

Commentaire de la jurisprudence (rapport annuel 2009/2010)
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 (2005 à 2009 pour le pénal et 2009 pour le civil, étude DGCCRF et 2009 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 étudie l'obligation de rédiger une convention annuelle 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. Elle évoque, en outre, l'article L 442-6-I-2° C. com relatif à la soumission à des obligations créant un déséquilibre significatif. 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 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 susceptibles d'influencer les pratiques commerciales.

La facturation et la coopération commerciale

Maître Francis DELBARRE.

La facturation

En 2009, les décisions judiciaires en matière de facturation ont été moins abondantes, bien que la source principale des infractions ne soit pas tarie tant que perdure la coopération commerciale.

Instrument de preuve et de contrôle, la facture doit contribuer à rendre transparente la transaction. Sans doute la transparence de la facture a-t-elle plus d'importance pour les agents de l'administration que pour le client, informé de ce qu'il achète par la transparence précontractuelle (communication des conditions de vente, établissement d'une convention écrite annuelle). La Cour d'appel de Montpellier n'en a pas moins estimé que la facture globale d'un matériel informatique et de logiciels qui peuvent être acquis séparément *interdit à l'entreprise de savoir ce que coûte l'ordinateur sans ces logiciels* (CA Montpellier, 7 mai 2009).

On relève les manquements habituels à l'obligation de précision : dénomination approximative des services ou des réductions acquises. Est aussi sanctionnée l'absence de cohérence entre les prix résultant des contrats d'application et ceux du contrat-cadre. Sont également condamnées des factures d'acomptes imprécises alors qu'elles portent sur des prestations de services et que la délivrance de la facture n'est obligatoire que *dès la prestation du service*.

Alors que certains tribunaux admettaient que l'on pût renvoyer aux accords conclus pour la dénomination du service, sans l'indiquer expressément sur la facture, la Cour d'appel de Paris confirme l'insuffisance de pareil procédé.

Enfin la facture est invoquée comme preuve dans des litiges entre commerçants : incomplète, elle est rejetée ; correctement établie, elle constitue, avec d'autres éléments, la preuve de l'existence d'une créance.

La coopération commerciale

La loi de modernisation de l'économie a maintenu un certain formalisme auquel doivent satisfaire les contrats de coopération commerciale. Bien que la signature des parties ne figure pas parmi les obligations de l'article L 441-7 du code de commerce sur la convention unique, le juge relève que l'absence de signature établit le défaut d'accord (TGI Toulon, 13 oct. 2009).

Comme pour les factures, les contrats doivent comporter des engagements précis. La convention unique ne peut donc renvoyer à des contrats d'application ultérieurs pour définir les produits concernés, la date et la durée des opérations (CA Paris, 28 janvier 2009).

Venant après une controverse qui s'était élevée, les années précédentes, sur les engagements du distributeur de maintenir ou de détenir une gamme des produits du fournisseur, deux décisions concluent que l'obligation de « détention de gamme » ou de « suivi de gamme » ne relève pas de la coopération commerciale facturée par le distributeur, mais appelle une réduction de prix de la part du fournisseur (CA PARIS, 30 nov. 2009 ; TGI Toulon, 13 oct. 2009).

Faute d'avoir été saisis, les tribunaux n'ont pas encore eu à se prononcer sur des opérations qui s'insèrent dans les « nouveaux instruments promotionnels » (NIP), alors que ce mode de promotion semble se développer et préoccupe les professionnels.

L'obligation de rédiger une convention annuelle

Georges DECOCQ

L'article L 441-7 du code de commerce dispose :

« I.-Une convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale. Etablie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application, elle fixe :

1° Les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services telles qu'elles résultent de la négociation commerciale dans le respect de l'article L. 441-6 ;

2° Les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services s'oblige à rendre au fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs ou en vue de leur revente aux professionnels, tout service propre à favoriser leur commercialisation ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, en précisant l'objet, la date prévue, les modalités d'exécution, la rémunération des obligations ainsi que les produits ou services auxquels elles se rapportent ;

3° Les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services, en précisant pour chacune l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution.

Les obligations relevant des 1° et 3° concourent à la détermination du prix convenu.

La convention unique ou le contrat-cadre annuel est conclu avant le 1er mars ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation des produits ou des services soumis à un cycle de commercialisation particulier.

Le présent I n'est pas applicable aux produits mentionnés au premier alinéa de l'article L. 441-2-1.

