

Commentaire de la jurisprudence (rapport annuel 2007/2008)

Le législateur (loi du 2 août 2005) a confié à la Commission d'examen des pratiques commerciales la charge d'établir annuellement, conjointement avec son rapport annuel, « une analyse détaillée du nombre et de la nature des infractions aux dispositions (du titre IV du Livre IV du Code de commerce, relatif à "la transparence, aux pratiques restrictives et autres pratiques prohibées"), ainsi que des « décisions rendues en matière civile sur les opérations engageant la responsabilité de leurs auteurs » dans les domaines économiques spécialement envisagés par ce même titre IV ; Il s'agit pour une grande part, des relations entre les professionnels de la distribution et leurs fournisseurs, mais aussi de celles développées entre eux et/ou les professionnels intervenant dans des opérations intermédiaires comme transformateurs, grossistes, prestataires de services.

La première analyse de ces jurisprudences a été établie pour la première fois en début de l'année 2007, mais elle ne pouvait alors rendre encore compte avec pertinence des conséquences des innovations de la loi du 2 août 2005, encore trop récente pour avoir alors fondé beaucoup de décisions judiciaires. Elle a, néanmoins, retenu l'attention de nombreux observateurs, qui ont relevé l'intérêt des synthèses spontanément opérées par les juges entre les textes spéciaux évoqués et les principes généraux du Droit, qui constituent leurs références plus usuelles.

Une année plus tard, la nouvelle analyse peut plus utilement rendre compte de l'application judiciaire des nouvelles dispositions. Mais dans leur plus grand nombre, les décisions restent encore davantage inspirées par des considérations plus générales que celles découlant directement des modifications législatives récentes, cela sans en méconnaître les orientations et justifications économiques.

Comme l'année précédente, le Secrétariat général de la Commission a suscité des initiatives de partenaires mieux qualifiés pour la collecte des décisions, la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF), et, 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 déjà publié sur le site Internet de la CEPC).

Les universitaires montpelliérains ont, au surplus, procédé à un important approfondissement analytique et synthétique des résultats de leurs collectes. En outre, d'autres universitaires et praticien, associés continûment à la CEPC en qualité de rapporteurs, ont à nouveau accepté de procéder à d'intéressants commentaires de l'ensemble rassemblé. Ils méritent, eux aussi, des remerciements particuliers.

I. La transparence des relations commerciales

1°- La facturation (article L. 441-3 du code de commerce) :

La facturation est restée, en 2006, le terrain d'élection de l'action contentieuse de l'administration. Elle a représenté, à elle seule, près de 80% du contentieux pénal. Les manquements relevés ont trait à l'obligation d'établir une facture, d'une part, et au contenu de la facture, d'autre part.

a) L'obligation de facturer

« *Toute prestation de service pour une activité professionnelle doit faire l'objet d'une facturation* ». C'est ce que rappelle la Cour de cassation à propos d'un avocat qui avait refusé d'établir une facture à sa cliente au motif qu'elle ne lui devait plus rien, ayant déjà réglé diverses provisions (Cass. Civ., 19 octobre 2006).

Plus étonnant est un arrêt de la Cour d'appel de Paris (30 novembre 2006) qui sanctionne une centrale qui avait délivré des factures d'acompte incomplètes pour les services qu'elle rendait à ses fournisseurs. Les juges estiment en effet que « *la loi ne distinguant pas selon la nature des factures* », celles établies pour réclamer un acompte doivent comporter toutes les mentions requises. Or l'obligation de délivrer facture ne naît que « *dès la réalisation de la vente ou la prestation du service* » (C. com., art. L 441-3). Dès lors que la prestation du service n'était pas réalisée, le document émis par la centrale en représentation de l'acompte qui lui était dû pouvait revêtir n'importe quelle forme, demande d'acompte ou note de débit, par exemple. En l'espèce, la Cour s'est attachée à la forme sans égard pour le fond.

En revanche, dès que la prestation est réalisée, la facture doit être délivrée immédiatement. Plusieurs décisions de première instance sanctionnent la délivrance tardive de factures.

