

Le bilan de la jurisprudence civile et pénale 2012

Le droit des pratiques commerciales restrictives de concurrence (PCR) est issu de la volonté de garantir des relations commerciales transparentes et loyales entre professionnels. Il réprime ainsi les pratiques révélatrices d'un rapport de force déséquilibré entre les partenaires commerciaux. Les PCR sont sanctionnées pénalement ou civilement par le code du commerce (livre IV, titre IV). Toutefois, d'une manière générale, s'agissant du droit économique, un mouvement de dépenalisation a été entamé depuis 2001 et la plupart des pratiques commerciales restrictives de concurrence constituent aujourd'hui des fautes civiles. Ces pratiques abusives sont décrites à l'article L. 442-6 du code du commerce. Spécificité française, le III de ce même article permet au ministre chargé de l'économie, en tant que garant de l'ordre public économique, d'introduire une action devant les juridictions commerciales spécialisées pour faire constater et sanctionner une pratique illicite, au même titre que la victime, le ministère public ou le président de l'Autorité de la concurrence. L'article L.470-5 du code de commerce lui permet d'intervenir dans le cadre d'un litige opposant deux partenaires commerciaux, chaque fois que le litige est fondé sur l'article L. 442-6 du code de commerce.

C'est la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 (LME) qui a modifié en dernier lieu le cadre législatif applicable aux PCR.

Les agents de la DGCCRF sont habilités à procéder à des contrôles visant à s'assurer du respect de la législation en vigueur. En fonction des manquements ou infractions et de leur gravité, ils peuvent se limiter, à la suite de leurs constats, à adresser un simple avertissement à l'auteur du manquement, qui peut faire l'objet d'un contrôle ultérieur consistant à vérifier si la clause illicite ou le comportement abusif ont disparu.

Pour les infractions les plus graves, le code du commerce prévoit :

- **une action civile** : le ministre chargé de l'économie peut assigner devant le juge civil ou commercial les entreprises auteurs de pratiques commerciales abusives ou déposer des conclusions en intervention, devant les mêmes juridictions, dans les procédures initiées par les entreprises elles-mêmes. Le ministre peut dans ce cadre solliciter le prononcé d'une amende civile, la cessation des pratiques, la nullité des clauses, la réparation des préjudices. Des astreintes, ainsi que la publication de la décision, peuvent être ordonnées.

- **des suites pénales** : un procès-verbal est dressé par les services de la DGCCRF puis transmis au procureur de la République.

La transaction, prévue à l'article L. 470-4-1 du code du commerce, nécessite en premier lieu la rédaction d'un procès-verbal. Dans un délai de trois mois, l'autorité compétente en matière de concurrence et de consommation au niveau local adresse une proposition de transaction au procureur de la République, mentionnant le montant, les délais de paiement et les obligations éventuellement imposées à l'entreprise. En matière de pratiques commerciales restrictives de concurrence, ce n'est qu'après accord du procureur de la République qu'une proposition de payer volontairement une amende, dans un délai imparti, peut être adressée à l'auteur d'une infraction.

I. L'activité contentieuse de l'année 2012 en matière civile

1. Observations générales sur l'activité contentieuse

1.1. Nombre de décisions rendues en matière civile

En 2012, 23 décisions intéressant les pratiques restrictives de concurrence civiles ont été rendues : 17 décisions sur action du ministre et 6 décisions sur intervention du ministre dans le cadre d'une action engagée par des personnes privées ou l'Autorité de la concurrence. Sur ces 23 décisions, 18 ont été rendues dans un sens favorable au ministre, 3 dans un sens défavorable et 2 ont fait l'objet d'un désistement du ministre.

Parmi ces décisions, une a été rendue par la Cour européenne des droits de l'Homme, 11 émanent de juridictions de première instance (tribunal de commerce et tribunal de grande instance), 8 arrêts ont été rendus par des Cours d'appel et enfin, 3 arrêts ont été rendus par la Cour de cassation.

1.2. Les pratiques concernées

Sur les 23 décisions rendues en matière civile en 2012 :

- 7 décisions concernent la pratique d'obtention d'avantages sans contrepartie ou manifestement disproportionnés au regard de la valeur du service rendu ;
- 3 décisions concernent le déséquilibre significatif ;
- 5 décisions concernent la rupture brutale de relation commerciale ;
- 1 décision concerne les délais de paiement abusivement longs ;
- 1 décision concerne l'interdiction des rabais, remises et ristournes dans le secteur des fruits et légumes ;
- les 4 dernières concernent la procédure relative à l'action du ministre.

1.3. Le montant des amendes civiles prononcées

Progressivement, le montant des amendes civiles allouées par les juridictions commerciales augmente. Le montant total des amendes civiles prononcées, déjà très important en 2008 avec 1 537 300 € a été très largement dépassé avec une somme de 4 491 301 € en 2009. En 2010, les questions prioritaires de constitutionnalité déposées sur les articles L. 442-6 I 2° et III du code de commerce et les sursis à statuer qui en ont découlé expliquent la baisse du montant des amendes civiles prononcées, qui s'est élevé à 756 500 €. En 2011, ce montant est de nouveau en hausse : 2 288 000 € d'amendes civiles ont été prononcés.

En 2012, le montant des amendes civiles prononcé par les juridictions s'est élevé à 4 827 000 €

1.4. Le montant de l'indu prononcé

L'indu, c'est-à-dire la restitution des sommes indument payées en violation des dispositions d'ordre public de l'article L. 442-6 du code de commerce, a atteint 18 837 992 € en 2012.

Dans 6 décisions, le juge a octroyé une répétition de l'indu aux fournisseurs lésés. Une enseigne a été condamnée à verser plus de 17 millions d'indu. Trois autres sociétés ont été condamnées à restituer des sommes indument perçues comprises entre 300 000 et 730 000 €. Deux magasins d'une même enseigne ont été condamnés à reverser environ 15 000 €

2. Les enseignements des décisions rendues en 2012 en matière civile

2.1. La recevabilité de l'action du Ministre

2.1.1. Les modalités d'intervention du Ministre

Ministre et ... c/ ..., Cour d'appel de Colmar, 18 avril 2012, RG 1B09/04851, 306/2012

La Cour d'appel de Colmar rappelle que l'objectif de libéralisation des marchés et des prix a pour contrepartie le contrôle du comportement des entreprises et la sanction des atteintes à la libre concurrence. Ainsi, l'intervention des autorités publiques implique la double nécessité de rétablir l'ordre public économique qui aurait été troublé et de poursuivre les pratiques illicites pour obtenir la réparation du préjudice causé à la collectivité nationale au travers de l'ensemble des consommateurs et des agents économiques victimes de ces pratiques qui faussent le marché de la distribution. Par conséquent, l'action exercée par le ministre de l'économie est une action principale autonome visant la défense de l'ordre public économique.

