

ANNEXE 1

TRANSPARENCE ET PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE :

BILAN DE L'ACTIVITE CONTENTIEUSE PENALE Année 2006

Le bilan 2005 des décisions intervenues en matière de pratiques commerciales restrictives de concurrence (ci-après « PRC »), faisait état d'une activité contentieuse pénale abondante. Pourtant, ce même bilan rappelait que le droit des PRC avait été, depuis 1986, largement dépenalisé par le législateur.

Cette apparente contradiction s'explique par le fait que le droit pénal des PRC n'en reste pas moins dynamique et évolutif. Ainsi le législateur a t'il eu à cœur d'adapter le dispositif aux nouvelles méthodes de négociation commerciale tels que les accords de services spécifiques, devenus par la suite « accords de coopération commerciale et de services spécifiques ». Pour cela, de nouvelles dispositions ont été successivement introduites dans le code de commerce (en 2001 avec la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques et la loi du 2 août 2005 en faveur des PME).

En 2006 comme en 2005, l'intervention du juge s'est révélée nécessaire, non seulement pour que soient bien appliquées les dispositions récemment introduites dans le code de commerce par les lois NRE et PME, mais encore pour que les dispositions qui leurs sont antérieures soient interprétées conformément à ces nouvelles réglementations. Ainsi, les réglementations les plus sollicités en 2006 sont celles relatives à la facturation et au formalisme contractuel de la coopération commerciale. L'article L. 441-3 constitue une disposition ancienne et l'importance du contentieux en matière de facturation peut donc surprendre. Elle s'explique par le fait que ces dispositions sont appliquées dans un contexte nouveau : celui de la coopération commerciale.

D'autres pratiques commerciales illicites continuent de constituer des incriminations pénales. Il en va ainsi de la revente à perte, du non-respect des délais de paiement, de la non-communication des CGV, et du para commercialisme. Ces dispositions génèrent cependant un contentieux moins abondant.

SECTION I : Une activité contentieuse pénale 2006 abondante et aboutissant à des sanctions importantes :

I- L'activité contentieuse 2006 :

En 2006, 50 000 actions de contrôle menées par les services de la DGCCRF ont conduit à 208 poursuites pénales. La répartition du contentieux pénal entre les différentes dispositions du code de commerce reste globalement les mêmes qu'en 2005.

Ainsi, près de 80 % des dossiers portés devant le juge concernent des infractions aux règles de facturation et / ou de contractualisation des accords de coopération commerciale. Ces deux infractions sont souvent relevées concomitamment. Les infractions aux dispositions relatives à la revente à perte représentent 10 % du contentieux pénal, c'est-à-dire à peine plus que les infractions à la réglementation relative aux délais de paiement.

Comme en 2005, la majorité des décisions concernent des enseignes de la grande distribution.

Nombre et répartition par infraction des dossiers jugés en 2006 :

TYPE D'INFRACTIONS	NOMBRES DE DOSSIERS JUGES EN 2006	NOMBRE DE DOSSIERS JUGES FAISANT L'OBJET D'UN RECOURS (délai en cours ou en appel)
Facturation	89	46
Revente à perte	14	4
Barèmes, CGV, services spécifiques	17	11
Paracommercialisme	1	7
Délais de paiement	13	2
Autres (règles de transparence)	3	1
Prix minimum imposé	0	0
TOTAL	137	71

II- Des sanctions record :

Les amendes les plus élevées, prononcées à l'encontre des personnes morales, interviennent en matière de facturation, dans le secteur de la grande distribution, pour atteindre la somme record de 375 000 €. Cette sanction représente plus de trois fois le montant de l'amende la plus forte infligée en 2005 (TGI Mans, 20 octobre 2006). Les amendes infligées aux personnes physiques sont bien sûr d'un montant nettement inférieur (avec, en 2006, un montant maximum de 10 000 €).

Le taux de relaxe en 2006 est de 20 %.

Le montant total des amendes prononcées en 2006 par les juridictions pénales en sanction d'infractions en matière de PRC est supérieur à 811 000 € (dont plus de 60 000 € avec sursis). En 2005 il était supérieur à 550 000 €.

En 2005 et 2006, la fourchette des amendes par infraction est la suivante :

TYPES D'INFRACTION	AMENDE LA PLUS FAIBLE		AMENDE LA PLUS ELEVEE	
	2005	2006	2005	2006
Facturation	80 €	400 €	100 000 €	375 000 €
Barèmes, CGV, services spécifiques (Coop. Co et services distincts)	2 000 €	400 €	100 000 €	150 000 €
Revente à perte	500 €	300 €	12 000 €	12 000 €
Délais de paiement	1 000 €	200 €	15 000 €	7 500 €
Paracommercialisme	100 €	200 €	2 000 €	200 €
Prix minimum imposé	2 000 €	Pas de décision	2 000 €	Pas de décision

SECTION 2 : LA FACTURATION

L'article L. 441-3 du code de commerce dispose que « *tout achat de produits ou toute prestation de service pour une activité professionnelle doivent faire l'objet d'une facturation* ». Certaines mentions doivent obligatoirement apparaître sur facture. Il en va ainsi du nom des parties, de leur adresse, de la date, de la quantité, de la dénomination précise, du prix unitaire hors TVA des produits vendus et des services rendus, de toute réduction de prix acquise, de la date à laquelle le règlement doit intervenir, ainsi que des conditions d'escompte. Dès la réalisation de la vente ou de la prestation de service, il incombe au vendeur d'émettre une facture comportant ces mentions. L'acheteur doit la réclamer.

En 2006 comme en 2005, c'est en matière de facturation que le contentieux a été le plus important. Cette large sollicitation du texte s'explique par l'importance des objectifs poursuivis (I) mais également par les hésitations de la jurisprudence, notamment quant au degré de précision de la facture (II).

I- Les infractions aux règles de facturation : la masse du contentieux

Au cours de l'année 2006, dans le contexte de contrôle de la coopération commerciale, le juge a eu l'occasion, malgré l'ancienneté du dispositif applicable en matière de facturation, de réaffirmer l'importance des objectifs poursuivis par le législateur en la matière (A), et préciser les contours du champ d'application de l'article L. 441-3 du code de commerce (B).

A- Le rappel par le juge des objectifs de la réglementation applicable en matière de facturation :

Dans un but pédagogique et pour justifier des sanctions parfois importantes, le juge rappelle fréquemment dans ses décisions les effets attendus et l'importance d'une bonne application de l'article L. 441-3 du code de commerce. En effet, en imposant un strict formalisme en matière de facturation, le législateur a entendu non seulement introduire plus de transparence dans les relations entre professionnels, mais encore, faciliter le contrôle, par l'Administration, de la licéité des transactions.

Ainsi, le TGI du Mans, condamnant une centrale régionale au paiement d'une amende de 375 000 €, rappelle dans son jugement du 20 octobre 2006 que « *les manquements affectant les factures sont contraires à la volonté du législateur d'établir une véritable transparence dans les relations commerciales et les prix pratiqués* ». La cour d'appel de Bordeaux analyse ainsi le dispositif : « *aussi bien la lettre que l'esprit de l'article L. 441-3 tendent à faire assumer à la facture le rôle d'un instrument de preuve et de contrôle* » (CA Bordeaux du 26 septembre 2006).

B- L'application large, menant à des sanctions lourdes, de l'article L. 441-3 en matière de coopération commerciale :

En 2006 comme en 2005, le juge fait une application large de l'article L. 441-3 du code de commerce. Le juge sanctionne le fait de ne pas avoir rédigé de facture (par exemple, TGI Rodez du 14 juin 2006), de ne pas avoir délivré les factures (TGI Bayonne, 13 juin 2006) ou de ne pas les avoir établies en double exemplaire (TGI Créteil, 3 avril 2006). Le juge sanctionne également fréquemment la délivrance tardive des factures (par exemple : TGI Créteil, 26 avril 2006 ; TGI Lille, 9 juin 2006 ; TGI Bernay, 17 janvier 2006 ; TGI Beauvais, 14 novembre 2006). De plus, pour que la facture puisse jouer son rôle d'outil de transparence et d'instrument de preuve, le juge doit s'assurer que le document mentionne bien toutes les indications nécessaires pour renseigner les parties et l'administration sur la transaction. Ainsi le juge sanctionne-t-il le fait d'émettre une facture « non-conforme » c'est-à-dire ne comportant pas toutes les mentions rendues obligatoires par l'article L. 441-3.

Par exemple : omission du nom des parties, de leur adresse (TGI Cherbourg, 31 janvier 2006), de la date de la vente ou de la prestation de services (TGI Cahors, 16 mars 2006, TGI Bernay, 17 janvier 2006, TGI Cherbourg, 31 janvier 2006, TGI Créteil, 7 juin 2006). Le prix unitaire hors TVA des produits vendus et des services rendus (*TGI Lyon, 12 mai 2006*) ainsi que toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de services doivent figurer dans les factures (*TGI Lyon, 12 mai 2006*).

L'obligation de délivrer une facture conforme pèse sur le vendeur, mais il incombe à l'acheteur de la réclamer. En 2006, cette disposition, déjà présente dans l'ex-article 31 de l'ordonnance de 1986, a donné lieu, le même jour, à deux décisions intéressantes. Ainsi, la cour d'appel de Rennes, a condamné au paiement d'une amende de 10 000 € chacun des deux fournisseurs de la grande distribution qui avaient omis de réclamer des factures dès la réalisation des services et avaient accepté des factures ne mentionnant pas la dénomination précise des services rendus (CA Rennes n° 2105/2006 et n° 2103/2006 du 7 décembre 2006).

CA Rennes n° 2105/2006 et n° 2103/2006 du 7 décembre 2006

Non-réclamation de facture conforme

Par deux décisions du 7 décembre 2006, la Cour d'appel de Rennes condamne deux fournisseurs de la grande distribution à 10 000 € d'amende chacun pour "facturation non-conforme" de services de coopération commerciale.

Le juge d'appel infirme ainsi les décisions du 29 septembre 2005 et du 8 décembre 2005 dans lesquelles le TGI de Nantes prononçait la relaxe des fournisseurs, refusant ainsi de sanctionner les destinataires des factures de coopération commerciale.

La Cour d'appel de Rennes rappelle au contraire que l'obligation de facturation conforme institue à la charge des deux cocontractants des obligations complémentaires et réciproques. L'acheteur doit donc réclamer toute facture qui ne lui serait pas délivrée dès la réalisation de la vente ou de la prestation de service, et celle-ci doit être conforme aux dispositions de l'article L 441-3 du code de commerce.

Sanction : 10 000 € d'amende pour chacun des fournisseurs

Le juge sanctionne parfois sévèrement les infractions à l'ensemble de ces règles. Par exemple, le TGI du Mans condamne une centrale d'achat au paiement d'une amende de 375 000 €. Le juge souligne pour cela « *la représentativité des factures par rapport aux échanges commerciaux annuels avec les fournisseurs* » (TGI Le Mans, 20 octobre 2006).

TGI Le Mans, 20 octobre 2006

Facturation non conforme

Une centrale régionale d'achats est poursuivie pour avoir effectué des achats de produits ou des prestations de services sans facture conforme.

La représentativité des factures par rapport aux échanges commerciaux annuels avec les fournisseurs concernés, se situe entre 76,90% et 100%.

Ce constat justifie le prononcé d'une lourde sanction.

Sanction : 375 000 euros d'amende

Le juge nuance néanmoins sa sévérité envers les personnes physiques en recherchant la personne réellement responsable. Il écarte ainsi fréquemment les délégations de pouvoirs, nombreuses dans le secteur de la grande distribution. C'est le cas notamment lorsque la délégation est « *rédigée en des termes trop généraux* » (TGI Bayonne, 13 juin 2006) ou s'il est prouvé que le délégant a participé personnellement et de manière active à la commission de l'infraction (TGI Rodez, 14 juin 2006) ou encore, si le délégant a la maîtrise globale des opérations commerciales, la facturation non conforme résultant de directives générales données par les organes de direction de la société (TGI Dijon, 23 mai 2006).

TGI Dijon, 23 mai 2006
Facturation non conforme
Le directeur d'un magasin de la grande distribution ainsi que la société qui le gère sont poursuivis pour avoir délivré des factures ne permettant pas d'identifier avec précision la nature des prestations facturées.
Le directeur du magasin ne peut s'exonérer de sa responsabilité en invoquant une délégation de pouvoirs au profit du responsable département produit frais. Le juge relève en effet que la personne visée n'avait en charge que la vérification de la régularité des facturations émises par les fournisseurs. Il ne lui incombait donc pas de contrôler la régularité des factures émises par son propre employeur.
L'intervention du directeur du magasin dans la conclusion des contrats fondant les factures de coopération commerciale est retenue par le juge comme la preuve qu'il avait la maîtrise de la globalité des opérations commerciales.
Les juges soulignent de plus que cette manière de procéder (facturation non conforme car trop imprécise) résulte de directives générales données par les organes de direction du groupe.
Sanction : personne physique amende de 1 000 euros, personne morale : 6 000 euros

TGI Rodez, 14 juin 2006
Facturation non conforme et omission de facturation
Pour la rédaction des factures, le directeur de la société exploitant le magasin a délégué sa responsabilité au directeur du magasin de grande distribution contrôlé.
Le tribunal déclare cependant le directeur du magasin et la société exploitante (prise en la personne de son PDG) coupables des faits reprochés compte tenu de leur participation personnelle et active à la commission des infractions relevées.
Sanction : personne physique : 10 000 euros d'amende dont 6 000 euros avec sursis Personne morale : 12 000 euros d'amende dont 5 000 euros avec sursis

Enfin, on note qu'en 2006, le juge distingue, pour écarter des délégations de pouvoir, ce qui relève de l'initiative des prévenus personnes physiques et ce qui relève de la « *politique générale du groupe* ». Ainsi, le TGI de Limoges (2 juin 2006) écarte les délégations de pouvoirs invoquées car « *la multiplication des faits et le montant des sommes concernées attestent de la mise en œuvre délibérée d'une véritable politique commerciale destinée à porter atteinte aux règles de la concurrence* ».

L'analyse du contentieux 2006 confirme celle de 2005 : le juge entend appliquer l'article L. 441-3 du code de commerce de manière à faire de la facture un instrument de transparence et de contrôle. Il semblerait cependant que 2006 se singularise sur la question essentielle de la précision attendue dans la rédaction des factures.

