

<p style="text-align: center;">Pratiques restrictives de concurrence : Bilan de l'action contentieuse civile 2009</p>

Le dispositif de l'article L. 442-6 du code de commerce issu de l'ancien article 36 de l'ordonnance de 1986, modifié par la loi Galland du 1^{er} juillet 1996, puis par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, vise à sanctionner civilement les pratiques illicites restrictives de concurrence devant les juridictions civiles et commerciales.

La refonte opérée par la loi relative aux nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 a étendu le champ des pratiques civilement répréhensibles et renforcé les sanctions civiles, notamment par l'encadrement des conditions de rupture des relations commerciales, l'interdiction de la fausse coopération commerciale et par l'introduction d'une action étendue du ministre devant les juridictions civiles et commerciales : cessation des pratiques mais aussi action en nullité, répétition de l'indu et action en prononcé d'une amende civile.

La loi du 2 août 2005 en faveur des PME a élargi les pratiques considérées comme abusives et la loi Chatel du 3 janvier 2008 a fait du refus de communication des conditions générales de vente une pratique civilement sanctionnée.

Enfin, la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a supprimé l'interdiction de la discrimination abusive, modifié le manquement consistant dans la pratique de délais de paiement abusivement longs eu égard au plafond nouveau des délais de paiement et remplacé l'abus de puissance d'achat par le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Parallèlement, elle a aggravé le dispositif des sanctions en déplaçant le montant de l'amende civile au triple du montant des sommes indûment perçues et en donnant la possibilité au juge des référés de recourir à l'astreinte. Enfin, conscient de la haute technicité du contentieux de l'article L. 442-6 du code de commerce, le législateur a confié le contentieux civil à des juridictions spécialisées (décret n°2009-1384 du 11 novembre 2009 relatif à la spécialisation des juridictions en matière de pratiques restrictives de concurrence) et en laissant la possibilité aux juges de saisir pour avis la CEPC.

L'article L. 442-6 III du code précité permet au ministre chargé de l'économie d'introduire une action devant les juridictions commerciales spécialisées au même titre que la victime, le ministère public ou le président de l'Autorité de la concurrence, pour faire constater et sanctionner une pratique illicite.

Selon l'article L. 470-5 du code de commerce, le ministre chargé de l'économie ou son représentant peut en outre intervenir à tous les stades d'une procédure chaque fois que la solution du litige met en jeu l'application notamment du L. 442-6 du code de commerce.

Les décisions rendues sur l'initiative ou avec l'intervention du ministre pour obtenir la cessation et/ou la sanction des pratiques litigieuses manifestent par leurs nombre croissant et leurs résultats (montants souvent significatifs des condamnations), l'efficacité du dispositif institué pour sanctionner les pratiques abusives.

L'objet du présent bilan est tout d'abord de présenter brièvement des éléments statistiques sur l'activité contentieuse civile de la DGCCRF en matière de pratiques restrictives de concurrence (I) puis de dégager les apports de la jurisprudence rendue en 2009, aussi bien sur le fond (II) que sur la procédure (III).

I- Observations générales sur l'activité contentieuse de l'année 2009

A- Nombre de décisions rendues

On constate une montée en puissance progressive des procédures civiles fondées sur le titre IV du livre IV du code de commerce impliquant le ministre (comme demandeur initial ou comme intervenant). Alors que 16 décisions ont été rendues en 2005, 21 l'ont été en 2006, puis 29 en 2007, 34 décisions en 2008 et enfin 28 en 2009.

La ventilation entre actions et interventions se fait de la manière suivante : en 2009, 21 décisions ont été rendues sur l'action du ministre alors que 7 décisions se sont prononcées sur l'intervention du ministre dans le cadre d'une instance pendante.

La ventilation entre les différents degrés de juridiction se fait de la manière suivante : 14 décisions émanent de juridictions de première instance (tribunal de commerce ou tribunal de grande instance), 11 arrêts ont été rendus par une cour d'appel et 3 arrêts ont été rendus par la Cour de cassation.

En 2009, le ministre chargé de l'économie a engagé 14 actions et lancé 3 interventions.

B- Les pratiques concernées

Sur les 28 décisions rendues en 2009 :

- 18 décisions concernent la pratique d'obtention d'avantages sans contrepartie ou manifestement disproportionnés au regard de la valeur du service rendu ;
- 5 décisions concernent la rupture brutale de relation commerciale ;
- 1 décision concerne la rupture brutale de relation commerciale et l'abus de relation de dépendance ;
- 1 décision concerne l'abus de puissance d'achat ;
- 1 décision concerne l'obtention de conditions discriminatoires non justifiées par des contreparties réelles et l'obtention d'un avantage manifestement disproportionné ;
- 1 décision concerne une obtention d'avantage sans contrepartie et l'obtention d'un avantage sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné ;
- 1 décision concerne l'obtention d'avantage sans contrepartie et la perception d'un droit de référencement abusif.

Comme au cours des années précédentes, les enseignes de la grande distribution sont souvent défenderesses aux actions ou interventions du ministre chargé de l'économie. Ainsi, elles sont concernées par 25 des 28 décisions rendues en 2009.

C- Le montant des amendes civiles prononcées

Progressivement, le montant des amendes civiles allouées par les juridictions commerciales augmente. En effet, le montant des amendes civiles prononcées s'élevait à 305.000 € en 2004, 1.410.000 € en 2005, 338.000 € en 2006, 542.800 € en 2007. 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.

Sont mentionnées ci-dessous les décisions qui ont prononcé les montants les plus élevés d'amende civile:

- TC Evry, 14 octobre 2009: 2.000.000 €
- TC Orléans, 11 décembre 2009: 1.000.000 €
- CA Versailles, 29 octobre 2009: 500.000 €
- CA Grenoble, 17 décembre 2009: 500.000 €

D- Le montant de l'indu prononcé

Parallèlement à l'augmentation constante du montant des amendes civiles prononcées, le montant de l'indu prononcé en 2009 est conséquent, soit : 24.018.598,82 €

Ce montant considérable est à rapprocher de la condamnation d'un distributeur à 23.313.680,51 € d'indu par un arrêt de la cour d'appel de Versailles du 29 octobre 2009.

