

**Commentaire de la jurisprudence (rapport annuel 2012/2013)**  
**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 (année 2012 pour el civil et le pénal), ce dossier aborde les différents aspects du titre IV du livre IV du code de commerce.

Madame le professeur Muriel CHAGNY, membre de la Commission et rapporteur pour celle-ci examine l'absence de service effectivement rendu ou manifestement disproportionné. Elle présente, en outre, les décisions qui ont été rendues sur le déséquilibre significatif.

Monsieur le professeur Didier FERRIER, également rapporteur pour la Commission, étudie les dispositions du titre IV du livre IV du code de commerce faisant l'objet d'une faible application.

**Article L. 442-6-I-2° a) du code de commerce devenu article L. 442-6-I-1° du code  
de commerce.**

**Obtention d'avantage en l'absence de service effectivement rendu ou  
manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu**

**Muriel CHAGNY**

L'article L. 442-6-I-2° a) du code de commerce, devenu l'article L. 442-6-I-1° après renumérotation par la loi LME, mais sans changement de rédaction, 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* ».

La tendance identifiée au cours de l'année 2011 se confirme en 2012 : alors qu'initialement, il semblait plus fréquemment mis en œuvre à l'initiative du ministre de l'Economie, ce texte - conforté en 2011 tant sur le plan constitutionnel qu'au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (QPC Cass. com. 15 février 2011, n° 10-21551 et Cass. com. 12 juillet 2011, n° 10-21551) - est désormais davantage utilisé par les entreprises elles-mêmes.

Contrairement à ce qui a pu être parfois soutenu, cette disposition ne se limite pas au secteur de la grande distribution, ni aux relations entre fournisseurs et clients (Paris, Pôle 5, Chambre 5, 4 octobre 2012, n° 11-12684).

Comme lors des années précédentes, les décisions rendues au cours de l'année 2012 ont concerné chacune des hypothèses appréhendées par le texte.

Sans revenir sur le cas de l'absence de tout service *ab initio* (v. par exemple, Paris, Pôle 5 ch. 5, 2 février 2012, n° 09/22350, statuant également sur l'hypothèse d'avantages disproportionnés), il convient de faire état du raisonnement suivi par une juridiction pour conclure au défaut d'exécution des services convenus, autrement dit à l'absence de services effectivement rendus. Après avoir relevé que la prestation litigieuse était prévue sous « une forme déterminée sur une période de temps arrêtée de manière précise », la cour d'appel retient que le prestataire devait « fournir exactement la prestation convenue, tant en ce qui concerne les modalités d'exécution, que la date de leur exécution, sauf à justifier d'un avenant à la convention souscrite par les parties » et en conclut que l'absence de réalisation des services aux dates convenues caractérise la violation du texte (Nîmes, ch. Com. 2 sect. B, 26 janvier 2012).

C'est cependant l'hypothèse, particulièrement délicate sur le plan probatoire, de l'avantage manifestement disproportionné qui retient l'attention au premier chef. En effet, après un arrêt de censure de la Cour de cassation en 2011 (Cass. com. 27 avril 2011, n° 10-13690), la démonstration de la disproportion manifeste entre l'avantage et la valeur du service rendu a donné lieu à plusieurs décisions intéressantes en 2012.

La cour d'appel d'Orléans (Orléans, 12 avril 2012, RG 11/02284), statuant sur renvoi après cassation, a adopté un raisonnement s'inscrivant dans le droit fil de l'arrêt de la Cour de cassation. La seule comparaison entre le prix payé par le fournisseur au titre du service rendu et le chiffre d'affaires réalisé pendant la période de promotion ne suffit pas à établir que la rémunération obtenue est manifestement disproportionnée au regard de la valeur du service rendu. Outre qu'il existe un aléa quant à la réussite d'une campagne de promotion, « (s)es effets ont vocation à s'étendre, notamment en termes de notoriété, au-delà de la période » au cours de laquelle elle a eu lieu.

Dans le cas particulier où le prestataire avait joué un rôle d'intermédiation, il a été jugé que la disproportion d'une rémunération ne saurait être déduite du fait que le bénéficiaire était susceptible d'avoir perçu une autre rémunération (auprès de l'autre partie auprès de laquelle il s'était également entremis) pour la même prestation (Paris, Pôle 5, Chambre 5, 4 octobre 2012, n° 11-12684).