II.-Est puni d'une amende de 75 000 euros le fait de ne pas pouvoir justifier avoir conclu dans les délais prévus une convention satisfaisant aux exigences du I. »

Nul n'ignore que le texte de l'article L 441-7 C. com. a été modifié à plusieurs reprises depuis l'introduction dans le droit de la transparence tarifaire d'une disposition imposant l'obligation de rédiger une convention annuelle entre les fournisseurs et les distributeurs (ou le prestataire de services). Le texte en vigueur actuellement, entré en vigueur le 6 août 2008, n'a pas été appliqué par la jurisprudence en 2009.

Il convient, cependant, d'indiquer les solutions d'un arrêt de la cour d'appel de Paris du 28 janvier 2009 (13ème chambre, section A, aff. Carrefour hypermarchés France et Interdis) faisant application d'une version antérieure du texte en apportant toutefois des précisions transposables à la disposition actuellement en vigueur.

En l'espèce, le TGI d'EVRY a (le 26 juin 2007) condamné deux centrales de référencement (à 150 000 € d'amende chacune) pour avoir conclu avec un ensemble de 28 fournisseurs, entre le 1^{er} décembre 2005 et le 21 mars 2006 :

- Des contrats de services de coopération commerciale omettant de préciser le contenu des services rendus, la date et la durée des prestations correspondantes ;
- Des contrats de services distincts omettant de préciser la nature des prestations rendues.

La cour d'appel confirme ce jugement et apporte des enseignements sur trois questions : la nature du rapport qu'entretiennent les normes successives (I), l'élément matériel (II) et moral (III) du délit.

I Permanence du droit ancien dans le droit nouveau

Rappelons que les faits reprochés s'étaient déroulés entre le 1^{er} décembre 2005 et le 21 mars 2006. L'article L 441-7 dans sa rédaction applicable à l'époque des faits (entre le 3 août 2005 et le 5 janvier 2008) prévoyait :

« I - Le contrat de coopération commerciale est une convention par laquelle un distributeur ou un prestataire de services s'oblige envers un fournisseur à lui rendre, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs, des services propres à favoriser leur commercialisation qui ne relèvent pas des obligations d'achat et de vente.

Le contrat de coopération commerciale indiquant le contenu des services et les modalités de leur rémunération est établi, avant leur fourniture, soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat cadre annuel et des contrats d'application.

(...)

Le contrat unique ou les contrats d'application précisent la date à laquelle les services sont rendus, leur durée, leur rémunération et les produits auxquels ils se rapportent. »

Les deux centrales de référencement s'appuyant sur les modifications rédactionnelles du texte de l'article L. 441-7 C. com., et notamment la simplification des conditions de forme relatives à la description des services de coopération commerciale et des services distincts, invoquaient devant la cour d'appel le « principe de la rétroactivité des lois pénales plus douces. »

La cour d'appel de Paris rejette l'argument et considère que l'exigence légale antérieure de précision des conventions écrites est toujours de droit positif dans les termes suivants :

« il est jugé par la Cour que les lois du 3 janvier et 4 août 2008 ne comprenant pas de dispositions nouvelles plus douces concernant la détermination du contenu de la convention n'ont pas modifié la définition des éléments constitutifs du délit et qu'est maintenue, notamment par l'emploi de la formule « une convention écrite » qui « fixe », l'exigence de précision de son contenu et non la validation légale dans la convention de considérations imprécises dans le temps ou génériques dans leur contenu ».

Ainsi, non seulement le droit nouveau n'est pas plus doux que le précédent et continue à régir les situations passées (pour une solution identique après l'abrogation de l'article L 441-6 par la loi du 2 août 2005 et la reprise de l'ancien délit à l'article L. 441-7, voir CA Amiens, 2 mai 2007), mais encore les solutions jurisprudentielles antérieures à la loi LME « relatives à la détermination du contenu de la convention » restent applicables à l'avenir. Il en va donc notamment ainsi des solutions de cet arrêt quant à l'élément matériel et moral de l'infraction.

II SUR L'ELEMENT MATERIEL

Il ressort de l'arrêt de la cour d'appel de Paris que les distributeurs doivent être sanctionnés pour avoir conclu des accords ne comportant aucune indication relative à la date et à la durée des opérations. Il s'agit là de manquements flagrants au texte de loi. L'arrêt condamne aussi

l'absence d'indication portant sur la manière dont le fournisseur sera informé par le distributeur lorsqu'il aura rendu les services auxquels il s'est engagé.