Notons un durcissement des sanctions infligées par les tribunaux en 2009.

La décision rendue le 11 décembre 2009 par le tribunal de commerce d'Orléans par laquelle le juge a prononcé une astreinte en est l'exemple.

Le juge utilise pour la première fois le prononcé d'une astreinte, prévu à l'article L. 442-6 du code de commerce.

TC Orléans, 11 décembre 2009

Le tribunal, constatant que la disposition contractuelle prévoyant les PSC n'est pas « *strictement conforme aux dispositions légales, pas respecté vis-à-vis des fournisseurs, mal défini* » enjoint au distributeur de se mettre en conformité avec la loi et les attendus du jugement dans un délai de quatre mois sous astreinte de 10.000 € par jour de retard.

II- Les enseignements sur le fond des décisions rendues en 2009

Les décisions rendues en 2009 nous éclairent sur les réponses apportées par les juridictions civiles et commerciales à la condamnation des pratiques abusives telles que : l'obtention d'un avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu (A), l'abus de puissance d'achat (B), l'obtention d'un avantage sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné (C) ou encore la rupture brutale des relations commerciales établies (D).

A- Obtention d'avantages sans contrepartie ou manifestement disproportionnés au regard de la valeur du service rendu

Les décisions rendues en 2009 nous renseignent sur les services commerciaux constitutifs d'une contrepartie réelle (1) et dégagent des critères pour apprécier la disproportion des rémunérations inhérentes aux services rendus (2).

La violation de l'article L. 442-6 I 1° du code de commerce emporte presque toujours la condamnation à une amende civile et à la restitution des sommes indues. Toutefois, quelques décisions ont rejeté la demande en répétition de l'indu formée par le ministre chargé de l'économie (4).

1. Les critères d'un service constitutif d'une contrepartie

CA Douai, 17 décembre 2009

Il était reproché à plusieurs distributeurs d'avoir demandé à un fournisseur de mettre à leur disposition un personnel intérimaire chargé du récolement de ses articles en stock dans leurs magasins.

Les juges ont estimé que « *la collecte de ces éléments d'inventaire ne présentait aucun intérêt pour [le fournisseur], qui se chargeait de recueillir parallèlement et forcément plus fréquemment pour prévenir les ruptures d'approvisionnement, l'état des linéaires affectés à ses produits dans chaque*

hypermarché (...) et que [les collectes] ont permis [aux distributeurs] de faire l'économie des frais du personnel qu'elles auraient dû affecter à ces tâches ».

CA Grenoble, 17 décembre 2009

Le distributeur a été condamné pour avoir conclu des contrats de coopération commerciale rétroactifs (contrat non signés, non datés) pour certains et non effectivement rendus (contrat sans objet, non remplis) ou inhérents à la fonction de distributeur (contrat de gamme ou optimisation du linéaire, agrandissement du linéaire suite à l'arrivée d'un concurrent, référencement de nouvelles gammes, contrat de réactivité à la mise en place, rémunération antivol, contrats de participation à la période de soldes...), pour d'autres.

TC Arras, 27 mars 2009

La pratique critiquée en l'espèce consistait en l'obtention par le distributeur d'avantages sans contrepartie au moyen d'une régularisation du taux moyen promotionnel garanti (TMPG). Ce taux est accordé au distributeur par le fournisseur à hauteur d'un pourcentage du chiffre d'affaires annuel afin d'être répercuté par le distributeur auprès des consommateurs sous forme de diverses réductions de prix. En fin d'année, si le montant des promotions ainsi accordées par le fournisseur est inférieur à l'objectif contractuellement prévu, le distributeur réclame une régularisation, sans que ce solde ne fasse l'objet d'aucune réduction de prix à l'égard du consommateur. Le tribunal a observé que le TMPG exact ne pouvait être connu qu'une fois l'année écoulée, ce qui implique une régularisation *a posteriori* sur l'année suivante. La complexité du mécanisme du TMPG supposait des régularisations faites en concertation entre les parties, ce que le distributeur a empêché en procédant à l'émission unilatérale de factures de régularisation et en déduisant d'office leur montant de ses propres dettes envers les fournisseurs. Le distributeur a d'ailleurs tenté de les justifier en rédigeant des contrats de coopération commerciale portant sur le même montant que les factures de régularisation émises et que le fournisseur a refusé de signer.

CA Rennes, 20 janvier 2009

En l'espèce, le distributeur était poursuivi pour obtention d'avantages sans contreparties au titre de diverses prestations (test merchandising, analyses d'assortiment, services d'information sur le suivi des dates limites de vente).

A propos du test merchandising, il a été jugé qu'il ne s'agissait que de la possibilité offerte au fournisseur de tester un nouveau concept de présentation du rayon fromage, donc d'un service rendu au distributeur par le fournisseur, le premier étant tenu de mettre les marchandises en rayon.

Au sujet de l'analyse d'assortiments, la cour a estimé qu'il s'agissait de la même prestation que le test de merchandising. Le fait que le distributeur ait développé des préconisations par types de magasins et par régions pour certaines références ne bénéficie qu'aux adhérents et non aux fournisseurs.

Quant au service d'information sur le suivi des dates limites de vente, la cour a observé que le distributeur était responsable de ce suivi dès lors qu'il avait acheté et stocké les marchandises dans ses entrepôts. L'information donnée au fournisseur au sujet de la destruction des marchandises stockées dans ses entrepôts n'a aucun intérêt pour celui-ci du fait qu'il ne peut savoir à quel facteur est dû la péremption de ces marchandises. En outre, les promotions sont programmées à l'avance et ne sont pas liées au dépassement des dates de péremption. Là encore, la prestation est en réalité au bénéfice du distributeur qui reçoit du fournisseur une information sur la durée de vie des produits et profite d'une garantie de délai de stockage en entrepôt, calculée en fonction de la date limite de vente.