De nouveau saisie d'un pourvoi formé à l'encontre d'une décision ayant admis l'existence d'une disproportion manifeste, la Cour de cassation a, cette fois, rendu un arrêt de rejet (Cass. com. 11 septembre 2012, n° 11-14620). Elle estime en effet que les juges du fond ont fait ressortir « l'absence de lien entre la valeur effective des services rendus et leur rémunération forfaitaire, manifestement excessive ». En l'occurrence, plusieurs éléments concordants avaient été relevés par la juridiction d'appel, parmi lesquels : le coût élevé des deux types de prestations « sans d'ailleurs que la différence entre les (elles) apparaisse nettement », le fait que la rémunération n'était pas déterminée en considération de la consistance des services rendus, mais en fonction d'un taux global arrêté préalablement et qui était « dénué de rapport avec la valeur réelle des prestations fournies ».

Enfin, un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris confirme que les méthodes comparatives ont les faveurs des juridictions appelées à se prononcer sur l'existence d'une disproportion

manifeste (Paris, Pôle 5 ch. 5 ; 2 février 2012, n° 09/22350). Il y est mentionné que les rémunérations sont établies à « des niveaux extrêmement élevés au regard de la consistance des services » présentant un « faible intérêt » pour leur bénéficiaire et que ces niveaux de prix sont « très contrastés d'un fournisseur à l'autre et sans rapport avec leur chiffre d'affaires respectifs avec le distributeur ». Il est également tenu compte de « l'écart considérable » entre le coût de revient des services rendus et les recettes obtenues en contrepartie. Il est encore indiqué que la tarification des services est très supérieure (de dix à vingt fois) aux prix pratiqués par les panélistes pour des prestations « non pas identiques mais néanmoins comparables ». A cet égard, la Cour considère qu'un écart particulièrement considérable (de 30.000 à 45.000 euro auprès des panélistes contre plus d'un million d'euros auprès du distributeur) « caractérise à lui seul l'existence d'une rémunération manifestement disproportionnée ».

**Articles L. 442-6-I-2° b) du code de commerce et L. 442-6-I-2 ° du code de commerce**

**De l'abus de la relation de dépendance, de la puissance d'achat ou de la puissance de vente au déséquilibre significatif**

**Muriel CHAGNY**

La loi LME a remplacé l'ancien article L. 442-6-I-2° b) C. com., considéré comme insuffisamment effectif, par une nouvelle disposition - l'article L. 442-6-I-2° C. com. - destinée à constituer un garde-fou efficace contre les abus dans la libre négociation. Cette succession de deux règles différentes a soulevé, au cours de l'année 2012, des difficultés d'application de la loi dans le temps (1). En dépit de son abrogation, l'ancienne règle visant les abus de la relation de dépendance a donné lieu à plusieurs décisions rendues à l'initiative des entreprises (2). Quant à la nouvelle règle sur le déséquilibre significatif, dorénavant confortée sur le plan constitutionnel (Conseil constitutionnel, 13 janvier 2011, QPC n°2010-85), sa mise en œuvre à l'initiative du ministre de l'Economie comme des entreprises a abouti à un nombre croissant de décisions (3).

**1) Les difficultés d'application de la loi dans le temps**

En l'absence de disposition transitoire dans la loi LME, les juridictions, qui ont dû trancher la question de savoir si la disposition abrogée ou la nouvelle règle étaient applicables aux litiges dont elles étaient saisies, ont statué en considération des principes généraux régissant l'application de la loi dans le temps.

En ce qui concerne la loi nouvelle, la solution apparaît nettement établie : les juridictions ont systématiquement refusé de faire application de l'article L. 442-6-I-2° C. Com. aux contrats conclus antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 dont ce texte est issu (T. com. Paris ch 6, 9 février 2012, n° 2010024988 ; Metz, ch. Com., 24 mai

2012, n° 11/01314 ; Nancy, Ch. Civ. 2, 31 mai 2012, n° 09/01190 ; Montpellier, ch. 2, 18 septembre 2012, n° 11/03272 ; v. déjà à ce propos, CEPC, « Application dans le temps de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 modifiant les dispositions du Titre IV du Livre IV du code de commerce relatives à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées », Rapport annuel d'activité 2010/2011, annexe 10, p. 44 et s.).