Plus généralement, la cour d'appel sanctionne les accords par lesquels le fournisseur s'engage irrévocablement au paiement de prestations devant s'accomplir selon le bon vouloir du distributeur, et selon des modalités imprécises, inconnues au moment de la formation du contrat. A ce titre, la cour d'appel stigmatise le fait pour le distributeur d'avoir fait signer au fournisseur un contrat type général auquel est annexée une liste de services, mais dont la détermination précise (produits concernés, nature date et durée de l'opération) est laissée à la discrétion du distributeur. De la même façon sont réprimés les accords rédigés en termes génériques et généraux dépourvus de précisions sur la nature des services distincts devant être accomplis et impropres à renseigner le fournisseur sur les engagements souscrits par le distributeur.

III SUR L'ELEMENT MORAL

En l'espèce, la cour d'appel caractérise chez les distributeurs « *une intention (...) de continuer à imposer à leurs fournisseurs la pratique des marges arrière dont l'illicéité est de droit positif* » à partir :

- du caractère systématique de la pratique mise en œuvre ;
- de l'ancienneté de leurs pratiques professionnelles dans le secteur de la grande distribution ;
- de leur « *parfaite connaissance de la loi* » ;
- des recommandations formulées par la DGCCRF ainsi que des discussions qu'ils eurent avec cette autorité publique sur l'interprétation à donner à une circulaire et sur la nécessité de modifier leurs contrats.

Ancien 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

Muriel CHAGNY

De même que les années précédente, les bilans dressés, au titre de l'année 2009, par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et par la Faculté de droit de Montpellier, font apparaître que l'ancien article L. 442-6-I-2° b) du Code de commerce interdisant les abus de la relation de dépendance ou de la puissance d'achat ou de vente – dorénavant remplacé par l'article L. 442-6-I-2° sanctionnant la soumission à des obligations créant un déséquilibre significatif – est très peu invoqué, par les entreprises comme par le ministre de l'Economie.

En dépit de leur nombre restreint, ces décisions font apparaître, pour certaines d'entre elles, une légère inflexion quant à la condition préalable requise sous la forme, soit d'une relation de dépendance, soit d'une puissance d'achat ou d'une puissance de vente.

A rebours de la tendance - précédemment signalée (v. not. CEPC, Rapport 2008-2009) - à assimiler la relation de dépendance à l'état de dépendance économique visé à l'article L. 420-2 al. 2 C. com., la dépendance d'une entreprise de transport à l'égard de son client a été

reconnue à partir d'un ensemble de circonstances, sans que soit exigée la réunion des quatre critères cumulatifs habituellement requis pour caractériser l'état de dépendance économique. En effet, il est relevé que le transporteur réalisait son chiffre d'affaires quasi-exclusivement avec un seul client et qu'il n'a pas été en mesure de trouver des clients alternatifs, mais il n'est pas fait référence aux deux autres critères habituellement examinés pour établir la dépendance économique d'un fournisseur vis-à-vis de son client. En revanche, est retenue la part prise par le client dans la mise en place et le fonctionnement de la société prestataire (T. com. Paris, 24 juin 2009). Dans une autre affaire, la relation de dépendance d'un sous-traitant à l'égard d'un industriel s'est trouvée exclue, mais sans faire référence là encore aux quatre critères cumulatifs nécessaires à l'établissement de l'état de dépendance économique. Il est observé que l'interdiction de fabrication des produits pour les tiers ne concernait que les locaux mis à disposition gratuitement par l'industriel et que le sous-traitant pouvait réaliser des fabrications dans d'autres locaux (CA Lyon 30 avril 2009).

Les enseignements relatifs à la puissance d'achat demeurent quant à eux réduits dans la mesure où la seule décision l'admettant, dans le cas d'une centrale d'achat spécialisée dans les fruits et légumes, retient le chiffre d'affaires réalisé par celle-ci, sa position de deuxième opérateur du secteur ainsi que « *sa puissance incontestable face à une profession de producteurs de fruits et de légumes très dispersée* » (T.com. Roubaix-Tourcoing, 15 janvier 2009).

En principe, la recherche d'un éventuel abus n'a lieu d'être que dans l'hypothèse où a été caractérisée une relation de dépendance ou une puissance d'achat ou de vente.

Toutefois, certaines décisions se sont prononcées sur l'abus, après avoir refusé d'admettre une relation de dépendance (CA Lyon 30 avril 2009) ou sans avoir vérifié la satisfaction de la condition préalable (Paris 6 mai 2009). Elles ont alors exclu l'existence de l'abus au terme d'une motivation assez succincte.

