

Un an de droit des contrats de distribution

Chronique réalisée par le Master de droit privé des contrats de l'Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, Sous la direction de Muriel Chagny, Agrégée des Facultés de droit et sous la coordination d'Hélène Adrian, Allocataire-moniteur



Muriel Chagny

Les contrats de distribution, au carrefour de plusieurs disciplines, forgent le droit vivant des contrats, ainsi qu'en témoigne l'actualité tant législative que jurisprudentielle. En raison des restrictions apportées au jeu de la concurrence, ils subissent au premier chef l'emprise du droit de la concurrence, que les règles soient communautaires ou internes.

Ainsi, la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs (1) comporte, en son Titre I^{er}, des dispositions relatives à la modernisation des relations commerciales qui, abaissant le seuil de revente à perte et imposant un nouveau formalisme, concerne à n'en pas douter les relations de distribution.

Du côté des décisions rendues par les organes français au cours de l'année 2007, leur nombre est tel qu'il serait vain de prétendre dresser un panorama exhaustif. Des choix ont par conséquent été faits qui, s'ils n'échappent pas au subjectivisme inhérent à toute sélection, ont néanmoins été dictés par le souci de mettre l'accent, soit sur des difficultés récurrentes, soit sur des problèmes plus nouveaux, ceci afin de refléter les grandes tendances de l'année écoulée ici examinées de manière chronologique.

Pour donner lieu à une solution bien établie, la sanction civile du non-respect de l'obligation précontractuelle d'information prévue par la loi Doubin n'en doit pas moins donner lieu à des rappels réguliers de la Cour de cassation à destination des juges du fond, ce qui conduit à envisager, tout d'abord, **la naissance du contrat de distribution (I)**.

Le contrôle exercé sur le fondement du droit de la concurrence se prolonge ensuite au cours de **la vie du contrat de distribution (II)**. L'année 2007 a été marquée par une « chasse » aux prix imposés de revente, engagée sous l'impulsion du Conseil de la concurrence et relayée par la Cour d'appel de Paris, « chasse » dont témoigne encore la toute récente et médiatique décision dans l'affaire des jouets (2). Cela étant, certaines pratiques contractuelles autres que tarifaires ont également retenu l'attention de l'autorité de concurrence. Tel est le cas des stipulations destinées à réserver une clientèle ou encore des clauses de non-concurrence postcontractuelle, mais aussi de la rencontre entre distribution sélective et commercialisation par Internet. Dans un contexte post et prélegislatif relatif aux fameuses marges arrière, une place méritait d'être réservée à la décision de la Chambre

commerciale de la Cour de cassation concernant le contrat de coopération commerciale conclu entre un grand distributeur et ses fournisseurs.

La fin de la relation de distribution (III) retient encore et toujours l'attention, tant il est vrai que la rupture est toujours ressentie douloureusement par celui qui la subit. Le contentieux en la matière semble inextinguible et a donné lieu à plusieurs décisions de la Cour de cassation. Celles-ci concernent soit la possibilité de rupture abrégée des contrats de distribution établis conformément au règlement d'exemption automobile, soit la rupture brutale des relations commerciales établies.

I. La naissance du contrat de distribution

Cass. com., 20 mars 2007, n° 06-11 290, F D, Sté Prodim et a. c/ Yonnet (3)

Si les grands remèdes accompagnent le plus souvent les grands maux, l'absence de nullité automatique attachée à l'inexécution de l'obligation précontractuelle d'information du franchiseur ne confère-t-elle au dispositif mis en place par la loi DOUBIN que l'efficacité d'un « placebo » ?

Après que le franchisé ait longtemps souffert les coups d'une jurisprudence qui mettait à sa charge, du seul fait de sa qualité de professionnel, un devoir de se renseigner (4), le législateur, diagnostiquant le besoin de corriger le déséquilibre ainsi créé, lui ordonna une thérapie par les mots : introduite par la loi du 31 décembre 1989, l'obligation précontractuelle d'information, consacrée à l'article L. 330-3 du Code de commerce, devait ainsi immuniser le franchisé contre les engagements inconsiderés.

La mise en œuvre de ce dispositif est subordonnée au respect d'un certain formalisme, l'exécution de cette obligation devant se matérialiser, dans les conditions prévues par le décret du 4 avril 1991, par la remise d'un document écrit comportant les éléments permettant à son destinataire de « s'engager en connaissance de cause », dans un délai de vingt jours « minimum » avant la conclusion du contrat. Si une sanction pénale est prévue, sous la forme d'une contravention de cinquième classe, le texte reste, en revanche, étonnamment muet sur les sanctions civiles applicables en cas de non-respect du mécanisme institué. Se pose en particulier la question de savoir si le prononcé

1) *J.O* n° 3 du 4 janvier 2008, p. 258.

2) *Cons. conc.*, n° 07-D-50, 20 décembre 2007.

3) Hélène ADRIAN, Master recherches de Droit privé des contrats, Allocataire-Moniteur.

4) *Cass. com.*, 25 février 1986 *Turco*, *Bull. civ. IV* n° 33, p. 28 ; *RTD.civ.* 1987, p.85, obs. J. MESTRE ; *RTD.civ.* 1987, p. 287, p. 246, obs. J. HEMARD ; *Com.* 10 février 1987 *Couturier*, *Bull. civ. IV*, n° 41, p. 31 ; *JCP.* 1988, éd. G., II, 20995.

de la nullité doit automatiquement s'abattre sur le contrat conclu en méconnaissance de l'article L. 330-3 du Code de commerce.

Craignant visiblement le surdosage du traitement préventif ainsi administré, l'arrêt rendu le 20 mars 2007 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation répond à cette question par la négative, lui préférant, à l'image de la jurisprudence antérieure, une médecine plus douce.

En l'espèce, un salarié, sans expérience dans la gestion d'entreprise, décida de prendre contact avec un franchiseur et son distributeur en vue de conclure des contrats de franchise et d'approvisionnement portant sur l'exploitation d'un magasin d'une chaîne de supermarchés. Ces derniers lui firent parvenir, conformément à la loi Doubin, un « avant-contrat » décrivant les différents éléments du contrat et une étude de marché, préalablement à la signature de l'accord. La communication de ce document étant néanmoins tardive, le franchisé, finalement déçu de l'opération réalisée, demanda l'annulation des accords conclus sur le fondement de l'article L. 330-3 du Code de commerce.

Constatant qu'il n'était pas « vraisemblable » que le document précontractuel d'information prévu par les textes lui ait été remis dans le délai légal, la Cour d'appel de Caen, après avoir recherché si cette irrégularité avait vicié son consentement, en déduisit que ce dernier « n'avait pu s'engager en connaissance de cause ». Il s'ensuivait, selon les juges du fond, que les contrats de franchise et d'approvisionnement conclus entre le franchisé et le franchiseur devaient être annulés.

Sur pourvoi formé par le franchiseur, la Haute juridiction, après avoir énoncé qu'« en déduisant un vice du consentement du seul manquement du franchiseur à son obligation d'information, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision », casse et annule, sans surprise, l'arrêt d'appel.

Il est vrai que la jurisprudence affirme avec constance, depuis l'arrêt « Sté Ed le maraîcher » du 10 février 1998 (5), que l'omission de l'information précontractuelle imposée par la loi du 31 décembre 1989 n'entraîne la nullité du contrat que si elle a eu pour effet de vicier le consentement du débiteur de l'exclusivité, vérification qu'il appartient aux juges du fond d'effectuer dans chaque espèce. Ainsi, la simple constatation d'une non conformité entre l'exécution de son obligation précontractuelle par le franchiseur et le dispositif légal ne permet pas, en l'absence de preuve d'un vice du consentement, d'emporter la nullité du contrat. C'est pourquoi la Haute juridiction reproche à la Cour d'appel d'avoir entaché la seconde partie de son raisonnement d'un manque de base légale, la seule impossibilité dans laquelle s'était trouvé le franchisé, « faute de remise du document dans les délais », de faire réaliser une contre étude de marché prévue à l'avant-contrat, ne faisant pas échec à un engagement « en connaissance de cause ». Cette solution, déjà initiée dans une affaire similaire au cours de laquelle un franchisé s'était vu remettre le

document précontractuel quatorze jours avant la signature du contrat, au lieu des vingt prévus (6), semble d'autant plus justifiée en l'espèce que la date de communication des documents n'avait pu être établie avec certitude par les juges du fond.

Associé au visa de l'article L. 330-3 du Code de commerce, le laconisme de la formule employée par la Cour de cassation dans cet arrêt entonne un véritable rappel à l'ordre à destination des juges du fond. L'arrêt du 20 mars 2007 consolide le terme mis par la jurisprudence récente aux hésitations antérieures concernant le sort de l'inexécution de l'obligation précontractuelle d'information. La solution, qui mérite dans son ensemble l'approbation, n'en suscite pas moins quelques « doutes » qu'il convient de relever.