En revanche, les juridictions du fond apparaissent divisées en ce qui concerne la possibilité d'appliquer l'ancien article L. 442-6-I-2° b) C. com. D'un côté, il a été considéré que ce texte a été abrogé sans qu'un effet rétroactif soit attaché à cette abrogation, de sorte que ses dispositions « *en vigueur jusqu'au 4 août 2008, demeurent applicables aux faits survenus antérieurement à cette abrogation* » (Nîmes, Ch. Comm. 2, sect. B, 8 Mars 2012, n° 11/00692). De l'autre, il a été jugé que l'ancien article L. 442-6-I-2 b) du code de commerce « *ne peut désormais recevoir application et ce, que les faits en cause soient antérieurs ou postérieurs à son abrogation* » (Paris Pôle 5 Chambre 4, 27 juin 2012, n° 10-04245). La Cour de cassation pourrait être appelée dans le futur à trancher cette divergence jurisprudentielle.

## **2) L'ancienne règle visant les abus de la relation de dépendance, de la puissance d'achat ou de la puissance de vente**

Même si les affaires dans lesquelles ce texte abrogé est invoqué ont vocation à se tarir, les enseignements qu'elles comportent n'en présentent pas moins un intérêt notamment au regard de la caractérisation de l'abus.

En dépit de deux condamnations prononcées sur son fondement (Rouen, ch. Civ. 1, 12 Décembre 2012, N° 12/01200 et Paris, Pôle 5, ch. 5, 26 Janvier 2012), l'article L. 442-6-I-2° b) C. com. demeure d'une efficacité limitée.

S'agissant, tout d'abord, de la situation d'infériorité requise pour la mise en œuvre du texte, la relation de dépendance visée par cette disposition continue à être, dans la plupart des cas, assimilée à l'état de dépendance économique (v. Nîmes, Ch. Comm. 2, sect. B, 8 Mars 2012, n° 11/00692 et Paris, Pôle 5, ch. 6, 23 Février 2012, N° 08/15137 ; comp. cependant Rouen, ch. Civ. 1, 12 Décembre 2012, N° 12/01200, se référant à la relation de dépendance). Même si l'état de dépendance économique a parfois été caractérisé en s'affranchissant des critères exigés par la Cour de cassation transposant la solution adoptée pour l'interdiction des abus de dépendance économique condamnée en tant que pratique anticoncurrentielle (comp. Nîmes, Ch. Comm. 2, sect. B, 8 Mars 2012, n° 11/00692 et Cass. com. 23 octobre 2007, n° 06-14981), cette exigence préalable n'en limite pas moins le champ du contrôle susceptible d'être exercé via cette disposition (Paris, Pôle 5, ch. 5, 13 Septembre 2012, N° 08/16012 et Paris, Pôle 5, ch. 6, 23 Février 2012, N° 08/15137).

Ensuite et surtout, la seule situation d'infériorité, que ce soit sous la forme d'une relation de dépendance ou d'une puissance d'achat ou de vente, « n'est pas en elle-même fautive, au sens de l'article L.442-6,I, 2° b), du code de commerce », la démonstration d'un abus étant requise (Nîmes, Ch. Comm. 2, sect. B, 8 Mars 2012, n° 11/00692). L'appréciation du comportement adopté par l'auteur de la pratique litigieuse ne saurait, à cet égard, tenir compte du fait que celui-ci avait connaissance de la situation de dépendance économique de son partenaire. Ainsi a-t-il été jugé qu'un distributeur ne saurait ne voir reprocher sa politique d'achat effectuée en

référence au prix du marché plutôt qu'avec le souci de maintenir la marge commerciale de son fournisseur (v. Nîmes, Ch. Comm. 2, sect. B, 8 Mars 2012, n° 11/00692).