Si l'obligation de délivrer facture pèse sur le vendeur ou le prestataire de services, l'acheteur doit, pour sa part, la réclamer. Le plus souvent, les acheteurs ou les bénéficiaires du service ne sont pas poursuivis ; mais ils peuvent l'être. Ont ainsi été condamnés deux fournisseurs de la grande distribution qui avaient omis de réclamer des factures conformes de coopération commerciale (C.A. Rennes, 7 décembre 2006).

b) Le contenu de la facture

La facture doit mentionner un certain nombre d'informations relatives à la transaction ainsi qu'à l'identification des parties. Quelques jugements sanctionnent des omissions comme le nom des parties et leur adresse ou encore la date de l'opération facturée, mais c'est, pour l'essentiel, sur l'absence de « *dénomination précise* » des services de coopération commerciale que les tribunaux sont sollicités. En effet, « *les factures établies par un distributeur pour des prestations de coopération commerciale doivent permettre à l'administration et au juge d'identifier avec précision la nature exacte des services rendus* » (Cass. Crim., 6 décembre 2006).

L'application de ce principe a donné lieu, en 2006, à un certain nombre de décisions contradictoires. Ainsi, pour le juge de Draguignan, les termes « *tête de gondole* » et « *mise en avant* » ne sont pas suffisamment précis (TGI Draguignan, 23 février 2006), alors qu'ils le sont pour celui de Belfort (TGI Belfort, 11 mai 2006). L'« *optimisation du linéaire* » est refusée à Dijon (TGI Dijon, 23 mai 2006) et acceptée à Reims (CA Reims, 4 avril 2006).

Plusieurs décisions ont également admis, contrairement à la jurisprudence dominante, que la référence, sur la facture, au contrat de coopération commerciale suffisait et permettait à l'administration d'effectuer ses contrôles (notamment CA Bordeaux, 26 septembre 2006). Toutefois, dans son arrêt du 6 décembre 2006 précité, la Cour de cassation rappelle que « *les mentions exigées par l'article L 441-3 du code de commerce doivent figurer sur les factures sans qu'il soit nécessaire de se référer aux documents qui les fondent* ».

Les décisions qui précèdent ne permettent pas d'y voir un infléchissement de la jurisprudence. La plupart ont été rendues par des tribunaux de première instance et doivent être appréciées dans le contexte de chaque affaire. Tout au plus peut-on remarquer que les pratiques en cause

sont de plus en plus connues et que des dénominations qui, jadis, paraissaient ésotériques à beaucoup sont comprises aujourd'hui du plus grand nombre.

On peut se demander si l'évolution récente des textes ne va pas tarir une des sources de la jurisprudence en matière de facturation. Les poursuites engagées avaient en effet pour objet, en règle générale, de mettre un terme à des pratiques de coopération commerciales jugées abusives, car favorisant la hausse des prix et occultant des discriminations injustifiées. La négociation commerciale sans autre contrainte que celle de l'abus et l'abaissement du seuil de revente à perte au prix d'achat, net de tous avantages n'incitera sans doute plus à la même répression.

2°- Les contrats de coopération commerciale

La jurisprudence en matière de coopération commerciale est, le plus souvent, fille de celle en matière de règles de facturation. C'est, en effet, bien plus sur des manquements au formalisme que sur une analyse de la nature des obligations contractuelles mises à la charge du distributeur que se fondent les poursuites et les actions en justice. La Cour de cassation et certains tribunaux se bornent à rappeler que la coopération commerciale doit porter sur la fourniture de services spécifiques détachables des simples obligations résultant des achats et des ventes.

Outre le formalisme de la facture, celui de la rédaction des contrats de coopération commerciale est également pris en compte. Il s'agit du respect de l'ancien article L. 441-6 du code de commerce (rédaction d'un contrat écrit en double exemplaire) et du nouvel article L. 441-7 qui renforce ce formalisme (contenu des services, produits auxquels ils se rapportent, date et durée des prestations, modalités de leur rémunération exprimée en pourcentage du prix net unitaire du produit sur lequel elles portent).