La Cour d'appel relève aussi que le prononcé d'une amende civile en vertu de l'article L. 442-6 du Code de commerce correspond au type de sanction que seules les autorités publiques peuvent réclamer dès lors qu'elles exercent une action autonome visant à sanctionner le trouble à l'ordre public économique, ce qui est effectivement le cas en l'espèce.

La CA de Colmar précise enfin que dès lors que le Ministre a déposé devant les premiers juges des conclusions tendant notamment au prononcé d'une amende civile au soutien de l'exercice de l'action prévue à l'article L. 442-6 III du code de commerce, il se déduit que sa présence dans le débat ne revêt pas le caractère d'une simple intervention.

Cet arrêt est définitif.

Ministre et ... c/ ..., Cour de cassation, 4 décembre 2012, n° 1229, FS-P+B

La Cour de cassation a validé la possibilité, pour le Ministre, de formuler des demandes lors d'une intervention (en l'espèce, une amende civile et la répétition de l'indu).

La Cour d'appel de Paris retient que le Ministre n'a pas lui-même engagé l'action prévue à l'article L. 442-6 du code de commerce mais s'est borné à intervenir, sur le fondement de l'article L. 470-5 du même code, à la procédure initiée par une entreprise. Selon la Cour, le Ministre doit donc se limiter à formuler des observations par voie de conclusions et à produire des procès-verbaux et des rapports d'enquête.

Saisie par le Ministre le 9 août 2011, la Cour de cassation relève que le Ministre avait demandé en première instance, exerçant le droit propre que lui confère l'article L. 442-6 III du code de commerce par voie de conclusions déposées au visa de l'article L. 470-5 du code de commerce, la condamnation d'une enseigne au paiement d'une amende civile pour ne pas avoir respecté les dispositions de l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce. La Cour de cassation estime que le Ministre avait donc la qualité de partie à l'instance et qu'il pouvait, par la voie de l'appel incident, demander à la Cour d'appel de réformer le jugement en ce qu'il avait rejeté sa demande.

La Cour de cassation casse et annule l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 juin 2011 en ce qu'il a déclaré irrecevables les demandes du Ministre.

La Cour d'appel de Paris, autrement composée, a été saisie par le Ministre le 20 mars 2013 afin de réformer l'arrêt de la Cour d'appel sur la recevabilité des demandes du Ministre.

2.1.2. La conformité de l'action du Ministre à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Société ...c/ France, Cour Européenne des Droits de l'Homme, 17 janvier 2012, Requête n° 51255/08

La Cour Européenne des Droits de l'Homme rend un arrêt important s'agissant de la conformité à l'article 6 de la CEDH de l'action du ministre de l'économie et des finances fondée sur l'article L. 442-6 du code de commerce. Cette décision fait suite, notamment, à la décision du Conseil Constitutionnel du 13 mai 2011, dans laquelle a été reconnue la conformité à la constitution de cette action, sous réserve de l'avertissement des fournisseurs concernés, en cas de demande de nullité, répétition de l'indu ou demande de dommages et intérêts.

La CEDH précise que « le ministre agit avant tout en défense de l'ordre public économique qui n'est pas limité aux intérêts immédiats des fournisseurs ». Elle relève par ailleurs que le pouvoir d'intervention du ministre n'excluait pas les cocontractants lésés, lesquels conserveraient la possibilité d'agir en justice eux-mêmes, qu'il n'y avait dès lors pas atteinte au droit au recours des fournisseurs.

S'agissant, enfin, de la question de l'information des fournisseurs, exigée en France par le Conseil constitutionnel, la CEDH indique que cette information est nécessaire dans un but de protection des fournisseurs. Mais elle précise à l'inverse qu'il n'appartient pas au distributeur de se prévaloir de cette absence d'information, cette dernière ne lui causant pas de préjudice dans la mesure où il pouvait appeler à l'instance les fournisseurs considérés.

2.1.3. Information des fournisseurs

Président de l'autorité de la concurrence et Ministre c/ ..., tribunal de commerce de Créteil, 17 janvier 2012, n° RG 2008F00229

Sur l'habilitation des signataires des lettres d'information : le tribunal a considéré que : « le Conseil constitutionnel a assorti sa décision d'une simple obligation d'information des fournisseurs, qu'il ne s'agit pas d'un acte de procédure, que les lettres envoyées sont à l'en-tête du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, le ministre étant demandeur à l'instance, que le signataire est parfaitement identifié avec son nom, prénom et fonction, que ces lettres sont donc régulières, qu'il ne s'agit pas d'un acte de pouvoir mais de l'envoi d'une information. »

Sur la réalisation de l'obligation d'information par le ministre (intervenant) et non par l'Autorité de la concurrence (requérant), le tribunal a retenu qu' : « il s'agissait de régulariser une procédure déjà engagée, où le ministre de l'économie est intervenu volontairement, lui aussi demandeur, que la régularisation de la procédure peut-être faite par toute personne qui a qualité à agir, qu'ainsi il n'était pas nécessaire que le Président de l'Autorité de la concurrence informe également de son côté les fournisseurs pour régulariser la procédure. »

Sur l'imprécision des courriers d'information : le tribunal a indiqué que : « les deux lettres envoyées contiennent le nom de l'auteur de l'action, de l'intervenant volontaire, le fondement juridique de l'action, les conséquences pour les fournisseurs, et les références de l'instance, que l'information donnée est donc suffisante pour couvrir l'irrecevabilité de la procédure. » Le tribunal ajoute que le fait de laisser la possibilité aux fournisseurs de contacter le chef du pôle Concurrence de la DIRECCTE, pour obtenir de plus amples informations sur l'opportunité d'une intervention volontaire, n'entachait pas les lettres d'irrégularité.

Sur la tardiveté de l'information donnée aux fournisseurs : le tribunal a considéré que la société ne pouvait pas reprocher au ministre de ne pas avoir informé les fournisseurs préalablement à l'introduction de l'action, au motif que la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel avait été posée le 13 mai 2011.

La société ... a fait appel de ce jugement le 1^{er} février 2012. La Cour d'appel de Paris a fixé la plaidoirie au 20 juin 2013.

Ministre c/ ..., tribunal de commerce de Meaux, 24 janvier 2012, n° RG : 2009/02296

Le Tribunal de Commerce constate que « la demande du Ministre de l'économie telle qu'elle est présentée au tribunal au jour où les parties ont été entendues ne vise pas à obtenir l'indemnisation d'un préjudice particulier à l'égard d'un fournisseur, ni la nullité de la convention ». Le Tribunal poursuit en relevant que « l'obligation posée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 13 mai 2011 relative à l'information préalable des parties au contrat ne trouve pas à s'appliquer ». En effet, « l'exception d'irrecevabilité de la demande pour défaut de notification aux fournisseurs ne peut être accueillie dès lors que la situation présente de ceux-ci ne se trouve pas touchée par la décision sollicitée ».

