

**L'ARTICLE L. 442-6 C. COM.
APRES L'ADOPTION DE LA LOI NRE :
LA CREATION DE NOUVEAUX DELITS CIVILS**

Julie ZOUGHI

Allocataire Moniteur, Université d'Aix-Marseille

L'article L. 442-6 du Code de commerce est d'une lecture difficile : par sa densité, il se prête aux interrogations et controverses. Au delà de l'impression première d'une rédaction maladroite, il faut toutefois prendre la mesure des efforts législatifs et apprécier les ressources potentielles de ce texte en terme de régulation. Prenant acte de ses échecs passés face aux dérives accrues de la grande distribution, le législateur croit utile de créer des interdictions. L'article est enrichi de trois nouveaux cas de responsabilité civile dont l'objectif commun est de créer un sursaut supplémentaire dans l'effort de moralisation des rapports entre producteurs et distributeurs.

INTRODUCTION	1
I. - L'introduction de délits civils spécifiques	3
A. - L'obtention d'avantages disproportionnés (art. L 442-6-I-2° a)	3
B. - Les conditions de règlement manifestement abusives (art. L 442-6-I-7°)	9
II. - L'introduction d'un délit civil général : l'abus de dépendance ou de puissance (art. L 442-6-i-2° b)	12

INTRODUCTION

1. La régulation de la concurrence par la loi NRE. – « Au terme de 13 ans d'application du droit de la concurrence, fondé sur l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, il était nécessaire d'examiner si le dispositif en vigueur permettait d'assurer sa mission de régulation du bon fonctionnement du marché. Il est apparu qu'il convenait de renforcer l'efficacité de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et d'adapter le contrôle des concentrations aux évolutions du marché. De surcroît, les assises du commerce et de la distribution du 13 janvier

(2000) ont mis en évidence qu'il était nécessaire de mettre fin à certaines dérives dans les relations entre les fournisseurs et les distributeurs »¹. Ainsi, la deuxième partie de la loi n°2001-420 du 15 mai 2001² relative à la régulation de la concurrence poursuit des objectifs ambitieux, même après une discussion législative de plus d'un an. Plusieurs aspects du droit de la concurrence en sortent sinon bouleversés, du moins profondément modifiés. Avant le renforcement des sanctions des pratiques anticoncurrentielles, en son titre 2, et le réaménagement du contrôle des concentrations, aligné sur l'ordre communautaire, en son titre 3, les modifications apportées aux pratiques restrictives figurent au premier plan de ce volet de la concurrence.

2. Un besoin de moralisation des pratiques commerciales entre producteurs et distributeurs. – Les dérives auxquelles ont abouti les relations entre fournisseurs et distributeurs appelaient un traitement législatif spécifique. Le Titre 1^{er} de cette deuxième partie entend moraliser les pratiques commerciales de la production et de la distribution. L'ampleur de ce Titre 1^{er} pourrait à première vue surprendre, dans la mesure où les pratiques restrictives de concurrence ont déjà fait l'objet de modifications significatives par la loi n°96-588 du 1^{er} juillet 1996, dite loi Galland du nom de son promoteur. Cependant, cinq ans après son adoption, cette dernière intervention n'offre qu'un bilan mitigé. Loin d'atteindre la loyauté et l'équilibre des relations commerciales³, elle a tout au contraire engendré de nombreux effets pervers. C'est le cas du gonflement des marges arrières et de la coopération commerciale dite fictive, qui n'ont d'autre but que de tourner les renforcements apportés à l'interdiction de la revente à perte et aux règles de facturation. Avec cette loi nouvelle, le législateur entend enfin parvenir à un assainissement tangible des rapports entre producteurs et distributeurs.

3. La consécration du Titre IV du Livre IV du Code de commerce. – A cette fin, les dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence du Titre IV du Livre IV du Code de commerce⁴ sont véritablement consacrées par la loi. Déjà renforcées en 1996⁵, alors pourtant que certaines voix s'élevaient en faveur de leur abrogation⁶, leur spécificité est désormais pleinement mise en évidence. Elles seules semblent à même d'atténuer la dureté du rapport de force entre production et grande distribution⁷. Leur intérêt par rapport aux pratiques anticoncurrentielles réside dans l'interdiction de comportements réputés nocifs, indépendamment de leur effet sur le marché.

¹ Dossier de presse sur le projet de loi n°2250 relatif aux nouvelles régulations économiques, que l'on peut retrouver notamment sur le site du Ministère de l'économie et des finances (Minéfi) : http://finances.gouv.fr/presse/dossiers_de_presse/ministre.

² JO, 16 mai 2001, p.7776. Le champ de la loi est beaucoup plus vaste, la partie I étant consacrée à la régulation financière tandis que la partie III est consacrée à la régulation de l'entreprise.

³ Ces objectifs étaient mentionnés dans le titre même de la loi.

⁴ Ancien Titre IV de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

⁵ Cf. C. Prieto, « Influence du droit communautaire et originalité du droit français de la concurrence », RRJ 1998/1, p.51 et s., spéc., n°11.

⁶ X. de Mello, « Utilité et opportunité du Titre IV de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 », in « Les ententes et abus de domination devant le juge de droit commun, Actes du Colloque de l'IDA du 18 mars 1994 », PUAM 1995, p.147.

⁷ On ne reviendra pas sur l'inefficacité des pratiques anticoncurrentielles en raison essentiellement de la condition d'affectation du marché ni sur le contrôle des concentrations qui, avant la réforme NRE, s'est révélé relativement inefficace, cf C. Prieto, « La lutte contre les pratiques anticoncurrentielles : l'élan donné par la loi sur les nouvelles régulations économiques », Droit & Patrimoine, décembre 2001, n°99, p.74.

4. La réforme de l'article L 442-6 du Code de commerce : entre nouveautés et remaniements. – Parmi les nombreuses modifications affectant le Titre IV, l'article L 442-6 constitue le point central de la réforme. Cette disposition fait à la fois l'objet de nouveautés et de remaniements substantiels dans les domaines infractionnel et procédural⁸. Après sa lecture, l'impression immédiate est celle d'une piètre rédaction⁹, qui donne au texte un caractère insaisissable. Mais il ne faudrait pas s'arrêter aux maladroresses du législateur, car son intention n'a jamais été aussi ferme. C'est pourquoi il faut rechercher tout le potentiel du texte et tenter de sortir de la fatalité des dérives dues à ce rapport de forces. Le juge bénéficie à présent d'indications nouvelles, même si elles sont maladroitement formulées, pour mieux appréhender les actes ou comportements les plus nocifs.

