

## Conclusions du groupe d'experts

Le législateur a exprimé sa volonté de bilans réguliers quant à l'application des dispositions qu'il a énoncées sur la transparence des relations commerciales et les pratiques restrictives de concurrence pouvant les affecter (articles L.440-1 à L. 443-3 du Code de commerce résultant de la loi du 2 août 2005) ; il a prévu qu'avant la fin de l'année 2007, l'Administration lui présenterait un tel bilan général, étude aux conclusions de laquelle la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC) sera associée ; il a, en outre, mis à la charge annuelle de cette Commission « une analyse détaillée du nombre et de la nature des infractions aux dispositions (évoquées, ainsi que des) décisions rendues en matière civile sur les opérations engageant la responsabilité de leurs auteurs ».

Cette analyse doit être incluse dans le rapport annuel de la Commission.

Plutôt que d'opérer isolément, au risque d'une limitation de ses résultats, le Secrétariat général de la Commission a suscité des initiatives de partenaires, mieux qualifiés, en premier lieu la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF), qui a recensé pour la première fois l'ensemble des décisions judiciaires pénales et civiles prononcées en 2004 et 2005 sur saisine de ses services et en a diffusé la synthèse avec un commentaire analytique, et, en second lieu, la Faculté de Droit de Montpellier (Centre du Droit de l'Entreprise, Centre du Droit du marché) qui, sans pouvoir prétendre à l'exhaustivité, a recueilli et analysé les jugements prononcés à l'initiative directe d'entreprises (rapport publié sur le site Internet de la CEPC).

Bien que ne portant encore que très partiellement sur la mise en œuvre des innovations de la loi du 2 août 2005, dont les premières applications judiciaires sont nécessairement différées en 2006, ces recensements et commentaires apportent des informations importantes sur la politique de contrôle (faisant d'ailleurs apparaître que les enquêtes administratives ne sont que très minoritairement destinées à fonder des mesures répressives, et ont aussi une importante évaluation de l'effectivité du Droit et des difficultés rencontrées par les acteurs économiques), et sur les évolutions des orientations jurisprudentielles comme des stratégies processuelles.

La richesse et la pertinence des commentaires émanant de la DGCCRF et des universitaires montpelliérains dispensent largement la CEPC de tout nouvel approfondissement analytique. Ses propres réflexions sont, dès lors, synthétiques et doctrinales (grâce aux contributions des universitaires associés à la CEPC en qualité de rapporteurs).

Les membres de la CEPC ont relevé l'intérêt de la collecte et de la diffusion des informations jurisprudentielles au regard de leurs propres préoccupations : elles sont en cohérence avec leur aspiration commune du développement de la transparence sur les pratiques commerciales et sur leur cadre juridique ; certains des enseignements déjà obtenus, voire quelques carences constatées, peuvent influencer leurs prochaines réflexions sur le "bilan législatif" et sur de nouvelles évolutions législatives.

Ainsi peut-on se demander si l'absence d'application judiciaire de certaines dispositions légales résulte des facilités et de la spontanéité de leur intégration dans les pratiques professionnelles, ou si, au contraire, elles sont par trop décalées par rapport à ces pratiques et aux besoins, voire trop complexes pour être vraiment opératoires, y compris pour les enquêteurs et les juges.

Peut-être faut-il aussi rechercher si la mise en œuvre judiciaire de certaines dispositions légales ne doit pas être réservée à ceux qu'il s'agit de protéger, telles celles relatives à la concurrence déloyale, ou au moins subordonnées à leur assentiment ; de telles limitations n'excluent, d'ailleurs, pas de nouvelles simplifications pour la recherche des preuves incombant aux victimes de certains agissements, par inversion de la charge des preuves au profit des parties les plus faibles, voire par le concours qu'elles pourraient obtenir de l'Administration pour rechercher de telles preuves.

Les dispositions principales de la loi relèvent, pour leur mise en œuvre, de la vigilance et les initiatives de l'Administration. Certainement, il sera encore ainsi demain, même si l'encadrement législatif des pratiques commerciales est simplifié, comme beaucoup d'acteurs économiques le souhaitent.

D'ores et déjà, on peut relever l'important effort de transparence sur sa stratégie, de pédagogie, de disponibilité pour les explications, de concertation, qui est engagé par l'Administration. Et il sera certainement poursuivi.

