

**Commentaire de la jurisprudence (rapport annuel 2008/2009)**  
**Commission d'examen des pratiques commerciales**

Cette étude est consacrée au bilan établi par la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF), et, à celui réalisé par 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.

Pour la période considérée (2007 pour le pénal et 2008 pour le civil, étude DGCCRF et 2008 pour le civil et le pénal, étude de la Faculté de Droit de Montpellier), ce dossier aborde les différents aspects du livre IV du titre IV du code de commerce.

Tout d'abord, Maître Francis DELBARRE, avocat honoraire, membre de la Commission et rapporteur pour celle-ci aborde les thèmes de la facturation et de la coopération commerciale. M. le professeur Georges DECOCQ examine les pratiques discriminatoires et Mme le professeur Muriel CHAGNY présente l'abus de la relation de dépendance ou de la puissance d'achat ou de la puissance de vente, de même que l'obtention d'avantages sans contrepartie ou manifestement disproportionnés au regard de la valeur du service rendu. Tous deux sont rapporteurs pour la Commission. M. le professeur Michel GLAIS, professeur d'économie, membre de la Commission et rapporteur pour celle-ci étudie les 60 décisions rendues au titre de la rupture brutale des relations commerciales. Enfin, M. le professeur Didier FERRIER, également rapporteur pour la Commission, évoque les dispositions sans application jurisprudentielle significative, mais influençant les pratiques commerciales.

**La facturation et la coopération commerciale**

**Maître Francis DELBARRE.**

**La facturation**

Comme en 2006, le contrôle des règles de facturation a été au centre des préoccupations de l'administration puisqu'il a donné lieu à plus de 70% de ses interventions et à plus de 50% des dossiers contentieux.

Comme en 2006 également, la quasi-totalité des affaires examinées portaient sur la facturation de prestations de services par des distributeurs à leurs fournisseurs. Pour l'essentiel, il s'agit de dénominations imprécises de ces services. Malgré quelques appréciations divergentes, les juridictions sollicitées suivent la Cour de cassation et estiment que la dénomination utilisée sur la facture doit se suffire à elle-même pour caractériser le service, sans qu'il soit besoin de se référer au contrat pour cela.

Les règles de facturation -texte plus spécifique que le faux en écriture privée peu utilisé pour nourrir les poursuites- et les sanctions pénales qui leur sont attachées ont ainsi, comme

l'année précédente, constitué une arme pour l'administration dans sa lutte contre la fausse coopération commerciale au même titre que les dispositions spécifiques visant l'obtention d'avantages sans contrepartie ou manifestement disproportionnés au regard de la valeur du service rendu.

Elément de stabilité dans une réglementation mouvante, les règles de facturation ont atteint une certaine maturité, mais elles donneront sans doute lieu à des difficultés d'interprétation quand elles seront confrontées à l'application de la LME qui prévoit que certains services *concourent à la détermination du prix convenu* pour les marchandises, alors qu'ils doivent toujours être facturés par le prestataire-distributeur.

## **La coopération commerciale**

L'exigence de transparence précontractuelle se traduit par l'obligation d'établir un contrat écrit dont presque toutes les juridictions estiment qu'il doit l'être avant que la prestation ne soit rendue, ce qui est évident pour le contrat, mais n'est pas précisé par la loi pour son caractère écrit, comme l'a relevé un tribunal. Qu'il s'agisse du défaut de contrat ou de son imprécision, les infractions sont peu nombreuses.

C'est surtout, comme en 2006, au regard de l'article L 442-6 I 2° a) que le juge a appréhendé la coopération commerciale. Ce texte, qui n'a pas été modifié par la LME, érige en faute le fait *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.*

Si le contrat de coopération commerciale n'entraîne pas une obligation de résultat, encore faut-il que les services qu'il met à la charge du distributeur soient effectivement rendus. Tel n'est pas le cas, selon la Cour de cassation, si les mises en avant rémunérées par le fournisseur portent sur des produits à la marque du distributeur qui, de surcroît, ne sont pas fabriqués exclusivement par ce fournisseur. Il en est de même si les prestations prises en charge par le fournisseur relèvent de l'exercice normal de la fonction du distributeur (inventaire des magasins, réception des camions, stockage de la marchandise vendue ...) ou si ces prestations ne présentent aucun intérêt pour le fabricant. Par ailleurs, le service existe d'autant moins que c'est le fournisseur qui réalise lui-même la prestation matérielle alors que celle-ci lui est facturée par le distributeur qui a la charge de la preuve, depuis l'entrée en vigueur de la loi PME du 2 août 2005.