En premier lieu, si l'arrêt du 20 mars 2007 affirme à juste titre qu'un vice du consentement ne peut être déduit du simple manquement, par son débiteur, à son obligation précontractuelle d'information, il laisse irrésolue la question controversée de la charge de la preuve de ce vice. Ainsi, appartient-il au demandeur de prouver, dans les conditions du droit commun, l'existence d'une erreur, d'un dol ou d'une violence, ou incombe-t-il au contraire au défendeur ayant méconnu les formalités de la loi DOUBIN d'établir leur absence ? Alors que cette seconde hypothèse a recueilli les faveurs de certaines juridictions (7), et qu'une partie de la doctrine forme le vœu de voir l'admission du vice facilitée, dès lors que le non respect de l'article L. 330-3 du Code de commerce peut être invoqué (8), on ne peut que regretter le silence de la Cour de cassation sur le sujet.

L'arrêt du 20 mars 2007 confirme, en second lieu, que l'exécution tardive de l'obligation d'information précontractuelle ne fait pas échec à ce que le franchisé s'engage en connaissance de cause. Bien que cette solution ait l'avantage d'éviter la création d'un nouveau terrain favorable à l'émergence des nullités prétexte, elle recèle un inconvénient majeur : ne peut-on craindre, en effet, que dans la pratique, la communication des informations rendues nécessaires à l'effectivité du consentement ne soit plus exécutée, à l'image de la nullité qui l'accompagne, que de manière facultative ?

En dépit de l'ensemble des hésitations permises, la solution rendue par la Chambre commerciale de la Cour de cassation dans l'arrêt du 20 mars 2007 doit être saluée. Là où le consommateur bénéficie d'une véritable présomption d'ignorance dans ses relations avec le professionnel (9), le professionnel ne saurait, du seul fait de cette qualité, qu'être présumé connaître les informations nécessaires à son activité dans ses rapports d'affaires. S'il devient coutume de faire rimer efficacité et nullité systématique, il faut alors féliciter le dispositif introduit par la loi du 31 décembre 1989 à l'article L. 330-3 du Code de commerce de rappeler qu'elle rime, aussi, avec subtilité. En faisant prévaloir l'exigence de la preuve d'un vice du consentement sur la méconnaissance de l'obligation d'information précontractuelle, la jurisprudence vaccine le contentieux relatif

5) *Bull. civ.* IV, n° 252, p. 220 ; *cont. conc. cons.* 1998, com. 55, note L. LEVENEUR ; *D.* 1998, somm. p. 334, obs. *D.*, FERRIER ; *Defr.* 1998, p. 733, obs. Ph. DELEBECQUE.

6) *Cass. com.*, 14 juin 2005 *Epoux X c/ Sté Prodim, RDC.* 2005, p. 1133, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS.

7) *Cass. com.*, 4 février 2004, *RDC.* 2004, p. 729, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS.

8) Voir notamment M. BEHAR-TOUCHAIS, G. VIRASSAMY, *Traité des contrats, Les contrats de la distribution, LGDJ*, 1999, p. 51, n°70.

9) Voir notamment, *Cass. 1^{ère} civ.*, 1^{er} mars 2005, *Bull. civ. I*, n° 109 ; *JCP.* 2005, éd. G., II, 10164, note E. BAZIN.

10) Alexandra BERTRAND, Master recherches de Droit privé des contrats, Allocataire-Moniteur.

11) Art. 1 de l'Ord. 86-1243 du 1^{er} décembre 1986.

12) Art. 81§1 T CE ; art. L. 420-1 du C. com. En outre, les clauses de prix imposés comptent parmi les restrictions caractérisées qui soustraient l'accord au bénéfice de l'exemption par catégorie (art. 4.a) du règlement CE 2790/99 du 22 décembre 1999.

13) T. GARNIER, Prix imposés, prix conseillés : le contrat de franchise à l'épreuve du droit de la concurrence, *RTD. com.* 1991, p. 357.

14) Les trois éléments du faisceau d'indices sont la connaissance par les distributeurs des prix de vente au détail souhaités par le fournisseur ; une police des prix les incitant à se soumettre à l'entente et enfin une application significative de ces prix par les distributeurs.

à la loi DOUBIN contre la menace d'une contamination certaine : privé de la possibilité de voir sa mauvaise foi récompensée par l'annulation du contrat, le professionnel ne peut plus, à la manière d'un malade imaginaire, aimer mieux « *un vice commode à une fatigante vertu* ».

II. La vie du contrat de distribution

A. L'imposition des prix de revente

La traque aux pratiques d'imposition des prix de revente, entreprise par le Conseil de la concurrence, s'est poursuivie en 2007. Elle a par ailleurs été relayée par la Cour d'appel de Paris saisie de recours dans plusieurs affaires.

Cons. conc., décision n° 07-D-04 du 24/01/2007, pratiques mises en œuvre par le réseau de franchise Jeff de Bruges (10)

Incorporé à un réseau de franchise, le savoureux mélange d'une communication des tarifs minimum souhaités par la tête de réseau et d'un alignement significatif de ces prix par ses membres, assure le succès de l'entente anticoncurrentielle de prix imposés. Mais cette recette n'est pas du goût du Conseil de la concurrence et sa décision rendue le 24 janvier 2007 le démontre.

La libre détermination des prix par le jeu de la concurrence, affirmée à l'article L. 410-2 du Code de commerce (11) et chère aux autorités de contrôle françaises et communautaires, suppose de proscrire tout accord entre opérateurs visant à fixer, de manière directe ou indirecte, les prix d'achat ou de vente d'un produit ou d'un service (12). Pour autant, il convient de souligner toute la difficulté de concilier cette prohibition des ententes anticoncurrentielles avec la nature des rapports contractuels liant un franchiseur à ses franchiseés (13). Les autorités de la concurrence s'efforcent ainsi de préserver un minimum de liberté commerciale des distributeurs dans un cadre contractuel qui tend, inévitablement, à la restreindre. A l'évidence, l'imposition par un franchiseur de prix *minima* à ses franchiseés est illicite. En revanche, la simple communication de tarifs *maxima* conseillés demeure dans le giron des pouvoirs du chef de réseau et ne sera pas sanctionnée. Mais l'on ne peut manquer de s'interroger sur la netteté de cette frontière entre prix conseillés et prix imposés. Partant, la tentation est grande pour les fournisseurs d'en tirer parti en incitant fortement leurs distributeurs à un alignement des prix, sans pour autant leur enjoindre de s'y conformer. La différence tient donc à la subtile distinction entre l'*incitatif* - qui est autorisé - et le *directif* - qui est prohibé -. Et si le prix conseillé n'est, certes, pas illicite, c'est à la seule condition de ne pas dissimuler un prix imposé, comme le rappelle le Conseil dans cette décision.

Cette affaire, dans laquelle il est reproché au franchiseur de la célèbre marque de chocolat

belge de fournir à ses franchiseés des prix indicatifs conseillés, correspondant en réalité à des prix minimum imposés, conduit à revenir sur la caractérisation d'une entente verticale anticoncurrentielle, répréhensible au regard de l'article L. 420-1-2° du Code de commerce. Elle est d'autant plus intéressante que le Conseil de la concurrence se livre à la vérification de l'existence de l'entente, à partir des comportements des parties dans un cas, à partir des stipulations contractuelles dans l'autre.

D'un côté, le Conseil de la concurrence réfute la qualification d'entente de prix imposés dans le domaine des ventes au détail pratiquées en magasin. Ce n'est pas tant la clause du contrat posant le principe de la liberté des franchiseés dans la fixation des prix, et derrière laquelle s'abrite le franchiseur, qui est déterminante de cette solution, mais plutôt le constat de l'inexistence d'une police des prix. Du reste, le Conseil, tout en écartant l'incrimination d'imposition de prix, enjoint au fournisseur de rappeler dans tous les documents diffusés auprès de ses cocontractants, que les prix sont des « *maxima conseillés* ». En l'absence d'une police des prix, qui constitue l'un des éléments du faisceau d'indices graves, précis et concordants (14) établissant l'entente sur les prix à partir du comportement des fournisseurs et distributeurs, et bien que les deux autres éléments soient réunis, la réalité de prix imposés n'est pas démontrée.