5. Trois interdictions inédites – Dans le droit fil de la réforme passée, l'ancien article 36 est donc notablement enrichi. Afin d'assainir au mieux les relations entre l'industrie et le commerce, le législateur met l'accent sur des pratiques auxquelles correspondent désormais de nouveaux cas de responsabilité civile. Trois interdictions inédites sont ainsi insérées dans ce texte déjà fort chargé. Deux d'entre elles visent des cas particuliers (I), tandis que la troisième, rédigée de façon plus générale, prohibe l'abus de dépendance ou de puissance per se (II).

I. - L'INTRODUCTION DE DELITS CIVILS SPECIFIQUES

6. Deux pratiques endémiques expressément prohibées. – Sont ici visés deux délits définis de manière étroite : l'obtention d'avantages disproportionnés (A) et les conditions de règlement abusives (B). Avec eux, le législateur cherche à anéantir deux comportements qui sont emblématiques du déséquilibre des forces entre production et grande distribution.

A. - L'obtention d'avantages disproportionnés (art. L 442-6-I-2° a)

7. Une interdiction nécessaire. – Prenant acte des effets pervers de la loi n°96-588 du 1^{er} juillet 1996, le législateur a ciblé certaines pratiques. La loi Galland, par un renforcement des règles relatives à la facturation¹⁰ et à la revente à perte¹¹, avait incité les professionnels à concentrer leurs négociations sur les marges dites arrières et sur la coopération commerciale qui n'étaient pas spécialement appréhendées. Il en est résulté une véritable inflation d'avantages abusifs comme la facturation par les distributeurs de services non réalisés ou la facturation trop importante par rapport à la matérialité du service rendu. L'appellation de

⁸ Le présent article sera suivi de trois autres contributions portant respectivement sur le renforcement des délits civils existants, sur l'introduction de sanctions nouvelles et sur les réaménagements procéduraux.

⁹ En ce sens notamment, cf. G. Ripert, R. Roblot par L. Vogel, « Traité de droit commercial », Tome 1, Vol. 1, 18^e éd., LGDJ 2001, n°827, p.675.

¹⁰ Art. L 441-3, 4 et 5 Code com.

¹¹ Art. L 442-2, 3 et 4 Code com.

« *coopération commerciale* » est devenue commode pour abriter des dérives en matière de rémunération. Dans la réalité, cette coopération se révèle fictive.

8. Les pratiques visées. – La loi NRE entend y remédier à travers le nouvel article L 442-6-I-2° a). Est désormais engagée la responsabilité de celui qui obtient ou tente 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* ». Le législateur vise ensuite précisément deux exemples de pratiques susceptibles d'entrer dans le champ de l'interdiction : « *la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat* ». Ces exemples visent deux pratiques qui, depuis quelques années, sont l'illustration flagrante de l'abus de puissance de la grande distribution : la coopération commerciale et la corbeille de la mariée.

Les fournisseurs sont tenus d'accepter des versements d'argent dépourvus de contrepartie et habillés du terme de coopération commerciale. Il s'agit de services prétendus « *spécifiques* »¹², liés à la promotion et la distribution sur les lieux de vente : diffusion de messages publicitaires, exposition d'affichettes, dépliants publicitaires ou encore disposition très prisée des produits en têtes de gondole¹³. Ce sont ces types de comportements que la loi entend désormais combattre spécifiquement.

Une autre pratique a été stigmatisée sous l'appellation de « *corbeille de la mariée* ». Elle intervient après le rapprochement d'enseignes de la grande distribution. Les distributeurs nouvellement unis demandent à leurs fournisseurs respectifs de contribuer au financement de cet heureux événement. La pratique s'avère d'autant plus répréhensible qu'elle consiste habituellement en une renégociation des conditions tarifaires dépourvue de contrepartie. Le fournisseur, déjà lié aux deux enseignes fusionnées, ne bénéficie en effet d'aucune perspective de développement des relations commerciales¹⁴.

¹² Ces services spécifiques correspondent aux services de coopération commerciale. Pour une définition de cette dernière notion : voir infra n°13, note 27.

¹³ La tête de gondole est souvent présentée comme l'exemple type du service de coopération commerciale. Elle consiste en une mise en avant des produits au bout des rayons dans les magasins, dans une perspective évidente d'accroissement des ventes.

¹⁴ Cette pratique de la corbeille de la mariée a déjà été examinée par le Conseil de la concurrence sous l'angle des pratiques anticoncurrentielles.

D'une part, elle l'a été, au titre de l'abus de dépendance économique, dans la fameuse affaire Cora. Mais la preuve de l'affectation du marché n'a pas été rapportée, d'où l'absence de condamnation. V° Déc. Cons. conc., n°93-D-21, 8 juin 1993, Contrats, conc., consom., août-septembre 1993, n°153, p.9, note L. Vogel ; Recueil Lamy, n°538, note M-E. André. La décision a été confirmée en appel par CA Paris, 25 mai 1994, Contrats, conc., consom., juin 1994, n°119, p.11, note L. Vogel ; X. de Mello, « L'affaire Cora : un coup pour rien », Gaz. Pal. du 3 novembre 1994, p.1224. Dans le même sens : Cass. Com., 10 décembre 1996, Bull. civ., IV, n°310 ; Gaz. Pal. du 10/12 août 1997, p.17 ; Quot. jurid., 30 janvier 1997, n°9, p.4, note J.L.

D'autre part, la pratique a également été abordée, avec plus de succès, sous l'angle de l'ancien art. 7 de l'ordonnance, dans l'affaire Rallye. La Cour d'appel de Paris, infirmant la décision du Conseil, a détecté une entente dans la demande de renégociation des avantages précédemment accordés, adressée par Rallye à la quasi-totalité de ses fournisseurs. Cette demande faisait suite à la fusion Rallye/Genty Cathiard. V° CA Paris, 5 mars 1996, Contrats, conc., consom., avril 1996, n°59, p.6, note L. Vogel ; D. Ferrier, « La renégociation des conditions commerciales (la « corbeille de la mariée ») », Cahiers de droit de l'entreprise, 1996, n°3, p.10. Cet arrêt infirme la décision du Conseil de la concurrence (Déc. Cons. conc., n°95-D-34, 9 mai 1995, BOCCRF, 25 juillet 1995, p.305 ; Contrats, conc., consom., août-septembre 1995, n°146, p.7, note L. Vogel).