II- la jurisprudence sur la précision des factures

En 2006 comme en 2005, la question du degré de précision de la facture est au centre du contentieux pénal. Ainsi, l'étude des nombreuses décisions intervenues en la matière permet de mieux cerner ce qu'est pour le juge une dénomination « précise » (A). Elle conduit également à constater que la jurisprudence 2006 nuance celle de 2005 sans pour autant remettre en cause les principes fondamentaux (B).

A- L'imprécision des factures : principal motif de sanction

En vertu de l'article L. 441-3 du code de commerce, la facture doit mentionner, entre autres, la dénomination précise des produits vendus et des services rendus. Cette information est en effet essentielle pour que les parties et l'administration soient en mesure d'identifier la transaction objet de la facture.

Dans le nouveau contexte de la coopération commerciale, la question de la précision de la facture a pris une importance particulière : l'imprécision dans la désignation du service rendu laisse planer le doute sur l'existence même du service. La précision des termes employés est le moyen « *de vérifier l'exécution réelle des prestations* » (TGI Nanterre n° 15 du 10 novembre 2006).

Les termes employés pour désigner le service doivent permettre à l'administration d'accomplir sa mission de contrôle. La Cour de cassation, reprenant l'argumentation développée en appel rappelle ainsi que « *les factures établies par un distributeur pour des prestations de coopération commerciale doivent permettre à l'administration et au juge d'identifier avec précision la nature exacte des services rendus* » (Cass. Crim. N° 06-82834 du 6 décembre 2006.). En conséquence, bien que l'utilisation de termes techniques soit tout à fait légitime, « *il ne saurait être imposé à l'Administration une analyse sémantique des factures ou un interrogatoire de tous les fournisseurs pour rechercher la nature des services rendus* » (TGI Draguignan n° 2006/443 (n° parquet 0316615) et n° 2006/442 (n° parquet 047914) du 23 février 2006).

Il n'y a cependant pas de critère permettant de définir de manière générale ce qu'est une dénomination précise. Il est seulement possible de répertorier les différentes décisions d'espèces portant sur la question afin d'établir un « catalogue » des dénominations imprécises. Ainsi, les termes « *optimisation de linéaire* », « *tête de gondole* » ou « *opération marketing* » et « *mise en avant* ». sont trop imprécis (TGI Draguignan précité), de même que les termes « *accord de coopération qualité environnement consommateur* » et « *accord de fidélisation* » (TGI Cahors, 16 mars 2006), « *amélioration des performances logistiques* », « *enveloppe logistique/ enlèvement, aide culinaire* », (CA Rennes, 7 décembre 2006), « *l'amélioration des performances logistiques* », « *le lancement à l'échelon régional de nouveaux produits du fournisseur au cours de la période définie ci-après..* », « *action de diffusion du tronc d'assortiment commun* » (CA Rennes, 7 décembre 2006), « *maintien de gamme* », « *présence de gamme* » (TGI Privas, 20 décembre 2006), « *opération avec support catalogue* » et « *mise en avant magasin* » (TGI Nanterre n° 15 du 10 novembre 2006), « *optimisation du linéaire* », « *budget produits : maintien élargissement assorti* », « *présence assortiment* », « *nouveaux produits* », « *maintien de la même gamme* », « *dynamique promotionnelle : mise en avant de produits* » (TGI Dijon n° 0427060 du 23 mai 2006), « *mise en avant* », « *location d'espace* », « *partenariat longue durée* », « *recommandation d'animation* », « *mises en valeur* », « *lancement régional nouveau produit* », « *PLV TAC régional* », « *assortiment* », « *tête de gondole* », « *stop rayon* », « *publicité sur le lieu de vente* », « *dégustation sur le lieu de vente* », « *démonstration sur le lieu de vente* » (TGI Limoges 2 décisions du 2 juin 2006), « *présence des produits dans l'assortiment régional adaptée à la consommation locale et recommandée à l'ensemble des* » magasins (Cass. Crim. N° 06-82834 du 6 décembre 2006).

Comme en 2005, le juge semble avoir fait preuve d'une certaine rigueur dans l'appréciation de la précision de la facture. Quelques décisions cependant témoignent des hésitations de la jurisprudence.

B- Une jurisprudence 2006 plus nuancée qu'en 2005 : la précision des mentions et le renvoi aux contrats

S'agissant d'une question d'appréciation, certaines mentions peuvent être considérées comme imprécises par certaines juridictions et non par d'autres. Ainsi, la cour d'appel de Reims a estimé dans un arrêt en date du 4 avril 2006, ainsi que dans un autre du 7 décembre 2006, que les termes « *optimisation du linéaire en produits* » sont suffisamment précis alors qu'une jurisprudence jusqu'ici constante laissait penser le contraire (décisions précitées).

CA Reims, 4 avril 2006
Facturation non conforme
Deux sociétés exploitant des magasins de la grande distribution sont poursuivies pour facturation non conforme aux prescriptions de l'article L 441-3 du code de commerce.
La cour d'appel, contredisant l'analyse des juges du fond, estime que les factures sont suffisamment précises dans leur contenu même si les termes employés sont simples. « <i>Il en va de l'optimisation en linéaire d'autant que l'exigence de précision ne va pas jusqu'au type de conditionnement, calibres, marques...</i> » Les délits ne sont pas constitués.
Relaxe.

Il en va de même de la décision par le TGI de Belfort le 11 mai 2006, dans laquelle le juge estime que les termes « *mise en avant du produit* » et « *réalisation de tête de gondole* » sont suffisamment précis. Pour justifier l'absence de sanction, le juge note que chacune de factures fait expressément référence au contrat correspondant. Cette argumentation va à l'encontre d'une jurisprudence jusqu'ici constante en vertu de laquelle le renvoi au contrat ne saurait pallier les insuffisances des factures.

En effet, en rappelant qu'« il ne suffit pas pour satisfaire aux dispositions légales que les factures renvoient aux contrats de coopération sur lesquels elles se fondent » (TGI de Saint Nazaire, 2 décisions du 16 décembre 2005), la jurisprudence 2005 avait réaffirmé un principe jurisprudentiel qui semblait déjà bien établi (Paris, 29 juin 1998 ; v. aussi Paris, 12 mars 2004). Ce principe repose sur la distinction suivante : « *la convention définit en termes qui restent généraux des prestations à venir* », ce qui fait « *une différence sensible entre la convention originelle et une facture à acquitter* » qui doit en conséquence être assez précise pour se suffire à elle-même (TGI de Chartres 6 avril 2005).

En 2006 pourtant, plusieurs décisions ont été à l'encontre de cette jurisprudence, jusqu'ici constante. La décision précitée du TGI de Belfort montre ainsi que le juge s'est parfois appuyé sur l'existence de contrats plus précis pour estimer que des dénominations, jusqu'ici considérées comme trop imprécises, étaient en fait conformes aux prescriptions de l'article L. 441-3.

TGI Belfort, 11 Mai 2006
Facturation non conforme
La société prévenue, gérant un magasin, est poursuivie pour avoir dressé des factures et des contrats de coopération commerciale dont les mentions sont trop imprécises. L'imprécision porte en particulier sur la dénomination des services rendus.
Le tribunal estime que les factures incriminées comportent des mentions suffisamment explicites telles que « <i>mise en avant du produit</i> » ou « <i>réalisation de tête de gondole</i> ».

Très étonnamment, le juge souligne pour justifier sa décision que chacune des factures comporte la référence précise au contrat correspondant et que les dénominations des factures correspondent bien à la nature du service visé au contrat. Cette argumentation est en totale contradiction avec la jurisprudence dominante confirmée par la Cour de cassation.

S'agissant des contrats de coopération commerciale, ils comportent bien la définition et l'identification du service rendu.

Sanction : infractions non constituées

L'arrêt rendu par la cour d'appel de Bordeaux est également en désaccord avec la jurisprudence dominante en soutenant que les factures ne souffrent d'aucune imprécision dès lors qu'un numéro permet de les rapprocher de façon instantanée des contrats de coopération commerciale.

CA Bordeaux, 26 septembre 2006

Facturation non conforme

Les factures contrôlées comportent des sigles tels « PPC », « PNE », « DCPN ». Le juge relève que l'enquêteur a dû avoir recours à la comptable de la société pour connaître la grille de lecture de ces abréviations.

Le juge rejette l'argumentation de la défense selon laquelle les factures s'apparentent à de simples virements internes. Pour les prestations convenues au niveau national et régional, c'est en effet la centrale nationale de référencement à laquelle adhèrent les magasins, qui est rémunérée par les fournisseurs. La centrale rétrocède ensuite aux magasins les sommes perçues. Le juge souligne qu'il s'agit bien de factures devant à ce titre être rédigées conformément aux dispositions de l'article L 441-3 du code de commerce.

Pour les factures relatives aux prestations offertes aux fournisseurs locaux, le juge se place en contradiction avec la jurisprudence en estimant que les factures ne sont pas imprécises, étant donné qu'elles comportent la référence expresse ainsi que le même numéro que le contrat auquel elles se rapportent. Selon le juge, ces indications permettent un contrôle de l'Administration.

Sanction : amende 7 500 euros pour chaque personne morale

Personne physique : 2 500 euros d'amende pour chacun des directeurs du magasin

De même, dans un arrêt du 7 décembre 2006, la cour d'appel de Reims estime que « les termes optimisation du linéaire en produits » apparaissent particulièrement claires pour des professionnels dès lors que les factures font référence au contrat (...). Le juge souligne même que les fournisseurs ont accepté librement les transactions litigieuses. Pour nuancer ce dernier argument, le juge du TGI de Moulins rappelle que « l'absence de récrimination ou de plainte des fournisseurs, dans un contexte de rapports inégalitaires, ne permet pas de conclure à l'absence d'infraction » (TGI Moulins, 12 avril 2006).

TGI Moulins, 12 avril 2006

Facturation non conforme

Il est reproché à une société d'avoir méconnu les règles édictées aux articles L 441-3 et L 441-6 du code de commerce (utilisation de mentions imprécises « *dynamique promotionnelle* » ou « *dynamique commerciale* »).

Pour s'exonérer de son obligation de justifier par écrit les services spécifiques réalisés, le prévenu invoque l'absence de récrimination ou de plaintes des fournisseurs. Mais le juge rappelle que, dans un contexte de rapports inégalitaires, l'absence de récrimination ne permet pas de conclure à l'absence d'infraction.

S'agissant de l'obligation de mentionner la dénomination exacte des services rendus et produits vendus, il est constaté que les factures de coopération commerciale sont aussi imprécises que les contrats qui en sont le support, il est donc impossible d'identifier précisément les services rendus. Les infractions sont constituées.

Sanction : 40 000 euros d'amende

Bien qu'elles se soient répétées en 2006, ces hésitations ne constituent cependant pas un revirement de jurisprudence et le principe reste que, pour être conforme aux dispositions de l'article L. 441-3 du code de commerce, il ne suffit pas que la facture renvoie à un contrat plus précis (principe rappelé par exemple par le TGI de Nanterre le 10 novembre 2006). En fin d'année, la Cour de cassation le confirme clairement en ces termes : « *les mentions exigées par l'article L. 441-3 du code de commerce doivent figurer sur les factures sans qu'il soit nécessaire de se référer aux documents qui les fondent* » (Cass. Crim. n° 06-82834 du 6 décembre 2006).

SECTION 3 : LA COOPERATION COMMERCIALE

En matière de services de coopération commerciale, anciennement "services spécifiques", l'ancien article L. 441-6 du code de commerce (dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur de la loi PME), imposait seulement la rédaction d'un contrat écrit en double exemplaire. Le nouvel article L. 441-7 encadre beaucoup plus strictement le formalisme des contrats de coopération commerciale. Il énumère en effet un certain nombre de mentions qui doivent obligatoirement figurer sur le contrat. Il en va ainsi du contenu des services, des produits auxquels ils se rapportent, de la date à laquelle ils sont rendus, de leur durée, des modalités de leur rémunération).

Le dispositif législatif relatif à la coopération commerciale a donc beaucoup évolué au cours des dernières années, suite notamment à l'entrée en vigueur de la loi PME en 2005. Les décisions rendues en 2006 font application du nouveau dispositif, mais souvent également de l'ancien. Pourtant, le contentieux 2005-2006, se caractérise par une certaine continuité. Paradoxalement, alors que les dispositions législatives se sont sensiblement durcies, le juge semble avoir conservé, dans l'exercice de son contrôle, un niveau d'exigence égal.

I- L'exigence ancienne d'un contrat écrit, antérieur à la prestation et constatant la réalisation d'un « service détachable » :

En imposant que les accords de coopération commerciale fassent l'objet d'un contrat écrit en double exemplaire (A), le législateur souhaitait introduire une plus grande transparence dans les négociations commerciales. Le juge interprète ainsi l'ancien article L. 441-6 de manière à ce que le contrat de service spécifique devienne le moyen de s'assurer que le service rendu est réel, détachable des obligations résultant des actes d'achat-vente et justifie donc une rémunération (B).

A- L'exigence d'un contrat écrit antérieur à la prestation :

En matière de services spécifiques, le juge sanctionne systématiquement l'absence de contrat. Il en va de même lorsque le juge fonde sa décision sur le nouveau dispositif puisque l'article L. 441-7 du code de commerce dispose que :

- chacune des parties détient un exemplaire du contrat de coopération commerciale ;

- les services distincts font l'objet d'un contrat écrit en double exemplaire détenu par chacune des parties.

L'obligation d'établir un contrat écrit n'est pas contestée et l'absence pure et simple de contrat reste relativement rare. Par exemple : TGI Tarbes, 23 février 2006, ; TGI Lille, 9 juin 2006 ; TGI Amiens, 2 mars 2006.

En revanche, la question de la date de rédaction du contrat a fait l'objet en 2006 d'une décision surprenante. Ainsi, le 13 novembre 2006, le TGI de Marseille rend une décision fondée sur l'argumentation suivante : « *la loi du 2 août 2005 a modifié l'article L 441-6 du code de commerce et a reconnu en un nouvel article L 441-7 les contrats dits de coopération commerciale , en des termes qui ne prohibent plus la conclusion de contrats du type de ceux visés par les poursuites et qualifiés de rétroactifs* ».

Cette décision est tout à fait contraire à la lettre même de l'article L 441-7 du code de commerce qui dispose que « *le contrat de coopération commerciale indiquant le contenu des services (...) est établi avant leur fourniture* ». C'est d'ailleurs le sens de la jurisprudence dominante. Par exemple, sanctionnant la rédaction de contrats rétroactifs : TGI Bernay, 17 janvier 2006 ; CA Rennes, 7 décembre 2006. Ainsi, dans la décision du TGI de Draguignan n° 2006/443 (n° parquet 0316615) en date du 23 février 2006, le juge sanctionne le fait d'avoir établi des contrats de coopération commerciale postérieurement à la réalisation de la prestation. Pour cela, il rappelle que la circulaire du 22 mai 1984, pour garantir l'absence de discrimination, exigeait déjà que les engagements réciproques soient consignés dans un contrat écrit communicable sur simple demande de l'Administration. De plus, le juge estime que le fait d'avoir inscrit sur les contrats une date ne correspondant pas à celle de la rédaction et de la signature, caractérise le délit de faux et d'usage de faux.