Si le service existe, encore faut-il qu'il ne soit pas surévalué. L'appréciation du caractère *manifestement disproportionné* de l'avantage consenti par le fournisseur par rapport à la valeur du service rendu s'avère alors délicate, la loi ne donnant aucun critère d'appréciation de cette valeur. On notera que n'est pas retenue une appréciation libérale totale du texte selon laquelle la valeur est le prix que le fabricant accepte de payer dans un marché concurrentiel. Le juge adopte différents critères selon les cas qui lui sont soumis :

- 1) base de calcul surévaluée ;
- 2) coût de la prestation par rapport à son prix ;
- 3) évolution du prix de la prestation par rapport à celui pratiqué dans une période antérieure ;
- 4) écart entre le prix stipulé au contrat et celui effectivement payé.

Le texte n'ayant pas été modifié par la LME, d'autres critères seront sans doute retenus à l'avenir, à moins que l'intérêt de recourir à la coopération commerciale ne s'estompe et, partant, ses excès.

## LES PRATIQUES DISCRIMINATOIRES

Georges DECOCQ

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 la notion de discrimination (**I**), la justification de cette discrimination par une contrepartie réelle (**II**) et les règles de preuve (**III**).

**Par ailleurs, la loi du 4 août 2008 a abrogé la prohibition des pratiques discriminatoires (art. 93 I, 1° LME).**

### **I. 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 laboratoire pharmaceutique ne commet pas de pratique discriminatoire en cessant de livrer un grossiste exportateur, alors qu'il continue à fournir un grossiste-répartiteur, leur statut étant radicalement différent. Ce dernier est soumis à des nombreuses obligations (art. R 5115-13 C. sant. Pub.) qui ne pèsent pas sur le grossiste-exportateur et n'exerce une activité d'exportation qu'accessoirement, alors que le grossiste-exportateur ne peut, par son statut, vendre des médicaments sur le territoire national où il est établi (CA Paris, 19 mars 2008, SA Pharma-Lab).

De même une entreprise réalisant des études de mesures d'audience ne commet pas de pratique discriminatoire en refusant d'accorder, à une entreprise de conception et de diffusion d'émissions de télévision, une différenciation tarifaire tenant compte de sa prétendue spécificité : elle a un usage plus limité que les autres entreprises de sa catégorie du service fourni.

La discrimination peut également consister à mettre en œuvre de façon différenciée des critères non-discriminatoires en eux-mêmes. 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 consistant à limiter le nombre de distributeurs agréés sur un territoire défini (T. Com. Paris, 15 septembre 2006, SA Au Forum du Bâtiment/SA. Vachette ; CA Paris, 3 juillet 2008, SA Au Forum du Bâtiment/SA. Vachette).

## **II. 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).

La Cour de cassation impose au juge du fond de caractériser l'existence d'une contrepartie réelle (ex : un service de coopération commerciale), lorsqu'il déboute un fournisseur se prétendant victime d'une discrimination à l'achat consistant à lui imposer une remise et des ristournes de fin d'année (Cass. com., 16 décembre 2008, n° 06-21118).

## **III Preuve.**

La preuve de l'existence de pratiques discriminatoires incombe à celui qui s'en prétend victime (CA Paris, 3 juillet 2008, SA Au Forum du Bâtiment/SA. Vachette ).

|  |
|--|
| <b>Article L. 442-6-I-2° b) C. com. Abus de la relation de dépendance ou de la puissance d'achat ou de la puissance de vente</b> |
|--|

**Muriel CHAGNY**

Dans « *un souci de simplification et d'effectivité* », selon son exposé des motifs, la loi LME du 4 août 2008 a substitué à l'interdiction des abus de la relation de dépendance ou de la puissance d'achat ou de vente (ancien art. L. 442-6-I-2° b C. com.) une nouvelle disposition appréhendant le fait « *de soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties* » (art. L. 442-6-I- 2° C. com.).