CA Versailles, 29 octobre 2009

Constatant avoir bénéficié de montants de coopération commerciale inférieurs à ceux dont avait bénéficié une enseigne concurrente, un distributeur avait conclu rétroactivement, des contrats portant sur le rattrapage de prestations de coopération commerciale non rendues par le biais de 28 « protocoles d'accord transactionnels ». L'arrêt rendu par la cour d'appel de Versailles, en ce qu'il confirme en tous points le jugement rendu par le tribunal de commerce de Nanterre (15 novembre 2005) et l'arrêt rendu par la Cour de cassation (8 juillet 2008), met un terme à la « saga judiciaire » qui opposait le ministre à cette société en estimant que « *les actes litigieux, faute de comporter des concessions réciproques,*

s'analysent en des accords, permettant le bénéficiaire rétroactif de coopération commerciale, prohibés à peine de nullité par les dispositions d'ordre public de l'article L. 442-6 II du code de commerce ».

CA Bastia, 30 septembre 2009

Il était reproché au distributeur d'avoir demandé à son grossiste et obtenu de celui-ci, le versement de certaines sommes au titre des accords conclus au niveau national entre trois fournisseurs. Or ces accords n'engageaient pas le grossiste qui n'y était pas partie et n'en avait pas été informé. La cour a jugé que le versement d'avantages sous forme de ristournes sollicité par le distributeur de manière rétroactive, sans contrepartie justifiée avait pour seul objectif d'obtenir les mêmes conditions que les autres points de vente du distributeur tout en bénéficiant d'un circuit d'approvisionnement et des services distincts du schéma national. Par conséquent, les factures matérialisant la perception de ces avantages sont entachées de nullité.

TC Laval, 9 septembre 2009

Le tribunal a jugé que les remises versées par la victime, au groupe de distribution étaient dépourvues de contrepartie, le fournisseur ne bénéficiant ni d'une priorité auprès du distributeur par rapport à ses concurrents, ni d'un engagement sur un chiffre d'affaires. De plus, les accords commerciaux prévoyant le versement de cette remise de 3 % étant rétroactifs, ils ont été déclarés nuls par le tribunal.

CA Rennes, 20 janvier 2009

Dans le cadre d'une action engagée contre une société de distribution pour fausse coopération commerciale, la cour d'appel de Rennes s'est prononcé sur la réalité des services « Action promotionnelle spécifique MG (Maintien de Gamme) ». La cour a considéré que les services étaient fictifs car d'une part, le fournisseur n'avait pas de définition de gamme prédéterminée de vente et que d'autre part, aucun engagement d'achat de gamme n'existait pour ses produits (ses produits faisaient l'objet de commandes ponctuelle portant sur des pièces de viande déterminées). D'ailleurs, le fournisseur ne tirait aucun avantage de ce service car son nom ne figurait pas sur les produits .

2. Les critères de la disproportion

TC Orléans, 11 décembre 2009

Le ministre reprochait au distributeur d'avoir convenu avec 23 fournisseurs des « prestations de service centrale » qui ne correspondaient à aucun service effectivement rendu (partie commerciale). Les juges considèrent qu'à l'étude attentive des pièces du dossier *« s'il est inexact de prétendre qu'aucun service n'a été rendu aux fournisseurs, il est exact d'indiquer que ces services ne correspondent pas intégralement à ce qui [était] annoncé ... »* que *« des services ont été rendus et la différence entre ce qui est annoncé et ce qui est effectué est évidente, mais non disproportionnée »*. Il en résulte que les prestations (animation des magasins, mise en avant des produits, relais des opérations promotionnelles...) n'ont été que partiellement rendues.

CA Versailles, 24 septembre 2009

A l'occasion de contrats de coopération commerciale conclus en 2002 entre le distributeur et plusieurs fournisseurs, certains d'entre eux ont accepté de participer à une opération promotionnelle, visant à faire figurer un ou plusieurs de leurs produits sur un catalogue-prospectus. Le distributeur faisait payer quelques fournisseurs pour la parution de leurs produits dans ce prospectus quand d'autres en bénéficiaient gratuitement. De plus, tout en faisant peser sur certains la quasi-totalité du coût du prospectus, le chiffre d'affaires réalisé par ces fournisseurs sur les produits mis en avant était insuffisant eu égard au financement de la prestation. Le ministre chargé de l'économie en avait alors déduit que la société de distribution s'était rendue coupable d'obtention d'avantages manifestement disproportionnés. La cour d'appel de Versailles a considéré que le distributeur restait libre de faire figurer des produits de notoriété nationale sur ce prospectus car l'avantage consenti à ces fournisseurs avait pour contrepartie d'assurer le succès de cette opération promotionnelle. De plus, l'opération s'inscrivant dans des contrats de coopération commerciale complexes, il s'avérait impossible de déterminer avec exactitude le coût total de l'opération ni même la part que chacun des fournisseurs concernés par l'opération en avait supporté réellement. Enfin, les juges considèrent que le fait que

certaines fournisseurs aient pu réaliser des chiffres d'affaires inférieurs aux montants des sommes versées dans le cadre de cette opération ne saurait caractériser la violation de l'article L. 442-6 I 2° (devenu 1°) du code de commerce.

CA Bourges, 10 décembre 2009

A contrario de la décision précédente, les juges précisent que « si le distributeur n'est pas soumis à une obligation de résultat, et si celui-ci dépendant de la réaction du consommateur reste aléatoire, il n'en demeure pas moins que le chiffre d'affaires constitue un élément d'appréciation au regard du montant de la rémunération ». En l'espèce, le distributeur disposait d'éléments d'information pour estimer l'impact prévisible de l'opération car la promotion était interne (non relayée par une autre publicité), limitée dans le temps, ne concernait pas de produits nouveaux et n'avait pas pour but de drainer une clientèle nouvelle.