On peut relever également que les deux décisions qui ont admis l'existence d'un abus contraire à l'article L. 442-6-I-2° b) C. com., ont retenu des circonstances de fait susceptibles de contrevenir à d'autres règles de l'article L. 442-6- I C. com. Dans un cas, il a été retenu que le coût d'un audit qualité avait été mis à la charge des fournisseurs de la centrale d'achat sans contrepartie promise au sujet de l'avenir de la relation commerciale et alors qu'un refus du producteur l'exposait à des risques quant à la pérennité de la relation commerciale (T.com. Roubaix-Tourcoing, 15 janvier 2009). Dans l'autre cas, l'abus est caractérisé à partir de circonstances établissant la « *conjugaison d'une instabilité relationnelle* » et d' « *une pression continue sur les prix* » (T. com. Paris, 24 juin 2009).

<p>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</p>
--

L'article L. 442-6-I-2° a) C. Com. – devenu, après renumérotation par la loi LME, mais sans changement de rédaction, l'article L. 442-6-I-1° – 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 cette disposition continue de faire l'objet d'une mise en œuvre marginale par les entreprises (v. déjà Rapport 2008-2009), elle a donné lieu, sur l'action du ministre de l'Economie, à une quinzaine de décisions.

La qualification de la pratique prohibée n'est assujettie à aucune démonstration préalable, que ce soit d'un état de dépendance du cocontractant (T. com. Evry, 14 octobre 2009) ou bien d'un vice du consentement ou encore d'une pression exercée par l'autre partie (CA Rennes, 20 janvier 2009).

La règle permet ainsi d'appréhender une variété étendue d'abus, à partir du moment où ceux-ci se rapportent à des services. A cet égard, il a été admis que la disposition s'applique indistinctement à tous les services, même s'ils ne sont pas destinés à favoriser la commercialisation (CA Rennes, 20 janvier 2009).

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, par la mise à disposition gratuite de personnel, permettant au distributeur bénéficiaire de faire l'économie des frais correspondants (CA Douai, 17 décembre 2009).

Bien qu'elle vise également la tentative, l'interdiction est principalement mise en œuvre en cas d'obtention. Il importe peu, à cet égard, que l'avantage ait été obtenu *via* la conclusion d'un contrat qualifié de transaction, mais ne comportant pas de concessions réciproques (CA Versailles, 29 octobre 2009). De même, l'invocation d'un éventuel usage ne saurait justifier une pratique contraire à la disposition légale (CA Douai, 17 décembre 2009).

Comme l'a souligné une décision, la règle permet de sanctionner aussi bien l'avantage en l'absence de service effectivement rendu que l'avantage manifestement disproportionné avec la valeur du service (CA Bourges, 10 décembre 2009). Dans le cas où une rémunération unique a été prévue sans ventilation entre les différents services, il importe, non seulement de vérifier distinctement si chacun d'eux a été rendu, mais aussi si celui ou ceux qui ont effectivement été rendus ne confèrent pas au distributeur un avantage disproportionné (CA Rennes, 20 janvier 2009).

Plusieurs décisions ont condamné une absence totale de contrepartie, en relevant notamment que les prestations convenues étaient déjà rémunérées par ailleurs au titre d'autres contrats de services ou faisaient partie intégrante des obligations liées à la fonction de distributeur (v. not. CA Douai, 17 décembre 2009 ; CA Rennes, 20 janvier 2009 ; T. Com. Laval, 9 septembre 2009 ; CA Grenoble, 17 décembre 2009). Comme le souligne l'un des arrêts, « *les services rendus par le distributeur susceptibles de recevoir de la part du fournisseur une rémunération spéciale doivent relever des obligations particulières, exorbitantes des relations contractuelles habituelles* » (CA Grenoble, 17 décembre 2009).

La mise en évidence d'une disproportion manifeste entre l'avantage et la valeur du service rendu est particulièrement délicate car elle suppose d'effectuer une pesée entre la valeur du service et sa rémunération.

Il apparaît que dans ce cas de figure, les juridictions prennent en considération un « *ensemble d'éléments* » et procèdent volontiers par comparaison. Cette méthodologie est particulièrement détaillée dans une décision qui se réfère, à la fois, à des éléments extrinsèques (prix pratiqués par des tiers pour des services comparables) et à des données intrinsèques au distributeur concerné en mettant en perspective la rémunération, avec le coût de revient d'une part, avec la tarification appliquée avec d'autres fournisseurs et selon les contrats (T. Com Evry, 14 octobre 2009).