9. Une interdiction à l'originalité relative. – Certains soulignent que cette disposition n'est pas réellement novatrice¹⁵. L'article L. 442-6-I-1° prohibant les pratiques discriminatoires, permettait déjà de sanctionner la coopération commerciale fictive¹⁶. D'autres auteurs considèrent cependant que le champ d'application des deux articles est différent.

Le 1° sanctionne aussi bien le fait « *de pratiquer* » que « *d'obtenir* ». Celui qui est à l'origine de la discrimination peut aussi bien être le distributeur que le fournisseur. C'est pourquoi le fournisseur peut être assimilé à un complice¹⁷. Il n'en reste pas moins que la jurisprudence antérieure a toujours apprécié, en mettant en oeuvre ce 1°, la part de responsabilité de chacun dans la réalisation des pratiques illicites¹⁸. Les juges ont au moins pris en compte la vulnérabilité particulière des auteurs de pratiques discriminatoires, au stade du prononcé des sanctions. En définitive, l'article 36-1 a surtout été utilisé pour réprimer les pratiques abusives

¹⁵ Plusieurs commentateurs rangent cette interdiction parmi celles qui renforcent les pratiques restrictives de concurrence existantes : cf. P. Arhel, « Nouvelles règles relatives aux comportements restrictifs de concurrence », *Contrats, conc., consom.*, novembre 2001, p.4 ; P. Arhel, « Modernisation du droit français de la concurrence, la loi relative aux nouvelles régulations économiques », *JCP, éd.E*, 2001, *Comm.*, p.938, (l'auteur n'y voit qu'une illustration de pratiques déjà interdites) ; E. Claudel, « Loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques », *RTD Com.* 2001, p.663 ; J-P. de La Laurencie, L. Givry et alii, « Régulation de la concurrence dans la loi NRE – 1^{re} Partie : moralisation des pratiques commerciales », *Bull. d'actualité Lamy Droit Economique*, juin 2001, n°140, H, p.1 (selon ces auteurs, la modification introduite à l'article L. 442-6-I-2° a) « *a consisté à renforcer et à préciser la notion d'avantage discriminatoire* »).

¹⁶ On peut citer l'exemple de l'affaire de l'Argus de la distribution : a été reconnu comme constitutif d'une pratique discriminatoire le fait pour le groupement Intermarché de maintenir au même niveau la rémunération perçue de sept fournisseurs, au titre de l'Argus, alors que la diffusion de ce catalogue était notablement inférieure, cf. T. Com. Paris, 25 novembre 1996, *Contrats, conc., consom.*, mars 1997, n°51, p.15, note L. Vogel ; *JCP, éd.E*, 1997, n°8, p.72, note C. Lelart ; *JCP, éd.E*, 1998, *Chron.*, p.73, note L. Vogel ; *Revue conc. consom.*, mars-avril 1997, n°96, p.29, note C. Guillon. Cette décision a été confirmée sur ce point par CA Paris, 9 juin 1998, *Contrats, conc., consom.*, août-septembre 1998, n°116, p.12, note M. Malaurie-Vignal ; *Petites Affiches*, 21 août 1998, n°100, p.10, note M. Malaurie-Vignal. Enfin la Haute juridiction est également allée dans le même sens : *Cass. Com.*, 5 décembre 2000, *RJDA* 2001/4, n°511, p.458.

L'ancien art. 36-1 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 n'était pas le seul texte capable de canaliser les comportements visés par le nouveau texte, cf. M. Behar-Touchais et D. Ferrier, « Les pratiques restrictives de concurrence », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2001, n°4, p.18. Ces auteurs s'attachent à spécifier que les pratiques correspondantes pouvaient déjà être condamnées en application des articles L. 442-6-I-3° et 4°. Cependant, ils soulignent que cette hypothèse était somme toute limitée en raison tant de la précision de la loi dans la définition des pratiques (cause essentielle de leur inefficacité), que de l'inaction des victimes.

Pareillement, en droit des contrats, la jurisprudence veille à sanctionner la disproportion dans les obligations des parties. Cf. M-E. Pancrazi, « La moralisation des pratiques commerciales », *Droit & Patrimoine*, décembre 2001, n°99, p.66.

¹⁷ Dans la majorité des cas en effet, le distributeur sollicite et le fournisseur accorde ; la combinaison inverse reste pourtant envisageable.

¹⁸ Cependant, la détermination des responsabilités reste difficile. Comme le souligne P. Arhel, les avantages discriminatoires sont souvent accordés sous la pression du distributeur. Mais la pratique montre qu'il est délicat de mesurer la part de spontanéité et de pression. Malgré tout, il faut reconnaître avec l'auteur qu'un grand distributeur peut être assigné seul dans l'hypothèse où il est manifeste que l'avantage n'a pu être accordé que sous la pression, cf. « Les pratiques restrictives de concurrence : les véritables responsables », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 1993, n°3, p.1.

Sur la prise en compte de la dépendance du fournisseur pour la détermination des sanctions infligées : *ibid.*, « Les pratiques discriminatoires », *Revue conc., consom.*, janvier-février 1993, n°71, p.23.

de la grande distribution à l'égard des producteurs¹⁹. Mais, sur le plan théorique, des poursuites restent envisageables à l'encontre des producteurs sur la base de ce texte. Quant au nouveau 2° a), il ne vise que celui qui obtient ou tente d'obtenir. En conséquence, la prohibition nouvelle est explicitement tournée vers la répression du distributeur. Le fournisseur ne peut être assimilé à un complice. Seul celui qui bénéficie d'un avantage disproportionné peut être poursuivi.

10. L'articulation réelle entre l'interdiction des discriminations et celle des avantages disproportionnés. – Les dispositions de l'article L 442-6-I-1° et celles du 2°-a) peuvent encore plus précisément distinguées sur leur champ d'application respectif²⁰. En se référant à la liste d'exemples d'avantages disproportionnés (2°-a), certains auteurs²¹ concluent que le nouveau dispositif ne concerne que les avantages disproportionnés dans le cadre d'accords de coopération commerciale. De fait, les exemples législatifs du 2°-a)²² correspondent tous à des services de coopération commerciale. Il en est déduit que le dispositif de l'article L 442-6-I-1° ne serait plus applicable qu'aux discriminations dans l'application des conditions générales de vente ou de service.

Cette ligne de partage paraît convaincante. Le 1° s'attache à la discrimination, définie comme le traitement inéquitable d'un partenaire par rapport à celui réservé à d'autres : les conditions générales de ventes sont censées être les mêmes pour tous dès lors que les volumes d'achat et la qualité sont les mêmes. Le 2° s'attache, quant à lui, à l'abus dans la négociation bipartite, dès lors que l'on considère que la coopération commerciale fait l'objet d'une négociation « sur-mesure ». Les deux textes poursuivent des objectifs clairement différents et sont, chacun à leur manière utile, dès lors que l'on s'entend sur la distinction entre « conditions générales de vente » et « coopération commerciale ».