TGI Draguignan du 23 février 2006

Facturation non conforme, non-communication de CGV, faux et usage de faux

Le juge sanctionne le fait d'avoir établi des contrats de coopération commerciale postérieurement à la réalisation de la prestation. Pour cela, il rappelle que la circulaire du 22 mai 1984, pour garantir l'absence de discrimination exigeait déjà que les engagements réciproques soient consignés dans un contrat écrit communicable sur simple demande de l'Administration.

En revanche, le juge ne sanctionne pas le fait que certains contrats de coopération commerciale n'aient pas été signés par l'une des parties. Selon son analyse, il s'agit là d'une omission purement formelle qui ne peut remettre en cause l'existence du contrat.

Le juge sanctionne l'imprécision des factures de coopération commerciale. Il rappelle pour cela que, bien que l'utilisation de termes techniques soit tout à fait légitime, « *il ne saurait être imposé à l'Administration une analyse sémantique des factures ou un interrogatoire de tous les fournisseurs pour rechercher la nature des services rendus* ». Ainsi, les termes « optimisation de linéaire », « mise en avant » ou « tête de gondole » sont trop imprécis.

Le juge relaxe les prévenus du chef de facturation de prestations constituant en réalité de simples remises-fournisseur. Selon lui cette pratique du distributeur a préservé l'objet de la loi, à savoir éviter que les services spécifiques ne viennent minorer le prix d'achat. Le juge note même qu'une éventuelle incidence fiscale ne suffit pas à caractériser le délit. Enfin, le juge sanctionne pour faux le fait d'avoir inscrit sur les contrats une date ne correspondant pas à celle de la rédaction et de la signature.

Sanction : 5 000 € d'amende à l'encontre du PDG. 15 000 € d'amende pour la personne morale.

B- Le constat d'un service détachable :

Interprété strictement, l'ancien article L. 441-6 créait peu d'obligation à la charge des parties : le contrat devait seulement être rédigé en double exemplaire.

En outre, dans sa décision n° 06-82834 du 6 décembre 2006, prise sur le fondement de l'ancien dispositif, la Cour de cassation énonce que : « *un contrat écrit de coopération commerciale doit constater la fourniture par le distributeur à son fournisseur de services spécifiques détachables des simples obligations résultant des achats et des ventes* ».

Le contrat doit permettre de s'assurer qu'un service méritant rémunération, donc détachable, est rendu. Dans cette optique de contrôle, et bien que le texte de l'ancien article L. 441-6 n'impose pas de mentions obligatoires dans les contrats de services spécifiques, le juge va sanctionner sur ce fondement les contrats imprécis en tant qu'ils ne permettent pas de s'assurer qu'un service spécifique est rendu.

II- La sanction par le juge de l'imprécision des contrats :

La jurisprudence 2006 s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence 2005 puisque, que ce soit sur le fondement de l'ancien ou sur celui du nouveau dispositif, le juge sanctionne les contrats ne comportant pas certaines mentions (A) ou qui ne sont pas suffisamment précis, en particulier dans la description du service objet de la convention (B).

A- Les mentions obligatoires :

En 2006, dans sa décision précitée du 6 décembre, la Cour de cassation confirme l'interprétation extensive de l'article L. 441-6 en développant l'argumentation suivante : pour respecter la volonté du législateur, « *un contrat écrit de coopération commerciale doit constater la fourniture par le distributeur à son fournisseur de services spécifiques détachables des simples obligations résultant des achats et des ventes* », l'emploi de termes imprécis dans la dénomination du service ne permet pas de le vérifier, en conséquence la convention est irrégulière et « *l'irrégularité de la convention équivaut à son absence* ». Cette absence constitue une infraction à l'ancien article L. 441-6 du code de commerce qui impose la rédaction d'un écrit. L'imprécision des mentions contractuelles peut donc être sanctionnée sur le fondement de l'ancien article L. 441-6.

Ainsi, même lorsqu'ils se fondent sur l'ancien article L. 441-6 du code de commerce, les juges sanctionnent les contrats de services spécifiques qui n'indiquent pas la dénomination précise des services rendus, leur rémunération et la nature exacte des produits concernés, alors que ces exigences relèvent désormais de l'article L 441-7 du code de commerce issu de la loi du 2 août 2005 (*TGI Amiens, 2 mars 2006 ; TGI Evreux, 26 septembre 2006 ; TGI Créteil, 23 janvier 2006*).

Une seule décision va à l'encontre de la jurisprudence dominante. Ainsi, dans sa décision du 20 janvier 2006, le TGI de Belfort estime que le fait de n'avoir pas mentionné au contrat le contenu des services spécifiques auquel il se rapporte ne peut être sanctionné sur le fondement de l'ancien article L. 441-6 du code de commerce. Le juge justifie sa décision en soulignant le peu d'obligations qu'imposait l'ancien article L. 441-6 du code de commerce et en relevant qu'il semble bien en l'espèce qu'un service de nature à favoriser la revente au consommateur soit rendu.

L'entrée en vigueur de l'article L. 441-7 du code de commerce simplifie la situation. En effet, la loi PME « consacre » la jurisprudence relative aux services spécifiques. Désormais, le texte dispose clairement que le contrat de coopération commerciale doit mentionner « *le contenu des services et les modalités de leur rémunération est établi, (...) la date à laquelle les services sont rendus, leur durée, leur rémunération et les produits auxquels ils se rapportent, (...), la rémunération du service rendu exprimée en pourcentage du prix unitaire net du produit auquel il se rapporte.* »

La question des mentions obligatoires est donc clarifiée mais celle du degré de précision attendu, soumise à l'appréciation du juge, reste d'actualité.

B- La sanction de l'imprécision des mentions :

La plupart des décisions mentionnées plus haut, au chapitre relatif à la précision des factures, sanctionnent également l'imprécision des contrats qui les fondent (TGI de Limoges, Draguignan etc...). Elles permettent de cerner la notion jurisprudentielle de « mention imprécise ». Jusqu'à aujourd'hui, la jurisprudence relative à la précision des factures semble généralement transposable à la question de la précision des contrats de coopération commerciale : une mention considérée comme imprécise sur facture, sera également considérée comme imprécise sur un contrat.

Ainsi, dans sa décision précitée du 6 décembre 2006, la Cour de cassation sanctionne un distributeur dont les factures de services spécifiques, « *sont aussi imprécises que le sont les contrats qui leur sert de support* ». Comme il est dit précédemment, cette décision confirme l'arrêt de la cour d'appel de Riom qui condamnait la personne morale prévenue au paiement d'une lourde amende de 150 000 € en raison « *de la puissance d'achat du prestataire, de l'ampleur des faits constatés qui constituent une véritable politique commerciale délibérée visant à opacifier les relations fournisseurs distributeurs.* »

Cass. Crim., 6 décembre 2006, n° 06-82834

Facturation non conforme et infractions à l'ancien article L. 441-6 du code de commerce

Rejet du pourvoi dirigé contre l'arrêt de la cour d'appel de Riom du 2 mars 2006 qui avait condamné un distributeur au paiement d'une amende de 150 000 € pour avoir établi des factures et des contrats de coopération commerciale imprécis.

Le juge confirme que les agents de la DGCCRF n'avaient pas à obtenir d'autorisation judiciaire pour procéder à leur contrôle puisqu'ils se sont bornés à demander des documents qui leur ont été communiqués sans qu'ils aient eu à effectuer une visite des lieux.

Par ailleurs, le juge faisant application de l'ancien article L. 441-6 du code de commerce, rappelle que le contrat de coopération commerciale doit constater la fourniture de services spécifiques détachables des simples obligations résultant des actes d'achat et de vente. Dans le cas contraire, la convention est irrégulière, ce qui équivaut à l'absence de convention. L'imprécision du contrat de coopération commerciale est donc sanctionnée sur le fondement de l'ancien article L.441-6.

Enfin, la Cour confirme que les mentions exigées par l'article L. 441-3 doivent figurer sur les factures sans qu'il soit nécessaire de se référer aux documents qui les fondent.

L'amende est portée au maximum légal c'est-à-dire à 50% de la somme facturée, en raison « *de la puissance d'achat du prestataire, de l'ampleur des faits constatés qui constituent une véritable politique commerciale délibérée visant à opacifier les relations fournisseurs distributeurs.* »

Sanction : 150 000 euros d'amende

SECTION 4 : LA REVENTE A PERTE

L'interdiction faite à tout commerçant de revendre un produit à perte est ancienne et n'a jamais été remise en cause. Depuis la loi de finances rectificative du 2 juillet 1963, les évolutions de la réglementation en la matière ont eu pour but principal de déterminer des modalités de calcul du seuil de revente à perte à la fois pertinentes et simples.

Cependant, malgré l'ancienneté de l'interdiction de la revente à perte, la jurisprudence 2006 en matière de revente à perte se révèle encore innovante et montre la volonté du juge d'appliquer l'article L. 442-2 avec rigueur (I) et nuance comme en témoigne les sanctions prononcées en la matière (II).

I- Une application extensive de l'article L. 442-2 du code de commerce :

En 2006, la Cour de cassation rejette les pourvois dirigés contre deux arrêts de cours d'appel commentés dans le bilan 2005. Elle confirme ainsi l'interprétation extensive de l'article L. 442-2 développée par les juges du fond qui avaient condamné une société pour avoir revendu à perte un produit dont elle n'était pas encore propriétaire au moment de la revente (A). La Cour confirme également l'arrêt sanctionnant une revente à perte intervenue entre une société et sa filiale à 100 % (B).

A- La revente à perte d'une marchandise dont on n'est pas propriétaire au moment de la conclusion du contrat de vente au consommateur final :

La Cour de cassation sanctionne pour revente à perte de fuel domestique une filiale d'un groupe de la grande distribution qui déterminait son prix de revente dès la conclusion du contrat, ce qui pouvait la conduire à revendre en dessous de son prix d'achat alors qu'elle n'était pas encore propriétaire de la marchandise. Cette décision confirme le jugement du TGI de Lille en date du 3 juin 2005 (commenté dans le bilan 2005) et l'arrêt de la cour d'appel de Douai en date du 12 janvier 2006.

Cour de cassation, 6 décembre 2006, n°06-81.947

Revente à perte de fuel domestique

La Cour rejette le pourvoi dirigé contre l'arrêt de la cour d'appel de Douai en date du 12 janvier 2006 et qui condamnait une filiale d'un groupe de la grande distribution au paiement d'une amende de 50 000 € pour revente à perte de fuel domestique.

Au moment de la conclusion du contrat entre l'acheteur final et la société incriminée, celle-ci n'était pas encore en possession du fuel. Le prix fixé au contrat était le prix du marché au jour de la transaction. Suite à la conclusion de ce contrat, la société incriminée s'engageait à acheter le fuel, puis à le revendre à l'acheteur final au prix convenu. Ainsi, le jour de la revente, en fonction des fluctuations du marché, le fuel pouvait être revendu à perte.

Le juge écarte l'argument développé par la société qui arguait du fait qu'elle n'était pas propriétaire du fuel au moment de la vente et qu'il ne pouvait donc y avoir « revente ».

En appel, le juge développait en effet l'argumentation suivante : le distributeur se procurait la marchandise pour exécuter l'obligation de vendre qu'il avait contractée avec l'acheteur final. Il importe peu que, lors de la conclusion du contrat, il n'ait pas encore été propriétaire de cette marchandise.

La Cour de cassation confirme cette analyse en retenant trois arguments. Le juge rappelle ainsi que « les opérations d'achat et de revente peuvent être concomitantes », que, d'autre part, « la société, qui n'a pas soutenu avoir agi en qualité de simple intermédiaire, n'a pu revendre la chose d'autrui », qu'enfin « la revente d'une marchandise vendue au poids, au compte ou à la mesure n'est parfaite que lorsque la chose vendue a été pesée, comptée ou mesurée ».

Sanction : rejet du pourvoi, confirmation de l'amende de 50 000 €

B- La revente à perte entre une société et sa filiale à 100% :

Dans sa décision n° 06-83008 du 22 novembre 2006, la Cour de cassation rejette le pourvoi dirigé contre l'arrêt de la cour d'appel de DOUAI en date du 20 décembre 2005, qui, avait condamné une société au paiement d'une amende de 30 000 € pour revente à perte. La transaction avait pourtant eu lieu entre une société et sa filiale à 100 %.

Cour de cassation, 22 novembre 2006, n°06-81.947

Revente à perte d'articles de sport

La société incriminée, distributrice d'articles de sport, est poursuivie pour avoir, à l'occasion d'une opération promotionnelle, revendu des produits en l'état à un prix inférieur au seuil de revente à perte.

La société se défend en arguant du fait qu'elle doit être considérée comme un donneur d'ordre et non un acheteur-revendeur. En effet, l'entreprise fabriquant les produits est une de ses filiales à 100 % et n'a pas d'autre client. La société souligne également qu'elle maîtrise totalement la chaîne de production des produits et que la séparation juridique récente des deux entreprises n'a d'autre sens que comptable et financier.

Pour confirmer les décisions des juges du fond, la Cour retient que le distributeur a acquis les biens d'une personne juridiquement autonome, que les opérations en question sont d'ailleurs enregistrées dans la comptabilité des entreprises comme étant des ventes et que les produits n'ont pas subi de transformation.

Sanction : rejet, confirmation de l'amende de 30 000 €

II- Une application limitée en pratique :

A- Un faible nombre de décisions contentieuses :

Malgré un champ d'application étendu, l'article L. 442-2 du code de commerce donne lieu à un faible nombre de décisions contentieuses (14 en 2006).

Cependant, après les infractions en matière de coopération commerciale (facturation et contrats), les infractions à l'interdiction de revente à perte sont les plus nombreuses (12 % des décisions contentieuses PRC pénales 2006).

B- ... conduisant à des sanctions parfois dissuasives :

Dans le but de protéger le petit commerce, le législateur a fait de la revente à perte et de l'annonce de revente à perte des délits punis de 75 000 € d'amende pour la personne physique et de 375 000 € pour la personne morale. Les tribunaux peuvent les condamner à payer une amende ou à une peine complémentaires. Pourtant, les sanctions sont rarement très élevées en la matière.