De l'autre côté, le Conseil de la concurrence retient une toute autre solution en ce qui concerne les reventes aux comités d'entreprise effectuées hors magasin. Il convient du caractère impératif des prix communiqués par le franchiseur aux franchiseés. Il est vrai qu'une clause insérée dans un code de bonne conduite annexé au contrat de franchisage prescrit l'obligation pour les franchiseés d'aligner leurs tarifs sur ceux fournis par le franchiseur. Une telle stipulation contrevient ouvertement à la libre fixation du prix par le jeu de la concurrence. Il importe peu à cet égard que la clause figure dans un document joint au contrat. L'argumentation du franchiseur soulignant la valeur « morale » et « non contractuelle » des règles figurant dans ce code de déontologie est inopérante, et le Conseil lui attribue la même force obligatoire que le contrat de franchisage lui-même. Il en résulte inévitablement une contradiction entre deux stipulations contractuelles, assises dans deux documents matériellement distincts mais revêtant la même valeur juridique. L'une prescrit la libre fixation du prix par les franchiseés tandis que l'autre les astreint à pratiquer une tarification déterminée par le franchiseur. Dans cette hypothèse, l'imposition des prix étant manifeste, le Conseil ne permet pas au franchiseur de se retrancher derrière l'annonce générale de la libre fixation des prix par les membres du réseau dans le corps du contrat de franchise. Il précise que « *de tels agissements, qui trouvent leurs sources dans le contrat lui-même, sont constitutifs d'une entente sur les prix (...) sans qu'il soit*

nécessaire de démontrer l'existence d'une police de prix du franchiseur. » En effet, la stipulation de l'obligation des distributeurs de vendre au prix indiqué suffit, en elle-même, à établir une entente anticoncurrentielle de prix imposés. Dès lors, et sans surprise, elle est condamnée, donnant lieu au prononcé d'une sanction pécuniaire à l'encontre du franchiseur et à une injonction « *d'envoyer aux franchisés une lettre indiquant que le code de bonne conduite est entièrement caduc* ».

Le prix, enjeu primordial de la politique commerciale et financière des réseaux de distribution, est également un élément capital de la préservation de la libre concurrence dont le Conseil se fait le gardien, au prix, le cas échéant, d'un remodelage des contrats de distribution.

Cons. conc., décision n° 07-D-06 du 28 février 2007, pratiques relevées dans le secteur des consoles et des jeux vidéo (15)

La décision n° 07-D-06 rendue par le Conseil de la concurrence, le 28 février 2007, concerne le secteur des consoles de jeux et les jeux vidéo. Alors que la sortie de la console PlayStation 2 (PS2) était très attendue en France et que se profilait un risque de pénurie, le fabricant a transformé cette insuffisance de stocks en « coup marketing ». Il a proposé de limiter la distribution du produit à certains points de vente et de faire bénéficier de livraisons plus importantes les distributeurs participant à un système de pré-réservation. Pour pouvoir participer à cette opération, il fallait notamment que les revendeurs acceptent une charte d'engagement précisant que les distributeurs ne devaient communiquer que sur le prix maximum conseillé.

Cette pratique est constitutive d'une entente verticale entre le fabricant et ses revendeurs ayant pour objet et pour effet de fixer les prix de revente au détail, en contravention avec l'article L. 420-1 du Code de commerce.

Si la preuve d'une telle entente s'avère parfois fort délicate, il en est autrement en l'espèce lorsqu'elle est administrée à partir d'un document contractuel. Comme l'indique la décision, « *la signature d'un contrat, prévoyant explicitement que le détaillant communiquera sur un prix précis ou pratiquera un tel prix, constitue le plus évident* » des moyens de preuve. Or, les enseignes de distribution ont, soit signé la charte contenant une stipulation explicite quant aux prix de revente, soit accepté de participer à la campagne de pré-réservation. Ainsi est démontré l'accord de volonté entre le fabricant et la plupart des détaillants, de sorte que la participation du fournisseur à une entente à objet anticoncurrentiel sur les prix est établie à partir de la clause du contrat. Une telle preuve, à elle seule suffisante, rend inutile la recherche d'autres éléments et le recours à la méthode du faisceau d'indices qui est utilisée seulement en l'absence de preuve matérielle de l'accord de prix imposés. Cette solution

classique s'inscrit dans la lignée de la pratique décisionnelle communautaire et interne.

Retient également l'attention le choix effectué par l'autorité de concurrence de limiter ses poursuites à une partie seulement des membres de l'entente et, plus précisément, au seul fabricant, en raison du rôle prépondérant joué par ce dernier. Au contraire, les distributeurs dont la contribution à la concertation est considérée « *partielle et ponctuelle* » échappent à toute condamnation.

CA Paris, 1^{ère} Ch. Sect. H, 29 mai 2007 sur décision 05-D-70 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des vidéo cassettes préenregistrées (16)

Si les distributeurs bénéficient parfois de la mansuétude des autorités de concurrence dans les ententes verticales sur les prix, il n'en va pas toujours ainsi. Dans sa décision du 19 décembre 2005, le Conseil de la Concurrence, sur saisine du ministre de l'Economie, avait condamné l'éditeur de cassettes vidéo pour enfants, le grossiste et des distributeurs à d'importantes sanctions pécuniaires pour s'être entendus sur les prix de revente des produits, en violation de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

Outre des moyens afférents à la durée excessive de la procédure et à l'imputabilité des pratiques à un GIE, les requérants – le grossiste et un distributeur – contestent devant la Cour d'appel de Paris la qualification d'entente verticale visant au maintien à la hausse des prix de vente au détail. Elles soutiennent que la preuve d'un accord de volontés n'a pas été rapportée, alors que c'est un élément constitutif de l'entente, et que seul est démontré un comportement unilatéral du fournisseur. Cela conduit la Cour d'appel à examiner, dans sa décision du 29 mai 2007, les éléments de preuve de l'entente et, plus précisément, à faire application du faisceau d'indices graves, précis et concordants, méthode utilisée lorsque le contrat de distribution ne permet pas de démontrer la pratique litigieuse.

En l'occurrence, le fournisseur avait indéniablement indiqué à ses distributeurs des prix de vente aux consommateurs, comme le révélaient certains documents. Encore fallait-il établir un acquiescement réel de la part des distributeurs. Différents indices avaient été retenus par le Conseil de la concurrence, qui avait notamment relevé les déclarations de distributeurs attestant d'une entente pour éviter « *une guerre des prix* », une homogénéité des prix au détail sur l'ensemble du territoire national, et l'existence d'un mécanisme de surveillance permettant de signaler tout prix inférieur au « *prix conseillé* » pour faire cesser la pratique, voire suggérer des mesures de rétorsion.

Les requérants ne contestaient pas la similitude des prix mais soutenaient qu'elle tenait à l'existence de leur seuil de revente à perte. Cet argument est cependant réfuté par la Cour d'appel : il est impossible que ce seuil soit « *strictement identique dans tous les points*

15) Roland GELEZEAU, Master recherches de Droit privé des contrats.

16) Elodie HALDEBIQUE et Catherine PARFAIT, Etudiantes du Master recherches de Droit privé des contrats.

17) Art. L. 442-2 C. com.

18) David MACLIER, Etudiant du Master recherches de Droit privé des contrats.

19) Cons. conc., n°05-D-66, 5 décembre 2005.

20) Sylvain MOYAL, Master recherches de Droit privé des contrats, Doctorant.

de vente alors que les rabais, ristournes ou remises sont négociés individuellement entre distributeur et éditeur». En réalité, l'interdiction de la revente à perte (17) avait été instrumentalisée en vue d'instituer des prix minima de revente, ceci par un mécanisme de remises faussement conditionnelles qui augmentaient artificiellement le seuil de revente à perte. Ainsi, l'entente verticale sur les prix est établie et a été justement sanctionnée par le Conseil de la concurrence. Observation est d'ailleurs faite, au moment d'apprécier l'évaluation des sanctions pécuniaires infligées aux entreprises au regard de l'article L. 464-2 du Code de commerce, que les pratiques reprochées « consistant en un détournement de la législation sur la prohibition de la revente à perte, ayant eu pour objet ou pour effet de faire obstacle à la fixation des prix par le jeu de la libre concurrence en favorisant artificiellement leur hausse, sont par nature particulièrement graves ».

CA Paris, 1^{ère} Ch. Sect.H., 19 juin 2007, n° 2006/00628, sur décision n° 05-D-66 relative à la saisine de la SARL AVANTAGE à l'encontre des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'électronique grand public (18)

Saisi par un revendeur qui avait subi des mesures de rétorsion économique après avoir accordé d'importantes réductions par rapport aux prix de vente « conseillés » par les fabricants, le Conseil de la concurrence avait condamné des ententes entre fournisseurs et distributeurs sur les prix et infligé d'importantes sanctions pécuniaires aux seuls fournisseurs (19).

Sur recours formé par ces derniers, la Cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 19 juin 2007, reconnaît au Conseil de la concurrence la possibilité de retenir en tant qu'éléments de preuve des enregistrements des conversations téléphoniques réalisés à l'insu des correspondants et obtenus de façon déloyale. Elle estime que, dans le silence des textes, le Conseil bénéficie d'une autonomie procédurale et met en avant la protection de l'ordre public économique, le caractère répressif de la procédure et l'efficacité nécessaire.