¹⁹ Est particulièrement révélatrice l'affaire Sodimont c/ Peutin où il fut souligné que « *connaissant à cette époque des difficultés financières, (la SA Peutin) ne pouvait résister à la demande de la SA Sodimont qui représentait une forte puissance d'achat, trois centres Leclerc... dépendant d'elle* ». En conséquence, à la demande du ministre de l'économie, le contrat conclu a été annulé et la société Sodimont condamnée à restituer à la société Peutin les sommes indûment perçues. V° TGI Châlon-sur-Saône, 21 juin 1994, Contrats, conc., consom., octobre 1994, n°194, p.6, note L. Vogel ; JCP, éd.E, 1995, I, 492, n°6, note L. Vogel. Cette décision a été confirmée en appel par CA Dijon, 4 janvier 1996, JCP, éd.G, 1996, IV, 1521 ; RJDA 1996/4, n°520, p.373 puis en cassation par Cass. Com., 27 janvier 1998, Petites Affiches, 1^{er} juillet 1998, n°78, p.25, note P. Arhel ; Petites Affiches, 21 août 1998, n°100, p.8, note M. Malaurie-Vignal.

Dans le même sens, le Tribunal de commerce de Paris a prononcé, dans l'affaire précitée de l'Argus, la nullité des accords de coopération conclus entre ITM et chacun des fournisseurs des sommes versées (soit plus de 55 millions de francs). Cependant la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation ont infirmé la décision sur ce dernier point, et ont estimé que le ministre ne pouvait demander que la cessation des pratiques litigieuses et non pas leur nullité et restitutions subséquentes. V° T. Com. Paris, 25 novembre 1996, préc.

²⁰ Il faut clarifier le champ d'application de cet article pour qu'il ne soit pas classé trop rapidement dans la rubrique déjà abondante des dispositions inusitées du droit de la concurrence. Pour ce Titre IV du Livre IV du Code com., on pense notamment aux art. L 442-6-I-3° et 4° qui, plus de cinq ans après l'entrée en vigueur de la loi Galland, n'ont guère encombré les prétoires.

²¹ Cf. M. Behar-Touchais, D. Ferrier, préc. ; J-P. de La Laurencie, L. Givry et alii, préc.

²² Il s'agit de « *la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat* ».

11. L'interprétation de l'interdiction nouvelle. – Outre l'articulation entre les 1° et 2° a) de l'article L 442-6-I, certaines expressions inédites méritent clarification. Elles peuvent susciter, par leur imprécision, des difficultés d'interprétation. Pourtant, il ne faut pas nécessairement s'en alarmer. La généralité des termes utilisés par le législateur doit être perçue comme une opportunité pour les juges d'adapter le texte aux habiletés de la pratique et de mieux appréhender les dérives. En interprétant de façon large les notions « *d'avantage quelconque* », de « *service commercial* » et de disproportion manifeste, les juges pourront assurer au texte une réelle efficacité.

12. L'avantage quelconque. – Il faut souhaiter que la notion d'« *avantage quelconque* » fasse l'objet d'une interprétation large. L'usage de l'adjectif « *quelconque* » n'est pas anodin. Ainsi, il n'y a pas lieu de distinguer entre l'avantage financier obtenu par le distributeur (a priori visé par la loi) et l'avantage non financier.

13. Le service commercial. – A la différence de l'avantage quelconque, le « *service commercial* » risque de soulever plus de problèmes sur son champ d'application. Il faut s'interroger sur ses contours par rapport à la coopération commerciale. La définition doctrinale de la coopération commerciale est ancrée dans la négociation de services spécifiques²³. Les exemples législatifs donnés²⁴ laisseraient à penser que les services commerciaux pourraient se réduire à ces services spécifiques.

Cependant, le service commercial pourrait aller au-delà. Une distinction est parfois opérée en doctrine entre les services non spécifiques ou communs, offerts par un distributeur à tous ses partenaires fournisseurs, et les services dits spécifiques, qui correspondent à des accords « négociés », qui sont des services « sur mesure » de coopération commerciale²⁵. L'objet de

²³ Elle consiste exclusivement en l'octroi de services spécifiques : « *Le contrat de coopération commerciale est, dans le jargon du droit de la distribution et, plus particulièrement dans celui de la grande distribution, un contrat répondant aux conditions de l'article 33 al. 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui permet d'assurer au distributeur une rémunération, un avantage tarifaire, inconnu des conditions générales de vente, si elle est la contrepartie d'un service spécifique dont la définition est difficile à établir : il s'agit de « services », c'est-à-dire des « prestations différentes de celles que la vente qui en est le support connaît, et « spécifiques », soit qui ne sont pas rendus ordinairement à tous les clients du fournisseur* », M. Malaurie-Vignal, D. Mainguy, « Lexique de droit de la distribution et de la concurrence (1^{re} partie : A-D) », Cahiers de droit de l'entreprise, 1998, n°5, p.10, v° contrat de coopération commerciale.

²⁴ Ces exemples correspondent tous à des hypothèses de coopération commerciale (têtes de gondole, corbeilles de la mariée, financement par les fournisseurs des nouvelles enseignes).

²⁵ Selon la classification de M. et J-M. Mousseron et D. Mainguy, « Le droit français nouveau de la transparence tarifaire », 2^e éd., Litec, 1998, n°128 et s., p.97 et s. Ceux-ci distinguent les services inhérents et extérieurs à l'achat-vente. Parmi les services extérieurs, sont séparés les services extérieurs communs (objet de conditions générales de services) et les services extérieurs spécifiques (c'est-à-dire la coopération commerciale proprement dite).

Les services extérieurs communs correspondent aux services banalisés, pouvant être rendus indifféremment par tout distributeur. Sont classés dans cette catégorie les services logistiques : transport, stockage, entreposage, gestion des stocks, centralisation des achats et éclatement de la marchandise entre les différents points de vente. Ces services sont d'autant moins spécifiques qu'il existe sur le marché des prestataires spécialisés dans ces différentes fonctions. En ce sens : G. Semadeni, « La rédaction des accords de coopération commerciale », Cahiers de droit de l'entreprise, 1995, n°1, p.32.

Les services extérieurs spécifiques correspondent généralement à des services commerciaux (publicitaires et promotionnels) et parfois à des services plus techniques (installation, maintenance, service après-vente).