Parfois cependant, le juge est amené à sanctionner une pratique dont il estime qu'elle résulte « d'une politique de gestion des stocks délibérée et intentionnelle. » (Cour d'appel de Bordeaux le 14 mars 2006). Comme en matière de facturation, ce type d'observation conduit le juge non seulement à écarter certaines délégations de pouvoirs, mais encore à sanctionner sévèrement la pratique. Ainsi, dans son arrêt du 14 mars 2006, la cour d'appel de Bordeaux écarte la délégation de pouvoir établie au bénéfice du chef de rayon et retient la responsabilité pénale du directeur du magasin pour le condamner au paiement d'une amende pénale de 12 000 € et 7 500 € de dommages et intérêts au bénéfice d'une société concurrente.

Dans presque la moitié des cas, c'est la personne morale seule qui est condamnée. Le cas le plus rare est celui où seule la personne physique est sanctionnée.

SECTION 5 : LES DELAIS DE PAIEMENT

En principe, les délais de paiement sont librement déterminés par les parties. Aujourd'hui cependant, deux articles du code de commerce les encadrent. L'un détermine des délais de paiement dits « règlementés » (I), l'autre, des délais de paiement dits « convenus » (II).

I- Les délais de paiement « règlementés » de l'article L. 443-1 :

L'article L. 443-1 du code de commerce fait exception au principe selon lequel la détermination des délais de paiement se fait par la voie consensuelle. Ayant constaté des abus dans certains secteurs, le législateur a souhaité encadrer les délais de paiement de certains produits en fixant un délai maximum ne pouvant être dépassé, sous peine d'amende. En 2006, le juge a donc été amené à sanctionner le dépassement de ces délais (A) afin d'en garantir un strict respect (B).

A- La sanction du dépassement des délais de paiement de l'article L. 443-1 :

L'article 35 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence imposait, pour les produits alimentaires périssables et de boissons alcooliques ayant supporté les droits de consommation prévus à l'article 403 du code général des impôts, un délai maximum de trente jours à 75 jours après la fin du mois de livraison. Plusieurs fois élargi au cours des vingt dernières années, le champ d'application de l'article L. 443-1 s'étend désormais aux :

- produits alimentaires périssables et viandes congelées ou surgelées, poissons surgelés, plats cuisinés et de conserves fabriqués à partir de produits alimentaires périssables, à l'exception des achats de produits saisonniers effectués dans le cadre de contrats dits de culture visés aux articles L. 326-1 à L. 326-3 du code rural ;
- achats de bétail sur pied destiné à la consommation et de viandes fraîches dérivées ;
- achats de boissons alcooliques passibles des droits de consommation prévus à l'article 403 du code général des impôts ;
- achats de boissons alcooliques passibles des droits de circulation prévus à l'article 438 du même code.

En application de ce dispositif, le juge a prononcé une dizaine de condamnations pour paiement hors délais. Ce contentieux représente ainsi près de 10 % des décisions PRC pénales 2006. Les sanctions sont rarement très élevées (avec un maximum en 2006 de 5 000 € d'amende, sans compter une amende de 7 500 € pour plusieurs infractions PRC, dont dépassement des délais) et sont généralement infligées à la personne physique seule (dans plus de 80 % des cas).

Pour des exemples de décisions 2006 en la matière : pour l'achat de bétail sur pied destiné à la consommation humaine et de viandes fraîches (TGI Nevers, 14 avril 2006 ; TGI Albi, 5 octobre 2006).

B- Le respect strict des délais légaux : une obligation de résultat pour le professionnel

Bien que le contentieux des délais de paiement ne soit pas quantitativement important (peu de décisions et de faibles sanctions), le juge n'en applique pas moins l'article L. 443-1 avec rigueur.

Ainsi, le TGI de Macon rappelle, dans son jugement du 4 octobre 2006, que l'infraction à l'article L. 443-1 est constituée dès lors que les délais prévus ne sont pas respectés. Le professionnel ne peut s'exonérer en invoquant la lenteur du traitement bancaire et l'absence de volonté de nuire. Cette sévérité est justifiée car « *en raison de l'importance du montant des factures, le retard de paiement a créé la possibilité d'un crédit fournisseur non-négligeable* ».

TGI Macon, 4 octobre 2006

Délai de paiement

Le professionnel ne peut invoquer les délais de traitement bancaire pour expliquer ses retards de paiement. Il lui incombe en effet d'émettre le paiement en temps voulu, en tenant compte de ces délais.

Bien que le prévenu invoque l'absence de volonté de nuire, le juge rappelle que la simple négligence manifeste dont le professionnel a fait preuve suffit à caractériser le délit.

Le juge justifie la sanction en soulignant que « *en raison de l'importance du montant des factures, le retard de paiement a créé la possibilité d'un crédit fournisseur non-négligeable* » et que de telles pratiques pénalisent d'autres sociétés et paraissent susceptibles de perturber l'ordre public économique.

Sanction : 5 000 € d'amende

II- Les délais de paiement de l'article L. 441-6 :

Pour les acteurs économiques en position de force, l'allongement des délais de paiement constitue une importante source de financement à court terme, au détriment de leurs fournisseurs. C'est à la suite de ce constat que le législateur a institué, avec la loi NRE du 15 mai 2001, un délai légal « par défaut » (A) et l'obligation de payer les pénalités de retard sans qu'un rappel soit nécessaire (B).

A- L'institution d'un délai de paiement légal et d'un délai de paiement convenu spécifique au secteur des transports : l'article L. 441-6 du code de commerce

L'article L. 441-6 dispose qu'en l'absence de stipulations contraires « *figurant aux conditions de vente ou convenues entre les parties, le délai de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée.* »

Suite à l'entrée en vigueur de la loi du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports, l'alinéa suivant précise que « *pour le transport routier de marchandises, pour la location de véhicules avec ou sans conducteur, pour la commission de transport ainsi que pour les activités de transitaire, d'agent maritime et de fret aérien, de courtier de fret et de commissionnaire en douane, les délais de paiement convenus ne peuvent en aucun cas dépasser trente jours à compter de la date d'émission de la facture.* »

En 2006, aucune procédure contentieuse n'a conduit à la condamnation d'un acteur économique pour non-respect de ces dispositions.

B- La sanction par le juge du non-paiement automatique des pénalités de retard

L'article L.441-6 du code de commerce dispose que les "*intérêts de retard sont exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire*". Le TGI de Marmande dans son jugement définitif du 28 septembre 2006, condamne une société exploitant un magasin de la grande distribution et son dirigeant pour ne pas avoir "*crédité les pénalités de retard prévues par les dispositions légales et exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire et ne respectant pas les conditions de vente imposées par le grossiste*".

Malgré son laconisme, ce jugement considère que le non-respect de cette disposition de l'article L. 441-6 constitue une infraction pénale.

TGI Marmande, 28 septembre 2006

Délai de paiement

La société qui exploite un magasin de la grande distribution ainsi que son directeur financier sont poursuivis pour ne pas s'être acquittés, de leur propre initiative, des pénalités de retard dues à leur fournisseur.

L. 441-6 du code de commerce dispose en effet que celles-ci sont exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire. Les prévenus sont en conséquence déclarés coupables.

Sanction : personne physique : 6 000 euros d'amende avec sursis – personne morale : 6 000 euros d'amende avec sursis

SECTION 6 : LA COMMUNICATION DES CONDITIONS GENERALES DE VENTE

La rédaction de CGV n'est pas obligatoire. Quand elles existent, cependant, le législateur a souhaité faire en sorte qu'elles soient établies et communiquées de manière à favoriser la transparence des relations commerciales. L'article L. 441-6 du code de commerce établit ainsi un certain nombre de mentions devant obligatoirement figurer sur les CGV qui doivent être communiquées « *à tout acheteur de produits ou demandeur de prestation de services pour une activité professionnelle, qui en fait la demande* ».

Sur le fondement de l'article L. 441-6, le juge peut être amené à sanctionner la non-communication de CGV, ou la communication de CGV non-conformes. On note que la cour d'appel de Paris, 13^e ch., rappelait dans son arrêt du 18 juin 2004 que la communication incomplète de CGV équivaut à une absence de communication. En revanche, la communication tardive n'est pas sanctionnée par le juge. Ainsi, la cour d'appel de Bourges rappelait le 24 juin 2004 que l'art. L. 441-6 ne prévoit « *ni délai de réponse, ni modalité particulière de communication* »

En 2005, aucune décision n'était intervenue en matière de communication des CGV.

L'année 2006 est à peine plus riche : le TGI de Créteil, dans sa décision en date du 23 janvier 2006, a condamné une société de vente en gros de fruits et légumes et son exploitante au paiement d'une amende de 6 000 € pour la personne morale et de 1 500 € pour la personne physique. Les prévenues étaient poursuivies non seulement pour non-communication des CGV, mais encore pour facturation non-conforme, dépassement des délais de paiement et pour infraction à la réglementation applicable en matière de coopération commerciale. Le cumul des infractions explique le montant de la peine.

SECTION 7 : LE PARACOMMERCIALISME

Le terme paracommercialisme recouvre deux infractions distinctes. Ainsi, l'article L 442-7 sanctionne le fait, pour une association, une coopérative ou une administration, d'offrir des produits ou des services si ces activités ne sont pas dans les statuts. L'article L 442-8 interdit quant à lui « *à toute personne d'offrir à la vente des produits ou de proposer des services en utilisant, dans des conditions irrégulières, le domaine public de l'État, des collectivités locales et de leurs établissements publics* ».

En 2006, deux décisions sont intervenues en matière de paracommercialisme. Le jugement du TGI de Créteil en date du 26 avril 2006 condamne le gérant d'une association exerçant habituellement une activité de vente de produits ou services de restauration alors que ces activités n'étaient pas prévues dans les statuts de l'association. La sanction est faible : pour cette infraction, celle de vente sans facture et de défaut d'affichage des prix, le prévenu est condamné au paiement d'une amende de 200 €

Une décision est intervenue en 2006 sur le fondement de l'article L. 442-8, celle de la Cour de cassation en date du 4 avril. Le juge énonce le principe suivant : « *le fait d'offrir à la vente des produits ou de proposer des services en utilisant, dans des conditions irrégulières, le domaine public, n'est réprimé que s'il est commis en violation des dispositions réglementaires sur la police des lieux* ».

Cass. Crim. n° 05-86290, du 4 avril 2006
Paracommercialisme
La prévenue avait fait stationner sa camionnette sur une place de la commune de Gramat (Lot) pour proposer à la vente des pizzas et des frites.
Pour déclarer la prévenue coupable de paracommercialisme, la cour d'appel d'Agen avait retenu que cette activité avait été exercée sans autorisation et hors des lieux et périodes réservés au marché de détail alimentaire par un arrêté municipal du 11 décembre 2000. Le juge du fond relève ainsi que « <i>il n'est pas loisible à un commerçant ambulant d'occuper le domaine public communal à sa guise et, pour le lui interdire, il n'est pas utile au maire de prendre quelque décision administrative le rappelant.</i> »
La Cour de cassation contredit cette analyse en soulignant que « le fait d'offrir à la vente des produits ou de proposer des services en utilisant, dans des conditions irrégulières, le domaine public, n'est réprimé que s'il est commis en violation des dispositions réglementaires sur la police des lieux ».
Casse et annule

SECTION 8 : PRIX MINIMUM IMPOSE

L'article L 442-5 du code de commerce punit d'une amende de 15 000 € le fait par toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien au prix de prestation de service ou à une marge commerciale.

Les décisions en la matière sont très peu nombreuses. Apparemment, aucune décision n'est intervenue en la matière en 2006.

SECTION 9 : AUTRES MOTIFS DE SANCTION

Dans certains cas, le juge doit, pour sanctionner une pratique visiblement contraire à la transparence des relations commerciales, se fonder sur d'autres dispositions que celles du code de commerce.

En 2006, la cour d'appel de Rennes confirme la décision du TGI de Vannes en date du 28 juillet 2005 (commentée dans le bilan 2005) par laquelle une centrale d'achat, sa filiale de facturation et son fournisseur avaient été condamnées pour faux et usage de faux (article 441-1 du code pénal).

CA Rennes du 21 décembre 2006

Faux et usage de faux

Une centrale d'achat diffusait, pour sélectionner ses fournisseurs de légumes, un appel d'offre. Après qu'un fournisseur avait remporté l'appel d'offre à un prix donné, la centrale majorait son prix d'achat (au bénéfice donc du fournisseur) mais rattrapait la différence en imposant au fournisseur de lui consentir une ristourne correspondante à la survalueur. Cette ristourne était « justifiée » par une prestation fictive de coopération commerciale.

L'opération était donc neutre pour ces deux parties, mais elle permettait à la centrale d'achat de justifier de prix d'acquisitions artificiellement majorés et d'augmenter ainsi ses prix de revente aux commerçants indépendants membres du réseau et, in fine, les prix offerts au consommateur.

Le juge estime que les factures émises par le fournisseur d'origine « *constituent une simulation punissable lorsque les fausses énonciations ont été concertées, avec l'intention coupable de tromper les tiers et de leur porter éventuellement un préjudice* ».

Pourvoi

Annexe 2

PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE : BILAN DE L'ACTIVITE CONTENTIEUSE CIVILE

--

Du 1^{er} janvier 2004 au 31 décembre 2007

Document établi par la DGCCRF pour le compte de la CEPC

Le dispositif de l'article L 442-6 du code de commerce issu de l'ancien article 36 de l'ordonnance de 1986, modifié une première fois le 1^{er} juillet 1996 par la loi Galland, puis une seconde fois 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 renforcé la liste des pratiques civilement répréhensibles ainsi que celle des sanctions civiles possibles. La loi du 2 août 2005 en faveur des PME, sans modifier ce dispositif, a élargi les pratiques considérées comme abusives.

L'originalité de ce dispositif réside dans la qualité propre du ministre chargé de l'économie pour introduire, sur le fondement de l'article L 442-6 du code de commerce, une action devant les juridictions civiles ou commerciales au même titre que la victime, le ministère public ou le président du Conseil 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 d'une règle du livre IV du code de commerce.

I Des décisions en nombre croissant et concernant toutes les pratiques commerciales abusives.

Les décisions rendues chaque année ne cessent de croître. Ces décisions judiciaires portent sur toutes les pratiques commerciales sanctionnées par l'article L 442-6 du code de commerce mais concernent principalement les ruptures brutales de relations commerciales et les avantages sans contrepartie ou disproportionnés.