Comme pour les factures, l'absence de précisions, dans le contrat, sur les services fournis ne permet pas de vérifier l'existence de services spécifiques et l'entache d'irrégularité (Cass. Crim. 6 décembre 2006). La plupart des tribunaux, appliquant l'article L. 441-6, semblent d'ailleurs avoir anticipé en exigeant un certain nombre de précisions dans le contrat de coopération commerciale. Seul le TGI de Belfort ne retient pas d'infraction pour l'absence de mention des services spécifiques au contrat (20 janvier 2006). Pareille interprétation n'est plus possible sous l'empire de l'article L. 441-7, ce que confirme le TGI d'Evry (26 juin 2007), qui étend même l'exigence de précision aux services distincts.

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) :

L'interdiction faite à tout commerçant de revendre un produit à perte est ancienne et n'a jamais été remise en cause. Malgré l'ancienneté de l'interdiction de la revente à perte (loi de finances rectificative du 2 juillet 1963) la jurisprudence 2006 en la matière se révèle encore innovante et montre la volonté du juge d'appliquer l'article L.442-2 du code de commerce avec rigueur et nuance comme en témoigne les sanctions prononcées en ce domaine.

Les juges ont fait une application extensive de l'article L.442-2 du code de commerce. Ils ont ainsi confirmé que la revente à perte est interdite entre une société et sa filiale comme entre toute personne juridiquement distincte (Cass.Crim 22 novembre 2006). L'infraction de revente à perte peut être sanctionnée lorsque la revente précède la vente (Cass.Crim. 6 décembre 2006).

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 le professionnel ne peut s'exonérer en invoquant la lenteur du traitement bancaire et l'absence de volonté de nuire (TGI Macon, 4 octobre 2006).

6° - Sur le prix minimum imposé et le para-commercialisme :

Peu de décisions ont été prononcées en 2006 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 (a), la notion de discrimination (b), la justification de cette discrimination par une contrepartie réelle (c), les règles de preuve (d) et la sanction de la discrimination non justifiée (e).

a) Champ d'application du texte.

L'article L. 442-6 C. com. est applicable à une relation de distribution internationale. La demande de réparation d'un préjudice résultant de pratiques discriminatoires commises sur le territoire national se fait en application de dispositions impératives relevant de l'ordre public économique et comme telles constitutives d'une loi de police. En conséquence, le juge doit se déclarer compétent et écarter la clause attributive de compétence contenue dans le contrat (CA Paris, 28 septembre 2006, aff. sté. Monster Cable Products Inc.).

b) La notion de discrimination.

La discrimination consiste à traiter différemment deux partenaires concurrents placés dans une situation identique (A). Dès lors que les partenaires sont dans des situations différentes, il n'y a pas pratique discriminatoire (B).

A) Lorsque les concurrents sont dans des situations économiques identiques, leur partenaire commun doit s'abstenir de favoriser ou de défavoriser l'un d'entre eux. Ainsi, constitue une pratique discriminatoire le fait pour :

- un fournisseur (Akzo Nobel) de pratiquer avec son distributeur (Bonnot) un prix supérieur à ceux facturés dans le même temps pour le même produit, à deux clients de ce dernier (Cass. Com., 25 avril 2006, aff. Akzo Nobel Coatings, pourvoi n° 03-20.353) ; de ne pas concéder à un client des remises sur les prix accordées à d'autres sans raison objective (TGI Thonon-Les-Bains, 24 juin 2004 ; CA Versailles, 27 janvier 2005) ; de n'imposer qu'à certains de ses clients des conditions de règlement plus contraignantes (Tribunal de commerce de Mâcon, 12 janvier 2005) ;
- une centrale d'achats de demander, au titre de la coopération commerciale, à certains de ses fournisseurs de participer au financement d'un prospectus et d'exonérer trois d'entre eux de cette contribution, alors que leurs produits figurent dans ce support publicitaire et qu'ils ont réalisé un chiffre d'affaires lié à cette opération (T. Com Nanterre, 28 mars 2007, aff. Le Galec, Rev. drt. conc., 2007, n° 2, p. 126 note D.F. et L.R.) ;
- un organisateur d'appel d'offres de traiter différemment des entreprises soumissionnaires (CA Grenoble, 28 mars 2007) ;
- un gestionnaire d'une station de ski d'exclure un moniteur de ski indépendant du bénéfice de la gratuité et de la priorité d'accès aux remontées mécaniques alors que les moniteurs membres d'un groupement de moniteurs en jouissent (CA Chambéry, 6 février 2007, SAEM Sté. des trois vallées, JurisData n° 2007-340446).