Il est vrai que les bilans effectués, au titre de l'année 2008, par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et par la Faculté de droit de Montpellier, continuent de mettre en évidence la rareté des cas d'application de l'ancien article L. 442-6-I-2° b) du Code de commerce : celui-ci a été invoqué à quelques reprises seulement par les entreprises et a donné lieu, sous l'impulsion du ministre de l'Economie, à

une unique décision. Par ailleurs, aucune des décisions citées ne sanctionne d'abus sur le fondement de ce texte.

Comme cela a déjà été indiqué (v. CEPC, Rapport 2007-2008), l'exigence de la démonstration préalable d'une relation de dépendance ou d'une puissance d'achat ou de vente constitue un obstacle d'autant plus sérieux que l'une d'elles – la relation de dépendance – paraît avoir été assimilée en tous points à l'état de dépendance économique visé à l'article L. 420-2 al. 2 C. com., une définition et des critères d'identification identiques étant retenus. Ainsi, la situation de dépendance d'un client a-t-elle été reconnue dans une décision, en 2008, après avoir souligné l'absence de toute solution équivalente en présence d'un fournisseur titulaire d'un monopole de fait (Paris 5<sup>e</sup> ch. B, 15 mai 2008, 05/23026). Par ailleurs, sans exclure définitivement la possibilité de retenir une situation de dépendance collective, la Cour de cassation a, dans deux arrêts du même jour, assujéti une telle possibilité à la démonstration, soit de l'absence d'autonomie dans les relations commerciales avec le partenaire commercial invoquant le bénéfice du texte, soit d'agissements de concert (Com. 2 décembre 2008, n° 08-10731 et 08-10732). Les enseignements relatifs à la puissance d'achat sont quant à eux assez réduits, en l'état d'une unique décision l'admettant dans le cas d'une centrale régionale faisant partie d'un groupe national en position de leader (T. com. Draguignan, 10 juin 2008). Ces difficultés devraient être surmontées à l'avenir, dans la mesure où la nouvelle règle issue de la loi du 4 août 2008 a été expurgée de toute référence à une condition préalable constituée par une inégalité des parties.

Seules deux décisions ont été appelées à vérifier l'existence d'un abus et l'ont exclu dans un cas comme dans l'autre. Il a en effet été jugé que le prestataire qui refuse de fixer le prix du service en fonction du seul usage ou du seul intérêt qu'un client peut avoir à son égard ne soumet pas ce dernier à des conditions commerciales injustifiées (Paris 5<sup>e</sup> ch. B, 15 mai 2008, 05/23026). Dans l'autre affaire (T. Com. Draguignan, 10 juin 2008), c'est le caractère non-excessif – le montant des frais appliqués en cas de retard de paiement représentant un faible pourcentage du chiffre d'affaires – , et l'existence d'une justification – la sanction d'une faute des débiteurs – qui semblent avoir conduit les juges à écarter l'existence d'un abus (rapp. CEPC , Rapport 2006-2007, p. 154-155).

|   |
|---|
| <b>Article L. 442-6-I-2° a) C. com. Obtention d'avantages sans contrepartie ou manifestement disproportionnés au regard de la valeur du service rendu</b> |
|---|

L'article L. 442-6-I-2° a C. com., devenu depuis la loi LME l'article L. 442-6-I-1° mais dont la lettre est demeurée inchangée, vise le fait « *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* ».

Si sa mise en œuvre par les entreprises est demeurée marginale au cours de l'année 2008, une quinzaine de décisions ont, en revanche, été rendues à la suite d'une action intentée par le ministre de l'Economie.

La définition de la pratique prohibée, qui n'est assujéti à aucune démonstration préalable d'une disparité de forces des contractants et vise la tentative comme l'obtention, permet d'appréhender une variété étendue d'abus à partir du moment où ils ont se rapportent à des services.

L' « *avantage quelconque* » visé par le texte ne s'identifie pas, même s'il s'agit sans doute de l'hypothèse la plus fréquente, au versement d'une somme d'argent ; il peut être constitué, par exemple, comme l'admet l'une des décisions rendues en 2008, par la prise en charge des inventaires du magasin par le fournisseur (T. Com. Lille, 19 juin 2008).