1) Un nombre significatif de décisions rendues

Entre 2004 et le 31 décembre 2007, 83 décisions ont été rendues suite à une assignation ou une intervention du ministre. Il est à noter que seulement 15 décisions ont été rendues en 2005 alors que pour l'année 2004 le nombre de décisions s'élevait à 19 et qu'en 2006, 21 décisions ont été rendues. 28 décisions ont été rendues en 2007, ce qui confirme la montée en puissance des procédures civiles intentées sur le fondement du livre IV du code de commerce.

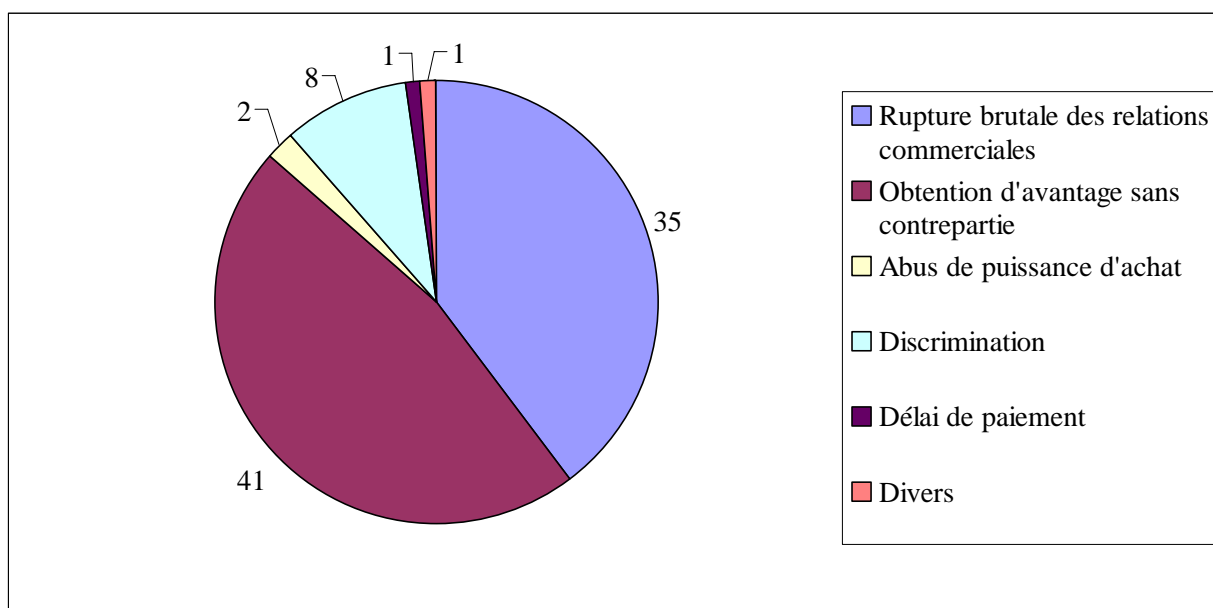
Dans leur majorité ces décisions ont abouti, comme le sollicitait le ministre, à une condamnation de la pratique. Pour autant, le ministre a été débouté en tout ou partie de ses prétentions dans 26 décisions.

2) les décisions portent sur toutes les pratiques commerciales

Entre le 1^{er} janvier 2004 et le 31 décembre 2007, le fondement des décisions rendues est réparti comme suit :

- rupture brutale des relations commerciales : 33
- avantages sans contrepartie ou manifestement disproportionnés : 41
- abus de puissance d'achat : 2
- discrimination : 8
- délai de paiement : 1
- abus de position dominante : 1

- Le total de ces chiffres est de 86 dans la mesure où une décision traite à la fois de l'obtention d'un avantage sans contrepartie et d'une rupture brutale de relation commerciale. Une autre décision traite à la fois d'une obtention d'avantages manifestement disproportionnés et d'une discrimination abusive. Une troisième décision traite à la fois d'une obtention d'avantages manifestement disproportionnés et d'un abus de puissance d'achat.



3) Le montant des amendes civiles est fluctuant.

Le montant des amendes civiles prononcées par les juridictions a été en hausse entre 2004 et 2005. Leur total s'élevait à 305 000 € en 2004 et à 1 410 000 € en 2005.

Le montant des amendes civiles prononcées en 2006 s'élève à 338 000 €. Le chiffre est en baisse par rapport à l'année 2005 du fait que celle-ci avait été marquée par des amendes civiles d'un montant exceptionnel. En 2007, des amendes civiles d'un montant total de 542.800 € ont été prononcées. Ce chiffre est en hausse de plus de 60 % par rapport à l'année 2006.

II Deux pratiques abusives plus particulièrement sanctionnées : la rupture brutale des relations commerciales et le caractère injustifié des rémunérations accordées.

L'écart s'est accentué entre les pratiques commerciales abusives les plus sanctionnées et les pratiques commerciales peu sanctionnées. La plupart des décisions concernent ainsi la rupture brutale de relation commerciale et l'obtention d'un avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné par rapport à la valeur du service rendu.

1) L'obtention d'un avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné par rapport à la valeur du service rendu (L 442-6 I, 2° a)

a) Le cadre juridique

Selon l'article L 442-6 I, 2°, a du code de commerce, engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :

« D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu (...) ».

Cette disposition a notamment pour objet de réduire ou de faire échec à l'augmentation des rémunérations injustifiées de coopération commerciale. Ce texte tend également à lutter contre la rémunération sans contrepartie réelle imposée par les distributeurs lors des rapprochements d'enseignes (pratique communément appelée « corbeille de la mariée »). La pratique consiste le plus souvent soit à facturer des services qui sont fictifs (non rendus) ou qui relèvent des obligations inhérentes à la fonction de distributeur. Les distributeurs facturent également parfois sous forme de coopération commerciale des prestations déjà rémunérées par le fournisseur sous forme de remises stipulées dans les conditions générales de vente du fournisseur ou encore des services qui ne sont d'aucune utilité pour le fournisseur.

b) Applications jurisprudentielles

Au cours de l'année **2004**, trois décisions ont été rendues et portent sur la perception par un distributeur de sommes acquittées par différents fournisseurs alors que les services de coopération commerciale qui ont été ainsi payés n'ont pas été rendus.

Tribunal de commerce de Roubaix-Tourcoing, 2 juin 2004. Jugement définitif.

Une enseigne est condamnée à 50.000 euros d'amende civile pour « *manque de rigueur dans les indications, informations et synchronisations des actions en magasin* ». Le tribunal constate que les responsables de magasins ne disposaient pas des informations nécessaires à la mise en œuvre des

services de coopération commerciale pour lesquels l'enseigne a perçu une rémunération.

Dans le cas d'espèce, le franchiseur s'était engagé, en signant des accords de coopération commerciale avec des fournisseurs, à fournir des services spécifiques dans les magasins portant l'enseigne X en contrepartie d'une rémunération. Dans les faits, les franchisés du groupe X ne sont bénéficiaires d'aucune mesure financière les incitant à rendre les services prévus aux contrats de coopération commerciale. Pour le juge, cette carence est renforcée par un problème matériel de disponibilité de place dans certains magasins et par le manque de précision des contrats de coopération commerciale. En outre, le franchiseur a reconnu ne pas avoir procédé aux publicités qu'il s'était engagé à effectuer en application de deux contrats de coopération commerciale. Ces pratiques sont de nature à engager la responsabilité de la société sur le fondement de l'article L 442-6-I-2° du code de commerce.

Tribunal de commerce de Chartres, 28 septembre 2004. Décision définitive.

Le **tribunal** condamne une enseigne à 75.000 euros d'amende civile, et à un peu plus de 76.000 euros de restitution de sommes indues au titre du trouble occasionné à l'ordre public économique : obtention d'avantages sans contreparties réelles, obtention d'avantages rétroactifs.

Le tribunal s'appuie sur deux arguments principaux : le distributeur ne peut justifier de la réalisation des services de coopération commerciale en cause ; l'imprécision du libellé des contrats relatifs à ces services ne permet pas d'identifier le service rendu ; la plupart des contrats sont rétroactifs.

Cour d'appel de Bourges, arrêt du 18 octobre 2004. Arrêt frappé d'un pourvoi en cassation formé par le ministre.

Le ministre a assigné devant le tribunal de commerce de Bourges une société pour que soient jugées contraires à l'article L 442-6 du code de commerce les pratiques de cette société, qui consistaient à facturer à des fournisseurs des sommes présentées comme rémunérant des services de coopération commerciale alors que ces services ne sont pas effectivement rendus aux fournisseurs ou ne sont pas spécifiques. Débouté par le tribunal de commerce de Bourges, sur la forme comme sur le fond, le ministre a fait appel de ce jugement en mai 2004.

La cour considère, d'une part, que les accords de gamme, la « *présence continue de produits* » et la « *détention de gamme* » présentent un avantage pour les fournisseurs et justifient une rémunération et d'autre part, que le distributeur n'a pas d'obligation de résultat en matière de coopération commerciale. Il ne serait donc pas possible de tirer argument d'une absence de vente des produits mis en avant sur la période concernée. Adoptant une position inverse de celle adoptée par le tribunal de commerce de Chartres, il considère que « *l'imprécision ou même les erreurs dans les libellés des contrats, ne sauraient constituer en soi la preuve que les services en cause n'ont pas été rendus* ».

Sur l'année **2005**, quatre décisions sur les cinq rendues ont entraîné une condamnation à une amende civile d'un distributeur pour obtention d'un avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné par rapport à la valeur du service rendu.

Tribunal de commerce d'Aubenas, 8 mars 2005. **Jugement frappé d'appel.**

Une enseigne est condamnée à 300.000 € d'amende civile par un jugement rendu le 8 mars 2005. La condamnation est fondée sur la perception d'avantages manifestement disproportionnés par rapport à la valeur du service rendu.

Le tribunal a caractérisé la disproportion d'une part en comparant le prix facturé au fournisseur pour une tête de gondole et le chiffre d'affaires réalisé grâce à cette opération, et d'autre part en constatant

que deux fournisseurs avaient payé 80 % du coût d'un prospectus qui mettait en avant les produits de plusieurs dizaines de fournisseurs. Le tribunal a également reconnu qu'un service faisait double emploi avec un autre service (service payé deux fois) mais ne tire pas de conséquence de cette constatation. L'intervention d'un fournisseur ou le courrier d'un autre à l'instance a renforcé le juge dans sa conviction que la société bénéficie d'une position de force au détriment de ses fournisseurs. On notera que cette décision a refusé de prononcer la répétition de l'indu au motif que le ministre ne pouvait se substituer aux victimes. C'est cet aspect de la décision qui a conduit le ministre à interjeter appel du jugement, à l'instar de la société.

Cour d'appel de Douai, 13 octobre 2005. Arrêt frappé d'un pourvoi en cassation.

Dans la relation contractuelle entre un distributeur et son fournisseur le tribunal de commerce de Lille par un jugement du 4 mars 2004 condamne le distributeur pour rupture brutale de relation commerciale et ordonne la restitution d'un acompte au titre de prestations de coopération commerciale non fournies. Le ministre est intervenu en appel.

La cour conclue que l'enseigne ne rapporte pas la preuve qu'elle a réalisé les prestations promises et en déduit qu'elle a cherché à obtenir un avantage ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu, commettant ainsi une faute engageant sa responsabilité en vertu de l'article L 442-6 I 2° a du code de commerce. La cour condamne la personne morale à une amende civile de 30 000 euros.

Tribunal de commerce de Nanterre, 15 novembre 2005. Jugement frappé d'appel.

Une enseigne a été condamnée à 500.000 € d'amende civile et à la répétition de l'indu à hauteur de plus de 23 millions d'euros pour obtention d'avantages rétroactifs et sans contrepartie. Cette enseigne ayant constaté qu'elle avait bénéficié de montants de coopération commerciale inférieurs à ceux qu'avaient perçus une société concurrente, suite à une comparaison de leurs conditions d'achat respectives de produits frais, a estimé avoir subi un préjudice. Elle en a demandé la réparation aux fournisseurs concernés par le biais de "protocoles d'accord transactionnels", portant sur une somme globale de plus de 23 millions d'euros. La décision indique que la coopération commerciale ne peut faire l'objet d'un barème et ne peut donc pas être abordée sous l'angle de la discrimination. Les accords transactionnels n'avaient d'autre but que d'habiller une perception rétroactive d'avantages ne correspondant de surcroît à aucun service commercial effectivement rendu et sont donc annulés sur le fondement de l'article L 442-6 III du code de commerce.

TGI de Strasbourg, 25 novembre 2005. Jugement frappé d'appel

Le distributeur a été condamné à 500.000 € d'amende civile et à la répétition de l'indu pour un montant de 480.000 € car les contrats de coopération commerciale litigieux ne correspondaient à aucun service commercial effectivement rendu et sont nuls comme contraires à l'ordre public économique. Les services facturés aux fournisseurs relevaient en fait des obligations inhérentes à la fonction de distributeur, n'apportaient pas d'avantage particulier aux fournisseurs et ne devaient de ce fait faire l'objet d'aucune rémunération.

Dans son jugement, le tribunal énonce trois critères permettant de déterminer si des services facturés au titre de la coopération commerciale constituent une véritable contrepartie de la rémunération perçue :

- les services spécifiques donnant lieu à rémunération distincte doivent être prévus dans un contrat car seul celui-ci est à même de rendre compte des prestations que le distributeur a facturées aux fournisseurs ;

- les services doivent être spécifiques donc détachables ou aller au-delà des obligations normales résultant des achats et des ventes ;
- ils doivent remplir des conditions d'effectivité et de proportionnalité à l'avantage obtenu du partenaire ;
- enfin, les actions du distributeur doivent être de nature à stimuler ou à faciliter au bénéfice du fournisseur la revente de ses produits.

Dans le cas d'espèce, des fournisseurs avaient versé au titre de la coopération commerciale des sommes conséquentes pour l'ouverture d'un entrepôt. A l'examen des contrats, le tribunal observe que le distributeur ne prend pas l'engagement de garantir la commercialisation constante des produits cités dans l'accord suite à la mise en service du nouvel entrepôt. Le tribunal affirme en outre que la prestation « maintien permanent en rayon de produits » n'a rien de spécifique dans la mesure où il relève en fait de la commercialisation normale d'un produit. L'amélioration de la logistique du fournisseur par la réduction du temps d'attente de même que la fonction « entrepôt » pour une meilleure absorption des variations d'activité et une plus grande fluidité amont ne sont pas des services détachables de la vente intervenue entre le fournisseur et le distributeur. La vente implique la réception des marchandises : il s'agit d'une obligation normale de l'acheteur. La fonction « entrepôt » n'est pas un service spécifique détachable. Cette fonction ne devrait pas être financée par le vendeur. Cette position du juge rentre dans le cadre du L 442-6 I 2° a) qui dispose qu'un avantage indu ne peut consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée au financement (..) d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins. L'existence d'un entrepôt de stockage n'apporte aux fournisseurs aucun service commercial particulier.

