, la demande adressée aux fournisseurs et celle adressée aux distributeurs. Mais ces leviers n'agissent pas sur les pentes de ces demandes, c'est-à-

dire sur leurs élasticités. En particulier, la puissance d'achat ne rend pas la demande adressée aux fournisseurs par les distributeurs moins élastique, c'est-à-dire moins réactive. En d'autres termes, elle n'a pas la capacité d'accroître la capacité de résistance des distributeurs aux actions stratégiques des fabricants. C'est pourquoi les canaux de la puissance d'achat et de la force des marques ne sont pas ceux qui procurent le plus de pouvoir aux concurrents dans la chaîne verticale. Pour comprendre la formation et le partage des marges dans la concurrence verticale, le rapport souligne que l'on ne peut se limiter à analyser les effets de la concentration des achats sur un petit nombre de distributeurs ou celle des ventes sur un petit nombre de fabricants. La dépendance des fournisseurs et le partage actuel des marges entre distributeurs et fournisseurs résultent en réalité davantage de la capacité des concurrents à agir sur l'élasticité de la demande qui s'adresse aux concurrents situés à l'autre extrémité de la chaîne. Cette analyse met notamment en lumière les effets potentiels de la puissance de vente des distributeurs.

La puissance de vente agit sur l'élasticité des deux demandes. En premier lieu, elle donne au distributeur des leviers d'action puissants pour agir sur la réaction des consommateurs au prix. La puissance de vente s'exprime en effet d'abord par les effets des variables d'offre qui sont sous le contrôle des distributeurs (l'assortiment, le nombre de références, les écarts de prix, la fréquence des promotions, etc.). Ainsi, les distributeurs peuvent modifier, en utilisant les variables d'offre en magasins, l'élasticité de la demande propre aux distributeurs et contrebalancer le privilège dont les marques bénéficient auprès des consommateurs. L'offre en magasins permet en réalité aux consommateurs de profiter d'opportunités – notamment celles offertes par les distributeurs eux-mêmes qui renforcent la concurrence intermarques en assurant la promotion de leur marques propres – qui atténuent la force des marques de fabricants et conduisent à en changer, ce qui freine la capacité de ces derniers à élever les tarifs.

La puissance de vente donne ensuite aux distributeurs des leviers d'action sur la demande adressée aux fournisseurs. Ces leviers proviennent d'abord du contrôle de l'accès aux magasins et la gestion de cette ressource rare qu'est le linéaire. La

puissance de vente résulte ensuite du contrôle des variables qui jouent un rôle essentiel dans les ventes : contrôle de l'assortiment par la création d'effets de contexte et de contraste, contrôle de la lisibilité de l'offre, diffusion numérique ou en valeur des produits, mise en avant et promotions diverses apportées aux marques des fabricants, fixation du prix de vente et du niveau de marge du distributeur.

11. La croissance continue des marges arrière est la contrepartie de l'augmentation de la puissance de vente.

L'inflation continue des marges arrière est mise en évidence dans le rapport à partir des observations provenant de trois sources : les enquêtes annuelles de la DGCCRF, les enquêtes annuelles de l'Observatoire des marges de l'ILEC réalisées auprès de grands industriels et une enquête réalisée fin 2006 auprès de fabricants PME adhérentes de la FEEF. Ces observations mettent en évidence une augmentation continue, de l'ordre de 1,5 à 2 points en pourcentage, du taux de marges arrière exprimé en pourcentage du PNF. On constate aussi que cette hausse se poursuit en 2006, au moment où les distributeurs disposent du droit de répercuter une partie de ces marges dans les prix de vente.

Les marges arrière sont le résultat des négociations entre fournisseurs et distributeurs sur des marchés où la négociation est la règle. Elles dépendent donc directement du rapport réciproque de dépendance économique. Leur croissance continue témoigne de manière générale de l'augmentation du rapport de force à l'avantage des distributeurs. Cette évolution reflète moins la montée de la puissance d'achat que celle de la puissance de vente des distributeurs. C'est avant tout ce facteur qui détermine le montant à payer pour rester dans les rayons. Les montants effectifs dépendent en fait de la contribution des divers types de marques à l'activité et à la rentabilité des magasins. On vérifie également dans le rapport une corrélation positive entre l'état de dépendance économique des fabricants et l'importance des marges arrière.

On montre ensuite que la force des marques, tout en contribuant de façon sensible à l'activité et à la rentabilité des magasins, ne peut réellement s'opposer à

l'accroissement continu des marges arrière. Même si le développement de la puissance de vente est une stratégie coûteuse pour les distributeurs, les gains qu'ils peuvent en extraire sous forme de marges arrière la rendent en définitive payante.

On illustre notamment ce résultat en considérant le rôle des MDD dans une stratégie de développement de la puissance de vente. Les distributeurs ont des alternatives d'approvisionnement. Ainsi, la menace d'une plus grande exposition des MDD est une menace crédible pour tous les fournisseurs, d'autant plus crédible qu'elle est coûteuse, sous forme d'un manque à gagner en chiffre d'affaires, pour les distributeurs eux-mêmes. Un équilibre tend à être atteint qui préserve le niveau des ventes et la rentabilité des magasins.

13. Les marges arrière peuvent-elles être transférées aux consommateurs ?

La réglementation des prix empêche (loi Galland) ou limite (loi Dutreil 2) le transfert de ces marges arrière aux consommateurs. Elle évite une baisse prononcée des prix de vente ou limite cette baisse. Mais le retour à la liberté des prix ne devrait s'accompagner ici encore d'une répercussion des rétrocessions des marges dans des baisses de prix que si la concurrence entre distributeurs est effective sur les marchés de proximité.

En réalité, le transfert n'est aujourd'hui possible pour les consommateurs que s'ils

reviennent dans les magasins. Le distributeur le négocie en échange de la fidélité, c'est-à-dire de l'augmentation des coûts de changement d'enseignes et de la réduction de la concurrence entre magasins. Si les consommateurs ne sont pas fidèles, les marges restent acquises aux distributeurs. Mais les distributeurs peuvent aussi les conserver en faisant payer le prix de cette fidélité aux magasins aux fournisseurs eux-mêmes. Ce ne sont pas les moindres paradoxes de la concurrence sur les marchés des produits de grande consommation.

Ils s'expliquent en réalité par l'irrésistible ascension de la puissance de vente. Celle-ci joue comme on l'a vu sur l'élasticité prix des deux demandes qui déterminent les marges totales des distributeurs. Mais la puissance de vente agit également sur d'autres ressorts qui conditionnent la fréquence des magasins, la qualité de ces derniers et le niveau des services offerts aux consommateurs. Ces derniers sont certes sensibles au prix, mais leur attachement dépend aussi de l'état de ces dernières variables. La force de la puissance de vente n'est pas seulement de donner aux distributeurs les moyens d'agir sur les élasticités prix de la demande finale des consommateurs et de leur demande de produits aux fabricants, elle est aussi d'agir sur l'importance relative que les consommateurs attachent au prix et à la qualité de services de distribution offerts. On ne vient pas seulement dans un magasin parce qu'il n'est pas cher.

CONVENTION DE PARTENARIAT Années 2007 – 2010

entre

la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC)

et

**la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation
et de la Répression des Fraudes (DGCCRF)**

et

la Faculté de droit de MONTPELLIER

Préambule

La présente convention est conclue en vue de l'accomplissement de la mission de diffusion documentaire confiée à la CEPC par le législateur, son rapport annuel d'activité devant désormais, aux termes de la loi (article 56 de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME), comporter, d'une part, une analyse détaillée du nombre et de la nature des sanctions administratives ou pénales prononcées pour infractions aux dispositions du titre IV du livre IV du Code de commerce (« de la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées »), d'autre part, les décisions des juridictions civiles ou commerciales retenant, dans les mêmes matières, la responsabilité de leurs auteurs.

La CEPC, la DGCCRF et la Faculté de droit de MONTPELLIER souhaitent développer des relations de coopération pour satisfaire les objectifs ainsi définis par le législateur.

La CEPC bénéficie d'un apport très important de la DGCCRF, laquelle a procédé au recensement systématique, à l'analyse et à une large diffusion des décisions judiciaires prononcées en conclusion des poursuites engagées par ses services. La Faculté de droit de MONTPELLIER, dont le centre du droit de la consommation et du marché et le centre du droit de l'entreprise sont spécialisés sur toutes les questions relatives au droit des pratiques restrictives de concurrence est sollicitée pour participer à ce chantier commun en collectant et en analysant l'ensemble des décisions judiciaires rendues à la suite d'actions engagées, indépendamment des interventions de la DGCCRF, par les seuls opérateurs économiques.

La DGCCRF souhaite affirmer également tout son intérêt pour de telles collaborations et

favoriser l'information la plus large possible sur la jurisprudence développée dans les matières relevant de sa sphère d'activité.

La présente convention est passée entre :

- La CEPC, représentée par M. Pierre Leclercq, Président de la CEPC ayant son siège 59 Boulevard Vincent Auriol 75013 Paris
- La DGCCRF, représentée par M. Guillaume Cerutti, Directeur général de la DGCCRF, située au 59 Boulevard Vincent Auriol 75013 Paris
- La Faculté de droit de MONTPELLIER, représentée par M. Didier Ferrier, professeur, directeur du Master « recherche et contrats d'affaires », située 39 rue de l'Université 34000 Montpellier.

Article 1 : Objet de la Convention

La présente convention a pour objet de permettre la publication d'analyses détaillées, quantifiées et qualifiées, des infractions aux dispositions du titre IV du livre IV du Code de commerce, ayant fait l'objet de sanctions administratives ou pénales, ainsi que des décisions des juridictions civiles ou commerciales retenant la responsabilité d'opérateurs économiques sur le fondement de l'article L.440-1 du Code de commerce, modifié par l'article 56 de la loi en faveur des PME, dans des conditions telles que le rapport annuel de la CEPC puisse utilement en relayer et en compléter la diffusion.

Article 2 : Axes de partenariat et types de missions.

Le partenariat tend à l'exécution de trois séries de missions :

- missions relatives à la collecte et à l'analyse des décisions de justice

- missions relatives à la coopération technique et à l'information réciproque.
- mission relative à la présentation des travaux de collecte et d'analyse à un comité scientifique de la CEPC.

2-1 Missions relatives à la collecte et à l'analyse des décisions de justice.

Ces missions sont permanentes et font l'objet de bilans semestriels par l'ensemble des parties.

2-1-1 La mission relative à la collecte des décisions de justice.

La DGCCRF entend récapituler les résultats de la collecte systématique par ses services d'enquêtes des jugements et arrêts prononcés à la suite des poursuites engagées par eux, au nom du ministre, soit devant le juge pénal (principalement : respect des règles de facturation ; des règles de formalisme de la coopération commerciale ; des règles relatives à la revente à perte ; ou en matière de non communication des conditions générales de vente), soit devant le juge civil (essentiellement obtention d'avantages sans contrepartie ; discrimination, rupture brutale des relations commerciales, abus de puissance d'achat ou de vente).

La Faculté de droit de MONTPELLIER s'engage à recueillir, aussi largement que possible, les décisions de justice rendues en ces mêmes matières à la suite d'instances engagées par les seuls opérateurs économiques, auprès des banques de données juridiques, d'avocats ou encore auprès des juridictions concernées.

2-1-2 La mission relative à l'analyse des décisions de justice.

L'analyse de ces décisions sera réalisée sous l'autorité soit des services de la DGCCRF, en particulier, du bureau des pratiques restrictives de concurrence et des affaires juridiques, pour tout ce qui concerne les décisions judiciaires prononcées en conclusion des poursuites engagées par ses services, soit des directeurs et enseignants du centre de droit de l'entreprise d'une part et du centre du droit de la consommation et du marché de la Faculté de droit de MONTPELLIER, d'autre part, avec le concours d'étudiants de cette Faculté, pour tout ce qui concerne

les décisions rendues à la suite d'actions engagées indépendamment des interventions de la DGCCRF, par les seuls opérateurs économiques.

2-2 Missions relatives à la coopération technique et à l'information réciproque.

Les parties signataires conviennent de mettre en place une coopération technique et une information réciproque.

2-2-1 Sur la coopération technique

La Faculté de droit de MONTPELLIER et la DGCCRF assureront leur coopération par l'accueil d'étudiants de la Faculté de droit de MONTPELLIER dans les services de la DGCCRF, notamment au bureau relatif aux pratiques restrictives de concurrence et affaires juridiques, en vue de travailler en particulier sur les décisions de justice collectées par cette administration.

2-2-2 Sur une information réciproque

Les parties signataires s'engagent à se communiquer toute information utile à la bonne réalisation du projet.

2-3 Mission relative à la présentation des travaux de collecte et d'analyse à un comité scientifique installé par la CEPC.

La DGCCRF et la Faculté de droit de MONTPELLIER remettront les résultats de leurs travaux à un comité scientifique composé notamment de professeurs de droit, par ailleurs rapporteurs pour la CEPC.

2-3-1 Présentation des travaux à un comité scientifique.

La CEPC réunira au moins deux fois par an un comité scientifique, composé notamment de professeurs de droit, par ailleurs, rapporteurs pour la CEPC, et ayant pour mission de mettre en lumière les principaux enseignements des décisions ainsi collectées et analysées en vue de les exposer à la Commission réunie en assemblée plénière.

2-3-2 Insertion des travaux dans le rapport annuel d'activité de la CEPC.

Les conclusions du comité scientifique seront, après approbation de la CEPC, insérées dans son rapport annuel d'activité, lequel inclura également la synthèse des travaux réalisés par la DGCCRF et la Faculté de droit de MONTPELLIER.

Article 3 : Confidentialité.

Les informations recueillies par les parties signataires à l'occasion de l'application de la présente convention ont un caractère confidentiel.

L'utilisation de ces informations en dehors de la présente convention ne peut intervenir sans le consentement des parties intéressées.

Article 4 : Dispositions financières.

Les étudiants de la Faculté de droit de MONTPELLIER appelés à participer à l'application de la présente convention pourront recevoir une aide financière.

A cet effet, la Faculté de droit percevra une indemnité pour l'étude qu'elle est amenée à réaliser pour l'exécution de la présente convention.

Le montant de l'indemnité sera fixé au cours du premier trimestre de l'année considérée.

Article 5 : Durée de la convention

La présente convention est conclue pour la période allant du 1^{er} janvier 2007 au 31 décembre 2010.

Au cours de cette période de validité, elle peut être dénoncée ou modifiée par avenant, à la demande de l'une ou l'autre des parties.

Fait à Paris, le

La CEPC

La DGCCRF

**FACULTÉ DE DROIT
DE MONTPELLIER**

Pierre LECLERCQ
Président

Guillaume CERUTTI
*Directeur général
de la DGCCRF*

Didier FERRIER
*Professeur,
Directeur du Master
« Recherche et Contrats d'affaires »*

Application du Titre IV du Livre IV du code de commerce en justice du ministre de l'Économie

Bilan des décisions judiciaires pénales (année 2005) et civiles (période : 1^{er} janvier 2004-1^{er} semestre 2006)

Résumé :

En application de la loi n°2005-882 du 2 août 2005, article L 440-1 du code de commerce, la Commission d'examen des pratiques commerciales devra chaque année, dans son rapport d'activité, procéder à « *une analyse détaillée du nombre et de la nature des infractions aux dispositions du présent titre ayant fait l'objet de sanctions administratives ou pénales* ». Ce rapport devra également comprendre « *les décisions rendues en matière civile sur les opérations engageant la responsabilité de leurs auteurs* ».

Afin de contribuer à cette démarche, la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes vient de procéder à un bilan des procédures intentées à son initiative, au pénal comme au civil et visant à assurer aussi bien la protection de la transparence sur le marché que la prohibition de comportements tenus pour restrictifs de concurrence en soi.

La nécessité d'instaurer des relations commerciales transparentes et loyales a conduit en effet le législateur en 1986 à conférer au ministre chargé de l'économie des pouvoirs originaux d'action en justice pour obtenir la constatation et la sanction des pratiques abusives observées dans les relations commerciales. L'administration peut demander à la juridiction la nullité des contrats, le reversement des sommes indûment perçues et le prononcé d'une amende civile qui peut atteindre 2 millions d'euros.

La DGCCRF contribue ainsi directement à assainir les relations commerciales et, indirectement, à l'action du Gouvernement visant à favoriser la maîtrise des prix à la consommation.

Cette intervention du Ministre s'effectue devant le juge pénal (principalement : respect des règles de facturation ; des règles de formalisme de la coopération commerciale ; des règles relatives à la revente à perte ; ou en matière de non communication des conditions générales de vente) ou devant le juge civil (essentiellement obtention d'avantages sans contrepartie ; discrimination ; rupture brutale des relations commerciales ; abus de puissance d'achat ou de vente).

Le bilan ci joint comprend deux annexes relative pour l'une au bilan 2005 des décisions pénales et pour l'autre au bilan des décisions civiles intervenues sur une période plus longue (1^{er} janvier 2004-1^{er} semestre 2006). Ce bilan sera complété à la fin du premier semestre 2007 par un bilan 2006 des décisions pénales et par un bilan 2004-2006 des décisions civiles (année entière 2006).

Les principaux enseignements de ces bilans sont les suivants :

1° En matière pénale, de nombreuses décisions judiciaires interviennent chaque année et sanctionnent principalement le non respect des règles de facturation.

En 2005, plus de 140 décisions judiciaires, dont un grand nombre sont des décisions définitives, ont été rendues et sanctionnent principalement le non respect des règles de facturation.

Globalement le montant des amendes pénales, imputées dans la plupart des cas à la personne morale, reste modeste mais certaines décisions portent sur des amendes plus importantes (100 000 euros) pour non respect des règles de facturation (application de l'article L441-3 du code de commerce).

En matière de facturation, la plupart des décisions portent sur le non respect des règles de facturation de la coopération commerciale (imprécision des dénominations).

Une vingtaine de décisions condamnent des opérateurs économiques pour non respect des règles de formalisme des contrats de coopération commerciale (respect de l'article L441-6 du code de commerce) et non respect des règles relatives à la revente à perte.

Quelques décisions, bien qu'en nombre restreint, ont été rendues pour non respect des délais de paiement règlementés, pour prix minimum imposé ou paracommercialisme.

2° En matière civile les décisions sont de plus en plus nombreuses et certaines sont significatives au regard des montants de condamnation prononcés.

On constate en effet qu'un nombre croissant de décisions judiciaires sont intervenues dans la période récente. Ainsi, 49 décisions ont été rendues depuis 2004, la plupart frappées d'appel, sur le fondement de l'article L442-6 du code de commerce.

Ces décisions condamnent des opérateurs économiques pour pratiques abusives en matière de rupture brutale de relations commerciales, d'obtention d'un avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné par rapport à la valeur du service rendu. Certaines décisions bien qu'en nombre moindre ont sanctionné des pratiques discriminatoires .

En matière de délais de paiement abusif, d'obtention d'un avantage comme condition préalable à toute commande ou de soumission à des conditions de paiement manifestement abusives, les décisions judiciaires restent rares.

Comparées aux années antérieures les montants de certaines condamnations sont particulièrement élevés : fin 2005 le TGI de Strasbourg a ainsi condamné une enseigne à 500 000 euros d'amende civile et 480 000 euros de restitution de l'indu et le Tribunal de commerce de Nanterre a condamné une autre enseigne à 500 000 euros d'amende civile et 24 millions de restitution de l'indu¹. Dans de nombreuses décisions la condamnation comporte à la fois une amende civile et la répétition de l'indu.

La loi du 2 août 2005 et l'ordonnance du 1^{er} septembre 2005 ont instauré un règlement transactionnel pour les délits prévus au titre IV du Livre IV du code de commerce pour lesquels une peine d'emprisonnement n'est pas encourue, ainsi que pour les contraventions du même livre. Le décret d'application du 4 mai 2006 qui permet l'utilisation de la transaction pénale a été publié le 6 mai dernier, de telle sorte que c'est en 2006 que l'effet de cette mesure pourra être apprécié.

¹ Une décision rendue le 24 octobre 2006 par le Tribunal de commerce de Créteil, et donc en dehors de la période considérée dans le présent document a condamné une enseigne à 100 000 euros d'amende civile et remboursement au Trésor public de la somme de 76,8 millions d'euros.

ANNEXE 1

RELATIONS COMMERCIALES ET SANCTIONS

PENALES du TITRE IV du LIVRE IV

du code de commerce

—

Bilan 2005

Document établi par la DGCCRF pour le compte de la CEPC

La plupart des pratiques commerciales illicites constituent aujourd'hui des fautes civiles, le législateur ayant largement dépénalisé la matière. On rappellera en effet que le législateur a dépénalisé en 1986 le refus de vente et de prestation de service (depuis définitivement supprimé) ainsi que les pratiques discriminatoires. Dans la période récente, ni la loi sur les nouvelles régulations économiques de 2001 (loi NRE), ni la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises (loi PME) n'ont rétabli d'incriminations pénales dans ces domaines.

Pour autant, le législateur a souhaité maintenir pour certaines infractions une condamnation pénale par les juridictions répressives. Pour assurer la transparence des relations commerciales entre opérateurs économiques, les infractions aux règles de facturation sont sanctionnées pénalement comme le refus de communication des conditions de vente. Sont également prohibées pénalement la revente à perte, le non respect des délais de paiement réglementés, le paracommercialisme, les prix minimums imposés. En matière de coopération commerciale, le non respect du formalisme prévu à l'article L 441-6 du code de commerce (règles antérieures à la loi PME) est également pénalement sanctionné.

L'administration procède chaque année dans ces domaines à de nombreux contrôles de l'application de la réglementation, contrôles qui permettent de constater que ces dispositions sont dans l'ensemble respectées.

Dans les cas où il est constaté qu'un opérateur enfreint la réglementation un simple rappel à la réglementation suffit souvent à obtenir de sa part le retour à une stricte application du droit.

Contrôles sur les infractions pénales	Année 2004	Année 2005
Nb d'actions de contrôle	43 800	44 600
Nb de PV	650 (1,5%)	680 (1,5%)
Nb d'actions avec rappel de réglementation	2050 (4,7%)	1500 (3,4%)

Pour autant, des infractions sont constatées chaque année ce qui justifie l'établissement par l'administration d'un procès verbal et sa transmission au parquet pour poursuites pénales éventuelles.

En 2005, l'activité contentieuse pénale, telle qu'elle est connue par les services de la DGCCRF, a ainsi été abondante, comme vont le démontrer les développements qui suivent, en matière de transparence et de pratiques restrictives de concurrence pénalement sanctionnées, surtout en ce qui concerne le non respect des règles de facturation en matière de coopération commerciale.

I - Sur le plan pénal, le non respect par les opérateurs économiques des règles de transparence et les pratiques restrictives de concurrence font l'objet chaque année d'un nombre important de décisions de sanction.

1. Un nombre significatif de décisions rendues.

En 2005, plus de 140 décisions ont été rendues par les juridictions pénales en matière de transparence et de pratiques restrictives de concurrence dont une majorité de décisions définitives.

Dans la majorité des cas la condamnation est imputée à la personne morale. Néanmoins, quelques décisions ne condamnent que la personne physique ou à la fois la personne morale et la personne physique. La sanction est communément l'amende pénale, parfois avec sursis, accompagnée le cas échéant d'une publication d'un extrait du jugement dans la presse spécialisée. Dans certaines décisions, les juridictions prononcent la condamnation du prévenu mais le dispensent de peine.

Les délais de jugement restent longs puisque en moyenne plus d'un an et demi s'écoule entre la transmission d'un procès verbal et le jugement de première instance.

Infractions	Nombre de décisions rendues ¹	Nombre de décisions jugées faisant/ pouvant faire l'objet d'un recours
Règles de facturation et services spécifiques ²	101	20
Prix minimum imposé	1	0
Revente à perte	21	7
Délais de paiement	11	1
Paracommercialisme	12	8
TOTAL	146	36



2. Les sanctions.

Le montant des amendes varie de 100 à 100 000 euros³. Il est à noter que dans trois jugements relatifs à des manquements aux règles de facturation, malgré la condamnation des prévenus, aucune peine d'amende n'a été prononcée.

Le montant total des amendes prononcées en 2005 par les juridictions pénales est supérieur à 550 000 €.

La fourchette des amendes par infraction est la suivante :

TYPES D'INFRACTIONS	AMENDE LA PLUS FAIBLE	AMENDE LA PLUS ÉLEVÉE
Facturation	80 €	100 000 €
Barèmes, CGV, services spécifiques	2 000 €	100 000 €
Revente à perte	500 €	12 000 €
Délais de paiement	1 000 €	15 000 €
Paracommercialisme	100 €	2 000 €
Prix minimum imposé	2 000 €	2 000 €

¹ Non exhaustif car recensant les seules décisions obtenues.

² Une vingtaine de décisions judiciaires portent à la fois sur les règles de facturation (L 441-3 du code de commerce) et sur les règles applicables en matière de formalisme de coopération commerciale (L 441-6 du code de commerce).

³ La condamnation d'une enseigne à 120 000 euros d'amende pénale pour non respect des règles de facturation en 2005 a été ramenée en appel à 50 000 euros en 2006.

II - Le non respect des règles de facturation est le motif principal de sanction pénale des opérateurs économiques.

1. Facturation

L'article L.441-3 du code de commerce prévoit que « *tout achat de produits ou toute prestation de service pour une activité professionnelle doit faire l'objet d'une facturation.* » L'obligation d'établir une facture est très large puisqu'elle s'impose à tous les professionnels. Le vendeur ou le prestataire de services doit établir la facture et l'acheteur doit la réclamer.

De nombreuses mentions doivent obligatoirement apparaître sur la facture : le nom des parties, leur adresse, la date de la vente ou de la prestation de service, la quantité, la dénomination précise et le prix unitaire hors TVA des produits vendus ou des services rendus et les réductions de prix acquises à la date de la vente ou de la prestation de services et directement liée à cette opération.

En cas de non respect de ces règles, le professionnel - personne physique- risque :

- une amende de 75 000 euros ;
- ou une amende pouvant être portée à 50 % de la somme facturée ou de celle qui aurait dû être facturée.
- l'amende est proportionnelle au montant des factures visées.

Les personnes morales peuvent également être déclarées responsables pénalement. Dans ces cas, les peines encourues sont :

- une amende suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du code pénal ;
- la peine d'exclusion des marchés publics pour une durée de cinq ans au plus, en application du 5° de l'article 131-39 du même code.

1.1. Les sanctions les plus importantes sont rendues en matière de facturation de coopération commerciale :

Ces règles de facturation s'appliquent au premier chef en matière de facturation de coopération commerciale, comme « *à toute vente ou prestation de service à caractère professionnel, quelle que soit la nature contractuelle spécifique de la prestation* » (**Cour de cassation**, Crim, 19 février 2003).

En effet, le service visé au contrat de coopération commerciale est une transaction commerciale devant faire l'objet d'une facture conforme aux dispositions de l'article L 441-3 du code de commerce. Or, les factures se rapportant à des opérations de coopération commerciale ne doivent pas être rédigées en termes généraux.⁴

C'est ce que rappellent notamment le **TGI de Moulins** (9 février 2005) et le **TGI de Cusset** (29 septembre 2005)⁵ pour condamner un distributeur ayant délivré, en violation des articles L 441-3 et L 441-6 du code de commerce , des factures de coopération commerciale aux intitulés de prestation imprécis.

TGI Moulins, 9 février 2005. Dans le cadre d'un contrôle des prestations de coopération commerciale facturées par un distributeur, les factures sont considérées comme non conformes à la réglementation (L 441-3 et L 441-6 du code de commerce).

Le tribunal estime que le distributeur a l'obligation de mentionner sur facture la dénomination exacte des services rendus, la dénomination précise des produits, la ventilation des différents éléments du prix, les réductions liées à la nature ou à la quantité des produits, à la périodicité

⁴ Cour d'appel de Rennes, arrêt du 18 novembre 2004, les juges soulignant que la facture « *ne mentionne pas le nombre de prestations, leur dénomination, le prix unitaire hors taxe des services rendus (...). Elle ne répond donc pas aux exigences de l'article L 441-3 du code de commerce* ».

⁵ Le distributeur est condamné pour facturation non conforme de vente de produit ou prestation de service pour une activité professionnelle et pour établissement de contrats de coopération commerciale ou accords de coopération commerciale écrits dans lesquels la nature exacte des services rendus et les indications utiles à qualifier et à déterminer la prestation offerte ne sont ni précisées, ni identifiées. La personne morale est condamnée à une peine de 10000 euros. Jugement définitif.

Pour un autre exemple, tribunal correctionnel de quimper, 6 avril 2005.

ou au conditionnement. « En l'espèce les factures de collaboration commerciales émises par la société reprennent les indications figurant sur les contrats liant les parties. Elles ne comportent en conséquence aucune des mentions précises obligatoires imposées par l'article L 441-3 du code de commerce, eu égard à l'imprécision déjà constatée dans l'établissement des contrats ».

« S'agissant des contrat de coopération commerciale tels que ceux soumis au Tribunal, la société avait l'obligation de mentionner l'ensemble des conditions, barèmes, taux de rémunération habituellement pratiqués, la nature et le nombre des services correspondants, les produits concernés et les facteurs généraux objectivement définis, afférents aux accords de coopération commerciale ». « Les contrats établis par la société ne comportent aucune précision quant aux prestations fournies ».

Le tribunal retient que les contrats ne correspondent pas aux exigences de l'article L 441-6 du code de commerce.

Amende de 100 000 euros pour la personne morale. Il a été fait appel de cette décision. La Cour d'appel de Riom, par arrêt définitif du 2 mars 2006 a condamné la société à une amende pénale de 150 000 euros.

A la lumière des principes posés par l'article L 441-3, l'emploi de mentions imprécises est condamnable (pour un exemple : Rennes, 19 mars 1992, qui condamne la mention « *participation publicitaire* » jugée trop vague). De sorte que (**TGI Dijon**, 14 juin 2005) la mention « *optimisation linéaire* » est trop générale et ne permet pas de connaître le contenu du service, ni sa réalité, ni d'en apprécier la qualité.

TGI Dijon, 14 juin 2005. Un hypermarché a facturé à une société une prestation intitulée optimisation de linéaire. Selon le tribunal, l'emploi du terme générique « *optimisation du linéaire* » sur la facture litigieuse, qui renvoie à un contrat de coopération commerciale ne comportant pas plus de précision, ne permet pas de vérifier que l'hypermarché a effectivement fourni une prestation ou un service spécifique, d'autre part d'en connaître le contenu et de contrôler à posteriori la qualité de la prestation fournie. Les mentions à caractère général et imprécis apposées sur la facture litigieuse ne satisfont pas aux exigences posées par l'article L 441-3 du code de commerce.

Dans l'examen de quelques autres factures, le tribunal constate au contraire que la nature de l'opération promotionnelle facturée, la marque du fournisseur et la nature du produit concerné par cette opération, les modalités de calcul du coût de la prestation sont indiquées en termes suffisamment précis pour permettre un contrôle de la réalité et de l'effectivité de la prestation fournie par le distributeur. Dans ce cas, les factures litigieuses sont jugées conformes aux exigences de l'article L 441-3 du code de commerce.

Condamnation de la personne physique à une amende délictuelle de 250 euros et condamnation de la personne morale à une amende délictuelle de 5 000 euros. Jugement définitif.

Saisi de factures mentionnant des services de « *maintien de gamme* », « *optimisation de linéaire* » et « *référencement* », le **TGI de Charleville-Mézières** (12 janvier 2005) rappelle que « *la jurisprudence constante considère ces dénominations comme imprécises* ».

TGI Charleville-Mézières, 12 janvier 2005. Des factures de coopération commerciale comportaient comme description du service rendu les dénominations « *optimisation de linéaire* », « *maintien de gamme* » ou « *référencement* ». « Selon les dispositions de l'article L 441-3 du code de commerce, sur les factures de coopération commerciale édictées par le distributeur doit figurer la dénomination précise des services rendus. Pour des mentions identiques ou similaires à celles relevées en l'espèce, la jurisprudence constante considère ces dénominations comme imprécises pour des factures de ce type. En n'établissant pas une description précise des services rendus sur les factures de coopération commerciale, la société a contrevenu aux dispositions du code de commerce en son article L 441-3. »

Condamnation de la personne morale à 2 000 euros. Jugement définitif.

La prestation doit être précisée, sous peine de « *permet[tre] tous les abus* » (Paris, 9 décembre 1999) : le risque de prestation fictive derrière une formulation imprécise fait partie des indices que peut relever le juge pénal. Le **TGI de Dijon** (arrêt précité) souligne ainsi que la mention « *optimisation linéaire* » ne correspond probablement pas à autre chose que de la mise en rayon – c'est-à-dire l'exécution du contrat de distribution.

Quant au **TGI de Chartres** (6 avril 2005), en condamnant un distributeur, il affirme nettement, que « *la simple lecture de la facture doit permettre à celui qui l'acquitte de savoir en quoi, quel jour, à quel endroit et selon quelles modalités spécifiques, le cocontractant a rempli ses obligations contractuelles* ».

TGI Chartres, 6 avril 2005. Dans le cas d'espèce, où la facturation est contestée pour son imprécision ne permettant pas d'identifier les services rendus par le distributeur à son fournisseur, le tribunal rappelle qu'il existe une différence entre la convention originelle qui définit en termes restant généraux des prestations à venir et la facture à acquitter récapitulant les prestations fournies en vue de justifier le prix réclamé. Il rappelle que la convention ne peut donner le détail d'actions commerciales qui ne sont pas encore intervenues. La simple lecture de la facture doit permettre à celui qui l'acquitte de savoir en quoi, quel jour, à quel endroit et selon quelles modalités spécifiques le cocontractant a rempli ses obligations contractuelles. Condamnation de la personne morale à 10 000 euros. Publication des extraits de la décision.

Dans le cas contraire, les factures ne seraient d'aucune utilité en terme de transparence : ainsi le **TGI de Montluçon** (6 juillet 2005) déplore-t-il « *que les factures, en l'absence de dénomination précise et détaillée des services rendus, n'apportent aucune contribution à la transparence attendue d'accords négociés* ».

TGI Montluçon, 6 juillet 2005. Le tribunal rappelle que le service visé au contrat est une transaction commerciale devant faire l'objet d'une facture conforme aux dispositions du L 441-3 du code de commerce. Dans le cas d'espèce, les factures reprennent à l'identique le libellé imprécis du contrat correspondant, en outre les contrats ne permettent pas d'identifier avec précision la nature exacte des services rendus ; enfin, les factures, en l'absence de dénomination précise et détaillée des services rendus n'apportent aucune contribution à la transparence attendue des accords négociés. La personne morale est condamnée à 30 000 euros. Jugement définitif.

Plus que les règles elles-mêmes, les juridictions du fond veillent au respect du principe de transparence.

S'agissant du respect des mentions obligatoires et notamment du descriptif de la prestation, le fournisseur ne peut se contenter de renvoyer au contrat de coopération commerciale : selon une jurisprudence bien établie, « *les mentions exigées doivent figurer sur les factures mêmes, qu'il s'agisse ou non d'acomptes, sans qu'il soit besoin de se référer aux contrats de coopération commerciale* » (Paris, 29 juin 1998 ; v. aussi Paris, 12 mars 2004). Cette règle est rappelée par le **TGI de Saint-Nazaire** (16 décembre 2005 – 2 arrêts) : « *il ne suffit pas, pour satisfaire aux dispositions légales, que les factures renvoient aux contrats de coopération commerciale sur lesquels elles se fondent* », il faut « *une dénomination précise des services rendus sur la facture elle-même* ».

TGI Saint Nazaire, 16 décembre 2005. 2 arrêts. Premier arrêt. Le tribunal rappelle qu'il ne suffit pas pour satisfaire aux dispositions légales que les factures renvoient aux contrats de coopération commerciale ; que dans le cas d'espèce les contrats en cause n'apportent pas les informations complémentaires souhaitées. Les dispositions de l'article L 441-3 imposent une dénomination précise des services rendus sur la facture elle-même. Or la nature précise et les quantités des produits concernés n'y sont pas précisées. S'agissant de l'intitulé sur les factures litigieuses de la mention « *recherche de débouchés nouveaux* », le tribunal constate que cet intitulé est particulièrement vague et ne permet pas de déterminer la nature précise ni les modalités exactes des services rendus.

Condamnation de la personne physique à 10 000 euros d'amende dont 5 000 euros avec sursis. Jugement définitif.

Deuxième arrêt. Le tribunal constate qu'au regard de l'article L 441-3 les intitulés sur factures – budget sur coopération commerciale ; diffusion permanente du produit et diffusion permanente de la gamme ; mise en linéaire de la gamme sont vagues et imprécis ; il constate en outre que l'objet des contrats est également flou et indéfini et que les contrats ne précisent ni la gamme des produits, ni les modalités de calcul des sommes dues. Dans ce contexte, il n'est pas possible de différencier dans les contrats et à plus forte raison dans les factures litigieuses, ce qui relève de la « *diffusion permanente de la gamme* » et de la « *mise en linéaire de la gamme* » ; qu'il n'est pas possible non plus de déterminer la réalité des prestations auxquelles ces factures se réfèrent. Il constate en outre que les factures litigieuses ne permettent pas de connaître la nature et la quantité des produits concernés par ces services, ni les modalités de calcul des sommes dues. En conséquence les factures litigieuses ne portent pas les mentions exigées par la loi.

Condamnation de la personne physique à une amende de 10 000 euros dont 5 000 euros avec sursis.

Car comme le rappelle le **TGI de Chartres** (6 avril 2005, arrêt précité), « *la convention définit en termes qui restent généraux des prestations à venir* », ce qui fait « *une différence sensible entre la convention originelle et une facture à acquitter* ».

Le **TGI de Créteil** (16 décembre 2005) est allé dans le même sens. Estimant que l'émetteur de factures doit porter sur chacune de celles-ci l'ensemble des mentions obligatoires, il a condamné la pratique d'une centrale d'achat qui, ayant annualisé les coopérations commerciales, se contentait de demander des acomptes chaque mois avant de délivrer une facture annuelle. Selon le tribunal, chaque facture doit être analysée isolément, même s'il s'agit de factures d'acomptes – et doit donc préciser les prestations auxquelles elle se rapporte.

TGI de Créteil, 16 décembre 2005. Un certain nombre de factures intitulées factures de coopération commerciale mentionnent pour toute dénomination les termes « *acomptes sur accords commerciaux* ». Il s'agit de factures d'acomptes mensuels d'un montant forfaitaire, faisant ensuite l'objet d'une facture annuelle, une fois connu le chiffre d'affaire annuel. Les factures annuelles renvoient expressément aux contrats de coopération commerciale et permettent de vérifier la correspondance entre les prestations commerciales effectuées et le montant des factures émises. La question s'est posée de savoir si il y avait infraction au L 441-3 puisque les factures d'acompte mensuel se référaient aux contrats de coopération commerciale qui identifiaient avec une certaine précision selon la société, la nature des prestations proposées, leur périodicité et les produits auxquels elles se rapportent.

Le tribunal constate que les factures d'acomptes ne précisent ni la nature de la prestation concernée, ni les dates auxquelles ces prestations ont pu être réalisées, ni le prix unitaire de chaque service. Il constate que certes les contrats de coopération commerciale auxquels il est renvoyé apportent quelques informations, mais il indique que chaque facture, même d'acompte, doit être analysée isolément et décrire avec une précision suffisante la nature de la prestation pour laquelle elle est émise et la date à laquelle cette prestation a été effectuée. Or, les factures en cause violent cette exigence.

La personne morale est condamnée à une amende délictuelle et le jugement a été publié à titre de peine complémentaire⁶.

Le mouvement jurisprudentiel est constant : la DGCCRF obtient gain de cause devant les juges saisis de facturations illicites en matière de coopération commerciale. Ceux-ci appliquent strictement le droit et n'hésitent pas à sanctionner les distributeurs : parfois même lourdement,

⁶ La Cour d'appel de Paris par arrêt du 3 novembre 2006 a confirmé le jugement et condamné la société à une amende de 50000 euros (au lieu de 120 00 euros pour le jugement de créteil. « c'est en vain que la société.. fait valoir qu'il ne s'agissait que de factures d'acomptes, la loi ne distinguant pas selon la nature des factures ..les dispositions de l'article L 441-3 du code de commerce étant parfaitement claires et devant être connues des professionnels du commerce ».

lorsque les manquements sont à grande échelle. Par deux décisions du même jour, le **TGI de Nantes** (29 septembre 2005) a ainsi condamné des centrales régionales à 100 000 Euros d'amende chacune.

TGI et Tribunal correctionnel de Nantes, 29 septembre 2005. 2 arrêts⁷.

Premier arrêt. Le distributeur est condamné en premier lieu pour factures incomplètes car ne comportant pas la date de la prestation exécutée. En outre, certains libellés de factures sont trop généraux et se limitent à reproduire l'intitulé du contrat, certaines indications sont imprécises et leur caractère mesurable aurait pu être aisément précisé.

La personne morale est condamnée à 100 000 euros.

Deuxième arrêt. Un autre distributeur est condamné pour facturation non conforme dont « absence de quantité et de prix unitaire hors TVA des services rendus, absence de délivrance de la facture dès la fin de la prestation et désignation imprécise des services rendus ».

La personne morale est condamnée à une amende de 100 000 euros.

Une enseigne a fait appel⁸ l'autre s'est désisté.

Selon le **TGI de Saint-Nazaire** (2 arrêts précités), « le montant des sommes en jeu et le fait que ce type d'agissement conduit nécessairement à un manque de transparence des transactions commerciales », justifie que soit « prononcé une forte amende » (10 000 euros) à l'encontre du dirigeant coupable.

Le formalisme des factures de coopération commerciale est important. Des factures de coopération commerciale rédigées dans des termes vagues ou imprécis font douter de la réalité des services rendus.

Enfin, on citera le jugement du **TGI de Bar-le-duc** du 4 octobre 2005 condamnant une enseigne pour avoir facturé à différents fournisseurs des prestations au titre de la coopération commerciale alors que ces factures correspondaient en réalité à des remises qui auraient dû être mentionnées sur les factures émises par lesdits fournisseurs.

TGI Bar-le-Duc, 4 octobre 2005. Deux jugements. Dans un premier jugement, le tribunal rappelle qu'aux termes de l'article L 441-3 du code de commerce, toute facture doit mentionner un certain nombre d'informations. Il rappelle que la coopération commerciale correspond à des services spécifiques rendus par le distributeur ou l'intermédiaire, distincts des conditions commerciales liées aux opérations d'achat et de vente de marchandises devant figurer sur la facture délivrée par le fournisseur. Dans le cas d'espèce, certaines prestations facturées au titre de la coopération commerciale ne correspondent pas à de la coopération commerciale. Les prestations en cause (démarche qualité, suivi des produits : suivi et préconisation qualité fournisseur/produits ; mise en marché ; productivité ; optimisation logistique ; communication enseigne) correspondaient en réalité à des remises sur les produits vendus. Les factures émises par l'enseigne contreviennent aux dispositions de l'article L 441-3 du code de commerce en ce qu'elles comportent une fausse dénomination puisqu'elles se réfèrent à des contrats de coopération commerciale alors qu'il ne s'agissait pas de prestations pouvant être facturées à ce titre. L'enseigne se voit également reprocher d'avoir omis d'exiger des factures qui auraient dû mentionner, conformément aux exigences légales, les remises et rabais consentis par les fournisseurs.

La gravité de la faute résulte également du fait que la société avait déjà été avertie par la DDCCRF à la suite d'un précédent contrôle. Le juge considère ainsi que l'enseigne a méconnu en toute connaissance de cause les dispositions légales.

Dans un second jugement, le tribunal constate que les factures de coopération commerciale contreviennent aux dispositions de l'article L 441-3 du code de commerce, car elles ne

⁷ Le tribunal correctionnel de Nantes a rendu également trois jugements en date du 29 septembre 2005 et du 8 décembre 2005 en matière de facturation non conforme. La CA par arrêts du 7 décembre 2006 a infirmé partiellement deux jugements de relaxe, confirmé un jugement de relaxe.

⁸ La Cour d'appel de Rennes par arrêt du 7 décembre 2006 a réformé pour partie le jugement du tribunal correctionnel de Nantes en ramenant la condamnation à une amende de 50000 euros.

comportent aucune définition précise permettant de déterminer à quoi correspondent les services facturés. Le tribunal poursuit en considérant que les factures de coopération commerciale comportent donc une « *fausse dénomination* », dans la mesure où il ne s'agissait pas de coopération commerciale.

Les personnes morales, deux enseignes, sont condamnées à une amende de 30 000 euros dont 15 000 euros avec sursis pour l'une et 15 000 euros dont 7500 euros avec sursis pour l'autre. Jugements définitifs.

1.2 En dehors de la coopération commerciale, le non respect des règles de facturation est également sanctionné :

Hors la coopération commerciale, le juge condamne classiquement la vente de produits sans facture, la vente de produits sans facture conforme (absence de la dénomination précise des produits, adresses, quantité, de la conservation de factures, des dates d'échéance, des conditions d'escompte, des pénalités applicables en cas de retard de paiement). Les sanctions portent le plus souvent sur des montants d'amende pénale plus modestes⁹.

III Les décisions portant sur les autres motifs d'infractions sanctionnées pénalement sont en nombre réduit

Hormis la facturation, une vingtaine de décisions judiciaires ont prononcé des sanctions pénales pour non respect des règles de formalisme des contrats de coopération commerciale (application de l'article L 441-6 du code de commerce) et pour revente à perte (application de l'article L 442-2 du code de commerce). Dans les autres domaines (refus de communication des conditions de vente ; délais de paiement ; prix minimum imposé ; paracommercialisme) les décisions restent rares.

A) Des sanctions pénales ont été prononcées pour non respect des règles de formalisme des contrats de coopération commerciale et pour revente à perte.