La discrimination peut également consister à mettre en œuvre de façon différenciée des critères non-discriminatoires en eux-mêmes. Il en est ainsi lorsqu'un partenaire économique (ex : un gestionnaire de station de sports d'hiver) ne permet pas à certains des concurrents (les moniteurs indépendants) d'être en mesure de fournir la contrepartie réelle qui conditionne l'octroi des avantages (participation à une mission d'intérêt général - enseignement du ski, sécurité du domaine skiable, animation de la station - imposant des astreintes justifiant l'octroi d'avantages). Le gestionnaire du service public à caractère industriel et commercial doit permettre aux moniteurs indépendants (notamment par le biais de conventions individuelles) de contribuer à cette mission et de pouvoir être astreints aux mêmes contraintes (CA Chambéry, 6 février 2007, SAEM Sté. des trois vallées, JurisData n° 2007-340446).

Toutefois, le refus d'agrément d'un nouveau distributeur n'est pas discriminatoire lorsque les critères de sélection sont précis, objectifs et liés à une organisation économique comme ceux consistants à limiter le nombre de distributeurs agréés sur un territoire défini (T. Com. Paris, 15 septembre 2006, SA Au Forum du Bâtiment/SA. Vachette).

B) La jurisprudence a posé comme exigence que le bénéficiaire de la discrimination (et non l'auteur de la discrimination) et ses victimes (les opérateurs dont on compare la situation) s'adressent à la même clientèle lors de la revente (Cass. com, 12 mars 1996, Sté Bageca, JurisData n° 1996-001105; CEPC, 1 juin 2007, Avis n° 07-04 concernant certaines pratiques appliquées à un groupement de pharmaciens d'officine par des laboratoires fabriquant des produits cosmétiques et/ou des spécialités pharmaceutiques). Ainsi, il est en principe possible de discriminer entre des entreprises n'opérant pas sur le même marché (*a contrario*, deuxième branche du moyen, Cass. Com., 25 avril 2006, aff. Akzo Nobel Coatings, pourvoi n° 03-20.353). Dès lors, un distributeur exclusif de solutions pharmaceutiques en ampoules de verre, ne peut reprocher au fabricant de ces produits d'avoir accordé à un utilisateur final (dans le cadre d'un appel d'offres) des prix inférieurs à ceux qu'il lui a consentis. Les deux acquéreurs n'étant pas en concurrence, le prix discriminatoire n'a pu donner un avantage dans la concurrence à l'utilisateur final (T. Com. Paris, 15, février 2007, SAS Fresenius Kabi France, JurisData n° 334542).

Toutefois, des entreprises opérant sur le même marché peuvent être dans des situations différentes et leur partenaire économique commun ne commet pas de pratique discriminatoire s'il leur consent des conditions de ventes inégales. Ainsi, l'exploitant d'un bouquet de chaînes de télévision (Canal satellite) peut verser des redevances à certaines chaînes diffusées sur son bouquet qui lui ont consenti une exclusivité de diffusion (Cuisine TV) et ne pas en accorder à celles (Gourmet TV) qui ne lui ont pas accordé cette exclusivité (Cass. com., 12 décembre 2006, M. G. Ayache).

c) Justification par une contrepartie réelle.