Il importe, en tout cas, que les évaluations économiques et la prise en considération des évolutions des pratiques et des difficultés concrètes des opérateurs puissent être déterminantes de la mise en œuvre des dispositions législatives, ce qui suppose qu'elles soient formulées plus synthétiquement. Notamment, une révision des modes de sanctions des comportements restrictifs de concurrence serait sans doute opportune ; certains aspirent, en ce sens, à une nouvelle extension du champ d'application de sanctions civiles et à une réduction de celui des sanctions pénales, celles-ci relevant, nécessairement, de précisions minutieuses dans les incriminations, contribuant à la complexité des formulations légales et à leur manque d'adaptabilité à des situations nouvelles.

#### I. La transparence des relations commerciales

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

Dans ses formulations successives, la législation sur les pratiques restrictives a fait de la facture un instrument essentiel de contrôle et de transparence des transactions commerciales. Dans le contexte du nouvel encadrement légal de la coopération commerciale, les juges ont eu à réaffirmer les objectifs du dispositif. Ainsi, un jugement (TGI de Montluçon, 6 juillet 2005) a-t-il relevé que l'irrégularité de certaines factures méritait particulièrement sanction, faute par elle d'assurer comme il convenait « la transparence attendue d'accords négociés. Une autre décision a réaffirmé également la vocation de la facture à être utilisée comme instrument de contrôle de la matérialité de la prestation. Ainsi, « la simple lecture de la facture doit permettre à celui qui l'acquiesce de savoir en quoi, quel jour, à quel endroit et selon quelles modalités spécifiques, le cocontractant a rempli ses obligations contractuelles » (TGI de Chartres, 6 avril 2005)

Les tribunaux font une application étendue et rigoureuse des termes de l'article L.441-3 : ces dispositions s'appliquent même aux simples factures d'acompte. Une facture annuelle précise ne suffit pas (TGI de Créteil, 16 décembre 2005) ; des rappels insistants sont formulés quant à la nécessité de mentionner sur les factures la dénomination exacte des services rendus, des produits, ainsi que la ventilation des différents éléments du prix (TGI de Moulins, 9 février 2005). Il est même précisé que les factures ne peuvent pas se contenter de renvoyer à des contrats plus précis (TGI de Saint Nazaire 2 arrêts du 16 décembre 2005). Sur ces fondements, des sanctions importantes sont régulièrement prononcées : TGI de Nantes (2 arrêts du 29 septembre 2005) condamne chaque centrale à une amende de 100 000 € ; TGI de Créteil (16 décembre 2005) prononce une amende de 120 000 €.

2°- Les contrats de coopération commerciale (continuité de la jurisprudence dans un cadre législatif nouveau)

L'article L. 441-6 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à août 2005, et en général encore applicable dans les décisions recensées, n'imposait que la rédaction d'un contrat en double exemplaire. Le juge a cependant anticipé l'évolution législative en constatant l'irrégularité des contrats ne permettant pas de s'assurer qu'un service « détachable des obligations inhérentes aux actes d'achat et de vente » a été rendu et en sanctionnant l'imprécision des contrats.

L'objectif retenu des dispositions légales est que le contrat permette de s'assurer de la réalité du service facturé. Retenant en principe que « l'accord de coopération commerciale suppose que le distributeur remplisse des obligations spécifiques à l'égard du fournisseur » (TGI Evreux du 26 septembre 2005), les juges sanctionnent les contrats qui « ne mentionnent pas d'obligation exorbitante » (TGI Moulins du 9 février 2005).

Ils sanctionnent également l'omission de toute « précision quant aux prestations fournies » et précèdent, ainsi les précisions expressément apportées par la législation nouvelle de 2005 en estimant que « la société avait l'obligation de mentionner l'ensemble des conditions, barèmes, taux de rémunérations habituellement pratiqués, la nature et le nombre des services correspondants, les produits concernés et les facteurs généraux objectivement définis afférents aux accords de coopération. » (TGI Moulins du 9 février 2005). Une telle exigence fonde une réelle sévérité dans le montant des amendes. (TGI Moulins précité : 100 000 €).

3°- La communication des conditions générales de vente (article L. 441-6 du code de commerce) :

Aucun contentieux marquant n'a encore pu être relevé en la matière.

4°- L'interdiction de la revente à perte (article L.442-2 du code de commerce) :

En la matière, le dispositif retenu par le législateur a été considéré comme essentiel pour éviter les distorsions de concurrence entre acteurs économiques, notamment au préjudice du petit commerce, et il a donné lieu à des modalités de calcul du seuil de revente à perte souvent décriées pour leur complexité et leur rigidité (celle-ci ayant été très fortement atténuée par la législation nouvelle). Mais ces modalités, dans leur cadre antérieur à 2005, n'étaient guère contentieuses.