1) Le non respect des règles de formalisme des contrats de coopération commerciale.

Une amende de 15 000 euros pour les personnes physiques et 75 000 Euros pour les personnes morales, est prévue en cas d'établissement d'un contrat de coopération commerciale non conforme aux obligations de l'ancien article L.441-6 al.5. Il appartient aux parties à la convention d'établir un contrat en double exemplaire, contrat indiquant la dénomination précise des services rendus, leur rémunération ainsi que la nature exacte des produits concernés. Ces mentions permettent au juge de contrôler la réalité de la prestation et sa proportionnalité à la rémunération.

La jurisprudence en matière de contrat de coopération commerciale est assez abondante. En effet, on peut constater que dans des dossiers où les règles en matière de facturation de services spécifiques n'ont pas été respectées, les contrats de coopération commerciale, sont soit inexistantes soit comportent des mentions imprécises (ex, **TGI de Strasbourg**, 11 octobre 2005)

TGI, Strasbourg, 11 octobre 2005. Un distributeur omet de remettre à ses fournisseurs, dans le cadre de la coopération commerciale, des contrats conformes précisant les conditions de sa rémunération en contrepartie des services spécifiques. En l'espèce, l'infraction porte sur la non communication par écrit de certains contrats écrits en double exemplaire, absence de précision de la nature des services spécifiques rendus en mentionnant seulement dans les contrats remis « *mise en avant dans les magasins des produits* ».

Condamnation de la personne physique à une amende délictuelle de 3 000 euros et de la personne morale à 20 000 euros. Jugement définitif.

⁹ La Cour d'appel de Nîmes a néanmoins relaxé un prévenu ayant effectué une facturation forfaitaire mensuelle sans décrire précisément les prestations effectuées, dès lors que ces factures forfaitaires « respectent l'information et le consentement du consommateur » sans se « répercuter négativement sur le client ».

Dès avant l'adoption du nouvel article L 441-7 du code de commerce (Loi du 2 août 2005), qui réglemente précisément les contrats de coopération commerciale, les parties à un tel contrat – et plus précisément les distributeurs – étaient astreintes, au plan formel, à un certain nombre d'obligations.

L'article L 441-6 al. 5 dans son ancienne rédaction disposait en effet que « *les conditions dans lesquelles un distributeur ou un prestataire de service se fait rémunérer par ses fournisseurs, en contrepartie de services spécifiques, doivent faire l'objet d'un contrat écrit en double exemplaire détenu par chacune des deux parties* ». Il fallait un écrit formalisant ce contrat : à défaut, les factures, courriers ou autres échanges ne satisfaisaient pas à l'obligation légale (**Cour de cassation**, Crim, 4 février 1991).

Dans ce contexte, le jugement du **TGI de Moulins** (9 février 2005, précité) n'est pas surprenant, qui condamne une centrale pour établissement de contrats imprécis qui ne comportaient « *aucune précision quant aux prestations fournies* », « *ne mentionn[ait] pas d'obligation exorbitante ni de personnalisation des services faisant l'objet d'une rémunération* ». L'attendu de principe est toutefois audacieux : « *S'agissant des contrats de coopération tels que ceux soumis au Tribunal, la société avait l'obligation de mentionner l'ensemble des conditions, barèmes, taux de rémunérations habituellement pratiqués, la nature et le nombre des services correspondants, les produits concernés et les facteurs généraux objectivement définis afférents aux accords de coopération* ».

Le degré de précision attendu est élevé. **Le TGI de Bordeaux** (7 février 2005 – jugement définitif) condamne une enseigne car les contrats ne sont pas renseignés précisément, la prestation spécifique n'étant pas définie ou très général (ex, animation gamme ; exposition hors linéaires) et le produit est mentionné sous une formule générale comme « *un ou plusieurs produits du fournisseur* ».

A l'inverse, le **TGI de Valence** (4 mars 2005) prononça une relaxe considérant que dans le cas d'espèce le paiement d'un solde en 2003 pour des prestations de service remontant à des années antérieures (en l'espèce 1996/1997) en l'absence de contrat préalable écrit ne constituait pas une infraction car un contrat préalable écrit liait à cette date les deux sociétés.

Ces dernières illustrations jurisprudentielles de l'ancien texte annonçaient bien le renforcement législatif du formalisme, désormais contenu à l'article L 441-7 du code de commerce.

2) La revente à perte est sanctionnée mais les décisions restent peu nombreuses.

L'article L 442-2 du code de commerce pose l'interdiction de la revente à perte. Cette pratique consiste « *pour un commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif.* »

L'article L. 442-4 définit les exceptions à cette interdiction (liquidation ; fins de saisons ; obsolescence technique ; réapprovisionnement à la baisse ; alignement sur un prix plus bas légalement pratiqué dans la même zone d'activité par les magasins dont la surface de vente n'excède pas 300 m2 pour les produits alimentaires et 1 000 m2 pour les produits non alimentaires ; produits périssables menacés d'altération rapide).

Cette pratique est sévèrement sanctionnée au motif qu'elle perturbe les règles normales du marché. Ainsi les manquements aux dispositions relatives à la revente à perte sont des délits punis de 75 000 euros d'amende pour la personne physique et de 375 000 Euros pour la personne morale.

Des décisions antérieures avaient pu préciser la notion de revente à perte (pour apprécier la notion de revente à perte il faut prendre en compte l'économie générale du contrat, **Cour de cassation**, chbre crim, 7 mai 2002 ; l'appréciation de la revente à perte se fait en considération du prix d'achat du lot et non du prix d'achat moyen des stocks, **Cour d'appel de Douai**, 6 février 2003 ; la revente à perte de vêtements n'est pas illicite si elle porte sur des vêtements saisonniers et démodés, en basse saison et ne fait pas l'objet de publicité, Cour d'appel de Douai, 16 octobre 2001 ; la revente à perte de jouets de Noël n'est pas illicite lorsqu'elle a lieu à la fin de la saison des ventes, **Cour de cassation**, 3 mai 2001 ; la production de la facture doit suffire à permettre de contrôler la validité d'un prix au regard de l'interdiction de revente à perte et l'intention frauduleuse, **Cour de cassation**, chbre crim, 4 avril 2001).

Quelques décisions¹⁰ sont intervenues en 2005 en première instance ou en appel pour condamner des personnes physiques ou des personnes morales ayant revendu en l'état un produit à un prix inférieur à son prix d'achat effectif (majoré des taxes) ou vendu des produits sous l'appellation « promotion » à des prix inférieurs au prix d'achat effectif. Dans ces cas d'espèce les amendes varient de 300 à 3 000 euros.

La **Cour d'appel de COLMAR**, dans un arrêt en date du 22 février 2005 s'est prononcée négativement sur la question de la prise en compte des remises ultérieurement accordées par le fournisseur et non mentionnées sur la facture d'achat pour déterminer le prix d'achat d'une marchandise et le comparer au prix de revente

Cour d'appel de Colmar, 22 février 2005. A l'occasion d'une enquête dans un magasin et vérification de factures d'achat il est constaté que dans le cadre d'une clause de protection de prix entre le fournisseur et le magasin, le prix de revente était réajusté. Lorsque le fournisseur baissait son prix sur un produit, il adressait au magasin au titre des ventes antérieures un avoir égal à la différence entre l'ancien et le nouveau prix, multiplié par les quantités encore en stock dans le magasin. Le magasin répercutait cette baisse de prix sur le prix de revente. La DGCCRF avait considéré que les avoirs ultérieurs ne pouvaient être pris en considération pour déterminer s'il y'a ou non revente à perte au regard des dispositions de l'article L 442-2 du code de commerce car cet article définit le prix d'achat comme étant le prix unitaire figurant sur la facture d'achat. Le tribunal correctionnel de Strasbourg par jugement du 16 avril 2004 avait relaxé pour partie les prévenus. En appel, ce jugement est infirmé sur le fond et le prévenu condamné à une amende délictuelle de 500 euros.

Mais le jugement le plus significatif est celui rendu par le **TGI de Lille** (03 juin 2005¹¹) en matière de fioul.

TGI Lille, 3 juin 2005. Pour expliquer la revente à perte constatée, la société expliquait que le prix de vente du fioul était déterminé en fonction de plusieurs critères dont les prix pratiqués par la concurrence. La société mise en cause prétendait avoir aligné son prix de vente sur le prix pratiqué par l'un de ses concurrents, mais la juridiction a considéré que son activité n'entraîne pas dans les prévisions de l'article L.442-4 du Code de commerce : l'exception d'alignement du prix ne peut être soulevée que dans les cas prévus à l'article L 442-4 d (v. déjà Poitiers, 25 juin 2004). La société a été condamnée à 50 000 Euros d'amende.

Le champ d'application de l'article L 442-2, édicté en des termes très généraux, est vaste. Il trouve, par exemple, à s'appliquer entre sociétés du même groupe dès lors que celles-ci sont juridiquement autonomes (Crim., 21 juin 1993). Récemment, la **CA Douai** (20 décembre 2005), confirmant le **TGI Lille** (8 avril 2005), a rappelé que le fait pour un revendeur d'acquiescer les biens à revendre auprès d'une filiale à 100 % n'emportait aucune conséquence sur l'applicabilité de l'interdiction de revente à perte.

CA DOUAI, 20 décembre 2005. La société était poursuivie du chef de revente à perte en raison de la commercialisation de produits d'une marque distribuée exclusivement par cette société. Les produits sont fabriqués par une filiale de la société et cette dernière fait valoir que l'article L 442-2 du code de commerce ne s'appliquerait pas au processus de production adopté par la société et sa filiale, consistant en un contrat d'entreprise. Il est sans intérêt que la société fabricant les produits constitue une filiale et qu'il y ait l'intégration fiscale des deux entreprises, dès lors que l'article L 442-2 du code de commerce ne distingue pas entre les opérateurs économiques et réprime tout fait de revente à perte. La condamnation est confirmée.

¹⁰ Pour un exemple de décision suite à la constitution de partie civile d'un syndicat professionnel, **TGI de Périgueux**, 13 avril 2005. Deux autres jugements du **TGI de Strasbourg** en date du 11 octobre 2005 pour une condamnation et une relaxe.

¹¹ confirmé par la CA de Douai, 6^{ème} ch. corr., 12 janvier 2006.

En outre, en principe l'élément intentionnel n'est pas difficile à caractériser. La Cour de cassation estime ainsi que le délit est caractérisé en tous ses éléments dès lors que les prix de revente, compte tenu des seules remises dont il justifie, sont inférieurs à ses coûts d'achat effectifs (Crim, 10 octobre 1996). Et la seule constatation de la violation, en connaissance de cause, d'une prescription légale implique de la part de son auteur l'intention coupable exigée par le Code pénal (Crim, 4 avril 2001).

Dans ce contexte, il faut signaler une décision clémente : le **TGI Bourg en Bresse** (22 novembre 2005), tout en condamnant une société pour revente à perte (amende de 5000 euros) et publicité mensongère, a dans le même temps relaxé le « *manager département* » au motif que « *l'intéressé ne disposant d'aucune marge de manœuvre personnelle pour s'opposer aux politiques de vente déterminées par le groupe* », l'élément intentionnel faisait défaut. La seule action du manager en connaissance de cause n'a donc pas suffi au tribunal.

Enfin, les tribunaux ont parfois à examiner la légalité d'une revente à perte en période de solde. (Pour un exemple de relaxe, **TGI de Meaux**, jugement du 21 avril 2005¹² : revente de jouet à un prix inférieur à son prix d'achat effectif majoré des taxes en bradant, lors des périodes légales de soldes certains jouets à des prix inférieurs à leurs prix d'achat. la vente à perte a eu lieu pendant la période terminale de la saison des ventes).

B) Mais les décisions de sanction restent rares dans d'autres domaines

1) La non communication des conditions de vente.

Les conditions générales de vente, documents établis par un fournisseur ou un prestataire de service, fixent les conditions de vente et les conditions tarifaires applicables aux clients potentiels. Bien que la rédaction de ce document ne soit pas obligatoire, l'article L 441-6 du code de commerce impose, quant il existe, à tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur de communiquer à tout acheteur de produits ou demandeur de prestation de services pour une activité professionnelle et qui en fait la demande ses conditions générales de vente. Celles ci doivent notamment indiquer les conditions de règlement, les rabais et remises accordées aux acheteurs.

Le refus de communication des conditions de vente est puni d'une amende de 15 000 euros pour les personnes physiques. Les personnes morales peuvent être déclarées responsables et encourrent alors une peine de 75 000 euros d'amende.

On notera qu'en 2005 aucune décision ne semble être intervenue dans ce domaine¹³.

2) Délais de paiement.¹⁴

En matière de délais de paiement en dehors des régimes de délais réglementés, le principe est celui du consensualisme. Les parties décident librement des délais de paiement contractuels. Dans cette hypothèse, le dépassement d'un délai de paiement ne sera pas sanctionné pénalement mais donnera lieu à l'application de pénalités de retard.

¹² Jugement définitif

¹³ En 2004 néanmoins, la Cour d'appel de Paris, 13^{ème} chambre, 18 juin 2004, avait condamné un fournisseur qui avait procédé à une communication incomplète des conditions de vente, le juge considérant qu'une communication incomplète équivaut à une non communication ; La communication tardive n'a en revanche pas été sanctionnée, la Cour d'appel de Bourges, 24 juin 2004, infirmant en ce sens le jugement de première instance du TC de Nevers au motif que le l'article L 441-6 du code de commerce ne prévoit « ni délai de réponse, ni modalité particulière de communication » : une communication, même tardive, ne méconnaît pas l'obligation de transparence tarifaire.

¹⁴ Quelques décisions sont intervenues dans les années antérieures : le gérant d'un magasin qui n'établit pas les chèques de règlement dans le délai légal engage sa responsabilité, peu importe que ses fournisseurs n'encaissent pas les chèques immédiatement (Cour d'appel de Montpellier, 10 janvier 2001), la responsabilité d'un gérant en matière de délai de paiement doit être retenue dans la mesure où celui ci est également représentant de l'enseigne (Cour d'appel de Rennes, 9 octobre 2003) ; la multiplicité des fournisseurs ne saurait exonérer un chef d'entreprise de son obligation de respect des délais de paiement (Cour d'appel de Douai, 20 décembre 2001) ; en l'absence de production des chèques, la date de règlement effectif est celle de l'émission des chèques, Cour d'appel de Douai, 16 mai 2002) ; Sur la responsabilité du fournisseur s'il tarde à encaisser les règlements en connaissance de cause, Cour d'appel de Poitiers, 31 mai 2001).

Pour certains produits alimentaires et certaines boissons alcooliques, l'article L.443-1 du Code de commerce fixe des délais de paiement impératifs, dont le dépassement est sanctionné. Une amende pouvant aller jusqu'à 75 000 euros peut être prononcée à l'encontre des professionnels en cas de règlement hors délai (ex, **TGI d'Albertville**, 7 mars 2005¹⁵ et **TGI de Sarreguemines**, 14 décembre 2005¹⁶, **TGI de Versailles**, 14 mars 2005¹⁷ : paiement hors délai légal après livraison d'aliments périssables, boissons alcooliques ou bétail ; condamnation de la personne physique à une amende délictuelle avec ou sans sursis pour des montants d'amende inférieurs à 3 000 euros).

Le jugement du **TGI de Bordeaux** (7 février 2005) s'inscrit dans cette logique.

TGI Bordeaux, 7 février 2005. Dès lors que le dirigeant ne conteste même pas la matérialité de l'infraction, il y a lieu de le déclarer coupable. Peu importe, à cet égard, les explications qu'il avance : l'insuffisance de trésorerie, avancée comme excuse par le dirigeant du magasin, est même considéré par le tribunal comme un aveu implicite, un élément à charge. Malgré la clémence demandée par le gérant, il est condamné à une amende de 15 000 Euros. Jugement définitif.

3) Des décisions isolées en matière de prix minimum imposé.¹⁸

L'article L 442-5 du code de commerce punit d'une amende de 15 000 euros le fait par toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien au prix de prestation de service où à une marge commerciale.

A titre d'exemple, le **TGI de Sarreguemines**, par jugement en date du 6 avril 2005¹⁹ condamne la personne physique pour avoir imposé, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien ou au prix d'une prestation de service.

4) Paracommercialisme.

L'article L442-7 du code de commerce sanctionne le fait, pour une association, une coopérative ou une administration, d'offrir des produits ou des services si ces activités ne sont pas dans les statuts. Il s'agit par ce biais de sanctionner les personnes qui se livrent à une activité commerciale sans en supporter les charges.

L'article L442-8, quant à lui, interdit « *à toute personne d'offrir à la vente des produits ou de proposer des services en utilisant, dans des conditions irrégulières, le domaine public de l'État, des collectivités locales et de leurs établissements publics* ».

Le paracommercialisme peut prendre plusieurs formes : il peut s'agir d'une vente sauvage ou du prolongement illicite de l'activité normale d'une association.

Les infractions aux dispositions prévues aux articles L442-7 et L442-8 sont punies des peines prévues pour les contraventions de 5^e classe.

En principe, les commerçants sont donc protégés contre l'activité de concurrents qui ne seraient pas soumis aux mêmes contraintes. L'article L 442-8, notamment, proscribit l'utilisation irrégulière du domaine public pour vendre des biens ou proposer des services.

Mais la question a été soulevée, par un justiciable, de la compatibilité de ces règles avec le droit administratif. Par un arrêt du 13 octobre 2005, **la Cour d'appel d'Agen** devait répondre à la question de savoir si en présence d'un arrêté municipal fixant les conditions d'occupation du domaine public, l'article L.442-8 du Code de commerce avait vocation à s'appliquer.

¹⁵ Jugement définitif.

¹⁶ Jugement définitif.

¹⁷ Jugement définitif.

¹⁸ A titre illustratif pour les années antérieures : Cour d'appel de Paris, 16 janvier 2002 ; Cour de cassation, chbre crim, 19 février 2003.

¹⁹ Jugement définitif

Cour d'appel d'Agen, 13 octobre 2005. Une commerçante vendait des pizzas et des frites dans un camion situé sur le domaine public. Le maire de la commune avait pourtant pris un arrêté réglementant la tenue des foires et marchés et interdisant donc, selon la commune, toute activité commerciale en dehors de ce cadre. La Cour d'appel souligne qu'elle n'a pas le pouvoir de contrôler la légalité d'un acte administratif et énonce « *qu'il n'est pas loisible à un commerçant ambulant d'occuper le domaine public communal à sa guise et, pour le lui interdire, il n'est pas utile au maire, en l'état des dispositions de l'article L.442-8 du Code de commerce, de prendre quelque décision administrative le rappelant* ». La matérialité des faits n'étant pas contestée, la commerçante a été condamnée à une peine d'amende de 150 euros.

Mais cet arrêt a été cassé (Crim, 4 avril 2006) : la Cour de cassation a en effet estimé dans un attendu de principe que « *le fait d'offrir à la vente des produits ou de proposer des services en utilisant, dans des conditions irrégulières, le domaine public, n'est réprimé que s'il est commis en violation des dispositions réglementaires sur la police des lieux* ». Or, la Cour a estimé que, si l'arrêté municipal réglementait la police des foires et marchés, il n'interdisait pas de ce seul fait l'exercice du commerce ambulant sur le domaine public communal. Par conséquent, la prévenue n'avait violé aucune disposition réglementaire, et ne pouvait donc être sanctionnée en application de l'article L 442-8.

5) Autres motifs de sanctions.

Le juge, pour sanctionner les manquements les plus graves au droit de la distribution, n'hésite plus à employer des textes situés hors du code de commerce : code du travail – ou, plus spectaculairement, code pénal.

C'est ainsi que le **TGI de Montpellier** (9 mai 2005), confirmé par la **Cour d'appel de Montpellier** (24 novembre 2005), a condamné un montage par lequel le fournisseur rémunérait des sociétés spécialisées dans le merchandising pour que celle-ci envoient du personnel assurer le merchandising du produit fourni. Les directeurs de magasins et les dirigeants des sociétés prestataires ont été condamnés sur le fondement de la facturation illicite – ces diverses opérations n'ayant donné lieu à aucune facturation – mais aussi pour des infractions au Code du travail telles que le marchandage et le prêt illicite de main d'œuvre.

Mais surtout, le **TGI de Vannes** (28 juillet 2005) a condamné des pratiques douteuses de facturation sur le fondement de l'article 441-1 du Code pénal réprimant les faux et usages de faux. – ce qui reste très rare dans l'histoire jurisprudentielle du droit de la distribution.

TGI Vannes, 28 juillet 2005. Une centrale d'achat, après avoir répondu à un appel d'offre et accepté le marché à un prix donné, majore le prix versé au fournisseur – lequel compense en acceptant une ristourne hors facture liée à une prestation fictive de coopération commerciale. L'opération est donc neutre pour ces deux parties, mais la centrale d'achat justifie ainsi de prix d'acquisitions artificiellement majorés pour augmenter ses prix de revente aux commerçants indépendants membres du réseau – ce qui augmente artificiellement les prix offerts au consommateur. La survaleur des factures émises par le fournisseur d'origine sont sans cause : elles « *constituent une simulation punissable lorsque les fausses énonciations ont été concertées, avec l'intention coupable de tromper les tiers et de leur porter éventuellement un préjudice* ». Sont condamnés la centrale d'achat, sa filiale de facturation et le fournisseur, à des peines allant de 15 000 Euros avec sursis jusqu'à 75 000 Euros.

Appel a été interjeté de cette décision très importante qui ouvre une nouvelle voie d'action contre la fausse coopération commerciale.

ANNEXE 2

**PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE :
BILAN DE L'ACTIVITÉ CONTENTIEUSE CIVILE**

—
Du 1^{er} janvier 2004 au 30 juin 2006

Document établi par la DGCCRF pour le compte de la CEPC

Le dispositif de l'article L 442-6 du code de commerce issu de l'ancien article 36 de l'ordonnance de 1986, modifié une première fois le 1^{er} juillet 1996 par la loi Galland, puis une seconde fois par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, vise à sanctionner civilement les pratiques illicites restrictives de concurrence devant les juridictions civiles et commerciales.

La refonte opérée par la loi relative aux nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 a renforcé l'arsenal des pratiques civilement répréhensibles ainsi que celui des sanctions civiles, notamment par l'encadrement des conditions de rupture des relations commerciales, l'interdiction de la fausse coopération commerciale et par l'introduction d'une action étendue du Ministre devant les juridictions civiles et commerciales : cessation des pratiques mais aussi action en nullité, répétition de l'indu et action en prononcé d'une amende civile. La loi du 2 août 2005 en faveur des PME sans modifier ce dispositif a élargi les pratiques considérées comme abusives.

L'originalité de ce dispositif réside dans la qualité propre du ministre de l'économie pour introduire, sur le fondement de l'article L 442-6 du code de commerce, une action devant les juridictions civiles ou commerciales au même titre que la victime, le ministère public ou le président du conseil de la concurrence, pour faire constater et sanctionner une pratique illicite. Selon l'article L 470-5 du code de commerce, le ministre chargé de l'économie ou son représentant peut en outre intervenir à tous les stades d'une procédure chaque fois que la solution du litige met en jeu l'application d'une règle du livre IV du code de commerce.

I - En matière civile les décisions sont de plus en plus nombreuses et certaines exemplaires au regard des montants de condamnation prononcés.

Les décisions rendues par le juge sur l'initiative ou avec l'intervention du Ministre pour obtenir la cessation et/ou la sanction des pratiques litigieuses manifestent par leur nombre croissant et les résultats de ces décisions (montants souvent significatifs des condamnations), l'efficacité du dispositif institué pour sanctionner les pratiques abusives.

1) Un nombre significatif de décisions rendues.

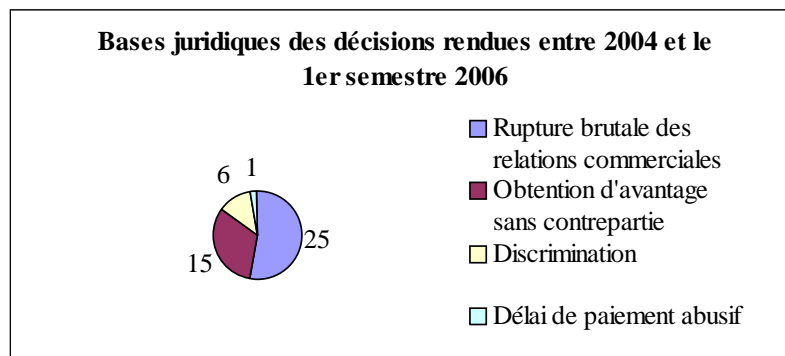
Entre 2004 et le 1^{er} semestre 2006, 48 décisions ont été rendues suite à une assignation ou une intervention du Ministre. Il est à noter que seulement 15 décisions ont été rendues en 2005 alors que pour l'année 2004 le nombre de décisions s'élevait à 19 et qu'au 1^{er} semestre 2006 14 décisions ont déjà été rendues.

Dans leur majorité ces décisions ont abouti, comme le sollicitait le Ministre, à une condamnation de la pratique. Pour autant, le Ministre a été débouté en tout ou partie de ses prétentions dans 17 décisions.

2) Les décisions concernent un large éventail de pratiques commerciales.

Entre le 1^{er} janvier 2004 et le 1^{er} semestre 2006, le fondement des décisions rendues est réparti comme suit :

- Rupture brutale des relations commerciales : 25
- Avantage sans contrepartie : 15
- Discrimination : 6
- Délai de paiement : 1
- Divers : 1



3) Le montant des amendes civiles est fluctuant.

Le montant des amendes civiles prononcées par les juridictions a été en hausse entre 2004 et 2005. Leur total s'élevait à 305 000 € en 2004 et à 1 410 000 € en 2005.

Le montant des amendes civiles prononcées au 1^{er} semestre 2006 s'élève à 84 000 €, les décisions ayant donné lieu à des montants d'amende civile faibles.

II - Les pratiques illicites constatées et sanctionnées par le juge civil concernent principalement le caractère injustifié des rémunérations accordées et la rupture brutale des relations commerciales

Dans la période considérée, les décisions se sont concentrées sur certaines pratiques abusives, telles que l'obtention d'un avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné par rapport à la valeur du service rendu ou la menace de rupture brutale et la rupture brutale de relations commerciales. Dans une moindre mesure, quelques décisions sont intervenues en matière de discrimination. De manière isolée, le juge a eu à connaître de la soumission d'un partenaire à des conditions de paiement abusives ou encore de l'obtention d'un avantage sans condition préalable à toute commande et en l'absence d'un engagement écrit sur un volume d'achats proportionné. Aucune décision n'est intervenue en matière d'abus de puissance d'achat ou de vente.

1) **L'obtention d'un avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné par rapport à la valeur du service rendu (L 442-6 I, 2°).**

a) Le cadre juridique.

Selon l'article L 442-6 I, 2°, a du code de commerce, engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou artisan :

« D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu (...) ».

Cette disposition a notamment pour objet de réduire ou de faire échec à l'augmentation des rémunérations injustifiées de coopération commerciale. Ce texte tend également à lutter contre la rémunération sans contrepartie réelle imposée par les distributeurs lors des rapprochements d'enseignes (pratique communément appelée « corbeille de la mariée »). La pratique consiste le plus souvent soit à facturer des services qui sont fictifs (non rendus) ou qui relèvent des obligations inhérentes à la fonction de distributeur. Les distributeurs facturent également parfois sous forme de coopération commerciale des prestations déjà rémunérées par le fournisseur sous forme de remises stipulées dans les conditions générales de vente du fournisseur ou encore des services qui ne sont d'aucune utilité pour le fournisseur.

b) Applications jurisprudentielles.

Les exemples jurisprudentiels de décisions ayant condamné des distributeurs pour obtention d'avantage sans contrepartie sont relativement nombreux.

Au cours de l'année **2004**, trois décisions ont été rendues et portent sur la perception par un distributeur de sommes acquittées par différents fournisseurs alors que les services de coopération commerciale qui ont été ainsi payés n'ont pas été rendus.

Tribunal de commerce de Roubaix-Tourcoing, 6 février 2004. Jugement définitif.

Une enseigne est condamnée à 50.000 euros d'amende civile pour « **manque de rigueur dans les indications, informations et synchronisations des actions en magasin** ». Le tribunal constate que les responsables de magasins ne disposaient pas des informations nécessaires à la mise en œuvre des services de coopération commerciale pour lesquels l'enseigne a perçu une rémunération.

Dans le cas d'espèce, le franchiseur s'était engagé, en signant des accords de coopération commerciale avec des fournisseurs, à fournir des services spécifiques dans les magasins portant l'enseigne X en contrepartie d'une rémunération. Dans les faits, les franchisés du

groupe X ne sont bénéficiaires d'aucune mesure financière les incitant à rendre les services prévus aux contrats de coopération commerciale. Pour le juge, cette carence est renforcée par un problème matériel de disponibilité de place dans certains magasins et par le manque de précision des contrats de coopération commerciale. En outre, le franchiseur a reconnu ne pas avoir procédé aux publicités qu'il s'était engagé à effectuer en application de deux contrats de coopération commerciale. Ces pratiques sont de nature à engager la responsabilité de la société sur le fondement de l'article L 442-6-I-2° du Code de commerce.

Tribunal de commerce de Chartres, 28 septembre 2004. Décision définitive.

Le **Tribunal** condamne une enseigne à 75.000 euros d'amende civile, et à un peu plus de 76.000 euros de restitution de sommes indues au titre du trouble occasionné à l'ordre public économique : obtention d'avantages sans contreparties réelles, obtention d'avantages rétroactifs.

Le tribunal s'appuie sur deux arguments principaux : **le distributeur ne peut justifier de la réalisation des services de coopération commerciale en cause ; L'imprécision du libellé des contrats relatifs à ces services ne permet pas d'identifier le service rendu ; la plupart des contrats sont rétroactifs.**

Cour d'appel de Bourges, arrêt du 18 octobre 2004. Arrêt frappé d'un pourvoi en cassation formé par le Ministre.

Le Ministre a assigné devant le tribunal de commerce de Bourges une société pour que soient jugées contraire à l'article L 442-6 du Code de commerce les pratiques de cette société, qui consistaient à facturer à des fournisseurs des sommes présentées comme rémunérant des services de coopération commerciale alors que ces services ne sont pas effectivement rendus aux fournisseurs ou ne sont pas spécifiques. Débouté par le tribunal de commerce de Bourges, sur la forme comme sur le fond, le ministre a fait appel de ce jugement en mai 2004.

La Cour considère, d'une part, que les accords de gamme, la « *présence continue de produits* » et la « *détention de gamme* » **présentent un avantage** pour les fournisseurs et **justifient une rémunération** et d'autre part, que **le distributeur n'a pas d'obligation de résultat en matière de coopération commerciale**. Il ne serait donc pas possible de tirer argument d'une absence de vente des produits mis en avant sur la période concernée. Adoptant une position inverse de celle adoptée par le **Tribunal de commerce de Chartres**, il considère que « *l'imprécision ou même les erreurs dans les libellés des contrats, ne sauraient constituer en soi la preuve que les services en cause n'ont pas été rendus* ».

Sur l'année **2005**, quatre décisions sur les cinq rendues ont prononcé une condamnation à une amende civile d'un distributeur pour obtention d'un avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné par rapport à la valeur du service rendu.

Tribunal de commerce d'Aubenas, 8 mars 2005. **Jugement frappé d'appel.**

Une enseigne est condamnée à 300.000 € d'amende civile par un jugement rendu le 8 mars 2005. La condamnation est fondée sur la perception d'avantages manifestement disproportionnés par rapport à la valeur du service rendu.

Le Tribunal a caractérisé la disproportion d'une part en comparant le prix facturé au fournisseur pour une tête de gondole et le chiffre d'affaires réalisé grâce à cette opération, et d'autre part en constatant que deux fournisseurs avaient payé 80 % du coût d'un prospectus qui mettait en avant les produits de plusieurs dizaines de fournisseurs. Le tribunal a également reconnu qu'un service faisait double emploi avec un autre service (service payé deux fois) mais ne tire pas de conséquence de cette constatation. L'intervention d'un fournisseur ou le courrier d'un autre à l'instance a renforcé le juge dans sa conviction que la société bénéficie d'une position de force au détriment de ses fournisseurs. On notera que cette décision a

refusé de prononcer la répétition de l'indu au motif que le Ministre ne pouvait se substituer aux victimes. C'est cet aspect de la décision qui a conduit le Ministre à interjeter appel du jugement, à l'instar de la société.

Cour d'appel de Douai, 13 octobre 2005. Arrêt frappé d'un pourvoi en cassation.

Dans la relation contractuelle entre un distributeur et son fournisseur le tribunal de commerce de Lille par un jugement du 4 mars 2004 condamne le distributeur pour rupture brutale de relation commerciale et ordonne la restitution d'un acompte au titre de prestations de coopération commerciales non fournies. Le ministre est intervenu en appel.

La Cour conclue que l'enseigne ne rapporte pas la preuve qu'elle a réalisé les prestations promises et en déduit qu'elle a cherché à obtenir un avantage ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu, commettant ainsi une faute engageant sa responsabilité en vertu de l'article L 442-6 2° du Code de commerce. Condamne la personne morale à une amende civile de 30 000 euros.

Tribunal de commerce de Nanterre, 5 novembre 2005. Jugement frappé d'appel.

Une enseigne a été condamnée à 500.000 € d'amende civile et à la répétition de l'indu à hauteur de plus de 23 millions d'euros pour obtention d'avantages rétroactifs et sans contrepartie. Cette enseigne ayant constaté qu'elle avait bénéficié de montants de coopération commerciale inférieurs à ceux qu'avaient perçus une société concurrente, suite à une comparaison de leurs conditions d'achat respectives de produits frais, a estimé avoir subi un préjudice. Elle en a demandé la réparation aux fournisseurs concernés par le biais de «protocoles d'accord transactionnels», portant sur une somme globale de plus de 23 millions d'euros. La décision indique que **la coopération commerciale ne peut faire l'objet d'un barème et ne peut donc pas être abordée sous l'angle de la discrimination. Les accords transactionnels n'avaient d'autre but que d'habiller une perception rétroactive d'avantages ne correspondant de surcroît à aucun service commercial effectivement rendu** et sont donc annulés sur le fondement de l'article L 442-6 III du code de commerce.

TGI de Strasbourg, 25 novembre 2005. Jugement frappé d'appel

Le distributeur a été condamné à 500.000 € d'amende civile et à la répétition de l'indu pour un montant de 480.000 € car les contrats de coopération commerciale litigieux ne correspondaient à aucun service commercial effectivement rendu et sont nuls comme contraires à l'ordre public économique. Les services facturés aux fournisseurs relevaient en fait des obligations inhérentes à la fonction de distributeur, n'apportaient pas d'avantage particulier aux fournisseurs et ne devaient de ce fait faire l'objet d'aucune rémunération.

Dans son jugement, le tribunal énonce trois critères permettant de déterminer si des services facturés au titre de la coopération commerciale constituent une véritable contrepartie de la rémunération perçue :

- Les services spécifiques donnant lieu à rémunération distincte doivent être prévus dans un contrat car seul celui-ci est à même de rendre compte des prestations que le distributeur a facturées aux fournisseurs ;
- Les services doivent être spécifiques donc détachables ou aller au delà des obligations normales résultant des achats et des ventes ;
- Ils doivent remplir des conditions d'effectivité et de proportionnalité à l'avantage obtenu du partenaire
- Enfin, les actions du distributeur doivent être de nature à stimuler ou à faciliter au bénéfice du fournisseur la revente de ses produits.

Dans le cas d'espèce, des fournisseurs avaient versé au titre de la coopération commerciale des sommes conséquentes pour l'ouverture d'un entrepôt. A l'examen des contrats, le tribunal observe que le distributeur ne prend pas l'engagement de garantir la commercialisation constante des produits cités dans l'accord suite à la mise en service du nouvel entrepôt. Le

tribunal affirme en outre que la prestation « maintien permanent en rayon de produits » n'a rien de spécifique dans la mesure où il relève en fait de la commercialisation normale d'un produit. L'amélioration de la logistique du fournisseur par la réduction du temps d'attente de même que la fonction « entrepôt » pour une meilleure absorption des variations d'activité et une plus grande fluidité amont ne sont pas des services détachables de la vente intervenue entre le fournisseur et le distributeur. La vente implique la livraison et la réception des camions de livraison, est une obligation normale de l'acheteur. La fonction « entrepôt » n'est pas un service spécifique détachable. Cette fonction ne devrait pas être financée par le vendeur. Cette position du juge rentre dans le cadre du L 442-6 I 2°) a) qui dispose qu'un avantage indu ne peut consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée au financement(..) d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins. L'existence d'un entrepôt de stockage n'apporte aux fournisseurs aucun service commercial particulier.

Tribunal de commerce d'Évry, 16 novembre 2005. Jugement frappé d'appel à l'initiative du Ministre.

Une enseigne a conclu avec ses fournisseurs un contrat de coopération commerciale portant sur un service de « singularisation » (concept ayant pour objet la mise en œuvre de nouveaux critères d'implantation de rayons et de configuration de linéaires de produits dans les points de vente ainsi qu'une meilleure présentation des produits et une rationalisation des gammes de produits). Le Ministre a assigné la société, considérant que le service de singularisation constitue une opération de rénovation de magasins et relève uniquement de l'activité inhérente à la fonction de distributeur et ne peut faire l'objet de contrats de coopération commerciale.

Le Tribunal de commerce Évry énonce que le service motivant la rémunération a notamment pour objet la mise en œuvre de nouveaux critères d'implantation des rayons et que le service en cause ne relève pas uniquement de l'activité inhérente à la fonction de distributeur. En effet, celui-ci permettrait au bénéficiaire des fournisseurs, une amélioration des conditions de commercialisation de leurs produits créatrice de valeur et une meilleure efficacité commerciale en leur permettant de générer des économies. Le Tribunal a donné ensuite sa vision de ce qui a vocation à figurer dans les conditions générales de vente (CGV)(des fournisseurs), à savoir le barème de prix et les conditions de vente. Il en déduit que le concept de « singularisation » ne relève pas des CGV des fournisseurs et ajoute que l'activité de distribution peut parfaitement être exercée sans la mise en place de la singularisation. Ainsi, celle-ci est détachable des simples obligations résultant des achats et des ventes et ne relève pas des fonctions inhérentes à l'activité de distributeur.

Une action qui était sur le point d'être intentée par le Ministre contre une enseigne a été abandonnée dans la mesure où le distributeur a remboursé aux fournisseurs une très grande partie des sommes que le Ministre considérait dans ses écritures comme dépourvues de contrepartie.

Au 1^{er} semestre 2006, 5 décisions¹ ont été rendues sur le fondement de l'obtention d'avantages sans contrepartie et/ou d'avantages rétroactifs.

Tribunal de commerce d'Angers, 15 février 2006. Jugement définitif.

Une société exploitant un hypermarché a été condamnée à 5000 € d'amende civile et à la répétition de l'indu à hauteur de 16 471€ pour obtention d'avantages sans contrepartie et

¹ Auxquelles s'ajoutent la décision du TGI de Guingamp en date 21 mars 2006, décision frappée d'appel, qui s'est déclaré incompétent au profit du TC de ST Nazaire et la décision du TC de Meaux du 21 mars 2006 également (demande d'incident de non communication de pièces).

bénéfice de contrats de coopération commerciale rétroactifs. Le Tribunal constate que les accords et factures correspondantes ne permettaient pas de définir les services de coopération commerciale et de contrôler la réalisation des services. De plus, l'acceptation de ces factures par les fournisseurs ne préjuge en rien de l'effectivité des services rendus. Enfin, le Tribunal relève que les contrats signés sont rétroactifs car bien qu'ils soient signés en fin de période, la date mentionnée est celle de l'accord cadre. La société a fait appel de ce jugement.

Tribunal de commerce de Tours, 23 juin 2006. Jugement définitif.

Une société exploitant un hypermarché est condamnée à 5000 € d'amende civile et à la répétition de l'indu à hauteur de 30 000 €. Les services pour lesquels la société se faisait rémunérer correspondaient à des services qui soit n'allaient pas au delà des obligations résultant des actes d'achats et de vente, soit n'allaient pas au delà de la tâche inhérente à la fonction de distributeur. Les clauses des contrats qui prévoyaient ces services ont donc été déclarées nulles et de nul effet. Par voie de conséquence, le trouble à l'ordre public économique est donc prouvé et le Tribunal reçoit la demande du Ministre en paiement d'amende civile.

Tribunal de commerce de La Roche sur Yon, 14 mars 2006. Jugement frappé d'appel.

Une société a facturé à des fournisseurs des services intitulés « anniversaire », « parrainage 13 points de vente » et « CA/Développement de gamme ». Le Tribunal relève que les fournisseurs ont payé ces services de leur plein gré et qu'ils n'ont jamais protesté. Le Ministre n'ayant pas rapporté de preuve suffisante pour étayer ses affirmations et permettant de conclure que ces services ne correspondent à aucun service commercial effectivement rendu, le Tribunal le déboute de sa demande d'amende civile et de répétition de l'indu.

Tribunal de commerce de Chalons en Champagne, 15 juin 2006.

Jugement frappé d'appel. Une société avait contracté avec un fournisseur trois contrats de coopération commerciale qui ont donné lieu à des rémunérations pour les services rendus. La pratique consistait selon l'administration à facturer à certains des fournisseurs des prestations déjà rémunérées par ces derniers sous forme de remise sur facture.

Bien que ces services ne soient pas définis de manière précise dans les contrats de coopération commerciale, le tribunal indique que cette imprécision ne constitue pas une preuve que les services n'ont pas été rendus. De plus, les services proposés sont bien des services spécifiques puisqu'ils permettent au fournisseur « *d'assurer la présence dans les livraisons d'une partie importante de sa gamme de produits après analyse du marché et de rendre plus fluide les flux logistiques* ». Le tribunal conclut donc que ces services constituent une contrepartie aux sommes versées par les fournisseurs et déboute le Ministre de sa demande.

Tribunal de commerce de Vienne, 14 mars 2006. Jugement frappé d'appel à l'initiative du Ministre.

Les prestations réalisées apparaissaient antérieures à la signature des contrats. Cependant, le Tribunal de commerce estime équitable de ne pas faire une application stricte des textes législatifs dans un contexte d'application d'un texte nouveau (loi du 15 mai 2001) et retient la bonne foi du distributeur. Le Tribunal rejette donc la demande du Ministre fondée sur l'existence de contrats rétroactifs. Le Tribunal rejette également la demande fondée sur l'obtention d'avantages sans contrepartie en relevant que les services rémunérés au titre de la coopération commerciale avait bien été réalisés. L'inexistence de plainte des fournisseurs sur ce point et la contribution du distributeur à l'économie locale ont été également prises en compte. Le référencement préalable de trois fournisseurs sans

engagement sur un volume d'achat est retenu par le Tribunal qui condamne la société à la répétition de l'indu (6416,35 €). Le Ministre a fait appel de ce jugement.

c) Les enseignements juridiques.

Le **TGI de Strasbourg** dans son jugement du **25 novembre 2005** rappelle les critères permettant de déterminer si des services facturés au titre de la coopération commerciale constituent une véritable contrepartie de la rémunération perçue (*en ce sens, Cass. Com 27 février 1990*) :

La qualification de coopération commerciale suppose que les services soient spécifiques et que l'action du distributeur soit de nature à stimuler ou à faciliter au bénéfice du fournisseur la revente de ses produits.

La vérification de la contrepartie permettra de s'assurer de l'effectivité du service commercial rendu et de la proportionnalité de ce service au regard de l'avantage obtenu du partenaire.

Il n'existe pas de critères pré-établis pour apprécier la disproportion. Il importe cependant de mettre en perspective la rémunération versée et le service effectivement versé.

Le **Tribunal de Commerce d'Aubenas** dans un jugement du **8 mars 2005**, a apprécié le caractère disproportionné de la rémunération de la coopération commerciale au regard du chiffre d'affaires du fournisseur au cours de la période, de la différence sensible de rémunération pour le même service et le même produit à trois mois d'écart (prix du service deux fois plus élevé pour une période trois fois plus brève) et de la rémunération du mailing par rapport au coût du dépliant.

S'agissant de la question de la preuve la jurisprudence nous fournit deux séries d'enseignements :

-S'agissant de la charge de la preuve :

La loi PME du 2 août 2005 a inversé la charge de la preuve en matière de pratiques restrictives (cf, article L 442-6-III du code de commerce). Ainsi, la preuve de la fourniture d'un service incombe désormais au prestataire. L'inversion de la charge de la preuve ne peut cependant pas être invoquée pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de cette loi. En effet, les règles touchant à l'attribution de la charge de la preuve touchent au fond du droit et ne sont pas de simples règles de procédure pouvant être appliquées aux affaires en cours (*Cass. Com, 7 novembre 1989*). Deux jugements rendus en 2006 ont rappelé ce principe (**TC Angers**, 15 février 2006 et **TC Chalons en Champagne**, 15 juin 2006).

En l'état du droit antérieur à la loi du 2 août 2005, il appartient au Ministre de démontrer en quoi des contrats de coopération commerciale seraient contraires aux règles de l'article L 442-6 I 2° du Code de commerce (**CA Bourges**, 18 octobre 2004)

-S'agissant des modes de preuve :

L'imprécision d'un contrat de coopération commerciale ne saurait constituer la preuve que les services en cause n'ont pas été rendus (**TC Chalons en Champagne**, 15 juin 2006). Il avait déjà été jugé que le fait qu'un contrat de coopération commerciale soit imprécis ou contienne des erreurs ne sauraient constituer la preuve que les services en cause n'ont pas été rendus (**CA Bourges**, 18 octobre 2004). Ceci est à rapprocher de la jurisprudence selon laquelle des mentions insuffisantes sur la facture de coopération commerciale ne suffisent pas à prouver l'existence d'une pratique discriminatoire (**Cass.com**.8 février 2005).