Les critiques formulées en ce qui concerne les différents éléments du faisceau d'indices retenu par le Conseil de la concurrence, en l'absence d'accord *expressis verbis*, pour caractériser l'entente verticale sur les prix sont l'occasion pour la Cour d'appel d'effectuer deux rappels quant à l'invitation du fabricant à mettre en œuvre des tarifs, premier indice. La communication de prix de revente conseillés par le fabricant à un distributeur n'est pas illicite en soi, mais à la condition qu'il ne s'agisse pas en réalité de prix considérés comme imposés. Par ailleurs, cette communication s'opère par tout procédé permettant au fournisseur de faire connaître au revendeur les prix publics qu'il souhaite voir pratiquer.

S'agissant du système de contrôle, on relèvera que, dans le cas de l'un des fabricants, c'était le

contrat de coopération commerciale conclu avec ses distributeurs qui lui permettait d'accéder aux documents publicitaires comportant les prix de vente et qui servait d'instrument de police des prix.

Quant à l'acquiescement par les revendeurs, retient l'attention l'affirmation selon laquelle la démonstration à l'égard d'un fabricant d'une entente avec ses distributeurs n'exige pas que ces derniers soient identifiés avec précision, ni que la participation individuelle de chacun d'eux soit démontrée avec précision, lorsqu'est établie l'application généralisée de leur part des prix conseillés, expression de leur acquiescement à l'invitation du fournisseur.

Si l'un des fabricants est finalement mis hors de cause, c'est en raison de l'absence d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants établissant l'entente conclue par celui-ci avec ses revendeurs.

Cet arrêt de la Cour d'appel de Paris, après celui du 29 mai 2007, témoigne de la volonté des autorités de concurrence de sanctionner les pratiques de prix imposés dans les contrats de distribution en ce qu'elles portent non seulement atteinte au principe de la liberté du distributeur choisi de fixer librement ses prix, mais aussi à une concurrence saine et aux intérêts des consommateurs.

CA Paris, 1^{ère} Ch., sect. H, 26 juin 2007, sur décision n° 06-D-04 bis rendue le 13 mars 2006 par le Conseil de la concurrence relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe (20)

L'affaire dite des Parfums est exemplaire de la sévérité que rencontrent les ententes verticales sur les prix *minima* de revente devant les autorités de concurrence. La prohibition ne reçoit pas d'exception, même au nom de l'image de marque de produits de luxe. Comme l'avait fait le Conseil de la concurrence, la Cour d'appel de Paris, dans sa décision du 26 juin 2007, écarte l'argument. Elle y confirme d'ailleurs, dans la plupart des cas, les lourdes sanctions prononcées par le Conseil à l'encontre de fournisseurs de parfums et de produits cosmétiques, ainsi que de trois de leurs distributeurs pour avoir, en violation des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 TCE, instauré une entente verticale sur les prix au sein de leur réseau de distribution.

Dans le prolongement des décisions antérieures, l'arrêt rappelle que l'entente sur les prix requiert la rencontre d'une invitation et d'un acquiescement même tacite de son destinataire, ainsi que les différents éléments du « faisceau d'indices graves, précis et concordants » retenus par le Conseil.

L'invitation à l'entente résulte de tout procédé consistant pour le fournisseur à faire connaître les prix de revente souhaités. C'est le cas de la communication spontanée de prix conseillés à l'ensemble des distributeurs, même si elle « n'est pas illicite en soi », tournure qui traduit néanmoins une certaine suspicion.

Une police des prix a été mise en place, via différents procédés, pour s'assurer du respect des prix imposés et pérenniser l'entente. Son existence permet à la fois d'exclure *l'hypothèse d'une entente entre les seuls distributeurs* et de ne pas condamner un simple alignement de prix.

Mais c'est surtout la preuve de l'acquiescement des distributeurs qui retient l'attention, d'autant qu'en l'espèce, certains d'entre eux ont été condamnés eux aussi. L'application significative des prix a été établie par le Conseil de la concurrence par le recours à des méthodes statistiques, à partir d'un échantillon représentatif de prix relevés, méthodes qui se trouvaient critiquées par les requérants. La Cour d'appel confirme pour l'essentiel l'approche du Conseil. Elle indique notamment que si ces relevés ne présentent pas toutes les caractéristiques suffisantes à une démonstration statistique du respect des prix imposés et ne peuvent établir à eux seuls l'accord des distributeurs à l'entente, ils peuvent constituer une partie du faisceau d'indices démontrant l'application par ces derniers des prix conseillés par les fournisseurs.

Elle souligne cependant la nécessité de procéder à une analyse, pour chaque entreprise poursuivie et pour chaque élément du faisceau d'indices, vérification qui la conduit à reprocher, dans certains cas, au Conseil de la concurrence, une approche insuffisamment individualisée.

Quoiqu'il en soit, cette affaire est loin d'être terminée puisque l'arrêt est frappé d'un pourvoi en cassation qui conduira la Cour de cassation à se prononcer à son tour sur les pratiques de prix imposés de revente dans les contrats de distribution.

B. Les pratiques contractuelles autres que tarifaires

Cons. conc., décision n° 07-D-24 du 24 juillet 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le réseau Léonidas (21)

Les pratiques restrictives de clientèle au sein d'un réseau de distribution ne manquent pas de retenir l'attention des autorités de concurrence, comme l'illustre la décision rendue par le Conseil de la concurrence, le 24 juillet 2007.

Concrètement, le réseau Léonidas s'organise comme un réseau de distribution sélective classique : la société belge vend ses produits en France par l'intermédiaire de grossistes « revendeurs », sélectionnés selon des critères qualitatifs et seuls autorisés à revendre les produits dans leurs propres magasins et/ou à d'autres détaillants indépendants.

Cette organisation, apparemment assez banale, masque cependant des restrictions « flagrantes » de la concurrence intra-marque. Ainsi, comme le fait remarquer l'un des revendeurs autorisés du réseau : « *Entre grossistes, on se considère comme collègues. On n'est pas concurrents. Léonidas a mis en place un système qui*

limite, voire qui empêche la concurrence entre grossistes et notamment la concurrence sur les prix ». C'est bien là ce qui est réprimé par le Conseil de la concurrence au titre des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 TCE.

L'organisateur du réseau de distribution peut-il limiter la possibilité pour les détaillants de s'approvisionner auprès du revendeur autorisé de leur choix ? Une telle question conduit le Conseil de la concurrence à vérifier la compatibilité des conditions générales de vente avec la nature juridique du réseau. Celui est « *construit de manière empirique* » sur le modèle de la distribution sélective, choix qui, comme le rappelle la décision, « *autorise certaines possibilités contractuelles qui induisent généralement des restrictions de la concurrence intra-marque mais sans aller jusqu'à autoriser de limiter tant les ventes actives que passives à l'intérieur du réseau* ».

En particulier, ce mode de distribution ne saurait permettre à son organisateur de prévoir que « *le client revendeur ne pourra vendre les produits Léonidas à d'autres points de vente que ceux énumérés dans sa fiche client* », comme indiqué dans les conditions générales de vente. Une telle stipulation constitue en effet une restriction flagrante de concurrence, dite encore « *clause noire* », visée à l'article 4 du règlement n°2790/1999 de la Commission européenne du 22 décembre 1999, et dont la présence s'oppose à toute exemption catégorielle.

Même si, selon le directeur juridique, « *il n'y a aucune interdiction de s'approvisionner en cas de besoin auprès d'un autre revendeur ou détaillant* », la réalité est toute différente (22). En effet, les revendeurs ne peuvent livrer que les points de vente pour lesquels ils ont obtenu une autorisation et les détaillants ne peuvent pas s'approvisionner chez un autre revendeur que celui qui leur a été assigné par la société belge. S'il est vrai que « *les détaillants ont pu occasionnellement être « dépannés » par un revendeur autre que le revendeur référent* », cette faculté nécessite l'accord écrit de Léonidas, ce qui la réduit à une peau de chagrin.

Comme le relève le Conseil, ces restrictions de ventes aboutissent à « *la réservation d'une clientèle de détaillants attribués exclusivement à chaque revendeur autorisé* » constitutives d'« *une atteinte au libre jeu de la concurrence pour les revendeurs autorisés qui ne peuvent pas faire jouer la concurrence entre eux, et pour les détaillants qui ne peuvent pas bénéficier de tarifs moins élevés du fait de l'absence de concurrence entre les revendeurs qui les approvisionnent.* » L'exemption catégorielle résultant du règlement 2790/1999 étant exclue, le seul échappatoire pour la SA Léonidas serait dès lors le bénéfice d'une exemption individuelle envisagée aux articles 81§3 T CE et L. 420-4 du Code de commerce. Toutefois, cette dernière n'apporte « *aucun argument justifiant de telles restrictions de la concurrence intra-marque, tant en terme d'incitations à l'efficience données aux participants à son réseau que d'économies de coût dans l'organisation du réseau* ».