L'une des affaires dans lesquelles l'existence d'un abus a été retenue concerne des circonstances de fait assez caricaturales : en effet, l'un des contractants avait notamment la maîtrise des prix tant à l'achat qu'à la revente et s'immisçait dans la gestion de son fournisseur (Paris, Pôle 5, 26 janvier 2012).

Retient surtout l'attention le raisonnement suivi par deux Cours d'appel pour exclure, dans un cas, la violation de l'article L. 442-6-I-2° b), pour l'admettre, au contraire, dans l'autre dossier. C'est en relevant l'existence d'une contrepartie qu'une décision a pu exclure l'abus dans le cas d'une modification apportée à un contrat (Paris, Pôle 5, ch. 6, 23 Février 2012, N° 08/15137). Pour conclure à l'existence d'un abus, une autre décision a relevé que la stipulation litigieuse était en contradiction directe avec l'économie générale du contrat et qu'elle conférait à son bénéficiaire un avantage excessif, déséquilibrant ainsi les obligations respectives des parties (Rouen, ch. Civ. 1, 12 Décembre 2012, N° 12/01200). Ce mode de raisonnement n'est pas sans rappeler celui suivi par certaines juridictions appelées à mettre en œuvre la nouvelle disposition appréhendant le déséquilibre significatif.

### **3) Les enseignements relatifs à la nouvelle règle sur le déséquilibre significatif**

Même si les principes de droit transitoire ont parfois conduit les juridictions, devant lesquelles était invoqué l'article L. 442-6-I-2° du code de commerce, à écarter d'emblée son application, certaines décisions rendues au cours de l'année 2012 n'en sont pas moins porteuses d'enseignements, sauf à observer qu'elles émanent des juridictions du fond et qu'aucun arrêt de la Cour de cassation n'a été rendu pour le moment.

Ces enseignements concernent, pour les uns, le domaine d'application du texte (a) et, pour les autres, la définition et la caractérisation de la pratique contraire à l'article L. 442-6-I-2° du code de commerce (b).

#### **a) Le domaine d'application de l'article L. 442-6-I-2° du code de commerce**

S'agissant des obligations susceptibles d'être contestées, il se confirme que le texte, qui vise « *des obligations* » sans autre précision, est susceptible d'être mis en œuvre dans des hypothèses diverses, depuis la clause de non-concurrence postcontractuelle à une indemnité de résiliation en passant par le montant du prix convenu ou encore une clause de reprise des invendus.

S'il semble bien établi que la règle sur le déséquilibre significatif peut être appliquée bien au-delà du seul secteur de la distribution (v. par exemple, à propos de relations entre des avocats exerçant à titre libéral, Angers, ch. 1, section A, 24 avril 2012, n° 11/015), la notion de « partenaire commercial » semble partager les juridictions du fond. Ainsi, une cour d'appel a-t-elle indiqué que l'application du texte suppose l'existence d'un partenariat économique entre les parties » pour en conclure que celui-ci « ne peut utilement être invoqué dans les rapports bailleur-preneur » (Nancy, 2e ch. Civ. 31 mai 2012, n° 09/2012). De même, a-t-il pu être estimé que la qualification de partenaire commercial « suppose une certaine continuité » avant

de considérer que tel n'est pas le cas lorsque « les parties (sont) seulement liées par deux contrats ponctuellement souscrits pour le financement d'équipements particuliers de surveillance » (Lyon, ch. Civ. 1 A, 10 mai 2012, n° 10/08302). D'autres juridictions, tout au contraire, ont retenu une acception large, estimant, en réponse à l'argument tiré de l'absence de relation contractuelle entre les parties, que l'article L. 442-6-I-2° du code de commerce « vise de façon générale les partenaires commerciaux sans instaurer la moindre réserve concernant la nature ou la forme de leurs relations commerciales » (Douai, ch. 2, section 1, 13 septembre 2012, n° 12/02832).

## **b) La pratique contraire à l'article L. 442-6-I-2° du code de commerce**

Bien que l'article L. 442-6-I-2 du code de commerce, visant 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 », définisse la pratique interdite à partir du comportement de son auteur et du résultat recherché ou obtenu, les jugements et arrêts rendus en 2012 retiennent principalement l'attention pour les développements consacrés au déséquilibre significatif.