Cette double distinction complexe est loin de faire l'unanimité. La majorité doctrinale procède plus simplement à une distinction entre les services découlant de l'opération d'achat-vente et les services qui lui sont extérieurs assimilables à la coopération commerciale.

cette distinction tient dans le traitement réservé à chaque catégorie de services. Les premiers (services communs) doivent en principe faire l'objet de conditions générale de services et sont donc communicables aux tiers. Les seconds (services spécifiques) sont marqués du sceau du secret. Toute la difficulté est de savoir si le service commercial ne vise que le service spécifique, illustration symptomatique de la coopération commerciale ou s'il peut éventuellement recouvrir le service non spécifique ou service commun²⁶.

Il faut souligner que les plus grandes dérives semblent se nicher dans les services spécifiques. Mais si certaines dérives devaient se réaliser dans les services communs, le juge pourrait leur étendre la notion de service commercial. Eclairé par l'intention générale du législateur de réduire les rapports de forces excessif, le juge doit s'efforcer de stigmatiser tous les comportements déviants, dès lors que la contrepartie est absente ou manifestement disproportionnée.

14. La disproportion entre le service et l'avantage. – Il faut aussi identifier le caractère manifestement disproportionné²⁷ de l'avantage, par rapport à la valeur du service rendu²⁸. Les juges devront opérer une comparaison objective entre la valeur du service et celle de l'avantage. Ils vérifieront si la différence de valeurs est « *manifestement* » disproportionnée. L'adverbe ne devrait pas inciter à une lecture restrictive de cette disposition. Il convient de donner tout son sens à l'exigence de proportionnalité. Il faut simplement comprendre que le législateur n'exige pas une équivalence arithmétique entre prestation et rémunération. En cela, il facilite l'appréciation du juge.

15. Une interdiction légitime et justifiée. – En définitive, même si l'interdiction nouvelle suscite des incertitudes, il n'en reste pas moins que l'initiative du législateur doit être saluée. Le juge doit être incité à explorer toutes les potentialités du texte. Les critiques sont méritées. Mais il faut surmonter les imperfections pour avancer dans la voie de la régulation.

Ainsi, de nombreux auteurs ont mis en évidence le manque d'harmonie entre l'article L 442-6-I-1° et le 2°. Cependant, l'objectif de la loi est d'élargir la protection qui est déjà accordée aux victimes des pratiques discriminatoires. Le législateur a choisi d'ajouter une autre angle de vue, qui est celui de l'extorsion d'avantages injustifiés. Le but n'est pas de supprimer, mais de « moraliser » la coopération commerciale par la recherche de l'équilibre. Certes, on ne peut nier les similitudes entre la prohibition des pratiques discriminatoires et celle des avantages disproportionnés. Pour autant, l'autonomie de ce nouveau délit se justifie.

On peut aussi reprocher au législateur de s'enliser dans le particulier et de contribuer par là-même au déclin de la loi²⁹, en s'éloignant des dispositions générales et des grands principes. Pourtant, cette orientation prise par les parlementaires dès 1996 peut là encore trouver sa justification : la jurisprudence elle-même. Le juge ne paraît pas avoir pu ou su exploiter à

²⁶ Il faut noter que J-M. Meffre, J-C. Grall, « Numéro Spécial « Loi NRE » », 80, avenue Marceau, La Lettre du Cabinet, mai-juin 2001, vont plus loin, allant jusqu'à poser la question de savoir si le service commercial peut englober les services rendus par le distributeur, mais facturés par le fournisseur sous forme de réductions de prix.

²⁷ L'exigence de proportionnalité est toujours aussi vive. V° Colloque du 20 mars 1998, Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », Petites Affiches, 30 septembre 1998, n°117, p.2.

²⁸ Selon J-M. Meffre et J-C. Grall, préc., il suffira de verser aux débats, pour le plaignant victime ou ministre agissant pour le compte de ce dernier, quelques exemples de services identiques et du prix payé en contrepartie. Mais on subodore que les faits sont souvent difficiles à appréhender.

²⁹ En ce sens : L. Idot, « La deuxième partie de la loi « NRE » ou la réforme du droit français de la concurrence », JCP, éd.E, 2001, I, 343.

profit les textes généraux pour enrayer les dérives de la grande distribution³⁰. La spécificité des rapports entre producteurs et distributeurs et la rudesse du rapport de force ont eu raison du droit existant et de ses réformes successives. Bien que les incriminations particulières présentent d'indéniables risques³¹, il devient nécessaire de cerner les pratiques abusives, pour rompre avec les échecs du passé. Le législateur éclaire le juge par des intentions expresses. L'illustration de cette incrimination spéciale par une liste d'exemples non exhaustifs mérite approbation. Le but est, en effet, une nouvelle fois, d'aider le juge dans la détection des pratiques abusives.

16. A l'instar de l'article L 442-6-I-2° a), l'incrimination de l'abus dans les conditions de règlement répond encore à une dérive spécifique.

B. - Les conditions de règlement manifestement abusives (art. L 442-6-I-7°)

17. Présentation. – La prohibition posée par l'art. L 442-6-I-7° est précise. Elle interdit « *de soumettre un partenaire à des conditions de règlement manifestement abusives, compte tenu des bonnes pratiques et usages commerciaux, et s'écartant au détriment du créancier, sans raison objective, du délai indiqué au deuxième alinéa de l'article L 441-6* ».

18. Une interdiction orientée vers un contrôle de la grande distribution. – L'abus dans les conditions de règlement est seul incriminé³². Sont particulièrement visés les délais de règlement imposés par la grande distribution à ses partenaires fournisseurs. Leur extrême longueur (de 60 à 120 jours) est une spécificité française qui constitue, à elle seule, la pratique du crédit-fournisseur et explique les difficultés subséquentes pour les fournisseurs. La grande distribution qui a le triste privilège d'avoir créé à elle seule deux dérives : les avantages indus obtenus sous couvert de coopération commerciale et des délais de paiement anormalement longs. S'agissant des ces délais de paiement, il convient de relever que les conditions de règlement abusives au détriment du créancier sont seules proscrites. L'abus au détriment du débiteur ne semble pas exister.

19. L'appréciation de l'abus : la référence aux bonnes pratiques et usages commerciaux. – Le caractère abusif est apprécié au regard des bonnes pratiques et usages commerciaux. Lorsque ces bonnes pratiques et usages commerciaux auront été constatés, par des normes ou accords

³⁰ Le juge n'a pas pu utiliser, à dessein, les dispositions de l'ancien Titre III de l'ordonnance, en raison essentiellement de la condition d'affectation du marché.