La cour va plus loin en ajoutant que pour les contrats où le chiffre d'affaires a été supérieur à la rémunération perçue, seule l'existence d'une marge supérieure au coût de la prestation permet de conclure à l'existence d'un bénéfice pour le fournisseur, et partant l'éventuelle disproportion de la rémunération des contrats.

TC Evry, 14 octobre 2009

Le ministre chargé de l'économie reprochait à une enseigne de la distribution d'avoir conclu avec seize fournisseurs des « contrats de partenariat », dont les clauses de rémunération étaient manifestement disproportionnées eu égard à la valeur des services effectivement rendus. En l'espèce, les contrats de partenariats dénommés : « plan d'action par famille de produits », « plan de développement des performances fournisseurs », « plan d'implantation par type de magasin » constituaient pour l'essentiel des tableaux de données très générales, de portée limitée, voire inexploitable pour les fournisseurs.

Le tribunal constate le caractère manifestement disproportionné de la rémunération de ces « contrats de partenariat » en se fondant notamment sur leurs coûts de revient, ou encore sur les prix pratiqués par les pénalisés pour des prestations comparables.

3. La répétition de l'indu

L'article L. 442-6 III du code de commerce prévoit la possibilité, pour le ministre comme pour toute personne y ayant intérêt, de solliciter la répétition de l'indu. Cette demande est principalement mais pas exclusivement formée en cas d'obtention d'avantages sans contrepartie.

Le problème de sa conformité à l'article 6§1 de la CEDH a été soulevé par certains défendeurs mais la Cour de cassation est venue mettre fin à cette division par arrêt du 8 juillet 2008 en tranchant la question dans un sens favorable au ministre.

Pourtant, en 2009, certaines juges ont rejeté les répétitions de l'indu formées par le ministre chargé de l'économie, en se fondant sur des raisonnements contestables et à ce jour non définitifs.

La répétition de l'indu n'est pas accordée faute de répondre à la définition de l'article 1376 C.civ qui requiert l'existence d'un « paiement » :

CA Douai, 17 décembre 2009

Alors qu'il était reproché aux distributeurs d'avoir demandé au fournisseur de mettre à leur disposition un personnel intérimaire chargé du récolement des articles de ce même fournisseur en stock dans leurs magasins, la cour rejette l'action en paiement de l'indu car « en l'espèce, les sociétés [...] et [...] ayant bénéficié d'un avantage qui ne s'est concrétisé par aucun mouvement de fond en leur faveur, l'action en répétition de l'indu ne peut prospérer à leur rencontre. »

Le ministre s'est pourvu en cassation.

La répétition de l'indu n'est pas accordée car les fournisseurs « compenseraient » les sommes indûment versées en pratiquant des prix de vente corrélativement élevés :

TC Evry, 14 octobre 2009

Après avoir conclu au caractère manifestement disproportionné des clauses de rémunération contenues dans des « contrats de partenariat » conclus entre un distributeur et ses fournisseurs, les juges poussent plus loin leur analyse en affirmant l'indivisibilité des deux contrats liant les parties, à savoir, un « accord commercial » et un « accord de partenariat ». En s'appuyant sur la clause du « contrat de partenariat » qui stipule que la résiliation de cet accord emporte résiliation automatique de « l'accord commercial », les juges en déduisent l'indivisibilité des deux contrats. Selon eux, cette indivisibilité atteste que les fournisseurs ne sont pas libres de souscrire ou non un engagement de partenariat. Les juges rejettent alors la demande en répétition de l'indu car l'indivisibilité juridique des deux contrats serait aussi « économique ». Contraints de signer ces « accords de partenariat », les fournisseurs seraient tentés de compenser par « l'avant » cette charge financière par des prix de vente corrélativement élevés. Les juges soulignent alors que le préjudice inhérent à ces « accords de partenariat » doit être apprécié au regard des deux contrats et partant, de l'économie générale du contrat devenu « unique ».

Le ministre a fait appel de la décision.

La répétition de l'indu n'est pas accordée faute de « préjudice subi par les fournisseurs » alors que la violation de l'article L.442-6 I 2° (ancien) du code de commerce justifie le paiement d'une amende civile :

TC Avignon, 02 octobre 2009

Une enseigne de la distribution était poursuivie par le ministre chargé de l'économie pour ne pas avoir réalisé avec ses fournisseurs, des opérations commerciales dites « tête de gondole » et « stop rayon » tout en ayant perçu les rémunérations afférentes à ces contrats. Les juges accueillent la demande d'amende civile car les prestations n'ayant pas été réalisées aux dates initialement prévues, « *il est loisible au tribunal de constater que les pratiques commerciales [du distributeur] ont violé l'ordre public économique* » mais rejette la répétition de l'indu. En effet, reconnaissant la valeur probante de documents fournis par le distributeur justifiant « *que les prestations ont été exécutées à des dates différentes de celles contractuellement prévues* », les juges constatent « *qu'aucun préjudice n'a été subi par les fournisseurs du fait de l'exécution des prestations à des dates différentes* » et déboute ainsi le ministre de sa demande en répétition de l'indu.

Le ministre chargé de l'économie a fait appel de la décision.

TC Avignon, 02 octobre 2009

un distributeur était poursuivi par le ministre chargé de l'économie pour ne pas avoir réalisé avec ses fournisseurs, des opérations commerciales dites « tête de gondole » et « stop rayon » tout en ayant perçu les rémunérations afférentes à ces contrats. Les juges accueillent la demande d'amende civile car les prestations n'ayant pas été réalisées aux dates initialement prévues, « *il est loisible au tribunal de constater que les pratiques commerciales [du distributeur] ont violé l'ordre public économique* » mais rejette la répétition de l'indu. En effet, reconnaissant la valeur probante de documents fournis par le distributeur justifiant « *que les prestations ont été exécutées à des dates différentes de celles contractuellement prévues* », les juges constatent « *qu'aucun préjudice n'a été subi par les fournisseurs du fait de l'exécution des prestations à des dates différentes* » et déboute ainsi le ministre chargé de l'économie de sa demande en répétition de l'indu.