Par ailleurs, et comme le mettent en évidence les affaires dans lesquelles le texte a été appliqué, celui-ci autorise la sanction de pratiques bien au-delà de l'exigence civiliste d'une contrepartie non dérisoire actuellement fondée sur la cause (art. 1131 du Code civil). La règle vise en effet, non seulement l'absence totale de contrepartie lors de la conclusion du contrat - par exemple, en présence de prestations relevant des fonctions même de l'acheteur-distributeur et considérées en conséquence comme inexistantes dès l'origine (Colmar, 12 juin 2008 ; T. com. Dreux, 9 octobre 2008) -, mais aussi le défaut de contrepartie au stade de l'exécution du contrat - lorsque le service convenu n'a en définitive pas été effectivement rendu (par ex. Versailles, 21 février 2008, T. com. Toulon, 10 juillet 2008 T. com. Dreux, 9 octobre 2008) -, mais encore la disproportion manifeste entre l'avantage et la valeur du service rendu.

Plus rares, les décisions qui se prononcent dans cette dernière hypothèse, assurément plus délicate dans la mise en œuvre que celles correspondant à l'absence de service effectivement rendu, fournissent des indications sur les critères à partir desquels apprécier l'existence d'une disproportion manifeste entre l'avantage et la valeur du service rendu. Il apparaît à leur lecture que c'est la méthode de la comparaison qui a, pour l'essentiel, les faveurs des juridictions. Les décisions ont ainsi mis en perspective : la rémunération du service et le chiffre d'affaires réalisé pendant la période concernée avec les produits concernés par la prestation (Nîmes, 8 mars 2008 ; Angers, 6 juin 2008) ; la rémunération et le prix acquitté peu de temps auparavant pour une prestation du même type mais de plus grande ampleur (Nîmes, 8 mars 2008) ; de façon peut-être plus surprenante, la rémunération et le coût de revient du service (Nîmes, 8 mars 2008).

## **RUPTURE BRUTALE DES RELATIONS COMMERCIALES ETABLIES**

**Michel GLAIS**

*Au cours de l'année 2008, pas moins de 60 décisions ont été rendues au titre de cette disposition du code de commerce.*

Dans plusieurs des affaires en cause, a été réaffirmé que le champ d'application de cet article n'était pas restreint aux seules opérations d'achats et reventes de marchandises. Ont été ainsi censurés, par la Cour de Cassation et certaines cours d'appel, des jugements ayant refusé de se prononcer sur la rupture de relations relatives à des prestations de service (production audiovisuelle, travaux réalisés par un architecte ...). L'article L 442-6-I 5° s'applique, en effet, à toute relation dès lors qu'elle revêt un caractère indiscutablement commercial. Tel n'a toutefois pas été le cas dans un contentieux opposant une banque à une société de recouvrement agissant en qualité de mandataire de celle-ci. Reproche a ainsi été fait à cette dernière de n'avoir pas démontré que la prestation effectuée relevait bien d'une activité commerciale.

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 dû être accordé à la victime de la rupture **(c)** et d'estimer le préjudice subi par celle-ci **(d)**. Certaines décisions ont également été assorties d'une condamnation de l'auteur de la rupture brutale au paiement d'une amende civile **(e)**.

### **a) Le caractère établi de la relation.**

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.

Un courant d'affaires conclu un temps par l'intermédiaire d'une société tierce (par exemple en tant que commissionnaire) ne peut, non plus, 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.

Lorsqu'il s'agit de déterminer la durée du préavis devant être respecté en cas de rupture des relations, peut se poser la question de la détermination de l'étendue de la période à prendre en compte lorsque les relations ont été suspendues puis reprises quelques années plus tard. Ainsi, une reprise de relations (interrompues pendant plusieurs années) par une société autre que celle concernée initialement n'implique pas forcément que le caractère « établi » concerne la totalité de la période concernée. Encore faut-il rechercher si cette reprise de relations constitue ou non la poursuite de celles nouées précédemment. Ne suffit pas non plus à démontrer la poursuite des relations commerciales établies précédemment entre un distributeur et son fournisseur la reprise, par un tiers, de certains actifs de ce dernier, dans le cadre d'un redressement judiciaire.