Le distributeur n'étant pas lié par une obligation de résultat, le faible niveau des ventes des produits concernés par la coopération commerciale ne saurait suffire à conclure que les services de coopération commerciale n'ont pas été rendus puisque ces ventes dépendent des consommateurs et non de l'effectivité ou non des services rendus par le distributeur (**CA Bourges**, 18 octobre 2004).

A l'inverse, la preuve de l'effectivité des services rendus ne peut se déduire ni de l'acceptation des factures par les fournisseurs ni de lettres de satisfaction des fournisseurs (**TC Angers**, 15 février 2006 et **TC Morlaix**, 08 février 2006). En dépit des réserves que suscite la preuve reposant sur des attestations ou lettres émanant des cocontractants et victimes éventuelles de

la pratique, le **Tribunal de commerce de Vienne**, dans un jugement du **14 mars 2006**, retient des attestations de fournisseurs comme un argument supplémentaire pour conclure à l'effectivité des services rendus en matière de coopération commerciale.

2) Menace de rupture brutale et rupture brutale des relations commerciales.

a) Le cadre juridique.

La menace de rupture brutale est visée à l'article L 442-6 I 4° du code commerce et vise les demandes d'avantages sous menace de déréfèrement. Le législateur a entendu sanctionner tout distributeur qui obtiendrait ou tenterait d'obtenir de l'un de ses fournisseurs, en le menaçant de déréfèrement, des conditions d'achat ou de coopération commerciale trop éloignées de celles que ce fournisseur consent habituellement aux autres distributeurs.

La rupture brutale de relations commerciales est prévue à l'article L 442-6 I 5°

« Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait (..) de rompre brutalement, même partiellement une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels (..) ».

Une jurisprudence abondante existe en la matière et a d'ores et déjà apporté des précisions sur la notion de relation commerciale, les éléments d'appréciation d'une relation commerciale établie ou les éléments d'appréciation du caractère brutal de la rupture.

b) Applications jurisprudentielles.

C'est ici que les décisions sont les plus nombreuses puisque 25 décisions sont intervenues².

En 2004, 10 décisions ont été rendues.

Tribunal de commerce de Lille, 27 janvier 2004. Jugement frappé d'un appel jugé par la Cour d'appel de Douai le 8 septembre 2005 (cf, page 13)

Une société a tenté puis obtenu sous la menace, clairement établie sous la forme d'un fax, d'une rupture brutale des relations commerciales une remise manifestement dérogatoire aux conditions générales de vente. De ce fait son comportement est fautif au sens de l'article L 442-6-I-4° du Code de commerce qui condamne ce type de comportement.

Il juge en outre qu'il y a eu rupture brutale de relation commerciale au sens de l'article L 442-6 I-5) du Code de commerce, le délai de préavis étant insuffisant (30 jours au lieu de 4 mois).

Tribunal de commerce Roubaix Tourcoing, 12 février 2004. Jugement définitif.

La rupture est brutale parce qu'opérée sans préavis.

Cour d'appel de Toulouse, 04 mars 2004. Arrêt définitif.

Le jugement du tribunal de commerce de Perpignan en date du 30 juin 1998 fut infirmé par la Cour d'appel de Montpellier par arrêt du 1^{er} août 1999. La Cour de cassation, chambre commerciale par arrêt du 3 novembre 2002 a cassé le jugement d'appel et renvoyé les parties devant la Cour d'appel de Toulouse.

La Cour d'appel constate que le délai de préavis est insuffisant. En outre, une négociation de mise en concurrence d'un marché doit être explicite pour constituer un préavis de rupture des relations commerciales. La décision de première instance est confirmée et le demandeur se voit accordé une provision de 25 millions de francs ; 1 million d'euros supplémentaire est accordé par la Cour à titre d'indemnité provisionnelle.

² Dont TC Nanterre, 22 juillet 2004. Le TC s'est déclaré incompétent au profit du TC de Paris (rupture brutale ; abus de puissance d'achat et entente sur les prix).

Cour d'appel de Nancy, 10 mars 2004. Arrêt définitif.

La Cour confirme le jugement du tribunal de commerce de Briey (6 décembre 2001) condamnant une société pour rupture brutale et abusive de relations commerciales. Le défendeur avait vainement tenté de justifier l'éviction de son partenaire en invoquant un défaut de qualité des prestations et sa participation à un appel d'offre pour désigner son successeur. La Cour constate que le délai de préavis était manifestement insuffisant (12 jours pour des relations établies de 9 années) pour permettre au prestataire de services de réorienter son activité et de maintenir ses effectifs sans dommage.

Cour de cassation, chambre commerciale, 17 mars 2004. (tribunal de commerce d'Amiens, jugement du 22 octobre 1999 ; Cour d'appel d'Amiens, arrêt du 30 novembre 2001).

Sur le fond, une société ayant rompu les relations commerciales avec un client, prétendait qu'il ne pouvait y avoir de rupture brutale puisque les relations commerciales étaient remises en cause chaque année. La Cour a conclu au caractère établi des relations commerciales en raison de l'ancienneté des relations et de la progression des chiffres d'affaires. La brutalité de la rupture se déduit notamment de l'absence de préavis écrit.

Tribunal de commerce de Périgueux, 5 avril 2004. Jugement frappé d'un appel jugé par la Cour d'appel de Bordeaux le 28 février 2005(cf, page 12).

L'envoi d'un fax menaçant de l'arrêt des relations d'affaires ne constitue pas une lettre de rupture. La rupture des relations commerciales signifiée verbalement présente un caractère brutal, compte tenu de l'absence d'écrit.

Tribunal de commerce de Bobigny, 9 avril 2004. Jugement frappé d'appel.

Un producteur décida de ne plus fournir des distributeurs pratiquant la vente à distance. Bien que la rupture de relation commerciale soit jugée non brutale, la société est condamnée sa responsabilité étant engagée car la société ne pouvait ignorer le risque qu'elle faisait courir à l'autre société. Responsabilité engagée au sens de l'article 1383 du code civil.

Cour d'appel de Douai, 25 mai 2004. Arrêt frappé d'un pourvoi.

La Cour confirme le jugement du **Tribunal de commerce de Roubaix-Tourcoing** du 18 septembre 2003, la rupture brutale des relations commerciales est confirmée en l'absence de préavis et de toute notification écrite. Or, le fait de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels, constitue une faute, et engage la responsabilité de son auteur, sauf force majeure ou inexécution de ses obligations par l'autre partie.

Tribunal de commerce de Nanterre, 5 novembre 2004. Jugement frappé d'un appel jugé par la Cour d'appel de Versailles le 2 février 2006 (cf, page 13).

Dans le cas d'espèce, la rupture brutale n'a pas été justifiée car le préavis est insuffisant au regard de la durée de la relation commerciale.

Tribunal de commerce de Nanterre, 1^{er} décembre 2004. Jugement frappé d'un appel jugé par la Cour d'appel de Versailles le 18 mai 2006 (cf, page 14).

Une relation commerciale étroite était établie entre deux sociétés même en l'absence de contrat écrit. La baisse importante des commandes (90%) non précédée d'un préavis mais seulement de discussions et d'échanges de correspondances constitue une rupture brutale partielle des relations commerciales.

En 2005, 9 décisions ont été rendues³.

Tribunal de commerce de Senlis, 4 février 2005 Jugement frappé d'un appel jugé par la Cour d'appel d'Amiens le 9 mai 2006 (cf page 14)

Dans le cas d'espèce, les relations étaient établies. L'absence de préavis suffit en elle-même à caractériser le caractère brutal de la rupture de relations commerciales.

Cour d'appel de Bordeaux, 28 février 2005. Arrêt définitif (cf, page 11).

Les relations étaient établies et la Cour constate que le délai était suffisant pour permettre de trouver une autre source d'approvisionnement. Néanmoins, la société victime de la rupture de relation est indemnisée pour atteinte à son image et gêne subie pour trouver de nouveaux fournisseurs.

Tribunal de commerce de Nanterre, 8 avril 2005. Jugement frappé d'un appel jugé par la Cour d'appel de Versailles le 18 mai 2006 (cf, page 14).

La baisse de commandes n'est pas une rupture même partielle des relations commerciales mais une évolution de la relation nécessitée par la conjoncture ou les choix stratégiques de l'industriel donneur d'ordre. La rupture brutale de relation commerciale n'est pas reconnue.

Tribunal de commerce de Nîmes, 7 septembre 2005. Jugement frappé d'appel.

Le tribunal considère tout d'abord qu'il n'y avait pas de relations commerciales constantes et continues entre les deux sociétés mais seulement des accords commerciaux. Il souligne ensuite que les conditions et les modalités de rupture des relations commerciales n'étaient pas prévues dans le contrat de même qu'aucun préavis contractuel n'était stipulé. Il estime enfin que la rupture des relations commerciales était justifiée en retenant la mauvaise qualité des produits livrés et leur non conformité aux règles d'hygiène. L'inexécution par la société de ses obligations, que l'article L 442-6 I 5° du code de commerce érige en motif justificatif d'une rupture brutale de relation commerciale sans préavis, était suffisamment grave en l'espèce pour permettre une rupture brutale sans que la société en cause n'engage sa responsabilité civile.

Cour d'appel de Douai, 8 septembre 2005. Arrêt définitif.(cf, page 10).

La Cour confirme le jugement de première instance du tribunal de commerce de Lille. La pratique visée par l'article L 442-6 I 4° du code de commerce comme engageant la responsabilité de son auteur est donc bien constituée car la société en cause a tenté d'obtenir de son partenaire, sous la menace d'une rupture brutale des relations commerciales, une remise manifestement dérogatoire aux conditions générales de vente. Elle confirme également le caractère brutale de la rupture de relation commerciale.

Cour de cassation, 6 octobre 2005. (Cour d'appel de Dijon, 21 octobre 2003).

La Cour se prononce sur la compétence territoriale et indique que lorsque le dommage consécutif à une rupture brutale de relations commerciales est la cessation d'activité, la juridiction territorialement compétente est celle dans le ressort de laquelle la société victime a son siège social.

³ Pour mémoire, jugement définitif du TC Le Creusot Marine SARL c/Exo-TIC SARL en date du 25 janvier 2005, jugement définitif : la réorganisation interne d'une entreprise entraînant l'arrêt des livraisons ne constitue pas une rupture brutale lorsque le partenaire du fournisseur refuse l'offre de négociation de celui-ci.

Cour d'appel de Douai, 13 octobre 2005. Pourvoi en cassation.

Déjà cité au titre de l'application de l'article L 442-6 I 2° a) du code de commerce (page 5).

Rupture brutale de relation commerciale : aucun préavis n'a été donné préalablement à cette rupture qui présente dès lors un caractère brutal et fautif.

La Cour condamne l'enseigne à une amende civile de 30 000 euros pour le trouble causé à l'ordre public économique au titre des deux pratiques fautives (avantage sans contrepartie ; rupture brutale de relation commerciale) ainsi qu'à des dommages et intérêts au profit des co-contractants.

Tribunal de commerce de Paris, 14 novembre 2005. Jugement frappé d'un appel.

La rupture brutale de relation commerciale est rejetée au motif que la société victime de la rupture n'a pas su se réorganiser pour trouver des solutions de remplacement suite aux changements structurels intervenus chez son cocontractant. En outre, au moment de la rupture la société demanderesse se trouvait dans l'incapacité de poursuivre des relations commerciales avec son cocontractant.

Au 1^{er} semestre 2006, cinq décisions ont été rendues par une juridiction du premier ou du deuxième degré en matière de rupture brutale des relations commerciales.

Cour d'appel de Versailles, 2 février 2006. Arrêt définitif (cf, page 12).

La Cour d'appel de Versailles dans un arrêt du 02 février 2006 a confirmé partiellement le jugement rendu par le Tribunal de commerce de Nanterre le 05 novembre 2004 condamnant une société pour rupture brutale de relations commerciales à 10 000 euros d'amende civile. Ainsi, la Cour relève qu'il y a bien eu rupture brutale de relations commerciales mais infirme le jugement en ce qui concerne la durée du préavis et le montant de l'amende. Un préavis d'une durée de 6 mois aurait dû être respecté pour une relation commerciale de 6 ans ; le grief invoqué pour justifier la rupture brutale ne pouvait être pris en compte dans la mesure où il n'apparaissait pas dans la lettre de rupture. Au vu de la nature du litige, de l'activité des parties et l'ancienneté de leurs relations le préavis a été abaissé de 1 an à 6 mois.

Tribunal de commerce de Roanne, 22 mars 2006. Jugement définitif.

Il y a bien eu rupture brutale de relation commerciale en l'absence de lettre de rupture et donc de préavis malgré une relation commerciale établie depuis 8 ans. La société condamnée avait en outre passé commande à son client alors qu'elle savait que son partenaire était incapable de fournir la prestation.

Le Tribunal de commerce de Roanne dans un jugement du 22 mars 2006 a condamné une société pour rupture brutale des relations commerciales. Le Tribunal reconnaît l'existence du trouble à l'ordre public et prononce une amende civile de 10 000 €.

Cour d'appel d'Amiens, 9 mai 2006. Arrêt définitif (cf, page 12).

La Cour d'appel d'Amiens a confirmé, par un arrêt du 9 mai 2006, le jugement rendu par le **Tribunal de commerce de Senlis** le 4 février 2005 en matière de rupture brutale des relations commerciales. La Cour d'appel adopte cependant une motivation différente du Tribunal de commerce. Ainsi, la Cour constate l'existence d'un préavis écrit mais le juge insuffisant. Pour une relation commerciale de 14 ans la Cour a estimé qu'un préavis d'un an aurait dû être respecté. La Cour a confirmé le montant de l'amende civile infligée à la société pour un montant de 50 000 euros mais a diminué le montant des dommages et intérêts alloués.

Cour d'appel de Versailles, 18 mai 2006. Deux arrêts. Arrêts définitifs (cf, page 12).

Deux arrêts rendus par la Cour d'appel de Versailles le 18 mai 2006 ont débouté le Ministre de ses demandes en matière de rupture brutale des relations commerciales.

Le premier arrêt confirme intégralement le jugement rendu par le **Tribunal de commerce de Nanterre** le 8 avril 2005 et rejette la qualification de rupture brutale des relations commerciales. Compte tenu des défaillances de la société dans la livraison de ses produits et de la conjoncture économique défavorable dans le secteur concerné, la Cour estime que les différents plans de désengagement proposé par la société qui a rompu les relations commerciales constituaient des préavis écrits d'une durée suffisante.

Le deuxième arrêt confirme le jugement de première instance du **Tribunal de commerce de Nanterre** en date du 1^{er} décembre 2004 et condamne la SAS qui a rompu les relations commerciales à des dommages et intérêts pour rupture brutale des relations commerciales. La Cour a considéré qu'un préavis de 12 mois aurait dû être respectée du fait que la relation commerciale avait duré 15 ans. Cependant, la demande d'amende civile du Ministre est rejetée car aucun trouble à l'ordre public économique n'aurait été généré par cette rupture brutale.

b) Principaux enseignements juridiques.

- Soumission à la loi française

Le **Tribunal de commerce de Roubaix-Tourcoing** dans un jugement du **12 février 2004** rappelle que l'article L 442-6 I 5° du Code de commerce trouve à s'appliquer dès lors que le fait générateur a lieu en France, quand bien même un des partenaires à la relation commerciale est une société de droit étranger⁴.

- Produits et services

Le tribunal de commerce de Roubaix-Tourcoing dans le jugement précité rappelle que cet article vise aussi bien les relations commerciales portant sur la fourniture d'un produit que celles portant sur la fourniture d'une prestation de services conformément à une jurisprudence constante (en ce sens, *Cass. Com 23 avril 2003*).

- Notion de relation commerciale établie

Il est de jurisprudence constante que la constatation d'une relation commerciale établie requise pour l'application du texte, n'est pas subordonnée à l'existence d'un écrit (*Cass. Com 28 février 1995, Cass. Com 7 janvier 2004*) : « *La loi entend viser des relations d'affaires suivies et anciennes sans égard au cadre juridique que les parties ont pu lui donner* » (**CA Nancy 10 mars 2004**). Ainsi, la notion de « *relation commerciale établie* » est appréciée souplesment par la jurisprudence puisque celle ci considère que des relations nouées de manière informelle peuvent constituer une relation commerciale établie (*CA Versailles 20 février 2003*).

Encore faut il caractériser une certaine stabilité et intensité. Il a été jugé que la signature de deux conventions conclues en deux ans ne saurait constituer une relation commerciale constante et continue (**TC Nîmes, 07 septembre 2005**).

Le recours à la procédure d'appel d'offres mérite une attention particulière en raison de son mécanisme même. La jurisprudence a confirmé sa position selon laquelle une procédure d'appel d'offres n'excluait pas la qualification de relation commerciale établie lorsque le partenaire a été systématiquement sélectionné pendant de nombreuses années (*Cass.com 6 juin 2001*). Ainsi, l'existence d'une relation commerciale a été retenue en dépit de la mise en concurrence bimestrielle des fournisseurs (*Cass.com 17 mars 2004*).

⁴ La CA de Versailles, arrêt du 14 octobre 2004 dans le même sens « cette loi française s'impose à une société française que son partenaire soit lui même français ou étranger et que son application est recherchée devant une juridiction française à propos d'un litige ayant pour objet la rupture de relations commerciales établies résultant pour l'essentiel de l'exécution d'un contrat de distribution que les parties ont entendu soumettre au droit français et se trouvant par la aussi rattaché à l'ordre juridique français ».

La qualification de relation commerciale établie peut être écartée à propos de contrats conclus pour des missions semestrielles à la suite d'une mise en compétition avec des concurrents. Ainsi, la Cour relève que « *le recours à une mise en compétition avec des concurrents, avant toute commande de chacune des missions semestrielles privait les relations commerciales de toute permanence garantie et les plaçait dans une précarité certaine* ». C'est ici le caractère systématique qui semble avoir pesé dans le raisonnement des magistrats (**CA Versailles 24 mars 2005**, revue Contrats – Concurrence – Consommation, juillet 2005 page 23).

Le **Tribunal de commerce de Paris** dans un jugement du **14 novembre 2005** rappelle que la révocation d'un commun accord d'une convention tacite ne nécessite aucun formalisme spécifique. De plus, la baisse du chiffre d'affaire ne saurait être invoquée comme justifiant le versement d'une prestation compensatoire lorsque cette baisse pouvait être évitée. Ainsi, le Tribunal de commerce de Paris relève que le demandeur n'avait pas su se réorganiser pour trouver des solutions de remplacement suite aux changements structurels intervenus chez son contractant.

- Éléments d'appréciation du caractère brutal de la rupture

Selon le droit commun, pour être sanctionnable, la rupture de relations commerciales doit être imprévisible, soudaine et violente pour être sanctionnée (en ce sens **TC Le Creusot, 25 janvier 2005**). L'article L 442-6 I du Code commerce caractérise la brutalité de la rupture par l'absence de préavis écrit tenant compte des relations commerciales antérieures ou des usages reconnus par des accords professionnels (**CA Toulouse, 4 mars 2004**).

L'état de dépendance économique de la victime n'est pas un élément constitutif de l'infraction (CA Amiens, 30 novembre 2001), mais il peut constituer une circonstance aggravante de la rupture brutale (CA Douai, 15 mars 2001). La Cour de cassation a confirmé cette solution récemment (**Cass.com 17 mars 2004**).

La rupture brutale peut revêtir différentes formes mais ne saurait être constituée du fait :

- de la réorganisation, par le fournisseur, de son système de présentation des collections et de livraison notamment quand cette réorganisation est justifiée économiquement (**TC Le Creusot précité**). Cette position reste conforme à la jurisprudence antérieure (CA Paris, 18 février 2004).
- de la répercussion, par un industriel, sur son sous-traitant de la baisse de ses commandes (**TC Nanterre 08 avril 2005** confirmé par **CA Versailles, 18 mai 2006**)

Même en présence de commandes, la rupture des relations commerciales peut être constatée notamment quand le donneur d'ordre ne peut ignorer que son cocontractant ne dispose pas du métier nécessaire pour honorer cette commande (TC Roanne, 22 mars 2006).

- Appréciation de la durée du préavis

Le tribunal de commerce de Lille a ainsi rappelé que pour déterminer la durée d'un préavis les juges doivent se référer à la notion de délai « raisonnable » (**TC Lille, 27 janvier 2004**).

Pour apprécier la durée du préavis, il convient de tenir compte de la durée de la relation commerciale dans sa globalité de forme de durée et non pas seulement de la durée du dernier contrat en cours (**Cass. Com 06 juin 2001**).

D'autres critères peuvent être pris en compte. (Pour des exemples de critères : **Cour d'appel de Toulouse, 4 mars 2004** et **Cour d'appel de Douai 29 septembre 2005**).

Le respect d'un préavis contractuel n'est pas en soi suffisant pour exonérer de sa responsabilité l'auteur d'une rupture brutale, il doit être raisonnable eu égard à la durée des relations commerciales antérieures (**Cass. Com 12 mai 2004**). La Cour de cassation a ainsi rejeté le caractère brutal d'une rupture car son auteur avait non seulement respecté le préavis contractuel de trois mois mais aussi accepté de prolonger les relations pendant un an (**Cass. Com, 4 février 2004**).

L'appréciation de la durée du préavis s'effectue concrètement et dépend par conséquent de chaque espèce. A par exemple été jugé insuffisant un préavis d'un mois compte tenu de l'ancienneté de la relation commerciale de quatre ans (**CA Douai 08 septembre 2005**). La

jurisprudence tient compte notamment du temps nécessaire pour la recherche d'autres débouchés ou d'autres sources d'approvisionnement (**CA Douai** 08 septembre 2005 et **CA Bordeaux** 28 février 2005). Un préavis d'un an compte tenu d'un contrat de concession exclusive de quinze ans a été jugé raisonnable et suffisant par la Cour d'appel (**CA Douai** 29 septembre 2005, BRDA 4/06 page 11).

Le préavis d'un an fixé par le Tribunal de commerce de Nanterre dans un jugement du 5 novembre 2004 a été jugé excessif, la Cour retient qu'un préavis de 6 mois est plus conforme à l'activité des parties et l'ancienneté de leurs relations (**CA Versailles, 02 février 2006**). En matière d'industrie textile, le **Tribunal de commerce de Roanne** (jugement précité) a estimé le préavis raisonnable à 6 mois, compte tenu de la durée de la relation commerciale (8 ans) et compte tenu de la durée d'une saison de collection (6 mois).

Un préavis n'est pas nécessaire en cas de force majeure ou de faute de l'un des co-contractants (*CA Paris 19 janvier 2001*) comme l'a rappelé régulièrement la jurisprudence en 2004 et 2005 (pour exemple, **CA Douai**, 25 mai 2004, **TC Nîmes 2005**).

Cependant, la faute de l'un des co-contractants doit présenter un certain degré de gravité pour justifier une rupture sans préavis (**TC Roubaix-Tourcoing**, 12 février 2004). Le refus de transiger sur les prix antérieurement pratiqués en accordant rétroactivement une compensation avec la hausse de prix pratiqués ne peut pas constituer une faute du cocontractant dans la mesure où une telle demande contrevient aux dispositions de l'article L 442-6 II du Code de commerce (**CA Versailles**, 02 février 2006).

3) Les pratiques discriminatoires abusives.

a) Le cadre juridique.

Bien que le législateur ait dépénalisé les pratiques discriminatoires abusives, sa prohibition « per se » est maintenue à l'article L 442-6, I 1° du code de commerce selon lequel,

« engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou artisan :

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

Il convient de rappeler que l'article L 442-6 I 1° n'interdit pas la différenciation tarifaire. La loi PME a d'ailleurs modifié l'article L 441-6 du code de commerce et est venue confirmer ces possibilités de différenciation. Ce traitement différencié peut s'exprimer en termes de prix, de conditions de paiement, de modalités de vente ou d'achat discriminatoires. En matière de pratiques commerciales, c'est l'abus dans la discrimination qui est sanctionné.

On rappellera que la jurisprudence a par ailleurs facilité l'application de l'article L 442-6 I 1° dès lors qu'elle admet qu'il n'y a pas lieu pour le ministre ou pour l'opérateur économique concerné de démontrer l'existence d'un préjudice causé par la pratique. L'avantage ou le désavantage est directement lié à l'identification d'une discrimination. Il n'y a donc pas lieu de démontrer l'existence d'un avantage ou d'un désavantage dans la concurrence

b) Les décisions et pratiques en matière de discriminations abusives au sens de l'article L 442-6 I 1° du code de commerce.

Les décisions restent peu nombreuses⁵.

Les discriminations abusives visées par le législateur peuvent être très variées. On rappellera qu'elle peuvent concerner chaque condition de vente ou être plus globale, résulter d'une offre d'un fournisseur ou de sa réponse à la sollicitation d'un client. De même, ces discriminations peuvent être effectuées en hausse ou en baisse. Toutes les conditions des transactions sont

⁵ Pour mémoire en 2004, arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 8 janvier 2004 : pas d'abus, ni de discrimination entre les deux sociétés en cause.

donc concernées : prix mais aussi conditions de vente, modalités de vente ou d'achat, délais de paiement.

Pour qu'une discrimination portant sur les prix, sur les délais de paiement, sur les conditions ou modalités de vente ou d'achat soit abusive il faut quelle n'ait pas de contrepartie réelle.

TGI Thonon Les Bains, 24 juin 2004. Décision frappée d'appel.

Une société refuse de concéder à un client les remises sur des prix de forfait concédées à d'autres tours opérateurs. Le TGI reconnaît l'existence de la pratique discriminatoire puisque la société cliente se voit presque systématiquement accorder de moins bonnes conditions tarifaires par rapport à ses concurrents alors que les remises ne sont pas proportionnelles aux chiffres d'affaires des tours opérateurs. La société attrait ne justifie pas la légitimité des remises accordées à certains opérateurs : son appréciation est dénuée d'éléments quantitatifs précis et la discrimination ne repose pas sur des critères objectifs et vérifiables. Le tribunal reconnaît l'abus de position dominante en exerçant des pratiques discriminatoires.

Cour d'appel de Versailles, 27 janvier 2005. Arrêt définitif.

La Cour qualifie de pratique discriminatoire l'octroi d'une « *remise catalogue* » par une société à certains seulement de ses clients, la société spécifiant que cette remise était accordée à tout distributeur qui offre la « *présence* » dans ses points de vente des produits visés à son tarif bénéficiant d'un taux réduit de TVA (excluant de fait les distributeurs qui offrent des produits n'appliquant pas ce taux de TVA). L'effet de gamme entre différents produits invoqué par la société comme contrepartie réelle à cette remise n'est pas recevable au motif que selon la Cour un effet de gamme n'existe pas entre des produits qui ne sont pas de même nature. La société n'a pu justifier sa pratique discriminatoire par une contrepartie réelle.

Tribunal de commerce de Mâcon, 12 janvier 2005. Jugement frappé d'un appel.

La discrimination résulte du fait que les contraintes imposées à la plaignante ne l'étaient pas aux autres clientes, en matière de conditions de règlement, de tarifs plus élevés pour la plaignante que pour ceux accordés aux autres prestataires.

Tribunal de commerce de Morlaix, 8 février 2006. Jugement définitif.

Le Tribunal a condamné une enseigne à 4000 € d'amende civile. Le Tribunal relève qu'il est établi, par l'enquête de la DGCCRF, que les engagements financiers souscrits par les fournisseurs sont disproportionnés au regard des prestations fournies par la société, les lettres de satisfaction des fournisseurs recueillies par la SARL n'étant pas retenues comme l'exonérant de sa responsabilité. Le Tribunal rejette cependant la demande du Ministre en nullité du contrat ne jugeant pas opportun de prendre cette sanction. Malgré ces constatations, le Tribunal retient curieusement, l'existence de pratiques discriminatoires sans énoncer la moindre motivation (alors même que le Ministre n'avait pas fondé ses demandes sur ce moyen).

Un arrêt de rejet rendu par la Cour de cassation a également confirmé le bien fondé de l'intervention du Ministre en matière de pratiques discriminatoires.

Cour de cassation, 25 avril 2006.

La Cour de cassation dans un arrêt du 25 avril 2006 a rejeté le pourvoi formé par une société et confirme l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Dijon le 5 septembre 2003. La Cour de cassation relève que malgré le motif erroné exposé par la Cour d'appel, l'existence de pratiques discriminatoires était bien démontrée.

c) Les enseignements juridiques.

Les décisions intervenues ont permis d'apporter des précisions tant sur le champ d'application que sur les conditions, le régime de la preuve et la sanction en matière de discrimination abusive.

- Champ d'application

La notion de « partenaire économique » telle que prévue par l'article L 442-6 I-1° du code de commerce a donné lieu à diverses interprétations. Il ne fait aucun doute que cette notion s'applique dans le cas de relations verticales fournisseurs/distributeurs (*CA Nîmes, 25 janvier 1996*). La **Cour de cassation** dans un arrêt du **25 avril 2006** rappelle que cette notion vise également le cas où le fournisseur vend ses produits aux entreprises clientes du distributeur. Dans ce cas, il s'agit de relations horizontales puisque le fournisseur se place au même niveau que le distributeur. Cette position reste dans la lignée jurisprudentielle de la Cour de cassation (*Cass. Com, 21 octobre 1997*).

- Conditions de la discrimination

Deux décisions intervenues en 2005, **TC Macon**, 12 janvier 2005 et **CA Versailles**, 27 janvier 2005 sont venues confirmer l'état de la jurisprudence antérieure :

- Le traitement discriminatoire n'est pas justifiée par des contreparties réelles telles que, par exemple, les risques particuliers liés à la conclusion d'un contrat (**TC Macon, 12 janvier 2005**). Dans le cas d'espèce, la plaignante s'est vu imposer, pour la prestation à rendre, plusieurs contraintes, contraintes non appliquées aux autres clients : en matière de conditions de règlement, en matière de tarifs (plus élevés que pour les autres clients prestataires), en l'absence de caractère particulier des prestations.

- Selon une jurisprudence constante, il doit exister un lien étroit entre les avantages consentis et les contreparties réelles (*Cass. Com 12 mars 2002*). Ainsi, un prétendu effet de gamme entre des produits qui ne sont pas de même nature ne peut justifier une discrimination (**CA Versailles, 27 janvier 2005**).

Le refus d'octroyer des délais de paiement à certains distributeurs, alors même qu'ils sont accordés à d'autres, peut être non discriminatoire. Il en va ainsi lorsque les distributeurs se prétendant victimes de pratiques discriminatoires n'honorent pas leurs engagements alors qu'ils ne sont pas en difficulté financière (**CA Versailles, 8 janvier 2004**)

- Elle crée un avantage ou un désavantage dans la concurrence

Dans un arrêt du *24 octobre 1996*, la **Cour d'appel de Versailles** avait considéré que l'avantage ou le désavantage dans la concurrence était une condition autonome de l'application de l'article L442-6 I 1° du code commerce. La Cour de Cassation a cassé cet arrêt et revient donc à une solution traditionnelle (**Cass.com 6 avril 1999**). Ainsi, une jurisprudence désormais bien établie considère que l'avantage ou le désavantage dans la concurrence résulte nécessairement de la discrimination non justifiée sans qu'il y ait lieu de démontrer l'existence d'un préjudice (**Cass. Com 5 décembre 2000**). La **Cour d'appel de Versailles** dans son arrêt du **27 janvier 2005** a modifié sa position en considérant que « *l'existence d'un avantage ou d'un désavantage est patente dès lors que le caractère discriminatoire de la pratique est établi* ».

- Preuve de la discrimination

Si la preuve de l'existence d'une pratique discriminatoire incombe à celui qui s'en prétend victime (**Cass. Com 27 janvier 1998**), il appartient à l'auteur d'une telle pratique de la justifier (**CA Versailles, 27 janvier 2005**). Sur ce point la jurisprudence n'a jamais opéré de revirement.

- Sanction de la discrimination

Dans sa rédaction antérieure à la loi du 15 mai 2001, la seule sanction possible face à des pratiques discriminatoires était la responsabilité civile de leur auteur. La nullité d'un contrat de partenariat au contenu discriminatoire ne peut donc pas être accordée sur la base de l'ex article L 442-6 du Code de Commerce. La nullité d'un tel accord ne pourrait être envisagée que dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles puisque les articles L 420-1 et L 420-2 prévoient expressément une telle sanction (**CA Versailles, 30 septembre 2004**).

4) Soumission d'un partenaire à des conditions de paiement manifestement abusives.

En matière de délais de paiement, la loi sanctionne la soumission d'un partenaire à des conditions de règlement abusives. Le 7° de l'article L 442-6 du code de commerce introduit la prohibition de la soumission d'un partenaire à des conditions de paiement abusives compte tenu des règles coutumières en ce domaine en s'écartant au détriment du créancier sans raison objective du délai de règlement de 30 jours, suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation, fixée à titre supplétif à l'article L 441-6 alinéa 2 du code de commerce.

La première application jurisprudentielle de cette disposition a eu lieu devant le Tribunal de commerce de Lille. Un délai de paiement abusivement long et supérieur aux délais contractuellement prévus, en contradiction avec les accords existants avec les fournisseurs, caractérise un abus (**TC Lille**, 18 novembre 2004). Le Tribunal de commerce rappelle en outre que quand bien même la remise d'un effet de commerce vaut paiement en valeur, cet engagement cambiaire ne peut être assimilé au paiement des effets à leur échéance (**Cass. Com** 09 janvier 1990 et 03 mai 2000). Le Tribunal a ainsi jugé comme abusif des délais d'émission d'effet supérieur à l'usage normal.

5) Obtention d'un avantage comme condition préalable à toute commande (L 442-6 I 3°).

L'article L 442-6 I 3° prévoit la sanction, en tant que pratique illicite, du fait

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

Pour la première fois, la Cour de cassation a eu à se prononcer sur la validité d'un contrat donnant lieu à versement d'une somme d'argent lié à la passation d'une commande mais ne prévoyant pas la teneur et le coût de la prestation de service. La Haute juridiction relève qu' « engage sa responsabilité civile toute entreprise qui obtient ou tente d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un contrat écrit » (**Cass. Com**, 17 mars 2004). Le tribunal de commerce de Vienne dans son jugement en date du 14 mars 2006 condamne ainsi un distributeur à restituer à ses fournisseurs, sur ce fondement, les sommes perçues à titre de référencement, avant toute commande de produits et sans engagements écrit sur un volume d'achat proportionné.

III - Les décisions judiciaires statuent également sur l'action du Ministre et les règles de procédure

A) L'action du ministre est solidement établie.

Aux termes de l'article L 442-6 III du code de commerce, l'action devant la juridiction civile ou commerciale peut être introduite par le ministère public mais également par le Ministre de l'économie, le président du conseil de la concurrence ou par toute personne justifiant d'un intérêt.

Bien que très peu utilisée, la faculté d'introduire l'action civile ou d'intervenir volontairement devant les juridictions existe également pour les organisations professionnelles (article L 470-7) chaque fois que les faits portent un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession ou du secteur qu'elles représentent ou à la loyauté de la concurrence.

Une action en référé (article L 442-6-IV) est également prévue pour que soit enjointe la cessation des pratiques ou pour ordonner des mesures provisoires.

1) L'Intérêt du Ministre à agir bien que prévu par la loi est parfois encore discuté.

L'action ou l'intervention du ministre de l'économie se justifie lorsqu'il existe une atteinte à l'ordre public économique (**CA Paris** 6 juillet 1998). La place du Ministre de l'Économie devant les juridictions civiles ou commerciales est ainsi particulière car il ne s'agit pas pour lui de s'immiscer dans des litiges purement privés mais de provoquer une décision du tribunal lorsque les pratiques en cause sont de nature à causer un trouble à l'ordre public (dommage à l'économie).

L'intérêt du Ministre à agir est bien établi comme l'ont admis la plupart des décisions intervenues dans la période.

On notera néanmoins quelques décisions traduisant dans des cas particuliers certaines hésitations de la jurisprudence. Il en est ainsi dans deux jugements contradictoires rendus en 2004. Tout d'abord, le **Tribunal de commerce de Nanterre** dans un jugement du **5 novembre 2004**, déduit de l'existence d'une rupture brutale de relations commerciales, l'existence d'un trouble à l'ordre public. Mais, un mois plus tard, le même tribunal rejette la demande de sanction du ministre, bien que la rupture brutale soit établie, au motif que le ministre n'avait pas prouvé un trouble à l'ordre public économique tel que fermeture d'usines, licenciements importants ou manifestation sur la voie publique (**TC Nanterre 1^{er} décembre 2004**). De même, la **Cour d'appel de Versailles** dans un arrêt du **18 mai 2006** confirme un autre jugement du Tribunal de commerce de Nanterre rendu le 1^{er} décembre 2004 qui avait rejeté la demande de sanction du ministre, bien que la rupture soit établie, au motif que le ministre n'avait pas prouvé un trouble à l'ordre économique.

La Cour de cassation rappelle que la recevabilité de l'intervention du ministre ne peut être subordonnée à la recevabilité de l'action engagée par la victime des manquements (**Cass. Com 7 juillet 2004**). En effet, le Ministre dispose d'un droit propre à agir contre les pratiques discriminatoires pour un motif d'intérêt général. De plus, la Cour relève que bien que l'article L 442-6 III du Code de commerce confère au Ministre un droit d'intervention à titre principal, l'article L 470-5 du même code n'autorise le Ministre qu'à déposer des conclusions au soutien de l'action principale exercée par la victime des pratiques discriminatoires. Cette solution avait déjà été dégagée par la Cour de cassation en 1996 (**Cass. Com 26 novembre 1996**).

2) Parmi les sanctions la répétition de l'indu est prononcée de manière croissante.

La loi NRE du 15 mai 2001 a donné au Ministre pour toutes les pratiques visées à l'article L 442-6 I du code de commerce le pouvoir de faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites, de demander la répétition de l'indu et le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut excéder 2 millions d'euros.

La possibilité de demander la répétition de l'indu est le plus souvent contestée par le défendeur.

La répétition de l'indu a été ainsi ordonnée dans certaines des décisions déjà citées et parfois pour des montants conséquents, le juge rappelant le plus souvent que le ministre dispose de la possibilité de demander la répétition de l'indu dans le cadre de sa mission de gardien de l'ordre public économique.⁶

Si la répétition de l'indu a été, comme on l'a vu, prononcée dans des décisions exemplaires, la jurisprudence ne semble pas encore totalement harmonisée sur ce point. A titre d'exemple, le **Tribunal de commerce d'Aubenas** dans un jugement du **8 mars 2005** a débouté le ministre quant à ses demandes de restitution des sommes indûment perçues au motif qu'il ne pourrait se substituer aux victimes. Cette position semble contestable puisque l'action du ministre repose sur la défense de l'ordre public économique qui ne se confond pas avec la défense d'intérêts privés.

B) Les principales questions de procédures soulevées par les parties.

1) La compétence territoriale.

La responsabilité instituée par l'article L 442-6 du Code de commerce est de nature délictuelle (**CA Versailles 26 octobre 1995**). Dès lors, la victime dispose de l'option offerte par l'article 46 alinéa 3 du nouveau Code de procédure civile c'est à dire soit saisir la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi (**CJCE 30 novembre 1976, Cass. Com 21 avril 1992**). La **Cour de Cassation** dans son arrêt du **6 octobre 2005** a ainsi approuvé la Cour d'Appel d'avoir considéré que le dommage avait été subi au lieu où s'exerçait l'activité de l'entreprise puisqu'en l'espèce le dommage subi consistait en la cessation

⁶ Tribunal de commerce de Chartres, 28 septembre 2004 ; Cour d'appel de Bourges, 18 octobre 2004 ; tribunal de commerce de Nanterre, 15 novembre 2005 ; tribunal de commerce d'Angers, 15 février 2006 ; tribunal de commerce de la Roche sur Yon du 14 mars 2006, tribunal de commerce de Vienne du 14 mars 2006, etc.

de l'activité de l'entreprise victime à la suite de difficultés financières issues de la rupture brutale des relations commerciales.

Le **TGI de Guingamp** dans un jugement en date du **21 mars 2006** rappelle que l'action du Ministre fondée sur l'article L 442-6 II du Code de commerce a un fondement extra-contractuel. En outre, conformément à une jurisprudence antérieure et bien établie, la responsabilité instituée par l'article L 442-6 du Code de commerce est de nature délictuelle (*CA Versailles 26 octobre 1995*). La juridiction compétente est donc soit celle du lieu du fait dommageable soit celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi. Le tribunal reprend à son compte la jurisprudence de la Cour de cassation et affirme que l'on ne peut assimiler le lieu où le dommage est survenu au lieu auquel ont pu ultérieurement être mesurées les conséquences financières des agissements allégués. La juridiction dans le ressort de laquelle le défendeur avait son siège social était donc compétente selon ce jugement.

Cependant, le **Tribunal de commerce de Roanne** dans un jugement du **22 mars 2006** a suivi une autre jurisprudence (**Cass. Civ** 6 octobre 2005) et considère que s'agissant d'une action de nature délictuelle, le lieu du fait dommageable est le lieu où la société victime effectue son activité économique de production et que le lieu auquel le dommage a été subi est le lieu où la société victime avait son siège social.

2) L'Intervention du ministre de l'économie pour la première fois en appel.

La **Cour d'appel de Douai** dans son arrêt du **13 octobre 2005** a rappelé que l'intervention du ministre pour la première fois en appel reste possible. Cependant, cette intervention n'est recevable que dans la mesure où le ministre ne soumet pas à la Cour un litige nouveau. En l'espèce, la demande du ministre procédait directement de la demande originaire et tendait aux mêmes fins de sanction. Par contre, ont été jugées irrecevables les demandes du Ministre relatives à des éléments qui n'avaient pas été soumis au débat contradictoire en première instance. Cette solution s'inscrit dans le cadre d'une jurisprudence constante en matière civile (*Cass. 2^e civ. 11 juin 1975* et *Cass. 2^e civ. 9 juillet 1986*).

De plus, l'arrêt de la Cour d'appel de Douai soumet implicitement le ministre aux règles posées par le nouveau Code procédure civile. Ainsi, la Cour de Cassation a affirmé que les règles de procédure civile ne connaissent d'autres exceptions que celles expressément prévues par la loi (*Cass. Com 26 novembre 1996*) contrairement à une jurisprudence antérieure qui écartait ces règles lorsque le ministre intervenait en vertu de l'article L470-5 du Code de commerce (*CA Paris 16 janvier 1989 confirmé par Cass. Com 6 novembre 1990*).

3) la question des délégations de signature et de pouvoirs.

Le décret n° 87-163 du 12 mars 1987 autorise le Ministre chargé de l'Économie et des Finances à déléguer par arrêté sa signature dans le cadre de l'article 36 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 devenu l'article L 442-6 du Code de commerce. Le **Tribunal de commerce de La Roche Sur Yon** dans un jugement du 14 mars 2006 rappelle que ce décret ne renvoie qu'au III alinéa 1 de l'actuel article L 442-6 du Code de commerce par lequel le pouvoir réglementaire a donné au Ministre le pouvoir d'introduire l'action. Les infractions sont définies aux autres alinéas de l'article L 442-6 auxquels le décret ne renvoie pas. Le décret ne concerne que la signature des actes relatifs à l'action et a pour objet la continuité de l'action de l'État. Il importe peu que la définition des actes illicites ait été donnée par le législateur après le 12 mars 1987 dès lors que le Ministre disposait déjà à cette date du pouvoir d'introduire l'action. Le **Tribunal de commerce de La Roche sur Yon** a donc déclaré valable la délégation de signature, de même que l'assignation lancée contre la société en cause. Cette solution jurisprudentielle est bien établie et avait déjà été posée dans un autre jugement rendu en 2006 (**TC Angers 15 février 2006**).

Le **Tribunal de commerce de Morlaix** par jugement du 8 février 2006 rappelle que le directeur départemental de la concurrence peut lancer une action en justice car le décret de 1987 prévoit la délégation de signature du ministre à son profit. Le tribunal estime que tout fonctionnaire peut ester en justice dans le cadre de l'action prévue à l'article L 442-6 du code de commerce lorsqu'il justifie d'une délégation de signature valable délivrée par son supérieur direct, lui-même investi de ce pouvoir par sa hiérarchie.

En outre, le **Tribunal de commerce de Tours**, dans un jugement du 23 juin 2006 relève que bien que la délégation de signature du ministre ne soit pas valable au jour du dépôt de l'assignation, cette dernière n'est pas nulle si la cause de la nullité a disparu au moment où le juge statue. Cette solution se fonde sur l'article 121 du NCPC et reste conforme à la jurisprudence antérieure (**CA Bourges**, 13 octobre 2004).

4) Article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et article L 442-6 du code de commerce.

Le **Tribunal de commerce d'Angers** a rappelé que sur le plan procédural l'article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 a été expressément repris par la loi du 15 mai 2001 et qu'ainsi l'article L 442-6 doit être considéré comme un ensemble.

Il est à noter qu'un jugement portant sur un point de procédure a été rendu par le **Tribunal de commerce de Meaux** le 21 mars 2006 (incident relatif à un problème de communication des pièces de la Société).

**Application du Titre IV du Livre IV
du Code de commerce**

Actions en justice à l'initiative des acteurs économiques

*Bilan des décisions judiciaires pénales (année 2005)
et civiles (période du 1^{er} janvier 2004 au 1^{er} semestre 2006)*

**Document établi par la
Faculté de Droit de Montpellier***

* Centre du Droit de l'Entreprise, Centre du Droit du marché.

PRESENTATION GENERALE

La présente étude s'inscrit dans le cadre de la convention de partenariat conclue entre la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales, la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes et la Faculté de Droit de Montpellier.