La décision du Tribunal de commerce de Meaux fait l'objet d'un appel depuis le 24 avril 2012.

Ministre c/ sociétés ... et ..., Cour d'appel de Nîmes, 26 janvier 2012 (2 arrêts : 09/05026 et 09/05027)

Les fournisseurs lésés n'ont été informés de l'action du Ministre qu'en appel, par lettres recommandées avec demande d'avis de réception (LRAR) envoyées quelques semaines avant la clôture de la mise en état.

La Cour rappelle que l'action du Ministre n'est pas subordonnée à l'assentiment préalable du tiers lésé. Elle relève qu'en l'espèce, le Ministre a informé les fournisseurs par LRAR, et que les avis de réception ont été signés par ces derniers.

La Cour fait ensuite une application de l'article 126 du code de procédure civile aux termes duquel « dans les cas où la situation donnant lieu à fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue ». L'article 122 qualifie de fin de non-recevoir « tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir ».

La Cour précise qu'à supposer que le Ministre n'ait pas informé les fournisseurs de son action, seule la demande de restitution de l'indu aurait du être rejetée. Ces arrêts sont définitifs.

Ministre c/ ..., Cour d'appel d'Orléans, 12 avril 2012, n° RG : 11/02284

L'enseigne excipait de l'irrecevabilité de l'action du ministre en raison de la tardiveté de son information à destination des fournisseurs.

Or, la Cour d'appel précise que le défaut éventuel d'information des fournisseurs par le ministre constitue ainsi une fin de non recevoir qui, par application de l'article 126 du code de procédure civile, peut-être régularisée en cours d'instance, même en cause d'appel, si la cause d'irrecevabilité a disparu au moment où le juge statue.

Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt le 7 décembre 2012.

Ministre c/ ... , tribunal de commerce de Bordeaux, 11 mai 2012, 2011F00321

Le distributeur soulève l'irrecevabilité de la demande du ministre de l'économie qui, s'il avait bien averti les fournisseurs de son action, ne les avait pas avertis « préalablement » à l'introduction du litige, ne leur ouvrant dès lors que la voie de l'intervention volontaire purement accessoire, ce qui les plaçait à la merci des carences de la partie principale.

Le tribunal rejette l'argument et considère, notamment, que l'information requise par le Conseil constitutionnel « n'était nullement requise préalablement à l'introduction effective de l'action comme le soutient à tort la défenderesse » et qu'il fallait au plus que « cette information soit donnée en temps suffisant pour laisser au fournisseur la possibilité d'agir à titre individuel ou de s'associer aux demandes du ministre ».

Plus encore, le tribunal de commerce tire les conséquences de l'arrêt rendu par la Cour Européenne des droits de l'homme le 17 janvier 2012 en considérant que dans l'hypothèse où la condition n'aurait pas été remplie, « une éventuelle contestation ne pouvait être soulevée que par les fournisseurs ». La société ... n'a pas fait appel de ce jugement. Un certificat de non déclaration d'appel a été demandé auprès de la Cour d'appel de Paris.

Cour de cassation, chambre commerciale, 9 octobre 2012, Société ... c/ Ministre, 966F-D :

Il résulte de l'article L. 442-6 III du code de commerce tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel que si le Ministre est recevable à poursuivre la nullité des conventions illicites, la restitution de l'indu et la réparation des préjudices causés, c'est à la condition que les parties au contrat aient été informés de l'introduction d'une telle action. En l'espèce, une telle information n'ayant pas été constatée par la Cour d'appel de Nîmes, l'arrêt d'appel est cassé et annulé, et les parties sont renvoyées devant la Cour d'appel d'Aix en Provence.

2.1.4. Enquêtes des agents de la DGCCRF

Ministre c/ sociétés ... et ..., Cour d'appel de Nîmes, 26 janvier 2012 (2 arrêts : 09/05026 et 09/05027)

La Cour précise que les agents de la DGCCRF « ne sont pas tenus de prendre préalablement attache avec le responsable du magasin, la contradiction étant suffisamment respectée par la connaissance des actes de la procédure donnée au représentant de la personne morale concernée et par la faculté qui lui est offerte de faire la preuve contraire des faits constatés ».

Ces arrêts sont définitifs.

2.1.5. L'amende civile

Ministre de l'économie c/ ..., tribunal de commerce de Romans sur Isère, 28 mars 2012, 2007J70079

Le montant de l'amende doit être suffisamment dissuasif pour écarter toute nouvelle tentative de violation du principe d'ordre public d'équilibre des rapports entre partenaires commerciaux (en l'espèce, le double de l'indu). La société ... a fait appel de ce jugement le 7 juin 2012.

Ministre c/ ..., Cour d'appel d'Orléans, 12 avril 2012, n° RG : 11/02284

La société ... prétendait que l'amende civile prévue à l'article L. 442-6 III du code de commerce relevait de la matière pénale. En qualifiant l'amende civile encourue de sanction répressive, la société ... (venant aux droits de la société ...) tentait de s'exonérer de la responsabilité des faits litigieux commis par la société ... avant qu'elle ne l'ait absorbée.

L'action du Ministre en vue de censurer une pratique injustifiée au regard du jeu normal de la concurrence revêt la nature d'une action en responsabilité quasi délictuelle. Ses conditions d'exercice figurent dans le code de commerce, hors de toute référence au code pénal, au code de procédure pénale ou à toute autre disposition légale ou réglementaire de nature pénale. L'amende, ni par sa nature, ni par son objet, ne présente un caractère pénal, mais seulement punitif et indemnitaire, en ce qu'elle tend à restaurer l'équilibre économique dans les relations commerciales entre professionnels, et à réparer de

façon globale le préjudice collectif indirect subi par l'ensemble des acteurs économiques sur le marché.

La Cour d'appel d'Orléans énonce aussi que : « le fait qu'à la suite d'une fusion, la société à laquelle les manquements sont éventuellement imputables a été absorbée intégralement (...), » ne constitue pas un obstacle au prononcé d'une sanction pécuniaire à l'encontre de la société absorbante. Elle ajoute enfin que : « le principe de la continuité économique et fonctionnelle d'une entreprise s'applique quel que soit le mode juridique de transfert des activités dans le cadre desquelles ont été commises les pratiques à sanctionner. »

Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt le 7 décembre 2012.

Ministre c/ ..., tribunal de commerce de Bobigny, 29 mai 2012, n° RG : 2009F01541

Le Ministre sollicitait, comme dans toutes les « assignations Novelli », une amende civile de 2 millions d'euros. Les juges ont réduit le montant de l'amende à 300 000 euros, car le Ministre n'aurait pas démontré "un impact sur la trésorerie des entreprises ».