Le ministre chargé de l'économie a fait appel de la décision.

B- L'abus de puissance d'achat

TC Roubaix-Tourcoing, 15 janvier 2009

Un distributeur avait mis le coût d'un audit qualité à la charge des fournisseurs de sa centrale d'achat spécialisée dans les fruits et légumes. La somme perçue par cette centrale d'achat au titre de l'audit qualité avait été considérée comme un droit de référencement en l'absence d'engagement écrit sur un volume d'achat proportionné. En effet, même en cas d'audit concluant, le distributeur ne souscrivait aucun engagement. Le tribunal a considéré que la demande émanant des défenderesses et visant à faire réaliser chez leurs fournisseurs des audits qualité dont le coût était supporté par ces derniers n'était pas répréhensible en soi, néanmoins, la centrale disposait d'une puissance d'achat face aux producteurs de

fruits et légumes du fait qu'elle est, en termes de chiffre d'affaires, la seconde centrale d'achat spécialisée en fruits et légumes. Le tribunal a observé qu'un refus de se soumettre à ces audits qualité exposait le fournisseur récalcitrant à des risques quant à la pérennité de la relation commerciale. Il a donc estimé que le fait de faire supporter au fournisseur la majeure partie du coût d'un audit qualité sans contrepartie promise au sujet de l'avenir de la relation commerciale révélait l'existence d'un partenariat déséquilibré entre les parties.

TC Paris, 24 juin 2009

Un distributeur a été à l'origine de la création d'une société pour le transport de ses marchandises. Les deux sociétés ont entretenu des relations commerciales pendant neuf ans, quand le distributeur, a informé son partenaire du lancement d'un appel d'offres pour tous ses circuits de transport. Après résultats, le distributeur a informé que les prestations de transport ne seraient plus facturées à la société de transport.

Le tribunal a constaté l'existence d'une relation de dépendance entre les deux sociétés (le distributeur a participé à la mise en place de la société de transport, à la reprise du personnel et des locaux, à l'organisation des mises à quai, la société de transport réalisait son chiffre d'affaires quasi-exclusivement avec le distributeur, la société de transport n'a pas été en mesure de trouver des clients alternatifs notamment du fait de la légèreté de sa structure...) et caractérisé l'abus (notification du lancement d'un appel d'offres dès le lendemain de la signature avec la société de transport d'un cahier des charges prévoyant des tarifs de transport valables un an, pression anormale sur les prix par le lancement de plusieurs appels d'offres en la mettant en concurrence avec des sociétés n'apportant pas la valeur ajoutée inhérente à la fonction de commissionnaire de transport, refus opposés aux hausses de tarifs de la société de transport justifiées notamment par l'augmentation du prix du carburant, menaces et déréférencements partiels puis total, revirements successifs du distributeur.)

C- L'obtention d'un avantage sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné

Le nombre de jurisprudences rendues au visa de l'article L. 442-6 I 3° du code de commerce est assez faible. Cette année une seule décision impliquant le ministre chargé de l'économie a été rendue en la matière.

TC Orléans, 11 décembre 2009

Le ministre reprochait à un distributeur d'avoir convenu avec 23 fournisseurs des services organisationnels (planogramme, mise à disposition d'un outil informatique de gestion des appels d'offre, diffusion centralisée des mises à jour de tarification...) n'ayant pour objet que de référencer les fournisseurs sans engagement sur le volume d'achat. Les juges estiment que l'article L. 442-6 I 3° n'a pas été violé en considérant d'une part, que ces services venaient en complément du référencement et d'autre part, que l'engagement des magasins à réaliser au moins 80 % de leurs achats auprès des fournisseurs référencés par la centrale dont ils sont adhérents, peut être assimilé à un engagement écrit sur un volume d'achat (alors même que les points de vente ne s'engageaient pas envers les fournisseurs sur un volume d'achat).

D- La rupture brutale des relations commerciales établies

En matière de rupture brutale de relations commerciales établies, l'action du ministre se manifeste la plupart du temps par une intervention et plus rarement par une assignation. La réunion de plusieurs critères est nécessaire pour que la pratique soit caractérisée. Pour être sanctionnée, la rupture d'une relation commerciale établie doit être brutale c'est-à-dire réalisée sans préavis écrit d'une durée suffisante et en l'absence de faute de la victime ou d'un cas de force majeure.

1. Une rupture brutale

TC Paris, 24 juin 2009

Un distributeur et une société pour le transport de ses marchandises ont entretenu des relations commerciales pendant 9 ans. Le 30 décembre 2003, le distributeur a lancé un appel d'offre tarifaire que la société de transport n'a pas remporté. Pour autant, le distributeur a poursuivi ses relations avec la société de transport. Puis la société de transport s'est vue attribuer sans préavis 8 circuits sur les 14 qui lui étaient précédemment alloués ce qui caractérise une rupture brutale partielle de relation commerciale. Suivront plusieurs déréférencements jusqu'à ce que le 5 juillet 2005, le distributeur notifie à la dite société la rupture totale de leur relation commerciale avec un préavis de 15 mois puis décide de rompre sans préavis le 4 novembre 2005, au motif que les obligations de ponctualité et de sous-traitance n'étaient pas respectées.

2. Les critères d'appréciation de la durée du préavis

Ces critères sont les suivants :

- Principalement, ancienneté des relations commerciales
- Investissements réalisés par la victime au profit de l'auteur de la rupture
- Difficulté à trouver un marché de remplacement
- Circonstances de la rupture
- Engagement de l'image de l'entreprise victime auprès de clients démarchés
- Relation de dépendance entre l'auteur et la victime de la rupture

TGI Strasbourg, 28 septembre 2009

Pendant sept ans une société belge fabriquait et approvisionnait un distributeur en produits vendus sous marque de distributeur. Puis les commandes ont baissé pour cesser totalement un mois après. La société belge a alors adressé au distributeur une missive dans laquelle elle sollicitait le paiement de dommages et intérêts du fait de la brusque cessation des commandes.