Il n'a pas, tout autant, assuré une application efficace des dispositions les plus générales du Titre IV. A ce titre, la mission parlementaire, créée en vue de la réforme, a souligné à plusieurs reprises qu'une modification du droit existant s'avérait inutile. Il suffisait, dans ce cas, de mettre en œuvre la loi existante. Cf. J-P. Charié, « Avant-Propos » in « Rapport sur l'évolution de la distribution : de la coopération à la domination commerciale », Doc. AN, n°2072, p.11 : « *Il est d'abord indispensable de faire appliquer les textes existants* ». A titre d'illustration, le rapport a proposé simplement d'adopter une nouvelle circulaire d'interprétation afin d'éclairer la portée et le régime de la coopération commerciale ; spéc. p.255 et 313.

³¹ Ces interdictions peuvent notamment être trop précises, donc difficilement applicables. Dans le même sens, elles peuvent rapidement être obsolètes puisque contournées par ceux qu'elles doivent normalement sanctionner.

³² C'est une constante du droit de la concurrence, droit de l'abus, cf. J. Mestre, « L'abus de droit dans la vie des affaires : propos introductifs », Droit & Patrimoine, juin 2000, n°83, p.38 ; O. Benoît, « Le droit de la concurrence est un droit de l'abus : brèves observations », *ibid.*, p.62.

interprofessionnels, il n'y aura là aucune difficulté. Des délais de règlement supérieurs au délai de trente jours³³, mais conformes aux pratiques régulières du secteur, ne seront pas remis en cause. Ainsi, le législateur cherche à acheminer progressivement les professionnels à ce qu'ils définissent eux-mêmes les bonnes pratiques. Mais il y a un risque d'inertie de la part des opérateurs économiques en position de force : l'absence d'accords interprofessionnels les sert. C'est pourquoi il faut envisager d'autres voies pour que des usages puissent être dégagés.

20. L'appréciation de l'abus : le rôle attendu de la Commission d'examen des pratiques commerciales. – Celle-ci a précisément pour mission de donner des avis ou de formuler des recommandations sur les pratiques concernant les relations commerciales entre producteurs, fournisseurs, revendeurs. Elle exerce de plus un rôle d'observatoire régulier de ces secteurs d'activité³⁴. Il est à souhaiter que les espoirs placés en sa création ne soient pas vains. A l'instar de la Commission des clauses abusives, cette instance devrait donner des bases concrètes et précises pour insuffler une moralisation des comportements. Son intervention est particulièrement attendue dans le domaine des délais de règlements, si révélateur des exigences pesantes de la grande distribution.

21. L'appréciation de l'abus : un délai contractuel supérieur à 30 jours « *sans raison objective* ». – Si aucune base juridique ne devait attester de bonnes pratiques en matière de délais de paiement dans un domaine d'activité, le législateur s'en tient à la lettre du contrat. La force de négociation de la grande distribution laisserait alors peu d'espoir que soit fixé un délai raisonnable. De fait, le législateur n'intervient qu'à titre supplétif : dans le silence des parties, l'article L 441-6 fait référence à un délai de trente jours, conformément aux attentes communautaires³⁵. Cependant, le législateur a usé d'un stratagème intéressant pour limiter la liberté contractuelle : le fait de prévoir dans le contrat un délai supérieur à trente jours est virtuellement un abus au détriment du créancier, si le débiteur n'est pas en mesure de faire valoir une "*raison objective*". Il appartient maintenant au juge de ne pas vider de son sens cette exigence. Il doit avoir une conception très stricte de cette nouvelle notion qu'est une "*raison objective*". Les débats parlementaires ont avancé des exemples tels que l'évolution des marchés et les difficultés de trésorerie³⁶. Il va sans dire que le juge doit apprécier la situation réelle du débiteur, par rapport à celle du créancier. Ainsi, les difficultés de trésorerie de la grande distribution doivent être rapportées aux difficultés que connaît son créancier, fournisseur sans surface financière comparable. L'évolution du marché semble un critère objectif beaucoup plus satisfaisant.

Le législateur semble avoir cherché un juste milieu entre d'un côté, une attitude contraignante (à savoir un délai général de trente jours) et de l'autre, une attitude trop complaisante (c'est-à-dire le caractère supplétif du délai précité). L'article L 442-6-I-7° permet de faire obstacle aux

³³ Le délai de trente jours correspond au délai supplétif posé par l'art. L 441-6, voir infra n°21.

³⁴ Art. L 440-1 Code com. Sur le rôle de la Commission, C. Vilmart, « L'effectivité de la lutte contre les pratiques commerciales abusives dans la loi NRE. 1 – De la création de la Commission des pratiques commerciales à la nullité des clauses abusives », JCP, éd.E, 2001, Comm., p.1994.

³⁵ L'article L 442-6-I-7° doit être lu conjointement avec l'article L 441-6 al. 2 qui, mettant notre législation en conformité avec le droit communautaire pose un délai supplétif de paiement de trente jours à compter de la réception des marchandises ou d'exécution de la prestation. V° Directive Cons. et Parlement CE, n°2000/35, 29 juin 2000, JOCE, 8 août 2000, n° L 200, p.35, concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales ; G. Lardeux, « La lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales », Contrats, conc., consom., juillet 2000, p.5.

³⁶ JO, Déb. AN, 24 janvier 2001, p.721 ; égal. BRDA 2001/11, n°53, p.26.

raisons artificielles qui pourraient être invoquées par la partie en situation de force. La liberté contractuelle est encadrée pour éviter l'arbitraire dans un rapport d'inégalité lors de la conclusion du contrat.

22. Une interdiction légitime. – Il est permis de s'interroger sur la nécessité de ces dispositions de l'article L. 442-6-I-7°. En effet, leur teneur est très proche de celle de l'article L. 442-6-I-1°. Cependant, une distinction entre les deux dispositions peut se concevoir. Le 1° suppose une relation tripartite, puisqu'il s'agit de pratiques discriminatoires : les délais de paiement consentis révèlent un traitement de faveur pour un fournisseur, dont un autre fournisseur serait privé, ce qui engendrerait une rupture d'égalité. Le 7° permet, en revanche, d'appréhender la seule relation bipartite entre le fournisseur et le distributeur. Dans ce cas, il ne s'agit pas de comparer le traitement d'un concurrent, mais de considérer que le dépassement du délai de 30 jours est suspect, en termes d'abus de puissance de négociation.