C'est sur la nature même de la revente à perte que les juges ont eu à se prononcer, et ce avec, à la fois sévérité et nuance. Ils ont ainsi précisé que la revente à perte est interdite entre une société et sa filiale comme entre toute personne juridiquement distincte (CA Douai, 20 décembre 2005). L'infraction de revente à perte peut être sanctionnée lorsque la revente précède la vente (TGI Lille, 3 juin 2005). Est particulièrement pris en considération le fait que certaines pratiques résultent de « politiques de vente déterminées par le groupe », ce qui induit par exemple la relaxe d'un « manager département » (TGI Bourg en Bresse 22 novembre 2005).

5°- Les délais de paiement (articles L. 443-1 et L. 441-6 du code de commerce) :

Le Code de commerce encadre deux types de délais : les délais convenus et les délais réglementés. Pour les raisons évoquées à propos des CGV, l'année 2005 n'a pas donné lieu à des décisions marquantes en matière de délais convenus.

En matière de délais réglementés en revanche (articles L. 443-1), le juge fait preuve de sévérité en considérant par exemple que l'insuffisance de trésorerie, loin de constituer une circonstance atténuante, peut au contraire être retenue comme un aveu implicite, un élément à charge (TGI Bordeaux, 7 février 2005).

6° - Sur le prix minimum imposé et le para-commercialisme :  
peu de décisions ont été prononcées en 2005 et aucune n'est significative.

## II. Les abus dans les relations commerciales

### 1° - les pratiques discriminatoires

L'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce dispose : « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : 1° De pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence. »

La jurisprudence a apporté des précisions sur le champ d'application du texte, la notion de discrimination, la justification de cette discrimination par une contrepartie réelle et la sanction de la discrimination non justifiée.

#### a) Champ d'application du texte.

L'applicabilité de l'article L. 442-6, I, 1° est subordonnée à la qualité de partenaire économique de la victime de la discrimination, ce qui implique que celle-ci entretienne des relations commerciales avec l'auteur des pratiques discriminatoires. Les concurrents de l'auteur de la pratique discriminatoire ne peuvent se prévaloir de l'article L. 442-6, I, 1° (CA. Versailles, 7 octobre 2004) sans démontrer que la victime de celle-ci est un partenaire économique.

La situation est différente lorsque le fournisseur pratiquant un prix discriminatoire concurrence son distributeur en vendant directement de la marchandise à ses clients ; il est alors à la fois partenaire économique et concurrent (Cass. Com. 25 avril 2006).

Le juge national peut rechercher si une pratique exonérée par l'application du règlement d'exemption par catégorie des accords verticaux (Règlement n° 2790/99 de la Commission du 22 décembre 1999, JOUE n° L. 336, 29 déc. 1999) est condamnable sur le fondement de l'article L. 442-6 C. com., le règlement 1/2003 (du 16 déc. 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOUE, n° L. 1, 4 janv. 2003) lui reconnaissant la possibilité de faire application « de dispositions de droit national qui visent à titre principal un objectif différent de celui visé par les articles 81 et 82 du traité » (art. 3 §3) comme celles qui « interdisent aux entreprises d'imposer à un partenaire commercial, d'obtenir ou de tenter d'obtenir de lui des conditions commerciales injustifiées, disproportionnées ou sans contrepartie (point n° 9 des considérants du règlement 1/2003 ; CA. Versailles, 27 janvier 2005).

#### b) La notion de discrimination.

La discrimination consiste à traiter différemment deux partenaires concurrents placés dans une situation identique. Dès lors que les partenaires sont dans des situations différentes, il n'y a pas pratique discriminatoire. Ainsi, un fournisseur de logiciels et jeux vidéo peut

appliquer des barèmes de remises et ristournes différents selon les circuits de distribution auxquels appartiennent ses revendeurs et, notamment, distinguer entre les grossistes et les distributeurs (ou revendeurs au détail). Les ristournes de revente dont le versement est subordonné à la double condition de la réalisation par le grossiste d'un chiffre d'affaires trimestriel dans chacun des points de vente ne sont pas discriminatoires, sauf à rapporter la preuve que ces ristournes ont été accordées par le fournisseur de façon différenciée à des partenaires se trouvant dans une situation identique. (CA. Versailles, 15 janvier 2004). En revanche, constitue une pratique discriminatoire un contrat de coopération commerciale imposant au distributeur des engagements financiers disproportionnés au regard des prestations fournies (promotionnelles, d'animation, publicitaires) (T. com. Morlaix, 8 févr. 2006), ainsi que le fait d'appliquer à deux entreprises clientes pour le même produit des prix différents. (Cass. Com. 25 avril 2006), ou encore le fait pour un fabricant de produits pharmaceutiques et de produits dermo-cosmétiques de réserver une remise catalogue aux pharmaciens en conditionnant l'octroi de celle-ci à la vente de produits pharmaceutiques (CA. Versailles, 27 janvier 2005).