En retour, le distributeur transmet une commande massive de produits que la société belge ne pouvait manifestement pas satisfaire dans le délai qui lui était imparti.

La rupture intervenue sans préavis et sans notification, le tribunal considère qu'un préavis de douze mois aurait dû être observé compte tenu du fait que les produits fabriqués étaient vendus ensuite sous la marque de distributeur.

3. Quelques exemples de préavis d'une durée raisonnable

Il n'existe pas de barème mais l'examen de la jurisprudence permet de dégager des tendances. Ainsi, l'on constate que les tribunaux accordent plus ou moins un mois de préavis par année de relation commerciale, la durée de préavis retenue étant rarement inférieure à 4 mois, ce qui se comprend du fait qu'en-dessous de cette durée, le respect d'un préavis n'est pas nécessaire. A l'inverse, un préavis supérieur à 2 ans n'a jamais été constaté dans la jurisprudence.

Cette moyenne d'un mois par an est cependant pondérée en fonction des nombreux critères cités *supra*.

Cass. Com., 15 septembre 2009

Statuant sur le pourvoi formé par un fournisseur, la Cour a cassé l'arrêt rendu par la cour d'appel de Douai seulement en ce qu'il a condamné les distributeurs à verser au fournisseur la somme de 20.000 € de dommages-intérêts au titre d'une relation commerciale de quatre ans, alors que l'ensemble contractuel édifié par les parties avait couvert la période allant de septembre 1999 à octobre 2004, soit cinq ans.

CA Caen, 29 octobre 2009

Une société fournissait des œufs à une société de distribution depuis septembre 2002 quand par un courrier du 20 décembre 2006, elle l'a informé de la fin de leur relation commerciale à compter du 1^{er}

janvier 2007. La cour d'appel a considéré que la relation commerciale n'ayant duré que quatre ans « un préavis de quatre mois est insuffisant en ce qu'il doit être tenu compte de la difficulté particulière qu'a nécessairement rencontré la société pour retrouver des clients à une époque de l'année où les référencements de fournisseurs ont déjà tous été faits pour l'année ». La durée normale de préavis donné en décembre aurait du être de six mois.

4. Les causes de dispense de préavis

CA Caen, 29 octobre 2009

Une société fournissait des œufs à une société de distribution depuis septembre 2002 quand par un courrier du 20 décembre 2006, elle l'a informé de la fin de leur relation commerciale à compter du 1^{er} janvier 2007.

Le distributeur prétendait que les manquements de son partenaire commercial à ses obligations contractuelles (absence d'envoi des analyses salmonelles pour les œufs) avaient justifié la rupture sans préavis, mais le tribunal comme la cour d'appel rejette cet argument car d'une part « *les photocopies de courriers écrits par la responsable du rayon frais et datés du 21 mars 2006 et du 28 septembre 2006 ne permettaient pas de justifier les prétendus reproches adressés au fournisseur (...) et ne valaient pas mise en demeure* » et d'autre part, « *le courrier de rupture mentionnait des raisons commerciales et non le respect de ses engagements par le fournisseur* ».

En réalité, le directeur général de la société de distribution avait de son propre aveu reconnu que seules « *des difficultés relationnelles* » avaient justifié cette rupture.

Il en résulte que les relations commerciales dont il n'est pas contesté qu'elles étaient établies depuis 2002 ont été rompues brutalement sans motif.

5. La preuve du trouble à l'ordre public économique

L'amende civile vient sanctionner le trouble causé à l'ordre public économique par la rupture brutale de relation commerciale établie.

Cette pratique restrictive est condamnée *per se*, c'est-à-dire qu'une atteinte au marché n'a pas à être rapportée pour sanctionner la pratique.

De nombreuses décisions ont prononcé une amende civile :

- TGI Strasbourg, 28 septembre 2009 : 100.000 €
- TC Paris, 24 juin 2009 : 50.000 €
- CA Caen, 29 octobre 2009 : 25.000 €

TGI Strasbourg, 28 septembre 2009

Suite à la rupture par le distributeur de la relation commerciale qui l'unissait à un fournisseur belge, le tribunal reconnaît que « *les agissements [du distributeur] ont troublé l'ordre public économique en ce sens que [le distributeur] a effectivement entendu, de manière unilatérale mettre un terme à des relations commerciales établies sans permettre à son partenaire de disposer du temps nécessaire pour se réorganiser sans préjudice* ».

La rupture brutale est constitutive *ipso facto* d'un trouble à l'ordre public économique. Pourtant la décision rendue le 6 novembre par le tribunal de commerce de Paris a rejeté cette interprétation en considérant que la rupture brutale ne constituait pas une pratique restrictive de concurrence dès lors que le marché concerné n'était pas oligopolistique (l'éviction de la société ne restreignait pas la concurrence) et refusé l'allocation d'une amende civile. Il semble que le tribunal ait fait un amalgame avec le droit des pratiques anticoncurrentielles en ajoutant une condition non prévue par le texte à la condamnation de la rupture brutale de relation commerciale établie, à savoir une atteinte au marché considéré.

TC Paris, 6 novembre 2009

Le tribunal a reconnu la brutalité de la rupture mais en considérant cumulativement que « *les activités réalisées par le prestataire ne représentait pas une part importante des enquêtes de prix effectuées*

annuellement en France dans le secteur de la distribution » et qu'il n'était « nullement établi qu'en rompant ses relations commerciales avec ce prestataire, le distributeur se soit livré à une pratique restrictive de concurrence » le tribunal a débouté le ministre de sa demande d'amende civile. Le ministre a fait appel de la décision.