Il n'en reste pas moins qu'une rédaction globale consacré à l'abus dans les conditions de règlement aurait peut-être été préférable et plus habile. Le 7° nouveau présente des termes suffisamment généraux pour englober ceux du 1° ancien. Les « *conditions de règlement* » (7°) ne concernent pas exclusivement les délais de paiement. Elles visent également les pénalités de retard ou, au contraire, les conditions d'escompte en présence d'un règlement anticipé. Les conditions de règlement peuvent donc parfaitement englober la formulation du 1°, « *des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat* ». La même remarque peut être faite pour l'absence de « *raison objective* » (7°) et le défaut de justification par des « *contreparties réelles* » (1°). Au delà des spécificités propres à chacune de ces notions, il convient de remarquer que dans les deux hypothèses, l'objectif de ces expressions est d'aboutir à la justification de comportements a priori irréguliers. De même, le fait de « *soumettre* » (7°) suppose un rapport de force évident. Un opérateur, quelle que soit sa qualité, engage sa responsabilité s'il impose à un partenaire des conditions de règlement abusives. Dans le même sens, le 1° vise le fait « *de pratiquer* » ou « *d'obtenir* ». C'est dire que, là encore, tout opérateur, à l'origine d'une discrimination, engage sa responsabilité, indépendamment de sa qualité. Enfin, les conditions de règlement « *abusives* » (7°) sont proches des conditions « *discriminatoires* » (1°). Elles supposent dans les deux cas, une approche concrète de la situation.

Si le choix du législateur avait été celui d'une approche globale de l'abus dans les conditions de règlement, c'est le siège de l'article L. 442-6-I-7° qu'il aurait dû préférer. Les pratiques discriminatoires ayant un prisme plus étroit, le 1° aurait été amené à disparaître au profit du 7°. C'est dire l'utilité de ces nouvelles dispositions. Il reste aux avocats et aux juges de s'en emparer pour assainir les conditions de règlement.

23. L'obtention d'avantages indus (ou la tentative) et les conditions de règlement manifestement abusives sont deux nouveaux délits correspondant à des pratiques précises. A l'inverse, la troisième nouvelle prohibition a une vocation plus large.

II. - L'INTRODUCTION D'UN DELIT CIVIL GENERAL : L'ABUS DE DEPENDANCE OU DE PUISSANCE (ART. L 442-6-I-2° B)

24. Une interdiction « per se » en réponse à l'échec de l'anc. art. 8-2 de l'ordonnance. – L'article L 442-6-I-2° b) apparaît sans nul doute comme l'innovation majeure de cette partie de loi. Il fait de l'abus de dépendance économique, jusqu'alors pratique anticoncurrentielle³⁷, une pratique restrictive de concurrence dont toute la spécificité est d'être réprimée per se, à savoir indépendamment de toute affectation du marché. Il est désormais interdit à tout producteur, commerçant, industriel ou artisan « *d'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées* ». L'innovation mérite d'être saluée dans la mesure où le législateur prend acte de l'échec complet de l'abus de dépendance en tant que pratique anticoncurrentielle. Elle met en exergue la complémentarité du droit de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence avec le droit des pratiques anticoncurrentielles. Ce dispositif novateur devrait permettre de surmonter toutes les difficultés qui ont contribué à l'inefficacité de l'ancien article 8-2.

Deux griefs majeurs ont été adressés à la prohibition de l'abus de dépendance économique. En premier lieu, la preuve de la situation de dépendance était extrêmement délicate à rapporter : le partenaire dominé ne devait disposer d'aucune solution équivalente ; or, cet élément a été apprécié de façon abstraite, ce qui a ruiné le dispositif de protection. En second lieu, la répression de l'abus s'est avérée le plus souvent impossible, car le comportement irrégulier devait affecter sensiblement le marché pris dans son ensemble³⁸. A elles seules, ces deux conditions légales expliquent l'inefficacité d'une disposition.

³⁷ Il est à noter que l'abus de dépendance économique reste réprimé au titre des pratiques anticoncurrentielles mais au prix d'une perversion des principes les mieux établis. En effet, afin de laisser au Conseil de la concurrence sa compétence en la matière, le législateur a fait le choix de maintenir l'abus de domination relatif au sein des pratiques du Titre II du Livre IV tout en le dégageant de toute condition d'affectation du marché. Il en résulte un texte pour le moins paradoxal. En atteste la nouvelle formulation de l'art. L 420-2 al. 2 : « *Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou pratiques discriminatoires visées à l'article L 442-6* ».

Le « *fonctionnement ou la structure de la concurrence* » n'étant pas explicités par la loi, les divergences doctrinales sont d'ores et déjà nombreuses. Certains auteurs estiment que cette précision n'est pas de nature à modifier la pratique décisionnelle du Conseil (savoir un abus d'une certaine ampleur pour pouvoir donner lieu à sanctions). D'autres à l'inverse estiment que l'affectation du fonctionnement ou de la structure de la concurrence est en deçà de l'affectation du marché, le Conseil ayant désormais à sa charge les abus de dépendance économique au sens strict comme les abus de moindre ampleur à l'égard des PME-PMI.

Il reste permis de s'interroger sur la motivation profonde de ce changement. Certes, l'abus de dépendance économique n'a donné que peu de résultats mais ne valait-il mieux pas le laisser en l'état plutôt que d'introduire un risque de conflits de juridictions. De fait, la question centrale est depuis la loi du 15 mai 2001 de savoir comment s'opère la distinction entre l'abus de l'art. L 420-2 et celui de l'art. L 442-6.

³⁸ Cette condition était impérative, l'ancien article 8-2 étant intégré au sein du Titre III de l'ordonnance relatif aux pratiques anticoncurrentielles. Or, l'affectation du marché était quasiment impossible, puisqu'il s'agissait généralement de la dépendance d'un petit partenaire économique local ou régional dont la disparition n'était pas susceptible de bouleverser le marché.

25. La relation de dépendance. – Le législateur emploie l'expression inédite « *relation de dépendance* », qui appellera une interprétation jurisprudentielle. Selon une lecture littérale, celle-ci ne peut pas être pleinement assimilée à l'état de dépendance. Il reste à préciser quels sont les éléments de convergence et de divergence entre ces deux expressions³⁹. On peut considérer, avec d'autres auteurs, que la relation de dépendance suppose une situation plus souple et moins durable que ne l'est l'état de dépendance⁴⁰. En outre, la relation du 2° b) paraît extrêmement proche de celle de "*la relation commerciale établie*" du 5°. Il peut donc raisonnablement être admis que la relation de dépendance doit au moins être "*établie*"⁴¹ au sens de ce dernier texte. Dans le même sens, le fait de ne viser que le partenaire⁴², victime de la dépendance, offre de prime abord une appréhension plus large que le partenaire économique de l'article L 442-6-I-1° ou encore le partenaire commercial de l'art. L 442-6-I-2° a)⁴³. Ainsi, il faut retenir que le partenaire doit au moins être un professionnel d'ores et déjà en relation avec l'auteur de l'abus.