Cette décision fait l'objet d'un appel depuis le 11 janvier 2013.

2.2. Le fond

2.2.1. Obtention d'un avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné (article L. 442-6 I 1°)

Ministre c/ sociétés ... et ..., Cour d'appel de Nîmes, 26 janvier 2012 (2 arrêts : 09/05026 et 09/05027)

La Cour de Nîmes fait une application rigoureuse de l'article L. 442-6 I 2°a (devenu I 1°) : les services n'ont pas été rendus à la date contractuellement stipulée. Quand bien même ils ont été rendus à une autre date, le texte n'est pas respecté. Il appartenait au distributeur d'établir la preuve de la réalité des services litigieux à la date prévue ou l'existence d'un avenant au contrat venant modifier ces dates, ce qui n'a pas été fait.

La Cour d'appel a donc confirmé les jugements de première instance ayant condamné les sociétés ... respectivement à 25 000 et 37 000 € d'amende. Elle condamne en outre la première société à la restitution de 12 823,54 € à sept de ses fournisseurs et la seconde à la restitution de 16 691,16 € à sept de ses fournisseurs.

Ces arrêts sont définitifs.

Ministre c/ Société..., Cour d'appel de Paris, 2 février 2012, n° RG : 09/22350

Des fournisseurs avaient payé 3 types de services qui s'étaient avérés inconsistants, sans intérêt ou inexistant.

Pour le premier service "plan d'action par famille de produits", la Cour constate que les informations diffusées sont d'un faible intérêt dès lors qu'elles sont souvent sans rapport avec les produits commercialisés par les fournisseurs concernés ou consistent en des données très générales sur la politique du groupe ou les résultats enregistrés par ses différentes enseignes. De plus, la Cour précise que : « les rémunérations versées par les seize fournisseurs en cause en contrepartie du service "plan d'action par famille de produits" s'établissent à des niveaux extrêmement élevés au regard de la consistance de ces services, très contrastés d'un fournisseur à l'autre et sans rapport avec leurs chiffres d'affaires respectifs avec ce distributeur. »

Il en va de même du deuxième service, dit « plan de développement des performances du fournisseur », qui consiste en la fourniture de données brutes dans un tableau excel, sans aucune analyse et dont la rémunération est élevée, et fortement variable d'un fournisseur à l'autre.

S'agissant du troisième service, la Cour énonce que : « la simple communication à un fournisseur du plan d'implantation de ses produits dans les rayons, sans qu'il dispose d'une quelconque possibilité d'influencer les choix du distributeur en la matière, et alors qu'une simple visite dans les points de vente lui permet de prendre connaissance de cette implantation-type, ne peut être considérée comme un service rendu au fournisseur. »

La Cour relève en effet que : « La société ... ne saurait se prévaloir de témoignages de certains de ses fournisseurs qui attesteraient de la réelle valeur des prestations de service critiquées alors, qu'à l'évidence, ces PME, qui fournissent toujours le groupe ... ont un intérêt fondamental à ce que leurs produits soient référencés par le canal de distribution essentiel que constitue la grande distribution et tout particulièrement celui exploité par ..., de sorte que leurs témoignages doivent être examinés avec beaucoup de précautions. »

La Cour rejette l'argument selon lequel le ministre devrait démontrer l'existence d'un état de dépendance économique dans lequel serait placée la victime vis à vis du bénéficiaire de ces rémunérations, alors qu'une telle condition n'est pas prévue par le texte et que l'abus de dépendance économique est sanctionné par un texte spécifique du code de commerce.

Le distributeur est condamné à 2 millions d'euros d'amende, et à près de 17 millions d'euros d'indu. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt le 3 juillet 2012.

Ministre c/ ..., tribunal de commerce de Romans sur Isère, 28 mars 2012, 2007J70079

Le tribunal estime que la société... n'établit pas que l'étude fournie à son fournisseur constitue un service supplémentaire et complémentaire aux données statistiques communiquées par ailleurs par un institut spécialisé et pouvant justifier la rémunération de ses services.

Le tribunal relève l'état de dépendance économique du fournisseur et annule la clause relative à la rémunération des contrats litigieux. D'une part, la relation commerciale avec l'enseigne est indispensable à l'équilibre financier du fournisseur : la perte du marché entraînerait une perte d'exploitation conséquente de nature à mettre en péril la pérennité de l'entreprise. D'autre part, il apparaît que la libre volonté de collaborer est entravée par des pressions s'apparentant à des menaces, voire des sanctions ayant conduit le fournisseur à souscrire à ces contrats de coopération commerciale, dont le caractère obligatoire a d'ailleurs été confirmé à l'audience et par les pièces de la procédure.

Le tribunal a donc annulé la clause relative à la rémunération des contrats litigieux. Il a également condamné la société ... à 1,5 M€ d'amende civile et à restituer 730 113 € d'indu pour obtention d'un avantage disproportionné au regard de la valeur du service rendu et abus de puissance d'achat.

La société ... a fait appel de ce jugement le 7 juin 2012.

Ministre c/ ..., Cour d'appel d'Orléans, 12 avril 2012, n° RG : 11/02284

Le Ministre de l'économie a limité son argumentation à la comparaison entre le prix payé par le fournisseur pour obtenir la réalisation de têtes de gondoles et le chiffre d'affaires réalisé pendant la période de promotion.

Dans la continuité de l'arrêt de la Cour de cassation du 27 avril 2011, la Cour d'appel d'Orléans a jugé que le ministre de l'économie ne rapportait pas la preuve d'une disproportion manifeste entre le coût supporté par les fournisseurs et les avantages que l'enseigne ... en avait retirés.

Dans son arrêt du 27 avril 2011, la Cour de cassation avait en effet jugé que la faiblesse du chiffre d'affaires réalisé par le distributeur sur les produits concernés par une action de coopération commerciale, au regard de l'avantage qui lui a été consenti ou l'absence de progression significative des ventes pendant la période de référence ne permet pas à lui seul d'établir l'éventuelle disproportion manifeste entre les avantages obtenus par le distributeur et la valeur des services rendus.

La Cour d'appel indique que : « les distributeurs qui concluent des accords de coopération commerciale ne sont pas tenus à une obligation de résultat quant aux succès de l'opération, mais simplement obligés d'effectuer l'action convenue, que la réussite d'une campagne publicitaire n'est jamais certaine et reste soumise à l'aléa de la réaction des consommateurs, tandis que le fournisseur assume lui-même, en contractant, le risque corrélatif de l'échec ou de la relativité de la performance. ». En conséquence, elle a réduit le montant de la somme à restituer par la société ... ainsi que le montant de l'amende civile.

Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt le 7 décembre 2012.