Plusieurs décisions semblent avoir retenu un raisonnement inspiré par celui adopté initialement par le Tribunal de commerce de Lille, dans son jugement du 6 janvier 2010. Ainsi a-t-il été observé que le contrat mettait à la charge du cocontractant des obligations qui n'étaient pas les siennes, ceci sans compensation par d'autres clauses (T. com, Bobigny, 26 mai 2012). De même, l'existence d'un déséquilibre significatif a été exclue en présence d'une contrainte inhérente à la clause considérée comme « minimale » et alors que la clause était assortie d'avantages et de contrepartie (Toulouse, ch. 2, sect. 2, 10 janvier 2012, n° 10/01200). Cependant, le déséquilibre significatif a également été caractérisé en soulignant, à partir de différents éléments, que la clause conférait à son bénéficiaire un pouvoir discrétionnaire d'appréciation, conférant un avantage créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations (T. com Bobigny, 26 mai 2012).

Il est encore possible d'observer que des juridictions semblent intégrer à leur raisonnement une prise en compte des effets de la clause litigieuse, que ce soit pour conclure à l'absence de déséquilibre significatif (Lyon, ch. 3 A, 13 janvier 2012, n° 10/08521) ou, à l'inverse, à l'existence d'un tel déséquilibre (T. Com. Bobigny, 26 mai 2012). Il arrive aussi que des juridictions prennent appui sur le droit des obligations et la jurisprudence civile (Besançon, 19 décembre 2012, n° 11/02445 ; v. déjà Bordeaux, 21 novembre 2011, RG 10-02746), ou se réfèrent aux usages commerciaux pour apprécier l'existence d'un déséquilibre significatif (Toulouse, ch. 2, sect. 2, 10 janvier 2012, n° 10/01200).

La question de savoir si le déséquilibre significatif doit donner lieu à une appréciation clause par clause ou bien à l'échelle du contrat dans son ensemble a continué, au cours de l'année 2012, à recevoir des réponses variées selon les espèces et les juridictions.

S'agissant du comportement, le jugement du tribunal de commerce de Lille en date du 6 janvier 2010 semble avoir également inspiré une partie des décisions ultérieures. Ainsi, la similitude dans la rédaction des clauses litigieuses a-t-elle été relevée pour considérer que cela démontre plutôt l'absence de négociation et l'adhésion contrainte à des conditions prédéfinies (T. com. Bobigny, 26 mai 2012).

## **Nullité des clauses ou contrats contraires à l'article L. 442-6 du code de commerce**

La nullité des clauses ou contrats contrevenant à l'article L. 442-6 du code de commerce peut être prononcée en application des II et III de cette disposition qui envisage expressément cette sanction (1). Par ailleurs, la victime d'une pratique contraire à l'article L. 442-6-I peut demander la nullité sur le fondement du droit commun (2).

### **1) La nullité expressément prévue par l'article L. 442-6 du code de commerce**

Si l'article L. 442-6 du code de commerce prévoit expressément le prononcé de la nullité des clauses et contrats vecteurs des pratiques énumérées en son II, l'année 2012 confirme que ces dispositions suscitent peu de contentieux (Paris, Pôle 5, ch. 5, 24 mai 2012, n° 09/10725 et Aix-en-Provence, ch. 2, 20 décembre 2012, n° 10/18506).

Au contraire, comme les bilans de jurisprudence le montrent, le ministre de l'Economie a fait usage de la faculté qui lui est reconnue de « faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu » pour toutes les pratiques mentionnées à l'article L. 442-6 du code de commerce.

Ces prérogatives ont fait l'objet de contestations tant sur le plan constitutionnel qu'au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Après la Cour de cassation (Cass. com., 8 juillet 2008, n° 07-16.761 et n° 07-13.350) et le Conseil constitutionnel (Cons. constit., 13 mai 2011), la Cour européenne des droits de l'homme a dû, à son tour, se prononcer au cours de l'année 2012. Dans son arrêt du 17 janvier 2012 (CEDH, 5<sup>e</sup> sect., 17 janvier 2012, n° 51255/08), elle rejette le recours et conforte la disposition critiquée. Pour ce faire, elle indique que le ministre « agit avant tout en défense de l'ordre public économique » et que les cocontractants « disposent d'un droit de recours autonome à celui du ministre et vice versa ». S'agissant de la nécessité d'informer les cocontractants de l'exercice de l'action – que le Conseil constitutionnel a affirmée dans une réserve d'interprétation –, la Cour indique que cette obligation « est justifiée par un impératif de protection des fournisseurs » avant de préciser qu'à supposer cette exigence non satisfaite, il n'est pas démontré pour autant que cela aurait causé un préjudice quelconque dans le chef de la requérante, celle-ci ayant la faculté d'attirer ses cocontractants à l'instance.