Le qualificatif « établi » n'a pas, non plus, été retenu lorsque la relation, apparemment durable, n'était que le résultat de plusieurs appels d'offre successifs.

### **b) La démonstration du caractère brutal de la rupture.**

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. Plusieurs décisions l'ont réaffirmé au cours de l'année 2008.

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. De manière générale, des manquements contractuels, non portés à la connaissance de la victime, ne peuvent être invoqués contre elle pour justifier une rupture brutale.

Hormis donc les situations où sont prouvées l'inexécution des obligations ou, le cas échéant, la survenance d'une situation de force majeure (caractérisée par l'imprévisibilité et l'irrésistibilité du phénomène conduisant à la rupture), un préavis doit donc toujours être respecté.

Les décisions rendues au cours des deux années passées 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 peut, en elle-même constituer la manifestation d'une volonté de ne pas poursuivre une relation contractuelle selon les conditions antérieures. Mais,

elle ne remet nullement en cause le droit pour le précédent titulaire du marché de bénéficier d'un préavis. A condition qu'elle soit écrite et suffisamment explicite, la notification au co-contractant du recours à la procédure d'appel d'offre fait alors 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.

Parfois totale, la rupture n'est souvent que partielle. L'augmentation des tarifs du fournisseur, la diminution du taux sur lequel est calculé la rémunération du distributeur, la réduction substantielle du courant d'affaires entre les partenaires au contrat constituent autant d'éléments de preuve du caractère partiel de la rupture et de sa nature brutale, en particulier lorsqu'elles n'ont fait l'objet d'aucun préavis.

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 qui aurait dû être accordé.**

Que les préavis aient été jugés insuffisants ou absents, les durées retenues dans certaines décisions rendues en 2008, apparaissent encore insuffisamment étayées, sur le plan économique.

Au cours des trois 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 appliquées 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.

En 2008, deux arrêts de la Cour de Cassation ont réaffirmé la liberté dont dispose le juge pour s'éloigner des normes définies par des accords interprofessionnels. La prise en compte de circonstances particulières peut, en effet, justifier du choix d'une durée différente de celle prévue par l'accord considéré.

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.

La durée des relations ayant existé entre les parties en cause constitue un élément qu'il convient, certes, de ne pas négliger. Plus important s'avère toutefois la prise en compte de la situation immédiate à laquelle doit faire face le partenaire brutalement évincé.



A cet égard, la méthodologie et les critères retenus lorsqu'il s'agit de démontrer l'existence d'une situation de dépendance économique (au sens des dispositions de l'article L 420-2 du code de commerce) peuvent utilement être sollicités lorsqu'il s'agit d'estimer la durée du préavis dont aurait dû bénéficier la victime de la rupture des relations. Dans les deux cas, il s'agit, en effet, de s'interroger sur l'importance du temps nécessaire pour que le partenaire évincé soit en mesure de retrouver une solution équivalente ou proche sur le marché en cause. Cette durée doit dépendre : **1) de l'existence (ou non) pour le partenaire délaissé de la possibilité de réorienter son activité vers d'autres clients, 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)** [M.Glais : « La sanction des abus de dépendance économique » Revue : Contrat-Concurrence, Consommation n° 12 ; Déc. 2006]. Il serait donc souhaitable qu'une semblable grille d'analyse soit utilisée plus systématiquement et explicitée dans le cadre des décisions de justice.

#### **d) Le calcul du préjudice**

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.

Comme cela a été le cas au cours des deux années passées, ont été retenues en 2008, 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 retenus 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.

#### **e) Le prononcé d'une amende civile.**

L'article L 442-6 III, permet au ministre chargé de l'économie d'introduire, devant la juridiction civile ou commerciale, une action contre l'auteur de la rupture brutale des relations et de solliciter le prononcé d'une amende civile lorsqu'il intervient sur le fondement de l'article L 470-5 du code civil. Comme le souligne le rapport établi par les services de la DGCCRF, l'amende vient sanctionner le trouble causé à l'ordre public économique par la pratique illicite. Selon ce même rapport, cinq décisions ont été assorties, en 2008, d'une telle amende.