Dans l'hypothèse où le contrôle concerne une opération commerciale d'intérêt commun, il convient d'examiner s'il existe une disproportion manifeste entre la participation financière du fournisseur et celle du distributeur rapportées à l'intérêt que ceux-ci doivent respectivement tirer de cette opération. Ainsi le fait que son coût ait été pris en charge en

quasi-totalité par les fournisseurs constitue « *une présomption forte* » de contrariété avec l'interdiction des avantages manifestement disproportionnés, mais ne suffit pas. Il faut aussi mettre en perspective la marge bénéficiaire moyenne réalisée par chaque fournisseur avec celle du distributeur afin d'évaluer leur intérêt respectif à l'opération (CA Versailles, 24 septembre 2009).

La faiblesse du chiffre d'affaires réalisé par le fournisseur avec les produits concernés par la prestation de service ne provient pas nécessairement de l'insuffisance ou de la médiocrité des prestations rendues par les distributeurs ; par conséquent, elle n'autorise pas, à elle seule, à conclure à la faible valeur du service rendu (CA Rennes, 20 janvier 2009). Aucune violation de l'interdiction légale ne saurait être caractérisée du seul fait que le chiffre d'affaires réalisé par le fournisseur est inférieur aux sommes versées au titre des services (CA Versailles, 24 septembre 2009). En revanche, il s'agit d' « *un élément d'appréciation au regard du montant de la rémunération* », qui est considéré d'autant plus pertinent que la promotion ne se rapporte pas des produits nouveaux (CA Bourges, 10 décembre 2009).

Article L. 442-6-I-2° C. com. Soumission à des obligations créant un déséquilibre significatif

La nouvelle disposition, que la loi de modernisation de l'économie a substituée, dans « *un souci de simplification et d'effectivité* », 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.), appréhende 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.).

En l'absence de référence à une condition préalable constituée par une inégalité des parties, cette règle devrait permettre de surmonter l'obstacle qu'a précédemment constitué l'exigence d'une relation de dépendance ou d'une puissance d'achat ou de vente et partant, de renforcer le contrôle des éventuels abus dans la relation commerciale.

Si ce texte a été invoqué au soutien de plusieurs actions intentées en 2009, il n'a donné lieu qu'à une unique décision rendue au cours de cette année (TGI Paris, 3 mars 2009).

RUPTURE BRUTALE DES RELATIONS COMMERCIALES ETABLIES

Michel GLAIS

Au cours de l'année 2009, pas moins de 90 décisions ont été rendues au titre de cette disposition du code de commerce. Selon le bilan des décisions judiciaires civiles et pénales dressé par la faculté de droit de Montpellier, 48 de ces décisions ont reconnu le caractère brutal de la rupture des relations commerciales entre les parties en cause.

L'article L 442-6-I 5° s'appliquant à toute relation dès lors qu'elle revêt un caractère indiscutablement commercial, son champ d'application n'est donc pas restreint aux seules opérations d'achats et reventes de marchandises. Dans un passé récent, ont ainsi été 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 ...). Par contre, ne relèvent pas de l'application de l'article L 442-6- I du code de commerce des activités telles que celles des notaires, leur statut leur interdisant de se livrer à des opérations de commerce (Cass. com. du 15/12/09, n° 08-20-242).

Dans plusieurs des affaires jugées en 2009, a été évoquée la question de la détermination de la juridiction territorialement compétente pour juger des contentieux relatifs à la rupture brutale des relations commerciales. La nature délictuelle de l'action fondée sur les dispositions de l'article L 442-6- I 5°, implique alors, rappelle la Cour de Cassation, que la compétence appartient à la juridiction du ressort sur lequel le dommage s'est produit et ne saurait être soumise à une clause attributive de compétence de nature contractuelle (Cass. Com., 15/09/09).

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 cette rupture (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). 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 ou saisonnier des échanges entre les parties en cause ne fait 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 dès lors que celle-ci s'est inscrite dans la durée. Ainsi, en l'absence même de tout document écrit, la continuation des courants d'échanges entre les parties, postérieurement à la date de fin d'un contrat suffit à démontrer la poursuite d'une relation précédemment établie.