Elle porte sur les décisions rendues entre 2004 et 2006 par les juridictions civiles, commerciales et pénales en application des dispositions du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, dans des contentieux opposant des opérateurs économiques ; étant exclus les jugements et arrêts prononcés à la suite de poursuites engagées à l'initiative du Ministre de l'Economie.

Ces décisions sont celles ayant fait l'objet d'une publication dans des revues juridiques notamment la « Lettre de la distribution », et sur des sites diffusant des bases de données jurisprudentielles, ou ayant fait l'objet d'une communication par des cabinets d'avocats en relation avec la Faculté de Droit de Montpellier. Il n'est pas possible d'apprécier si, dans le domaine étudié, elles représentent une part significative des décisions rendues et constituent une image pertinente de l'ensemble des solutions apportées.

Les décisions relevées ont fait l'objet d'une analyse systématique¹ qui a permis d'en dégager, avec la réserve exprimée ci-dessus, une synthèse pour chacune des dispositions invoquées, soit :

- Article L. 441-3 C. com. : Facturation
- Article L. 441-6 C. com. : Communication des conditions de vente
- Article L. 442-2 C. com. : Revente à perte
- Article L. 442-5 C. com. : Imposition de prix de revente
- Article L. 442-6-I, 1° C. com. : Pratiques discriminatoires
- Article L. 442-6-I, 2°, a) C. com. : Avantage disproportionné
- Article L. 442-6-I, 2°, b) C. com. : Abus de dépendance, de puissance d'achat ou de vente
- Article L. 442-6-I, 4° C. com. : Menace de rupture brutale
- Article L. 442-6-I, 5° C. com. : Rupture brutale
- Article L. 442-6-I, 6° C. com. : Violation d'exclusivité

En admettant la représentativité de l'échantillon étudié, trois observations générales peuvent être faites :

- La disproportion entre la forte application des dispositions en matière de rupture brutale des relations commerciales et la faible application des autres dispositions du titre IV du Livre IV du Code de commerce.

La différence semble pouvoir s'expliquer davantage par le caractère irrévocable de la rupture qui rend la victime plus agressive et le contentieux plus transparent, que par l'absence de représentativité des échantillons soumis à l'étude.

- L'homogénéité de la jurisprudence dans l'application des dispositions du Titre IV du Livre IV du Code de commerce.

Les décisions retiennent généralement la même interprétation du dispositif à appliquer et adoptent les mêmes solutions.

- L'évolution du contentieux en fonction du résultat des actions intentées.

Il apparaît une augmentation significative des contentieux fondés sur des demandes favorablement accueillies par les juges et une réduction tout aussi significative du contentieux lorsque la demande est rejetée.

¹ Ont contribué à la présente étude Anouk Bories, Marie Bourdeau, Aurélie Brès, Nicolas Eréséo, Aurore Fournier, Philippe Grignon, Sophie Richard ainsi que les étudiants du Master Recherche Droit des Contrats d'Affaires.

ARTICLE L. 441-3 C. COM. FACTURATION

I. Nombre de décisions

Nombre total de décisions rendues : 3

- Nombre de décisions de 1^{ère} instance : 3

II. Bilan

Nombre de décisions admettant l'application de l'article : 3

Intervention volontaire du Ministre dans deux affaires

Observations générales

Trois jugements mettent en œuvre l'article L. 441-3 du Code de commerce.

Factures imprécises :

Les trois décisions condamnent le fournisseur pour l'émission de factures imprécises. Le tribunal de Créteil (16 décembre 2005) rappelle notamment que « l'article L. 441-3 C. com. impose à l'émetteur d'une facture de mentionner sur celle-ci, la date de la prestation de service, la quantité, la dénomination précise et le prix unitaire hors TVA des produits et services rendus ». Le TGI de Nantes (29 septembre 2005) souligne quant à lui que « l'intérêt de délivrer une facture correspondant aux critères figurant à l'article L 441-3 C. com. est de pouvoir identifier le contenu, même sommaire mais précis de la prestation fournie et réglée ». Le jugement du TGI de Créteil traduit cette analyse, puisque les juges ont en l'occurrence retenu que l'infraction est constituée même si les factures, trop imprécises par elles-mêmes, renvoyaient à des contrats de coopération commerciale : « chaque facture, fût-elle d'acomptes, doit être analysée isolément et décrire avec une précision suffisante la nature de la prestation (...) ».

Or, dans les trois litiges, les juges relèvent l'absence de précision quant à la quantité et le prix unitaire, mais aussi quant à la désignation des services rendus. En outre, dans la décision du TGI de Nantes, certaines factures avaient été émises avec retard.

Si certains juges prennent la peine de détailler, avec une grande précision, les faits incriminés, relevant le numéro des factures, le détail de leur contenu (TGI Nantes), d'autres se contentent d'affirmer que les factures « ne précisent ni la nature de la prestation concernée, ni les dates auxquelles ces prestations ont pu être réalisées ni le prix unitaire de chaque service » (TGI Créteil, 16 décembre 2005).

Montant des peines :

Les décisions sont relativement homogènes dans la détermination du montant des peines. Le TGI de Grasse se contente de condamner le prévenu à un euro de dommages et intérêts, la partie civile étant constituée par une association de consommateurs. Le TGI de Créteil relève 111 factures litigieuses et prononce une amende de 120.000 euros. Le TGI de Nantes, pour 72 factures, prononce une peine de 100.000 euros. Les juges prennent toujours en compte le nombre de factures concernées. Le TGI de Créteil semble en outre prendre en considération le montant total des factures litigieuses, ainsi que le pourcentage du chiffre d'affaires que cela représentait pour le fournisseur. De ce point de vue, les critères fondant la détermination de l'amende ne sont pas complètement homogènes.

Ces jugements reflètent une certaine sévérité des juges en matière de sanction des dispositions relatives à la facturation.

Référence des décisions étudiées

TGI Nantes, 29 septembre 2005, Lettre distrib., janv. 2006

TGI Créteil, 16 décembre 2005, Lettre distrib., mai 2006

TGI Grasse, 21 octobre 2005, Lettre distrib., nov. 2006

Analyse des décisions

TGI Nantes, 29 septembre 2005

La société incriminée a délivré, avec retard, 72 factures imprécises quant à la désignation, à la quantité et au prix unitaire des services rendus.

A la demande du Procureur de la république, le tribunal condamne la société prévenue à une amende délictuelle de 100.000 euros.

TGI Créteil, 16 décembre 2005

Il est reproché à la société prévenue d'avoir délivré 111 factures de coopération commerciale jugées imprécises, faute de désignation des prestations fournies, avec un chiffre global hors taxe. Peu importe que ces factures renvoient aux contrats de coopération commerciale. Chaque facture doit décrire de manière suffisante la nature de la prestation effectuée. Tenant compte du montant total des prestations facturées, soit 8 326 726 euros, ainsi que du pourcentage du chiffre d'affaires que cela représente pour chaque fournisseur, le tribunal condamne la société à une amende délictuelle de 120.000 euros.

TGI Grasse, 21 octobre 2005

La société incriminée a délivré des factures non conformes aux prescriptions de l'article L. 441-3 du Code de commerce. Elle est condamnée à verser un euro de dommages-intérêts à chacune des associations de consommateurs ayant exercé l'action civile.

ARTICLE L.441-6 C. COM. COMMUNICATION DES CONDITIONS DE VENTE

I. Nombre de décisions

Nombre total de décisions rendues : 2

- Nombre de décisions de Cour d'appel : 2

II. Bilan

Nombre de décisions rejetant l'application de l'article : 1

Nombre de décisions admettant l'application de l'article : 1

Aucune intervention du Ministre

Observations générales

Ces décisions viennent préciser le domaine de l'article L.441-6 C. com. L'une situe l'exigence de communication des conditions générales de vente par rapport à celle de non discrimination. L'autre exclut l'application du texte au profit d'une société chargée d'une étude des prix au profit d'un concurrent.

Autonomie de l'infraction :

Ces deux arrêts tendent à une meilleure définition de l'objet de l'article L.441-6 C. com. L'obligation du fournisseur de communiquer ses conditions de vente est autonome par rapport au devoir de non discrimination. Les juges de la cour d'appel de Dijon ont admis que le demandeur se contente d'exiger du fournisseur la communication de ses conditions générales de vente et de son barème tarifaire, sans avoir à démontrer l'existence d'une discrimination à son égard. Le demandeur avait renoncé, en appel, à ses demandes fondées sur l'existence d'une prétendue discrimination pour n'arguer que du défaut de communication des conditions générales de vente. Or, en l'espèce, les conditions de vente avaient été communiquées devant la cour d'appel. L'exigence posée par l'article L. 441-6 C. com. a donc ainsi un double objectif : d'une part prévenir les discriminations, d'autre part, de façon autonome, assurer une transparence optimale entre professionnels.

Finalité de la sanction :

L'exigence de transparence ne concerne que les acteurs du marché économique. En effet, l'arrêt de la cour d'appel de Douai vient rappeler que l'article L. 441-6 C. com. est une disposition de droit de la concurrence, qui a donc vocation à assurer la concurrence sur un marché. Dès lors il est une arme réservée à la protection de la concurrence : il ne saurait être invoqué par une société prestataire de services en matière d'études de marché, chargée d'effectuer des relevés de prix pour une société concurrente. La société d'études n'a pu donc obtenir l'autorisation de procéder à un relevé de prix.

Le contentieux est limité par une approche téléologique du texte : celui-ci a vocation à assurer la transparence des prix dans le but de protéger la concurrence.

Référence des décisions étudiées

CA Douai, 7 avril 2005, Jurisdata, n° 2005-289122

CA Dijon, 7 octobre 2005, Jurisdata, n° 2005-284366

Analyse des décisions

Douai, 7 avril 2005

Une entreprise a chargé une société de procéder à une étude comparative portant sur les prix de ses concurrents. Ses enquêteurs devaient ainsi procéder au relevé de prix dans différents

magasins mais se heurtent à un refus. La cour rejette l'application de l'article L. 441-6 du Code de commerce, jugeant que l'objet de ce texte est étranger à la pratique des relevés de prix effectués par des sociétés prestataires de services en matière d'études de marchés pour le compte de sociétés concurrentes.

Dijon, 7 octobre 2005

Le demandeur sollicite la condamnation de son adversaire à lui communiquer ses conditions générales de vente et son barème tarifaire. Débouté devant le juge des référés, au motif que les pratiques discriminatoires n'étaient pas démontrées, il obtient gain de cause devant la cour d'appel, sans réitérer ses demandes relatives à des pratiques discriminatoires. La cour fait seulement droit à sa demande fondée sur l'article L. 441-6 du Code de commerce, qui impose à chaque fournisseur de communiquer ses conditions générales de vente. En l'espèce, le fournisseur a obtempéré devant la cour d'appel.

ARTICLE L.442-2 C. COM. REVENTE A PERTE

I. Nombre de décisions

1 décision de Cour d'appel

II. Bilan

Nombre de décisions admettant l'application de l'article : 1

Aucune intervention du Ministre

Observations générales

- Une décision de la cour d'appel de Douai du 20 décembre 2005 sanctionne au titre de l'article L. 442-2 du Code de commerce des reventes à perte.

- Pour l'appréciation de la qualité de vendeur ou de revendeur d'une entreprise au sein d'un groupe auquel appartient le producteur, les juges tiennent compte de l'autonomie juridique de l'entreprise qui produit par rapport à celle qui commercialise, peu important que la première soit la filiale à 100 % de la seconde.

- En l'espèce, la société, à laquelle on reprochait de procéder à la revente à perte de 21 références, excipait de sa qualité de producteur. S'en tenant à une analyse économique de la chaîne de production, elle faisait valoir que le producteur était sa filiale à 100% et que les salariés de la société-mère intervenaient dans l'élaboration des produits. La cour d'appel procède à une analyse purement juridique du montage : s'agissant de deux entités juridiques distinctes, elle retient l'existence d'un donneur d'ordre et d'un façonnier (sa filiale), chacun « à la tête d'un patrimoine propre et aptes à contracter en leur nom ». Les juges concluent « qu'il est sans intérêt de savoir que celle-ci serait une filiale à 100 % de la précédente et qu'il y aurait intégration fiscale entre les deux entités ».

Référence des décisions étudiées

CA Douai, 20 décembre 2005, Jurisdata, n° 2005-300932

Analyse des décisions

Douai, 20 décembre 2005

La société prévenue a revendu des références à un prix inférieur à leur prix d'achat effectif. Elle argue cependant de sa qualité de producteur, les produits étant fabriqués par l'une de ses filiales. La cour écarte l'argument, estimant que peu importe que le producteur soit une filiale à 100 % du vendeur, l'article L. 442-2 du Code de commerce ne procédant à aucune distinction entre les opérateurs économiques. En l'occurrence, les deux sociétés sont des entités juridiquement autonomes.

<p style="text-align: center;">ARTICLE L.442-5 C. COM. IMPOSITION DE PRIX DE REVENTE</p>
--

I. Nombre de décisions

1 décision de Cour d'appel

II. Bilan

Décision de rejet

Aucune intervention du Ministre

Observations générales

La décision n'est pas significative.

La cour d'appel de Versailles (29 janvier 2004) rejette la demande fondée sur un rapport de synthèse de la DGCCRF et rappelle que le principe de sécurité juridique qui fait partie de l'ordre juridique communautaire exige que tout acte de l'administration produisant des effets juridiques soit certain notamment quant à son auteur et à son contenu, et en conclut que le « rapport de synthèse » dont se prévaut le détaillant ne peut être opposé au fabricant, car ni ce dernier ni la Cour ne sont en mesure de vérifier l'identité et la compétence de son auteur. Le « rapport de synthèse » ne mentionnait en effet ni le prénom, ni les nom et qualité de son auteur et ne comportait aucune signature manuscrite. La Cour estime que le fait qu'il ait été daté et dressé sur un papier à en-tête de la DDCCRF, et annexé à un courrier de transmission destiné aux conseils des parties qui, lui, était signé par un fonctionnaire identifié, ne saurait suffire à authentifier ce document.

ARTICLE L.442-6-I, 1° C. COM. PRATIQUES DISCRIMINATOIRES

I. Nombre de décisions

Nombre total de décisions rendues : 12

- Nombre de décisions de Cour d'appel : 11
- Nombre de décisions de Cour de cassation : 1

- *Détail par année :*

- en 2004 : 8
- en 2005 : 3
- du 1^{er} au 30 juin 2006 : 1

II. Bilan

Nombre de décisions retenant l'application de l'article L. 442-6-I, 1° C. com. : 2

Nombre de décisions écartant l'application de l'article L.442-6-I, 1° C. com. : 9

Autres : 1 décision se prononce, non pas sur la possibilité d'appliquer l'article L. 442-6-I, 1°, mais sur la nature de la sanction pouvant être sollicitée sur le fondement de l'article L. 442-6-I, 1° dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001.

Intervention volontaire du Ministre dans 2 affaires (1 en 2004, 1 en 2005)

III. Evolution

Il apparaît une diminution du contentieux entre 2004 et 2006, mais le caractère très limité de l'échantillon ne permet pas d'en tirer une conclusion forte.

Observations générales

Activités concernées :

Il apparaît que l'application de l'article L. 442-6-I, 1° du Code de commerce est généralement sollicitée par des opérateurs dont les relations s'inscrivent dans le cadre de l'activité de distribution de produits (8 décisions).

L'interdiction des pratiques discriminatoires concerne néanmoins tous les secteurs d'activité, de sorte que ce texte est parfois invoqué dans d'autres circonstances (4 décisions).

Etat des relations :

La mise en œuvre de pratiques discriminatoires est plus souvent invoquée lorsque les relations entre les opérateurs ont été rompues (7 décisions).

Mais parfois l'opérateur qui invoque l'existence de pratiques discriminatoires est encore en relation avec l'opérateur à qui il reproche ces pratiques (4 décisions).

Dans une seule des affaires envisagées, les pratiques discriminatoires étaient imputées à un opérateur avec lequel l'opérateur qui se prétendait victime n'était pas en relation.

L'application de l'article L.442-6-I, 1° C. com. est subordonnée à la qualité de partenaire économique de la victime de la discrimination. Cette expression est généralement interprétée comme impliquant l'existence de relations commerciales avec l'auteur de la pratique discriminatoire supposée. Cette interprétation conduit les juges à écarter l'application du texte lorsque ce sont des partenaires potentiels, des candidats évincés ou des opérateurs avec lesquels les relations commerciales ont été rompues, qui se prétendent victimes de pratiques discriminatoires.

Une des décisions envisagées fait application de cette conception, en refusant de retenir l'existence de pratiques discriminatoires dès lors que l'opérateur qui invoquait l'article L. 442-6-I,

1° C. com. n'entretenait pas de relation avec l'entreprise à laquelle il attribuait ces pratiques, mais était simplement en concurrence avec l'entreprise qui bénéficiait d'un traitement plus favorable. Cette solution ne doit pas être comprise en ce sens qu'un tiers ne peut pas solliciter l'engagement de la responsabilité de l'auteur de pratiques discriminatoires sur le fondement de l'article L. 442-6-I, 1° C. com. Un concurrent de l'opérateur qui met en oeuvre de telles pratiques devrait ainsi pouvoir invoquer ce texte dès lors qu'il a un intérêt à agir. L'existence de pratiques discriminatoires ne sera cependant retenue que si la victime de ces pratiques est un partenaire économique de l'entreprise qui en est l'auteur.

L'existence d'une relation de concurrence entre la victime des pratiques discriminatoires et l'agent économique qui en bénéficie ne constitue pas une condition d'application de l'article L. 442-6-I, 1° C. com. Les juges sanctionnent ainsi sur le fondement de ce texte un fournisseur qui avait démarché directement les entreprises clientes de son distributeur, et leur avait consenti des tarifs moins élevés que ceux appliqués à ce distributeur.

Modalités d'invocation du grief :

L'existence de pratiques discriminatoires est ordinairement invoquée au soutien d'une action engagée par l'opérateur, elle l'est plus rarement comme argument de défense opposé à une action intentée par l'opérateur.

Elle est généralement invoquée comme argument principal, mais elle est rarement invoquée isolément. Sont souvent mis en avant conjointement des arguments tirés du droit des obligations, ou de l'existence de pratiques anti-concurrentielles.

Objet du grief :

La caractérisation de pratiques discriminatoires suppose qu'un opérateur traite différemment des partenaires qui se trouvent dans des situations identiques. Les juges refusent donc d'appliquer l'article L. 442-6-I, 1° C. com. lorsqu'il n'existe en réalité pas de différence de traitement.

Les opérateurs qui imputent des pratiques discriminatoires à un autre opérateur lui reprochent le plus souvent de les avoir pratiquées, et non de les avoir obtenues.

Ils insistent dès lors généralement sur le désavantage dans la concurrence qu'ils ont subi consécutivement à la mise en oeuvre de ces pratiques, plus que sur l'avantage dans la concurrence retiré par l'auteur des pratiques discriminatoires.

On observe, en revanche, une diversité dans l'objet de la discrimination invoquée : si la mise en oeuvre de conditions de vente ou modalités de vente discriminatoires est plus souvent stigmatisée, l'application de l'article L. 442-6-I, 1° C. com. est également recherchée pour remettre en cause le refus de renouvellement d'un emplacement dans un parc d'exposition, la définition contenue dans le règlement d'un organisme...

Preuve de la discrimination :

La démonstration de l'existence du préjudice que les pratiques illicites ont causé n'est généralement pas exigée. La jurisprudence déduit l'avantage ou le désavantage dans la concurrence créé par la pratique discriminatoire, de l'existence de cette pratique, comme la rédaction du texte l'y invite (est visé le fait de pratiquer ou d'obtenir des conditions de vente ou des modalités de vente (...) discriminatoires *en créant, de ce fait*, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence).

Dans certaines décisions, les juges écartent le grief de discrimination en relevant l'absence de traitement discriminatoire, ou en observant que la discrimination opérée était justifiée par des critères objectifs et précis, mais ils s'attachent tout de même à constater l'absence de préjudice subi par celui qui se plaint d'être victime de pratiques discriminatoires.

Un seul arrêt semble faire de la création d'un désavantage ou d'un avantage dans la concurrence une condition autonome d'application de l'article. Les juges affirment en effet que les pratiques prohibées par l'article L. 442-6-I C. com. supposent une entrave apportée au libre jeu de la concurrence, et indiquent que le texte n'est pas applicable en l'espèce notamment parce qu'une telle atteinte n'est pas démontrée.

Les juges soulignent que la preuve de l'existence d'une pratique discriminatoire doit être rapportée par celui qui s'en prétend victime, mais qu'il appartient en revanche à l'auteur de la pratique discriminatoire de la justifier dès lors qu'elle est caractérisée.

Analyse des décisions

en 2004 :

- 7 décisions considèrent que les conditions d'application de l'article ne sont pas réunies. Pour 6 de ces affaires, une solution identique avait été retenue par le tribunal de commerce qui avait statué en premier ressort (l'observation se rapporte à l'absence de pratiques discriminatoires, et non aux autres griefs).

Dans un cas, le tribunal de commerce n'avait pas statué sur l'application de l'article L. 441-6-I, 1° C. com.

- une décision, statuant sur la juridiction territorialement compétente, et plus précisément sur la validité d'une clause attributive de compétence figurant dans les accords de partenariat dénoncés, se prononce uniquement sur la nature de la sanction pouvant être sollicitée sur le fondement de l'article L. 442-6-I, 1° C. com. dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, pour en déduire que la validité des accords de partenariat et de la clause attributive de compétence qu'ils contiennent ne peut être remise en cause sur le fondement de ce texte. Les juges ne se prononcent pas sur le caractère discriminatoire des dispositions contractuelles attaquées.

en 2005 :

- 2 décisions considèrent que les conditions d'application de l'article ne sont pas réunies. Il semble que les tribunaux de commerce qui ont statué sur ces litiges en premier ressort aient retenu une solution identique (l'observation se rapporte à l'absence de pratiques discriminatoires, et non aux autres griefs).

- 1 décision relève l'existence de pratiques discriminatoires :

Le tribunal de commerce qui avait statué en premier ressort avait retenu la solution inverse.

en 2006 :

La Chambre commerciale déclare que le demandeur en cassation a mis en oeuvre des pratiques discriminatoires. La Cour d'appel avait retenu une solution identique.

Référence des décisions étudiées

CA Versailles, 15 janvier 2004, JurisData n° 2004-246478
CA Paris, 21 janvier 2004, JurisData n° 2004-231899
CA Versailles, 29 janvier 2004, JurisData n° 2004-246069
CA Paris, 24 mars 2004, JurisData n° 2004-246479
CA Riom, 31 mars 2004, JurisData n° 2004-245905
CA Grenoble, 29 avril 2004, JurisData n° 2004-262138
CA Versailles, 30 septembre 2004, JurisData n° 2004-267357
CA Versailles, 7 octobre 2004, JurisData n° 2004-256239
CA Versailles, 27 janvier 2005, JurisData n° 2005-276814
CA Paris, 21 avril 2005, JurisData n° 2005-271322
CA Nîmes, 23 juin 2005, JurisData n° 2005-282018
Cass. com., 25 avril 2006, pourvoi n° 03-20.353, inédit

1. Secteurs d'activité concernés

CA Versailles, 15 janvier 2004 :

distribution de logiciels et de jeux vidéos

CA Paris, 21 janvier 2004 :

publicité commerciale (référencement dans les pages jaunes)

CA Versailles, 29 janvier 2004 :

distribution de parfums de luxe

CA Paris, 24 mars 2004 :

secteur de la presse magazine : enquêtes d'audience de magazines

CA Riom, 31 mars 2004 :

distribution de produits alimentaires (beurre)

CA Grenoble, 29 avril 2004 :
mise à disposition d'un emplacement (attribution d'un stand dans une foire internationale)
CA Versailles, 30 septembre 2004 :
distribution de boissons (bières)
CA Versailles, 7 octobre 2004 :
services téléphoniques (offre d'un opérateur téléphonique à destination des entreprises)
CA Versailles, 27 janvier 2005 :
distribution de produits non pharmaceutiques
CA Paris, 21 avril 2005 :
distribution de véhicules automobiles
CA Nîmes, 23 juin 2005 :
distribution de vêtements (contrat de franchise)
Cass. com., 25 avril 2006 :
secteur du bâtiment

2. Conditions d'application de l'article L. 442-6-I, 1°

Nature des relations existant entre la personne qui se prétend victime de pratiques discriminatoires et celle à qui elle attribue ces pratiques discriminatoires
--

La mise en œuvre de pratiques discriminatoires est plus souvent invoquée lorsque les relations entre les opérateurs ont été rompues.

Relations rompues :

CA Paris, 24 mars 2004

La chaîne de télévision distribuée par voie hertzienne Canal +, ainsi que le distributeur de services audiovisuels par satellite Canal Satellite, reprochaient à l'AEPM (Audience et Etudes de Presse Magazine), un organisme dont la finalité est de mesurer et de qualifier les audiences de la presse magazine, d'avoir pris à leur encontre une décision discriminatoire, par le retrait de leur mensuel respectif retiré de l'enquête menée par cet organisme.

CA Riom, 31 mars 2004

Un distributeur qui reprochait à son fournisseur des pratiques discriminatoires avait refusé à deux reprises de prendre livraison de la marchandise commandée, et avait par la suite informé le fournisseur qu'il cessait tous les enlèvements jusqu'à nouvel ordre. Le distributeur avait été condamné par le tribunal de commerce à indemniser le fournisseur pour avoir rompu unilatéralement le contrat, étant relevé que le distributeur ne s'approvisionnait pas exclusivement auprès de ce fournisseur, mais traitait avec un autre fournisseur.

CA Grenoble, 29 avril 2004

Les exploitants d'un commerce ambulant de restauration rapide s'étaient vus refuser leur admission au sein d'un parc exposition deux jours avant l'ouverture d'une foire internationale, pour laquelle ils avaient réservé leur place depuis des mois, en raison d'une altercation violente entre l'exploitant et un agent de sécurité au cours de la foire de l'année précédente. La société organisatrice était par la suite toutefois revenue sur son refus d'admission, et leur avait offert un emplacement. S'estimant victimes d'une discrimination dans le choix de la place offerte, les exploitants avaient refusé de participer à la foire.

CA Versailles, 30 septembre 2004

Une filiale de brasserie avait conclu deux contrats de partenariat avec un entrepositaire grossiste. Estimant que les avantages pécuniaires perçus par le grossiste étaient dépourvus de contrepartie réelle, dans la mesure où ils ne correspondaient pas à des services spécifiques rendus par lui, la filiale avait dénoncé ces accords.

CA Paris, 21 avril 2005

Un constructeur automobile qui selon son ancien concessionnaire appliquait des critères discriminatoires quant au choix de ses partenaires avait résilié le contrat de concession consenti à ce dernier, et lui avait proposé de devenir réparateur agréé.

CA Nîmes, 23 juin 2005

Un franchiseur qu'une ancienne franchisee accusait de pratiques discriminatoires, avait rompu de manière anticipée les contrats de franchise conclus avec cette dernière. La Cour estime que cette rupture était fautive.

Cass. com., 25 avril 2006

Un fournisseur de produits dans le secteur du bâtiment que son distributeur accusait de pratiques discriminatoires avait entrepris de démarcher directement les grandes entreprises du secteur, et en avait informé par courrier son distributeur, rompant ainsi -abusivement- leurs relations commerciales, selon le distributeur.

Partenaires en relation :

CA Versailles, 15 janvier 2004

Une société spécialisée dans la distribution de logiciels auprès de revendeurs et l'éditeur de logiciel qu'elle accusait de pratiques discriminatoires à son encontre entretenaient des relations commerciales, étant relevé que la société grossiste s'approvisionnait auprès d'un grand nombre d'éditeurs.

CA Paris, 21 janvier 2004

Une société qui se prétendait victime de discrimination et l'éditeur d'annuaires Pages Jaunes à qui elle attribuait ces pratiques discriminatoires étaient en relation.

CA Versailles, 29 janvier 2004

Le détaillant qui s'estimait victime de pratiques discriminatoires de la part d'un fabricant était lié à celui-ci par un contrat de détaillant agréé, consenti pour chacun de ses douze points de vente.

CA Versailles, 27 janvier 2005

Un distributeur de produits cosmétiques et de parapharmacie était lié par un contrat de distributeur agréé au fabricant à qui il reprochait de lui avoir appliqué des conditions commerciales discriminatoires.

Absence de relation :

CA Versailles, 7 octobre 2004

L'opérateur de téléphonie mobile Orange France, soutenant que l'offre proposée par l'opérateur téléphonique Cegetel constituait une mesure discriminatoire, n'était pas en relation avec cet opérateur.

Conditions dans lesquelles l'article L.442-6-I, 1° se trouve invoqué

L'existence de pratiques discriminatoires est le plus souvent invoquée au soutien d'une action engagée par l'opérateur, et comme argument principal.

L'article L. 442-6-I, 1° est en revanche rarement invoqué isolément par les opérateurs, qui font également appel aux textes relatifs aux pratiques anti-concurrentielles, et au droit des obligations. Ce texte est parfois invoqué pour la première fois en appel.

CA Versailles, 15 janvier 2004

Une société grossiste dans le domaine des logiciels et jeux vidéos contestait le montant des ristournes qui lui avaient été accordées par un éditeur de logiciels au titre de l'année 1999.

La société grossiste avait bénéficié en 1998 des conditions commerciales et barèmes d'écarts destinés aux « distributeurs », qui lui avaient été adressés fin 1997 par l'éditeur. L'année suivante, l'éditeur lui avait communiqué les conditions commerciales et barèmes d'écart applicables pour l'année 1999. Ces conditions commerciales et barèmes d'écart étaient destinés aux « grossistes », et prévoyaient des remises ou ristournes moins intéressantes, ou soumises à des conditions plus strictes.

L'éditeur avait déterminé le montant des ristournes pour l'année 1999 au regard des conditions commerciales applicables aux grossistes. Revendiquant l'application des conditions commerciales « distributeurs » dont elle avait bénéficié en 1998, la société grossiste avait assigné l'éditeur en paiement de la somme correspondant à la différence entre le total des ristournes accordées par l'éditeur et le montant des ristournes dont elle prétendait bénéficier en vertu des conditions commerciales « distributeurs ».

Considérant que la mise en place de la ristourne de vente, telle que définie aux conditions commerciales « grossistes » pour l'année 1999, est constitutive d'une pratique discriminatoire, elle réclame en outre le versement de dommages et intérêts en réparation de son préjudice. L'argument avancé initialement par la société grossiste devant le tribunal de commerce au soutien de sa prétention relevait du droit des contrats : elle soutenait qu'à défaut d'accord exprès de sa part sur les nouvelles conditions commerciales mises en oeuvre par la société intimée pour l'année 1999, les conditions commerciales de l'année 1998 avaient été reconduites. Ce n'est que devant la Cour d'appel qu'elle invoquait pour la première fois l'existence de pratiques discriminatoires (elle avait cependant souligné le caractère discriminatoire des conditions d'octroi de la ristourne de revente dans une correspondance adressée à l'éditeur au cours de l'année 1999, avant l'engagement de la procédure). Elle invoquait également à ce stade l'existence d'une entente prohibée entre l'éditeur de logiciels et certains grossistes (article L. 420-1 du Code de commerce).

CA Paris, 21 janvier 2004

France Télécom avait informé une société utilisant des marques commençant par les lettres AA, lesquelles lui permettaient d'apparaître en tête des localités dans les annuaires des pages jaunes édités par France Télécom, qu'elle avait modifié les règles de parution de ses annuaires, et adopté une classification excluant tout classement préférentiel, de sorte qu'elle ne pourrait dorénavant plus figurer sous sa dénomination originale, et qu'il lui fallait donc modifier cette dénomination.

La société contestait la décision de changement des règles de classement, au motif que les conditions de vente désormais pratiquées par France Télécom étaient discriminatoires, car elles l'empêchaient d'utiliser une marque commerciale comme dénomination. Elle demandait à ce qu'il soit procédé à sa réinscription sous sa dénomination originale.

La société appelante se prévalait également du non respect par la société Les Pages Jaunes de ses engagements contractuels, et demandait en conséquence la réparation de son préjudice.

CA Versailles, 29 janvier 2004

Un détaillant agréé demandait la cessation des pratiques discriminatoires mises en oeuvre par le fabricant et la réparation de son préjudice.

Il prétendait également que ces pratiques discriminatoires participaient de pressions exercées sur lui par le fabricant pour lui imposer des prix de revente minima, en violation des articles L. 420-1 et L. 442-5 du Code de commerce.

CA Paris, 24 mars 2004

La chaîne de télévision Canal +, ainsi que le distributeur de services audiovisuels par satellite Canal Satellite, qui avaient vu leur mensuel respectif retiré des enquêtes menées par un organisme dont la finalité est de mesurer les audiences de la presse magazine, sollicitaient le maintien de leurs publications dans les enquêtes évoquées.

Ces opérateurs prétendaient que la définition retenue par l'AEPM, conduisant à l'exclusion de leur mensuel respectif, était constitutive non seulement d'une pratique discriminatoire, mais également d'une entente illicite au sens de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

CA Riom, 31 mars 2004

Un distributeur reprochait à son fournisseur des pratiques discriminatoires pour justifier la rupture du contrat qu'il avait opérée de sa propre initiative, et pour laquelle il avait été condamné à indemniser le fournisseur.

CA Grenoble, 29 avril 2004

Les exploitants d'un commerce ambulant de restauration rapide, qui reprochaient à la société organisatrice d'une foire d'avoir pris à leur encontre une décision discriminatoire en leur attribuant un emplacement différent de celui qu'ils occupaient habituellement au sein d'un parc exposition, et qui les aurait désavantagés sur le plan commercial par rapport aux années précédentes, avaient refusé de participer à la foire et avaient assigné la société organisatrice en remboursement de l'acompte qu'ils avaient versé, et en réparation de leur préjudice commercial, constitué par la perte des marchandises achetées en prévision de la foire, et par la perte de marchés qui auraient pu être conclus à l'occasion des contacts noués durant la manifestation.

Ces exploitants considéraient également que la société organisatrice avait exécuté la convention de mauvaise foi en leur proposant un emplacement très défavorable.

CA Versailles, 30 septembre 2004

Une filiale de brasserie, qui estimait que les avantages pécuniaires perçus par un grossiste en vertu des contrats de partenariat qu'ils avaient conclus étaient dépourvus de contrepartie réelle, ou disproportionnés par rapport à la valeur des services rendus, demandait à la Cour de prononcer la nullité des contrats de partenariat et d'ordonner la restitution par le grossiste de sommes indûment perçues en application d'un des contrats de partenariat.

Elle invoquait également le 2° de l'article L. 442-6-I.

CA Versailles, 7 octobre 2004

L'opérateur de téléphonie mobile Orange France, qui soutenait que l'offre « convergence » proposée aux entreprises par l'opérateur téléphonique Cegetel constituait une mesure discriminatoire, avantageant de manière injustifiée SFR, demandait à la Cour d'enjoindre Cégétel de modifier les conditions de cette offre afin que les mêmes conditions tarifaires soient appliquées aux appels internes fixes dirigés vers des téléphones mobiles Orange.

CA Versailles, 27 janvier 2005

Un distributeur de produits cosmétiques demandait réparation du préjudice que l'application par un fabricant de conditions commerciales discriminatoires lui avait occasionné.

Il affirmait en outre que « l'opacité du système «remises promotionnelles» était contraire au principe de la transparence des prix édicté notamment à l'article L. 441-6 du Code de commerce » (mais de manière très subsidiaire).

CA Paris, 21 avril 2005

L'ancien concessionnaire demandait à la Cour de condamner le constructeur automobile à six mois de marge brute, au titre des pratiques discriminatoires qu'il estimait que celui-ci avait mises en oeuvre pour l'empêcher de faire valoir ses droits en qualité de candidat à la distribution des véhicules et pièces de rechange de la marque dans le cadre du nouveau règlement CE 1400/2002.

CA Nîmes, 23 juin 2005

Un franchisé demandait qu'il soit jugé que le franchiseur avait engagé sa responsabilité sur le fondement de l'article L. 442-6-I, 2°, b), relatif à l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique, car il avait « choisi discrétionnairement de lui livrer des vêtements dont il souhaitait se débarrasser, sans tenir compte des demandes de réassortiment » formulées.

Il prétendait à titre subsidiaire avoir été victime de pratiques discriminatoires.

Cass. com., 25 avril 2006

Le distributeur avait assigné le fournisseur en réparation de son préjudice.

Il n'invoquait apparemment pas d'autre article au soutien de sa prétention.

Nature de la discrimination invoquée

Les opérateurs qui imputent des pratiques discriminatoires à un autre opérateur lui reprochent le plus souvent d'avoir pratiqué, et non obtenu, des discriminations.

On observe une diversité dans l'objet de la discrimination invoquée : conditions de vente, modalités de vente, définition contenue dans le règlement d'un organisme....

Nature de la discrimination invoquée dans les décisions où l'application de l'article L.442-6-I, 1° a été écartée :

CA Versailles, 15 janvier 2004

Un grossiste prétendait que les conditions commerciales applicables aux grossistes étaient discriminatoires, car aucune justification objective n'était avancée pour expliquer le traitement différencié entre les « grossistes » et les « distributeurs ».

En particulier, les conditions d'octroi de la ristourne de revente prévue dans les conditions commerciales applicables aux grossistes lui semblaient discriminatoires. Le versement de cette ristourne de revente était subordonné à la condition qu'un chiffre d'affaires trimestriel minimum soit réalisé par le grossiste, et ce, avec chacun des 1.000 points de vente indépendants. Le grossiste indiquait que chacune des conditions mises à l'octroi de la ristourne de revente aurait pu être constitutive d'une contrepartie réelle, mais estimait que la combinaison des deux conditions était constitutive d'une pratique discriminatoire, manifestement parce qu'il considérait

que ces conditions ne trouvaient alors pas de réelle contrepartie dans l'octroi de la ristourne. Il affirmait que les grossistes souffraient de ce fait d'un désavantage manifeste dans la concurrence. Il soutenait par ailleurs que les conditions commerciales « grossistes » étaient appliquées de manière discriminatoire : certains grossistes auraient bénéficié des ristournes alors qu'ils n'en auraient pas rempli pas toutes les conditions d'octroi.

CA Paris, 21 janvier 2004

La société qui invoquait l'article L. 442-6-I, 1° soutenait que les conditions de vente pratiquées par France Télécom étaient discriminatoires, car elles l'empêchaient d'utiliser une marque commerciale comme dénomination.

CA Versailles, 29 janvier 2004

Un détaillant agréé reprochait au fabricant d'avoir pratiqué à son égard des conditions de vente et des modalités de vente discriminatoires.

Il prétendait ainsi que le fabricant lui avait imposé un quota de parfums non exigé de ses concurrents, et que les produits, ainsi que le matériel publicitaire et de démonstration qu'il lui avait présentés n'étaient pas équivalents à ceux proposés aux autres magasins.

Il indiquait également avoir subi des retards de livraison, voire même des défauts de livraison, et n'avoir pas été livré dans les mêmes délais que ses concurrents.

Il affirmait que ces pratiques discriminatoires avaient porté atteinte à son image de marque, et lui avaient causé un préjudice commercial.

CA Paris, 24 mars 2004

La chaîne de télévision distribuée par voie hertzienne Canal +, ainsi que le distributeur de services audiovisuels par satellite Canal Satellite, qui avaient vu leur mensuel respectif retiré de l'enquête menée par l'AEPM - organisme dont la finalité est de mesurer et de qualifier les audiences de la presse magazine - suite à la modification du règlement édicté par cet organisme, affirmaient que la définition d'un « magazine » retenue par ce règlement modifié, laquelle conditionnait la prise en compte d'une publication dans les enquêtes d'AEPM, était constitutive d'une discrimination illicite.

Les appelantes soutenaient en effet que cette définition retenait des critères très imprécis, subjectifs, à des fins volontairement restrictives qui ne pouvaient se justifier au regard de la finalité des études réalisées.

Elles prétendaient en outre que l'AEPM faisait une application discriminatoire du règlement évoqué, en intégrant à ses enquêtes des publications qui ne répondent pas à la définition retenue par le règlement.

Elles faisaient valoir le préjudice que leur occasionne l'exclusion de leurs publications des enquêtes de l'AEPM, en soulignant notamment que l'intégration d'un magazine dans ces études était indispensable à son financement par voie publicitaire, et que la position de l'AEPM les empêchait d'agir à armes égales sur le marché de la publicité.

CA Riom, 31 mars 2004

L'arrêt ne fournit pas d'information à ce sujet. Il semble que le distributeur n'ait pas caractérisé la pratique discriminatoire invoquée.

CA Grenoble, 29 avril 2004

Des exploitants d'un commerce ambulant de restauration rapide se disaient victimes d'une discrimination dans le choix de la place proposée au sein d'un parc d'exposition à l'occasion d'une foire internationale.

Celle-ci n'aurait pas présenté les mêmes caractéristiques que leur emplacement habituel (espace plus restreint, mauvaise situation, présente d'un poteau), lequel serait de plus demeuré inoccupé.

Ils soutenaient également que le refus tardif initialement opposé par la société organisatrice à leur admission au sein du parc exposition constituait une discrimination (la société était par la suite revenue sur sa décision en leur proposant un autre emplacement que l'emplacement qu'ils avaient occupé les années précédentes).

CA Versailles, 7 octobre 2004

L'opérateur de téléphonie mobile Orange France soutenait que l'offre « convergence » proposée par l'opérateur téléphonique Cegetel constituait une mesure discriminatoire.

Cette offre proposait aux entreprises l'application de prix réduits sur les communications entre les postes fixes du réseau Cegetel et les téléphones mobiles qui leur sont rattachés, lorsque

l'abonnement de ces téléphones mobiles était fourni par la société SFR, société soeur de Cegetel. Selon Orange, cette offre constituait une discrimination tarifaire indirecte par l'intermédiaire des clients finals, avantageant de manière injustifiée SFR.

Il n'existait pour elle pas de contrepartie réelle et proportionnée à l'avantage retiré par SFR de l'offre envisagée, la stratégie de groupe avancée par Cegetel ne pouvant s'analyser en une justification à la discrimination qu'elle opérait.

Elle affirmait que cette offre avait manifestement pour objet et pour effet de la désavantager au profit de la société SFR dans la concurrence entre elles sur le marché de la téléphonie mobile en provoquant un basculement des entreprises clientes de l'offre convergence vers les mobiles SFR.

CA Paris, 21 avril 2005

Un ancien concessionnaire soutenait que le critère quantitatif retenu par le constructeur automobile pour faire échec à son agrément en qualité de distributeur de véhicules neufs et de pièces de rechange était totalement subjectif, et il affirmait que ce critère était de plus appliqué de façon discriminatoire.

Il prétendait par ailleurs que le constructeur avait mis en oeuvre à son encontre « des pratiques de traitement discriminatoires afin de perturber l'exploitation de son entreprise ».

CA Nîmes, 23 juin 2005

Un ancien franchisé reprochait au franchiseur de lui avoir imposé des conditions de livraison de vêtements discriminatoires.

Nature de la discrimination invoquée dans la décision où les juges ne se sont pas prononcés sur le caractère discriminatoire des dispositions contractuelles, mais seulement sur la nature de la sanction pouvant être sollicitée sur le fondement de l'article L.442-6-I, 1° dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 :

CA Versailles, 30 septembre 2004

Une filiale de brasserie, qui avait conclu deux contrats de partenariat avec un entrepositaire grossiste, estimait que les avantages pécuniaires perçus par ce grossiste étaient dépourvus de contrepartie réelle.

Les services prétendument spécifiques prévus par les accords de partenariat, que la filiale analysait comme des contrats de coopération commerciale, constituaient en effet selon elle de faux services spécifiques, au sens de faux services de coopération commerciale, qui auraient dû être réintégrés dans les conditions générales de vente, certains relevant de la fonction de distributeur, d'autres correspondant à des obligations découlant normalement des usages de la profession.

Elle soutenait ainsi que « les engagements relatifs à la diffusion de la gamme de produits auprès des adhérents, à la distribution des kits d'animation de référencement ou toute autre PLV dans les points de vente livrés par les adhérents des actions promotionnelles du fournisseur, la diffusion et le développement de l'ensemble de la gamme auprès de ses adhérents ainsi que le soutien pour le lancement de nouveaux produits et leur mise en place dans l'ensemble des points de vente [correspondaient] à des objectifs généraux liés à la fonction de distributeur ».

Elle indiquait que les engagements pris par le grossiste « concernant le bon respect par l'ensemble des adhérents des obligations du contrat qualité et distribution, ainsi que l'investissement assuré des tirages pression, et la sanitation des becs isolés constitu[ai]ent des actions propres au marché de la bière qui sont dans effectuées de toute manière par l'ensemble des opérateurs ».

Elle invoquait également de manière générale la disproportion existant entre les sommes versées au grossiste et les services prévus aux contrats, révélée selon elle par le fait que d'autres distributeurs bénéficiaient d'un montant de ristournes nettement inférieur.

Le Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, intervenant volontaire, partageait cette analyse.

Il voyait dans les contrats de partenariat conclus des conditions d'achat discriminatoires créant un désavantage dans la concurrence pour le fournisseur.

Nature de la discrimination invoquée dans les décisions qui ont admis l'application de l'article L. 442-6-I, 1° :

CA Versailles, 27 janvier 2005

Un distributeur de produits cosmétiques reprochait à un fabricant de lui appliquer des conditions commerciales discriminatoires, et plus précisément mettait en avant le caractère discriminatoire des conditions d'octroi de certaines remises.

Il soutenait ainsi que la remise « présence sur catalogue », qui n'était accordée par le fabricant qu'aux distributeurs qui offraient « la présence » dans leurs points de vente des produits visés à son tarif bénéficiant d'un taux réduit de TVA, autrement dit des médicaments et excipients, était discriminatoire dans la mesure où elle ne pouvait bénéficier qu'aux seules officines de pharmacie et n'était justifiée par aucune contrepartie réelle et proportionnée.