Lorsque la différence de traitement est compensée par une contrepartie réelle il n'y a pas de pratique discriminatoire (voir aussi CEPC, 1 juin 2007, Avis n° 07-04 concernant certaines pratiques appliquées à un groupement de pharmaciens d'officine par des laboratoires fabriquant des produits cosmétiques et/ou des spécialités pharmaceutiques). La contrepartie peut notamment résulter des volumes achetés ou de services rendus par l'acheteur au vendeur.

Est assimilée à l'absence de contrepartie réelle, celle qui n'est pas réelle ou sérieuse. La contrepartie vile ou disproportionnée est équivalente à une contrepartie fictive (non réelle). Il faut donc rapporter l'existence d'une disproportion de valeur, entre la contrepartie obtenue et l'avantage consenti, présentant une très grande importance et de nature à permettre de considérer que la contrepartie n'existe pas (Tribunal de commerce de Morlaix, 8 février 2006).

En revanche, lorsque la loi impose comme condition à la licéité des contrats non seulement l'existence d'une contrepartie réelle (ou cause), mais encore l'équilibre du contrat (absence de lésion), le juge opère un contrôle approfondi et minutieux de la proportionnalité de la rémunération à l'avantage. Compte tenu des exigences de l'article L. 442-6 I 2° C. com. il en est notamment ainsi en matière de coopération commerciale (Tribunal de commerce de Nanterre, 28 mars 2007).

d) Preuve.

Il appartient au vendeur de justifier de l'existence de contreparties réelles. Mais ce n'est que lorsqu'une discrimination est rapportée qu'il appartient au fournisseur de prouver une justification objective du traitement différencié (TGI Thonon-Les-Bains, 24 juin 2004). Dans un premier temps, c'est donc à l'acheteur s'estimant victime d'une pratique discriminatoire de démontrer celle-ci (CA Grenoble, 28 mars 2007). Il faut que la pratique soit établie pour que l'on ait à la justifier.

Pour établir une pratique discriminatoire le ministre de l'économie peut être autorisé par une ordonnance du juge des libertés et de la détention à procéder à des opérations de visite et de saisie de documents sur le fondement de l'article L. 450-4 C. com. (Cass. crim. 25 avril 2007 ; Cass. crim. 27 septembre 2006).

e) Sanction.

Dans la période étudiée, les juges du fond ont considéré que l'article L. 442-6 C. com., prévoyant que les pratiques discriminatoires engagent la responsabilité de leur auteur et l'obligent à réparer le préjudice causé, ne leur permettait pas de prononcer la nullité du contrat

ou d'une clause lorsque le ministre de l'économie agit (Tribunal de commerce de Morlaix, 8 février 2006).

Cette décision n'exclut pas l'annulation du contrat en conséquence d'une pratique discriminatoire, dès lors que celle-ci porte sur un élément visé 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, notamment [a précisé la loi du 3 janvier 2008] en lui imposant des pénalités disproportionnées au regard de l'inexécution d'engagements contractuels ». La loi du 2 août 2005 avait antérieurement ajouté, à titre d'illustration que « 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 ». En l'état actuel, l'application de cette règle nécessite donc la démonstration préalable d'une relation de dépendance ou d'une puissance d'achat ou de vente et celle d'un abus.

Cette disposition devrait prochainement faire l'objet d'une complète réécriture, le projet de loi de modernisation prévoyant une nouvelle rédaction du texte inspirée, selon l'exposé des motifs, par « un souci de simplification et d'effectivité ».

Comme pour la période examinée dans le précédent rapport, les nouveaux bilans effectués par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et par la Commission d'examen des pratiques commerciales, mettent en évidence la rareté des cas d'application du texte. Celui-ci a été invoqué, pour la première fois, par le ministre de l'Economie devant le Tribunal de commerce d'Evry dont le jugement rendu le 24 mai 2007, a été frappé d'appel ; sous l'impulsion des entreprises, il a seulement donné lieu à quelques arrêts d'appel et à une décision de la Cour de cassation en date du 23 octobre 2007 (Cass. com. 23 octobre 2007, n° de pourvoi : 06-14981, non publié au Bulletin). Cet arrêt est le premier dans lequel la Chambre commerciale est appelée à se prononcer sur la relation de dépendance au sens de l'article L. 442-6-I-2 b).