- L'auteur d'une rupture brutale soutenait que ne pouvait être qualifiée d'établie et stable une relation présentée comme relevant d'une activité « *de sous-traitance de second rang portant sur (la fabrication) d'un seul produit* ». Rejetant cette prétention, la Cour d'appel de Paris rappelle que le caractère très général des termes de l'article L 442-6-I 5° n'exclut pas du champ d'une relation commerciale établie une relation de sous-traitance « *forme juridique organisée d'exécution des obligations contractuelles, laquelle peut recouvrir des situations profondément différentes et s'inscrire tout à la fois dans un cadre ponctuel exclusif d'une relation établie mais aussi dans le cadre de relations ayant vocation à se maintenir et à se développer de manière durable, constitutives en tout état de cause de relations établies* ». En l'espèce, le fait également que le donneur d'ordre avait manifesté son souci de former le sous-traitant et de lui communiquer son savoir-faire confortait, ajoutait la Cour, la thèse du caractère établi de la relation. [C.A. Paris 25° ch. Section B arrêt du 03/07/09].

- 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.

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 2009. **Mais, encore faut-il quel les manquements allégués aient revêtu un caractère de gravité tel que s'impose une cessation immédiate de la relation contractuelle.** Ainsi, dans le cadre d'une relation entre un franchiseur et son franchisé, les difficultés rencontrées par ce dernier à obtenir, à plusieurs reprises, ses approvisionnements ont été considérées comme suffisamment révélatrices d'un manquement caractérisé du franchiseur à ses obligations. Etait donc justifiée la rupture unilatérale décidée par le franchisé, sans que celle-ci puisse être qualifiée d'abusives et de brutales. (CA Paris, 29/04/09).

Le non paiement de factures (non contestées) venues à échéance, un an avant la rupture et toujours pas réglées, peut aussi justifier la cessation des relations sans préavis. Par contre, dans plusieurs des situations évoquées au cours de l'année 2009, les auteurs d'une rupture brutale ont échoué à démontrer la gravité des faits qu'ils reprochaient à leurs cocontractants.

- Ainsi, dans le cas d'un litige portant sur le transport de faibles quantités de marchandises, un retard à fournir des bons de livraisons ainsi que certains désaccords portant sur la facturation ne constituent pas forcément une inexécution des obligations autorisant une rupture sans préavis (CA Lyon 3° Ch. civ. 05/03/09).

- Pour justifier la rupture sans préavis d'un contrat avec un sous-traitant de second rang, l'auteur de cette rupture, lui-même sous-traitant du donneur d'ordre, faisait valoir des défauts de qualité ainsi que des non respect des délais de fourniture des produits fabriqués. Ces arguments n'ont été, en l'espèce, pas retenus par la Cour, laquelle relève que : a) les manquements allégués concernaient non seulement le fournisseur évincé mais également plusieurs autres sous-traitants, ce qui ne pouvait exclure un défaut de conception du produit commandé par le donneur d'ordre, celui-ci envisageant même la suppression de sa fabrication, b) d'autres griefs de ce type se rapportaient à des périodes antérieures à la conclusion du contrat rompu, ceux-ci n'ayant pas fait obstacle au maintien et même au développement des relations contractuelles entre les parties, c) les retards de livraison dénoncés n'avaient été que ponctuels (CA Paris, 25° Ch. section B , 3/07/09).

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), toute modification unilatérale et importante de l'économie du contrat plaçant le cocontractant devant le fait accompli implique donc qu'un préavis soit respecté.

Les décisions rendues au cours des deux années passées avaient déjà 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. Elle ne remet toutefois 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 cocontractant du recours à la procédure d'appel d'offres 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 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 de la brutale rupture de la relation commerciale et en particulier lorsqu'elles n'ont fait l'objet d'aucun préavis. Une baisse de 87% du chiffre d'affaires sur une période de deux ans par rapport à la moyenne des deux années précédentes équivaut à une rupture brutale des relations commerciales (CA Paris, Pôle 5- Ch. 4 ; 24/06/09).

Par contre, n'a pas été qualifiée de rupture brutale une annonce (avec un préavis de 7 mois) de la cessation des relations commerciales. Celle-ci avait, en effet, pu être anticipée par le fournisseur évincé, eu égard à la baisse régulière et constante (de 37 % sur quatre ans) du chiffre d'affaires qu'il réalisait avec le partenaire en cause. Etait ajouté qu'au regard du contexte de la rupture, de la durée du préavis retenu et de la spécialité professionnelle du partenaire délaissé (services informatiques), ce dernier disposait du temps nécessaire pour retrouver une solution alternative (CA Paris ; 25/02/09).

c) L'estimation de la durée « raisonnable » du préavis qui aurait dû être accordé.