21) Ophélie FONDEVILLE et Rafaele RAYMOND, Etudiantes du Master recherches de Droit privé des contrats.

22) Pts 28 et s.

23) Dans sa décision n° 05-D-32, le Conseil de la concurrence a sanctionné, sur le fondement de l'article L. 420-1 C. com, la SA Royal Canin pour avoir mis en œuvre des pratiques similaires à celle de la SA Léonidas au sein de son réseau.

24) Emma SIGAUDES et Alexandra MALDONADO, Etudiantes du Master recherches de Droit privé des contrats.

25) Art. 81 TCE et L. 420-1 du C. com.

26) Lignes directrices sur les restrictions verticales du 13 octobre 2000, JOCE 2000, C 291, p. 1, pt 186.

Résolu à mettre fin au verrouillage intra-marque, le Conseil de la concurrence enjoint à la SA Léonidas de « modifier ses conditions générales de vente de manière à permettre à ses détaillants de s'approvisionner en chocolats Léonidas auprès de la source de leur choix et de changer librement de revendeur de leur choix ». Une telle injonction illustre bien l'emprise exercée par le droit de la concurrence sur les contrats de distribution. Il faut dire que l'autorité de concurrence n'en est pas à son premier coup d'essai en la matière (23). Si la concurrence intra-marque fait peur aux têtes de réseaux, effrayées à l'idée qu'il pourrait exister une concurrence entre les différents points de vente distribuant leur marque, le consommateur ne peut que se réjouir de l'existence d'une telle concurrence. Le Conseil de la concurrence est là pour la préserver, veillant au grain et invitant les organisateurs de réseau, tel Léonidas, à se montrer moins spartiates dans les relations de distribution.

Cons. conc., n° 07-D-25 du 25 juillet 2007, Saisines du Conseil national des professions de l'automobile (CNPA) à l'encontre de certains constructeurs de motocycles concernant les conditions de distribution de leurs produits (24)

Dans la décision du 25 juillet 2007, le Conseil de la concurrence a eu à se prononcer, au regard de l'interdiction des ententes (25), sur la présence de certaines clauses dans les contrats conclus par des constructeurs de motocycles, parmi lesquels la société Suzuki, avec les revendeurs.

Il s'agit notamment de déterminer si l'interdiction de revente à des distributeurs hors réseau, en cas de cumul entre exclusivité de territoire et sélection des distributeurs, n'est pas constitutive d'une pratique restrictive de concurrence au sens de l'article 4 du règlement 2790/99 sur les restrictions verticales et dont la présence a pour conséquence d'exclure le contrat du bénéfice de l'exemption catégorielle prévue par ce texte. En effet, le constructeur a opté pour un système de distribution sélective, reposant sur une sélection des membres de son réseau, selon des critères objectifs définis, et a également concédé à des distributeurs une exclusivité territoriale. La combinaison entre ces deux systèmes de distribution soulève des difficultés dès lors que la distribution sélective suppose certaines restrictions - comme l'interdiction des reventes hors réseau - interdites en matière de distribution exclusive, tandis que les ventes actives interdites pour la distribution exclusive doivent être libres dans le cas de la distribution sélective.

Pour résoudre ce conflit, le Conseil de la concurrence se réfère aux lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales qui envisagent la possibilité d'un tel cumul sous la réserve suivante : « la distribution sélective, qu'elle soit qualitative ou quantitative, bénéficie de l'exemption par catégorie [...] même si elle est associée à d'autres restrictions verticales

non caractérisées telles que [...] la distribution exclusive sous réserve que les distributeurs agréés puissent procéder à des ventes actives tant entre eux qu'aux consommateurs finals. » (26). On peut donc en déduire qu'en cas de cumul, l'interdiction des reventes hors réseau est permise dès lors que les ventes actives restent libres. La distribution sélective l'emporte donc sur les principes de l'exclusivité. Il est vrai que « s'il était possible de vendre des produits contractuels à des revendeurs hors réseau, le système en cause ne répondrait plus à la définition même de la distribution sélective ».

En revanche, comme le Conseil le précise dans sa décision au point 134 : « le fournisseur serait en droit d'interdire les ventes actives de ses distributeurs « sélectifs » vers les territoires concédés à des distributeurs « purement exclusifs » lorsque les deux principes sont utilisés parallèlement selon les zones ». L'interdiction des ventes actives sur les territoires concédés est donc autorisée seulement en cas de recours aux deux systèmes de distribution dans des zones différentes.

Est également mise en cause la licéité de la clause de non-concurrence à effet post contractuel insérée dans les contrats de distribution. Selon cette stipulation : « A l'expiration du contrat et si la cessation intervient à l'initiative du concessionnaire, pendant une durée de six mois à compter de la date de la cessation des relations contractuelles, le concessionnaire s'interdit de se livrer, à partir du point de vente objet du présent contrat, à une activité concurrente de celle exécutée dans le cadre du présent contrat ».

L'article 5 du règlement d'exemption 2790/99 énumère des clauses qui, si elles ne privent pas le contrat dans son ensemble du bénéfice de l'exemption catégorielle, ne sont pas couvertes quant à elles par cette exemption. En particulier, il vise en son point b) « toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur, à l'expiration de l'accord, de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services », à moins que les conditions énoncées par le texte ne soient cumulativement satisfaites.

Or, le Conseil de la concurrence relève que la clause de non concurrence litigieuse ne satisfait pas l'une de ces conditions, à savoir son caractère « indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur ». Il expose que les concessionnaires ont, s'agissant d'un contrat multimarque, la possibilité de vendre des produits concurrents de ceux de Suzuki et ce, pendant la relation contractuelle. Aussi peut-on légitimement douter de la nécessité de protéger le savoir-faire transmis par ce constructeur après la cessation du contrat. En réalité, la clause de non concurrence à effet post contractuel apparaît ici comme une clause sanction puisqu'elle vise à empêcher les distributeurs de quitter Suzuki de leur propre initiative. Elle ne saurait donc être couverte par l'exemption catégorielle. Le Conseil ajoute qu'elle ne peut pas davantage bénéficier

d'une exemption individuelle, les exigences prévues aux articles 81 § 3 TCE et L. 420-4 du Code de commerce n'étant pas satisfaites. En particulier, la stipulation peut conduire le distributeur à cesser toute activité pendant sa durée, ce qui revient à éliminer la concurrence. Elle constitue, conclut l'autorité spécialisée, une restriction de concurrence contraire à l'interdiction des ententes et prohibée par les articles 81 § 1 TCE et L. 420-1 du Code de commerce.

Cons. conc., décision n° 07-D-07 du 8 mars 2007, Distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle (27)

La construction du cadre juridique de la vente en ligne, dans les réseaux de distribution sélective, a connu une nouvelle avancée avec la décision n° 07-D-07, rendue le 8 mars 2007 par le Conseil de la concurrence.

La rencontre entre la distribution sélective, qui repose sur la sélection des distributeurs agréés, et le commerce en ligne, en développement ces dernières années, peut être source de difficultés. La vente en ligne rend notamment plus difficile le contrôle exercé sur la revente par l'organisateur du réseau et peut lui laisser craindre une dégradation de la qualité des services accompagnant la commercialisation de ses produits. Aussi ce dernier peut-il être tenté de restreindre ou même d'interdire la vente par Internet.

Cela étant, ce nouveau mode de commercialisation est un vecteur de concurrence qui a, pour cette raison, les faveurs des autorités de concurrence. Alors que le Règlement CE n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81§3 du Traité à des catégories d'accords verticaux n'aborde pas cette question, la Commission européenne a, dans ses lignes directrices du 13 octobre 2000, indiqué que « *chaque distributeur doit être libre de recourir à Internet pour faire de la publicité ou vendre ses produits* ». Le Conseil de la concurrence a, dans cette lignée, élaboré un cadre juridique pour la vente en ligne dans les réseaux de distribution sélective au travers de trois décisions acceptant les engagements proposés par des organisateurs de réseau exerçant respectivement dans le secteur des montres (28), de la Hifi et du Home cinéma (29) et, en dernier lieu, des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.

Dans cette affaire ayant donné lieu à la décision du 8 mars 2007, le Conseil de la concurrence s'est saisi d'office et a obtenu des modifications substantielles des contrats de distribution afin que la vente en ligne par les revendeurs agréés soit autorisée et facilitée. La décision reprend et complète les enseignements contenus dans les deux décisions précédentes dans le sillage desquelles elle s'inscrit.