Dès lors, en complément des observations formulées dans le précédent rapport et en l'état de l'éclairage limité fourni par les autres décisions sur les notions de puissance d'achat, de vente et d'abus, l'analyse ci-après concerne exclusivement la décision du 23 octobre 2007.

Dans cet arrêt de cassation, la Chambre commerciale reproche à la juridiction du fond de s'être déterminée, pour admettre l'existence d'une situation de dépendance économique, « par des motifs impropres à établir que [le loueur de camion avec chauffeur] ne disposait pas de la possibilité de substituer à son donneur d'ordre un ou plusieurs autres donneurs d'ordre lui permettant de faire fonctionner son entreprise de transport dans des conditions techniques et économiques comparables à celle résultant des relations contractuelles nouées avec [le transporteur principal], sans rechercher (...) [s'il] n'avait pas librement décidé de ne pas engager une nouvelle collaboration avec [ce dernier] ».

De cet attendu se dégage, tout d'abord, une définition de l'exigence requise, préalablement à la recherche d'un éventuel abus, par l'article L 442-6-I 2 b) et entendue en substance comme l'impossibilité de substituer à son cocontractant un ou plusieurs autres opérateurs lui permettant de faire fonctionner son entreprise dans des conditions techniques et économiques comparables à celle résultant des relations contractuelles nouées. Cette définition fait écho à un précédent arrêt de la Chambre commerciale (Cass. com., 3 mars 2004), qui cependant concernait, non pas la relation de dépendance mais l'état de dépendance économique envisagé au sein des pratiques anticoncurrentielles par l'article L. 420-2 alinéa 2 du Code de commerce. La décision pourrait ainsi sembler prolonger une tendance, déjà relevée dans le précédent rapport, des juridictions du fond à assimiler la relation de dépendance visé dans l'article L. 442-6-I 2 b) à l'état de dépendance économique évoqué quant à lui à l'article L. 420-2 al. 2 du Code de commerce. Toutefois, il convient de relever que la Cour d'appel n'avait pas fait référence, dans cette affaire, à la relation de dépendance, mais à la dépendance économique. Aussi peut-on seulement considérer que la Cour de cassation consacre, dans sa décision du 23 octobre 2007, une conception unitaire de la dépendance économique, sans distinguer aucunement selon que celle-ci invoquée au titre des pratiques anticoncurrentielles ou comme l'une des formes de la relation de dépendance. La cassation ici prononcée ne paraît pas interdire de mettre en évidence d'autres formes de relation de dépendance telle qu'une dépendance d'origine contractuelle ou technique.

Lorsque la relation de dépendance est entendue comme synonyme de dépendance économique, ce qui était le cas en l'espèce, l'attraction des solutions retenues en application de l'article L. 420-2 alinéa 2 du Code de commerce se prolonge, ensuite, au stade de la démonstration. Dans cette hypothèse, en effet, la Chambre commerciale paraît exclure toute possibilité de caractériser la dépendance économique autrement que par les critères cumulatifs habituellement utilisés par le Conseil de la concurrence et consacrés par elle.

III. Rupture brutale des relations commerciales établies (article L 442-6 I 5°)

En 2006 / 07, des contentieux encore plus nombreux que dans un passé récent ont fait l'objet de décision de justice au titre de cette disposition du code de commerce. Dans un nombre relativement important de cas les saisines émanaient d'entreprises en situation de grande difficulté financière, voire en liquidation judiciaire.

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 . Une fois prouvé le caractère « établi » de la relation en cause (a), démonstration doit être faite du caractère brutal de la rupture des relations (b), avant de déterminer la durée raisonnable du préavis qui aurait du être accordé à la victime de la rupture (c) et d'estimer le préjudice subi par celle-ci (d).

a) Selon une jurisprudence constante, l'article L 442-6-I 5° s'applique à toutes les relations d'affaires, qu'elles soient régies par un contrat ou se soient nouées de façon informelle. L'inscription dans la durée constitue le critère essentiel d'une relation établie. Le caractère ponctuel des échanges entre les parties en cause ne fait ainsi pas obstacle à cette qualification dès lors que ces échanges ont été régulièrement renouvelés au cours de plusieurs années. Le fait que les contrats soient à durée déterminée et ne prévoient pas de tacite reconduction ne

permet pas non plus de nier le caractère « établi » d'une relation commerciale entre les parties dès lors que celle-ci s'est inscrite dans la durée.