Il affirmait également que les conditions commerciales étaient appliquées de manière discriminatoire, car certaines remises étaient accordées à des officines ne remplissant pas les conditions pour en bénéficier.

Le Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, intervenant volontaire, retenait la même analyse.

Cass. com., 25 avril 2006

Un distributeur reprochait à son fournisseur de lui avoir facturé des prix supérieurs à ceux consentis à d'autres entreprises pour le même produit.

3. Solutions retenues par les décisions envisagées

Quant à la notion de partenaire économique, victime de la discrimination

CA Versailles, 7 octobre 2004

La Cour refuse d'analyser les conditions tarifaires de l'offre « convergence » proposée par la société Cegetel en une pratique discriminatoire relevant de l'article L. 442-6-I, 1°.

Elle déclare que l'applicabilité de ce texte est subordonnée à la qualité de partenaire économique de la victime de la discrimination, et que le terme de « partenaire économique », qui désigne « une personne avec laquelle on est associé dans une action quelconque induisant une volonté commune et réciproque d'effectuer de concert des actes ensemble », doit être distingué de celui plus large « d'agent économique », de sorte que l'expression « partenaire économique » « implique l'existence de relations commerciales avec l'auteur de la prétendue pratique discriminatoire et recouvre une notion incluant tout professionnel exerçant une activité de production, de distribution ou de service ».

Elle estime qu'en l'espèce il n'est pas démontré qu'il existait une situation de partenariat entre Cégétel et Orange, et que cette dernière avait au contraire sollicité par courrier la mise en oeuvre d'un partenariat.

Elle relève en outre que l'offre litigieuse constitue une offre de téléphonie fixe, type de services téléphoniques pour lequel Cégétel est en concurrence avec France Télécom et non Orange.

Cass. com., 25 avril 2006

Le fournisseur qui avait facturé aux entreprises clientes de son distributeur des prix inférieurs à ceux appliqués à son distributeur pour le même produit, prétendait que cela ne constituait pas une pratique discriminatoire au sens de l'article L. 442-6-I, 1°, car ces prix avaient été consentis à des entreprises qui n'étaient pas en concurrence avec son distributeur, alors que les pratiques discriminatoires visées par l'article L. 442-6-I, 1° doivent être consenties à un ou plusieurs concurrents.

La chambre commerciale rejette cet argument, en relevant que le fournisseur a vendu ses produits en concurrençant son distributeur.

Quant à la création d'un désavantage ou d'un avantage dans la concurrence :

La jurisprudence n'exige pas en principe la démonstration du préjudice que les pratiques illicites ont causé. Elle déduit généralement l'avantage ou le désavantage dans la concurrence créé par la pratique discriminatoire de l'existence de cette pratique.

Cette position se retrouve particulièrement dans l'un des arrêts envisagés :

CA Versailles, 27 janvier 2005

« Considérant que l'existence d'un avantage ou d'un désavantage dans la concurrence est patente dès lors que le caractère discriminatoire de la pratique est établi ».

Arrêts dans lesquels les juges s'attachent à constater l'absence de préjudice subi :

CA Versailles, 15 janvier 2004

« Considérant qu'au surplus, l'allégation selon laquelle l'application des conditions commerciales prévues pour 1999 aurait pour effet d'exclure du marché un grand nombre de grossistes, dont la société appelante, est en contradiction avec l'avantage que cette dernière reconnaît avoir retiré de sa participation au réseau de grossistes, puisque, dans un courrier en date du 15 février 2000, elle indique avoir réalisé en 1999 avec la société intimée un chiffre d'affaire en augmentation de plus de 58 % par rapport à celui de l'année précédente ».

CA Paris, 24 mars 2004

La Cour écarte le grief de discrimination en relevant que l'objet et les caractéristiques différentes des magazines de marque justifient leur exclusion des enquêtes d'audience réalisées par un magazine, mais elle prend tout de même la peine de réfuter longuement l'argument selon lequel la pratique critiquée crée pour celui qui la dénonce un désavantage dans la concurrence.

Un arrêt semble faire de la création d'un désavantage ou d'un avantage dans la concurrence une condition autonome d'application de l'article :

CA Grenoble, 29 avril 2004

La décision prise par la société organisatrice d'une foire d'attribuer à des exploitants une place différente de celle qu'ils occupaient habituellement au sein d'un parc d'exposition ne constitue pas selon la Cour une discrimination illicite relevant de l'article L. 442-6-I, 1^o), aux motifs que « les pratiques prohibées par l'article L. 442-6-I du Code de commerce supposent une entrave apportée au libre jeu de la concurrence », et qu'il n'est nullement établi, ni même allégué, que l'emplacement offert aurait désavantagé les exploitants par rapport aux autres exposants exerçant une activité commerciale de même nature.

La Cour relève en outre que le refus tardif d'admission opposé dans un premier temps aux exploitants, bien que tardif, n'a causé aucun préjudice à ces derniers, dès lors qu'un stand de remplacement leur avait été offert, et qu'ils auraient disposé d'un délai suffisant pour s'y installer. Elle s'appuie cependant également sur l'absence de traitement discriminatoire pour écarter le grief de discrimination (réfute l'argument selon lequel le nouvel emplacement attribué ne présentait pas des caractéristiques identiques à celles de l'emplacement habituel).

Quant à l'existence d'un traitement différencié

Une décision rappelle qu'il n'y a pas discrimination lorsque les mêmes règles sont appliquées à tous :

CA Paris, 21 janvier 2004

La Cour refuse de considérer que le nouveau règlement relatif au classement des annonces dans les pages jaunes par France Télécom est constitutif de conditions de vente discriminatoires à l'encontre de la société appelante, en ce qu'il l'empêche d'utiliser une marque commerciale comme dénomination.

Elle relève en effet que la décision de changement des règles de classement était motivée par la prolifération des intitulés commençant ou se limitant à la lettre A, et que le règlement « présente un caractère général qui s'impose à l'ensemble des annonceurs ».

Quant au caractère injustifié de la discrimination

Ont été considérés comme des contreparties réelles à la discrimination opérée :

CA Versailles, 15 janvier 2004

La Cour rejette l'argument avancé par l'appelante, selon lequel les conditions d'octroi d'une ristourne de revente soumise à la réalisation d'un chiffre d'affaires déterminé dans plusieurs

points de vente seraient discriminatoires, parce que les conditions visées constitueraient une contrepartie manifestement disproportionnée, élevée, par rapport à l'avantage résultant de l'octroi de la ristourne.

Elle déclare ainsi « qu'il ne peut se déduire d'aucune disposition d'ordre public applicable aux relations commerciales entre les entreprises que des ristournes de revente dont le versement est subordonné à la réalisation d'un chiffre d'affaires trimestriel dans plusieurs points de vente revêtraient un caractère illicite ».

Ont été considérés comme des justifications au traitement discriminatoire d'un partenaire économique :

L'objet et les caractéristiques différentes des magazines de marque justifient leur exclusion des enquêtes d'audience réalisées par un magazine : *CA Paris, 24 Mars 2004*

La définition d'un « magazine » contenue dans le règlement édicté par un organisme chargé de réaliser des enquêtes sur les audiences de la presse magazine conduisait à écarter certaines publications des enquêtes menées par cet organisme, telles que les magazines de marque ayant pour objet principal la promotion des services d'une chaîne et d'un bouquet de chaînes. La Cour considère que le critère d'exclusion suivant retenu par le règlement constitue un critère objectif et précis :

- « ne sont pas visées les publications dont l'objet serait principalement la promotion d'un ou de plusieurs services ou de leur marque ou dénomination, fournis par une personne physique ou morale, une entreprise industrielle ou commerciale, un établissement public à caractère industriel ou commercial ou une association, cette promotion étant financée directement ou indirectement, en tout ou en partie, par les personnes physiques ou morales visées ci-avant, fournisseurs du produit ou du service et/ou titulaires de la marque ou dénomination »

Elle retient la même position s'agissant de l'élément de définition suivant :

- le magazine doit « faire l'objet en France d'une vente effective au public, au numéro ou par abonnement, à un prix marqué, ayant un lien réel avec les coûts, correspondant à 50% au moins de sa diffusion France totale ».

La Cour déboute en conséquence la chaîne de télévision distribuée par voie hertzienne Canal +, ainsi que le distributeur de services audiovisuels par satellite Canal Satellite, qui affirmaient que cette définition était constitutive d'une discrimination illicite.

CA Paris, 21 avril 2005

La Cour estime qu'un constructeur ne peut se voir imputer des pratiques discriminatoires dans le choix de ses partenaires, car les critères sur lesquels repose la méthode de sélection quantitative appliquée, qui l'ont conduit à exclure son ancien concessionnaire, sont objectifs et précis, et ont été mis en oeuvre de manière uniforme.

La méthode reposait sur un « maillage territorial » avec une définition des pôles d'attraction, et sur l'utilisation des précédents objectifs contractuels de vente supérieurs à 300 véhicules.

N'ont pas été considérés comme des contreparties réelles :

CA Versailles, 27 janvier 2005

Une remise « présence sur catalogue » n'était accordée par un fabricant qu'aux distributeurs qui offraient « la présence » dans leurs points de vente des produits visés à son tarif bénéficiant d'un taux réduit de TVA, autrement dit des médicaments et excipients. Elle ne pouvait dès lors bénéficier qu'aux seules officines de pharmacie.

La Cour décide que le fabricant n'est pas fondé à invoquer comme contrepartie réelle à cette remise un effet de gamme entre les médicaments faisant partie de la gamme du fabricant et les produits de soin de cette marque, car un tel effet de gamme ne peut exister entre ces produits qui ne sont pas de même nature, « les médicaments relevant de la santé publique étant commercialisés dans des conditions légales et réglementaires strictes, par des personnes titulaires d'un diplôme et d'une compétence spécifique et ne pouvant être délivrés qu'au sein d'une officine, tandis que les produits cosmétiques qui sont de confort ou d'agrément sont en accès libre et sont vendus par des personnes sans exigence légale de formation particulière ».

Quant à la preuve de la discrimination**Charge de la preuve :**

CA Versailles, 15 janvier 2004

« Dans la mesure où elle ne rapporte nullement la preuve, qui lui incombe, des pratiques discriminatoires dont elle prétend avoir été la victime, elle n'est pas fondée à solliciter de la société intimée qu'elle apporte la justification objective du traitement différencié dont elle aurait fait bénéficier certains autres grossistes ».

Modes de preuve :

CA Versailles, 29 janvier 2004

Le détaillant agréé qui se prétendait victime de pratiques discriminatoires de la part d'un fabricant, produisait, à l'appui de son action, un rapport de synthèse de la DDCCRF des Hauts de Seine, rédigé après qu'il eut saisi la DGCCRF au cours du déroulement de la première instance, afin qu'une enquête soit menée sur les pratiques mises en oeuvre à son encontre par ce fabricant. La Cour rappelle que le principe de sécurité juridique qui fait partie de l'ordre juridique communautaire exige que tout acte de l'administration produisant des effets juridiques soit certain notamment quant à son auteur et à son contenu, et en conclut que le « rapport de synthèse » dont se prévaut le détaillant ne peut être opposé au fabricant, car ni ce dernier ni la Cour ne sont en mesure de vérifier l'identité et la compétence de son auteur. Le « rapport de synthèse » ne mentionnait en effet ni le prénom, ni les nom et qualité de son auteur et ne comportait aucune signature manuscrite. La Cour estime que le fait qu'il ait été daté et dressé sur un papier à en-tête de la DDCCRF, et annexé à un courrier de transmission destiné aux conseils des parties qui, lui, était signé par un fonctionnaire identifié, ne saurait suffire à authentifier ce document.

La Cour observe également que le « rapport de synthèse » envisagé n'avait initialement été transmis qu'aux seuls conseils des parties, et que ce n'est que sur sa demande que le tribunal en avait ultérieurement été destinataire, et surtout que la DGCCRF avait informé par courrier le détaillant que l'enquête à laquelle avait procédé sa direction départementale des Hauts de Seine n'avait pas permis de mettre en évidence de la part du fournisseur un comportement relevant de manière caractérisée des dispositions de l'article L. 442-6-I, 1° du Code de commerce, et qu'elle n'envisageait pas en conséquence de mettre en oeuvre les dispositions de l'article L. 470-5 de ce code.

Quant à la preuve de la justification de la pratique discriminatoire

CA Versailles, 27 janvier 2005

Le fabricant « ne rapporte pas la preuve *lui incombant* de la justification de sa pratique discriminatoire à l'égard [du distributeur] par une contrepartie réelle ».

Quant à la sanction de la discrimination**Nature de la sanction :**

CA Riom, 31 mars 2004

La Cour indique que si l'article L. 442-6-1° « prévoit que les pratiques discriminatoires engagent la responsabilité de leur auteur et l'obligent à réparer le préjudice causé, il ne permet pas à la partie de se délier d'obligations librement consenties, et qu'il ne pourrait appartenir qu'au juge de constater soit la nullité du contrat soit celle des stipulations discriminatoires ».

CA Versailles, 30 septembre 2004

L'article L. 442-6 C. com., dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, institue exclusivement comme sanction des pratiques discriminatoires la responsabilité civile de leur auteur.

Une société ne saurait, sur le fondement de cet article de caractère spécial primant sur le droit commun, sauf à le dénaturer en ajoutant une sanction non prévue, se prévaloir d'une éventuelle nullité des accords de partenariat en cause pour rechercher la nullité de la clause attributive de compétence y figurant.

Préjudice réparé :

CA Versailles, 27 janvier 2005

La Cour vient réparer la perte certaine de la remise dont le distributeur n'a pu bénéficier parce qu'elle était soumise à des conditions discriminatoires.

Elle affirme que le distributeur n'est en revanche pas fondé à revendiquer à la fois la perte de la remise dont les conditions d'octroi étaient discriminatoires, et une perte de chance de marge brute sur le chiffre d'affaires non réalisé dès lors qu'il n'aurait pu obtenir un chiffre d'affaires supplémentaire qu'en réduisant ses prix par l'effet de ladite remise ayant déjà donné lieu à indemnisation.

**ARTICLE L.442-6-I, 2° a) C. COM.
OBTENTION D'UN AVANTAGE NE CORRESPONDANT
À AUCUN SERVICE COMMERCIAL EFFECTIVEMENT
RENDU OU MANIFESTEMENT PROPORTIONNÉ AU REGARD
DE LA VALEUR DU SERVICE RENDU**

I. Nombre de décisions

Nombre total de décisions rendues : 2

- Nombre de décisions de Cour d'appel : 1
- Nombre de décisions de Cour de cassation : 1
- *Détail par année :*
 - en 2004 : 1
 - en 2005 : 1
 - du 1^{er} au 30 juin 2006 : 0

II. Bilan

Aucune décision ne retient l'application de l'article L. 442-6-I, 2°, a) C. com.

Aucune intervention du Ministre

III. Evolution

Données non significatives.

Observations générales

Deux décisions seulement ont été relevées sur la période envisagée ; dans les deux cas, l'application de l'article L 442-6-I, 2°, a) du Code de commerce est écartée par les juges.

Activités concernées :

Un litige est relatif à la location d'un véhicule automobile. L'autre à la distribution de produits.

Nature de l'argument :

L'article L 442-6-I, 2°, a) C. com. n'est invoqué isolément dans aucune des deux affaires examinées. Les arguments avancés conjointement sont principalement tirés du droit des obligations.

Dans une des affaires, l'article n'est invoqué qu'à titre subsidiaire, et comme moyen de défense contre une action en justice (action en restitution d'un bien loué).

Objet du grief :

Dans une affaire, pour éviter la restitution d'un bien loué à son propriétaire à l'issue de la location, une société prétendait que les avantages financiers que le propriétaire du bien avait obtenus d'elle à travers le contrat de location étaient manifestement disproportionnés. Ces avantages n'avaient pourtant pas été obtenus par la société propriétaire du bien intimée, car le contrat de location avait été passé avec une autre société, l'intimée n'ayant acheté le bien qu'à l'issue de la location.

Dans l'autre affaire, le fournisseur soutenait que des factures émises par le distributeur pour participation publicitaire ou sur le chiffre d'affaires ne correspondaient à aucune prestation et constituaient en réalité des avantages sans contrepartie.

Preuve de l'obtention d'un avantage ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu :

Dans l'une des décisions envisagées, le pourvoi du fournisseur qui reprochait à un distributeur d'avoir obtenu des avantages sans contrepartie est rejeté, aux motifs que le fait que les mentions apposées sur une facture de coopération ou de participation publicitaire soient insuffisantes au regard de l'obligation de facturation détaillée édictée par l'article L. 441-3 C. com. n'est pas à lui

seul de nature à établir ou à faire présumer l'existence d'une pratique discriminatoire, et que la cour d'appel a dès lors pu retenir que les prestations facturées pour coopération avaient une contrepartie réelle, eu égard notamment au faible montant desdites prestations.

Une telle solution ne devrait désormais plus être retenue. La loi n° 2005-882 du 2 août 2005 a en effet complété l'article L. 442-6-III C. com. par une disposition mettant à la charge du professionnel « qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation ». Il appartient donc dorénavant au distributeur d'apporter la preuve matérielle que le service de coopération commerciale a bien été rendu.

Référence des décisions étudiées

CA Paris, 11 mai 2004, JurisData n° 2004-248415
Cass. com., 8 février 2005, pourvoi n° 02-12855, inédit

Analyse des décisions

1. Secteurs d'activité concernés

CA Paris, 11 mai 2004
location de véhicule automobile
Cass. com., 8 février 2005
distribution de produits

2. Données relatives à l'application de l'article L. 442-6-I, 2°, a)

CA Paris, 11 mai 2004
(Cet arrêt est également traité dans la partie relative à l'article L. 442-6-I, 2°, b), qui avait aussi été invoqué par l'appelante)

Une société avait vendu un tracteur routier à une autre société qui l'avait loué à une troisième société (de déménagements). Le vendeur s'était engagé envers le bailleur à reprendre le véhicule à la fin de la location. A l'issue de la location, le vendeur avait effectivement racheté le véhicule mais la société de déménagements avait refusé de le restituer, alors même qu'elle n'en était plus locataire.

Condamnée par le tribunal de commerce à restituer le véhicule, et à payer une indemnité à son propriétaire pour avoir utilisé le véhicule depuis la fin du contrat de location, la société de déménagements sollicitait l'application de l'article L. 442-6-I, 2° car elle estimait que les avantages que le vendeur initial avait obtenus d'elle étaient manifestement disproportionnés.

Elle indiquait ainsi que les sommes qu'elle avait acquittées étaient anormalement élevées pour un simple contrat de location, et qu'elle ne les aurait jamais versées si elle n'avait cru devenir ainsi propriétaire du bien.

Ces avantages n'avaient pourtant pas été obtenus par le vendeur initial mais par le bailleur.

Cass. com., 8 février 2005

Un fournisseur soutenait que plusieurs factures émises par le distributeur pour participation publicitaire ou sur le chiffre d'affaires ne correspondaient à aucune prestation et constituaient en réalité des avantages sans contrepartie imposés par le distributeur en violation de l'article L. 442-6-I.

La Cour d'appel avait considéré que ces factures ne formaient pas des pratiques discriminatoires au motif que l'intitulé de celles-ci renvoyait à des opérations publicitaires.

Devant la Cour de cassation, le fournisseur avançait qu'en application de l'article L. 441-3 qui prévoit une obligation de facturation détaillée pour tout achat de produits ou de prestations de services pour une activité professionnelle, les factures établies par un distributeur pour les prestations réalisées en exécution de contrats de coopération commerciale doivent permettre d'identifier avec précision la nature exacte des services rendus au fournisseur, les produits et quantités de produits concernés ainsi que les dates de réalisation de ces services.

La chambre commerciale déclare que le fait que les mentions apposées sur une facture de coopération ou de participation publicitaire soient insuffisantes au regard de l'obligation de facturation détaillée édictée par l'article L. 441-3 du Code de commerce n'est pas à lui seul de nature à établir ou à faire présumer l'existence d'une pratique discriminatoire ; et que la cour d'appel a pu, en conséquence, retenir que les prestations facturées pour coopération avaient une contrepartie réelle, eu égard notamment au faible montant desdites prestations.

**ARTICLE L.442-6-I, 2° b) C. COM.
ABUS DE DÉPENDANCE, DE PUISSANCE D'ACHAT OU DE VENTE**

I. Nombre de décisions

Nombre total de décisions : 6

- Il s'agit uniquement de décisions de Cour d'appel.

- *Détail par année :*

- en 2004 : 1
- en 2005 : 1
- du 1^{er} au 30 juin 2006 : 4

II. Bilan

Nombre de décisions retenant l'application de l'article : 1

Nombre de décisions écartant l'application de l'article : 4

Aucune intervention du Ministre

III. Evolution

Données non significatives.

Observations générales

Etat des relations :

L'exploitation abusive d'une relation de dépendance n'est généralement pas invoquée avant la fin des relations commerciales.

Ainsi, dans la majorité des affaires objets des décisions étudiées, les relations commerciales avaient été rompues (4 décisions), ou il n'existait pas de relation commerciale entre les opérateurs (1 décision). Dans une affaire seulement, les parties étaient encore en relations.

Les décisions envisagées n'apportent pas de précision quant à la teneur de la notion de « relation », qui selon certains auteurs pourrait viser une situation ponctuelle et non un « état ».

Activités concernées :

L'application de l'article L. 442-6-I, 2° b) C. com. est généralement sollicitée par des opérateurs dont les relations s'inscrivent dans le cadre de l'activité de distribution de produits.

On remarque cependant que la seule affaire dans laquelle les juges ont retenu l'exploitation abusive d'une relation de dépendance concernait les relations entre une société de prestations de services comptables et de secrétariat avec sa société cliente.

Modalités d'invocation du grief :

Il apparaît que l'article L. 442-6-I, 2° b) C. com. est plus généralement invoqué comme moyen de défense contre une action en justice, qu'il s'agisse d'une action en restitution d'un bien loué, en réparation pour rupture fautive ou pour violation d'une clause de non-concurrence post-contractuelle.

L'exploitation abusive est généralement mise en avant à titre subsidiaire seulement.

Objet du grief :

Seul l'abus d'une relation de dépendance est invoqué dans les affaires examinées. Il n'est pas fait référence aux notions d'abus de puissance d'achat ou de puissance de vente .

L'expression « d'abus de relation de dépendance » employée dans l'article L. 442-6-I, 2° b) C. com. est rarement utilisée, les juges lui préférant celle « d'abus d'état de dépendance économique ».

Alors que le texte de l'article L. 442-6-I, 2° b) vise simplement la « relation de dépendance », ce qui pourrait autoriser la prise en compte d'autres formes de dépendance que la seule dépendance économique, telles qu'une dépendance technique ou juridique, une décision se réfère à « l'état de dépendance économique prévu par l'article L. 442-6-I ».

La pratique abusive la plus souvent invoquée est la soumission d'un partenaire à des obligations injustifiées parce qu'excessives.

Analyse des décisions

Détail par année :

en 2004 :

1 décision : les juges considèrent que les conditions d'application de l'article ne sont pas réunies. Le tribunal de commerce qui a statué en premier ressort ne semble pas s'être prononcé sur cette question, ce texte ne semble pas avoir été invoqué à ce stade.

en 2005 :

1 décision : les juges considèrent que les conditions d'application de l'article ne sont pas réunies. Le tribunal de commerce qui a statué en premier ressort ne semble pas s'être prononcé sur cette question, ce texte ne semble pas avoir été invoqué à ce stade.

en 2006 :

- 3 décisions considèrent que les conditions d'application de l'article ne sont pas réunies.

Dans un cas, le tribunal de commerce avait retenu une solution différente, puisqu'il avait débouté les concessionnaires de leur demande d'annulation des contrats de concession, mais prononcé la résiliation judiciaire de ces contrats, aux torts du concédant, au motif qu'ils créaient une situation de dépendance économique.

Dans les autres cas, le tribunal de commerce avait retenu une solution identique.

- 1 décision retient l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique

Le tribunal de commerce qui avait statué en premier ressort avait condamné l'appelante à la réparation du préjudice subi par son partenaire.

Référence des décisions étudiées

CA Paris, 11 mai 2004, JurisData n° 2004-248415
CA Nîmes, 23 juin 2005, JurisData n° 2005-282018
CA Toulouse, 26 janvier 2006, JurisData n° 2006-312311
CA Angers, 7 février 2006, JurisData n° 2006-299074
CA Paris, 7 avril 2006, JurisData n° 2006-299732
CA Versailles, 11 mai 2006, JurisData n° 2006-313422

1. Secteurs d'activité concernés

CA Paris, 11 mai 2004

location d'un véhicule automobile

CA Nîmes, 23 juin 2005

vente au détail de vêtements (contrat de franchise)

CA Toulouse, 26 janvier 2006

distribution de produits de maroquinerie (contrat de concession)

CA Angers, 7 février 2006

prestations de services comptables et de secrétariat

CA Paris, 7 avril 2006

sous-traitance industrielle

CA Versailles, 11 mai 2006

distribution de produits d'isolation et de protection solaire (contrat de franchise)

2. Conditions d'application de l'article L.442-6-I, 2°, b)

Nature des relations existant entre la personne qui allègue une exploitation abusive de la relation de dépendance dans laquelle elle se trouve, ou un abus de puissance de vente ou d'achat, et la personne à qui elle attribue cet abus

Dans la majorité des affaires objets des décisions étudiées, les relations commerciales avaient été rompues.

Relations rompues :

CA Nîmes, 23 juin 2005

Un franchiseur que son ancienne franchisee accusait de pratiques discriminatoires avait rompu de manière anticipée les contrats de franchise conclus avec cette dernière. La Cour estime que cette rupture était fautive.

CA Toulouse, 26 janvier 2006

Le tribunal de commerce avait débouté les concessionnaires de leur demande d'annulation des contrats de concession, mais prononcé la résiliation judiciaire de ces contrats, aux torts du concédant, au motif qu'ils créaient une situation de dépendance économique.

Le concédant avait été placé en redressement judiciaire.

CA Angers, 7 février 2006

La société de prestations de services comptables et de secrétariat, qui se voit reprocher l'exploitation abusive de la relation de dépendance dans laquelle elle tenait une société cliente, avait rompu les relations contractuelles qu'elle entretenait avec cette dernière.

La société cliente avait été placée en liquidation amiable, et la société de prestations de services comptables et de secrétariat en liquidation judiciaire.

CA Versailles, 11 mai 2006

Les franchisees qui reprochent à leur franchiseur d'avoir abusé de leur situation de dépendance économique avaient rompu le contrat de franchise conclu avec ce dernier. La Cour estime que cette rupture est fautive, parce qu'elle est intervenue trois ans avant le terme contractuel.

Partenaires en relation :

CA Paris, 7 avril 2006

Un sous-traitant contraint de cesser son activité avait obtenu des conditions favorables des donneurs d'ordres pour assurer la fourniture de derniers produits, en exécution du contrat de sous-traitance.

Absence de relation :

CA Paris, 11 mai 2004

La société locataire qui invoquait une exploitation abusive de la situation de dépendance dans laquelle elle se trouvait n'était pas en relation avec la société vendeur à laquelle elle attribuait cet abus.

Cette société avait vendu un tracteur routier à une société Y qui l'avait loué à la société appelante. Le vendeur s'était engagé envers le bailleur à reprendre le véhicule à la fin de la location. A l'issue de la location, le vendeur avait effectivement racheté le véhicule. La société de déménagements avait cependant refusé de restituer le bien, alors même qu'elle n'en était plus locataire.

Conditions dans lesquelles l'article L.442-6-I, 2° b) se trouve invoqué

Il apparaît que l'article L. 442-6-I, 2°, b) est plus généralement invoqué par les opérateurs comme moyen de défense contre une action engagée à leur encontre, et à titre subsidiaire.

CA Paris, 11 mai 2004

La société de déménagements qui sollicitait l'application de l'article L. 442-6-I, 2°, b) demandait réparation du préjudice qu'elle avait subi.

Elle avait initialement tenté d'obtenir la requalification du contrat de bail de véhicule qu'elle avait conclu en contrat de vente avec paiement à terme, demande dont elle avait été déboutée en première instance et en appel.

Elle avait par la suite été condamnée par le tribunal de commerce à restituer le véhicule, et à payer une indemnité à son propriétaire pour avoir utilisé le véhicule depuis la fin du contrat de location, décision dont elle avait interjeté appel. C'est cet appel qui est ici examiné.

Ce n'est que subsidiairement qu'elle soutenait que la société propriétaire du véhicule avait tiré un avantage excessif de la situation dans laquelle elle se trouvait.

CA Nîmes, 23 juin 2005 :

La franchisee demandait la confirmation du jugement du tribunal de commerce qui avait annulé les contrats de franchise pour violation de l'article L 330-3 du Code de commerce, et à titre subsidiaire demandait qu'il soit jugé que le franchiseur avait engagé sa responsabilité sur le fondement de l'article L. 442-6-I du Code de commerce.

CA Toulouse, 26 janvier 2006 :

Les concessionnaires avaient assigné le franchiseur devant le tribunal de commerce pour voir prononcer la nullité des contrats de concession, pour violation de l'article L 330-3 du Code de commerce, et pour obtenir en conséquence le remboursement du droit d'entrée et des redevances versées. Le tribunal les avait déboutés sur ce point, et ils renouvelaient cette demande devant la Cour d'appel,

Ils invoquaient subsidiairement la violation des articles L. 442-5, L. 442-6 et L. 420-2 du Code de commerce.

CA Versailles, 11 mai 2006 :

Le franchiseur accusé par ses anciens franchisees d'avoir abusé de leur relation de dépendance avait assigné ces franchisees devant le tribunal de commerce, leur reprochant d'avoir rompu leur contrat de franchise de manière fautive et de violer la clause de non-concurrence qui les liait.

Les franchisees tentaient de justifier la rupture anticipée du contrat en invoquant l'article L. 442-6-I, 2°, b) : ils affirmaient que cette résiliation était pour eux le seul moyen d'échapper à la relation de dépendance dans laquelle ils se trouvaient à l'égard du franchiseur. Ils invoquaient également cet article pour se soustraire à leur obligation de non-concurrence post-contractuelle, en présentant cet engagement comme une obligation injustifiée caractérisant l'abus fait par le franchiseur de leur relation de dépendance.

Ils invoquaient par ailleurs « l'inexistence du contrat faute d'objet ».

CA Paris, 11 mai 2004 :

L'appelante soutenait que l'intimée avait « tiré un avantage excessif de la situation en raison de sa position dominante ».

CA Nîmes, 23 juin 2005 :

La franchisee imputait à son franchiseur « une exploitation abusive de l'état de dépendance économique » dans lequel elle se trouvait à son égard.

CA Toulouse, 26 janvier 2006 :

Les concessionnaires invoquaient un « abus de dépendance économique ».

Pratique abusive invoquée

Seul l'abus d'une relation de dépendance est invoqué. On ne retrouve pas les notions d'abus de puissance d'achat ou d'abus de puissance de vente.

Est plus souvent stigmatisé le fait d'imposer des obligations injustifiées parce qu'excessives.

CA Paris, 11 mai 2004 :

L'abus aurait résidé selon l'appelante dans le grave déséquilibre existant entre les prestations des parties. Elle considérait que les sommes qu'elle avait acquittées étaient anormalement élevées pour un simple contrat de location, et qu'elle ne les aurait jamais versées si elle n'avait cru devenir ainsi propriétaire du bien.

Ce n'était pourtant pas le propriétaire du bien intimé qui avait contracté avec l'appelante.

CA Nîmes, 23 juin 2005 :

Selon la franchisee, l'abus imputable au franchiseur résidait notamment dans le fait que celui-ci eût « choisi discrétionnairement de lui livrer des vêtements dont il souhaitait se débarrasser, sans tenir compte des demandes de réassortiment » qu'elle avait formulées.

CA Toulouse, 26 janvier 2006 :

L'abus de dépendance économique imputable au concédant aurait résidé selon les concessionnaires dans la fixation par ce dernier d'un quota de vente excessif, et dans la mise en place d'un système d'approvisionnement échappant à la maîtrise du concessionnaire.

CA Paris, 7 avril 2006

Des donneurs d'ordres invoquaient l'état de dépendance économique pour se soustraire à leurs engagements en demandant la nullité des accords ainsi souscrits.

CA Versailles, 11 mai 2006

Les franchisés prétendaient que le franchiseur les soumettait à des obligations injustifiées, à savoir le versement de redevances sans rapport avec les services rendus, et l'engagement de non-concurrence post-contractuelle, qui les dissuadait de mettre fin au contrat.

3. Les solutions retenues par les décisions envisagées

Quant à l'abus

Les décisions envisagées n'apportent pas de précision quant aux notions d'abus puissance d'achat et d'abus de puissance de vente, car ces abus ne sont pas invoqués.

CA Angers, 7 février 2006 (seule décision à caractériser une exploitation abusive d'un état de dépendance économique)

Selon la Cour, la société de distribution de services de secrétariat a abusé de l'état de dépendance dans lequel se trouvait la société cliente « en appliquant, sans justification, ni concertation, une augmentation subite et immodérée de son prix dans une proportion supérieure à 30 % ».

Quant à la relation de dépendance

Quant à la notion de relation :

Les décisions envisagées n'apportent pas de précision particulière quant à la teneur de la notion de « relation ».

Quant à la notion de dépendance :

CA Nîmes, 23 juin 2005

Alors que le texte de l'article L. 442-6-I, 2°, b) vise simplement la « relation de dépendance », ce qui pourrait autoriser la prise en compte d'autres formes de dépendance que la dépendance économique, telles qu'une dépendance technique ou juridique, la Cour se réfère à « l'état de dépendance économique prévu par l'article L. 442-6-I ».

N'est pas constitutif d'une relation de dépendance :

CA Nîmes, 23 juin 2005

La Cour considère que la franchisee n'établit pas s'être trouvée, à l'égard du franchiseur, dans l'état de dépendance économique prévu par l'article L. 442-6 I C. com., alors qu'elle conservait son statut de commerçante indépendante propriétaire des deux fonds de commerce durant l'exécution du contrat de franchise, gardant aussi la possibilité de commercialiser d'autres produits que ceux du franchiseur, dès lors qu'ils ne les concurrençaient pas, d'embaucher et de licencier son personnel salarié, d'organiser son travail et de fixer librement un prix de vente des vêtements en jouant sur sa marge commerciale prévue à hauteur de 55 % du prix public maximum conseillé, hors promotions.

N'est pas constitutive d'une relation de dépendance la situation de donneur d'ordre vis-à-vis d'un sous-traitant :

CA Paris, 7 avril 2006

Les juges ne reconnaissent pas l'état de dépendance économique des donneurs d'ordres et les condamnent à payer ce qui était convenu avec le sous-traitant.

Est constitutif d'une relation de dépendance :

CA Angers, 7 février 2006

La Cour relève que la société cliente se trouvait en état de dépendance à l'égard de la société de prestations de services de secrétariat, dans la mesure où celle-ci assurait toutes ses tâches administratives.

Quant aux conditions commerciales ou obligations injustifiées

N'ont pas été considérées comme des obligations injustifiées :

CA Toulouse, 26 janvier 2006 :

La Cour considère que les concessionnaires ne démontrent pas que le stock minimal fixé, qui correspond à moins de deux mois de chiffre d'affaires, serait excessif pour le type d'activité commerciale exercé (distribution de maroquinerie) et dès lors injustifié. Elle relève également que le quota de vente, élément fixé au contrat, a été accepté, et indique « qu'il s'agit donc d'un engagement librement souscrit par un commerçant, qui s'impose à lui et n'est pas, en son principe, injustifié ».

CA Versailles, 11 mai 2006 :

Les franchisés ne peuvent qualifier d'abus de dépendance de la part du franchiseur la présence, dans un contrat librement consenti, d'une clause de non-concurrence post-contractuelle qui a été reconnue valable par une décision judiciaire définitive (l'interdiction de concurrence avait été jugée proportionnée à l'objet des conventions). Il en est de même s'agissant des stipulations relatives au montant des redevances à payer, qui ont été librement acceptées lors de la signature des contrats.

ARTICLE L. 442-6-I, 4° C. COM. MENACE DE RUPTURE BRUTALE

I. Nombre de décisions

Nombre total de décisions rendues : 3

- Nombre de décisions de Cour d'appel en 2005 : 1 ; en 2006 : 1
- Nombre de décisions de Cour de cassation en 2004 : 1

II. Bilan

- 3 condamnations
- Indemnité de 1.500 à 200.000 €

Intervention volontaire du Ministre dans une affaire

III. Evolution

Données non significatives

Observations générales

Trois décisions seulement ont été relevées sur la période ; toutes stigmatisent la menace et sanctionnent leur auteur.

Nature de la menace :

La menace est retenue de manière assez souple lorsque se trouve exigée pour la poursuite des relations une condition défavorable au partenaire ou lorsque se trouvent rompues des relations après refus de conditions défavorables proposées par l'auteur de la rupture.

Objectif de la menace :

Les conditions manifestement dérogatoires sont les conditions défavorables tenant à l'octroi d'une remise non convenue (CA Douai, 8 septembre 2005), à l'exigence d'une réduction de prix (Cass. com., 17 mars 2004) ou au contraire à l'imposition d'une augmentation brutale de prix (CA Angers, 7 février 2006).

Sanction :

La sanction est le paiement de dommages-intérêts avec parfois frais de publication de la décision dans la presse.

Les dommages-intérêts sont calculés en fonction du volume d'achat ou de vente affecté par l'application de la menace (CA Douai, 8 septembre 2005) ; il a été également tenu compte de la liquidation de l'entreprise victime (CA Angers, 7 février 2006).

Référence des décisions étudiées

Cass. com., 17 mars 2004, pourvoi n° 02-14751, inédit
CA Douai, 8 septembre 2005, JurisData n° 2005-299139
CA Angers, 7 février 2006, JurisData n° 2006-299074

Analyse des décisions

Cass. com., 17 mars 2004

Un fabricant de produits alimentaires achetait à une entreprise les matières premières et lui revendait ensuite les produits finis. Le fabricant après avoir été contraint d'accepter des baisses répétées de prix de vente des produits finis, a été informé de la rupture des relations commerciales sans respect du préavis contractuellement prévu.

Sous le visa de l'article L. 442-6-I, 4°, la Cour de cassation précise que le fait d'imposer des conditions de vente et d'achat défavorables à un partenaire commercial sous la menace d'une rupture brutale des relations commerciales, constitue une faute aggravée par le non respect du préavis convenu.

Rejet du pourvoi et l'entreprise auteur de la rupture est condamnée aux dépens.

CA Douai, 8 septembre 2005

Un distributeur demande par écrit le 22 août 2000 à un fournisseur l'octroi d'une remise différée de freinte de 1 % du chiffre d'affaires total. N'ayant reçu aucune réponse le distributeur informe le fournisseur de sa volonté de mettre fin à leurs relations commerciales à défaut d'accord avant le 13 septembre 2000 puis confirme le 16 octobre 2000 la rupture des relations commerciales.

Les juges estiment que l'article L. 442-6-I, 4° du Code de commerce a vocation à s'appliquer dès lors qu'aucune raison technique ne pouvait justifier la remise pour freinte exigée par le distributeur et manifestement dérogatoire aux conditions générales de vente.

Le distributeur est condamné au paiement de la somme de 15.000 € à titre de dommages et intérêts et aux frais de publication de la décision dans la limite de 3.000 € par publication dans plusieurs journaux.

CA Angers, 7 février 2006

Une société de services rompt ses relations avec une société cliente qui refus une augmentation brutale de tarifs.

Les juges estiment qu'en augmentant brutalement ses tarifs sans justification ni concertation, en tentant, sous la menace de rupture, de les imposer à la société cliente, et en mettant à exécution ses menaces une semaine après sa mise en demeure de payer demeurée sans effet, la société de service a violé les articles L. 442-6-I, 4° ainsi que L. 442-6-I, 5° C. com.

Le préjudice de la société cliente est réparé par l'allocation d'une indemnité de 200.000 €.

**APPLICATION JUDICIAIRE DE L'ARTICLE L. 442-6, I, 5° C. COM.
RUPTURE BRUTALE**

**SYNTHÈSE GÉNÉRALE :
DU 1^{er} JANVIER 2004 AU 30 JUIN 2006**

I. Nombre de décisions

Nombre total de décisions rendues : 86

- Nombre de décisions de 1^{ère} instance : 13 (soit 15 %)
- Nombre de décisions de Cour d'appel : 64 (soit 74 %)
- Nombre de décisions de Cour de Cassation : 9 (soit 10 %)

II. Bilan

Nombre de décisions de rejet : 39 (soit 45 %)

Nombre de décisions admettant une rupture brutale : 47 (soit 55 %)

- Montant des dommages-intérêts pour 2004 : de 700 € à 416.064 €, soit une moyenne de 125.974 € pour un total de 2.015.579 €
- Montant des dommages-intérêts pour 2005 : de 7.700 € à 1.000.000 €, soit une moyenne de 161.499 euros pour un total de 2.906.981 €
- Montant des dommages-intérêts pour le 1^{er} semestre 2006 : de 10.000 € à 1.372.041 €, soit une moyenne de 303.496 € pour un total de 2.731.471 €

Sur 43 décisions condamnant l'auteur de la rupture à des dommages-intérêts :

- 22 décisions prononcent des dommages-intérêts dont le montant est inférieur à 100.000 euros (soit 51 %).
- 21 décisions prononcent des dommages-intérêts dont le montant est égal ou supérieur à 100.000 euros (soit 49 %).
- 2 décisions (comprises dans les 21 précédentes) prononcent des dommages-intérêts d'un montant égal ou supérieur à 1.000.000 euros (soit 5 %).

Intervention volontaire du Ministre dans 4 décisions (soit 5 %)

III. Evolution

- Evolution du contentieux entre 2004 et 2005 : augmentation de 34 %.
- Evolution du contentieux entre 2005 et 2006 (en supposant que les données du second semestre correspondraient à celles du premier) : réduction de 8 % (résultat à nuancer car évalué sur du prospectif).
- Evolution des dommages-intérêts entre 2004 et 2005 : augmentation de 44 %.
- Evolution des dommages-intérêts entre 2005 et 2006 (en prenant comme postulat que les données du second semestre correspondraient à celles du premier) : augmentation de 87,92 % (résultat à nuancer car évalué sur du prospectif).

**Observations générales
(sur la totalité de la période sous étude)**

La majorité des décisions (47 décisions, soit environ 55 %) sanctionne la rupture brutale des relations commerciales établies.

Activités concernées :

Les décisions impliquant la grande distribution sont en nombre réduit (11 décisions). La plupart emportent condamnation pour rupture brutale (7 décisions).

L'application du dispositif aux prestations de services a été envisagée par 22 décisions.

Etat des relations :

Le dispositif est appliqué à toute relation commerciale, qu'elle soit précontractuelle, contractuelle ou même post-contractuelle et indépendamment de la durée des relations commerciales, de l'existence ou de l'absence d'un contrat écrit.

Notion de rupture :

La notion de rupture « partielle » apparaît dans 7 décisions : trois stigmatisent des comportements qui ne peuvent être analysés en ce sens. Quatre décisions retiennent la qualification de rupture partielle.

Argument de la rupture :

Le motif le plus fréquemment invoqué par l'auteur de la rupture pour légitimer l'absence de préavis, est celui de l'inexécution d'obligations contractuelles (24 décisions relatives au manquement du cocontractant à ses obligations contractuelles, contre 2 envisageant un cas de force majeure au demeurant non caractérisée dans chacune des espèces) ; motif qui fait l'objet d'autant d'admissions que de rejets (11 admissions contre 13 rejets).

Certaines décisions relèvent que le manquement doit être grave ou que seul un « motif grave » peut justifier la rupture brutale.

Durée :

La majorité des décisions recensées estime la durée du préavis qui aurait dû être accordé par l'auteur de la rupture, en fonction de la durée des relations antérieures (39 décisions). Il est très difficile de dégager une corrélation du type : x année(s) de relations antérieures appelle(nt) y mois de préavis (v. cependant la synthèse pour l'année 2005 qui laisse apparaître quelques tendances). Cela tient à l'influence d'autres critères pour l'appréciation de la durée du préavis. Certains critères sont tirés du dispositif légal. Ainsi, en l'absence d'accord interprofessionnel ou d'arrêté ministériel (aucune décision évoquant de tels accord ou arrêté), ce sont les usages qui trouvent parfois les faveurs des juges du fond : 8 décisions y font explicitement référence.

D'autres critères sont d'origine prétorienne. Ainsi, la dépendance économique de la victime de la rupture : (8 décisions), ses possibilités de reconversion (9 décisions), l'existence de cycles de production ou de distribution (5 décisions) sont en effet régulièrement sollicités en jurisprudence au soutien de l'appréciation du caractère suffisant du préavis. Il a alors pu être observé que si ces différents critères ne jouent le plus souvent qu'un rôle complémentaire ou subsidiaire par rapport à celui tenant à la durée des relations antérieures, ils tendent parfois à le concurrencer au point de s'y substituer.

Par ailleurs, le dispositif prévoyant le doublement de la durée du préavis lorsque les produits sont distribués sous la marque du distributeur n'a fait l'objet que d'une seule décision sur la période considérée.

Evaluation du préjudice :

L'évaluation du préjudice subi par la victime de la rupture se fait presque toujours en référence au manque à gagner, à la perte des bénéfices que la victime aurait pu réaliser pendant la durée requise du préavis. Les juges calculent la marge brute moyenne sur cette période, en se référant au chiffre d'affaires moyen.

Ce critère est parfois associé à d'autres, tels que les investissements demandés par l'auteur de la rupture, les conditions de la reconversion, le moment où intervient la rupture, la durée effective des relations.