Tout d'abord, elle admet de nouveau que le fabricant réserve la vente sur Internet aux membres de son réseau (30) et exige que ceux-ci disposent d'un point de vente physique, ce

qui exclut les sociétés exerçant uniquement sur Internet - *pure players* - (31).

En revanche, elle réaffirme ensuite qu'à l'intérieur du réseau, « *l'interdiction par principe de la vente sur Internet ne peut être justifiée sauf circonstances exceptionnelles* » (32).

Enfin et surtout, elle précise dans quelle mesure le fournisseur a la possibilité d'imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site Internet à des fins de vente de ses produits. Cette faculté lui est reconnue pour autant « *que les restrictions posées à cette forme de vente soient proportionnelles à l'objectif visé et comparables à celles qui s'appliquent dans le point de vente physique du distributeur agréé et qu'elles n'aboutissent pas en réalité par leur exigence excessive à vider la vente par Internet de son contenu* » (33).

C'est donc à partir d'un contrôle de proportionnalité que le Conseil de la concurrence se prononce concrètement sur les différentes clauses contenues dans les contrats de distribution et obtient *in fine* la suppression ou la modification de celles lui paraissant restreindre à l'excès la mise en place d'un point de vente virtuel.

Ainsi, l'exigence d'un site dédié aux produits de la marque est considérée excessive et remplacée par un espace dédié. De même, la clause imposant un point de paiement réservé aux produits disparaît purement et simplement. Les conditions relatives aux « *hotlines* », par exemple les conditions de fonctionnement, notamment en matière de délais maximum de réponse et de plages horaires, doivent être assouplies. Destinée à éviter le commerce parallèle, la limitation du nombre de produits susceptibles d'être commandés par un acheteur ne peut être admise, une telle restriction n'étant pas requise dans un point de vente physique.

Au contraire, le Conseil de la concurrence accepte que la vente, *via* des plates-formes intermédiaires entre acheteurs et vendeurs, soit limitée tant que celles-ci n'apportent pas de « *garanties supplémentaires sur la qualité et l'identité des vendeurs* ». Ce contrôle permet de lutter contre le parasitisme et maintient l'intégrité du réseau.

A la lecture de cette décision, la volonté du Conseil de la concurrence de favoriser la vente en ligne par les membres du réseau de distribution n'est pas douteuse. Comme dans les affaires précédentes, elle s'opère par la procédure d'engagements, solution « *amiable* » permettant aux entreprises d'échapper à toute condamnation. Toutefois, un des fabricants poursuivis ayant fait le choix de ne pas présenter d'engagements, on attend avec intérêt la décision que rendra le Conseil de la concurrence à son égard.

Cass. com., 20 février 2007, n° 04-20449, Sté Vierzon distribution c/ Ministre de l'Economie, n°04-20.449 (34)

27) Laetitia EMPEIGNE, Etudiante du Master recherches de Droit privé des contrats.

28) Cons. conc., n° 06-D-24, 24 juillet 2006, Distribution des montres commercialisées par Festina France.

29) Cons. conc., n° 06-D-28, 5 octobre 2006, Pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-fi et Home cinéma.

30) Pt 89.

31) Cette solution a été confirmée dans l'affaire Festina par CA. Paris, 16 octobre 2007.

32) Pt 93.

33) Pt 97.

34) Laurent OSTOJSKI, Master recherches de Droit privé des contrats, Doctorant.

35) Art. L. 441-7 du C. com.

36) Ancien art. L. 441-6 al. 5 du C. com.

37) Prestation de non-gestion ou d'optimisation de gamme, par exemple.

38) Cass. com., 8 février 2005, n°02-12855, inédit.

39) Circulaire Dutreil I, préc.

Si la loi du 2 août 2005 a défini le contrat de coopération commerciale et l'a assorti d'un formalisme contraignant (35), imposant l'élaboration d'un écrit définissant avec précision le contenu des services, cela n'a pas toujours été le cas. Sous l'empire du droit antérieur, se contentant d'exiger que soient précisées « les conditions dans lesquelles un distributeur ou un prestataire de services se fait rémunérer par ses fournisseurs, en contrepartie de services spécifiques » (36), le contrôle de la réalité des prestations se heurtait à de réelles difficultés, comme le met en évidence l'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 20 février 2007.

Après avoir procédé à des vérifications, la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes a, en l'état notamment de dénominations peu explicites (37), contesté la réalité de certains services de coopération commerciale facturés par un distributeur à ses fournisseurs. Le ministre de l'Économie a alors assigné le distributeur, conformément aux prérogatives qui lui sont conférées par l'article L. 442-6 III du Code de commerce. Débouté de l'ensemble de ses demandes par la Cour d'appel de Bourges, il forme un pourvoi en cassation rejeté dans son intégralité par la Cour de cassation. « *Il appartient au ministre de l'Économie d'établir le caractère fictif des services ; l'imprécision ou les erreurs dans le libellé des contrats de coopération commerciale ne sauraient constituer la preuve que les services n'ont pas été rendus* », est-il affirmé.

Autant la solution énoncée quant à la charge de la preuve convainc assurément, en l'état du droit antérieur à la loi du 2 août 2005 - qui a fait reposer la charge de la preuve de l'exécution du service sur celui qui se prétend libéré -, autant est-on plus circonspect quant à l'affirmation selon laquelle l'absence de services rendus n'est pas établie par les libellés imprécis ou erronés des contrats litigieux et ce, même si elle n'est pas véritablement une nouveauté. En effet, dans un arrêt inédit en date du 8 février 2005, la même Chambre de la Cour de cassation avait décidé que « *le fait que les mentions apposées sur une facture de coopération ou de participation publicitaire soient insuffisantes au regard de l'obligation de facturation détaillée édictée par [...] l'article L. 441-3 du Code de commerce, [notamment l'identification précise de la nature exacte des services rendus au fournisseur] n'est pas à lui seul de nature à établir ou à faire présumer l'existence d'une pratique discriminatoire* (38) ».

En même temps, n'est-ce pas à partir des libellés des factures ou des stipulations des contrats, que la vérification de la réalité des prestations convenues et rendues peut être effectuée par des tiers ?

Certes, l'imprécision dans la dénomination d'une prestation n'est pas nécessairement synonyme de fraude. La Cour de cassation s'en fait l'écho. La « *circonstance qu'un service concerne les conditions de gestion d'un rayon*

n'est pas, en elle-même fautive, dès lors que le fournisseur [peut] avoir des exigences spécifiques concernant la présence de ses produits sur ce rayon ». Néanmoins, à défaut de précision, il se peut qu'un tel service soit assimilable, dans les faits, « *à la mise en rayon, fonction non susceptible d'une rémunération au titre de la coopération commerciale* ». Par ailleurs, il est vrai qu'en l'état du texte sur lequel statue la Haute juridiction, le dispositif légal n'était guère contraignant. Cependant, la solution approuvée par la Chambre commerciale ne se limite pas aux libellés imprécis ; sont en effet également « absous » les libellés erronés. Or, si l'on peut admettre que le simple défaut de précision n'est pas, en lui-même, preuve du caractère fictif de la prestation, le raisonnement est moins convaincant en cas d'erreur. Il n'en faut pas moins rapporter la preuve que le service litigieux n'a pas été rendu, estime la Cour de cassation, faisant primer la réalité du rapport commercial sur le formalisme du contrat de coopération commerciale.

Il est alors permis de se demander comment démontrer le caractère fictif de la prestation du distributeur si le libellé est insuffisant. Il semblerait logique de se tourner vers un examen des ventes réalisées. La coopération commerciale recouvrant des « *actions de nature à stimuler ou à faciliter au bénéfice du fournisseur la revente de ses produits par le distributeur* » (39), la nullité des ventes pourrait être considérée comme un indicateur du caractère fictif des services. Il n'en est rien, comme le rappelle la Cour de cassation. « *Le fait que les ventes de certains des produits ont été nulles pendant la période où un contrat de coopération commerciale leur était applicable n'implique pas nécessairement que le distributeur n'a pas rendu le service prévu au contrat, les distributeurs n'étant tenus d'aucune obligation de résultat* ». Il est vrai que s'il s'engage, en concluant un contrat de coopération commerciale, à exécuter un certain nombre de prestations au profit du fournisseur dans le cadre de la revente de ses produits, le distributeur n'assure pas leur « réussite commerciale ». Peu importe l'échec ou la réussite de l'opération commerciale menée auprès de la clientèle du moment qu'elle a bien été effectuée. Toutefois, l'absence totale de ventes ne manque pas de surprendre. Sans doute est-ce la raison pour laquelle les magistrats apportent une nuance à leur affirmation sur ce point. Là où le seul libellé des prestations est toujours insuffisant à caractériser leur inexécution, l'absence de ventes ne constitue « pas nécessairement » une preuve. Il convient alors d'examiner les faits d'espèce et, sans doute plus particulièrement, le type de prestation réalisée, les produits visés et « *la période pendant laquelle le contrat de coopération commerciale leur était applicable* ». En tout état de cause, ce point sera laissé à l'appréciation souveraine de juges du fond.