Ministre c/ ..., tribunal de commerce de Bordeaux, 11 mai 2012, 2011F00321

S'agissant de la clause dite « TMPG », le distributeur précise qu'elle constitue un engagement du fournisseur de réaliser sous une forme promotionnelle un certain ratio de son chiffre d'affaires. Le fournisseur applique alors au distributeur une réduction de prix sur factures à l'occasion d'opérations promotionnelles réalisées par ce dernier via des prospectus périodiques d'information.

Le tribunal de commerce de Bordeaux considère que les contrats passés entre les fournisseurs et le distributeur ne fixaient pas « d'actes compensatoires à la charge du distributeur, et notamment pas un certain volume de prospectus à diffuser », ceci impliquant que la validité des TMPG ne dépendait pas de la fourniture d'un service.

Cependant, la clause TMPG est requalifiée en clause pénale. Le tribunal retient l'application de l'article 1226 du code civil. Il relève en effet que « les clauses dites de TMPG qui visent objectivement non à compenser un préjudice, qui n'est ni évoqué ni démontré, mais à garantir au distributeur, nonobstant son inaction, un complément de réduction de prix, c'est-à-dire de marge, correspond très précisément à la définition que donne la jurisprudence de la clause pénale qui est une clause à la fois stipulée comme un moyen de contraindre le débiteur à l'exécution et comme l'évaluation forfaitaire du préjudice en résultant ».

Le tribunal, après requalification de la clause, prononce la réduction à 10% du montant originellement prévu en relevant notamment que ces clauses étaient « déséquilibrées dans leur conception ». Le distributeur est, en conséquence, condamné à restituer 90% des sommes perçues en application de l'accord conclu avec les fournisseurs.

Le tribunal écarte l'application de l'article L. 442-6 du code de commerce au regard du relatif équilibre des forces entre les parties. Il relève en effet que rien ne démontrait que la clause avait été obtenue de manière illégitime, et que tant le poids économique que la notoriété de leurs marques s'opposaient à ce que les fournisseurs considérés soient rangés « dans la catégorie des cocontractants faibles ».

La société ... n'a pas fait appel de ce jugement. Un certificat de non déclaration d'appel a été demandé auprès de la Cour d'appel de Paris.

2.2.2. Déséquilibre significatif (L. 442-6 I 2°)

Ministre c/ ..., tribunal de commerce de Meaux, 24 janvier 2012 – Affaire Novelli, n° RG : 2009/02296

S'agissant de la clause de retour d'inventus, le tribunal relève notamment qu'une telle clause avait, en l'espèce, pour effet de transférer les risques juridiques des produits au fournisseur, le distributeur conservant la propriété et les conditions de commercialisation des produits. Le tribunal rappelle qu'une telle clause, bien que licite en tant que telle, ne pouvait être imposée abusivement et systématiquement. Or, le tribunal relève que cette clause était présente dans tous les contrats signés avec les fournisseurs et concernait indifféremment tous les produits contractuels.

Pour ce qui concerne la clause de « révision de prix et conditions », le tribunal relève un « déséquilibre entre les conditions strictes d'octroi d'une augmentation de prix et le droit contractuellement prévu à bénéficiaire de toute réduction des éléments constitutifs du prix des produits vendus ». La clause prévoyait en effet que tout élément pouvant entraîner une baisse de prix du produit pour le fournisseur (baisse du prix des matières premières, coûts supportés par le fournisseur) devait obligatoirement faire l'objet d'une communication au distributeur afin d'être répercutée sur le prix de vente à ce dernier et ce, sous peine de déréférencement. À l'inverse une augmentation des tarifs du fournisseur pouvait être unilatéralement refusée par le distributeur. Le tribunal rappelle que rien, dans la rédaction du contrat, n'imposait au distributeur de répercuter lui-même la baisse des tarifs du fournisseur sur le prix de revente, et que la clause pouvait, dès lors, lui permettre d'augmenter sa marge sans en faire bénéficier le consommateur, et concomitamment entraîner « un écrasement des marges du fournisseur. ».

Le tribunal ordonne donc la cessation des pratiques consistant à mentionner les clauses litigieuses dans les contrats. Toutefois, il estime que le ministre ne rapporte pas la preuve de l'usage fait des dispositions contractuelles constitutives d'un déséquilibre significatif dans les relations entre le fournisseur et le distributeur. Il prononce néanmoins à l'encontre de la société ... une amende civile de 400 000 euros.

La décision du Tribunal de commerce de Meaux fait l'objet d'un appel depuis le 24 avril 2012.

Ministre c/ ..., tribunal de commerce de Bobigny, 29 mai 2012, n° RG : 2009F01541

Le tribunal relève l'existence d'un déséquilibre significatif compte tenu des éléments suivants : les clauses litigieuses ont une portée large : elles ne sont limitées ni dans le temps, ni à certains produits, ni du point de vue du montant des avoirs. Par leur effet, qui peut d'ailleurs être cumulé, le distributeur est assuré de ne pas perdre d'argent puisqu'il ne prend aucun risque. Le distributeur transfère ainsi au fournisseur une obligation qui lui incombe. Le fournisseur est entravé dans sa liberté commerciale pour fixer ses tarifs, puisqu'il doit tenir compte du coût qui sera engendré par la compensation demandée par le distributeur. Enfin, ces clauses ont pour effet de rétroagir sur les conditions de vente (NB : celles-ci doivent être fixées dans la convention unique) ce qui "constitue en soi un déséquilibre significatif".

Ces clauses conféraient ainsi au distributeur un avantage créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. L'enseigne ... a donc été condamnée à une amende civile de 300 000 € et à la restitution aux fournisseurs des sommes indûment perçues (pour un montant total de 575 000 €).

Cette décision fait l'objet d'un appel depuis le 11 janvier 2013.

2.2.3. Rupture brutale de relations commerciales (L. 442-6 I 5°)

Ministre et ... c/ ..., tribunal de commerce de Lille, 12 janvier 2012, 2011/03836

Le tribunal considère qu'on ne peut reprocher à la société ... d'avoir brutalement rompu la relation commerciale qu'elle entretenait avec ... dès lors qu'elle l'avait organisée par un accord transactionnel, qui prévoyait une période suffisante pour trouver des solutions de remplacement.

Le tribunal constate d'ailleurs plusieurs erreurs de gestion du fournisseur notamment, sa dépendance vis-à-vis du distributeur qui résultait uniquement de son choix, mais également la distribution de ses réserves en 2008 et 2010 alors que son exercice 2009 était déficitaire. En outre, le tribunal considère que le fournisseur aurait pu mettre en place plus rapidement des mesures de diversification de sa clientèle.

Ministre et ... c/ Société..., tribunal de commerce de Paris, 13 février 2012, 2010001934

Le tribunal considère comme suffisant le préavis de trois mois donné par la société... à son fournisseur compte tenu du caractère dérisoire du chiffre d'affaires commun réalisé (de l'ordre de 1%). Le tribunal estime en effet que les conséquences de la perte d'un pourcentage si minime de chiffre d'affaires sont difficiles à évaluer.