Deux décisions prennent en compte le fait que la brutalité de la rupture a entraîné la liquidation de la société qui en a été victime.

**ARTICLE L. 442-6, I, 5° C. COM.
SYNTHÈSE DES DÉCISIONS DE L'ANNÉE 2004**

I. Nombre de décisions

Nombre total de décisions rendues : 29

- Nombre de décisions de 1^{ère} instance : 2 (7 %)
- Nombre de décisions de Cour d'appel : 20 (69 %)
- Nombre de décisions de Cour de cassation : 7 (24 %)

II. Bilan

Nombre de décisions de rejet : 11 (soit 38 %)

Nombre de décisions admettant une rupture brutale : 18 (soit 62 %)

- Montant des dommages-intérêts : De 700 € à 416.064 €, soit une moyenne de 125.973, 66 euros pour un total de 2.015.578, 6 euros.

Sur 16 décisions se prononçant sur le montant des dommages-intérêts :

- 8 décisions prononcent des dommages-intérêts dont le montant est inférieur à 100.000 euros (50 %)
- 8 décisions prononcent des dommages-intérêts dont le montant est égal ou supérieur à 100.000 euros (50 %)
- 0 prononce des dommages-intérêts d'un montant égal ou supérieur à 1.000.000 d'euros

Nombre de décisions avec intervention volontaire du Ministre : **3**

Observations générales

La majorité des décisions (18, soit 62 %) sanctionne la rupture brutale des relations commerciales établies.

Activités concernées :

Les décisions impliquant la grande distribution sont en nombre réduit (3). La plupart emportent condamnation pour rupture brutale. Une seule décision condamne le fournisseur pour rupture partielle des relations.

L'application du dispositif aux prestations de services est envisagée dans 10 décisions (la qualification de la rupture brutale a été retenue dans 3 décisions relatives à des contrats de prestations de service. 7 décisions rejettent l'existence d'une rupture brutale, mais sans la justifier par la prestation d'un service).

Etat des relations :

La notion de « relation commerciale établie » apparaît dans 13 décisions.

La majorité des décisions reconnaît l'existence de relations commerciales établies entre les parties (seules 3 décisions sur 13 relèvent l'absence de telles relations). L'étude des 10 autres décisions permet de dégager deux critères, non pas caractéristiques, mais indifférents à la caractérisation d'une relation commerciale établie : sa forme et sa durée.

Notion de rupture :

La notion de rupture « partielle » apparaît dans 3 décisions.

Deux stigmatisent des comportements qui ne peuvent être analysés en ce sens. La troisième décision retient la qualification de rupture partielle.

Argument de la rupture :

Le motif légitimant l'absence de préavis, le plus fréquemment invoqué par l'auteur de la rupture, est celui de l'inexécution d'obligations contractuelles (9 décisions relatives à une faute de la victime de la rupture, contre 1 seule envisageant un cas de force majeure au demeurant non caractérisée en l'espèce).

Une décision sur les 9 relevées admet le caractère justifié de la rupture du contrat sans préavis.

Forme du préavis :

La jurisprudence, après avoir rappelé la nécessité d'un préavis écrit (1 décision), en fournit quelques exemples (3 décisions) et dès lors sanctionne l'absence de préavis d'une part (2 décisions), l'irrespect du préavis notifié ou contractuel d'autre part (2 décisions).

Deux décisions relèvent l'indifférence de l'absence de motivation du préavis.

Une décision présente la particularité de ne pas admettre les modalités du préavis prévues au contrat, au regard des usages commerciaux.

Durée du préavis :

La question de la durée du préavis apparaît dans 20 décisions.

Dans la majorité des cas, les juges ne se contentent pas d'un seul critère pour apprécier le caractère suffisant ou non du préavis de rupture. Néanmoins, le critère de la durée des relations antérieures est le plus souvent appliqué (13 décisions).

Aucune moyenne significative ne peut être dégagée, en raison d'une hétérogénéité dans les chiffres relevés (à titre d'exemple, un délai de préavis de 6 mois est considéré comme suffisant aussi bien pour une relation de 20 ans, que pour une relation de 4 ans). Cette impossibilité se justifie par le fait que la grande majorité des décisions associe le critère de la durée des relations antérieures à d'autres critères, tels que celui des possibilités de reconversion (7 décisions l'envisagent), de l'enjeu pécuniaire des relations commerciales (5 décisions). Certaines décisions se réfèrent, toujours dans l'objectif d'apprécier la durée du préavis, à l'atteinte à l'image de marque (1 décision), au cycle de production (1 décision), aux investissements demandés par l'auteur de la rupture (2 décisions).

De manière générale, les décisions se réfèrent autant aux critères légaux (19 décisions) qu'à ceux dégagés par la jurisprudence (20 décisions).

Evaluation du préjudice :

Les 13 décisions qui déterminent les critères d'évaluation permettant de fixer le montant des dommages-intérêts, tendent à considérer le manque à gagner que la victime aurait réalisé pendant le préavis (8 décisions) ; ce critère étant parfois associé à d'autres (3 décisions sur 8 ne se limitent pas au critère du manque à gagner).

Mais 4 décisions ne prennent pas en compte ce critère, et s'attachent à d'autres éléments tels que les investissements demandés, la reconversion, la durée des relations.

ANALYSE DES DÉCISIONS DE L'ANNÉE 2004

Références des décisions étudiées

Cass. com., 7 janvier 2004, Lettre distrib., avril 2004, pourvoi n° 02-12.437
CA Lyon, 15 janvier 2004, JurisData n° 2004-238224
CA Versailles, 15 janvier 2004, JurisData n° 2004-235274
Cass. com., 4 février 2004, Lettre distrib., avril 2004, pourvoi n° 02-13.374
CA Dijon, 6 février 2004, JurisData n° 2004-246659
CA Nancy, 11 février 2004, JurisData n° 2004-264738
CA Nancy, 18 février 2004, JurisData n° 2004-236209
Cass. com., 3 mars 2004, Lettre distrib., juin 2004, pourvoi n° 02-17.623
CA Nancy, 10 mars 2004, JurisData n° 2004-246259
Cass. com., 17 mars 2004, pourvoi n° 02-14.751, inédit
Cass. com., 17 mars 2004, Lettre distrib., juin 2004, pourvoi n° 02-17.575
CA Reims, 17 mai 2004, JurisData n° 2004-274068
CA Chambéry, 18 mai 2004, Lettre distrib., juin 2004
CA Aix-en-Provence, 28 mai 2004, JurisData n° 2004-243998
CA Amiens, 15 juin 2004, JurisData n° 2004-247709
Cass. com., 7 juillet 2004, pourvoi n° 03-11.472, inédit
T. com. Paris, 7 septembre 2004, JurisData n° 2004-273557
CA Montpellier, 21 septembre 2004, JurisData n° 2004-267461
CA Riom, 29 septembre 2004, JurisData n° 2004-232710

CA Versailles, 14 octobre 2004, Lettre distrib., janv. 2005, JurisData n° 2004-256972
Cass. com., 3 novembre 2004, Lettre distrib., déc. 2004, pourvoi n° 02-17.078
T. com. Paris, 3 novembre 2004, JurisData n° 2004-259903
CA Amiens, 9 novembre 2004, JurisData n° 2004-272321
CA Riom, 10 novembre 2004, JurisData n° 2004-267607
CA Aix-en-Provence, 19 novembre 2004, JurisData n° 2004-262144
CA Amiens, 25 novembre 2004, JurisData n° 2004-272319
CA Paris, 1^{er} décembre 2004, Lettre distrib., juin 2005
CA Versailles, 2 décembre 2004, JurisData n° 2004-267459
CA Angers, 7 décembre 2004, JurisData n° 2004-273934

Secteurs d'activité

10 décisions sur 29 se rapportent à la rupture de contrats de prestations de service.

Décisions rejetant l'existence d'une rupture brutale :

- CA Reims, 17 mai 2004 : contrat de sous-traitance relatif à des prestations de transport.
- CA Nancy, 11 février 2004 : contrat ayant pour objet la réparation de palettes.
- CA Versailles, 15 janvier 2004 : contrat de sous-traitance relatif à des prestations de services de communication.
- CA Aix-en-Provence, 19 novembre 2004 : contrat de prestations de nettoyage.
- Cass. com., 3 mars 2004 : contrat ayant pour objet la pose de vitrines.
- CA Amiens, 15 juin 2004 : contrat de prestations de nettoyage.
- CA Aix-en-Provence, 28 mai 2004 : convention d'adhésion à un système de paiement par carte bancaire.

Décisions admettant l'existence d'une rupture brutale :

- CA Nancy, 10 mars 2004 : contrat de maintenance de pièces à souder.
- CA Angers, 7 décembre 2004 : contrat ayant pour objet le développement de photographies.
- T. Com. Paris, 3 novembre 2004 : contrat ayant pour objet la production d'émissions télévisées.

La notion de « relation commerciale établie »

La notion de « relation commerciale » apparaît dans 13 décisions.

La majorité des décisions reconnaît l'existence de relations commerciales établies entre les parties (seules 3 décisions sur 13 relèvent l'absence de telles relations). Leur étude permet de dégager deux critères, non pas caractéristiques, mais indifférents à la caractérisation d'une relation commerciale établie : sa forme et sa durée.

Décisions constatant l'absence de relations commerciales établies :

Absence de relation entre les deux parties :

Cass. com., 3 novembre 2004

Le distributeur n'a jamais eu de relations commerciales avec le fabricant, puisqu'il n'a entretenu de relations commerciales qu'avec la société importatrice en France des produits fabriqués en Suisse, qu'il a conclu un contrat de distribution sélective uniquement avec la société importatrice, et qu'il ne démontre pas avoir entretenu le moindre rapport commercial avec le fabricant, ne lui ayant jamais demandé l'autorisation d'utiliser la marque et ne l'ayant pas représenté auprès des tiers. Il ne peut donc se prévaloir à son encontre des dispositions de l'article L.442-6-I, 5° C. com.

Absence de lien contractuel, direct ou indirect :

CA Versailles, 15 janvier 2004

Dès lors que la société sous-traitante n'a pas contracté, directement ou indirectement, avec la société EDF, dont elle n'est ni le fournisseur, ni le partenaire économique, elle n'est pas fondée à se prévaloir de l'article L. 442-6 C. com., en invoquant le caractère brutal du non renouvellement du prétendu contrat.

Caractère ponctuel de l'opération :

CA Versailles, 2 décembre 2004

Des opérations ponctuelles ne reflètent pas la relation commerciale établie. L'auteur de la rupture avait commandé des produits pour les besoins d'une campagne promotionnelle nationale exceptionnelle.

Décisions constatant l'existence de relations commerciales établies :

Indifférence de la durée sur la caractérisation d'une relation commerciale établie :

CA Paris, 1^{er} décembre 2004

Ni l'article L. 442-6- I, 5° C. com, ni l'article 1134, al. 3 C. civ. n'exigent que des relations commerciales aient perduré pendant une durée minimale pour que leur rupture puisse être sanctionnée. De telles relations peuvent en effet être considérées comme suffisamment établies dès leur origine, leur durée étant sans effet sur la caractérisation de la brutalité de la rupture. Espèce : durée de 17 mois, mais importance du chiffre d'affaires réalisé.

CA Aix-en-Provence, 28 mai 2004

L'article L.442-6-I, 5° C. com. ne distingue pas entre les formes que peut prendre la relation contractuelle, ou leur durée, et s'applique donc aux relations commerciales établies même de façon très brève dans le temps (espèce : moins d'un an).

Remarque sur le calcul de la durée de la relation :

CA Nancy 18 février 2004 :

Le fait qu'une société succède au contractant initial n'a pas de conséquence sur le calcul de la durée globale d'une relation commerciale.

Indifférence du support formel sur la caractérisation d'une relation commerciale établie :

CA Versailles, 14 octobre 2004

Les relations commerciales, qui avaient duré 18 ans, avaient commencé avant la signature du premier contrat.

CA Aix-en-Provence, 19 novembre 2004

L'application des dispositions de l'article L. 442-6-I, 5° du Code de commerce n'est pas subordonnée à l'existence d'un contrat écrit.

Cass. com., 17 mars 2004 (pourvoi n° 02-14.751)

Il suffit qu'une convention existe entre les parties sur les modalités de leur relation commerciale pour entrer dans le champ d'application de l'article L. 442-6-I, 5° C. com., qui n'exige pas que la convention soit écrite.

CA Aix-en-Provence, 28 mai 2004

L'article L.442-6-I, 5° C. com. ne distingue pas entre les formes que peut prendre la relation contractuelle, ou leur durée, et s'applique donc aux relations commerciales établies même de façon très brève dans le temps.

CA Paris, 1^{er} décembre 2004

L'existence de relations commerciales stables entre les parties, qui se traduit par un courant d'affaires continu formé par la rencontre à chaque fois d'une offre et d'une acceptation, n'est nullement subordonnée à l'existence d'un écrit préalable en définissant le cadre. Celles-ci peuvent notamment résulter de circonstances telles que : multiples commandes et factures faisant ressortir d'importants chiffres d'affaires annuels pour le fournisseur ; détermination par les parties de prévisions et d'objectifs, révélant la réalité d'un partenariat ; document sommaire prévoyant le mode de distribution des produits et démontrant l'effectivité des relations.

CA Nancy 10 mars 2004

L'article L.442-6-I, 5° ne distingue pas entre les relations commerciales contractuellement établies et les autres, peu importe que le contrat qui liait les parties ait pris fin, dès lors qu'ont été conclus de manière ininterrompue des contrats de maintenance à durée déterminée.

T. Com. Paris 3 novembre 2004

Constitue une relation établie la succession de quatre contrats à durée déterminée sur une durée de deux ans suivis de deux bons de commande pour la production d'une émission.

CA Amiens 9 novembre 2004

Bien qu'un contrat à durée déterminée n'ait pas été renouvelé, lorsque les relations commerciales se poursuivent conformément aux stipulations contractuelles, ce contrat est considéré comme reconduit tacitement et entre en compte dans le calcul de la durée des relations commerciales.

Cass. com., 4 février 2004

Les relations contractuelles se sont poursuivies après le non renouvellement du contrat constituant ainsi une relation commerciale.

La notion de rupture « partielle »

La notion de rupture « partielle » apparaît dans 3 décisions.

Deux décisions stigmatisent des comportements qui ne peuvent être analysés comme des ruptures partielles, au sens de l'article L. 442-6-I, 5°. La troisième décision retient la qualification de rupture partielle.

Décisions rejetant la rupture partielle :

CA Versailles, 2 décembre 2004

Ni le non renouvellement de commandes présentant un caractère exceptionnel, ni la diminution des achats pratiqués pour d'autres produits, liée à l'effondrement des ventes de ceux-ci, ne constituent un déréférencement de fait (rupture caractérisée en l'espèce par une lettre postérieure à ces pratiques).

CA Reims, 17 mai 2004

L'article L.442-6-I, 5° C. com. ne s'applique pas à la rupture résultant du refus opposé par un sous-traitant à la modification unilatérale de prix que tentait de lui imposer sans préavis et rétroactivement son cocontractant.

Décision caractérisant une rupture partielle :

T. com. Paris, 7 septembre 2004

Rejette la qualification de rupture brutale, mais retient celle de rupture partielle, sans se référer à l'article L. 442-6-I, 5° : constitue une rupture partielle le fait pour un fournisseur de ne plus fournir les produits.

La notion de « préavis écrit »

La notion de « préavis écrit » apparaît dans 9 décisions.

La jurisprudence, après avoir rappelé la nécessité d'un préavis écrit (1 décision), en fournit quelques exemples (3 décisions) et sanctionne l'absence de préavis d'une part (2 décisions), l'irrespect du préavis notifié ou contractuel d'autre part (2 décisions).

Deux décisions relèvent l'indifférence de l'absence de motivation du préavis.

Une décision présente la particularité de ne pas admettre les modalités du préavis prévues au contrat, au regard des usages commerciaux.

Rappel de l'exigence d'un préavis écrit :

CA Montpellier, 21 septembre 2004

L'article L. 442-6-I, 5° du Code de commerce impose, en cas de rupture de la relation commerciale établie, le respect par son auteur d'un préavis écrit.

Exemples de préavis écrit :

CA Montpellier, 21 septembre 2004

Une lettre indiquant de manière claire et non équivoque la fin des relations entre les parties à compter de la réalisation de la cession de l'ensemble des fonds de commerces, satisfait à l'exigence de préavis écrit.

CA Nancy 10 mars 2004

Un appel d'offres qui ne précise pas la date de prise d'effet du contrat de maintenance proposé et ne donne aucune indication sur le sort des relations en cours entre les parties, ne peut être considéré comme un préavis écrit.

T. com. Paris, 7 septembre 2004

Les correspondances échangées (traduisant les difficultés du fournisseur) et les solutions de remplacement proposées, mais refusées par le distributeur forment un ensemble d'éléments constituant un préavis et permettant de retenir l'absence de rupture brutale.

2 décisions sanctionnent l'absence de préavis écrit :

T. com. Paris 3 novembre 2004

La rupture brutale est caractérisée dès lors que la société à l'initiative de la rupture n'a pas adressé de préavis à son cocontractant et n'a pas répondu à une lettre l'interrogeant sur la poursuite de leurs relations, d'autant que son comportement a pu laisser penser à une poursuite des relations d'affaires.

Cass. com., 17 mars 2004 (pourvoi n° 02-17.575)

Au regard de la durée des relations commerciales (10 ans), de la croissance constante du courant d'affaires concernant des produits spécifiques, objet d'une exclusivité de fourniture, le distributeur qui a cessé toute relation en l'absence d'un préavis écrit a commis une faute.

2 décisions sanctionnent le non respect du préavis notifié ou contractuel :

Cass. com., 17 mars 2004 (pourvoi n° 02-14.751)

La rupture était intervenue avant le terme du préavis notifié, en raison du refus du fournisseur de se voir unilatéralement imposées des conditions de ventes et d'achats défavorables ; les juges n'avaient pas à rechercher si l'inexécution par l'autre partie de ses obligations justifiait la rupture des relations commerciales sans préavis.

CA Amiens, 9 novembre 2004

Les parties n'ont pas respecté le préavis contractuel de 4 mois.

2 décisions relèvent que la motivation du préavis n'est pas requise :

CA Aix-en-Provence, 19 novembre 2004

L'article L. 442-6-I, 5° du Code de commerce établissant l'obligation d'un préavis écrit, n'exige pas que ce préavis soit motivé.

CA Montpellier, 21 septembre 2004

L'article L. 442-6-I, 5° ne prévoit en aucun cas l'obligation pour l'auteur de la rupture de mentionner dans son préavis écrit les motifs de la rupture ; ainsi, le secret entourant l'opération de cession à l'origine de la rupture ne peut être un argument valable pour justifier l'absence de préavis.

1 décision apprécie la forme de l'écrit, prévue au contrat, au regard des usages commerciaux et des besoins du commerce :

CA Nancy, 11 février 2004

Le contrat prévoyait une faculté de résiliation annuelle, moyennant un préavis de six mois, et imposait l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception. Cependant, au regard des usages commerciaux et des besoins du commerce, qui impliquent une certaine souplesse, ce formalisme n'avait pas à être respecté rigoureusement dès lors que le donneur d'ordres avait informé clairement (par lettre et dans des réunions) le sous-traitant de sa volonté de rompre le contrat 14 mois avant la date prévue pour la résiliation.

La durée du préavis

La durée du préavis est traitée dans 20 décisions.

Les magistrats utilisent généralement plusieurs critères pour apprécier le caractère suffisant ou non du préavis de rupture, mais le critère de la durée des relations antérieures est le plus souvent appliqué.

Les décisions se réfèrent autant aux critères légaux (19 décisions) qu'à ceux dégagés par la jurisprudence (20 décisions).

13 décisions apprécient la durée du préavis, en tenant compte notamment de la durée des relations antérieures :

CA Versailles, 14 octobre 2004

Au regard de la durée (18 ans) et de la nature (distribution exclusive) des relations antérieures, le préavis de 3 mois s'avère insuffisant : la durée du préavis doit être évaluée à 1 an.

CA Aix-en-Provence, 19 novembre 2004

Le délai de préavis de six jours doit être considéré comme suffisant, eu égard à la brève durée de la relation (6 mois).

CA Chambéry, 18 mai 2004

Relations commerciales de 13 ans et demi justifiant un préavis de 4 mois.

CA Montpellier, 21 septembre 2004

Durée de préavis de 6 mois suffisante, au regard de la durée (une vingtaine d'années) et de la nature de la relation (prise en compte de la réorganisation).

Cass. com., 4 février 2004

La rupture prévue de longue date ne saurait être qualifiée ni d'abusives, ni de brusque même si les relations entre les parties se sont poursuivies pendant plus de dix années.

CA Lyon, 15 janvier 2004

Préavis de 6 jours insuffisant du fait de la durée des relations antérieures.

CA Dijon, 6 février 2004

Préavis de 5 jours insuffisant, les parties étant en relation d'affaires depuis plus de 4 ans.

CA Nancy, 10 mars 2004

Préavis de 12 jours insuffisant au regard de la durée des relations (9 ans). Fixation du délai à 6 mois.

CA Amiens, 9 novembre 2004

Délai de préavis contractuellement prévu (9 mois) insuffisant au regard de la durée des relations commerciales (18 ans).

CA Riom, 10 novembre 2004

Le critère de la durée est pris en considération mais il n'est pas déterminant dans le calcul du préavis. Préavis de 2 mois insuffisant pour des relations commerciales d'une durée de 2 ans.

CA Amiens, 25 novembre 2004

Compte tenu de la durée de la relation commerciale (4 ans), le préavis aurait dû être d'une durée minimale de 6 mois.

CA Versailles, 2 décembre 2004

Préavis d'un mois insuffisant ; préavis de 39 semaines pour une relation d'affaires de 14 ans.

CA Angers, 7 décembre 2004

La durée du préavis doit être calculée en fonction de celle des relations.

3 décisions recherchent l'existence d'accords interprofessionnels déterminant la durée de préavis :

CA Chambéry, 18 mai 2004

Aucun accord interprofessionnel, ni aucun texte réglementaire fixant un délai minimum de préavis en matière de distribution de produits chimiques dits de « spécialités ».

CA Amiens, 15 juin 2004

Absence d'accord interprofessionnel ou d'usage commerciaux relatifs à la durée du préavis à respecter à l'occasion de la rupture d'un contrat de prestations confié à une entreprise de nettoyage.

CA Versailles, 2 décembre 2004

Absence d'accords interprofessionnels de branche, fixant la durée du préavis.

1 décision apprécie la durée du préavis en tenant compte du critère de dépendance économique :

CA Chambéry, 18 mai 2004

En l'absence d'état de dépendance économique (cumulé avec d'autres critères), un préavis de 4 mois est jugé suffisant.

5 décisions apprécient la durée du préavis en tenant compte de l'importance financière de la relation commerciale :

Cass. com., 7 juillet 2004

Le chiffre d'affaires réalisé par le fournisseur, ne représentant qu'une partie de son activité, la durée du préavis est fixée à 6 mois pour une durée des relations d'affaires de dix ans).

CA Riom, 10 novembre 2004

Un délai de préavis d'un mois, même prolongé à deux mois, est insuffisant au regard du volume d'affaires, de l'importance quantitative résultant de la part croissante de l'activité de la société victime de la rupture (...) et de l'importance qualitative au vu des exigences du cahier des charges.

CA Angers, 7 décembre 2004

L'importance financière des relations pour l'une comme pour l'autre des parties doit être prise en compte.

CA Versailles, 14 octobre 2004

En raison notamment du chiffre d'affaires réalisé entre les parties : préavis d'1 an pour 18 ans de relations antérieures.

Cass. com., 3 mars 2004

La société victime de la rupture, ne rapportant ni la preuve du montant du chiffre d'affaires perdu depuis la rupture de fait jusqu'à la cessation de son activité, ni la preuve d'une atteinte à son image de marque et d'un préjudice à ce titre, *l'absence de préavis est justifiée.*

7 décisions apprécient la durée du préavis en tenant compte des possibilités de reconversion :

CA Nancy, 11 février 2004

Même si les relations contractuelles avaient duré 14 ans, un préavis de 14 mois était suffisant pour permettre la reconversion du sous-traitant, qui pouvait facilement trouver un autre donneur d'ordres ou entamer une reconversion eu égard à son expérience et à sa bonne situation financière, d'autant que le donneur d'ordres, auteur de la rupture, lui a indiqué une possibilité de reconversion auprès d'une autre entreprise nommément désignée. Etant relevé que le contrat de sous-traitance a continué à être exécuté normalement pendant l'exécution du préavis, avec un volume d'activité identique à celui antérieur à l'annonce de la rupture.

CA Chambéry, 18 mai 2004

Multiplicité de solutions de remplacement offertes : l'impossibilité de trouver une solution de remplacement n'est pas caractérisée dès lors que la non-substituabilité du produit distribué n'est pas démontrée, que le marché est très ouvert, et qu'il n'y a pas nécessité de faire procéder à des tests pour de nouveaux produits.

CA Montpellier, 21 septembre 2004

La durée de 6 mois est suffisante, au regard de la durée (une vingtaine d'années) et de la nature de la relation, pour permettre au fournisseur de se réorganiser, d'autant qu'il a été contacté par l'acquéreur du fonds de commerce et qu'il n'a pas recherché avec diligence à poursuivre la relation commerciale directement avec lui.

CA Riom, 10 novembre 2004

Un délai de préavis d'un mois, même prolongé de deux mois, ne pouvait permettre à la société victime de la rupture de se réorganiser.

CA Amiens, 25 novembre 2004

Le fournisseur doit informer le distributeur de sa décision avec un préavis suffisant afin que celui-ci puisse prendre ses dispositions et donner en temps libre une nouvelle orientation à ses activités ; délai de préavis fixé à 6 mois.

CA Versailles, 2 décembre 2004

Reconversion difficile au regard de l'environnement économique ; en l'occurrence concentrations dans la grande distribution qui diminuent le nombre d'intervenants et réduisent les possibilités de trouver un nouveau partenaire ; délai de préavis fixé à 39 semaines (autres critères).

T. com. Paris, 7 septembre 2004

Rejette la rupture brutale, mais retient la qualification de rupture partielle, sans pour autant se référer à l'article L. 442-6-I, 5° ; le délai de préavis de 6 mois est suffisant pour permettre au distributeur de rechercher et mettre en place des investissements ou de nouveaux contrats.

1 décision apprécie la durée du préavis en tenant compte des cycles de production et de distribution :

CA Montpellier, 21 septembre 2004

Le fait que les commandes aient baissé à partir du troisième mois du délai de préavis ne remet pas en cause la durée du préavis fixée à 6 mois, dans la mesure où l'activité est par nature estivale.

1 décision apprécie la durée du préavis en tenant compte de l'absence d'engagement d'exclusivité :

CA Chambéry, 18 mai 2004

En raison de l'absence d'engagement d'exclusivité, la durée de préavis de 4 mois est suffisant.

2 décisions apprécient la durée du préavis en tenant compte des investissements demandés :

CA Chambéry, 18 mai 2004

Non considération de l'importance des investissements consentis (acquisition d'un fonds de commerce et création d'une division « matériaux composites ») car ils n'ont pas été imposés et ont été amortis (par son exploitation pendant 7 ans).

Cass. com., 7 janvier 2004

Le délai de préavis (5 semaines) doit correspondre au temps nécessaire à la réalisation d'investissements.

3 décisions envisagent l'existence d'usages dans l'appréciation de la durée du préavis :

CA Aix-en-Provence, 19 novembre 2004

Le délai de préavis de six jours doit être considéré comme suffisant, eu égard à la durée brève de la relation (6 mois) et aux usages des entreprises de nettoyage en matière de délai de préavis en cas de non renouvellement de contrat.

CA Versailles, 14 octobre 2004

Aucune preuve certaine de l'existence d'un usage dans la distribution de parfum de luxe au sujet d'une durée de préavis.

CA Angers, 7 décembre 2004

Certains usages commerciaux autorisent à ne pas prolonger pendant une longue durée une relation dont la confiance est désormais exclue. En raison de la situation de concurrence créée entre les parties, le préavis est fixé à un mois après 30 ans de relations commerciales.

Aucune décision ne fait référence à un arrêté du Ministre.

Aucune décision ne fait référence aux marques de distributeur, ni aux enchères à distance.

3 décisions font référence aux caractères imprévisible et violent de la rupture :

CA Chambéry, 18 mai 2004

Les correspondances, comportant de nombreuses recommandations traduisant l'insatisfaction de l'auteur de la rupture, loin de laisser croire au caractère inattendu de la rupture, démontreraient sa prévisibilité. Préavis de 4 mois suffisant.

CA Amiens, 15 juin 2004

La libération du salarié qui était affecté à l'exécution du contrat rompu, avant la fin de son préavis de démission et antérieurement à la notification de la rupture, ne permet pas d'invoquer une brusque rupture des relations commerciales.

CA Aix-en-Provence, 28 mai 2004

Pour être brutale, la rupture doit avoir été soudaine, imprévisible et violente. La rupture était prévisible dès lors que le contrat signé par les deux partenaires stipulait la faculté réciproque de le résilier sans justification ni préavis.

Justification, en présence d'une inexécution contractuelle ou en cas de force majeure, de la rupture sans préavis

Dix décisions sont concernées.

Le motif légitimant l'absence de préavis le plus fréquemment invoqué par les parties est celui de l'inexécution contractuelle (9 décisions relatives à une faute de la victime de la rupture, contre 1 seule envisageant un cas de force majeure non caractérisée en l'espèce).

Une décision admet la justification d'une rupture du contrat sans préavis.

Inexécution contractuelle :

Admission :

CA Aix-en-Provence, 19 novembre 2004

En refusant de mettre en place une procédure de contrôle de ses employés après de nombreux vols commis sans effraction dans l'établissement, la société d'entretien a manqué à son obligation de fournir un personnel présentant toutes les garanties de moralité et à son obligation de contrôle et d'encadrement. Une telle inexécution du contrat, même partielle, justifie une rupture du contrat sans préavis, eu égard aux impératifs de sécurité que doit assurer l'hôtelier vis-à-vis de sa clientèle. Espèce : préavis de 6 jours.

Refus de justifications avancées :

CA Paris, 1^{er} décembre 2004

La non réalisation des objectifs commerciaux prévus ne justifie pas une rupture sans préavis dès lors que n'est pas établie la subordination de la poursuite des relations à l'obtention d'objectifs.

CA Montpellier, 21 septembre 2004

L'exigence d'un préavis écrit ne cède que dans des cas d'urgence et de gravité absolue. Par conséquent, doit respecter les exigences relatives au préavis, le partenaire qui cède son fonds de commerce, dès lors que cette cession ne revêt pas un caractère imprévisible ou irrésistible.

CA Nancy, 18 février 2004

Le changement consécutif au rachat d'une société ne peut justifier l'interruption des prestations sans préavis de rupture.

CA Nancy, 10 mars 2004

Le seul fait que la victime de la rupture connaissait des difficultés ne pouvait nullement remettre en cause son droit de bénéficier d'un préavis en rapport avec l'ancienneté et l'importance de sa relation stable et continue.

CA Riom, 29 septembre 2004

La seule formulation de demande d'augmentation des tarifs ne peut justifier une rupture des relations commerciales sans préavis.

CA Amiens, 25 novembre 2004

Les courriers adressés par la victime de la rupture ne contenaient aucune mise en demeure et ne faisaient état que d'incidents mineurs n'autorisant pas une rupture brutale et sans préavis d'une relation commerciale établie depuis 4 ans.

CA Angers, 7 décembre 2004

La faute invoquée afin de justifier l'absence de préavis doit être antérieure à la rupture : la preuve de l'inexécution de ses obligations contractuelles par la victime de la rupture n'est pas rapportée car les agissements reprochés ne sont intervenus que postérieurement à la rupture.

CA Dijon, 6 février 2004 :

La victime de la rupture qui n'était liée par aucun contrat de distribution exclusive (même si elle bénéficiait des mêmes avantages tarifaires que les distributeurs exclusifs du fournisseur) ne pouvait se voir reprocher l'inexécution des obligations découlant d'un tel contrat.

Force majeure :

T. com. Paris, 7 septembre 2004

(rejette la rupture brutale, mais retient la qualification de rupture partielle, sans pour autant se référer à l'article L. 442-6-I, 5°) : une rupture partielle doit être retenue dès lors que les saisies conservatoires opérées par le Trésor Public invoquées pour justifier la rupture ne revêtent pas les trois caractéristiques constituant le cas de force majeure.

Les critères d'évaluation permettant de fixer le montant des dommages-intérêts

S'agissant de la réparation du préjudice, au vu des 13 décisions relevées, la tendance est de considérer le manque à gagner de la victime pendant le préavis (8 décisions). Ce critère est parfois associé à d'autres (3 décisions).

4 décisions ne prennent pas en compte ce critère et retiennent d'autres éléments tels que les investissements demandés, la reconversion, la durée des relations.

8 décisions apprécient la réparation du préjudice au regard du manque à gagner :

Prise en compte du critère de manque à gagner :

CA Amiens, 15 juin 2004

L'indemnisation de la brusque rupture des relations commerciales doit être fixée en considération des conséquences dommageables résultant de l'absence de préavis au regard de la marge bénéficiaire brute que la société prestataire aurait été en droit d'escompter en cas de poursuite de la relation commerciale pendant la durée du préavis (en l'espèce, aucun élément de nature à permettre de déterminer le préjudice subi du fait de la rupture).

CA Dijon, 6 février 2004

La trop faible durée du préavis a empêché la victime de la rupture de participer à une foire lui permettant de réaliser une « bonne partie de son chiffre d'affaires ».

Cass. com., 7 janvier 2004

Le distributeur ne peut mettre fin aux relations sans permettre au fournisseur de commercialiser les produits en cours.

CA Riom, 29 septembre 2004

Les dommages-intérêts sont calculés à partir de la marge brute sur les commandes prévisionnelles

CA Nancy, 10 mars 2004

La victime de la rupture est fondée à obtenir réparation du préjudice résultant des difficultés à réorienter son activité et des gains manqués pendant le temps de préavis dont elle a été privée. Le gain manqué correspond à la perte de marge brute subie par la victime sur l'ensemble des opérations convenues.

Non caractérisation du critère du manque à gagner :

CA Versailles, 2 décembre 2004

On ne peut inclure dans le préjudice économique les pertes sur des opérations ponctuelles car elles ne reflètent pas la relation commerciale établie, donc le préjudice lié à sa rupture brutale.

CA Lyon, 15 janvier 2004

Dès lors que les relations commerciales entre les parties devaient en toute hypothèse prendre fin, par suite du refus d'adhésion du distributeur au nouveau système de distribution mis en place, ce dernier ne peut arguer du préjudice correspondant au manque à gagner consécutif à la rupture des relations commerciales.

Insuffisance du critère du manque à gagner :

CA Amiens, 25 novembre 2004

Le préjudice ne se limite pas à l'indemnisation de la réduction d'activité, mais doit également tenir compte des coûts dus à la désorganisation de l'activité de production, à l'impossibilité de récupérer certains investissements et de livrer ses propres clients auprès desquels des engagements avaient été conclus.

4 décisions apprécient la réparation du préjudice au regard des possibilités de reconversion :

CA Angers, 7 décembre 2004

La victime de la rupture a pu prendre des dispositions immédiates pour réduire l'importance de son préjudice.

CA Lyon, 15 janvier 2004

Le délai de réorganisation (six jours) dont disposait la victime de la rupture était insuffisant pour réorganiser son approvisionnement. Cependant ce courant d'affaires ne représentait qu'un pourcentage minime au regard du pourcentage de son CA total, le préjudice n'est donc pas caractérisé.

CA Nancy, 10 mars 2004

La victime de la rupture est fondée à obtenir la réparation du préjudice résultant des difficultés à réorienter son activité.

CA Amiens, 9 novembre 2004

Le délai de préavis n'a pas permis à la victime de la rupture de réorienter à temps ses démarches commerciales pour remplacer l'important courant d'affaires qui allait lui faire défaut.

2 décisions apprécient la réparation du préjudice au regard de l'importance des investissements demandés :

CA Versailles, 14 octobre 2004

Le calcul de l'indemnité réparatrice de préjudice est réalisé sur la marge brute commerciale tenant compte de la variation du stock de la victime (indemnité de 300 000 €).

CA Paris, 1^{er} décembre 2004

Le montant de l'indemnité est évalué au regard des conséquences économiques et financières pour la victime de la perte soudaine de la distribution des produits et, par là même, du bénéfice des efforts et investissements consentis à cette fin. En revanche, les investissements promotionnels faisant partie de son activité ne peuvent être remboursés au titre de la réparation du préjudice résultant de la rupture brutale des relations commerciales.

1 décision considère que la brutalité de la rupture a entraîné la liquidation de la société qui en a été victime :

CA Amiens, 9 novembre 2004

La rupture brutale a eu des conséquences importantes puisqu'il résulte du rapport de gestion de la victime de la rupture, que la décision d'arrêter l'activité a été prise suite à l'arrêt brutal de relations commerciales, lesquelles représentaient 20% de son chiffre d'affaires.

1 décision prend en considération la durée des relations dans l'évaluation du préjudice :

CA Paris, 1^{er} décembre 2004

Eu égard notamment à la durée des relations ayant existé entre les parties (17 mois), le préjudice subi du fait de l'absence de tout préavis à la résiliation litigieuse doit être évalué à trois mois de commissions.

1 décision apprécie la réparation du préjudice au regard de l'importance de la contribution apportée par la société victime au développement des parts de marché de l'auteur de la rupture :

CA Paris, 1^{er} décembre 2004

Eu égard notamment à l'importance de la contribution apportée par la société victime de la rupture au développement des parts de marché de l'auteur de la rupture, le préjudice subi du fait de l'absence de tout préavis à la résiliation litigieuse doit être évalué à trois mois de commissions.

NB : *CA Riom, 10 novembre 2004*

Le préjudice réparé ne doit être que celui résultant de la brutalité de la rupture ; en l'occurrence rien ne permet de penser que la réduction des salariés est le fait de cette rupture.

Conditions de mise en œuvre et d'application de l'article L. 442-6-I, 5°

Condition de mise en œuvre :

CA Paris, 1^{er} décembre 2004

L'article L. 442-6- I, 5° C. com ne prévoit nullement comme condition de sa mise en œuvre l'exigence d'une nécessaire et constante progression des résultats commerciaux générés.

Conditions d'application :

CA Nancy, 10 mars 2004

L'article L. 442-6-I, 5° n'exige pas pour son application une exploitation abusive d'un état de dépendance économique.

CA Amiens, 25 novembre 2004

L'article L.442-6 s'applique même en l'absence d'une relation d'exclusivité.

Champ d'application

CA Versailles, 14 octobre 2004

Une société panaméenne victime de la rupture par une société française est fondée à invoquer l'article L. 442-6-I, 5° du Code de commerce dans la mesure où cette disposition de droit français s'impose à une société française, que son partenaire soit lui-même français ou étranger, et dès lors que son application est recherchée devant une juridiction française à propos d'un litige ayant pour objet la rupture de relations commerciales établies résultant pour l'essentiel de l'exécution d'un contrat que les parties ont entendu soumettre au droit français.

ARTICLE L. 442-6, I, 5° C. COM. SYNTHÈSE DES DÉCISIONS DE L'ANNÉE 2005

I. Nombre de décisions

Nombre total de décisions rendues : 39

- Nombre de décisions de 1^{ère} instance : 6 (soit 15 %)
- Nombre de décisions de Cour d'appel : 32 (soit 82 %)
- Nombre de décisions de Cour de cassation : 1 (soit 3 %)

II. Bilan

Nombre de décisions de rejet : 19 (soit 49 %)

Nombre de décisions admettant une rupture brutale : 20 (soit 51 %)

- Montant des dommages-intérêts : de 7.700 à 1.000.000 euros, soit une moyenne de 161.499 euros pour un total de 2.906.981 euros.

Sur 18 décisions condamnant l'auteur de la rupture à des dommages-intérêts :

- 11 décisions prononcent des dommages-intérêts dont le montant est inférieur à 100.000 euros (61 %)
- 7 décisions prononcent des dommages-intérêts dont le montant est égal ou supérieur à 100.000 euros (39 %)
- 1 seule prononce des dommages-intérêts d'un montant égal ou supérieur à 1.000.000 d'euros

Nombre de décisions avec intervention volontaire du Ministre : 1 (soit 3 %)

Observations générales

- La majorité des décisions (22) sanctionne la rupture brutale des relations commerciales établies.
- L'application du dispositif aux prestations de services a été rappelée par 8 décisions, de même que son applicabilité à toute relation commerciale, qu'elle soit précontractuelle, contractuelle ou même postcontractuelle, qu'un contrat écrit soit ou non intervenu.
- Au delà de cinq ans de relations, le délai de préavis considéré comme nécessaire est d'un an.

En deçà de 5 ans de relations, le délai de préavis à respecter se compte en mois : 3 mois pour 15 à 18 mois de relations (2 décisions), 6 mois au delà (2 décisions).

- L'ancienneté des relations est, dans les motivations des décisions, le critère premier d'appréciation (15 fois sur 24 espèces où le délai de préavis a dû être apprécié) mais est souvent associé à d'autres : usages dans le secteur d'activité (5 décisions), secteur d'activité de la partie subissant la rupture (3 décisions), nature des contrats (2 décisions), contraintes liées aux cycles de production (2 décisions).

Une décision précise que, l'article L. 442-6 C. com. faisant référence au « partenaire économique » et non à une identité juridique, il doit être tenu compte de l'intégralité des relations lorsqu'elles ont été nouées avec une personne physique, et poursuivies avec la société dont il est devenu le gérant.

- Le motif légitimant l'absence de préavis le plus fréquemment retenu par les juges (7) est celui d'inexécution contractuelle suffisamment grave.
- La réparation du préjudice est généralement déterminée en fonction de la perte de la marge brute que la victime aurait réalisée pendant le préavis (6 décisions). Ce critère est parfois associé à d'autres comme le moment où intervient la rupture (tel la veille d'une période commerciale importante pour la victime) ou la mobilisation de moyens humains et techniques.

ANALYSE DES DÉCISIONS DE L'ANNÉE 2005

Référence des décisions étudiées

CA Paris, 12 janvier 2005, JurisData n° 2005-277027
T. com. Le Creusot, 25 janvier 2005, Lettre distrib., févr. 2005
CA Paris, 16 février 2005, JurisData n° 2005-264542
CA Amiens, 24 mars 2005, JurisData n° 2005-273659
CA Versailles, 24 mars 2005, JurisData n° 2005-270042
CA Rennes, 29 mars 2005, JurisData n° 2005-282110
CA Reims, 4 avril 2005, JurisData n° 2005-275127
CA Pau, 5 avril 2005, JurisData n° 2005-276405
CA Montpellier, 12 avril 2005, JurisData n° 2005-299926
CA Rennes, 12 avril 2005, JurisData n° 2005-282021
CA Paris, 20 avril 2005, JurisData n° 2005-269631
CA Paris, 21 avril 2005, JurisData n° 2005-271322
CA Nîmes, 21 avril 2005, JurisData n° 2005-279568
CA Angers, 10 mai 2005, JurisData n° 2005-278098
T. com. Paris, 13 mai 2005, JurisData n° 2005-280400
T. com. Paris, 24 mai 2005, JurisData n° 2005-280393
CA Rouen, 26 mai 2005, JurisData n° 2005-278314
CA Caen, 2 juin 2005, JurisData n° 2005-284346
CA Paris, 23 juin 2005, JurisData n° 2005-294286
T. com. Bourg-en-Bresse, 24 juin 2005, inédit.
T. com. Paris, 1^{er} juillet 2005, JurisData n° 2005-288920
CA Paris, 1^{er} juillet 2005, JurisData n° 2005-272315
CA Reims, 9 août 2005, JurisData n° 2005-305406
CA Lyon, 8 septembre 2005, JurisData n° 2005-284806
CA Douai, 8 septembre 2005, inédit
CA Toulouse, 8 septembre 2005, JurisData n° 2005-294049
CA Nîmes, 15 septembre 2005, Lettre distrib., janv. 2006
CA Paris, 15 septembre 2005, JurisData n° 2005-279966
CA Versailles, 15 septembre 2005, Gaz. Pal. 11 mars 2006, p. 9
Cass. civ. 2^e, 6 octobre 2005, JurisData n° 2005-030072
CA Paris, 20 octobre 2005, JurisData n° 2005-284106
CA Paris, 28 octobre 2005, JurisData n° 2005-284109 ; Lettre distrib., mars 2006
CA Paris, 16 novembre 2005, JurisData n° 2005-293887
CA Paris, 16 novembre 2005, JurisData n° 2005-288918
CA Nancy, 23 novembre 2005, JurisData n° 2005-294309
CA Paris, 14 décembre 2005, JurisData n° 2005-293496

I - Tendances quant à l'application négative de l'article L. 442-6-I, 5°

Nombre total de décisions : 19 dont 1 relative à la détermination du tribunal territorialement compétent.

La majorité des décisions (15) émane des cours d'appel. 3 proviennent des tribunaux de commerce et 1 de la Cour de cassation sur la compétence territoriale.

La majorité des décisions refuse de condamner pour rupture brutale car l'absence de préavis est légitimée par une inexécution contractuelle suffisamment grave : 7

D'autres motifs sont également invoqués pour justifier l'absence de condamnation :

- rupture « brutale » non caractérisée : 5
- « délai de préavis » considéré comme suffisant : 5

- « relation commerciale » non caractérisée : 2
- « relation établie » non caractérisée : 1
- incompétence territoriale du tribunal : 1

N.B : Le total est de 21 car 2 décisions concernent plusieurs conditions : l'une concerne la rupture brutale non caractérisée et la légitimité de l'absence de préavis du fait d'une inexécution contractuelle (CA Angers, 10 mai 2005), l'autre concerne la rupture brutale non caractérisée et la durée de préavis jugée comme suffisante (CA Montpellier, 12 avril 2005).