Tribunal de commerce d'Évry, 16 novembre 2005. Jugement frappé d'appel à l'initiative du ministre.

Une enseigne a conclu avec ses fournisseurs un contrat de coopération commerciale portant sur un service de « singularisation » (concept ayant pour objet la mise en œuvre de nouveaux critères d'implantation de rayons et de configuration de linéaires de produits dans les points de vente ainsi qu'une meilleure présentation des produits et une rationalisation des gammes de produits). Le ministre a assigné la société, considérant que le service de singularisation constitue une opération de rénovation de magasins et relève uniquement de l'activité inhérente à la fonction de distributeur et ne peut faire l'objet de contrats de coopération commerciale.

Le tribunal de commerce d'Évry énonce que le service motivant la rémunération a notamment pour objet la mise en œuvre de nouveaux critères d'implantation des rayons et que le service en cause ne relève pas uniquement de l'activité inhérente à la fonction de distributeur. En effet, celui-ci permettrait au bénéfice des fournisseurs, une amélioration des conditions de commercialisation de leurs produits créatrice de valeur et une meilleure efficacité commerciale en leur permettant de générer des économies. Le tribunal a donné ensuite sa vision de ce qui a vocation à figurer dans les conditions générales de vente (CGV) des fournisseurs, à savoir le barème de prix et les conditions de vente. Il en déduit que le concept de « singularisation » ne relève pas des CGV des fournisseurs et ajoute que l'activité de distribution peut parfaitement être exercée sans la mise en place de la singularisation. Ainsi, celle-ci est détachable des simples obligations résultant des achats et des ventes et ne relève pas des fonctions inhérentes à l'activité de distributeur.

Une action qui était sur le point d'être intentée par le ministre contre une enseigne a été abandonnée dans la mesure où le distributeur a remboursé aux fournisseurs une très grande partie des sommes que le ministre considérait dans ses écritures comme dépourvues de contrepartie.

Au 1^{er} semestre 2006, 5 décisions¹ ont été rendues sur le fondement de l'obtention d'avantages sans contrepartie et/ou d'avantages rétroactifs.

Tribunal de commerce d'Angers, 15 février 2006.

Une société exploitant un hypermarché a été condamnée à 5000 € d'amende civile et à la répétition de l'indu à hauteur de 16 471 € pour obtention d'avantages sans contrepartie et bénéfice de contrats de coopération commerciale rétroactifs. Le tribunal constate que les accords et factures correspondantes ne permettaient pas de définir les services de coopération commerciale et de contrôler la réalisation des services. De plus, l'acceptation de ces factures par les fournisseurs ne préjuge en rien de l'effectivité des services rendus. Enfin, le tribunal relève que les contrats signés sont rétroactifs car bien qu'ils soient signés en fin de période, la date mentionnée est celle de l'accord cadre. La société a fait appel de ce jugement.

Tribunal de commerce de Vienne, 14 mars 2006. Jugement frappé d'appel à l'initiative du ministre.

Les prestations réalisées apparaissaient antérieures à la signature des contrats. Cependant, le tribunal de commerce estime équitable de ne pas faire une application stricte des textes législatifs dans un contexte d'application d'un texte nouveau (loi du 15 mai 2001) et retient la bonne foi du distributeur. Le tribunal rejette donc la demande du ministre fondée sur l'existence de contrats rétroactifs. Le tribunal rejette également la demande fondée sur l'obtention d'avantages sans contrepartie en relevant que les services rémunérés au titre de la coopération commerciale avait bien été réalisés. L'absence de plainte des fournisseurs sur ce point et la contribution du distributeur à l'économie locale ont été également prises en compte. Le référencement préalable de trois fournisseurs sans engagement sur un volume d'achat est retenu par le tribunal qui condamne la société à la répétition de l'indu (6416,35 €). Le ministre a fait appel de ce jugement.

Tribunal de commerce de La Roche-sur-Yon, 14 mars 2006. Jugement frappé d'appel.

Une société a facturé à des fournisseurs des services intitulés « anniversaire », « parrainage 13 points de vente » et « CA/Développement de gamme ». Le tribunal relève que les fournisseurs ont payé ces services de leur plein gré et qu'ils n'ont jamais protesté. Le ministre n'ayant pas rapporté de preuve suffisante pour étayer ses affirmations et permettant de conclure que ces services ne correspondent à aucun service commercial effectivement rendu, le tribunal le déboute de ses demandes d'amende civile et de répétition de l'indu.

Tribunal de commerce de Chalons-en-Champagne, 15 juin 2006. Jugement frappé d'appel.

Une société avait contracté avec un fournisseur trois contrats de coopération commerciale qui ont donné lieu à des rémunérations pour les services rendus. La pratique consistait selon l'administration à facturer à certains des fournisseurs des prestations déjà rémunérées par ces derniers sous forme de remise sur facture.

¹ Auxquelles s'ajoutent la décision du TGI de Guingamp, ministre de l'économie c/ SA Société d'approvisionnement de l'Ouest (SCA Ouest, leclerc) en date 21 mars 2006, décision frappée d'appel, qui s'est déclaré incompétent au profit du TC de ST Nazaire et la décision du TC de Meaux du 21 mars 2006 également (demande d'incident de non communication de pièces).

Bien que ces services ne soient pas définis de manière précise dans les contrats de coopération commerciale, le tribunal indique que cette imprécision ne constitue pas une preuve que les services n'ont pas été rendus. De plus, les services proposés sont bien des services spécifiques puisqu'ils permettent au fournisseur « *d'assurer la présence dans les livraisons d'une partie importante de sa gamme de produits après analyse du marché et de rendre plus fluide les flux logistiques* ». Le tribunal conclut donc que ces services constituent une contrepartie aux sommes versées par les fournisseurs et déboute le ministre de sa demande.

Tribunal de commerce de Tours, 23 juin 2006. Jugement définitif.

Une société exploitant un hypermarché est condamnée à 5000 € d'amende civile et à la répétition de l'indu à hauteur de 30 000 €. Les services pour lesquels la société se faisait rémunérer correspondaient à des services qui soit n'allaient pas au-delà des obligations résultant des actes d'achats et de vente, soit n'allaient pas au-delà de la tâche inhérente à la fonction de distributeur. Les clauses des contrats qui prévoyaient ces services ont donc été déclarées nulles et de nul effet. Par voie de conséquence, le trouble à l'ordre public économique est donc prouvé et le tribunal reçoit la demande du ministre en paiement d'amende civile.

Au **second semestre 2006, 4 jugements et un arrêt d'appel** ont été rendus dans des affaires d'obtention d'avantages sans contrepartie et/ou manifestement disproportionnés par rapport à la valeur du service rendu.

Tribunal de commerce de Nanterre, 20 juillet 2006, deux jugements frappés d'appel par le ministre.

Ces deux jugements ont été rendus par la même juridiction le même jour, et à propos de faits très similaires c'est pourquoi elles font l'objet d'un encadré commun.

Dans une des affaires, les pratiques critiquées avaient été commises envers deux fournisseurs de fruits et légumes référencés au niveau du magasin (supermarché qui était le défendeur à l'action). La première pratique consistait en la commande de pommes de terre auprès d'un autre fournisseur que celui avec lequel une société avait conclu un accord d'approvisionnement exclusif. La seconde pratique portait sur la facturation d'une somme à un fournisseur sur le fondement d'un contrat de coopération commerciale sous l'intitulé « *enveloppe de coopération régionale* », alors que le fournisseur n'était référencé qu'auprès du magasin, et non auprès de la centrale régionale.

Le tribunal rejette le moyen fondé sur la première pratique du fait de la faible quantité de pommes de terre commandée en violation de l'accord d'approvisionnement exclusif. Le second moyen est en revanche accueilli, ce qui conduit le tribunal à condamner le défendeur à 2.000 euros d'amende civile. La répétition de l'indu est en revanche exclue du fait que seul le fournisseur victime était en mesure d'évaluer le montant de son préjudice.

Dans l'autre affaire, un hypermarché avait conclu des contrats de coopération commerciale rétroactifs avec un de ses fournisseurs et avait perçu de ce dernier des avantages sans contrepartie par la perception de sommes en application d'un accord régional, cet accord ne stipulant que des pourcentages à percevoir sans les assortir de la fourniture d'un service. Le grief de rétroactivité est retenu pour l'un des contrats et exclu pour un autre aux motifs qu'il existait des accords régionaux entre le fournisseur et la centrale concernée. Seul le premier contrat est annulé et la société a été condamnée à 2.000 euros d'amende civile pour obtention d'avantages sans contrepartie. La demande de répétition de l'indu est en revanche rejetée pour la même raison que ci-dessus, ce qui explique que le ministre ait interjeté appel de ces deux jugements.

Tribunal de commerce de Créteil, 24 octobre 2006, jugement frappé d'appel

La centrale nationale de référencement d'un distributeur était mise en cause dans cette affaire du fait du manque de consistance de l'ensemble des prestations facturées à ses fournisseurs sous le vocable de TAC (Tronc d'Assortiment Commun).

Sur le fond, le tribunal a déterminé si l'action correspondait à un réel service commercial pour les fournisseurs d'après l'examen des auditions par la DGCCRF des protagonistes de l'affaire (dirigeants des magasins, dirigeant de la centrale nationale et représentants des fournisseurs). Sur l'organisation du service, le tribunal a observé que les réunions organisées par la centrale avec ses fournisseurs ne donnent lieu à aucune remise de documents écrits. Sur le contenu du service, il a été constaté que les informations remises par le distributeur étaient déjà connues de ces derniers puisqu'ils les avaient achetées auprès d'une société et que les préconisations d'assortiment fournies par les fournisseurs étaient plus fines que celles que la centrale adressait aux magasins. Quant aux résultats du service, le tribunal a jugé que ce service, non seulement ne dispensait pas les fournisseurs d'envoyer les commerciaux dans les magasins pour assurer un suivi des rayons. Le tribunal a déduit de ces différents éléments un défaut de service commercial rendu par la centrale nationale à ses fournisseurs.

En conséquence, celle-ci a été condamnée à 100.000 euros d'amende civile et à la répétition de l'indu à hauteur de 76,8 millions d'euros.

Tribunal de commerce de Meaux, 21 novembre 2006, jugement frappé d'appel par le ministre

Il est reproché à une société, ancienne centrale de référencement commune à plusieurs enseignes et depuis dissoute, l'obtention d'avantages manifestement disproportionnés par rapport à la valeur et à l'impact des services rendus. Cette pratique avait été constatée en comparant l'augmentation des budgets de coopération commerciale à l'évolution des ventes des produits du fournisseur ayant consenti à ce budget, la hausse de ce budget s'accompagnant parfois d'une baisse du chiffre d'affaires réalisé par le fournisseur. De plus, certains services facturés par cette société s'analysaient comme n'allant pas au-delà des obligations inhérentes aux fonctions de distributeur.

Le tribunal a débouté le ministre de l'ensemble de ses demandes en relevant que les fournisseurs n'avaient pas contesté les contrats qu'ils avaient signés, qu'ils ont poursuivi leurs relations avec la société et qu'ils étaient des sociétés jouissant d'une position de force sur le marché alors que la centrale n'était que le 5^e opérateur de la distribution en France. Enfin, le tribunal a observé que l'augmentation de 21 à 27% du taux de marge arrière pratiqué par la centrale en deux ans n'était pas non plus critiquable étant donné le caractère fortement concurrentiel du marché français de la distribution et le fait que ce taux était resté inférieur à celui pratiqué par les autres acteurs du marché. Enfin, l'argument selon lequel des services de même nature avaient été facturés à des niveaux différents selon les fournisseurs a été jugé peu pertinent par le tribunal, notamment du fait qu'une tête de gondole peut avoir une valeur différente selon la saison et la demande des fournisseurs sur ce type de service.

Cour d'appel de Paris, 20 décembre 2006, arrêt frappé d'un pourvoi en cassation

Dans ce dossier, il était reproché à une enseigne d'avoir perçu de ses fournisseurs des avantages ne correspondant à aucune contrepartie. La prestation objet de l'action s'intitulait « Singularisation » et impliquait la mise en œuvre de nouveaux critères d'implantation des rayons et de configuration des linéaires de produits. Le ministre prétendait que ce service s'analysait comme la facturation sous forme de coopération commerciale aux fournisseurs d'une opération de rénovation de magasin et n'était pas constitutif d'un service spécifique. Par un jugement du 16 novembre 2005, le tribunal de commerce d'Evry avait jugé que le concept de singularisation était constitutif d'un service pour les

fournisseurs car sa mise en œuvre allait au-delà des obligations inhérentes à la fonction de distributeur et améliorerait les conditions de commercialisation de leurs produits.

La cour d'appel a infirmé le jugement attaqué. Elle a cependant confirmé que la singularisation constituait une prestation personnalisée de collaboration au développement des ventes et se distinguait d'une opération de rénovation de magasin. Elle a ensuite constaté que dans les faits, le concept de singularisation n'avait été mis en œuvre, à la fin 2003, que dans 51 % des magasins du réseau du distributeur, ce qui s'explique par le fait que les points de vente sont indépendants et ne pouvaient donc pas être contraints à mettre en œuvre le concept de singularisation. La cour en a déduit que l'article L 442-6 I 2° a) du code de commerce avait été enfreint du fait que l'intégralité de la rémunération prévue dans les contrats avait été perçue. Le défendeur a donc été condamné à cesser ses pratiques, à verser une amende civile de 150.000 euros et à restituer les sommes qu'il avait indûment perçues (l'ensemble des sommes perçues au titre de la singularisation s'élevant à environ 3,5 millions d'euros). L'arrêt indique que les sommes perçues au titre de la clause de singularisation ne correspondent que pour partie à un service effectivement rendu et ne sont pas proportionnées à la valeur de ce service. La nullité de ladite clause a également été prononcée.

Au 1^{er} semestre 2007, 10 décisions ont porté sur des affaires d'obtention d'avantages sans contrepartie ou manifestement disproportionnés par rapport à la valeur du service rendu. Parmi ces 9 décisions, deux ont tranché uniquement la question de la compétence territoriale tandis qu'une 3^{ème} affaire concerne également des pratiques discriminatoires et qu'une 4^{ème} porte aussi sur un abus de puissance d'achat.