En tout état de cause, les juges ont considéré que le préavis de trois mois donné après une mise en garde orale (réunion du 25 juin 2009 : notification par oral de l'intention de la société auteur de la rupture de mettre un terme à leur relation pour la fin de l'année 2009) était suffisant pour permettre au fournisseur de réorganiser ses affaires « si tant est qu'elle ait souffert de la moindre désorganisation. » Ce jugement est définitif.

Ministre et ... c/ ..., Cour d'appel de Colmar, 18 avril 2012, 1B09/04851

Après plusieurs années de relations commerciales continues, la relation d'affaires entre les deux sociétés s'est interrompue en décembre 2005. La commande passée par la société ... en mars 2006 n'avait pas été annoncée au préalable et semble particulièrement anormale, dès lors que le volume de cette commande était disproportionné au regard des volumes commandés au cours des années précédentes, et atypique dans la mesure où elle a été passée au même moment par les 17 entrepôts du distributeur. Le fournisseur n'a pu honorer cette commande dans un délai de 8 jours. Toutefois, la Cour d'appel a jugé que la rupture du contrat ne pouvait être imputée au fournisseur.

Le défaut de préavis écrit par le distributeur permettait d'établir le caractère brutal de la rupture de la relation commerciale des deux parties. Ce préavis aurait dû être fixé à une durée de 9 mois (pour une durée de relation commerciale établie à 7 ans) et doublé à 18 mois s'agissant des produits commercialisés sous la marque du distributeur

La Cour d'appel a porté le montant de l'amende civile de 100 000 à 200 000 €, compte tenu des circonstances ayant entouré la rupture de la relation commerciale établie entre les deux sociétés, constitutive d'un trouble à l'ordre public économique, afin de donner à cette amende un effet dissuasif de nature à enrayer toute velléité de la société ... de recommencer ou de poursuivre de telles pratiques à l'égard d'autres fournisseurs. Cet arrêt est définitif.

Ministre de l'économie c/ ..., tribunal de commerce de Bordeaux, 4 mai 2012, 2011F00320

Le tribunal a estimé que le distributeur avait rompu sans préavis la relation commerciale qui l'unissait depuis 6 ans à l'un de ses fournisseurs. En effet, elle n'a pas rapporté la preuve de l'existence de difficultés et de litiges dont le nombre et l'importance auraient justifié l'absence d'un juste préavis accordé au fournisseur.

Mais « Doutant que la rupture, fut-elle brutale, de relations certes durablement établies mais périodiques, entre un supermarché local qui n'est pas un client essentiel du fournisseur, et un fournisseur, qui n'est pas exclusif, trouble gravement l'ordre public économique », le tribunal de commerce a condamné le distributeur au paiement d'une amende civile symbolique de 5 000 euros.

La société ... n'a pas fait appel de ce jugement. Un certificat de non déclaration d'appel a été demandé auprès de la Cour d'appel de Paris.

2.2.4. Conditions de règlement abusives (L. 442-6 I 7°)

Ministre c/ ..., tribunal de commerce de Rennes, 5 juin 2012, 2009F00017

Le tribunal de commerce de Rennes a jugé qu'une enseigne a soumis ses fournisseurs à des conditions de paiement manifestement abusives, compte tenu des bonnes pratiques et usages commerciaux, en s'écartant sans raison objective, du délai prévu aux conditions générales de vente et réprimées par les articles L. 441-6 et L. 442-6 du code de commerce.

Alors que leurs conditions générales de vente prévoyaient un délai de paiement de 30 jours à compter de la date d'expédition des marchandises, les sociétés ... et ..., fournisseurs de produits alimentaires, ont signé avec la société ... des accords commerciaux prévoyant des délais de paiement à 110 jours. Ces délais correspondaient à une exigence du distributeur et ne faisaient l'objet d'aucune contrepartie.

Le Tribunal prononce la nullité de la clause de paiement contraire aux articles L. 441-6 et L. 442-6 du code de commerce et condamne la société ... à une amende de 300 000 €. Cette décision n'est pas définitive.

2.2.5. Interdiction des remises, rabais et ristournes (distribution fruits et légumes) (L. 442-6 I 13°)

Ministre c/ sociétés ..., tribunal de commerce de Marseille, 29 novembre 2012, 2012F00520

Le rejet au fond de l'action du Ministre est motivé par le fait que la preuve n'est pas rapportée, selon le juge, que les services de mise en avant n'ont pas été réalisés par la société Cette appréciation se fonde notamment sur le fait que les visites des enquêteurs ont eu lieu pendant la journée, alors que "il est d'usage que l'activité des marchés d'intérêt nationaux, notamment pour les grossistes en fruits et légumes, ne fonctionne pour les échanges entre le grossiste et ses clients qu'en deuxième partie de la nuit, (...) même si les locaux administratifs du MIN restent ouverts toute la journée". Concernant par ailleurs certains services, tels que la mise en avant sur le site internet, le juge remarque que la société... n'a finalement pas facturé les services qui n'ont pas été réalisés.

Le tribunal en déduit que les sociétés ... n'ont pas contrevenu aux dispositions légales.

De plus, il condamne le Ministre à indemniser, à hauteur de 15 000 € pour chacune des deux sociétés, le préjudice moral causé par le trouble ou la perte d'image ayant résulté des lettres envoyées par l'administration aux fournisseurs mentionnant "des perceptions indues" alors que la procédure n'avait pas encore eu lieu". Le juge ordonne en outre la publication du jugement dans trois journaux au choix des sociétés ... aux frais du Ministre, et 5000 € de frais irrépétibles.

Le ministre a fait appel de ce jugement.

II – L'activité contentieuse de l'année 2012 au plan pénal

Les pratiques décrites au titre IV du livre IV du code de commerce, consacré à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées tombent dans une large mesure, sous le coup de sanctions civiles, depuis la LME, le législateur ayant largement dépénalisé la matière.

Pour autant, plusieurs infractions pénales subsistent en matière de transparence et de pratiques restrictives de concurrence. Les règles sur la facturation ou sur la convention unique permettent d'assurer la transparence des relations commerciales entre opérateurs économiques. Sont également prohibées et pénalement sanctionnées la revente à perte, le non respect des délais de paiement réglementés, le paracommercialisme, les prix minimum imposés.

L'administration procède chaque année à des contrôles permettant de vérifier que les dispositions du titre IV du livre IV du code de commerce sont respectées, à travers l'activité de la brigade LME, créée

en 2009 après l'adoption de la LME pour renforcer les moyens de contrôle de la DGCCRF et permettre aux professionnels victimes de s'adresser plus facilement aux autorités de contrôle.