Observations générales

- 5 décisions se rapportent à la rupture de contrats d'entreprise. La rupture n'a jamais été contestée au motif qu'il s'agissait de tels contrats. Il en résulte que l'article L. 442-6-I, 5 ° du Code de commerce s'applique indistinctement aux produits et aux prestations de service.
- Aucune décision n'apporte de précision quant à la notion de « préavis écrit ».
- 2 décisions précisent que la relation commerciale est « établie » (l'application de l'article étant écartée sur un autre motif).
- 1 décision consacre l'intervention volontaire du ministre : T. com. Le Creusot, 25 janvier 2005.
- Aucune décision n'a pour partie la grande distribution.

Analyse des différentes conditions posées par l'article L. 442-6-I, 5°

Sur la légitimité de l'absence de préavis : 7

- La totalité des décisions légitime l'absence de préavis au regard d'une inexécution contractuelle (aucune ne fait référence à un cas de force majeure).
- La nature des manquements contractuels : La majorité des ruptures sans préavis sont légitimées du fait d'un impayé (2 décisions : CA Reims, 9 août 2005 ; CA Nancy, 23 novembre 2005) ou à l'inverse d'une facturation exorbitante (1 décision : CA Angers, 10 mai 2005).

Les autres manquements ont été constitués par un détournement de matériel commis par un préposé, donc par un délit d'abus de confiance (1 décision : CA Paris, 15 septembre 2005), par l'inexécution d'obligations relatives à la propriété industrielle (1 décision : CA Versailles, 15 septembre 2005), par le non respect de délai de fabrication de vêtements de marque (1 décision : CA Reims, 4 avril 2005) et par la défectuosité des produits fabriqués (1 décision : CA Amiens , 24 mars 2005).

- S'agissant d'une solution de droit commun, il est à noter que les tribunaux vérifient sans toutefois l'annoncer expressément que l'inexécution est suffisamment grave. Cette gravité pourra être justifiée par l'inexécution de plusieurs obligations (3 décisions).

Toutefois, une inexécution suffisamment grave au regard du secteur d'activité suffit pour légitimer la rupture sans préavis. Telle a été la solution adoptée dans 4 décisions. Ainsi un retard dans la fabrication de vêtements de marque suffit à légitimer la rupture sans préavis dès lors que ce secteur d'activité nécessite une livraison dans les temps pour la présentation de nouvelles collections (1 décision : CA Reims, 4 avril 2005).

Sur la rupture « brutale » : 5

- 2 décisions écartent le caractère brutal dès lors que la rupture a pour cause la réorganisation de l'entreprise du fournisseur lorsque cette réorganisation est imposée par un règlement d'exemption en matière automobile (CA Paris, 21 avril 2005) ou justifiée plus généralement par le fait qu'il appartient à tout détaillant de se conformer aux CGV de son fournisseur (T. com. Le Creusot, 25 janvier 2005).
- Ne constitue pas une rupture brutale le fait, en l'absence de tout renouvellement antérieur, de refuser la reconduction d'un CDD arrivé à son terme (CA Paris, 12 janvier 2005).
- Une décision rappelle que l'article L.442-6-I, 5 ° s'applique également au contrat tacite lequel peut être rompu par écrit sans qu'il y ait rupture brutale dès lors que la rupture n'est ni imprévisible, ni soudaine, ni violente (CA Montpellier, 12 avril 2005).

- Ne constitue pas une rupture brutale le fait de cesser de confier des missions à un maître d'œuvre sans avoir résilié les contrats en cours de manière à ce que les chantiers soient terminés. La rupture bien qu'affectant les seules relations contractuelles futures n'en est pas pour autant brutale (CA Angers, 10 mai 2005).

Sur la suffisance du délai de préavis : 5

Le délai de préavis est jugé suffisant au regard de différents critères :

- Durée de la relation : 5 décisions. La durée de la relation est parfois le seul critère utilisé pour valider la durée du préavis : 1 décision (T. com. Bourg-en-Bresse, 24 juin 2005). La plupart du temps, ce critère est insuffisant et doit être complété par d'autres pour que la durée soit considérée comme suffisante : 3 décisions. Le rapport entre la durée du préavis et la durée de la relation est assez disparate. Ainsi a été jugée suffisante une durée de préavis de :

- . 3 mois pour une relation contractuelle de 18 mois (CA Montpellier, 12 avril 2005)
- . 5 mois pour 12 ans (CA Rennes, 12 avril 2005)
- . 6 mois pour un an (T. com. Bourg-en-Bresse, 24 juin 2005)
- . 6 mois pour 10 ans (CA Paris, 20 avril 2005)

Pour une relation contractuelle d'une dizaine d'années, le préavis est en moyenne de 6 mois ce qui explique qu'un préavis de 3 ou 6 mois soit considéré comme suffisant pour des relations d'un an ou un an et demi.

- Absence de spécificité de la relation : 2 décisions. L'absence de spécificité est appréciée par rapport au secteur d'activité(s) : (CA Montpellier, 12 avril 2005 ; CA Rennes 12 avril 2005)

- Absence de dépendance économique : 1 décision. L'absence de dépendance économique est caractérisée par une absence de clause d'exclusivité, une absence d'achat minimal imposé ainsi qu'une absence de difficulté quant à une future reconversion (CA Paris, 20 avril 2005).

Il est à noter que ce critère n'est pas suffisant. En effet, l'existence d'une dépendance économique n'empêche pas que le délai soit considéré comme suffisant dès lors que la relation contractuelle n'est pas spécifique et qu'il en résulte pour l'entreprise une possibilité de diversifier son activité (CA Rennes, 12 avril 2005).

- Usages du commerce dans le secteur considéré : 1 décision. Le critère est cité tel quel dans l'arrêt sans être développé à la différence de celui tenant à la durée des relations (CA Rennes, 12 avril 2005).

Sur le caractère « établi » de la relation : 3 (dont 2 qui retiennent le caractère établi)

Il résulte d'une des décisions que la poursuite de relations commerciales pendant 7 ans et en dehors de tout cadre contractuel n'empêche pas que la relation soit considérée comme établie (CA Paris 20 avril 2005).

Dans l'autre décision, le caractère « établi(e) » est déduit de la durée ainsi que de la stabilité des relations laquelle est appréciée en fonction du nombre de chantiers réalisés par le maître d'œuvre (CA Angers, 10 mai 2005).

En revanche, le recours pendant 2 ans à une mise en compétition des concurrents avant chaque mission semestrielle empêche que la relation soit considérée comme établie (CA Versailles, 24 mars 2005).

Sur le caractère « commercial » de la relation : 2

Ont été considérées comme des relations civiles, les relations entre un architecte et son donneur d'ordre (T. com. Paris, 13 mai 2005) ainsi que les relations entre un huissier de justice et un groupement social de gestion immobilière ayant pour objet le recouvrement de dettes locatives, l'établissement de l'état des lieux et le contentieux de fixation des loyers (CA Lyon, 8 septembre 2005).

Sur le tribunal territorialement compétent : 1

Principe : En matière de rupture brutale des relations commerciales, le tribunal compétent est celui du lieu où le dommage a été subi. Lorsque le dommage équivaut à une cessation d'activité, le lieu où il a été subi est le lieu où s'exerce l'activité qui a pris fin (autrement dit le lieu de l'activité de l'entreprise victime de la rupture brutale) et non le lieu où la décision de rupture a été prise (Cass. civ. 2^{ème}, 6 octobre 2005).

II - Tendances quant à l'application positive de l'article L. 442-6-I, 5° :

Nombre total de décisions : 20

La majorité des décisions (16) émane des cours d'appel. 4 proviennent des tribunaux de commerce.

Activités concernées :

Les décisions impliquant la grande distribution sont en nombre réduit (2).

L'application du dispositif aux prestations de services est affirmée par un attendu aux termes généraux dans 3 décisions.

Etat des relations :

Certains arrêts rappellent que la notion de « relation commerciale » visée par l'article L. 442-6, I 5° ne suppose pas l'existence d'un contrat écrit (2 décisions). Le texte à vocation à s'appliquer à toute relation commerciale, qu'elle soit précontractuelle, contractuelle ou même postcontractuelle (1 décision).

La démonstration du caractère « établi » de la relation ne suppose pas l'existence d'une durée minimum, ni celle d'investissements effectués dans une perspective de développement des relations (1 décision).

Notion de rupture :

La notion de rupture « partielle » apparaît dans 3 décisions.

Une stigmatise des comportements qui ne peuvent être analysés en ce sens. Les deux autres décisions retiennent la qualification de rupture partielle.

Forme du préavis :

La jurisprudence, après avoir rappelé la nécessité d'un préavis écrit, sanctionne l'absence totale de préavis (9 décisions), l'irrespect du préavis notifié ou contractuel d'autre part (10 décisions).

Durée du préavis :

La question de la durée du préavis apparaît dans 20 décisions.

Dans la majorité des cas, les juges ne se contentent pas d'un seul critère pour apprécier le caractère suffisant ou non du préavis de rupture. Néanmoins, le critère de la durée des relations antérieures est le plus récurrent (11 décisions).

Certaines tendances apparaissent : au delà de cinq ans de relations, il semble que le délai de préavis considéré comme nécessaire soit d'une année (7 décisions). Certains écarts, cependant, peuvent être constatés (2 décisions : préavis de 9 mois pour 9 années de relations ; préavis de 3 mois pour 9 années de relations).

En deçà de 5 ans de relations, le délai de préavis à respecter se compte en mois : 3 mois pour 15 à 18 mois de relations (2 décisions), 6 mois au delà (2 décisions).

Evaluation du préjudice :

Le critère d'évaluation du préjudice le plus fréquemment relevé est celui de la perte de la marge brute que la victime aurait réalisée pendant le préavis (6 décisions) ; il est souvent associé à d'autres critères (5 décisions).

Le comportement de la victime de l'abus constitue un critère de réduction du préjudice (1 décision).

**ANALYSE DETAILLEE DES DECISIONS
DE L'ANNEE 2005**

I. Analyse des décisions admettant l'existence d'une rupture brutale

2005	Application positive de l'article L. 442-6-I, 5° (Décisions retenant l'existence d'une rupture brutale)
Nombre de décisions trouvées	20 - Décisions de première instance : 4 - Décisions de Cour d'appel : 16 - Décisions Cour de cassation : 0 - Décisions impliquant la Grande Distribution : 2 (CA Paris, 1 ^{er} juillet 2005 ; CA Paris, 16 novembre 2005 <input type="checkbox"/> - Intervention volontaire du Ministre de l'économie : 0
Produits et services	Disposition applicable également à des prestations de services : - CA Lyon 24 novembre 2005 (oui <input type="checkbox"/> - CA Nîmes 15 septembre 2005 (oui <input type="checkbox"/> - CA Nîmes 21 avril. 2005 (oui : Prestations dans le domaine du transport terrestre <input type="checkbox"/>
Notion de « relation commerciale »	- Disposition applicable même en l'absence de contrat écrit (CA Caen 2 juin 2005 ; CA Paris 16 février 2005 <input type="checkbox"/> : 2 décisions - Le texte à vocation à s'appliquer à toute relation commerciale, qu'elle soit précontractuelle, contractuelle ou même postcontractuelle (CA Caen 2 juin 2005 <input type="checkbox"/> - Peu importe la qualification juridique de la relation : (CA Nîmes 21 avril. 2005 <input type="checkbox"/> - Le texte s'applique à toute relation commerciale établie existant entre tous les opérateurs économiques inscrits au RCS (CA Nîmes 21 avril 2005 <input type="checkbox"/>
Notion de « relation établie »	La qualification de relations commerciales établies n'est pas conditionnée par l'existence d'une durée minimum, ni par celle d'investissements effectués dans une perspective de développement des relations (CA Paris 16 novembre 2005 <input type="checkbox"/>
Exemples de « relation commerciale établie »	Est une relation commerciale établie : - une convention de compte courant qui fonctionne depuis 9 ans et a fait l'objet de plusieurs avenants en fonction du CA Annuel (CA Nîmes 15 septembre 2005 <input type="checkbox"/> - la reconduction à deux reprises d'un contrat déterminée d'une année (Paris 14 décembre 2005 <input type="checkbox"/>

	<ul style="list-style-type: none"> - le constat qu'une société passait 8 à 9 commandes annuellement auprès du fournisseur victime de la rupture, ce qui représentait pour certains exercices jusqu'à 30 % du CA du fournisseur (CA Caen 2 juin 2005)
Notion de « rupture partielle »	<p>Ne constitue pas une rupture partielle la diminution du volume d'affaires durant les deux dernières années précédant la rupture, acceptée par la victime de la rupture qui n'a jamais émis de protestation sur ce point (CA Caen 2 juin 2005)</p> <ul style="list-style-type: none"> - décisions retenant l'existence d'une rupture partielle : 2 (T. com. Paris 1^{er} juillet 2005 ; T. com. Bourg-en-Bresse 24 juin 2005)
Notion de « rupture brutale »	<p>Outre le cas d'absence totale de préavis, constitue une rupture brutale :</p> <ul style="list-style-type: none"> - le fait pour un vendeur de modifier le montant maximal de l'encours d'un compte courant de 900 000 francs à 5000 francs (CA Nîmes 15 septembre 2005) - le fait que le distributeur réduise de 75% le montant de ses commandes auprès du fournisseur (CA Paris 28 octobre 2005) - la chute du volume d'affaires depuis deux ans ne saurait, en elle-même, enlever à la rupture son caractère brutal (CA Caen 2 juin 2005) - le fait de cesser toute commande : 1 décision (CA Paris 28 octobre 2005) <p style="text-align: center;">-----</p> <ul style="list-style-type: none"> - L'état de dépendance économique est sans incidence sur la qualification de rupture brutale (T. com. Bourg-en-Bresse, 24 juin 2005)
Notion de « préavis écrit »	<p>L'envoi d'une lettre recommandée n'est pas nécessaire pour respecter les dispositions de l'article L. 442-6-I, 5°. Aucun formalisme rigoureux comprenant l'utilisation d'expressions précises avec l'indication expresse de la volonté de rompre n'est exigé pour consacrer la rupture d'une relation commerciale. Cependant, est requise l'existence d'un écrit manifestant une volonté sans équivoque et clairement exprimée de mettre fin à la relation commerciale (T. com. Bourg-en-Bresse, 24 juin 2005)</p>
Durée du préavis (critères d'appréciation)	<ul style="list-style-type: none"> - Appréciée en fonction de l'ancienneté des relations : 11 décisions [A noter que pour le calcul de l'ancienneté des relations, l'article L. 442-6 fait référence au « partenaire économique » et non à une identité juridique. En conséquence, il doit être tenu compte de l'intégralité des relations, nouées en premier lieu avec une personne physique, puis en second lieu avec la société dont il est devenu le gérant : CA Caen 2 juin 2005] - Appréciée en fonction de la nature des contrats : 2 décisions (CA Nîmes 21 avril 2005 ; T. com. Paris 1^{er} juillet 2005)

	<ul style="list-style-type: none"> - Appréciée en fonction des caractéristiques de l'activité de la victime : 1 décision (CA Paris 20 octobre 2005) - Appréciée en fonction de l'importance du volume d'affaires échangé entre les parties : 2 décisions (T. com. Bourg en Bresse, 24 juin 2005 ; CA Caen 2 juin 2005) - Appréciée en considération des usages dans le secteur d'activité : 4 décisions (CA Rennes 29 mars 2005 ; CA Pau, 5 avril 2005 ; CA Paris 16 novembre 2005 ; CA Paris 14 décembre 2005) - Appréciée en raison de la présence d'une clause de tacite reconduction : 1 décision (CA Paris 14 décembre 2005) - Appréciée en raison des contraintes liées aux cycles de production (Vêtements) : 1 décision (CA Caen 2 juin 2005) <p style="text-align: center;">-----</p> <ul style="list-style-type: none"> - Indifférence dans le principe de l'appréciation judiciaire du caractère suffisant du préavis du respect du préavis contractuel : 1 décision (CA Rouen 26 mai 2005)
Durée insuffisante	<ul style="list-style-type: none"> - 15 mois de collaboration : 4 jours de préavis (3 mois et ½ était admissible selon les juges) - 10 ans de relations : aucun préavis (1 an aurait du être respecté selon les juges) - 12 ans de relations : aucun préavis (1 an de préavis aurait du être respecté selon les juges) - 9 ans de relations : le préavis aurait du être de 9 mois selon les juges - 3 ans de relations : 15 jours de préavis (préavis de 6 mois aurait du être respecté en raison de l'usage) - 6 ans : 15 jours de préavis (insuffisant) - 2 ans : 3 mois de préavis (préavis de 6 mois aurait du être respecté) - 4 ans : 1 mois de préavis (insuffisant) - 3 ans : 38 jours de préavis (insuffisant) - 32 ans : aucun préavis (préavis de 1 an aurait du être respecté) - 9 ans : aucun préavis (préavis de 3 mois aurait du être respecté) - 16 ans : aucun préavis (préavis de 1 an aurait du être respecté) - 6 ans : 9 jours (insuffisant) : (préavis de 1 an aurait du être respecté) - 50 ans : aucun préavis : (préavis de 1 an aurait du être respecté) - 3 ans : 3 mois de préavis (insuffisant) - 2 ans : □ jours de préavis (insuffisant) - 10 ans : 20 jours de préavis (insuffisant) : (préavis de 1 an aurait du être respecté) <p style="text-align: center;">BILAN (Tendances hors usage) :</p> <ul style="list-style-type: none"> - 1 an pour 6, 10, 12, 16, 32, 50 ans - 6 mois pour 2 ans

Aucun préavis	9 décisions
Critères d'appréciations des dommages-intérêts	<ul style="list-style-type: none"> - durée effective de la collaboration des parties : 1 - perspectives envisagées entre les parties de relations institutionnalisées sur le moyen terme : 2 - mobilisation de moyens humains et techniques : 1 - moment où intervient la rupture (à la veille d'une période commerciale importante pour la victime) : 1 (CA Nîmes 15 septembre 2005) - perte de la chance de réaliser la marge habituelle entre le début de la chute du montant des approvisionnements et la cessation totale des approvisionnements par le distributeur : 1 (CA Paris 28 octobre 2005) - perte des bénéfices pouvant être escomptés du maintien des relations durant le préavis : 4 décisions - perte de la marge brute que la victime aurait réalisée pendant le préavis : 6 - la moyenne du CA réalisé durant toute la durée des relations contractuelles et non seulement sur les 2 dernières années, du fait de la grande variabilité du CA : 1 (CA Paris 16 novembre 2005) - Réduction du prix de cession des actions de la société victime de la rupture : 1 (CA Pau 5 avril 2005) - Valeur des produits invendus non repris : 2 (CA Rennes 29 mars 2005 ; CA Paris 16 février 2005) - Frais de stockage des produits invendus : 1 (CA Paris 16 février 2005) - Perte de crédibilité commerciale en raison de l'impossibilité pour la victime de satisfaire les commandes : 1 (CA Paris 23 juin 2005) - Désorganisation de l'entreprise et perte de clients : 1 (CA Nîmes 21 avril 2005) - Investissements et leurs amortissements réalisés par la victime : 1 <p style="text-align: center;"><u>Critères de réduction du préjudice</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Prise en compte pour l'appréciation du préjudice (pour sa réduction) de la circonstance qu'après délivrance de l'assignation, l'auteur de la rupture ait adressé un planning de livraisons à la victime, en partie réalisé (CA Rouen 26 mai 2005) - Accroissement en toute conscience de la situation de dépendance économique, sans recherche d'autres débouchés (CA Rouen 26 mai 2005) <p>Comportement de la victime : intransigeance (refus de fabrication de références), propositions de tarifs exorbitants pour les autres références (CA Rouen 26 mai 2005)</p>

Montant des dommages-intérêts	<ul style="list-style-type: none"> . 94.664 (= 3 mois et ½ de CA car le préavis aurait du être de 3mois ½) . 25.000 . 150.000 . 150.000 . 7.700 (rémunération perdue pendant la durée de préavis qui aurait du être respectée) . 15.500 . 200.000 . 76.225 . 58.894 . 209.201 . 100.000 . 33.656 . 76.000 . 1.000.000 . 645.141 . 0 (faute de preuve) . 15.000 . Sursis à statuer dans l'attente des documents comptables . 20.000 . 30.000 <p style="text-align: center;">BILAN : de 7.700 à 1.000.000 euros MOYENNE : 161.499 euros</p>
Amende civile	1 décision : 30.000 euros d'amende (CA Douai, 8 septembre 2005)

II. Analyse des décisions écartant l'existence d'une rupture brutale

2005	Application négative de l'article L. 442-6-I, 5° (Décisions écartant l'existence d'une rupture brutale)
Nombre de décisions trouvées 18 dont 1 sur la détermination du tribunal territorialement compétent en la matière	<ul style="list-style-type: none"> - Décisions de première instance : 3 - Décisions de Cour d'appel : 14 - Décisions Cour de cassation : 1 sur la compétence - Décisions impliquant la Grande Distribution : 0 - Intervention volontaire du Ministre de l'économie : 1 : T. com. Le Creusot, 25 janvier 2005
Produits et services 5 décisions sur 18 se rapportent à la rupture de contrats d'entreprise. La rupture n'a jamais été contestée au motif qu'il s'agissait de tels contrats.	Disposition applicable également à des prestations de services : <ul style="list-style-type: none"> - CA Versailles, 24 mars 2005 : prestations visant à promouvoir une marque de cigarettes. - CA Reims, 4 avril 2005 : contrat de sous-traitance conclu entre deux entreprises pour la fabrication de vêtements de marque. - CA Montpellier, 12 avril 2005 : contrat de transport - CA Rennes, 12 avril 2005 : contrat de commission de transport ayant pour objet le

	<p>déparaffinage des véhicules fabriqués et leur transport vers les concessionnaires de la marque.</p> <ul style="list-style-type: none"> - CA Angers, 10 mai 2005 : contrat d'entreprise pour la rénovation de magasins
<p>Notion de « relation commerciale »</p> <p>2 décisions sont concernées</p>	<ul style="list-style-type: none"> - T. com. Paris, 13 mai 2005 : Ne constitue pas une <u>relation commerciale</u> la relation existante entre un architecte et son donneur d'ordre par laquelle l'architecte exerce des prestations liées à son activité autrement dit des activités de créations et productions intellectuelles et non d'échanges ou de commercialisation de biens ou de services. Les relations étant civiles, l'application de l'article L. 442-6-I, 5° est exclue. - CA Lyon, 8 septembre 2005 : Ne constitue pas une relation <u>commerciale</u> la relation contractuelle instaurée entre un huissier de justice et un groupement social de gestion immobilière ayant pour objet le recouvrement des dettes locatives, l'établissement de l'état des lieux et le contentieux de fixation des loyers. En tant qu'officier ministériel, un huissier de justice ne saurait prétendre accomplir des actes de commerce. Quand bien même il s'agirait de prestations de service, l'huissier de justice accomplit des actes civils.
<p>Notion de « relation établie » non caractérisée</p> <p>1 décision concernée</p>	<ul style="list-style-type: none"> - CA Versailles, 24 mars 2005 : Ne constitue pas une relation commerciale établie le fait de recourir, pendant deux ans, à une mise en compétition avec des concurrents avant la commande de chacune des missions semestrielles.
<p>Notion de « relation établie » caractérisée</p> <p>2 décisions concernées :</p> <p>La notion de relation établie étant caractérisée, l'application positive de l'article L. 446-6-I, 5° a été exclue sur une autre condition</p>	<ul style="list-style-type: none"> - CA Paris, 20 avril 2005 : Constitue des relations contractuelles établies la conclusion de trois CDD d'une durée de un an entre 1991 et 1993 laquelle a donné lieu pendant 7 ans à la poursuite de relations hors cadre contractuel (la tacite reconduction n'étant pas prévue au contrat). - CA Angers, 10 mai 2005 : Constitue une relation commerciale établie une relation commerciale de longue durée (intervenue de 1991 à 1997) et revêtant une certaine stabilité (du fait des 317 chantiers de rénovation réalisés) par le maître d'œuvre.
<p>Notion de « rupture brutale » non caractérisée</p> <p>6 décisions concernées</p>	<ul style="list-style-type: none"> - CA Paris, 12 janvier 2005 : Ne constitue pas une rupture brutale le fait pour un franchiseur de refuser la reconduction d'un CDD arrivé à son terme et ce en l'absence de tout renouvellement antérieur dudit engagement. - T. com Le Creusot, 25 janvier 2005 : Ne constitue pas une rupture brutale le fait pour un fournisseur de réorganiser son entreprise. - CA Montpellier, 12 avril 2005 : Ne constitue pas une rupture brutale, le fait de rompre par écrit un contrat tacite (relation commerciale de

	<p>transport d'une durée de 18 mois) dès lors que cette rupture n'est ni imprévisible, ni soudaine, ni violente.</p> <ul style="list-style-type: none"> - CA Paris, 21 avril 2005 : Ne constitue pas une rupture brutale la résiliation par anticipation et sans indemnité d'un contrat de concession automobile à durée indéterminée dès lors que le constructeur procéderait, par application d'un nouveau règlement d'exemption, à la réorganisation de l'ensemble ou d'une partie substantielle de son réseau de distribution, sous réserve de prévenir le concessionnaire de sa décision par lettre recommandée avec avis de réception expédiée au moins un an à l'avance. - CA Angers, 10 mai 2005 : Ne constitue pas une rupture brutale le fait de cesser de confier de nouvelles missions à un maître d'œuvre sans avoir résilié les contrats en cours de manière à ce que les chantiers en cours puissent être terminés. - CA Reims, 9 août 2005 : Ne constitue pas une rupture brutale le fait de résilier un CDD sans préavis dès lors que l'une des parties n'a pas exécuté ses obligations. <p><u>A noter</u> : il s'agit d'une rupture partielle des relations dans la mesure où le fabricant est prêt à continuer à fabriquer et à livrer les potages si le règlement intervient désormais préalablement à la livraison.</p>
<p>Notion de « préavis écrit » Aucune décision</p>	
<p>Durée de préavis considérée comme suffisante 3 décisions concernées</p>	<ul style="list-style-type: none"> - CA Montpellier, 12 avril 2005 : Un préavis de deux mois augmenté à trois mois est suffisant au regard d'une relation commerciale de 18 mois et de l'absence de spécificité de ladite relation (aucun phénomène de marque, mode ou saison). - CA Rennes, 12 avril 2005 : Un préavis de 5 mois et demi pour une relation commerciale de 12 ans est suffisant. Le caractère de suffisance est appréciée au regard de la durée des relations et des usages du commerce dans le secteur considéré. <p>N.B : La durée est jugée suffisante alors que la relation de dépendance entre la partie victime de la rupture et son cocontractant est caractérisée. Elle réalisait la totalité de son CA avec cette société et était venue s'implanter à proximité de cette dernière.</p> <p>Pourtant la durée du préavis est jugée suffisante dès lors qu'il est également retenu que les prestations assurées par la société victime n'ont rien de spécifique et que cette dernière n'a pas cherché à diversifier son activité ou sa clientèle alors qu'il n'existait plus depuis un certain temps de relation capitalistique entre les deux sociétés.</p> <ul style="list-style-type: none"> - T. com. Bourg-en-Bresse, 24 juin 2005 :

	<p>Constitue un délai de préavis suffisant un délai de 6 mois pour une relation d'un an.</p> <ul style="list-style-type: none"> - CA Paris, 20 avril 2005 : Un préavis de 6 mois est suffisant au regard de la durée des relations commerciales (3 CDD d'un an + 7 ans de relations hors cadre contractuel), de l'absence de dépendance économique caractérisée par une absence de clause d'exclusivité, une absence d'achat minimal imposé ainsi qu'une absence de difficulté quant à une future reconversion.
<p>Légitimité de l'absence de préavis</p> <p>6 décisions ont validé l'absence de préavis du fait d'une inexécution contractuelle suffisamment grave écartant ainsi l'application positive de l'article L. 442-6-I, 5°</p> <p>Aucune décision n'a validé l'absence de préavis du fait d'un cas de force majeure</p>	<p>Les dispositions de l'article L. 442-6-I, 5° ne font pas obstacle à une résiliation sans préavis en cas d'inexécution contractuelle suffisamment grave.</p> <ul style="list-style-type: none"> - CA Paris, 5 septembre 2005 : détournement de matériel commis par un préposé de l'une des sociétés contractantes. - CA Versailles, 5 septembre 2005 : inexécution par un distributeur agréé d'obligations relatives au droit de PI. Le contrat prévoyait cette faculté de résiliation immédiate : clause résolutoire. - CA Nancy, 23 novembre 2005 : manquement de distributeurs automobiles à leurs obligations (impayés récurrents, non respect des échéanciers, livraison de véhicules neufs aux clients sans paiement concomitant au fournisseur) - CA Angers, 0 mai 2005: facturation exorbitante de travaux et manquement à l'obligation de loyauté. - CA Reims, 4 avril 2005 : contrat de sous-traitance pour la fabrication de vêtement. Le fabricant n'a pas réalisé le travail demandé dans les délais impartis. - CA Amiens, 24 mars 2005 : défautuosité de produits fabriqués par application d'inventions brevetées.
<p>Tribunal géographiquement compétent □ décision concernée</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Cass. Civ. 2^e, 6 octobre 2005 : En matière de rupture brutale des relations commerciales, le tribunal compétent est celui du lieu où le dommage résultant de la rupture a été subi. Lorsque le dommage équivaut à une cessation d'activité, le lieu où il a été subi est le lieu où s'exerce l'activité qui a pris fin (et non le lieu où la décision de rupture a été prise) autrement dit le lieu de l'activité de l'entreprise victime de la rupture brutale.

**ARTICLE L. 442-6-I, 5° C. COM.
SYNTHÈSE DES DECISIONS
DU PREMIER SEMESTRE 2006**

I. Nombre de décisions

Nombre total de décisions rendues : 18

- Nombre de décisions de 1^{ère} instance : 5
- Nombre de décisions de Cour d'appel : 12
- Nombre de décisions de Cour de Cassation : 1

II. Bilan

Nombre de décisions de rejet : 9

Nombre de décisions admettant une rupture brutale : 9

- Montant des dommages-intérêts : de 10.000 à 1.372.041 euros, soit une moyenne de 303.496 euros pour un total de : 2.731.471 euros

Sur 9 décisions condamnant l'auteur de la rupture à des dommages-intérêts :

- 3 décisions prononcent des dommages-intérêts dont le montant est inférieur à 100.000 euros (33 %)
- 6 décisions prononcent des dommages-intérêts dont le montant est égal ou supérieur à 100.000 euros (56 %)
- 1 seule prononce des dommages-intérêts d'un montant égal ou supérieur à 1.000.000 d'euros

Aucune intervention volontaire du Ministre

Observations générales

Secteurs concernés :

Les affaires portent le plus souvent sur des activités de distribution de biens (13 décisions) mais les prestations de service sont également concernées (4).

La grande distribution est rarement impliquée (4 affaires sur 17) mais souvent condamnée (3 condamnations sur les 4 affaires)

Notion de « relations établie » :

L'argument tenant à l'absence de « relation établie » est parfois soulevé par l'auteur de la rupture (3 décisions, dont 2 qui admettent le raisonnement)

Notion de rupture « partielle » :

La rupture seulement « partielle » d'une relation commerciale établie ne concerne qu'une décision.

Appréciation du caractère suffisant du préavis :

Le délai de préavis est apprécié le plus souvent en référence à la durée des relations antérieures (15 décisions).

5 affaires concernaient des relations d'une durée supérieure à dix ans et un préavis d'une durée supérieure ou égale à un an est alors généralement exigé (4 décisions sur les 5).

Une affaire concernait une relation de 5 ans et demi et un préavis d'un an a été jugé suffisant. Une autre portait sur des relations établies depuis seulement 3 ans et six mois de préavis ont trouvé grâce aux yeux des magistrats.

D'autres critères sont parfois utilisés : usages (2 affaires), possibilités de reconversion (2), dépendance économique (3), cycles de production et/ou de distribution (2).

Ces autres critères viennent alors soit en complément de celui sur la durée des relations antérieures (6 affaires), soit en concurrence (3). Ainsi, deux décisions témoignent que la critère

de la reconversion doit l'emporter sur celui de la durée des relations antérieures. Une autre s'attache aux seuls cycles de production ou de distribution, sans égard pour les autres critères. Une seule décision concerne des produits vendus sous la marque du distributeur (MDD).

Justification de la rupture brutale :

Le motif légitimant l'absence de préavis généralement retenu par les juges du fond est celui du manquement du cocontractant à ses obligations contractuelles (sur 8 décisions où une telle justification était mise en avant, 4 exonèrent l'auteur de la rupture de sa responsabilité). Certaines décisions s'attachent explicitement à qualifier cette défaillance en exigeant des « manquements graves » ou plus largement un « motif grave » (2 affaires).

Evaluation du préjudice :

L'évaluation du préjudice subi par la victime de la rupture se fait presque systématiquement en référence à la durée de préavis dont elle n'a pu bénéficier du fait de la brutalité de la rupture (8 décisions). Les juges opèrent alors en calculant la marge brute moyenne sur cette période, et ce en référence au chiffre d'affaires moyen des trois ou quatre années précédant la rupture (4 affaires) ou sur la base d'une estimation faite par un expert (4).

Dans deux affaires, un préjudice moral est en outre allégué mais non démontré.

Une décision considère que la brutalité de la rupture a entraîné la liquidation de la société qui en a été victime.

ANALYSE DES DÉCISIONS DU PREMIER SEMESTRE 2006

Référence des décisions étudiées

CA Aix-en-Provence, 13 janvier 2006, Jurisdata n° 2006-299409
CA Reims, 23 janvier 2006, Jurisdata n° 2006-305416
CA Montpellier, 24 janvier 2006, Jurisdata n° 2006-296241
CA Angers, 24 janvier 2006, Jurisdata n° 2006-299638
T. com. Paris, 30 janvier 2006, Jurisdata n° 2006-304646
T. com. Paris, 31 janvier 2006, Jurisdata n° 2006-301057
CA Angers, 31 janvier 2006, Jurisdata n° 2006-299199
CA Angers, 7 février 2006, Jurisdata n° 2006-299074
T. com. Paris, 22 février 2006, Jurisdata n° 2006-302430
CA Nancy, 22 mars 2006, Jurisdata n° 2006-309054
CA Douai, 2 mai 2006, Jurisdata n° 2006-305035
CA Amiens, 9 mai 2006, Jurisdata n° 2006-308136
TGI Béthune, 14 juin 2006, Sté Agrotonix c/ Sté Muller, inédit
CA Besançon, 14 juin 2006, Jurisdata n° 2006-314339
CA Colmar, 20 juin 2006, Jurisdata n° 2006-308424
CA Aix-en-Provence, 30 juin 2006, Jurisdata n° 2006-316813

Notion de relation commerciale

La notion de « relation commerciale » fait l'objet d'une interprétation large en jurisprudence.

Plusieurs décisions (4) rappellent à ce titre que l'article L. 442-6-I, 5° du Code de commerce s'applique également aux prestations de services :

CA Douai, 2 mai 2006

Les magistrats relèvent en l'espèce que les « relations n'étaient pas de l'achat pour revendre mais une fabrication à la demande et un dépôt », sans que se trouve contrarié le jeu de l'article L. 442-6, I, 5°, dans son principe tout au moins.

CA Colmar, 20 juin 2006

Accorde le bénéfice du texte à un commerçant qui se plaignait d'avoir été évincé d'une foire à Strasbourg.

T. com. Paris, 30 janvier 2006

Le demandeur exerçait en l'espèce une activité de surveillance de certains magasins d'un groupe de la grande distribution.

Au titre de cette interprétation large de la notion de « relation commerciale », un arrêt mérite d'être particulièrement souligné :

CA Montpellier, 24 janvier 2006

Les magistrats de la cour d'appel de Montpellier ont accordé le bénéfice de l'article L. 442-6, I, 5° à une association ayant pour finalité de faire accéder les personnes handicapées à une vie professionnelle.

Il faut également souligner que la notion de « relation commerciale » est indifférente à l'existence ou non d'un contrat entre les parties :

TGI Béthune, 14 juin 2006

Cette décision est particulièrement nette dans sa formulation dès lors que le tribunal relève que l'action en responsabilité engagée sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce a vocation « à régir toute relation d'affaire qu'elle relève d'une convention ou qu'elle soit informelle ». En l'espèce, les « relations commerciales ne résultaient d'aucune convention écrites », elles « s'inscrivaient dans le cadre des conditions générales de vente et d'achat de chacune des sociétés ».

Notion de relation établie

L'absence de relation établie est un argument parfois soulevé par l'auteur de la rupture afin d'échapper à la sanction prévue par l'article L. 442-6, I, 5° (3 décisions). L'argument est rejeté dans un cas, admis dans les deux autres.

Décisions rejetant l'argument tenant à l'absence de relation établie (1)

CA Reims, 23 janvier 2006

L'auteur de la rupture ne remettait pas en cause que des relations s'étaient établies entre les parties depuis 1964 mais alléguait qu'à partir de 1992 elles avaient perdu en stabilité de sorte que, lors de la rupture intervenue en 1999, la relation n'était plus établie au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce. La cour d'appel de Reims en décide autrement en posant que « la variation du volume des commandes [...] ne peut être utilement invoqué [sic] pour soutenir le défaut de stabilité des relations commerciales compte tenu de la nature particulière des biens en cause ». Le contrat concernait en effet le marché du vin, sujet à de fortes variations liées à l'importance plus ou moins grande des récoltes d'une année sur l'autre.

Décisions admettant l'argument tenant à l'absence de relation établie (3)

CA Douai, 2 mai 2006

Pendant 12 ans, deux sociétés ont entretenu des relations d'affaires sans que leur accord soit formalisé. Dès lors que durant cette période, le volume des transactions entre les parties a varié et a même été nul au cours de l'avant dernière année, la cour retient qu'il n'y avait pas de relation établie au sens de l'article L. 442-6- I, 5° du Code de commerce. En effet, selon les juges, « la notion légale de relations commerciales établies ne s'accommode pas d'une situation de fait telle qu'ici décrite », le texte considéré « protège un courant d'affaires, suffisamment stable, qui importe sensiblement autant à une partie qu'à l'autre même si elle [sic] ne crée par de dépendance économique ».

CA Colmar, 20 juin 2006

Un commerçant ayant été évincé de la possibilité de participer à la foire de Strasbourg à laquelle il participait depuis 8 ans, assigne la société organisatrice du chef de rupture brutale de relations commerciales établies. La cour rejette la demande dès lors qu'il n'y avait entre les deux entreprises que des relations intermittentes, une fois par an. En outre ces relations étaient régies par des stipulations contractuelles qui permettaient à l'organisateur de la foire de ne pas renouveler l'inscription sans avoir de motif particulier à donner. En conséquence, les relations n'étaient pas établies au sens de l'article L. 442-6- I, 5° du Code de commerce.

Notion de préavis

Au titre du premier semestre 2006, une seule décision se prononce sur les conditions du préavis au sens de l'article L. 442-6-I, 5°

CA Amiens, 9 mai 2006

La cour estime qu'une conversation téléphonique ne peut valoir préavis au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce. N'est pas davantage constitutif d'un préavis au sens de ce texte, le courrier informant la victime de la rupture qu'un appel d'offres est organisé dès lors que, rédigé en termes généraux et sans allusion à la pérennité du contrat en cours, il ne peut s'interpréter comme manifestant une volonté de rupture des relations commerciales.

Notion de rupture

Une seule décision s'est prononcée sur la notion de rupture « partielle » d'une relation commerciale établie.

TGI Béthune, 14 juin 2006

Ce jugement donne deux illustrations de ce qui peut être considéré comme une rupture partielle de relation commerciale établie.

Un fournisseur avait signifié le 24 septembre 2002 à un distributeur sa décision de livrer directement trois de ses clients à compter du 1^{er} janvier 2003. Le tribunal considère que cette décision doit s'analyser comme une rupture partielle des relations dès lors que ces trois clients représentaient entre 79% et 91% du chiffre d'affaires que le distributeur réalisait avec ce fournisseur ; étant observé que le distributeur n'était pas en dépendance économique vis-à-vis de ce fournisseur dès lors qu'il ne réalisait avec lui que 14% de son chiffre d'affaires total.

Par une lettre du 1^{er} avril 2005, le fournisseur a décidé unilatéralement de modifier le bénéfice des tarifs consentis au distributeur et d'exiger un paiement préalable à toute livraison, ces nouvelles conditions étant applicables aux commandes en cours. Les magistrats estiment que « cette lettre s'analyse en une rupture quasi totale des relations qui persistaient entre les parties et ce sans aucun préavis ».

Appréciation du caractère suffisant du préavis

Dans la majorité des cas, les magistrats se fondent sur un ensemble de critères, sans opérer de hiérarchie entre eux, afin d'établir le caractère suffisant ou non du préavis de rupture.

CA Angers, 24 janvier 2006

Les magistrats prennent en considération plusieurs critères afin de déterminer le préavis qui aurait dû être accordé, les 4 mois laissés en l'espèce ayant été jugés insuffisants :

- la durée des relations antérieures (12 ans).
- les usages du commerce dans ce secteur d'activité (produits et matériels d'équipement destinés aux agriculteurs)
- l'importance du chiffre d'affaires réalisé par la victime de la rupture avec l'auteur ;

Il en résulte qu'un préavis de 12 mois aurait dû être accordé. Dès lors que les produits étaient vendus sous la marque du distributeur, cette durée est multipliée par deux par la cour d'appel, ce qui donne un total 2 ans.

CA Montpellier, 24 janvier 2006 :

Les magistrats se basent sur les usages, sans précisions, et la durée des relations antérieures (13 ans) pour établir qu'un préavis d'un an aurait dû être accordé (contre 4 mois en l'espèce).

T. com. Paris, 31 janvier 2006 :

Dans cette espèce, un distributeur était en relation avec un fournisseur de bijoux depuis le début de l'année 2000. Le tribunal estime que la rupture initiée par le fournisseur le 5 novembre 2003 avec un préavis de 6 mois n'est pas brutale au sens de l'article L. 442-6-I, 5° du Code de commerce. En effet, un délai de 6 mois est « suffisant compte tenu de l'ancienneté de la relation de seulement 4 années ». Il est intéressant de souligner que le tribunal s'est également fondé sur le fait que « les ventes des produits [du fournisseur] ne représentaient que 3,73% du chiffre d'affaires [de la société du distributeur] et donc ne mettait [sic] pas cette dernière en état de dépendance économique ».

CA Amiens, 9 mai 2006

Les magistrats se basent sur la durée des relations antérieures (14 ans) et sur l'état de dépendance économique du fournisseur victime de la rupture pour estimer que le préavis de 7 mois accordé en l'espèce n'avait pas été suffisant. Ils insistent sur « la différence de taille évidente entre les deux entreprises » (un opérateur de la grande distribution était impliqué) pour décider que l'auteur de la rupture ne pouvait ignorer cet état de dépendance malgré le fait qu'il ne disposait pas des informations relatives au montant du chiffre d'affaires que la victime réalisait grâce à cette relation commerciale.

La cour a été sensible à la spécificité du secteur en cause (le textile), dont l'activité répond à des cycles de production et de distribution, en décidant qu'un an de préavis aurait dû être accordé, en raison de « la durée utile pour la conception d'une collection ».

Par ailleurs un courant d'affaires s'étant maintenu entre les parties après la fin du préavis, la cour estime qu'il n'y pas lieu d'en tenir compte dès lors qu'il n'existait « plus de cadre contractuel aux relations entre les sociétés qui devenaient très aléatoires et ne permettaient plus à la société [victime de la rupture] de déterminer sa stratégie ».

Certaines décisions semblent en revanche opérer une hiérarchie entre les différents critères.

Décisions qui se fondent sur la seule durée des relations antérieures :

T. com. Paris, 30 janvier 2006

Le tribunal estime que doit être considérée comme suffisant le préavis de 11 mois laissée à un prestataire de services de surveillance en relation avec un groupe de la grande distribution depuis 4 ans et demi.

CA Besançon, 14 juin 2006

Est jugé suffisant le préavis contractuel d'un an accordé en l'espèce pour une relation commerciale établie depuis 5 ans et demi.

TGI Béthune, 14 juin 2006

Ce jugement illustre que les magistrats s'attachent parfois à la seule durée des relations antérieures, sans égard pour les autres critères. En l'espèce, un distributeur qui n'était pas en état de dépendance à l'égard de son fournisseur (il ne réalisait avec lui que 14 % de son CA) avait bénéficié d'un préavis de 3 mois avant que soit effective une rupture seulement partielle (v. supra) imposée par son partenaire. Le tribunal retient pourtant que compte tenu de la durée des relations antérieures (11 ans) le préavis aurait dû être de 18 mois.

Décisions qui se fondent sur les seules possibilités de reconversion offertes à la victime de la rupture :

CA Aix-en-Provence, 30 juin 2006

Il est en effet intéressant de relever en l'espèce que pour apprécier le caractère suffisant du préavis laissé à un concessionnaire par son fournisseur, les magistrats se sont fondés sur le fait « que le contrat venu à expiration n'était assorti d'aucune clause de non concurrence post contractuelle ni d'aucune contrainte d'agencement du commerce que celle de déposer l'enseigne et de ne plus proposer de produits [du fournisseur] à la chalandise, le [concessionnaire] demeurait libre de se tourner vers d'autres fournisseurs ou de s'affilier à une autre enseigne ».

Cass. com., 31 janvier 2006

S'agissant d'un contrat de concession multimarques, la Cour de cassation approuve une cour d'appel d'avoir apprécié le caractère suffisant du préavis de six mois laissé par le concédant, non en référence à la durée des relations antérieures (dix ans) mais en considérant que la reconversion du concessionnaire était assurée dès lors qu'il distribuait plusieurs marques.