### **2) La nullité prononcée sur le fondement du droit commun en cas de contrariété à l'article L. 442-6-I du code de commerce**

Bien que l'article L. 442-6-I ne mentionne que l'engagement de la responsabilité civile de l'auteur de la pratique, la possibilité pour la victime d'une des pratiques énoncées par ce texte de demander la nullité de la clause ou du contrat contraire à l'une de ces règles a été admise, sur le fondement du droit commun, au cours de l'année 2012.

Retient tout particulièrement l'attention la décision par laquelle une Cour d'appel considère qu'une clause à l'origine d'un déséquilibre significatif, est « contraire aux dispositions d'ordre public de l'article L442-6-1 2° » et en conclut qu'elle « doit être réputée non écrite » (Rouen, ch. Civ. 1, 12 Décembre 2012, N° 12/01200). Si l'on ne peut manquer d'effectuer un

rapprochement avec la sanction expressément prévue par l'article L. 132-1 du code de la consommation, il est permis de voir dans le prononcé d'une forme de nullité partielle une confirmation de la solution déjà posée par la jurisprudence en ce qui concerne la rémunération des services en contravention à l'article L. 442-6-I-1° du code de commerce (v. par exemple, Paris, Pôle 5 ch. 5, 24 mars 2011, Nîmes 25 Février 2010 ou encore, de façon implicite, Paris, Pôle 5, Chambre 5, 4 octobre 2012, n° 11-12684).

Il convient également de noter que la Cour de cassation, devant laquelle était critiquée une décision ayant prononcé, à la demande de l'un des contractants, la nullité de contrats de coopération commerciale contraires à ce texte en prenant appui sur l'article 1131 du code civil (Paris, Pôle 5 ch. 5, 24 mars 2011), a eu à se prononcer sur le délai de prescription applicable. Rejetant à cet égard aussi bien le pourvoi principal que le pourvoi incident, elle approuve nettement l'arrêt d'avoir « exactement » retenu que « la prescription de dix ans énoncée par [l'article L. 110-4 du code de commerce] s'applique aux demandes fondées sur la nullité d'ordre public économique des contrats de coopération commerciale ».

**Les dispositions du titre IV du livre IV du Code de commerce  
faisant l'objet d'une faible application**

**Didier FERRIER**

*Professeur émérite de l'Université de Montpellier*

1. L'inventaire des décisions judiciaires connues qui ont été rendues, à l'initiative d'opérateurs économiques sur le fondement du titre IV du Livre IV du Code de commerce, fait apparaître depuis les premières études réalisées par la CEPC, une faible application ou une absence d'application de certaines dispositions.

L'examen des décisions correspondant à la période du 1<sup>er</sup> janvier 2012 au 31 décembre 2012 conforte ce constat.

2. Certaines dispositions ne sont pas ou sont peu appliquées du fait de leurs conditions de mise en œuvre.

- L'article L.442-2 qui sanctionne la revente à perte n'a fait l'objet d'aucune application. Cette absence d'application peut s'expliquer par l'abaissement considérable du seuil de revente à perte qui ne correspond plus depuis la réforme du 4 août 2008 à l'objectif de protéger les acteurs économiques contre la concurrence excessive de ceux qui ont les moyens pécuniaires (réserves suffisantes) ou commerciaux (« îlot de perte dans l'océan des profits ») de supporter des pertes là où les autres attendent des profits. La question devrait alors être posée du maintien de la condamnation de ces pratiques (comme le suggère l'arrêt de la CJUE du 7 mars 2013, n° C-343/12) au demeurant largement tolérées comme le montrent les exceptions de l'article L.442-4 qui soulignent, en creux, le caractère anormal et déloyal d'une revente à perte en l'absence de telles justifications.