Selon les situations rencontrées et la gravité des faits reprochés, lorsqu'un opérateur enfreint la réglementation, un avertissement peut suffire à obtenir qu'il revienne à un strict respect de la loi. Toutefois, pour des faits plus graves, les agents de la brigade LME¹, peuvent établir des procès verbaux qui seront transmis au Parquet pour d'éventuelles poursuites pénales.

1. – le bilan des suites contentieuses pénales de l'action de la DGCCRF au titre de l'année 2012, est présenté dans le tableau² ci-dessous :

Types de pratiques		2012
Facturation		
	PV	224
	transaction	126
	jugement	70
	arrêt	10
Délais de paiement		
	PV	135
	transaction	139
	jugement	10
	arrêt	-
Convention unique		
	PV	17
	transaction	10
	jugement	6
	arrêt	1
Paracommercialisme		
	PV	6
	transaction	15
	jugement	4
	arrêt	-
Revente à perte		
	PV	4
	transaction	3
	jugement	7
	arrêt	-
Prix minimum imposé		
	PV	1
	transaction	1
	jugement	4
	arrêt	-
Total		
	PV	387
	transaction	294
	jugement	101
	arrêt	11

¹ Etablis au sein du pôle C des DIRECCTE

² Source IRIS

Les tendances qui se dégagent de ce bilan confirment les orientations observées lors des années antérieures.

Tout d'abord, l'essentiel des infractions relevées portent sur le non-respect des règles de facturation (défaut de dénomination précise du produit vendu, de remises hors facture et d'abus par des procédés d'auto facturation et de différé de la date d'émission de la facture) et des délais de paiement sanctionnés pénalement (délais réglementés prévus aux articles L. 441-6 11ème alinéa pour les prestations de transport et L. 443-1 pour les viandes, produits périssables et boissons alcooliques),

Si le nombre de PV dressés en 2012 en matière de facturation s'élève à 224, soit un chiffre en diminution par rapport à l'année précédente (343 PV en 2011), ce chiffre reste stable par rapport à 2010 (234 PV).

S'agissant des délais de paiement réglementés cités plus haut, le nombre de PV enregistrés en 2012, soit 135, est équivalent à celui observé en 2011 (131 PV), contre 96 en 2010.

En matière de formalisme contractuel des relations commerciales entre fournisseur et distributeur, 17 PV ont été enregistrés ; les faits incriminés portent essentiellement sur des contrats-cadres incomplets, l'absence de contrats d'application ou des remises supplémentaires exigées des fournisseurs non prévues au contrat.

Enfin, les suites apportées aux constatations sont dans une grande majorité des transactions, quel que soit le type d'incrimination.

2- Montant des transactions et des amendes

S'agissant du montant des transactions proposées au Procureur de la République, 294 transactions ont été enregistrées en 2012, pour un total de 387 procès-verbaux dressés. A titre d'exemple, en 2009, seules 175 infractions avaient fait l'objet d'une transaction pour 377 procès-verbaux. A cet égard, il convient de souligner que les Parquets préfèrent souvent privilégier la voie transactionnelle. Le montant des transactions s'est élevé en 2012 à 1.857.178 €

Facturation	
Montant des transactions en € :	893.460
Montant des amendes en € :	379.445
Délais de paiement	
Montant des transactions :	701.670
Montant des amendes :	55.500
Convention unique	
Montant des transactions :	233.000
Montant des amendes :	20.000
Paracommercialisme	
Montant des transactions :	18.248
Amende :	-

Revente à perte	
Montant des transactions :	7.800
Montant des amendes :	3.200
Prix minimum imposé	
Montant des transactions :	3.000
Montant des amendes :	1.200
Total transactions :	1.857.178 €
Total amendes :	459.345 €

En matière de convention unique, 10 procès-verbaux ont fait l'objet d'une transaction pour un montant de 233.000 €. Aucun jugement n'a été rendu en matière de convention unique en 2011, une seule décision a abouti à une amende de 20 000 € en 2012. En d'autres termes, très peu de dossiers suivent la voie contentieuse et la plupart aboutissent à une transaction, qui présente l'avantage de la rapidité mais ne fait pas l'objet de publicité, ce qui ne permet pas de disposer de jurisprudence sur le fond.

Quant au montant des amendes pénales prononcées, les jugements rendus aboutissent à un total de 459.345 € en 2012, soit un chiffre sensiblement équivalent à celui de l'année précédente (427.340 €).

Le montant des amendes prononcées en 2012 est étroitement corrélé au nombre de jugements rendus :

- 379.445 € en ce qui concerne les infractions aux règles de la facturation, chiffre en progression par rapport à l'année antérieure (308.840 € en 2011),
- 55.500 € au titre d'infractions aux délais de paiement réglementés, soit un montant inférieur de moitié à celui des amendes prononcées dans ce domaine en 2011 (101.000 €),
- les amendes prononcées pour les autres types d'infractions sont peu élevées : 20.000 € au titre de la convention unique, 3.200 € en ce qui concerne la revente à perte, 1.200 € s'agissant des prix minimum imposés.

3 – Les décisions pénales rendues en 2012

La facturation

L'article L. 441-3 du code de commerce, consacré à la transparence des obligations en matière de facturation, fait l'objet d'une jurisprudence abondante concernant le non-respect de ses dispositions.

En 2012, une décision rendue par la Cour d'Appel de Paris a sanctionné l'absence de facturation de la part d'un commerçant tandis qu'une autre décision du TGI de Reims relaxe un professionnel au motif que les règles du code de commerce en matière de facturation et de délais de paiement n'avaient pas vocation à s'appliquer.

Cour d'appel de Paris 22 octobre 2012 (n° 11/10397)

Dans cette affaire, le juge de première instance avait relaxé dans son jugement du 16 septembre 2011 le prévenu qui procédait à l'échange de cartes téléphoniques avec d'autres commerçants sans établir de factures. La société mise en cause justifiait le recours au troc de cartes téléphoniques avec d'autres revendeurs au motif que si elle achète auprès de fournisseurs d'importantes quantités de ces marchandises, elle n'est pas en mesure d'acquérir l'ensemble de la gamme de cartes téléphoniques

présentes sur le marché pour satisfaire sa clientèle. Pour compléter son offre, le prévenu échange chaque mois auprès d'autres revendeurs de petites quantités de cartes téléphoniques.

Pour sa défense, le prévenu plaidait donc qu'au cours de cette transaction, dès lors qu'il existe une différence de montant sur la valeur des cartes téléphoniques les revendeurs restituaient des cartes pour équilibrer l'échange mais qu'il n'y avait jamais de paiement entre eux

Quand bien même l'échange de cartes téléphoniques entre les professionnels ne faisait pas l'objet de paiement, la Cour a considéré que ces pratiques constituaient une vente. Dès lors, l'absence de facturation contrevient aux dispositions de l'article L. 441-3 du code de commerce.