Décisions qui se fondent uniquement sur les cycles de production et/ou de distribution pratiqués dans le secteur considéré (1) :

T. com. Paris, 22 février 2006

Le tribunal prend en considération la particularité du secteur de la grande distribution en relevant que le préavis normal aurait dû être d'une année, « temps nécessaire à obtenir un nouveau référencement ».

Justification de la rupture

L'auteur de la rupture cherche le plus souvent à la justifier en mettant en avant le fait que son cocontractant a manqué à ses obligations (8 décisions).

Décisions admettant une justification à la brutalité de la rupture (4) :

CA Aix-en-Provence

La cour relève que nonobstant un chiffre d'affaires en constante augmentation entre un fournisseur de matériel médical et un de ses représentants, ce dernier « n'était eu égard à l'état conflictuel de la relation [...], consécutive au refus larvé [du fournisseur] de s'engager sincèrement avec [son représentant] et au débauchage de la clientèle [du représentant] par [la société fournisseur], pas tenue de notifier par écrit à cette dernière la rupture de leur relation dont la mort était déjà annoncée ». Le fournisseur avait en effet promis une exclusivité territoriale sans jamais la respecter et reprenait à son compte les ventes effectuées grâce aux diligences de son représentant.

T. com. Paris, 30 janvier 2006

Une société exerçait des activités de surveillance de six magasins d'un groupe de la grande distribution. Le tribunal estime que doit être considérée comme justifiée au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, la rupture sans préavis opérée par le grand distributeur dès lors que des vols impliquant des salariés du prestataire de services avaient eu lieu dans certains magasins.

CA Angers, 31 janvier 2006

Un distributeur membre d'un réseau de distribution sélective ne peut se prévaloir de l'insuffisance du préavis de rupture au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce dès lors que le fournisseur, auteur de la rupture, apporte la démonstration que le distributeur a manqué à ses obligations contractuelles par des pratiques portant atteinte à l'image de marque du fournisseur.

Cass. com., 31 janvier 2006

La cour relève que l'inexécution par un concessionnaire de ses objectifs justifie le non renouvellement sans préavis du contrat opéré par son fournisseur.

Décisions rejetant la justification de la brutalité de la rupture (4) :

CA Angers, 7 février 2006

Une augmentation brutale de 30% des tarifs pratiqués par une entreprise qui n'est justifiée ni en son principe ni en son montant peut être refusée par un client sans qu'il soit possible de lui reprocher une inexécution du contrat de nature à exonérer l'auteur de la rupture brutale de sa responsabilité.

CA Nancy, 22 mars 2006

Il résulte de cet arrêt qu'un grossiste dans le secteur de la presse qui, durant la période où un de ses diffuseurs ne réglait pas régulièrement ses factures, s'est abstenu de mettre en œuvre la résiliation pour faute du contrat a implicitement renoncé à s'en prévaloir pour la suite.

CA Besançon, 14 juin 2006

La cour d'appel estime que seul un « motif grave tenant à l'inexécution de ses obligations par son cocontractant » autorise une partie à mettre un terme au contrat durant la période de préavis. En l'espèce, un fournisseur mettait en avant le fait que son cocontractant n'avait pas réglé une facture pour justifier la rupture prématurée. Circonstance inopérante selon la cour dès lors que le fournisseur avait déjà remplacé son distributeur avant que celui-ci ait manifesté des difficultés de paiement.

TGI Béthune, 14 juin 2006

Le tribunal estime que seuls « des manquements graves [...] justifieraient une rupture des relations commerciales avec un préavis très court ».

Evaluation des dommages-intérêts

CA Reims, 23 janvier 2006

Les magistrats procèdent en estimant le chiffre d'affaires qui aurait dû être réalisé avec l'auteur de la rupture durant la période de préavis et lui applique un pourcentage équivalent à la marge brute qu'il permet normalement de dégager. Soit en l'espèce, 1.372.041 euros.

Ils refusent, faute de preuve, de réparer le préjudice lié à l'atteinte à l'image de marque.

CA Angers, 24 janvier 2006

Les magistrats rappellent que l'article L. 442-6-I, 5° ne permet de réparer que « le préjudice découlant du caractère brutal de la rupture et non celui résultant de la cessation de la relation commerciale elle-même ».

En l'espèce, les magistrats tiennent compte du bénéfice qui aurait dû être réalisé pendant le préavis et des marchandises qui n'ont pu être écoulées du fait de la brutalité de la rupture, ce qui donne un total de 169.722 euros.

CA Montpellier, 24 janvier 2006

56.000 euros calculés sur la base du préavis qui aurait dû être accordé. Un préjudice moral est allégué mais non démontré.

CA Angers, 7 février 2006

La cour estime que la brutalité de la rupture a entraîné la liquidation de la société qui en a été victime et se base sur une expertise pour fixer l'indemnité à 200.000 euros.

T. com. Paris, 22 février 2006

Le tribunal se base sur la marge moyenne des trois années précédant la rupture, soit 330.000 euros pour l'un des demandeurs, 84.000 euros pour l'autre.

CA Nancy, 22 mars 2006

La cour se base sur une perte d'exploitation annuelle estimée par l'expert à 10.000 euros.

CA Amiens, 9 mai 2006

La cour estime que l'assiette de l'indemnisation doit être constituée par la moyenne du chiffre d'affaires HT réalisé au cours des 3 années précédant la rupture, ce montant devant par la suite être rapporté à la durée de préavis qui a fait défaut et à la marge brute que le demandeur avait vocation à réaliser : 304.947 euros en l'espèce.

CA Besançon, 14 juin 2006

La cour relève que l'indemnité « doit correspondre à la marge que le concessionnaire aurait réalisée pendant la durée du préavis » et se base sur le chiffre d'affaires des 3 années précédant la rupture, soit 96.025 euros au total.

TGI Béthune, 14 juin 2006

Le tribunal évalue le préjudice subi par la victime de la rupture en se basant sur la marge brute moyenne mensuelle des 4 années précédant la rupture des relations : 108.736 euros en l'espèce.

ARTICLE L. 442-6-I , 6° C. COM. VIOLATION D'EXCLUSIVITE
--

I. Nombre de décisions

Nombre total de décisions rendues : 4

- Nombre de décisions de 1^{ère} instance : 1
- Nombre de décisions de Cour d'appel : 3

II. Bilan

Nombre de décisions admettant l'application de l'article : 3

Nombre de décision écartant l'application de l'article : 1

Aucune intervention du Ministre

III. Evolution

Le contentieux relevé est tout à la fois très faible et hétérogène. Il n'en ressort donc aucune perspective d'évolution pertinente.

Observations générales

On relève quatre décisions fondées, notamment, sur l'article L. 442-6-I, 6° du Code de commerce.

L'existence, la licéité et l'étanchéité du réseau constituent toujours l'essentiel de l'argumentation du défendeur à l'action en violation d'exclusivité. Le montant des dommages-intérêts octroyés dépend du montant des achats effectués en violation de l'obligation d'exclusivité.

Exigence de licéité et d'étanchéité du réseau :

L'échec du demandeur victime d'une violation d'exclusivité trouve souvent sa cause dans la fragilité du réseau de distribution. La plupart du temps, c'est le promoteur du réseau qui invoque la violation de l'exclusivité. L'argumentation adverse consiste à mettre en doute l'existence ou l'étanchéité du réseau : dans l'arrêt de la cour d'appel de Nancy (8 février 2006), les juges déboutent le promoteur du réseau de sa demande, au motif qu'il ne fournit pas le contrat de distribution qu'il affirme avoir conclu et que les attestations de ses employés ne font référence qu'à des engagements verbaux, jugés insuffisants. L'article L. 442-6-I, 6° C. com. est ainsi écarté.

Appelée à trancher un litige relatif à la revente hors réseau de produits cosmétiques, la cour d'appel de Paris (8 juin 2005) retient, au préalable, d'une part la licéité du réseau, notamment au regard de l'article 81§3 du Traité de Rome, d'autre part, son étanchéité, en raison du contenu du contrat, qui fait interdiction aux distributeurs de revendre hors réseau.

Dans la décision de la cour d'appel de Toulouse (26 janvier 2006), la violation de l'exclusivité oppose les franchisés à leur franchiseur, qui a installé une autre société dans le périmètre d'activité, à peine quinze mois après la conclusion des contrats. Ce grief s'inscrit plus largement dans le cadre de l'échec du réseau et de la procédure collective du franchiseur, les franchisés tentant, par différents biais, d'obtenir l'annulation du contrat afin de récupérer leur droit d'entrée dans le réseau.

Evaluation du préjudice :

Quant à la réparation du préjudice, elle suppose que soit précisément établi le préjudice, faute de quoi les juges fixent une indemnité de principe (Toulouse, 26 janvier 2006).

Quand le préjudice est suffisamment détaillé, le montant dépend de la quantité de marchandises obtenues de façon illicite. Le TGI de Dijon (18 octobre 2004) octroie une indemnité de 5000 euros pour la revente de quatre vestes de marque.

La Cour d'appel de Paris, pour à un montant total de 19.624,94 euros de marchandises, fixe le montant des dommages-intérêts à 40.000 euros, retenant, en outre, que l'auteur des faits avait persévéré dans ses pratiques déloyales.

Référence des décisions étudiées

TGI Dijon, 18 octobre 2004, Lettre distrib. , janv. 2005
CA Toulouse, 26 janvier 2006, Jurisdata, n° 2006-312311
CA Nancy, 8 février 2006, Jurisdata, n° 2006-298355
CA Paris, 8 juin 2005, Jurisdata, n° 2005-275305

Analyse des décisions

TGI Dijon, 18 octobre 2004

La société intimée proposait à la revente quatre vestes qu'elle avait acquises auprès d'un distributeur agréé, en violation de l'interdiction faite à celui-ci de revendre hors du réseau. Elle engage donc sa responsabilité sur le fondement de l'article L. 442-6-I, 6° C. com. et doit verser 5.000 euros au promoteur du réseau.

Toulouse, 26 janvier 2006

Un concédant avait violé son obligation d'exclusivité, en implantant dans le territoire concédé un autre concessionnaire, quinze mois après la conclusion du premier contrat de concession. Toutefois, en l'absence d'élément de nature à établir plus précisément le préjudice subi par le concessionnaire, la cour lui alloue une indemnité de 15.244,90 euros.

Nancy, 8 février 2006

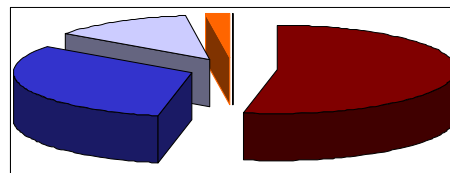
La preuve de l'existence de contrats de distribution sélective ne saurait résulter d'attestations fournies par les employés du « promoteur du réseau ». Dès lors, le fait pour un commerçant d'avoir acquis les produits auprès d'un distributeur lié au fournisseur, pour les revendre ne saurait constituer une faute relevant de l'article L. 442-6-I, 6°.

Paris, 8 juin 2005

Un réseau de distribution sélective est licite dès lors que les produits sont de haute technicité et de qualité et que les critères de sélection sont objectifs et qualitatifs. Et le réseau est étanche, en raison de l'engagement d'exclusivité mis à la charge de tous les distributeurs.

Dès lors, la mise en vente des produits par un tiers au réseau est passible de l'article L 442-6-I, 6° C. com. Ce distributeur non sélectionné qui avait acheté pour 19.624,94 euros de produits, est condamnée à verser 40.000 euros à titre de dommages-intérêts.

Décisions en matière civile



- Rupture brutale de relation commerciale
- Obtention d'avantage sans contrepartie
- Discrimination
- Délai de paiement abusif

Le législateur a exprimé sa volonté de bilans réguliers quant à l'application des dispositions qu'il a énoncées sur la transparence des relations commerciales et les pratiques restrictives de concurrence pouvant les affecter (articles L.440-1 à L.443-3 du Code de commerce résultant de la loi du 2 août 2005) ; il a prévu qu'avant la fin de l'année 2007, l'Administration lui présenterait un tel bilan général, étude aux conclusions de laquelle la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC) sera associée ; il a, en outre, mis à la charge annuelle de cette Commission « une analyse détaillée du nombre et de la nature des infractions aux dispositions (évoquées, ainsi que des) décisions rendues en matière civile sur les opérations engageant la responsabilité de leurs auteurs ».

Cette analyse doit être incluse dans le rapport annuel de la Commission.

Plutôt que d'opérer isolément, au risque d'une limitation de ses résultats, le Secrétariat général de la Commission a suscité des initiatives de partenaires, mieux qualifiés, en premier lieu la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF), qui a recensé pour la première fois l'ensemble des décisions judiciaires pénales et civiles prononcées en 2004 et 2005 sur saisine de ses services et en a diffusé la synthèse avec un commentaire analytique, et, en second lieu, la Faculté de Droit de Montpellier (Centre du Droit de l'Entreprise, Centre du Droit du marché) qui, sans pouvoir prétendre à l'exhaustivité, a recueilli et analysé les jugements prononcés à l'initiative directe d'entreprises (rapport publié sur le site Internet de la CEPC).

Bien que ne portant encore que très partiellement sur la mise en œuvre des innovations de la loi du 2 août 2005, dont les premières applications judiciaires sont nécessairement différées en 2006, ces recensements et commentaires apportent des informations importantes sur la politique de contrôle (faisant d'ailleurs apparaître que les enquêtes administratives ne sont que très minoritairement destinées à fonder des mesures répressives, et ont aussi une importante évaluation de l'effectivité du Droit et des difficultés rencontrées par les acteurs économiques), et sur les évolutions des

orientations jurisprudentielles comme des stratégies processuelles.

La richesse et la pertinence des commentaires émanant de la DGCCRF et des universitaires montpelliérains dispensent largement la CEPC de tout nouvel approfondissement analytique. Ses propres réflexions sont, dès lors, synthétiques et doctrinales (grâce aux contributions des universitaires associés à la CEPC en qualité de rapporteurs).

Les membres de la CEPC ont relevé l'intérêt de la collecte et de la diffusion des informations jurisprudentielles au regard de leurs propres préoccupations : elles sont en cohérence avec leur aspiration commune du développement de la transparence sur les pratiques commerciales et sur leur cadre juridique ; certains des enseignements déjà obtenus, voire quelques carences constatées, peuvent influencer leurs prochaines réflexions sur le « bilan législatif » et sur de nouvelles évolutions législatives.

Ainsi peut-on se demander si l'absence d'application judiciaire de certaines dispositions légales résulte des facilités et de la spontanéité de leur intégration dans les pratiques professionnelles, ou si, au contraire, elles sont par trop décalées par rapport à ces pratiques et aux besoins, voire trop complexes pour être vraiment opératoires, y compris pour les enquêteurs et les juges.

Peut-être faut-il aussi rechercher si la mise en œuvre judiciaire de certaines dispositions légales ne doit pas être réservée à ceux qu'il s'agit de protéger, telles celles relatives à la concurrence déloyale, ou au moins subordonnées à leur assentiment ; de telles limitations n'excluent, d'ailleurs, pas de nouvelles simplifications pour la recherche des preuves incombant aux victimes de certains agissements, par inversion de la charge des preuves au profit des parties les plus faibles, voire par le concours qu'elles pourraient obtenir de l'Administration pour rechercher de telles preuves.

Les dispositions principales de la loi relèvent, pour leur mise en œuvre, de la vigilance et les initiatives de l'Administration. Certainement, il sera encore ainsi demain, même si l'encadrement législatif des pratiques commerciales est simplifié, comme beaucoup d'acteurs économiques le souhaitent.

D'ores et déjà, on peut relever l'important effort de transparence sur sa stratégie, de pédagogie, de disponibilité pour les explications, de concertation, qui est engagé par l'Administration. Et il sera certainement poursuivi.

Il importe, en tout cas, que les évaluations économiques et la prise en considération des évolutions des pratiques et des difficultés concrètes des opérateurs puissent être déterminantes de la mise en œuvre des dispositions législatives, ce qui suppose qu'elles soient formulées plus synthétiquement. Notamment, une révision des modes de sanctions des comportements restrictifs de concurrence serait sans doute opportune ; certains aspirent, en ce sens, à une nouvelle extension du champ d'application de sanctions civiles et à une réduction de celui des sanctions pénales, celles-ci relevant, nécessairement, de précisions minutieuses dans les incriminations, contribuant à la complexité des formulations légales et à leur manque d'adaptabilité à des situations nouvelles.

I. La transparence des relations commerciales

1°- La facturation (article L. 441-3 du code de commerce) :

Dans ses formulations successives, la législation sur les pratiques restrictives a fait de la facture un instrument essentiel de contrôle et de transparence des transactions commerciales. Dans le contexte du nouvel encadrement légal de la coopération commerciale, les juges ont eu à réaffirmer les objectifs du dispositif. Ainsi, un jugement (TGI de Montluçon, 6 juillet 2005) a-t-il relevé que l'irrégularité de certaines factures méritait particulièrement sanction, faute par elle d'assurer comme il convenait « la transparence attendue d'accords négociés. Une autre décision a réaffirmé également la vocation de la facture à être utilisée comme instrument de contrôle de la matérialité de la prestation. Ainsi, « la simple lecture de la facture doit permettre à celui qui l'acquitte de savoir en quoi, quel jour, à quel endroit et selon quelles modalités spécifiques, le cocontractant a rempli ses obligations contractuelles » (TGI de Chartres, 6 avril 2005)

Les tribunaux font une application étendue et rigoureuse des termes de l'article L.441-3 :

ces dispositions s'appliquent même aux simples factures d'acompte. Une facture annuelle précise ne suffit pas (TGI de Créteil, 16 décembre 2005) ; des rappels insistants sont formulés quant à la nécessité de mentionner sur les factures la dénomination exacte des services rendus, des produits, ainsi que la ventilation des différents éléments du prix (TGI de Moulins, 9 février 2005). Il est même précisé que que les factures ne peuvent pas se contenter de renvoyer à des contrats plus précis (TGI de Saint Nazaire 2 arrêts du 16 décembre 2005). Sur ces fondements, des sanctions importantes sont régulièrement prononcées : TGI de Nantes (2 arrêts du 29 septembre 2005) condamne chaque centrale à une amende de 100 000 € ; TGI de Créteil (16 décembre 2005) prononce une amende de 120 000 €.

2°- Les contrats de coopération commerciale (continuité de la jurisprudence dans un cadre législatif nouveau) :

L'article L. 441-6 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à août 2005, et en général encore applicable dans les décisions recensées, n'imposait que la rédaction d'un contrat en double exemplaire. Le juge a cependant anticipé l'évolution législative en constatant l'irrégularité des contrats ne permettant pas de s'assurer qu'un service « détachable des obligations inhérentes aux actes d'achat et de vente » a été rendu et en sanctionnant l'imprécision des contrats.

L'objectif retenu des dispositions légales est que le contrat permette de s'assurer de la réalité du service facturé. Retenant en principe que « l'accord de coopération commerciale suppose que le distributeur remplisse des obligations spécifiques à l'égard du fournisseur » (TGI Evreux du 26 septembre 2005), les juges sanctionnent les contrats qui « ne mentionnent pas d'obligation exorbitante » (TGI Moulins du 9 février 2005).

Ils sanctionnent également l'omission de toute « précision quant aux prestations fournies » et précèdent, ainsi les précisions expressément apportées par la législation nouvelle de 2005 en estimant que « la société avait l'obligation de mentionner l'ensemble des conditions, barèmes, taux de rémunérations habituellement pratiqués, la

nature et le nombre des services correspondants, les produits concernés et les facteurs généraux objectivement définis afférents aux accords de coopération. » (TGI Moulins du 9 février 2005). Une telle exigence fonde une réelle sévérité dans le montant des amendes. (TGI Moulins précité : 100 000 €).

3°- La communication des conditions générales de vente (article L. 441-6 du code de commerce) :

Aucun contentieux marquant n'a encore pu être relevé en la matière.

4°- L'interdiction de la revente à perte (article L.442-2 du code de commerce) :

En la matière, le dispositif retenu par le législateur a été considéré comme essentiel pour éviter les distorsions de concurrence entre acteurs économiques, notamment au préjudice du petit commerce, et il a donné lieu à des modalités de calcul du seuil de revente à perte souvent décriées pour leur complexité et leur rigidité (celle-ci ayant été très fortement atténuée par la législation nouvelle). Mais ces modalités, dans leur cadre antérieur à 2005, n'étaient guère contentieuses.

C'est sur la nature même de la revente à perte que les juges ont eu à se prononcer, et ce avec, à la fois sévérité et nuance. Ils ont ainsi précisé que la revente à perte est interdite entre une société et sa filiale comme entre toute personne juridiquement distincte (CA Douai, 20 décembre 2005). L'infraction de revente à perte peut être sanctionnée lorsque la revente précède la vente (TGI Lille, 3 juin 2005). Est particulièrement pris en considération le fait que certaines pratiques résultent de « politiques de vente déterminées par le groupe », ce qui induit par exemple la relaxe d'un « manager department » (TGI Bourg en Bresse 22 novembre 2005).

5°- Les délais de paiement (articles L. 443-1 et L. 441-6 du code de commerce) :

Le Code de commerce encadre deux types de délais : les délais convenus et les délais réglementés. Pour les raisons évoquées à propos des CGV, l'année 2005 n'a pas donné lieu à des décisions marquantes en matière de délais convenus.

En matière de délais réglementés en revanche (articles L. 443-1), le juge fait

preuve de sévérité en considérant par exemple que l'insuffisance de trésorerie, loin de constituer une circonstance atténuante, peut au contraire être retenue comme un aveu implicite, un élément à charge (TGI Bordeaux, 7 février 2005).

6°- Sur le prix minimum imposé et le para-commercialisme :

peu de décisions ont été prononcées en 2005. et aucune n'est significative.

II. Les abus dans les relations commerciales

1°- les pratiques discriminatoires :

L'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce dispose : « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : 1° De pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence. »

La jurisprudence a apporté des précisions sur le champ d'application du texte, la notion de discrimination, la justification de cette discrimination par une contrepartie réelle et la sanction de la discrimination non justifiée.

a) Champ d'application du texte.

L'applicabilité de l'article L. 442-6, I, 1° est subordonnée à la qualité de partenaire économique de la victime de la discrimination, ce qui implique que celle-ci entretienne des relations commerciales avec l'auteur des pratiques discriminatoires. Les concurrents de l'auteur de la pratique discriminatoire ne peuvent se prévaloir de l'article L. 442-6, I, 1° (CA. Versailles, 7 octobre 2004) sans démontrer que la victime de celle-ci est un partenaire économique.

La situation est différente lorsque le fournisseur pratiquant un prix discriminatoire concurrence son distributeur en vendant directement de la marchandise à ses clients ; il est alors à la fois partenaire économique et concurrent (Cass. Com. 25 avril 2006).

Le juge national peut rechercher si une pratique exonérée par l'application du règlement d'exemption par catégorie des accords verticaux (Règlement n° 2790/99 de la Commission du 22 décembre 1999, JOUE n° L. 336, 29 déc. 1999) est condamnable sur le fondement de l'article L. 442-6 C. com., le règlement 1/2003 (du 16 déc. 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOUE, n° L. 1, 4 janv. 2003) lui reconnaissant la possibilité de faire application « de dispositions de droit national qui visent à titre principal un objectif différent de celui visé par les articles 81 et 82 du traité » (art. 3 §3) comme celles qui « interdisent aux entreprises d'imposer à un partenaire commercial, d'obtenir ou de tenter d'obtenir de lui des conditions commerciales injustifiées, disproportionnées ou sans contrepartie (point n° 9 des considérants du règlement 1/2003 ; CA. Versailles, 27 janvier 2005)

b) La notion de discrimination.

La discrimination consiste à traiter différemment deux partenaires concurrents placés dans une situation identique. Dès lors que les partenaires sont dans des situations différentes, il n'y a pas pratique discriminatoire. Ainsi, un fournisseur de logiciels et jeux vidéo peut appliquer des barèmes de remises et ristournes différents selon les circuits de distribution auxquels appartiennent ses revendeurs et, notamment, distinguer entre les grossistes et les distributeurs (ou revendeurs au détail). Les ristournes de revente dont le versement est subordonné à la double condition de la réalisation par le grossiste d'un chiffre d'affaires trimestriel dans chacun des points de vente ne sont pas discriminatoires, sauf à rapporter la preuve que ces ristournes ont été accordées par le fournisseur de façon différenciée à des partenaires se trouvant dans une situation identique. (CA. Versailles, 15 janvier 2004). En revanche, constitue une pratique discriminatoire un contrat de coopération commerciale imposant au distributeur des engagements financiers disproportionnés au regard des prestations fournies (promotionnelles, d'animation, publicitaires) (T. com. Morlaix, 8 févr. 2006), ainsi que le fait d'appliquer à deux entreprises clientes pour le même produit des prix différents. (Cass. Com. 25 avril 2006), ou encore le fait pour un fabricant de

produits pharmaceutiques et de produits dermo-cosmétiques de réserver une remise catalogue aux pharmaciens en conditionnant l'octroi de celle-ci à la vente de produits pharmaceutiques (CA. Versailles, 27 janvier 2005).

La discrimination peut également consister à mettre en œuvre de façon différenciée des critères non-discriminatoires en eux-mêmes. A l'inverse, la jurisprudence a pu constater que les règles de classement des annonces dans un annuaire, le règlement prévoyant que les magazines de marques ne sont pas pris en compte dans les enquêtes réalisées auprès des lecteurs de la presse, les critères objectifs et précis de sélection édictés pour appartenir à un réseau de distribution sélective ne sont pas discriminatoires au motif qu'ils ont été mis en œuvre de manière uniforme et objective à l'égard de l'ensemble des partenaires économiques (CA. Paris, 21 janvier 2004 ; CA Paris, 24 mars 2004 ; CA Paris, 21 avril 2005).

La discrimination suppose que deux concurrents soient traités de façon différente et non pas de traiter différemment dans le temps le même partenaire. Ainsi, le refus d'attribuer dans une foire à un exposant l'emplacement qu'il occupait les années précédentes ne constitue pas une pratique discriminatoire lorsqu'il n'est pas allégué que l'emplacement offert a désavantagé l'exposant par rapport aux autres exposants exerçant une activité commerciale de même nature. L'entrave au libre jeu de la concurrence ne peut être établie (CA. Grenoble, 29 avril 2004)

c) Justification par une contrepartie réelle.

Lorsque la différence de traitement est compensée par une contrepartie réelle il n'y a pas pratique discriminatoire. La contrepartie peut notamment résulter des volumes achetés ou de services rendus par l'acheteur au vendeur. La jurisprudence a précisé qu'un effet de gamme n'existant pas entre des produits qui ne sont pas de même nature (médicaments et produits cosmétiques), il ne peut être invoqué comme contrepartie réelle justifiant cette remise. En revanche, le fait de conditionner une remise à la condition de respecter un ratio (un pharmacien diplômé pour 6 097,96 euros de chiffre d'affaires réalisé avec la marque) rémunère l'assurance d'un service de

conseil disponible et effectif et constitue une contrepartie réelle (CA. Versailles, 27 janvier 2005).

Il appartient au vendeur de justifier de l'existence de contreparties réelles. Mais ce n'est que lorsqu'une discrimination (ex : ne pas exiger d'un grossiste qu'il remplisse toutes les conditions d'octroi d'une remise alors que l'on l'exige d'un autre) est rapportée qu'il appartient au fournisseur de prouver une justification objective du traitement différencié (CA. Versailles, 15 janvier 2004). Dans un premier temps, c'est donc à l'acheteur s'estimant victime d'une pratique discriminatoire de démontrer celle-ci (par exemple le fait de faire bénéficier d'une remise des distributeurs ne remplissant pas les conditions de son octroi, CA. Versailles, 27 janvier 2005). Il faut que la pratique soit établie pour que l'on ait à la justifier.

d) Sanction.

Dans la période étudiée, les juges du fond ont plusieurs fois refusé de prononcer la nullité d'un contrat lorsque la pratique discriminatoire devait être sanctionnée en application du seul article L.442-6 I C.com (CA. Riom, 31 mars 2004, ; CA Versailles, 30 septembre 2004- mais pour une application de l'article dans sa rédaction antérieure à la loi du 15 mai 2001- ; T. com. Morlaix, 8 févr. 2006- pour des considérations énoncées d'opportunité-).

Ces décisions n'excluent pas l'annulation du contrat en conséquence d'une pratique discriminatoire, dès lors que celle-ci porte sur un des éléments visés au II de l'article L.442-6 C.com., ou si elle peut être qualifiée de pratique anticoncurrentielle (art.L.420-3 C.com).

2°- Les abus de la relation de dépendance ou de la puissance d'achat ou de la puissance de vente

L'article L. 442-6 I 2° b) du Code de commerce, issu de la loi NRE du 15 mai 2001, dispose qu' « engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au registre des métiers, d'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées ». « Le fait de lier

l'exposition à la vente de plus d'un produit à l'octroi d'un avantage quelconque constitue un abus de puissance de vente ou d'achat dès lors qu'il conduit à entraver l'accès des produits similaires aux points de vente », a ultérieurement précisé la loi du 2 août 2005.

Les bilans effectués par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et par la Faculté de Droit de Montpellier mettent en évidence la rareté des cas d'application de ce texte, qui ne semble pas avoir été invoqué par les services du ministre de l'Economie et qui, sous l'impulsion des entreprises, a seulement donné lieu à quelques décisions. Cela ne doit pas pour autant occulter les potentialités de ce texte. Outre que son application n'est pas assujettie à la démonstration d'une incidence sur le jeu de la concurrence, il est susceptible, en raison d'une portée plus ample que celle de la plupart des prohibitions énumérées à l'article L. 442-6-I du Code de commerce, d'appréhender des comportements de toutes sortes constitutifs d'un abus de puissance contractuelle.

Dans une perspective d'utilisation accrue de ce texte, soit isolément, soit conjointement à d'autres dispositions, il est possible de formuler certaines observations et éléments de réflexion à l'attention des justiciables et des juridictions auxquelles revient le soin de préciser le contenu des éléments constitutifs de cette interdiction.

A cet égard, il importe de prendre en considération l'esprit et la lettre du texte. Celui-ci a été adopté en vue d'appréhender les abus de puissance entre les parties à la relation commerciale et de pallier l'inefficacité de l'interdiction des abus de dépendance économique. Il est donc rédigé en des termes assez généraux qui se démarquent de ceux figurant à l'article L. 420-2 du Code de commerce prohibant l'abus de position dominante et l'abus de dépendance économique.

La disposition nécessite la démonstration préalable d'une relation de dépendance ou d'une puissance d'achat ou de vente puis celle d'un abus.

a) La démonstration préalable d'une relation de dépendance ou d'une puissance d'achat ou d'une puissance de vente

La démonstration de cette disparité de forces, préalable indispensable à la

recherche d'un éventuel abus, incombe à la partie qui entend invoquer à son profit l'article L. 442-6-I 2° b) du Code de commerce (rappr. Toulouse, 26 janvier 2006).

En visant, à la fois, la puissance d'achat ou de vente, d'un côté, la relation de dépendance, de l'autre, le texte offre une option à deux branches, selon que l'inégalité est absolue ou relative au rapport contractuel considéré. Il permet d'appréhender l'exploitation abusive d'une telle situation aussi bien en présence de liens d'ores et déjà établis qu'en l'absence de liens préexistants.

S'agissant de la relation de dépendance, seule hypothèse invoquée jusqu'à présent dans les quelques décisions ayant mis en œuvre la disposition, elle suppose un lien contractuel préexistant, comme le révèle la double référence à « la relation de dépendance » et à « un partenaire ».

Il importe de relever une tendance à réduire cette notion à la dépendance économique et à transposer, par voie de conséquence, la définition retenue par la jurisprudence sur le fondement de l'article L. 420-2 alinéa 2 du Code de commerce (Versailles, 11 mai 2006).

Or, s'il est vrai que la dépendance économique est l'une des formes possibles de la relation de dépendance, elle n'en est pas l'unique variété. La disposition envisage, non pas la dépendance économique, mais la « relation de dépendance », notion plus large qui englobe d'autres formes de dépendance, telles qu'une dépendance technique ou contractuelle. Ainsi, l'une des très rares décisions à avoir admis l'application du texte a considéré la relation de dépendance caractérisée « dans la mesure où [le cocontractant] assurait toutes ses tâches administratives » (Angers, 7 février 2006). La relation de dépendance peut donc prendre sa source dans le contrat lui-même, par les prestations qu'il implique ou par les engagements souscrits (par exemple, un engagement d'exclusivité).

Aucune décision ne fournit d'indication, à ce jour, sur la puissance d'achat ou de vente. Il est néanmoins possible de relever que le texte, en visant la puissance d'achat ou de vente, permet d'appréhender les abus, quelle que soit la place de leur auteur dans le circuit économique. Il reste à savoir si les termes d'achat et de vente s'entendent au

sens juridique classique ou s'ils doivent être compris dans un sens plus économique, englobant alors les prestations de services. Cette dernière interprétation est fréquemment retenue en droit de la concurrence pour d'autres règles ; elle évite de surcroît une discordance entre l'abus de la relation de dépendance, qui peut être sanctionné quelque soit le contrat concerné (pour une application à des prestations de services, v. Angers, 7 février 2006), et l'abus de puissance d'achat ou de vente.

La puissance – d'achat ou de vente - peut s'entendre d'un pouvoir de fait préexistant à la conclusion du contrat, qui n'est pas attaché à une relation contractuelle donnée et qui offre à celui qui en bénéficie la possibilité d'imposer sa volonté à l'éventuel cocontractant. On peut à cet égard s'inspirer des indices permettant de caractériser la position dominante, mais sans pour autant assimiler la puissance d'achat ou de vente à cette dernière.

b) La démonstration d'un abus.

Tel qu'il est rédigé, l'article L. 442-6-I 2° b) du Code de commerce paraît définir l'abus par son résultat : la soumission à des conditions commerciales ou des obligations injustifiées.

Ce faisant, il se rapproche de la solution retenue pour la définition des clauses abusives dans l'article L. 132-1 du Code de la consommation et se démarque, au contraire, des dispositions du Code civil concernant le vice de violence. Aussi n'est-il pas certain que l'observation selon laquelle les stipulations litigieuses « ont été librement acceptées lors de la signature des contrats et constituent par application de l'article 1134 du code civil la loi des parties » puisse, à elle seule, faire obstacle à la caractérisation d'un abus au sens de l'article L. 442-6-I 2° b) du Code de commerce (Contra Versailles 11 mai 2006 ; v. aussi Toulouse 26 janvier 2006).

L'abus peut se manifester, selon la lettre du texte, dans les conditions commerciales, ce qui semble permettre d'appréhender les simples offres de contracter, ou dans les obligations, le contrat étant cette fois conclu. En l'absence de toute précision, l'abus peut concerner l'équilibre financier de la convention ou les stipulations les plus variées (Angers 7 février 2006, pour le prix ; Versailles 11 mai 2006, envisageant

les stipulations relatives au montant des redevances à payer par le franchisé et la clause de non-concurrence postcontractuelle, même si l'arrêt écarte finalement l'abus).

Reste à savoir comment établir l'abus et qui supporte la charge de la preuve.

La seule décision ayant sanctionné un abus de la relation de dépendance, à l'occasion d'une augmentation du prix, a retenu plusieurs éléments concordants, le caractère subit de l'augmentation, son importance (plus de 30 %), l'absence de justification et de concertation (Angers 7 février 2006).

S'agissant d'autres stipulations, il semble que l'engagement litigieux peut être apprécié dans son principe même ou dans son quantum, et ceci en tenant compte de l'objet du contrat et du type d'activité commerciale considérée (Toulouse 26 janvier 2006, à propos d'un stock minimal).

Il a par ailleurs été considéré qu' « il appartient [à ceux qui invoquent le bénéfice du texte] de rapporter la preuve du caractère injustifié des obligations qui leur sont faites » (Toulouse 26 janvier 2006).

S'il est vrai que cette solution est conforme au droit commun de la preuve, une autre lecture apparaît possible, en liaison avec la référence, dans le texte, à des « conditions commerciales ou des obligations injustifiées ». L'emploi de cet adjectif, qui fait d'ailleurs écho à la disposition visant les pratiques discriminatoires « non justifiées par des contreparties réelles », autorise à concevoir l'abus comme un traitement excessif au détriment de l'agent en situation de faiblesse, traitement qui ne peut être reconnu comme légitime, fondé.

La charge de la preuve peut alors être répartie de la façon suivante : il incombe, tout d'abord, à celui qui se plaint d'un abus de mettre en évidence le caractère excessif du traitement auquel il est soumis ; il appartient, ensuite, à l'auteur d'un tel traitement d'établir une justification qui peut être objective (existence d'une contrepartie, par exemple) ou subjective.

III. Rupture brutale des relations commerciales établies (article L 442-6 I 5°)

L'interruption totale ou partielle de relations commerciales établies engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à

réparation dès lors que la rupture s'avère brutale.

L'analyse d'une jurisprudence abondante relative à cette disposition du Code de commerce conduit tout d'abord à constater que plusieurs critères concourent à la démonstration de l'existence d'une relation commerciale établie :

La durée du partenariat et sa stabilité dans le temps constituent le critère le plus souvent évoqué. On constate également que, conformément aux enseignements de l'analyse économique, est également évoquée parfois l'importance des investissements spécifiques réalisés par le partenaire évincé au profit de son co-contactant.

La démonstration du caractère brutal de la rupture se démontre, quant à elle, d'un trait de plume en l'absence de tout préavis écrit de la part de son auteur.

En revanche, l'estimation de la durée « raisonnable » du préavis, que celui-ci soit jugé insuffisant ou qu'il ait été absent, apparaît souvent insuffisamment étayée et constitue une source d'incertitude que ne peuvent lever d'éventuelles références à « des usages du commerce ou à des accords interprofessionnels ». L'historique d'un partenariat, son mode de fonctionnement, la nature des produits ou services échangés rendent une relation commerciale souvent spécifique et donc difficilement analysable à l'aune des considérations très générales évoquées dans des usages du commerce.

Rares sont les décisions de justice où les choix de la durée estimée « raisonnable » sont clairement motivés.

Il n'est certes pas interdit de considérer que six mois peut être acceptable malgré des relations de trente ans alors que dans d'autres cas un an est nécessaire pour des partenariats de seulement dix ou quinze ans. Encore conviendrait-il que les investigations économiques sur lesquelles sont fondés de semblables choix soient suffisamment explicites.

Cette nécessité s'impose de façon d'autant plus prégnante que c'est sur la prise en compte de cette période de préavis nécessaire que s'établit le calcul du préjudice et, partant, de l'indemnisation auquel aura droit le partenaire évincé.

Si l'incrimination d'une rupture brutale au sens de l'article L 442-6 I 5° se distingue de celle relative à l'abus de dépendance prise en compte au 2^{ème} alinéa du même article, l'estimation de la durée raisonnable pour retrouver sur le marché une solution équivalente ou proche relève, dans les deux cas de figure, d'une même approche méthodologique :

Cette durée doit dépendre :

- 1) de l'existence (ou non) pour le partenaire délaissé de possibilité de réorientation de son activité vers d'autres clients,
- 2) du temps nécessaire pour y parvenir en fonction de l'importance du chiffre d'affaires à reconstituer et de la nécessité ou non de procéder ou non à de nouveaux investissements irrécouvrables.

Il serait donc souhaitable qu'une semblable grille d'analyse soit plus systématiquement utilisée et explicitée dans le cadre des décisions de justice.

Les bases de calcul des préjudices adoptés dans les décisions de justice relatives à l'application de l'article L 442-6 I 5° soulèvent, en revanche, moins d'interrogations (en particulier lorsqu'une expertise a été ordonnée). Le plus généralement, sont retenues les pertes de marges (le plus souvent brutes), et le cas échéant, les valeurs résiduelles des investissements spécifiques dédiés au co-contractant, certaines pertes de stocks et le licenciement du personnel ou d'une partie de celui-ci.

IV. Des dispositions encore sans application jurisprudentielle, mais influençant déjà les pratiques commerciales.

L'inventaire des décisions judiciaires rendues à l'initiative d'opérateurs économiques sur le fondement du titre IV du Livre IV du Code de commerce fait apparaître une faible application de certaines dispositions et une absence d'application des autres.

L'application des dispositions du titre IV du Livre IV du Code de commerce fait apparaître un très faible nombre d'actions sur le terrain des articles :

- L. 441-3 C. com. : Facturation
- L. 441-6 C. com. : Communication des conditions de vente

- L. 442-2 C. com. : Revente à perte
- L. 442-5 C. com. : Imposition de prix de revente
- L. 442-6-I, 2° a) C. com. : Avantage disproportionné
- L. 442-6-I, 4° C. com. : Menace de rupture brutale
- L. 442-6-I, 6° C. com. : Violation d'exclusivité

Les trois premières dispositions (L. 441-3, L. 441-6 et L. 442-2 C.com.) ainsi que la cinquième (L. 442-6-I, 2° a) C. com.) font l'objet de quelques décisions seulement, lesquelles, au demeurant, constatent l'absence de pratique condamnable.

Cependant, lorsque leur application est sollicitée par le ministre, ces dispositions font l'objet de nombreuses décisions. Cette différence s'explique par le contrôle qu'exerce l'Administration sur la formalisation des relations commerciales (au stade de l'offre comme de la facturation). Ce contrôle permet en effet de mettre en cause des insuffisances et déséquilibres qui sont, d'un côté, voulus par les opérateurs concernés et souvent subis par certains d'entre eux et, d'un autre côté, ignorés par leurs concurrents.

La quatrième disposition (L. 442-5 C. com.) fait l'objet de deux décisions seulement : l'une rendue à l'initiative du ministre, l'autre rendue à l'initiative d'un distributeur.

Ce faible nombre s'explique par le fait que l'imposition de prix de revente est rarement opérée de manière isolée, c'est-à-dire dans une relation ponctuelle entre un fournisseur et un distributeur. En revanche, la pratique est souvent constatée dans les relations suivies entre un promoteur de réseau et l'ensemble de ses distributeurs, de sorte qu'elle se trouve plutôt sanctionnée au titre des pratiques anticoncurrentielles (Titre II, Livre IV C. com), comme entente en ce que la consigne de prix serait acceptée ou même simplement appliquée par les distributeurs (C. com. art. L. 420-1), soit comme abus de domination (C. com. art. L. 420-2).

La sixième disposition (L. 442-6-I, 4° C. com.) fait l'objet d'un faible nombre de décisions, étant observé que toutes se traduisent par la sanction du comportement faisant grief.

La difficulté d'établir la réalité de la menace de rupture explique, d'un côté, que cette disposition ne soit évoquée qu'avec des

preuves suffisantes et donc rarement et, d'un autre côté, que son application soit par voie de conséquence positive.

La septième disposition (L. 442-6-I, 6° C. com.) fait l'objet de quelques décisions seulement.

Cela s'explique moins par la discrétion des comportements réalisant une atteinte aux conventions d'exclusivité de fourniture que par l'efficacité du contrôle du fournisseur sur la commercialisation hors réseau (distribution dite « parallèle ») comme sur d'éventuelles rétrocessions entre distributeurs du réseau et revendeurs hors réseau.

D'autres dispositions du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, et particulièrement de l'article L. 442-6, I et II ne font guère l'objet d'application, au vu des décisions connues comme cela ressort de leur inventaire.

Selon une considération optimiste, on pourrait en déduire la parfaite efficacité du dispositif qui aurait conduit à éliminer les pratiques visées.

Selon une considération pessimiste, au contraire, on en déduirait la totale inefficacité du dispositif qui ne permettrait pas de sanctionner les pratiques condamnables. Cela pourrait tenir à la difficulté d'en rapporter la preuve en raison notamment de la discrétion des victimes.

Deux explications de cette absence d'application peuvent conduire à une appréciation nuancée de la portée du dispositif.

– Il apparaît d'abord que les comportements visés sont souvent poursuivis sur le terrain des articles 1382 et 1383 du Code civil plutôt que sur celui des articles L. 441-1 s. C. com. S'agissant de pratiques pénalement sanctionnables, on relève, en effet, que les

opérateurs économiques qui en sont victimes directes ou indirectes préfèrent souvent agir contre celui qui en est l'auteur, sur le terrain civil de la responsabilité délictuelle (comme l'illustre la jurisprudence en matière de publicité trompeuse).

S'agissant des pratiques civilement sanctionnables, on relève que la généralité des dispositions du Code civil (dont les termes sont d'ailleurs repris au premier alinéa de l'article L. 442-6-I C. com.) permet d'absorber certaines dispositions particulières du Code de commerce qui identifient de manière parfois pléonastique (« obtenir... un avantage... ne correspondant à aucun service », L. 442-6-I, 2°, a, « abuser de la relation... », L. 442-6-I, 2°, b) les comportements fautifs. La question peut alors être posée de l'utilité technique ou pédagogique de ces précisions (on relèvera que le choix de ne pas dresser une liste légale des comportements fautifs et de s'en tenir au dispositif général de l'article 1382 C. civ. a été opéré en matière de concurrence déloyale).

– Il apparaît ensuite qu'un comportement visé par un dispositif est souvent poursuivi sur le terrain d'autres dispositions :

- soit une disposition définissant une autre pratique restrictive de concurrence ; car il existe des dispositions redondantes à l'intérieur du titre IV et même à l'intérieur de certains articles du titre IV (à titre d'exemple peuvent être rapprochées les dispositions de l'article L. 442-6-I, 3° et L. 442-6-II, b).
- soit une disposition définissant une pratique anticoncurrentielle, lorsque le comportement en cause peut affecter la concurrence sur le marché (imposition de prix de revente par exemple).