26. La puissance d'achat ou de vente. – Est également sanctionné l'abus de puissance d'achat ou de vente, qui doit être distingué de l'abus de la relation de dépendance. Les expressions de puissance d'achat et de vente, régulièrement utilisées en pratique, ne sont explicitées par le texte. Les abus de puissance peuvent être analysés comme des compléments de l'abus de la relation de dépendance : ainsi, un fournisseur ou un distributeur, dominant sur son marché, pourrait être sanctionné au titre de l'abus de puissance alors même que la victime ne serait pas en situation de dépendance⁴⁴. La seule certitude autorisée, compte tenu de la place de l'interdiction dans le texte, est que l'abus de puissance suppose exclusivement une analyse bilatérale de la relation et non une appréciation des caractéristiques du marché⁴⁵. Il n'est donc pas sûr que les notions de « *puissance d'achat* » et « *puissance de vente* » pourront être éclairées par la pratique décisionnelle de la Commission et de la jurisprudence de la Cour de justice⁴⁶. S'agissant de la puissance de vente, les travaux parlementaires font référence aux remises de gamme ou d'assortiment.

³⁹ Sur cette question, J-C. Grall, « Distinction entre « relation de dépendance » et « état de dépendance » », Bulletin d'actualité Lamy Droit Economique, janvier 2002, n°147, D, p.1.

⁴⁰ En ce sens : M. Behar-Touchais, D. Ferrier, préc. ; J-M. Meffre, J-C. Grall., préc.

⁴¹ Pour simplifier, la relation commerciale établie s'inscrit dans une certaine durée et est marquée par une intensité croissante.

⁴² Pour une définition du partenaire : G. Ripert, R. Roblot par L. Vogel, op.cit., n°817, p.669. La notion de partenaire inclut tout professionnel exerçant une activité de production, de distribution ou de service, et notamment les fabricants, grossistes, vendeurs ou acheteurs (centrale d'achat ou de référencement). Il en résulte une exclusion du champ de cette disposition, des relations entre professionnels et consommateurs ainsi que des rapports entre un fournisseur ou un distributeur potentiel, ou un candidat malheureux à la relation contractuelle.

⁴³ M. Behar-Touchais, D. Ferrier, préc., prennent l'exemple du professionnel libéral ou agent civil (agent commercial) qui pourrait bénéficier du dispositif.

⁴⁴ En ce sens, cf. L. Arcelin, « Pratiques commerciales et concentrations économiques : les apports de la loi NRE », Contrats, conc., consom., novembre 2001, p.8.

⁴⁵ En ce sens : M. Behar-Touchais, D. Ferrier, préc., ; E. Claudel, préc. ; J-M. Meffre, J-C. Grall, préc.

Plus interrogatifs : J-P. de La Laurencie, L. Givry, préc. : « *On peut d'ailleurs s'interroger sur le point de savoir si cette puissance s'apprécie dans le contexte d'une relation bilatérale ou au regard de la structure d'un marché concerné* ».

⁴⁶ Pour la puissance d'achat : voir Déc. Comm. CE, n°99/674, 3 février 1999, Rewe/Meinl, JOCE, 23 octobre 1999, n° L 274, p.1 ; encore Communication Comm. CE, n°2001/C3/02, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 aux accords de coopération horizontale, JOCE, 6 janvier 2001, n° C 3, p.2.

27. Des conditions commerciales ou obligations injustifiées. – Enfin, l’abus consiste en des conditions commerciales ou obligations injustifiées. Toute la difficulté sera de distinguer dans les faits une pratique injuste (2° b) d’une pratique discriminatoire (1°) et/ou disproportionnée (2° a). Pour autant, on peut présupposer que cette expression laissera aux juges une grande liberté d’appréciation, éminemment plus subjective que pour la détermination des autres pratiques de l’article L 442-6⁴⁷. La Commission d’examen des pratiques commerciales jouera certainement un grand rôle dans la détermination de ces diverses pratiques. Ses travaux seront une aide précieuse pour les juridictions.

28. – En conclusion, les nouveaux délits de responsabilité civile sont difficiles à saisir et à cerner par rapport aux dispositions qui pré-existaient. Le législateur aurait dû remanier l’ensemble du texte et faire apparaître les axes forts de sa démarche.

Il aurait dû présenter, en premier lieu, le principe général d’abus de puissance de négociation, siège d’un délit général. Ce n’est qu’ensuite qu’auraient dû apparaître les délits particuliers de cet abus de puissance : le délit d’extorsion d’avantage indû dans les services commerciaux et le délit d’abus de règlement. L’existence de ces nouveaux délits particuliers se justifie dans la mesure où le législateur considère qu’ils visent les dérives les plus graves.

Ancrés dans l’abus d’un rapport de force bipartite, ces nouveaux délits se distinguent ainsi des pratiques discriminatoires qui rompent de manière injustifiée l’égalité de traitement qu’un opérateur économique doit préserver entre ses différents partenaires. Le délit des pratiques discriminatoires ne joue plus un rôle phare dans la régulation des relations entre professionnels. C’est pourquoi il ne devrait plus figurer en premier dans la liste des cas de responsabilité civile.

Nonobstant les regrets sur la formulation, de nouvelles pistes sont offertes et doivent désormais être explorées par le juge pour atténuer les déséquilibres dans les relations commerciales.

⁴⁷ M-E. Pancrazi, préc. : « *« L’injuste » ne se réduit pas seulement à ce qui est « discriminatoire » ou « disproportionné »... à la différence de ces deux qualificatifs qui impliquent un jugement fondé sur la comparaison d’éléments objectifs (contrepartie...), l’injuste quant à lui laisse une très large part à l’appréciation subjective ».*

Plus nuancés : M. Behar-Touchais, D. Ferrier, préc., qui estiment à l’inverse que l’apport du nouveau dispositif apparaît limité à côté des autres dispositions de l’article L 442-6 « *sauf à envisager une appréciation large à la fois de la relation de dépendance ou de la situation de puissance et de la notion de conditions injustifiées qui amèneraient à définir, par delà les « bonnes pratiques commerciales », « la bonne relation contractuelle »* ».