La Cour d'Appel de Paris a donc infirmé le jugement de première instance et condamné le gérant à une amende de 2.500 euros et sa société à une peine d'amende de 5.000 euros pour infraction aux règles de facturation. Cet arrêt est définitif.

Tribunal correctionnel de Reims, 26 novembre 2012, N° minute 12jc2215

Il était reproché au directeur d'un hypermarché de n'avoir pas établi, du 1^{er} janvier 2009 au 14 janvier 2010, de factures dans le cadre de son activité professionnelle, en violation de l'article L. 441-3 du code de commerce.

Le Tribunal correctionnel de Reims a considéré que cette société, qui proposait aux viticulteurs, à l'occasion de la période des vendanges, une carte leur permettant de bénéficier d'un report de paiement pour leurs achats de denrées alimentaires destinées aux besoins des vendangeurs, n'était pas soumise aux dispositions de l'article L. 441-3, les viticulteurs agissant dans ce cas comme de simples consommateurs. Il n'y avait ainsi pas lieu de leur appliquer les règles s'imposant en termes de facturation et de délais de paiement.

La revente à perte

L'article L. 442-2 du code de commerce pose le principe d'une interdiction de revendre ou d'annoncer la revente de produits au-dessous de leur prix d'achat effectif, notion qui détermine le seuil de revente à perte.

L'objectif de cette réglementation est de protéger le commerce de détail, les fournisseurs et les consommateurs, face à la grande distribution. Le non-respect de ces dispositions constitue une infraction pénale, sanctionnée d'une amende de 75.000 euros.

La loi Dutreil du 2 août 2005, puis la loi Châtel en date du 3 janvier 2008 ont progressivement abaissé le seuil de revente à perte de manière à permettre aux revendeurs de diminuer les prix en faveur des consommateurs.

Toutefois, des exceptions, définies à l'article L. 442-4 du code de commerce autorisent les professionnels, dès lors que certaines conditions sont remplies, à revendre des produits à perte (par exemple en cas de cessation ou de changement d'activité, ou de ventes à caractère saisonnier, d'évolution de la mode ou de perfectionnements techniques, ou encore de produits soldés).

Tribunal de grande instance de Strasbourg 3 avril 2012 (n° VE 121523)

Le jugement rendu le 3 avril 2012 par le Tribunal de grande instance de Strasbourg, statuant en matière correctionnelle, traite de l'application des dispositions relatives à la revente à perte, et notamment des exceptions liées au réapprovisionnement des produits à la baisse et à leur caractère obsolète.

Dans cette affaire, une société de la grande distribution était poursuivie pour avoir vendu, à un prix inférieur au seuil de revente à perte, huit jeux vidéo, en violation des dispositions de l'article L. 442-2 du code de commerce.

Pour sa défense, la société invoquait l'existence d'avoirs émis postérieurement par le fournisseur qui devaient être réintégrés dans la facture d'achat. Par ailleurs, elle s'appuyait sur les dispositions de l'article L. 442-4 I 3° du code de commerce qui prévoit une dérogation à l'interdiction de la RAP « *aux produits qui ne répondent plus à la demande générale en raison de l'évolution de la mode ou de l'apparition de perfectionnements techniques* ».

Le Tribunal de première instance rejette ces arguments pour plusieurs motifs. Tout d'abord, le juge relève le délai très bref entre l'achat des produits et l'émission des avoirs par le fournisseur et souligne « *que ces produits avaient été acquis par celle-ci de trois à cinq mois avant l'avoir délivré, ce qui ne permet aucunement d'invoquer une obsolescence du produit* ».

En outre, les avoirs émis postérieurement à l'achat des produits par la société mise en cause ne pouvaient être déduits de la facture d'achat, dans la mesure où une telle faculté n'est offerte par le code de commerce « *qu'en cas de réapprovisionnement en produits aux caractéristiques identiques* », conformément aux dispositions de l'article L. 442-4 du code de commerce.

Pour ces raisons, le distributeur se voit condamner à une amende d'un montant de 2.000 euros. Il a été fait appel de ce jugement.

La convention unique

Le cadre juridique des relations commerciales a été profondément modifié en dernier lieu par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 dite loi de modernisation de l'économie (LME), qui constitue la plus récente étape d'une réforme commencée le 2 août 2005 avec la loi en faveur des petites et moyennes entreprises (PME) et poursuivie avec la loi du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs. L'objectif du législateur était d'intensifier la concurrence, dans l'intérêt du consommateur, tout en veillant à assurer la pérennité des entreprises et notamment des PME.

L'article L. 441-7 du code de commerce renforce le formalisme de la convention unique et énumère les mentions obligatoires devant figurer au contrat. Il s'agit notamment du contenu des services, les produits auxquels ils se rapportent, la date à laquelle ils sont rendus, la durée et les modalités de leur rémunération.

La LME a établi un cadre juridique dont l'objectif est le maintien des équilibres au sein des filières économiques et la garantie de relations commerciales transparentes. La loi repose ainsi sur un équilibre : la libre négociabilité des tarifs, avec, en contrepoids, la sanction des pratiques commerciales abusives traduisant un « déséquilibre significatif » entre les parties. La loi a ainsi pour objectif d'assurer le maintien de relations commerciales aussi transparentes et loyales que possible, malgré le rapport de forces parfois déséquilibré entre partenaires commerciaux.

Les infractions aux dispositions de l'article L. 441-7 du code de commerce sont passibles d'une amende de 75.000 euros. Dans la pratique, le juge semble privilégier la voie transactionnelle à la voie pénale pour ce type d'infraction.

En 2012, un arrêt a été rendu par la Cour d'Appel de Colmar sur le fondement de ces dispositions.

Cour d'appel de Colmar du 21/12/12 (n° 12/01521)

En première instance, le tribunal correctionnel avait condamné une société à une amende de 20 000 € pour défaut de conclusion dans les délais impartis d'une convention conforme à l'article L. 441-7 du Code de commerce, la loi imposant que la convention écrite ou le contrat-cadre annuel soit conclu avant le 1^{er} mars.

La Cour d'Appel de Colmar a relaxé la société mise en cause en considérant que les parties avaient, quelques jours avant les délais prescrits par l'article L. 441-7 du code de commerce, matérialisé leur accord de proroger le contrat cadre-annuel conclu en 2010, en faisant figurer par écrit la mention « bon pour accord ». Le juge considère que ces termes prouvent qu'une offre a bien été formulée et acceptée par les parties matérialisant ainsi leur souhait de proroger les conditions particulières de 2010. Dès lors, selon le juge, les exigences posées par l'article L. 441-7 du code de commerce ont été respectées par la société mise en cause.

Cet arrêt est définitif.