Une courant d'affaires noué un temps par l'intermédiaire d'une société tierce (par exemple en tant que commissionnaire) ne peut également occulter le caractère durable d'une relation dès lors qu'est constatée l'existence de relations continues mettant les partenaires en présence pour l'organisation des aspects pratiques de certaines prestations.

b) Les dispositions de l'article L 442-6-I 5° ne font certes pas obstacle à la faculté de résiliation immédiate d'une relation en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations. Ainsi, le non paiement de factures (non contestées) venues à échéance un an avant la rupture et toujours pas réglées justifie la cessation des relations sans préavis. Par contre, il n'en va pas de même en cas de contestation de la qualité des prestations fondée sur de simples comptes rendus de visites (non notifiés au partenaire commercial) dans les locaux de celui-ci . L'invocation de retours de marchandises n'est pas non plus suffisante à rapporter la preuve d'un défaut de qualité de celles-ci lorsque les documents comptables attestant de ces retours ne portent aucune mention de leur cause.

Hormis les situations où sont prouvées l'inexécution des obligations ou, le cas échéant, la survenance d'une situation de force majeure, un préavis doit toujours être respecté. Les décisions rendues au cours de l'année passée ont fourni d'utiles précisions quant à l'étendue des situations dans lesquelles une rupture des relations doit obligatoirement être précédée d'une période de préavis.

Ainsi, la notification d'un appel d'offre ne remet nullement en cause le droit pour le précédent titulaire du marché de bénéficier de cette garantie. Par contre, confirmation a été établie par la Cour de cassation de ce que la notification au co-contractant du recours à la procédure d'appel d'offre fait courir le délai du préavis.

Un donneur d'ordre n'est pas non plus dispensé de l'obligation de préavis à l'égard d'un partenaire avec lequel il a noué des relations commerciales établies et auquel il a confié une tâche de sous-traitance dans le cadre d'un contrat qu'il exécute pour le compte d'un tiers. Cette obligation s'impose au donneur d'ordre même si le sous-traitant a été agréé en cette qualité et payé directement par le tiers en question . N'est en effet pas automatiquement applicable à ce sous-traitant l'évolution des termes contractuels entre les deux parties au contrat initial.

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 ou lorsque la durée de celui-ci s'avère particulièrement courte. Relève également de la notion de rupture brutale la réduction très importante d'un courant d'affaires jusqu'ici stable ou en croissance. Il en va de même, par exemple, de l'obligation imposée au co-contractant d'un paiement comptant au lieu de celui à trente jours initialement prévu au contrat. Au total, toute modification unilatérale et importante de l'économie du contrat plaçant le co-contractant devant le fait accompli implique donc, au regard des dispositions de l'article L 442-6-I 5°, qu'un préavis soit respecté.

c) L'estimation de la durée « raisonnable » du préavis, que celui-ci soit jugé insuffisant ou qu'il ait été absent, apparaît encore insuffisamment étayée, dans certaines décisions rendues en 2006 / 07.

Au cours des deux années passées, référence a certes été parfois faite à « *des usages du commerce ou à des accords interprofessionnels* » relatifs à des secteurs tels que ceux de la communication et de la publicité, du transport routier public, de l'imprimerie... Même si elles peuvent constituer des références utiles, les durées auxquelles se réfèrent ces usages ou accords ne sauraient être appliqués de façon uniforme. 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 .