La discrimination peut également consister à mettre en œuvre de façon différenciée des critères non-discriminatoires en eux-mêmes. A l'inverse, la jurisprudence a pu constater que les règles de classement des annonces dans un annuaire, le règlement prévoyant que les magazines de marques ne sont pas pris en compte dans les enquêtes réalisées auprès des lecteurs de la presse, les critères objectifs et précis de sélection édictés pour appartenir à un réseau de distribution sélective ne sont pas discriminatoires au motif qu'ils ont été mis en œuvre de manière uniforme et objective à l'égard de l'ensemble des partenaires économiques (CA. Paris, 21 janvier 2004 ; CA Paris, 24 mars 2004 ; CA Paris, 21 avril 2005).

La discrimination suppose que deux concurrents soient traités de façon différente et non pas de traiter différemment dans le temps le même partenaire. Ainsi, le refus d'attribuer dans une foire à un exposant l'emplacement qu'il occupait les années précédentes ne constitue pas une pratique discriminatoire lorsqu'il n'est pas allégué que l'emplacement offert a désavantagé l'exposant par rapport aux autres exposants exerçant une activité commerciale de même nature. L'entrave au libre jeu de la concurrence ne peut être établie (CA. Grenoble, 29 avril 2004)

#### c) Justification par une contrepartie réelle.

Lorsque la différence de traitement est compensée par une contrepartie réelle il n'y a pas pratique discriminatoire. La contrepartie peut notamment résulter des volumes achetés ou de services rendus par l'acheteur au vendeur. La jurisprudence a précisé qu'un effet de gamme n'existant pas entre des produits qui ne sont pas de même nature (médicaments et produits cosmétiques), il ne peut être invoqué comme contrepartie réelle justifiant cette remise. En revanche, le fait de conditionner une remise à la condition de respecter un ratio (un pharmacien diplômé pour 6 097,96 euros de chiffre d'affaires réalisé avec la marque) rémunère l'assurance d'un service de conseil disponible et effectif et constitue une contrepartie réelle (CA. Versailles, 27 janvier 2005).

Il appartient au vendeur de justifier de l'existence de contreparties réelles. Mais ce n'est que lorsqu'une discrimination (ex : ne pas exiger d'un grossiste qu'il remplisse toutes les conditions d'octroi d'une remise alors que l'on l'exige d'un autre) est rapportée qu'il appartient au fournisseur de prouver une justification objective du traitement différencié (CA. Versailles, 15 janvier 2004). Dans un premier temps, c'est donc à l'acheteur s'estimant victime d'une pratique discriminatoire de démontrer celle-ci (par exemple le fait de faire bénéficier d'une remise des distributeurs ne remplissant pas les conditions de son octroi, CA. Versailles, 27 janvier 2005). Il faut que la pratique soit établie pour que l'on ait à la justifier.

#### d) Sanction.

Dans la période étudiée, les juges du fond ont plusieurs fois refusé de prononcer la nullité d'un contrat lorsque la pratique discriminatoire devait être sanctionnée en application du seul article L.442-6 I C.com (CA. Riom, 31 mars 2004, ; CA Versailles, 30 septembre 2004- mais pour une application de l'article dans sa rédaction antérieure à la loi du 15 mai 2001- ; T. com. Morlaix, 8 févr. 2006- pour des considérations énoncées d'opportunité-).

Ces décisions n'excluent pas l'annulation du contrat en conséquence d'une pratique discriminatoire, dès lors que celle-ci porte sur un des éléments visés au II de l'article L.442-6 C.com., ou si elle peut être qualifiée de pratique anticoncurrentielle (art.L.420-3 C.com).

#### 2° - Les abus de la relation de dépendance ou de la puissance d'achat ou de la puissance de vente

L'article L. 442-6 I 2° b) du Code de commerce, issu de la loi NRE du 15 mai 2001, dispose qu' « engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au registre des métiers, d'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées ». « Le fait de lier l'exposition à la vente de plus d'un produit à l'octroi d'un avantage quelconque constitue un abus de puissance de vente ou d'achat dès lors qu'il conduit à entraver l'accès des produits similaires aux points de vente », a ultérieurement précisé la loi du 2 août 2005.