Dans certaines affaires jugées en 2009, les dispositions contractuelles comportaient une clause relative à la durée du préavis à respecter en cas de rupture des relations, référence étant parfois faite à « *des usages du commerce ou à des accords interprofessionnels* ». Dans de tels cas, le respect de son engagement, par l'auteur de la rupture ne signifie pas forcément que la durée du préavis sera considérée comme suffisante. Tout en pouvant constituer des indications utiles, les durées auxquelles se réfèrent ces usages ou accords ne sauraient toujours être appliquées de façon uniforme. En 2008, deux arrêts de la Cour de Cassation avaient ainsi 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 que soit retenue une durée différente de celle prévue par l'accord considéré.

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 par les usages du commerce. La durée des relations ayant existé entre les parties en cause constitue un élément qu'il convient, certes, de ne pas négliger. Mais, plus important s'avère toutefois la prise en compte de la situation immédiate à laquelle doit faire face le partenaire brutalement évincé. La nécessité de déterminer le plus précisément possible le temps nécessaire pour que celui-ci puisse reconstruire une relation équivalente avec d'autres partenaires commerciaux 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. Cette durée dépend alors: 1) de la possibilité (ou non) pour le partenaire délaissé 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 3) 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].

Que les préavis aient été jugés insuffisants ou absents, les durées retenues dans certaines décisions rendues en 2008, étaient apparues encore peu étayées, sur le plan économique. **D'utiles précisions ont, par contre, été apportées sur ce plan dans certains arrêts rendus au cours de l'année 2009 :**

- En dépit de relations parfois supérieures à 10 ans, des délais de 3 à 6 mois, prévus dans certains des contrats analysés, sont apparus suffisants pour pallier les incidences de la perte des marchés concernés lorsque l'entreprise délaissée ne réalisait qu'un faible pourcentage (10%) de son chiffre d'affaires avec l'auteur de la rupture et qu'il s'avérait que, compte tenu de la situation de l'entreprise en cause et de l'état du marché, celle-ci n'aurait aucune difficulté à retrouver un nouveau partenaire.

- Une durée des relations commerciales supérieure à 11 ans et un pourcentage de chiffre d'affaires plus important (de l'ordre de 25 à 30%) n'ont pas été jugés suffisants pour démontrer l'état de dépendance de l'entreprise évincée et lui accorder un délai supérieur à 6 mois (prévu contractuellement) en l'absence de démonstration de la nécessité de procéder à de lourds investissements dans les domaines d'activité en cause (CA Lyon du 15/01/09)

- Une durée plus longue doit, au contraire, être retenue dans des secteurs où, outre un nombre limité de cocontractants potentiels, le changement de partenaires implique la réalisation de nouveaux investissements spécifiques à la nouvelle relation.

Un préavis plus long que celui convenu doit également être accordé par l'auteur de la rupture lorsqu'est clairement démontré l'état de dépendance économique du partenaire évincé. Telle a été la décision retenue dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris dans une affaire où le cocontractant avait imposé contractuellement à ce partenaire l'obligation de lui réserver l'exclusivité de ses activités ainsi qu'un engagement de non-concurrence (CA Paris ; 18/06/09).

- En cas de relations portant sur des articles vendus de façon saisonnière (par exemple, collections été/hiver en haute couture), le calcul de la durée du préavis doit tenir compte des dates auxquelles doivent être passées les commandes (en avril t-1 pour la saison d'hiver, et en septembre t-1 pour celle d'été), le délai devant être majoré lorsqu'il s'agit de rechercher un nouveau fournisseur. Un an de préavis a été jugé nécessaire eu égard à une durée de 23 ans de la relation commerciale et du caractère saisonnier de l'activité en cause (CA Paris ; 06/05/09)

- Selon les dispositions de L'article L 442-6-I 5°, la durée du préavis nécessaire est multiplié par deux en cas de produits vendus sous MDD. Ces dispositions doivent toutefois être interprétées de façon restrictive, estime la Cour d'appel de Paris (25° Ch.-B ; arrêt du 03/07/09), et ne peuvent concerner une relation de sous-traitance dès lors que l'entreprise évincée se limite « à fabriquer, suivant une rémunération convenue, à partir des composants qui lui sont fournis, et en suivant les exigences qui lui sont transmises....en sorte qu'elle ne vend aucun produit ».