Tribunal de commerce d'Annonay, 12 janvier 2007, jugement frappé d'un contredit de compétence

Dans cette affaire, le ministre reproche au défendeur d'avoir obtenu des avantages manifestement disproportionnés de la part de deux de ses fournisseurs, d'avoir pratiqué envers l'un d'eux des délais de paiement abusivement longs et d'avoir ainsi abusé de sa puissance d'achat.

Le défendeur avait soulevé in limine litis l'incompétence territoriale du tribunal de commerce d'Annonay ; en effet, du fait que l'administration avait sollicité l'annulation des clauses de certains contrats qu'elle considérait comme illicites, le distributeur a estimé que le litige relevait de la responsabilité contractuelle et ainsi, de l'application de l'article 46 alinéa 2 du NCPC. L'application de ce texte commandait de désigner le tribunal de commerce d'Evry comme la juridiction territorialement compétente en l'espèce.

Le tribunal a écarté l'exception d'incompétence territoriale soulevée par la société en jugeant que l'action du ministre visait des délits civils et avait ainsi un fondement délictuel. L'article 46 alinéa 3 du NCPC devait donc recevoir application et la juridiction dans le ressort de laquelle les fournisseurs en cause ont leur siège était donc territorialement compétente. Le tribunal de commerce d'Annonay s'est donc déclaré compétent et a renvoyé l'affaire à une audience ultérieure sur le fond.

Cour de cassation (chambre commerciale), 20 février 2007

Par un arrêt du 20 février 2007, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi que le ministre avait formé contre l'arrêt rendu par la cour d'appel de Bourges le 18 octobre 2004.

La chambre commerciale a considéré que le moyen du ministre n'était fondé en aucune de ses branches. La cour d'appel de Bourges a pu statuer comme elle l'a fait par une appréciation souveraine des éléments de preuve qui lui étaient soumis. Cet arrêt confirme donc que les distributeurs ne sont tenus d'aucune obligation de résultat en matière de vente des produits faisant l'objet d'une mise en avant et que les accords de gamme par lesquels un fournisseur est assuré de la présence dans les linéaires d'une partie très importante ou de l'intégralité de sa gamme de produits apportent à celui qui en bénéficie une prestation spécifique. De même, il est rappelé que l'erreur ou l'imprécision dans le libellé des contrats de coopération commerciale ne suffit pas à prouver que les services n'ont pas été rendus. La chambre commerciale a également rappelé qu'un service de simple mise en rayon n'était

pas susceptible de faire l'objet d'une rémunération au titre de la coopération commerciale.

Tribunal de commerce de Nanterre, 28 mars 2007, jugement frappé d'appel.

Par un jugement rendu le 28 mars 2007, le tribunal de commerce de Nanterre a condamné une enseigne à 200.000 euros d'amende civile pour pratiques discriminatoires et obtention d'avantages disproportionnés par rapport à la valeur des services rendus.

Les pratiques ont été commises à l'occasion de l'organisation par cette enseigne d'une opération Tickets associant la parution de certains produits des fournisseurs dans un prospectus et des bons d'achat liés à ces produits. Le tribunal a d'abord écarté les arguments du distributeur visant à ce que les demandes du ministre soient déclarées irrecevables. Le tribunal rejette les arguments fondés sur une prétendue violation de l'article 6§1 de la CEDH car le ministre a agi conformément aux règles de droit en vigueur. De plus, l'assimilation faite par l'enseigne entre l'action d'un syndicat et celle du ministre est rejetée, le ministre étant une personne publique agissant au titre de la puissance publique dans le respect de l'intérêt général et pour la défense de l'ordre public économique.

Sur le fond, le tribunal a validé les arguments du ministre selon lesquels le fait d'avoir inséré les produits de certains fournisseurs dans un prospectus sans leur avoir facturé une rémunération à ce titre est constitutif d'une discrimination abusive, sachant que les autres fournisseurs ont dû payer pour des prestations parfois moins satisfaisantes. De plus, le caractère disproportionné de la rémunération de l'insertion des produits dans le prospectus a été reconnu du fait que 15 fournisseurs ont supporté la quasi-totalité du coût de fabrication et de distribution du catalogue alors que plus de 100 fournisseurs ont vu certains de leurs produits mis en avant sur ce support. Enfin, le fait que certains fournisseurs aient versé une somme supérieure à la moitié du chiffre d'affaires réalisé avec l'enseigne pendant la période de diffusion du catalogue a aussi permis de caractériser la disproportion selon le tribunal.

Tribunal de Grande Instance de Péronne, 29 mars 2007, jugement frappé d'appel par le ministre

Par un jugement rendu le 29 mars 2007, le tribunal de Grande Instance de Péronne a débouté le ministre de son action contre une SCA. Le fondement juridique était l'obtention d'avantages sans contrepartie visée par l'article L 442-6 I 2° a) du code de commerce.

La prestation visée dans l'assignation portait le nom de "Démarche qualité/suivi de produits" et recouvrait à la fois un audit préalable au référencement du produit et des analyses microbiologiques périodiques du produit référencé. L'assignation attaquait cette prestation dans la mesure où des analyses n'étaient pas systématiquement effectuées chaque année chez chacun des fournisseurs ayant payé le service. D'autre part, il a été soutenu qu'il revenait au distributeur de s'assurer que les produits qu'il commercialisait étaient conformes à la réglementation en vigueur et que ce faisant, il ne rendait pas un service à ses fournisseurs.

Le TGI de Péronne a déclaré l'action du ministre recevable et a rappelé que la recevabilité de la demande en répétition de l'indu n'était pas subordonnée à la présence dans la procédure des fournisseurs prétendument lésés. Le tribunal a ensuite estimé que si la première prestation d'audit préalable n'avait d'utilité qu'au moment du référencement, il en allait autrement de la seconde (analyses périodiques) qui pouvait aider les fournisseurs à améliorer la qualité de leurs produits. De plus, les rapports d'audit qui ont été délivrés à certains fournisseurs mentionnaient des préconisations suffisamment précises pour que leur mise en œuvre permette aux fournisseurs d'améliorer leurs produits et/ou l'organisation de leur entreprise.

A propos de l'argument selon lequel certains fournisseurs n'avaient bénéficié d'aucune analyse microbiologique sur leurs produits pendant plusieurs années, le tribunal a énoncé que ces fournisseurs

fabriquaient des produits présentant de très faibles risques alimentaires. Par ailleurs, il a été jugé que les analyses microbiologiques ne relevaient pas d'une obligation légale de la SCA dans la mesure où celle-ci n'est pas responsable de la première mise sur le marché. Ces analyses pouvaient donc présenter un intérêt pour les fournisseurs qui en ont bénéficié.

Le tribunal a enfin relevé que la rémunération facturée par la SCA pour le service "Démarche qualité/suivi de produits" était conforme aux usages du commerce et que le ministre n'avait pas demandé la nullité de la clause prévoyant dans les contrats de coopération commerciale la fourniture et le paiement de cette prestation. Il a conclu que le service précité correspondait à une prestation réelle pour les fournisseurs, a débouté le ministre de l'ensemble de ses demandes et l'a condamné à verser 5.000 euros sur le fondement de l'article 700 du NCPC.

Cour d'appel de Versailles, 3 mai 2007, pourvoi en cassation formé par le ministre

Par un arrêt du 3 mai 2007, la cour d'appel de Versailles a déclaré l'action intentée par le ministre contre un distributeur sur le fondement de l'article L 442-6 III du code de commerce irrecevable du fait qu'elle serait contraire à l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH).

La cour a statué sur l'appel interjeté par le distributeur contre le jugement du tribunal de commerce de Nanterre du 15 novembre 2005 par lequel il avait été condamné à 500.000 euros d'amende civile et à la répétition de l'indu à hauteur de plus de 23 millions d'euros pour obtention d'avantages sans contrepartie. La cour a considéré que l'action exercée dans la présente affaire par le ministre l'avait été en violation de l'article 6§1 de la CEDH (qui prévoit le droit pour toute personne de faire entendre équitablement sa cause devant un tribunal indépendant et impartial) du fait que les fournisseurs n'ont pas été informés par le ministre de l'introduction de l'action. Celui-ci a poursuivi la procédure sans les y associer alors que de surcroît, certains d'entre eux avaient exprimé une volonté contraire.

L'action du ministre en nullité des contrats et en répétition de l'indu a donc été déclarée irrecevable et la demande d'amende civile, jugée par conséquent sans objet.

Tribunal de commerce de Quimper, 25 mai 2007, appel interjeté par les défenderesses

Par un jugement du 25 mai 2007, le tribunal de commerce de Quimper a condamné solidairement deux sociétés à une amende civile solidaire de 3.800 euros, le ministre ayant sollicité cette sanction à hauteur de 20.000 euros, et à la répétition de l'indu à hauteur de 34.400 euros.

Le tribunal constate que les factures adressées par les défenderesses comportaient le libellé de "remises" et que les conventions produites portaient en revanche le nom de "contrat de coopération commerciale". Il en déduit que les défenderesses n'ont fourni aucune prestation à leurs fournisseurs et ont ainsi obtenu des avantages sans contrepartie.

Il condamne solidairement les défenderesses à une amende civile de 3.800 euros, à la cessation des pratiques illicites et à la répétition de l'indu à hauteur de 34.400 euros.

Cour d'appel d'Angers, 29 mai 2007, arrêt frappé d'un pourvoi en cassation du ministre

Par un arrêt du 29 mai 2007, la cour d'appel d'Angers s'est prononcée sur l'appel contre le jugement rendu par le tribunal de commerce d'Angers le 15 février 2006 ayant condamné une enseigne à 5.000 euros d'amende civile et à la restitution de l'indu pour obtention d'avantages sans contrepartie.

La nullité de l'assignation pour absence des fournisseurs à l'instance a été rejetée par la cour du fait

que l'article L 442-6 III du code de commerce ne fait pas de la présence des fournisseurs à la procédure une condition d'exercice par le ministre de son action de substitution. En revanche, la cour a jugé que l'article L 442-6 III était contraire à l'article 6 § 1 de la CEDH en ce qu'il permettait au ministre de solliciter la nullité des clauses illicites et la répétition de l'indu en l'absence des fournisseurs. Ces dispositions porteraient atteinte aux droits fondamentaux des fournisseurs qui pourraient voir la défense de leurs intérêts purement privés conduite par le ministre à leur insu, voire contre leur gré. Les demandes de cessation des pratiques et de prononcé d'une amende civile sont en revanche jugées conformes à l'article 6 § 1 de la CEDH comme moyens de rétablir l'ordre public économique troublé.

Sur le fond, la cour observe que la prestation "mise en avant sur action de développement du volume et du CA" est fictive dans la mesure où elle consiste dans le suivi de la réalisation de prestations déjà rémunérées par ailleurs par les fournisseurs. De plus, certains industriels n'ont pas payé la prestation critiquée et ont néanmoins bénéficié de services de coopération commerciale. La contrepartie alléguée par l'enseigne et consistant en un accroissement du chiffre d'affaires est écartée par la cour du fait qu'un tel accroissement ne constitue pas un service commercial et du fait que cette allégation est étrangère à la contrepartie visée dans l'accord cadre.

La cour condamne donc la société à 15.000 euros d'amende civile pour obtention d'avantages sans contrepartie et à la cessation des pratiques tout en infirmant le jugement en ce qu'il avait condamné le distributeur à la répétition des sommes induement perçues.

Tribunal de commerce de Grenoble, 8 juin 2007

Le tribunal de commerce de Grenoble a rendu le 8 juin 2007 un jugement par lequel il a condamné une société exploitant un magasin à une amende civile de 5.000 euros et à la répétition de l'indu au bénéfice du Trésor public, à charge pour celui-ci de reverser aux fournisseurs les 23.600 euros dont la restitution a été ordonnée.

L'ensemble des demandes du ministre n'a pas pour autant été satisfait puisque la répétition de l'indu avait été sollicitée à hauteur de 590.000 euros, l'amende civile maximale de 2 millions d'euros ayant aussi été requise.

Concernant les pratiques dénoncées par le ministre, le tribunal a retenu que l'optimisation du linéaire par laquelle le distributeur faisait un arbitrage entre différents fournisseurs pour l'attribution d'une certaine surface de linéaire était un service spécifique en ce qu'elle permet au fournisseur de maintenir son offre face à l'arrivée d'un concurrent.

Au sujet des services facturés, le tribunal a jugé qu'aucun texte n'exigeait que le consommateur soit informé du nom du fournisseur auquel le distributeur rend un service spécifique.

En revanche, les sommes facturées par la défenderesse à un de ses fournisseurs au titre d'une rémunération antivol ont été déclarées sans contrepartie par le tribunal car la lutte contre le vol des marchandises dont le distributeur est devenu propriétaire incombe bien à ce dernier. Le tribunal a également retenu que le service rendu à la Clouterie française avait été facturé deux fois.

Enfin, la rémunération d'une prestation de mise en rayon a été jugée comme étant dépourvue de contrepartie par le tribunal, cette prestation relevant des obligations inhérentes à la fonction de distributeur.

Le tribunal a donc condamné la société à 5.000 euros d'amende civile et à la répétition de l'indu à hauteur de 23.600 euros.

Tribunal de commerce de Lille, 14 juin 2007, jugement frappé d'un contredit de compétence.

Le 14 juin 2007, le tribunal de commerce de Lille a rejeté l'exception d'incompétence qui avait été soulevée par des sociétés Hypermarchés. Ces sociétés avaient été assignées par le ministre pour obtention d'avantages sans contrepartie car elles avaient fait payer à un fournisseur des prestations d'inventaire réalisées dans leurs magasins.

Les défenderesses prétendaient que le tribunal de commerce d'Evry était compétent car il s'agissait de la juridiction dans le ressort de laquelle elles avaient leurs sièges sociaux respectifs. Le tribunal de commerce de Lille s'est déclaré compétent en se fondant sur l'article 43 du NCPC et la jurisprudence dite des gares principales. Ainsi, en l'espèce, les succursales des défenderesses contactaient directement la société X (le fournisseur) pour obtenir les services d'inventaristes sans en référer à leurs sièges respectifs. Or certaines de ces succursales sont dans le ressort du tribunal de commerce de Lille, ce qui permet à ce dernier de se déclarer territorialement compétent.

Le tribunal a également déclaré l'action du ministre recevable et a renvoyé les parties à se pourvoir au fond.