- L'article L.442-6-I, 4° qui sanctionne la menace de rupture brutale a fait l'objet de 5 décisions. Cette faible application peut s'expliquer par la difficulté d'établir la preuve d'une telle menace lorsqu'elle n'est pas suivie d'effet et, corrélativement, par le risque pris à l'occasion de la mise en cause de l'auteur supposé ; on comprend que le dispositif soit généralement invoqué en complément de l'article L.442-6-I, 5° sur la rupture brutale et donc lorsque la rupture est intervenue.

- L'article L.442-6-I, 3° qui sanctionne l'obtention d'un avantage condition préalable à la passation de commande sans engagement écrit fait l'objet de 2 décisions. Cette très faible application peut s'expliquer par la difficulté d'établir l'absence de contrepartie ; au demeurant est aussi peu appliqué, pour la même raison, le dispositif analogue de l'article L.442-6-II, b) qui sanctionne la clause imposant le paiement d'un droit d'accès au référencement (1 décision).

3. Certaines dispositions sont peu appliquées du fait de leur redondance avec d'autres dispositifs que les parties victimes peuvent plus facilement invoquer et les juges plus facilement appliquer.

- L'article L.442-6-I, 6° qui sanctionne la violation de la revente hors réseau fait l'objet d'une application toujours faible (7 décisions) en regard du nombre de litiges dans ce domaine. Les victimes préfèrent invoquer le dispositif de droit commun de l'article 1382 C. civ. (responsabilité civile délictuelle) qui permet de poursuivre comme « tiers complice » le revendeur extérieur au réseau qui a participé, en s'approvisionnant auprès d'un membre du réseau, à la violation de l'obligation pesant sur ce dernier de ne revendre qu'à un consommateur ou un autre membre du réseau.

- L'article L.442-5 qui sanctionne l'imposition de prix de revente a fait l'objet de 3 décisions. Cette faible application peut s'expliquer par le caractère très rarement isolé de cette pratique qui s'inscrit le plus souvent dans le cadre d'une entente relevant de l'article L.420-1 (parfois d'un abus de domination relevant de l'article L.420-2).

4. D'autres dispositions font également l'objet d'une faible application pour des raisons qui peuvent tenir à l'absence d'intérêt commercial à agir pour la victime placée en situation d'infériorité et souhaitant le maintien de la relation commerciale, mais qui peuvent aussi tenir à l'absence de comportements condamnables comme le révèlent d'ailleurs les décisions de rejet lorsque le grief est invoqué ou à l'utilisation d'autres dispositions notamment celles de l'article L. 442-6-I, 2° sur le déséquilibre significatif.

A ce titre on relèvera la très faible application des articles :

- . L.442-6-I, 7° sur la soumission à des conditions de règlement abusives (2 décisions) ;
- . L.442-6-I, 8° sur le retour de marchandises ou l'application de pénalités d'office (1 décision) ;
- . L.442-6-I, 9° (1 décision) et L.441-6 (2 décisions) sur la non communication de conditions générales ;
- . L.442-6-II, a) sur la clause imposant l'octroi de remises rétroactives (1 décision).

5. Il ressort de cet inventaire que les conclusions déjà avancées lors de précédents rapports sur la faible application de certaines dispositions peuvent être ici reprises.

Ainsi, entre la conclusion optimiste sur la parfaite efficacité du dispositif qui aurait conduit à éliminer les pratiques visées, et la conclusion pessimiste sur l'inefficacité du dispositif qui ne permettrait pas de sanctionner les pratiques condamnables (particulièrement en raison de la difficulté technique tenant à la compréhension du dispositif ou à la discrétion de la pratique, et commerciale tenant au risque de voir la relation rompue ou à la difficulté de rapporter la preuve), une conclusion nuancée peut être retenue.

6. D'une part, il apparaît que si certaines pratiques ne semblent pas ou plus mises en œuvre par les acteurs économiques (la revente à perte en est un exemple), d'autres sont poursuivies et sanctionnées sur le fondement de dispositions de droit commun ou d'autres dispositions de droit de la concurrence.