III- Les enseignements en matière procédurale des décisions rendues en 2009

Au fur et à mesure que les actions intentées par le ministre se sont multipliées, les défendeurs ont contesté de manière croissante cette action sur des fondements procéduraux, qui seront développés ci-après.

A- Demandes du ministre

CA Caen, 29 octobre 2009

Une société fournissait des œufs à un distributeur depuis septembre 2002 quand par un courrier du 20 décembre 2006, le distributeur l'a informé de la fin de leur relation commerciale à compter du 1^{er} janvier 2007.

En rappelant que la rupture abusive de relations commerciales établies porte un trouble à l'ordre public économique, la cour d'appel déclare l'action du ministre recevable en son principe mais la déclare irrecevable au titre de la demande de dommages et intérêts.

B- Intervention du ministre

TC Créteil, 13 octobre 2009

Le président du Conseil de la concurrence avait assigné un distributeur pour avoir conclu en méconnaissance des articles L. 442-6 I 2°, a), b) (ancien) et 3° du code de commerce des contrats avec leurs fournisseurs intitulés « politique nationale d'enseigne » ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu et rémunéré de manière disproportionnée. Le ministre chargé de l'économie avait ultérieurement déposé des conclusions d'intervention volontaire à l'instance.

Le distributeur soutenait que l'assignation du président du Conseil de la concurrence était nulle. De plus, en se fondant sur un arrêt de la Cour de cassation du 17 juillet 2001¹, il soulevait que la demande d'intervention volontaire du ministre ne lui conférait pas la qualité de partie et ne pouvait l'autoriser à engager une action principale, il en résultait que cette intervention « accessoire » devait suivre le sort de l'action principale et être déclarée irrecevable.

Le tribunal rejette cet argumentaire aux motifs que l'intervention du ministre fondée sur l'article L. 470-5 du code de commerce l'autorise à déposer des conclusions à titre accessoire de l'action principale initiée par le président du Conseil de la concurrence et à les développer oralement à l'audience.

C- La compétence territoriale

En raison de la multiplicité des défendeurs, de leur nationalité ou encore de la pluralité des lieux des faits dommageables, la saisine du tribunal territorialement compétent est parfois complexe. La jurisprudence récente nous donne quelques éclaircissements à ce sujet. Désormais, il faudra tenir compte du décret n°2009-1384 du 11 novembre 2009 relatif à la spécialisation des juridictions en matière de pratiques restrictives de concurrence qui précise les seules juridictions qui auront à connaître des violations de l'article L. 442-6 du code de commerce (TC Bordeaux, Fort-de-France, Lille, Lyon, Marseille, Nancy, Paris, Rennes et la cour d'appel de Paris).

¹ « l'article 36 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, devenu l'article L. 442-6 du Code de commerce, qui donne au ministre chargé de l'Économie le droit d'agir en cas de pratique restrictive ne le dispense pas du ministère d'avocat et que l'article 56 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 devenu l'article L. 470-5 du Code de commerce, ne concerne que l'intervention de l'Administration lors d'une instance pendante et non une action principale de celle-ci, laquelle, en l'absence de dispositions contraires, reste soumise au principe formel de l'article 899 du nouveau Code de procédure civile »

TC Évry, 18 novembre 2009

Le 18 novembre 2009, le tribunal de commerce d'Évry a statué sur la compétence de la juridiction qui devra connaître du litige opposant le président de l'Autorité de la concurrence, à un distributeur pour des pratiques de coopération commerciale estimées contraires à l'article L. 442-6 I 1° du code de commerce.

Le tribunal a d'abord rappelé que les assignations (contre X et contre Y) étaient identiques, partageaient la même cause et le même objet et qu'en conséquence elles nécessitaient d'être évoquées devant le même tribunal. Puis, il a souligné que les litiges ne concernaient pas les mêmes parties (X,Y) et qu'il ne s'agissait donc pas de litispendance. En conséquence, la première juridiction saisie n'était pas forcément celle qui aurait à connaître de l'affaire. Enfin, prenant en considération l'état d'avancement de la procédure et le fait que le tribunal de Évry traite habituellement un nombre significatif d'affaires intéressant les pratiques restrictives de concurrence, le tribunal d'Évry s'est déclaré compétent.

TGI Sarreguemines, ordonnance du 12 juin 2009

Par ordonnance du 12 juin 2009, le juge de la mise en état du TGI de Sarreguemines s'est prononcé sur la compétence territoriale du tribunal qui aurait à juger du litige opposant X avec la société française Y et la société allemande Z, assignées respectivement pour concurrence déloyale et rupture brutale des relations commerciales établies, et pour lequel le ministre est intervenu.

Sur la compétence territoriale

Rappelant les dispositions des articles 42 (la juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur) et 46 (le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur, en matière délictuelle, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort duquel le dommage a été subi) du code de procédure civile, le juge reconnaît que compte tenu de la diversité des faits reprochés, donc des lieux de commission de ces faits, il apparaît justifié de retenir la compétence du tribunal de commerce de Belfort, siège de la défenderesse.

Sur la compétence internationale

Conformément à l'article 6 du règlement du Conseil européen 44/2001 qui dispose qu'une société étrangère est attraitée s'il s'agit d'une demande en garantie ou d'une demande en intervention, devant le tribunal saisi de la demande originaire, à moins qu'elle n'ait été formée que pour traduire hors de son tribunal celui qui a été appelé, le juge considère « *que la demande formée contre la société Y ne présente aucun caractère laissant à penser qu'elle a été formulée dans le but d'attirer la société Z hors de sa juridiction nationale* » et que dès lors le tribunal compétent pour connaître de la demande principale est également compétent pour statuer sur l'appel en intervention forcée, soit le tribunal de Belfort.

D- Les personnes à mettre en cause

Du fait de la complexité de l'organisation de certains distributeurs, il est parfois malaisé de viser la personne morale idoine pour répondre des pratiques abusives qui ont été commises. La jurisprudence récente nous donne quelques éclaircissements à ce sujet.