Il reste que la portée de cet arrêt, non publiée au bulletin et s'apparentant à un arrêt d'espèce, doit être relativisée et que la solution a été rendue

en application d'une réglementation lapidaire, considérablement étoffée ultérieurement par le législateur.

III. La fin du contrat de distribution

A. La possibilité de rupture abrégée des contrats de distribution conformes au règlement d'exemption automobile

Cass. com., 6 mars 2007, n° 05-17011 et n° 05-13991 (40)

Dans quelles conditions le concédant automobile est-il en droit de résilier le contrat à durée indéterminée qui le lie au concessionnaire moyennant le délai de préavis abrégé contractuellement prévu conformément à l'article 583 du règlement d'exemption n° 1475/9541 ? Telle est la question centrale du litige porté devant la Cour de cassation et donnant lieu à deux arrêts rendus le 6 mars 2007 par la Chambre commerciale, tous deux publiés au Bulletin.

Dans les deux cas, le concessionnaire évincé contestait l'application du préavis abrégé d'un an, au lieu du préavis ordinaire de deux ans, mais ses prétentions avaient été écartées par la Cour d'appel, de sorte qu'il avait formé un pourvoi devant la Cour de cassation. Sans plus de succès puisque la Cour régulatrice rend, dans une affaire comme dans l'autre, un arrêt de rejet.

Dans l'une des décisions, la Cour est appelée à préciser si l'entrée en vigueur d'un nouveau règlement d'exemption justifie la mise en œuvre du droit de résiliation abrégé, ce que conteste l'auteur du pourvoi. Elle se réfère explicitement à l'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 7 septembre 2006 (42) et en cite le contenu. Il en résulte notamment que « l'entrée en vigueur du règlement 1400/2002 du 31 juillet 2002 (...) ne rend pas, par elle-même, nécessaire la réorganisation du réseau de distribution d'un fournisseur » et qu'il est indispensable de procéder à un examen concret destiné à s'assurer que les modifications substantielles inhérentes au nouveau règlement ont pu « rendre nécessaires des changements d'une importance telle qu'ils constituent une véritable réorganisation ». La Cour de cassation estime alors que la Cour d'appel a effectué la vérification requise puisqu'elle « a fait ressortir l'existence d'une réorganisation totale, sur le plan géographique et matériel, du réseau du fournisseur, et la nécessité fondée sur des circonstances objectives de cette réorganisation ». Il est permis de se demander si cette solution ne pourrait pas s'appliquer assez systématiquement aux ruptures consécutives à l'entrée en vigueur du nouveau règlement d'exemption.

Dans l'autre décision, les circonstances pouvaient laisser douter de la nécessité de recourir à un préavis abrégé. En effet, la restructuration semble avoir débuté plusieurs

années avant et la procédure n'avait finalement concerné que quelques concessionnaires. Pourtant, là encore, la Cour de cassation rejette le pourvoi. Elle estime que la Cour d'appel a fait ressortir « une modification significative de l'organisation de ses structures de distribution, portant sur leur nature et leur forme et le nombre des participants, ainsi que leur couverture géographique (...), justifiée par des motifs d'efficacité économique et par la fin de la période transitoire ». Surtout, elle marque son approbation à la solution selon laquelle « le fournisseur a le choix du moment de la résiliation au cours du processus de réorganisation du réseau dès lors qu'il s'agit d'un processus qui se poursuit sans solution de continuité et qui n'est pas achevé ».

Ces décisions ne sont certainement pas les dernières (43) que la Cour de cassation est appelée à rendre à propos de la rupture abrégée des contrats de distribution automobile. En effet, l'article 583 du règlement 1475/95 qui nourrit l'actuel contentieux a été repris à l'identique par le règlement d'exemption n°1400/2002 (44), lequel prend fin le 31 mai 2010 et pourrait être remplacé par un nouveau texte susceptible, à son tour, de susciter la résiliation de certains contrats ...

B. La rupture brutale des relations commerciales établies

Cass. com., 6 février 2007, n° 03-20463 (45)

Source de contentieux, l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce, issu de la loi Galland du 1^{er} juillet 1996 dont l'objectif était de lutter contre les déréférences abusifs de la grande distribution, est de nouveau appliqué à une situation dans laquelle on ne l'attendait pas. Dans son arrêt du 6 février 2007 (46), la Cour de cassation étend une fois encore son champ d'application au bénéfice d'une association victime de la rupture brutale de sa relation « commerciale ».

En l'espèce, une société, exploitant l'activité du Musée des arts forains, engageait des artistes auprès de l'association « Le Clown est roi », pour l'organisation de manifestations privées et de communications événementielles. Elle mit fin à leur collaboration. L'association l'assigna alors en paiement de dommages et intérêts sur le fondement de l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce. Condamnée en première instance pour rupture brutale de la relation commerciale qu'elle entretenait avec l'association, la société interjeta appel de cette décision et obtint gain de cause. La Cour d'appel de Paris considéra, en effet, que l'association ne pouvait se prévaloir des dispositions de cet article au motif qu'il ne saurait être admis, sauf à pervertir le sens de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, qu'une association accomplisse, à titre habituel et quasi exclusif, des prestations commerciales.

40) Jean-François LARDILLIER, Etudiant du Master recherches de Droit privé des contrats, Elève avocat.

41) Règlement de la Commission du 28 juin 1995 concernant l'application de l'article 81 §3 TCE à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après vente de véhicules automobiles.

42) CJCE, 7 septembre 2006, n° C-125/05, Vw-Audi Forhandlerforening v. Skandinavisk Motor Co.

43) Cass. com., 26 juin 2007, n° 06-12.077.

44) Règlement de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81§3 TCE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile.

45) Elodie DUMONT, Master recherches de Droit privé des contrats, Juriste-Elève avocat.

46) Bull. civ. IV, n° 21; JCP. 2007, éd. G., II, 10108, note A-L ARCHAMBAULT.

47) Com. 23 avril 2003, *Bull. civ. IV*, n° 57 p. 67 : *JCP. 2003*, éd. E., I, 1792, note D. MAINGUY ; *JCP. 2003*, éd. E., 1627, §5, obs. G. DECOCQ.

48) CA Lyon, 15 mars 2002, cah. dr.entr. 2002, n°5, p. 29, obs. D. MAINGUY.

49) CA Paris, 4^e ch. A, 17 septembre 2003, *Juris-Data* n° 2003-224158 ; *RTD. civ. 2004*, p. 90, note J. MESTRE et B. FAGES.

50) Cass. com., 23 octobre 2007, n° 06-16774.

51) Anne-Lyse ROY, Etudiante du Master recherches de Droit privé des contrats.

La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel et décide que les dispositions de l'article visé étaient applicables, quelque soit le statut juridique de la victime du comportement incriminé.

S'il était destiné au départ à encadrer les relations entretenues entre fournisseurs et distributeurs, cet article a vu son champ d'application s'élargir peu à peu. Il a ainsi été décidé qu'il s'appliquait à la fourniture de produit ou de prestation de services (47) ; aux relations industrielles comme aux relations commerciales (48).

Par ailleurs, ce texte, qui définit limitativement l'auteur de la rupture, ne mentionne rien au sujet du cocontractant victime de celle-ci. Cette imprécision laisse donc libre cours à toute forme d'interprétation et a permis d'appliquer les dispositions de l'article L. 442-6 I 5° à une association. Si cette solution ne doit pas surprendre au regard du texte lui-même, il est possible de s'interroger sur son opportunité quant à la nature de la relation que pouvaient entretenir l'association et son cocontractant.

En effet, selon l'article L. 442-7 du Code de commerce, « aucune association (...) ne peut, de façon habituelle, offrir des produits à la vente, les vendre ou fournir des prestations de service si ces activités ne sont pas prévues par ses statuts ». Cet article combiné à l'esprit de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association signifie que l'association n'est pas censée pouvoir entretenir une relation commerciale telle que l'avait décidé la Cour d'appel (49). Cependant, deux points peuvent être relevés à ce sujet.

D'une part, cet article prohibe la paracommercialité et protège avant tout le libre jeu de la concurrence. L'article L. 442-6 assure, quant à lui, une protection étendue aux victimes dans leurs relations commerciales qui semblent d'ailleurs devoir être plutôt comprises au sens de relations économiques, notion largement utilisée en droit de la concurrence. Ce dernier, par son champ d'application plus large, s'inscrit dans la mouvance du droit contractuel tendant à protéger la partie dite faible de la relation des abus de son cocontractant. Aussi, il semble qu'au regard de l'esprit de ces dispositions législatives qui tendent avant tout à réguler les relations contractuelles, il ne soit pas inopportun d'appliquer ce texte à l'association.