Les bilans effectués par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et par la Faculté de Droit de Montpellier mettent en évidence la rareté des cas d'application de ce texte, qui ne semble pas avoir été invoqué par les services du ministre de l'Economie et qui, sous l'impulsion des entreprises, a seulement donné lieu à quelques décisions.

Cela ne doit pas pour autant occulter les potentialités de ce texte. Outre que son application n'est pas assujettie à la démonstration d'une incidence sur le jeu de la concurrence, il est susceptible, en raison d'une portée plus ample que celle de la plupart des prohibitions énumérées à l'article L. 442-6-I du Code de commerce, d'appréhender des comportements de toutes sortes constitutifs d'un abus de puissance contractuelle.

Dans une perspective d'utilisation accrue de ce texte, soit isolément, soit conjointement à d'autres dispositions, il est possible de formuler certaines observations et éléments de réflexion à l'attention des justiciables et des juridictions auxquelles revient le soin de préciser le contenu des éléments constitutifs de cette interdiction.

A cet égard, il importe de prendre en considération l'esprit et la lettre du texte. Celui-ci a été adopté en vue d'appréhender les abus de puissance entre les parties à la relation commerciale et de pallier l'inefficacité de l'interdiction des abus de dépendance économique. Il est donc rédigé en des termes assez généraux qui se démarquent de ceux figurant à l'article L. 420-2 du Code de commerce prohibant l'abus de position dominante et l'abus de dépendance économique. La disposition nécessite la démonstration préalable d'une relation de dépendance ou d'une puissance d'achat ou de vente puis celle d'un abus.

a) La démonstration préalable d'une relation de dépendance ou d'une puissance d'achat ou d'une puissance de vente

La démonstration de cette disparité de forces, préalable indispensable à la recherche d'un éventuel abus, incombe à la partie qui entend invoquer à son profit l'article L. 442-6-I 2° b) du Code de commerce (rapp. Toulouse, 26 janvier 2006).

En visant, à la fois, la puissance d'achat ou de vente, d'un côté, la relation de dépendance, de l'autre, le texte offre une option à deux branches, selon que l'inégalité est absolue ou relative au rapport contractuel considéré. Il permet d'appréhender l'exploitation abusive d'une telle situation aussi bien en présence de liens d'ores et déjà établis qu'en l'absence de liens préexistants.

S'agissant de la relation de dépendance, seule hypothèse invoquée jusqu'à présent dans les quelques décisions ayant mis en œuvre la disposition, elle suppose un lien contractuel préexistant, comme le révèle la double référence à « la relation de dépendance » et à « un partenaire ».

Il importe de relever une tendance à réduire cette notion à la dépendance économique et à transposer, par voie de conséquence, la définition retenue par la jurisprudence sur le fondement de l'article L. 420-2 alinéa 2 du Code de commerce (Versailles, 11 mai 2006).

Or, s'il est vrai que la dépendance économique est l'une des formes possibles de la relation de dépendance, elle n'en est pas l'unique variété. La disposition envisage, non pas la dépendance économique, mais la « relation de dépendance », notion plus large qui englobe d'autres formes de dépendance, telles qu'une dépendance technique ou contractuelle. Ainsi, l'une des très rares décisions à avoir admis l'application du texte a considéré la relation de dépendance caractérisée « dans la mesure où [le cocontractant] assurait toutes ses tâches administratives » (Angers, 7 février 2006). La relation de dépendance peut donc prendre sa source dans le contrat lui-même, par les prestations qu'il implique ou par les engagements souscrits (par exemple, un engagement d'exclusivité).

Aucune décision ne fournit d'indication, à ce jour, sur la puissance d'achat ou de vente. Il est néanmoins possible de relever que le texte, en visant la puissance d'achat ou de vente, permet d'appréhender les abus, quelle que soit la place de leur auteur dans le circuit économique. Il reste à savoir si les termes d'achat et de vente s'entendent au sens juridique classique ou s'ils doivent être compris dans un sens plus économique, englobant alors les prestations de services. Cette dernière interprétation est fréquemment retenue en droit de la concurrence pour d'autres règles ; elle évite de surcroît une discordance entre l'abus de la relation de dépendance, qui peut être sanctionné quelque soit le contrat concerné (pour une application à des prestations de services, v. Angers, 7 février 2006), et l'abus de puissance d'achat ou de vente.