## Des dispositions sans application jurisprudentielle significative, mais influençant les pratiques commerciales

**Didier FERRIER**

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<sup>er</sup> janvier 2008 au 31 décembre 2008 fait apparaître une faible application voire une absence d'application de certaines dispositions.

+ 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 : 5 décisions
- L. 441-6 C. com. : Communication des conditions de vente : 1 décision
- L. 442-2 C. com. : Revente à perte : 1 décision
- L. 442-6-I, 4<sup>o</sup> C. com. : Menace de rupture brutale : 2 décisions
- L. 442-6-I, 6<sup>o</sup> C. com. : Violation d'exclusivité : 1 décision

S'agissant des articles L. 441-3 et L. 441-6, C. com., on observera qu'ils font l'objet de peu de décisions à l'initiative d'un acteur économique (le nombre de décisions s'accroît, parfois considérablement, lorsque leur application est sollicitée par le ministre ; cette différence montre l'intensité du contrôle exercé par l'Administration sur la formalisation des relations commerciales au stade de l'offre comme de la facturation). Le faible nombre d'actions s'explique par le fait que les comportements en cause sont, d'un côté, voulus par les deux opérateurs concernés (même s'ils sont souvent subis par l'un d'eux), d'un autre côté, ignorés par leurs concurrents.

S'agissant de l'article L. 442-2 C. com., l'abaissement significatif du seuil de revente à perte (qui permet de revendre à un prix très inférieur au prix d'achat) d'un côté et l'élargissement des justifications de la revente à perte (qui permettent de revendre à perte dans de très nombreuses hypothèses) d'un autre côté expliquent qu'un tel comportement soit désormais rarement stigmatisé.

S'agissant de l'article L. 442-6-I, 4<sup>o</sup> C. com., on observera qu'il fait l'objet de deux décisions seulement, ce qui s'explique autant par la difficulté pour la victime d'établir la réalité de la menace de rupture que par le risque qu'elle court d'une rupture consécutive à une telle action.

S'agissant de l'article L. 442-6-I, 6<sup>o</sup> C. com., une seule décision a été relevée. Cette singularité peut surprendre en regard des nombreux litiges entre promoteur de réseau, particulièrement réseau de distribution sélective, et revendeurs hors réseau, elle s'explique moins par la difficulté de rapporter la preuve d'un approvisionnement en violation de l'engagement de non rétrocession souscrit par le vendeur que par la possibilité de poursuivre ce comportement au titre de la responsabilité civile délictuelle (théorie de la tierce complicité) sur le terrain du droit commun : article 1382 du Code civil.

+ D'autres dispositions du Titre IV du Livre IV du Code de commerce ne font l'objet d'aucune application au vu des décisions connues, comme cela ressort de leur inventaire.

S'agissant de l'article L. 441-7 C. com. (et de l'ancien article L. 441-6) sur la coopération commerciale et les services distincts, l'absence de décision peut s'expliquer du côté de la victime autant par la difficulté de maîtriser l'économie de ces textes que les dernières réformes n'ont guère clarifiée (quid du contenu exact des « conditions de vente » ou des « services distincts », ou encore des « autres obligations favorisant la relation commerciale » ?) que par le souci pour la partie plaignante de ne pas se trouver en vulnérabilité en raison d'une mauvaise formalisation qui pourrait être reprochée au deux parties.

S'agissant de l'article L. 442-5 C. com., l'absence de décision peut s'expliquer 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.) soit comme entente entre le fournisseur et les distributeurs 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 de la part du fournisseur (C. com., art. L. 420-2).

+ La faible application de ces diverses dispositions peut inspirer deux conclusions.

Une conclusion optimiste sur la parfaite efficacité du dispositif qui aurait conduit à éliminer les pratiques visées.

Une conclusion pessimiste sur l'inefficacité du dispositif qui ne permettrait pas de sanctionner les pratiques condamnables ; particulièrement en raison de la difficulté technique (compréhension du dispositif, discrétion de la pratique) ou commerciale (risque de voir la relation rompue) d'en rapporter la preuve.

Cependant, deux explications de cette faible 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 dans un domaine voisin 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 de nombreuses dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce (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 est susceptible d'affecter la concurrence sur le marché (imposition de prix de revente par exemple).