La nécessité de déterminer le plus précisément possible le temps nécessaire qu'il convient d'accorder au partenaire évincé pour reconstruire une relation avec d'autres co-contractants s'impose de façon d'autant plus prégnante que c'est sur la base de cette période que doit s'établir le calcul de l'indemnisation à laquelle sera condamné l'auteur de la rupture brutale. A cet égard, si l'incrimination d'une rupture brutale au sens de l'article L 442-6 5° se distingue de celle relative à l'abus de dépendance prise en compte au 2° 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) 2) du temps nécessaire pour y parvenir (fonction de l'importance du chiffre d'affaires à reconstituer et de la nécessité ou non de procéder à de nouveaux investissements à caractère irrécouvrable) Il serait donc souhaitable qu'une semblable grille d'analyse soit utilisée plus systématiquement et explicitée dans le cadre des décisions de justice .

d) Les bases de calculs des préjudices adoptés dans les décisions de justice relatives à l'application de l'article L 442-6-I 5° soulèvent, par contre, moins d'interrogations (en particulier lorsqu'une expertise a été ordonnée). L'indemnisation doit couvrir le préjudice direct mais également tous les préjudices subséquents dès lors que preuve est faite de leur lien avec la faute initiale, à savoir la rupture brutale des relations contractuelles.

Le plus généralement, sont retenues, au titre du préjudice direct, les pertes de marges (le plus souvent brutes) relatives à la période du préavis qu'il aurait été nécessaire d'accorder au partenaire évincé. Sont également prises en compte, en tant que relevant du préjudice indirect, les valeurs résiduelles des investissements réalisés par la victime de la rupture à la condition toutefois impérative que les investissements en cause aient été spécifiques et dédiés au co-contractant.

Certaines pertes de stocks, certains coûts financiers ainsi que le licenciement du personnel ou d'une partie de celui-ci sont aussi parfois pris en considération pour autant que soit établi le lien de causalité entre les pertes et coûts supportés et le caractère brutal de la rupture. Quant aux demandes d'indemnisation pour « atteinte à l'image », elles sont plus rarement retenues. Quand elles le sont, les sommes accordées ne relèvent pas d'études économiques précises mais, le plus souvent, de l'appréciation souveraine du juge.

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 au cours de la période du 1^{er} juillet 2006 au 31 décembre 2007 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 : 4 décisions
- L. 441-6 C. com. : Communication des conditions de vente : aucune décision
- L. 441-7 C. com. : Coopération commerciale et service distinct : 4 décisions
- L. 442-2 C. com. : Revente à perte : 2 décisions
- L. 442-5 C. com. : Imposition de prix de revente : 2 décisions
- L. 442-6-I, 2^o, a) C. com. : Avantage disproportionné : 1 décision
- L. 442-6-I, 4^o C. com. : Menace de rupture brutale : 1 décision

S'agissant des articles L. 441-3, L. 441-6, L. 441-7 et L. 442-2 C. com., on observera qu'ils font l'objet de peu de décisions lorsque l'application est sollicitée par un acteur économique mais de nombreuses décisions lorsque leur application est sollicitée par le ministre. 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 et par voie de conséquence de la revente à perte. 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, d'un autre côté, ignorés par leurs concurrents.

S'agissant de l'article L. 442-5 C. com., le faible nombre de décisions 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) ou comme abus de domination (C. com., art. L. 420-2).

S'agissant de l'article L. 442-6-I, 4^o C. com., on observera qu'il fait l'objet d'une seule décision, ce qui s'explique autant par la difficulté d'établir la réalité de la menace de rupture que par le risque de rupture consécutive à une telle action.

+ 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 l'objet d'aucune application au vu des décisions connues comme cela ressort de leur inventaire.

Une considération optimiste conduirait à en déduire la parfaite efficacité du dispositif qui aurait conduit à éliminer les pratiques visées.

Une considération pessimiste conduirait au contraire à en déduire la totale inefficacité du dispositif qui ne permettrait pas de sanctionner les pratiques condamnables ; ce qui 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 les comportements fautifs 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), violation d'une exclusivité en connaissance de cause, L. 442-6-I, 6° (tierce complicité relevant de la responsabilité civile délictuelle).

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).