La puissance – d'achat ou de vente - peut s'entendre d'un pouvoir de fait préexistant à la conclusion du contrat, qui n'est pas attaché à une relation contractuelle donnée et qui offre à celui qui en bénéficie la possibilité d'imposer sa volonté à l'éventuel cocontractant. On peut à cet égard s'inspirer des indices permettant de caractériser la position dominante, mais sans pour autant assimiler la puissance d'achat ou de vente à cette dernière.

b) La démonstration d'un abus

Tel qu'il est rédigé, l'article L. 442-6-I 2° b) du Code de commerce paraît définir l'abus par son résultat : la soumission à des conditions commerciales ou des obligations injustifiées.

Ce faisant, il se rapproche de la solution retenue pour la définition des clauses abusives dans l'article L. 132-1 du Code de la consommation et se démarque, au contraire, des dispositions du Code civil concernant le vice de violence. Aussi n'est-il pas certain que l'observation selon laquelle les stipulations litigieuses « ont été librement acceptées lors de la signature des contrats et constituent par application de l'article 1134 du code civil la loi des parties » puisse, à elle seule, faire obstacle à la caractérisation d'un abus au sens de l'article L. 442-6-I 2° b) du Code de commerce (Contra Versailles 11 mai 2006 ; v. aussi Toulouse 26 janvier 2006).

L'abus peut se manifester, selon la lettre du texte, dans les conditions commerciales, ce qui semble permettre d'appréhender les simples offres de contracter, ou dans les obligations, le contrat étant cette fois conclu. En l'absence de toute précision, l'abus peut concerner l'équilibre financier de la convention ou les stipulations les plus variées (Angers 7 février 2006, pour le prix ; Versailles 11 mai 2006, envisageant les stipulations relatives au montant des redevances à payer par le franchisé et la clause de non-concurrence postcontractuelle, même si l'arrêt écarte finalement l'abus).

Reste à savoir comment établir l'abus et qui supporte la charge de la preuve.

La seule décision ayant sanctionné un abus de la relation de dépendance, à l'occasion d'une augmentation du prix, a retenu plusieurs éléments concordants, le caractère subit de l'augmentation, son importance (plus de 30 %), l'absence de justification et de concertation (Angers 7 février 2006).

S'agissant d'autres stipulations, il semble que l'engagement litigieux peut être apprécié dans son principe même ou dans son quantum, et ceci en tenant compte de l'objet du contrat et du type d'activité commerciale considérée (Toulouse 26 janvier 2006, à propos d'un stock minimal).

Il a par ailleurs été considéré qu' « il appartient [à ceux qui invoquent le bénéfice du texte ] de rapporter la preuve du caractère injustifié des obligations qui leur sont faites » (Toulouse 26 janvier 2006).

S'il est vrai que cette solution est conforme au droit commun de la preuve, une autre lecture apparaît possible, en liaison avec la référence, dans le texte, à des « conditions commerciales ou des obligations injustifiées ». L'emploi de cet adjectif, qui fait d'ailleurs écho à la disposition visant les pratiques discriminatoires « non justifiées par des contreparties réelles », autorise à concevoir l'abus comme un traitement excessif au détriment de l'agent en situation de faiblesse, traitement qui ne peut être reconnu comme légitime, fondé.

La charge de la preuve peut alors être répartie de la façon suivante : il incombe, tout d'abord, à celui qui se plaint d'un abus de mettre en évidence le caractère excessif du traitement auquel il est soumis ; il appartient, ensuite, à l'auteur d'un tel traitement d'établir une justification qui peut être objective (existence d'une contrepartie, par exemple) ou subjective.

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

L'interruption totale ou partielle de relations commerciales établies engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparation dès lors que la rupture s'avère brutale.

L'analyse d'une jurisprudence abondante relative à cette disposition du Code de commerce conduit tout d'abord à constater que plusieurs critères concourent à la démonstration de l'existence d'une relation commerciale établie :

La durée du partenariat et sa stabilité dans le temps constituent le critère le plus souvent évoqué. On constate également que, conformément aux enseignements de l'analyse



économique, est également évoquée parfois l'importance des investissements spécifiques réalisés par le partenaire évincé au profit de son co-contactant.

La démonstration du caractère brutal de la rupture se démontre, quant à elle, d'un trait de plume en l'absence de tout préavis écrit de la part de son auteur.