. Sur le terrain des articles 1382 et 1383 du Code civil :

- S'agissant des 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 depuis longtemps, dans un domaine voisin, la jurisprudence en matière de publicité trompeuse).
- S'agissant des pratiques civilement sanctionnables, 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 à cet égard 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., qui a été opéré en matière de concurrence déloyale, permet de sanctionner efficacement ces comportements).

. Sur le terrain d'autres dispositions du titre IV :

- Soit une disposition définissant une autre pratique restrictive de concurrence, car il existe plusieurs dispositions redondantes au sein même du Titre IV. Ces redondances s'expliquent par le besoin initial de stigmatiser de manière précise et systématique les pratiques les plus fréquemment dénoncées dans les relations entre fournisseur et distributeur : « corbeille de la mariée », « globalisation des ristournes », « déréférencement abusif », « fausses coopérations commerciales »... Les nombreuses décisions qui ont illustré leur condamnation rendent cette démarche pédagogique désormais inutile.

Ces pratiques sont aujourd'hui trop connues pour que les acteurs économiques se risquent à les mettre en œuvre.

Au demeurant, ces pratiques ayant toujours pour objectif de créer à l'avantage de l'une des parties un déséquilibre dans la relation, elles pourraient être condamnées sur le seul terrain de l'article L. 442-6-I, 2°.

L'analyse jurisprudentielle faite par la Faculté de Montpellier pourrait nourrir une recherche permettant de révéler les simplifications pertinentes.

- Soit une disposition définissant une pratique anticoncurrentielle (Titre II ; art. L. 420-1 et s.), lorsque le comportement en cause est susceptible d'affecter la concurrence sur le marché (en particulier l'imposition de prix de revente qui est, généralement et facilement, assimilée à une entente sur les prix).

7. D'autre part, il apparaît un développement progressif de certains contentieux.

On constate en particulier un accroissement dans l'application de dispositions jusque là peu invoquées : l'article L.441-3 relatif à la facturation (25 décisions) et l'article L.441-6 relatif aux pénalités de retard (49 décisions).

. S'agissant de l'article L. 441-3 relatif à la facturation, l'analyse de la Faculté de Droit de Montpellier montre qu'il est le plus souvent invoqué par des débiteurs cherchant uniquement à échapper au paiement de leur dette. Les juges estiment alors, à juste titre, que le non respect des prescriptions formelles ne remet pas en cause la validité de la créance. On observera que ce contentieux pourrait aussi incliner au respect de ces prescriptions dans la mesure où les juges d'une part relèvent la non-conformité de la facture comme de nature à justifier le rejet d'une demande de paiement provisionnel, d'autre part relèvent la conformité de la facture comme justifiant la réalité de la créance et la condamnation du débiteur récalcitrant à des dommages-intérêts.

. S'agissant de l'article L. 441-6 dans les dispositions relatives aux pénalités de retard, l'analyse de la Faculté de Droit de Montpellier montre qu'elles sont de plus en plus souvent invoquées pour obtenir l'application de ces pénalités en l'absence de précisions dans les conditions contractuelles ou en l'absence de rappel adressé au débiteur.

Cette évolution dans l'application de certains textes jusque là peu invoqués pourrait toucher d'autres dispositifs et notamment l'article L.441-7 relatif à la convention récapitulative.

Ce dernier dispositif apparaît encore peu appliqué, tout au moins à l'initiative des opérateurs économiques (3 décisions au demeurant toutes de rejet). Il pourrait cependant faire désormais l'objet d'un contentieux abondant à l'occasion de la discussion des conditions initiales ou annuelles de l'établissement des relations et à l'occasion des modifications qui leur seraient apportées en cours d'application (évolution tarifaire notamment).

8. Il peut être déduit de cette rapide synthèse des dispositions les moins appliquées que, pour assurer le respect et la bonne application du Titre IV du Livre IV gouvernant les relations commerciales, le temps doit être laissé aux acteurs économiques mais également aux juges de prendre la mesure de ses dispositions. A cette fin, il est avant tout besoin de l'intelligence des premiers, de la prudence des seconds et de la patience du législateur avant toute nouvelle réforme.