CA Douai, 17 décembre 2009

En 2006, le ministre chargé de l'économie avait assigné les sociétés X, Y, Z, à l enseigne O pour violation de l'ancien article L. 442-6 I 2° a) du code de commerce en raison de la prise en charge par un fournisseur de produits de couture, des inventaires de leurs magasins courant 2003 - 2004.

Les défenderesses avaient soulevé qu'au moment des faits objets de l'assignation, la société Y n'exploitait aucun hypermarché à l'enseigne O puisque elle n'avait pris en location gérance les fonds de commerce qu'en février 2006, précédemment exploités par la société W. Toutefois, le tribunal avait estimé qu'il y avait une continuité juridique entre l'exploitation des magasins par la société W et l'exploitation par la société Y et condamné ainsi la société Y. Ce raisonnement a été réformé en appel car même si les sociétés Y et Z sont des filiales à 100% de la société V et ont un dirigeant commun, ces deux sociétés étaient en 2003 parfaitement étrangères à la société Y. La cour ajoute d'ailleurs que « *la faculté de substitution de toute société du groupe à l'enseigne O détenu à 100% insérée aux*

contrats conclu par la société Y, n'implique pas que les filiales à 100% de l'enseigne O soient solidairement responsables des manquements susceptibles d'être reprochées à l'une d'elles ».

E- La délégation de signature

La possibilité de déléguer sa signature pour les actes relatifs à l'action prévue à l'article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, devenu l'article L. 442-6 du code de commerce, est ouverte au ministre chargé de l'économie par le décret du 12 mars 1987, décliné en arrêtés successifs.

La question se posait de savoir si cette délégation pouvait être utilisée par le ministre au profit des chefs de services départementaux pour exercer l'action prévue par l'article L. 442-6 III du code de commerce, sachant que de nouveaux pouvoirs ont été accordés au ministre et que de nouvelles pratiques illicites ont été instituées par la loi depuis.

En 2009, certaines décisions ont confirmé la légalité des arrêtés pris en application du décret du 12 mars 1987 et conclu à la recevabilité de l'action du ministre, quand d'autres au contraire ont considéré que les mutations de l'article 36 devenu L. 442-6 posaient le doute sur la légalité des arrêtés de délégation de signature et justifiaient de surseoir à statuer en l'attente de la décision du Conseil d'Etat saisi de la question de la légalité de l'arrêté du 25 juillet 2005.

Cass. com., 5 mai 2009

Un distributeur avait formé un pourvoi incident fondé sur le fait que la cour d'appel de Grenoble avait estimé que le décret du 12 mars 1987 pouvait être utilisé par le ministre pour déléguer sa signature pour les actes relatifs à l'action prévue à l'article L. 442-6 du code de commerce, malgré l'octroi de nouveaux pouvoirs au ministre et l'ajout de nouvelles pratiques illicites en 2001. La Cour de cassation a retenu que la loi NRE n'avait pas donné au ministre de pouvoirs nouveaux eu égard à l'objet du décret du 12 mars 1987 et qu'ainsi, la délégation de signature donnée en l'espèce à Mme X était valable.

CA Bourges, 10 décembre 2009

Alors que le 10 février 2009, le tribunal de commerce de Bourges avait déclaré nulle l'assignation du ministre contre un distributeur pour fausse coopération commerciale, au motif que le décret du 12 mars 1987 ne permettait au ministre de déléguer sa signature que pour les actions en cessation des pratiques illicites et en réparation du trouble à l'ordre public économique (article 36 de l'ordonnance de 1986), la cour d'appel de Bourges a jugé l'action du ministre recevable.

Tout en rappelant que pour poser une question préjudicielle, le « *juge ne doit pas être compétent pour y répondre, la difficulté devant être sérieuse et la réponse à la question nécessaire à la solution du litige* », la cour indique que les arrêtés ou règlements légalement pris par l'autorité compétente revêtent un caractère de permanence qui les fait survivre aux lois dont il procèdent tant qu'ils n'ont pas été rapportés ou qu'ils ne sont pas devenus inconciliables avec les règles fixées par une législation antérieure.

Constatant d'une part que les articles L. 442-6 du code de commerce et 36 de l'ordonnance de 1986 forment un seul et même article modifié malgré le changement de numérotation et d'autre part que le décret du 12 mars 1987 fait référence non « *aux faits illicites mais aux actes relatifs à l'action du ministre* » et qu'il renvoie au pouvoir conféré au ministre pour introduire l'action, alinéa inchangé depuis 1986, la cour conclut qu'il n'y a pas lieu de surseoir à statuer sur la question de la légalité des arrêtés des 25 juillet 2005 et 31 juillet 2007 et déclare recevable l'assignation et les demandes formées par le ministre.

CA Paris, 28 janvier 2009

La cour d'appel de Paris a infirmé l'ordonnance du 21 novembre 2007, en ce que le conseiller de la mise en état s'était déclaré incompétent sur la demande de sursis à statuer ayant trait à l'exception d'illégalité de l'arrêté ministériel de délégation de signature du 25 juillet 2005 permettant au directeur

départemental de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes de représenter le ministre chargé de l'économie en cause d'appel et a sursis à statuer jusqu'à la décision du Conseil d'Etat.

CA Poitiers, 3 novembre 2009

Le 3 novembre 2009, la cour d'appel de Poitiers a déclaré recevable l'action du ministre et son assignation contre un distributeur pour avoir conclu rétroactivement des contrats de coopération commerciale intitulés « anniversaire », « participation inventaire », « parrainage 13 points de vente » et « CA/Développement de gamme » ne correspondant à aucun service spécifique valable, mais doutant de la légalité de la déclaration d'appel déposée par le directeur régional de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes, conformément à l'arrêté du 25 juillet 2005 pris en application du décret du 12 mars 1987, a sursis à statuer jusqu'à la décision du Conseil d'Etat, saisi de la question de la légalité de cet arrêté.

Le ministre s'est pourvu en cassation.