En revanche, l'estimation de la durée « raisonnable » du préavis, que celui-ci soit jugé insuffisant ou qu'il ait été absent, apparaît souvent insuffisamment étayée et constitue une source d'incertitude que ne peuvent lever d'éventuelles références à « des usages du commerce ou à des accords interprofessionnels ». L'historique d'un partenariat, son mode de fonctionnement, la nature des produits ou services échangés rendent une relation commerciale souvent spécifique et donc difficilement analysable à l'aune des considérations très générales évoquées dans des usages du commerce.

Rares sont les décisions de justice où les choix de la durée estimée « raisonnable » sont clairement motivés.

Il n'est certes pas interdit de considérer que six mois peut être acceptable malgré des relations de trente ans alors que dans d'autres cas un an est nécessaire pour des partenariats de seulement dix ou quinze ans. Encore conviendrait-il que les investigations économiques sur lesquelles sont fondés de semblables choix soient suffisamment explicitées.

Cette nécessité s'impose de façon d'autant plus prégnante que c'est sur la prise en compte de cette période de préavis nécessaire que s'établit le calcul du préjudice et, partant, de l'indemnisation auquel aura droit le partenaire évincé.

Si l'incrimination d'une rupture brutale au sens de l'article L 442-6 I 5° se distingue de celle relative à l'abus de dépendance prise en compte au 2<sup>ème</sup> alinéa du même article, l'estimation de la durée raisonnable pour retrouver sur le marché une solution équivalente ou proche relève, dans les deux cas de figure, d'une même approche méthodologique :

Cette durée doit dépendre :

- 1) de l'existence (ou non) pour le partenaire délaissé de possibilité de réorientation de son activité vers d'autres clients,
- 2) du temps nécessaire pour y parvenir en fonction de l'importance du chiffre d'affaires à reconstituer et de la nécessité ou non de procéder ou non à de nouveaux investissements irrécouvrables.

Il serait donc souhaitable qu'une semblable grille d'analyse soit plus systématiquement utilisée et explicitée dans le cadre des décisions de justice.

Les bases de calcul des préjudices adoptés dans les décisions de justice relatives à l'application de l'article L 442-6 I 5° soulèvent, en revanche, moins d'interrogations (en particulier lorsqu'une expertise a été ordonnée). Le plus généralement, sont retenues les pertes de marges (le plus souvent brutes), et le cas échéant, les valeurs résiduelles des investissements spécifiques dédiés au co-contractant, certaines pertes de stocks et le licenciement du personnel ou d'une partie de celui-ci.

#### IV. Des dispositions encore sans application jurisprudentielle, mais influençant déjà les pratiques commerciales.

L'inventaire des décisions judiciaires rendues à l'initiative d'opérateurs économiques sur le fondement du titre IV du Livre IV du Code de commerce fait apparaître une faible application de certaines dispositions et une absence d'application des autres.

L'application des dispositions du titre IV du Livre IV du Code de commerce fait apparaître un très faible nombre d'actions sur le terrain des articles :

- L. 441-3 C. com. : Facturation
- L. 441-6 C. com. : Communication des conditions de vente
- L. 442-2 C. com. : Revente à perte
- L. 442-5 C. com. : Imposition de prix de revente
- L. 442-6-I, 2° a) C. com. : Avantage disproportionné
- L. 442-6-I, 4° C. com. : Menace de rupture brutale
- L. 442-6-I, 6° C. com. : Violation d'exclusivité

Les trois premières dispositions (L. 441-3, L. 441-6 et L. 442-2 C.com.) ainsi que la cinquième (L. 442-6-I, 2° a) C. com.) font l'objet de quelques décisions seulement, lesquelles, au demeurant, constatent l'absence de pratique condamnable.

Cependant, lorsque leur application est sollicitée par le ministre, ces dispositions font l'objet de nombreuses décisions. Cette différence s'explique par le contrôle qu'exerce l'Administration sur la formalisation des relations commerciales (au stade de l'offre comme de la facturation). Ce contrôle permet en effet de mettre en cause des insuffisances et déséquilibres qui sont, d'un côté, voulus par les opérateurs concernés et souvent subis par certains d'entre eux et, d'un autre côté, ignorés par leurs concurrents.

La quatrième disposition (L. 442-5 C. com.) fait l'objet de deux décisions seulement : l'une rendue à l'initiative du ministre, l'autre rendue à l'initiative d'un distributeur.

Ce faible nombre s'explique par le fait que l'imposition de prix de revente est rarement opérée de manière isolée, c'est-à-dire dans une relation ponctuelle entre un fournisseur et un distributeur. En revanche, la pratique est souvent constatée dans les relations suivies entre un promoteur de réseau et l'ensemble de ses distributeurs, de sorte qu'elle se trouve plutôt sanctionnée au titre des pratiques anticoncurrentielles (Titre II, Livre IV C. com), comme entente en ce que la consigne de prix serait acceptée ou même simplement appliquée par les distributeurs (C. com. art. L. 420-1), soit comme abus de domination (C. com. art. L. 420-2).