D'autre part, dans une lecture *a contrario*, l'article L. 442-7 du Code commerce prévoit la possibilité pour une association de faire certains actes de commerce lorsque ses statuts les prévoient. Or, l'objet social de l'association rappelé dans l'arrêt, soit la promotion de manifestations et d'artistes de cirques, correspondait bien à la relation fondée sur la fourniture d'artistes lors de manifestations et communications événementielles poursuivie avec l'auteur de la rupture.

Ainsi, bien que les associations n'aient sans doute pas été les bénéficiaires initialement envisagés de l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce, au regard de l'esprit du texte et

de la situation contractuelle elle-même, il ne paraît pas malvenu d'accorder le bénéfice de ces dispositions à l'association. C'est bien ce qu'a décidé la Cour de cassation dans cet arrêt du 6 février 2007. Cependant, elle est allée encore plus loin en concluant par une formulation générale selon laquelle l'article L. 442-6-I-5° du Code de commerce s'applique « quelque soit le statut juridique de la victime ».

Cela laisse supposer que toute personne pourra désormais invoquer le bénéfice de cet article dès lors que l'auteur de la rupture relèvera de son champ d'application. Or, en raison de cette dissymétrie, toutes les victimes pouvant prétendre à son bénéfice n'en subiront pas pour autant les conséquences en tant qu'auteur de la rupture. Cela laisse présager quelques mécontentements et injustices dans le suivi des relations économiques.

Cela étant, la Cour de cassation a, dans un arrêt récent (50), écarté l'application de ce texte à une relation entre des médecins et leur clinique, considérant qu'ils ne pouvaient être regardés comme entretenant une relation commerciale en application du code de déontologie médicale. Il existe donc des limites à l'extension du champ d'application de ce texte ...

Cass. com., 23 janvier 2007, n° 04-16779 (51)

L'arrêt rendu le 23 janvier 2007 offre à la Cour de cassation l'occasion de préciser notamment en quoi consiste la rupture partielle au sens de l'article L. 442-6-I-5° du Code de commerce et l'indemnisation à laquelle peut prétendre la victime d'une rupture brutale.

Si le texte indique expressément que la rupture brutale des relations commerciales sanctionnée sur son fondement peut être partielle, il n'apporte aucune précision sur ce point. Le pourvoi formé par un distributeur condamné à indemniser son fournisseur en raison d'une rupture brutale des relations commerciales reproche aux juges du fond de s'être fondés exclusivement sur la baisse du chiffre d'affaires, circonstance qui ne constitue pas une rupture partielle et ce, tout particulièrement, lorsque la relation commerciale est sujette à des variations quantitatives indépendantes de la volonté des contractants. Ce moyen est écarté par la Chambre commerciale : la Cour d'appel « *a pu statuer* » ainsi à partir du moment où elle a relevé une diminution du chiffre d'affaires de l'ordre des trois quarts - qui est donc significative -, qui ne résultait ni d'un événement de force majeure, ni de la mauvaise exécution de ses obligations - qualité des produits ou respect des délais - par le fournisseur évincé et qui procédait d'un changement de politique et de stratégie d'achats du client, autrement dit de sa volonté.

Une fois la rupture partielle établie, le caractère brutal de la rupture ne faisait pas de doute, dès lors que celle-ci était intervenue sans préavis. Se pose alors la question de savoir à quelle indemnisation la victime peut prétendre.

Les juges du fond avaient cru pouvoir retenir une faute de la victime consistant à n'avoir pas signalé à son client, avec lequel elle réalisait la moitié de son chiffre d'affaires, son état de dépendance économique, comme le prévoyait le contrat. Selon eux, cette faute avait concouru à son préjudice, puisque le client n'avait pu mesurer les conséquences économiques de sa décision, et devait par conséquent réduire le montant des dommages-intérêts alloués au titre de la rupture brutale. Ce raisonnement est censuré de façon lapidaire par la Cour de cassation : « *l'obligation de respect d'un préavis avant toute rupture de relations commerciales établies est indépendante de l'état de dépendance économique* ». Il est vrai que l'article L. 422-6 I. 5° du Code de commerce ne se réfère pas à l'existence d'un état de dépendance économique, qui n'est donc pas une condition de sa mise en jeu. Par ailleurs, en l'occurrence, la brutalité de la rupture ne tenait pas au caractère insuffisant du préavis mais bel et bien à l'absence totale de tout préavis. Même ignorant - faute d'informations - la situation précaire de son cocontractant, l'auteur de la rupture devait respecter un préavis. La supposée faute de la victime n'a donc pas eu d'incidence sur le préjudice consécutif à la brutalité de la rupture.

L'arrêt de la Cour de cassation rappelle enfin au fournisseur évincé que le seul préjudice dont la victime d'une rupture brutale peut obtenir réparation est celui qui est la conséquence directe de la brutalité de la rupture. L'article L. 442-6-I.5 du Code de commerce n'interdit pas de rompre les relations commerciales mais de le faire brutalement, de sorte que l'indemnisation ne saurait s'étendre aux conséquences de la rupture elle-même. Cette solution fondée sur l'exigence d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice, dont la démonstration incombe à celui qui demande réparation, résulte de l'application classique des principes de la responsabilité civile sur laquelle repose le texte spécial.

Cass. com., 6 février 2007, n° 0413178 (52)

Par un arrêt du 6 février 2007, publié au bulletin, la Chambre commerciale de la Cour de cassation vient d'apporter de nouvelles précisions quant à la nature de la responsabilité légale issue de l'article L. 442-6-I-5° du Code de commerce. En effet, l'article L. 442-6, s'il prévoit bien l'engagement de la responsabilité, n'indique pas si la responsabilité encourue est contractuelle ou délictuelle. Or, la question se pose tout particulièrement pour la rupture brutale d'une relation commerciale établie, qui semble impliquer des relations contractuelles suivies.

Deux distributeurs de produits de grande consommation avaient saisi le tribunal de

commerce en réparation du dommage causé par l'augmentation sans préavis des tarifs préférentiels jusque là concédés par leur fournisseur. Agissant sur le fondement de l'article L. 442-6-I-5° du Code de commerce qui prévoit la responsabilité du fait de la rupture brutale d'une relation commerciale établie, ils demandaient des dommages et intérêts pour le préjudice subi du fait de cette rupture partielle. A cette occasion, un différend s'éleva au sujet de la juridiction compétente, le fournisseur soulevant l'incompétence du tribunal.

Par un arrêt confirmatif, la Cour d'appel de Bordeaux, considéra que la relation commerciale entre les parties était « *habituelle et stable* » et « *durait depuis plusieurs années* » ce qui avait, par conséquent, « *créé une situation contractuelle* » entre les parties. Dès lors, la responsabilité engagée du fait d'un changement unilatéral des tarifs sans préavis était, selon les juges du fond, de nature contractuelle, de sorte que la clause attributive de compétence devait être respectée.

La contestation par les distributeurs de l'applicabilité de la clause attributive de compétence conduit la Chambre commerciale de la Cour de cassation à se prononcer sur la nature de la responsabilité engagée en raison de faits fautifs intervenus dans le cadre d'une relation commerciale établie.

Si la Cour de cassation avait déjà pris position de façon implicite, en considérant qu'en cas de rupture brutale des relations commerciales, la compétence territoriale du tribunal était déterminée par le lieu du dommage (53), l'arrêt du 6 février 2007 explicite cette fois-ci clairement, à l'invitation des moyens, la nature de la responsabilité encourue en cas de violation de l'article L. 442-6-I 5° du Code de commerce. En cassant l'arrêt d'appel pour violation de la loi, la Cour régulatrice affirme que « *le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement, même partiellement une relation commerciale établie, sans préavis écrit, tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels, engage la responsabilité délictuelle* ».

Enoncée à propos d'une règle qui est sans doute la plus appliquée de celles énumérées à l'article L. 442-6-I du Code de commerce, cette solution semble pouvoir être transposée à tous les autres cas d'engagement de la responsabilité civile prévus par ce texte. Elle apparaît en effet conforme aux principes qui délimitent les champs des deux ordres de responsabilité et à la vocation subsidiaire de la responsabilité délictuelle. L'existence de relations de distribution entre les parties n'entraîne pas nécessairement la mise en jeu de la responsabilité contractuelle...

52) Louisa IGOUJIL-CRANET, Master recherches de Droit privé des contrats, et Jeanne LECOMTE.

53) Cass. 2^{ème} civ., 6 octobre 2005, n° 03-20.187, Bull. civ. II, n° 236.