Lors de l'estimation de la durée du préavis devant être respecté en cas de rupture des relations, se pose également 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 » se rapporte à la totalité de la période concernée. Encore faut-il rechercher si cette reprise de relations constitue ou non la poursuite de celles nouées précédemment. La reprise d'un fonds de commerce est en elle-même insuffisante pour conclure à la poursuite d'une relation établie si le demandeur échoue à démontrer que les relations qu'il a entretenues avec l'auteur de la rupture sont similaires à celles que son prédécesseur entretenait avec ce dernier. [Cour d'appel de Paris ; déjà citée]. 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.

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 2009, 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. Dans certains cas, certains retraitements ont été jugés nécessaires pour tenir compte de certaines charges externes et salariales liées, en l'espèce, à l'activité de sous-traitance de l'entreprise évincée.

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. Le plus souvent, c'est par la voie d'une intervention plutôt que par celle d'une assignation que se manifeste l'action du Ministre. En 2009, plusieurs décisions de justice ont été assorties d'une amende.

Des dispositions sans application jurisprudentielle significative, mais susceptibles d'influencer 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^{er} janvier 2009 au 31 décembre 2009 fait apparaître une faible application voire une absence d'application de certaines dispositions qui appelle réflexion sur la pertinence ou tout au moins l'efficacité de ce dispositif.

+ L'application des dispositions du Titre IV du Livre IV du Code de commerce révèle un faible nombre d'actions sur le terrain des articles :

- L. 441-3 C. com. : Facturation : 7 décisions
- L. 441-6 C. com. : Communication des conditions de vente : 9 décisions
- L. 442-2 C. com. : Revente à perte : 2 décisions
- L. 442-6-I, 4° C. com. : Menace de rupture brutale : 1 décision
- L. 442-6-I, 6° C. com. : Violation d'exclusivité : 2 décisions

S'agissant des articles L. 441-3 et L. 441-6, C. com., on observera qu'ils font l'objet d'un nombre de décisions significativement supérieur à celui de l'année précédente (le nombre de décisions étant fortement accru lorsque l'application est sollicitée par le ministre, ce qui démontre l'intensité du contrôle exercé par l'Administration sur la formalisation des relations commerciales au stade de l'offre comme de la facturation). Le nombre d'actions à l'initiative des opérateurs économiques devrait demeurer cependant limité du 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 très rarement constitué et donc mis en cause.

S'agissant de l'article L. 442-6-I, 4° C. com., on observera qu'il fait l'objet d'une seule décision, 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, et ce qui montre les limites de certaines dispositions protectrices du partenaire commercial.

S'agissant de l'article L. 442-6-I, 6° C. com., deux décisions ont été relevées. Ce faible chiffre peut surprendre en regard des nombreux litiges existant par ailleurs entre promoteur de réseau, particulièrement réseau de distribution sélective, et revendeurs hors réseau. Il s'explique moins par la difficulté de rapporter la preuve d'un approvisionnement en violation de l'engagement de non rétrocession souscrit par le fournisseur du distributeur hors réseau que par la possibilité largement utilisée 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.

S'agissant de l'article L. 441-7 C. com. (et de l'ancien article L. 441-6) sur la coopération commerciale devenue les services destinés à favoriser la commercialisation et les services distincts devenus les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale, l'absence de décision peut s'expliquer par la difficulté de maîtriser l'économie de ces textes que les dernières réformes n'ont guère clarifiée (cf. instruction fiscale et position de la DGCCRF dans « les questions-réponses ») et peut-être également par le souci pour la partie plaignante de ne pas se trouver elle-même mise en cause du fait d'une mauvaise formalisation qui pourrait lui être reprochée.

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 constatée dans les relations entre un promoteur de réseau et l'ensemble ou une partie de ses distributeurs, de sorte qu'elle se trouve 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). On peut s'interroger sur le sort de cette incrimination au titre des pratiques restrictives de concurrence, avec le renforcement de la prise en compte par la Commission européenne des gains d'efficacité en matière d'imposition de prix de revente (Règlement CE n° 330-2010).

+ De manière générale, l'application constatée de ces dispositions du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, à l'initiative d'opérateurs économiques, peut inspirer une conclusion optimiste sur la parfaite efficacité du dispositif qui aurait conduit à éliminer les pratiques visées ou une conclusion pessimiste sur l'inefficacité du dispositif qui ne permettrait pas de sanctionner ces pratiques.

Entre ces deux positions, il peut être avancé que la complexité du dispositif dans son contenu et du fait notamment de son évolution, comme la difficulté de sa mise en œuvre expliquent d'autant mieux sa faible utilisation que la plupart des comportements visés peuvent être poursuivis sur le terrain plus accueillant des articles 1382 et 1383 du Code civil.