La sixième disposition (L. 442-6-I, 4° C. com.) fait l'objet d'un faible nombre de décisions, étant observé que toutes se traduisent par la sanction du comportement faisant grief.

La difficulté d'établir la réalité de la menace de rupture explique, d'un côté, que cette disposition ne soit évoquée qu'avec des preuves suffisantes et donc rarement et, d'un autre côté, que son application soit par voie de conséquence positive.

La septième disposition (L. 442-6-I, 6° C. com.) fait l'objet de quelques décisions seulement.

Cela s'explique moins par la discrétion des comportements réalisant une atteinte aux conventions d'exclusivité de fourniture que par l'efficacité du contrôle du fournisseur sur la commercialisation hors réseau (distribution dite « parallèle ») comme sur d'éventuelles rétrocessions entre distributeurs du réseau et revendeurs hors réseau.

D'autres dispositions du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, et particulièrement de l'article L. 442-6, I et II ne font guère l'objet d'application, au vu des décisions connues comme cela ressort de leur inventaire.

Selon une considération optimiste, on pourrait en déduire la parfaite efficacité du dispositif qui aurait conduit à éliminer les pratiques visées.

Selon une considération pessimiste, au contraire, on en déduirait la totale inefficacité du dispositif qui ne permettrait pas de sanctionner les pratiques condamnables. Cela pourrait tenir à la difficulté d'en rapporter la preuve en raison notamment de la discrétion des victimes.

Deux explications de cette absence d'application peuvent conduire à une appréciation nuancée de la portée du dispositif.

- Il apparaît d'abord que les comportements visés sont souvent poursuivis sur le terrain des articles 1382 et 1383 du Code civil plutôt que sur celui des articles L. 441-1 s. C. com.

S'agissant de pratiques pénalement sanctionnables, on relève, en effet, que les opérateurs économiques qui en sont victimes directes ou indirectes préfèrent souvent agir contre celui qui en est l'auteur, sur le terrain civil de la responsabilité délictuelle (comme l'illustre la jurisprudence en matière de publicité trompeuse).

S'agissant des pratiques civilement sanctionnables, on relève que la généralité des dispositions du Code civil (dont les termes sont d'ailleurs repris au premier alinéa de l'article L. 442-6-I C. com.) permet d'absorber certaines dispositions particulières du Code de commerce qui identifient de manière parfois pléonastique (« obtenir... un avantage... ne correspondant à aucun service », L. 442-6-I, 2°, a, « abuser de la relation... », L. 442-6-I, 2°, b) les comportements fautifs. La question peut alors être posée de l'utilité technique ou pédagogique de ces précisions (on relèvera que le choix de ne pas dresser une liste légale des comportements fautifs et de s'en tenir au dispositif général de l'article 1382 C. civ. a été opéré en matière de concurrence déloyale).

- Il apparaît ensuite qu'un comportement visé par un dispositif est souvent poursuivi sur le terrain d'autres dispositions :

- soit une disposition définissant une autre pratique restrictive de concurrence ; car il existe des dispositions redondantes à l'intérieur du titre IV et même à l'intérieur de certains articles du titre IV (à titre d'exemple peuvent être rapprochées les dispositions de l'article L. 442-6-I, 3° et L. 442-6-II, b).

- soit une disposition définissant une pratique anticoncurrentielle, lorsque le comportement en cause peut affecter la concurrence sur le marché (imposition de prix de revente par exemple).



Les membres du comité scientifique sont les suivants :

- M. Pierre Leclercq, président de la CEPC,
- M. Guillaume Cerutti, Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et ses services, notamment M. Joël Tozzi, chef du bureau des pratiques restrictives de concurrence et des affaires juridiques,
- M. Didier Ferrier, Professeur de Droit à l'Université de Montpellier,
- M. Daniel Mainguy, Professeur de Droit à l'Université de Montpellier,
- Mme Muriel Chagny, Professeur de Droit à l'Université de Versailles Saint-Quentin en Yveline,
- M. Georges Decocq, Professeur de droit à l'Université de Paris XII,
- M. Michel Glais, Professeur d'économie à Rennes I,
- M. Francis Delbarre, avocat honoraire,
- Mlle Corinne Solal, Secrétaire générale de la CEPC.