Tribunal de commerce de Reims, 26 juin 2007

Par un jugement du 26 juin 2007, le tribunal de commerce de Reims a condamné une société à un euro d'amende civile symbolique et à la répétition de l'indu pour avoir pratiqué des escomptes auprès de ses fournisseurs alors que ceux-ci n'en prévoient pas ou que la défenderesse ne remplissait pas les conditions pour en bénéficier.

L'amende civile symbolique résulte du fait que la société a été considérée par le tribunal comme étant de bonne foi, bien qu'elle ait commis une pratique illicite.

Au second semestre 2007, 7 décisions ont été rendues dans des affaires d'obtention d'avantages sans contrepartie ou manifestement disproportionnés par rapport à la valeur du service rendu, ce qui porte à 17 le nombre total de décisions rendues en la matière en 2007.

Tribunal de commerce de Brest, 20 juillet 2007, appel interjeté par le ministre

Par jugement du 20 juillet 2007, le tribunal de commerce de Brest a déclaré l'action du ministre recevable mais l'a néanmoins débouté du fait que la défenderesse avait produit des courriers de satisfaction émanant des fournisseurs concernés par les contrats et les prestations critiqués. Par ailleurs, le tribunal a affirmé que le ministre avait exercé une action de substitution sans en avertir les fournisseurs ni tenir compte de leur satisfaction émanant des attestations précitées. Le tribunal a jugé que l'action du ministre avait violé les libertés fondamentales des fournisseurs et l'a débouté de son action.

Tribunal de commerce d'Angers, 25 juillet 2007, appel interjeté par la société

Le tribunal de commerce a statué sur une action intentée par le ministre sur le fondement d'une obtention d'avantages manifestement disproportionnés eu égard à la valeur des services rendus. Tout d'abord, le juge a déclaré l'action du ministre conforme à l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme : il observe que les fournisseurs concernés ont été informés de la procédure engagée par l'enquête diligentée par la D.G.C.C.R.F. et par les demandes d'attestations de la défenderesse, qu'ils ne se sont pas opposés à cette action et que cette action ne leur est pas préjudiciable mais ne peut que les protéger.

Sur le fond, le tribunal dit que la société a bénéficié d'avantages disproportionnés par rapport à la valeur des services rendus à ses fournisseurs. Le juge relève notamment que ces avantages sont sans rapport avec les termes ou modalités de calcul prévus dans les contrats de coopération commerciale. Il condamne donc la société à restituer aux fournisseurs visés dans l'assignation la somme de 16.214 euros. Enfin, observant que le montant de 30.000 € demandé par la D.G.C.C.R.F. au titre de l'amende civile était excessif, le tribunal l'a ramené à 8.000 €

Tribunal de commerce de Saint-Nazaire, 24 octobre 2007, appel interjeté par la société.

Le tribunal a condamné une centrale régionale d'un groupe de distribution, à 200.000 euros d'amende civile et à la répétition de l'indu à hauteur de 161.000 euros pour obtention d'avantages sans contrepartie ou manifestement disproportionnés au regard de la valeur des services rendus. Cette affaire avait fait l'objet d'un contentieux sur la compétence territoriale, d'abord devant le TGI de Guingamp, puis devant la cour d'appel de Rennes, avant d'être tranchée sur le fond par le tribunal de commerce de Saint-Nazaire.

Le tribunal a rejeté la fin de non recevoir fondée sur l'absence d'intérêt et de qualité à agir du ministre en rappelant que l'action de ce dernier était autonome, initiée sur la défense de l'ordre public économique et que le consentement des fournisseurs n'était pas nécessaire à son exercice. Il a réaffirmé qu'il ne s'agissait pas d'une action de substitution.

Sur le fond, au sujet du service "Test merchandising et consommation", le tribunal a estimé qu'il était fictif car il consistait dans la mise en œuvre par le fournisseur d'un concept de présentation du rayon fromages profitant à tous les fournisseurs. Le distributeur se contentait alors de mettre à la disposition du fournisseur ses linéaires pour qu'il applique ce concept, ce qui relève de la fonction du distributeur.

L'analyse d'assortiment a été également considérée par le tribunal comme ne constituant pas un service commercial car aucune information n'avait été communiquée par le distributeur au fournisseur pour aider ce dernier à construire son concept de présentation des linéaires.

Le service d'information sur le suivi des dates limite de vente concernait les marchandises stockées dans les entrepôts et était rendu par le fournisseur au distributeur car le premier communiquait au second des informations sur la durée de vie des produits livrés. Après l'achat, le suivi de ces dates limite incombe au distributeur en tant que propriétaire des marchandises. Il ne s'agissait donc pas d'un service rendu au fournisseur par le distributeur.

Enfin, le service d'amélioration des performances logistiques était déjà rémunéré par le fournisseur sous forme d'une remise de 5 % accordée sur facture en vertu de ses conditions générales de vente. Il a été rémunéré sous deux formes différentes, la seconde rémunération étant dépourvue de contrepartie.

La rémunération du service de lancement régional de nouveaux produits du fournisseur a été jugée disproportionnée par le tribunal qui a estimé que la comparaison entre la rémunération du service et le chiffre d'affaires réalisé sur les produits objets du service était pertinente pour juger de la proportionnalité de l'avantage perçu par le distributeur.

Le tribunal a donc condamné la centrale régionale à 200.000 euros d'amende civile et à la répétition de l'indu à hauteur de 161.078, 11 euros, le tout assorti de l'exécution provisoire.

Cour d'appel de Reims, 5 novembre 2007

Le tribunal de commerce de Châlons-en-Champagne avait jugé recevable l'action du ministre en première instance mais l'en avait débouté au fond par un jugement du 15 juin 2006 dont le ministre a interjeté appel.

La cour a jugé l'action du ministre conforme à l'article 6§1 de la CEDH en rappelant que cette action était autonome et visait à la défense de l'ordre public économique et non à la réparation des préjudices subis par les victimes directes des pratiques critiquées. La cour a également jugé que le ministre n'avait pas à recueillir le consentement des fournisseurs en cause et que la répétition des sommes indûment versées n'était que la conséquence du prononcé de la nullité des clauses illicites. La cour a indiqué que les abus pouvant être commis par le ministre dans l'exercice de son action pouvaient être sanctionnés par la mise en cause de la responsabilité de l'Etat mais n'influaient pas sur la recevabilité de l'action du ministre. Enfin, la cour a rappelé que le ministre pouvait demander la nullité de toute clause ou convention qui est le support d'une pratique visée au I de l'article L. 442-6 du code de commerce, sans avoir à se cantonner aux prévisions du L. 442-6 II.

Le ministre a en revanche été débouté sur le fond. Au sujet du service de préconisation d'une gamme de produits, le ministre prétendait qu'il faisait double emploi avec la prestation consistant en vertu des CGV du fournisseur en un assortiment négocié par la centrale d'achats et en la présence des produits dans tous les points de vente. La cour a au contraire estimé que les contrats de gamme obligeaient la centrale régionale à acquérir une gamme complète de produits et ne se confondaient pas avec la préconisation d'une gamme de produits par une centrale d'achats.

Au sujet du contrat concernant le service logistique, la cour a fait droit à l'argumentation de la centrale régionale selon laquelle le fait que la prestation soit rémunérée au titre des CGV du fournisseur et au titre d'un contrat de coopération commerciale signifiait que le fournisseur avait accepté de verser une rémunération supplémentaire pour cette prestation.

Le ministre a donc été débouté de l'ensemble de ses prétentions au fond.

Tribunal de grande instance de Dinan, 13 novembre 2007

Les faits consistaient dans l'obtention par ce magasin d'avantages sans contrepartie auprès d'un fournisseur.

Le tribunal a écarté la fin de non-recevoir soulevée par la société du fait de l'absence de la société dans la procédure. Il a ainsi rappelé que le ministre disposait d'un droit d'action propre pour la défense de l'ordre public économique.

Sur le fond, les sommes perçues au titre des contrats de maintien de gamme ont été jugées comme dépourvues de contrepartie par le tribunal car certains d'entre eux portaient sur de la viande fraîche alors que le fournisseur n'avait constitué aucune gamme spécifique pour ce type de produits. Par ailleurs, un autre contrat de maintien de gamme n'a concerné qu'un produit par trimestre et un autre contrat portait sur des produits vendus à la découpe dont la marque (celle du fournisseur) n'apparaissait pas auprès des consommateurs. Un dernier contrat portait sur des produits n'ayant pas été commandés par la société.

Les sommes perçues au titre de "stop rayon" ont été considérées comme dépourvues de contrepartie par le tribunal, du fait des déclarations faites par le fournisseur et du fait qu'une opération stop rayon a nécessairement un caractère ponctuel, ce qui fait douter de la réalité d'une telle prestation prétendument rendue pendant plus de 9 mois.

Le tribunal a donc condamné la société à 60.000 euros d'amende civile et à la répétition de l'indu à hauteur de 30.288 euros, faisant ainsi droit aux demandes du ministre.

Tribunal de commerce d'Ajaccio, 3 décembre 2007, appel interjeté par le ministre

Le ministre a assigné une société exploitant un hypermarché pour obtention d'avantages rétroactifs et dépourvus de contrepartie.

Le tribunal de commerce d'Ajaccio, par un jugement rendu le 3 décembre 2007, a déclaré l'action du ministre irrecevable car contraire à l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Il a estimé que le ministre avait exercé une action de substitution sans en informer le fournisseur concerné ni recueillir son accord. La mise en cause des fournisseurs titulaires du droit d'agir est, selon le tribunal, "une formalité substantielle qui conditionne l'action du ministre [...]."

Tribunal de commerce de Brest, 7 décembre 2007

Le ministre a assigné des sociétés pour obtention d'avantages rétroactifs dont la nullité est prévue par l'article L 442-6 II a) du code de commerce.

Par un jugement rendu le 7 décembre 2007, le tribunal a constaté que les sociétés avaient remboursé les sommes perçues au titre des remises rétroactives aux entreprises concernées. Le tribunal a enfin jugé que l'action du ministre était bien fondée du fait des remboursements intervenus au cours de la procédure et qu'il convenait de condamner solidairement les défenderesses à 1.000 euros d'amende civile.

c) Les enseignements juridiques

Le **TGI de Strasbourg** dans son jugement du **25 novembre 2005** rappelle les critères permettant de déterminer si des services facturés au titre de la coopération commerciale constituent une véritable contrepartie de la rémunération perçue (*en ce sens, Cass. Com 27 février 1990*).

La qualification de coopération commerciale suppose que les services soient spécifiques et que l'action du distributeur soit de nature à stimuler ou à faciliter au bénéfice du fournisseur la revente de ses produits.

La vérification de la contrepartie permettra de s'assurer de l'effectivité du service commercial rendu et de la proportionnalité de ce service au regard de l'avantage obtenu du partenaire.

Il n'existe pas de critères pré-établis pour apprécier la **disproportion**. Il importe cependant de mettre en perspective la rémunération versée et le service effectivement versé.

Le **tribunal de commerce d'Aubenas** dans un jugement du **8 mars 2005**, a apprécié le caractère disproportionné de la rémunération de la coopération commerciale au regard du chiffre d'affaires du fournisseur au cours de la période, de la différence sensible de rémunération pour le même service et le même produit à trois mois d'écart (prix du service deux fois plus élevé pour une période trois fois plus brève) et de la rémunération du mailing par rapport au coût du dépliant.

Le **tribunal de commerce de Nanterre**, dans un jugement du **28 mars 2007**, a utilisé les mêmes critères pour juger disproportionnée la rémunération versée par les fournisseurs d'un distributeur pour l'insertion de leurs produits dans un prospectus. La comparaison entre le chiffre d'affaires réalisé pendant la période de diffusion du prospectus et le prix facturé pour l'insertion des produits dans le tract a été effectuée par le tribunal. De même, le fait que 15 fournisseurs aient payé ensemble une somme égale à la quasi-totalité du coût de fabrication et de diffusion des prospectus alors que plus de 100 fournisseurs ont vu leurs produits insérés dans les tracts a aussi été considéré comme un élément caractérisant la disproportion.

Le **tribunal de commerce d'Angers**, dans un jugement du **25 juillet 2007**, a estimé que la comparaison entre le montant des ventes réalisées pendant une opération promotionnelle et le montant de la rémunération perçue par le distributeur au titre de cette opération permettait de caractériser une disproportion lorsque le second montant est très nettement supérieur au premier.

Le **tribunal de commerce de Saint-Nazaire** a également suivi cette analyse pour juger disproportionnées les sommes perçues par un distributeur au titre du lancement de nouveaux produits dans un jugement du 24 octobre 2007.

- Sur l'existence de la contrepartie

Trois décisions montrent que les juridictions ne se contentent pas d'un examen succinct des faits mais s'intéressent au contenu précis des prestations pour vérifier qu'elles ont une consistance réelle. Ainsi, dans le jugement **du tribunal de commerce de Créteil du 24 octobre 2006**, il a été vérifié non seulement que les prestations avaient effectivement été rendues mais également qu'elles présentaient un réel intérêt pour les fournisseurs, par exemple en les dispensant de dépêcher leur force de vente en magasin. Le jugement a conclu que les services n'avaient pas d'intérêt pour les fournisseurs puisqu'au contraire, ceux-ci étaient conduits à rendre aux points de vente des services pour lesquels ils rémunéraient déjà la centrale nationale. De même, les statistiques fournies par une enseigne étaient trop imprécises pour dispenser les fournisseurs d'en acquérir d'autres plus fines auprès d'une société spécialisée.

Dans une autre affaire jugée par la **cour d'appel de Paris par l'arrêt du 20 décembre 2006**, la cour ne s'est pas contentée d'un examen formel des faits mais a au contraire cherché à connaître le contenu concret du service de singularisation. Elle en a déduit que cette prestation allait au-delà des obligations inhérentes à la fonction de distributeur et constituait donc un service spécifique, même s'il n'a pas été rendu en intégralité aux fournisseurs.

Par ailleurs, le **tribunal de grande instance de Péronne** a examiné précisément les prestations facturées par une centrale régionale SCA à ses fournisseurs pour rendre son jugement du **29 mars 2007**. Il a constaté que des prestations d'analyses périodiques de produits avaient pu permettre aux fournisseurs d'améliorer leurs produits et/ou l'organisation de leur production.

En revanche, le **tribunal de commerce de Quimper** s'est montré moins exigeant quant à la preuve dans son jugement du **25 mai 2007**. Il a retenu que les factures adressées par les défenderesses comportaient le libellé de "remises" et que les conventions produites portaient en revanche le nom de "contrat de coopération commerciale". Il en a déduit que les défenderesses n'avaient fourni aucune prestation à leurs fournisseurs et ont ainsi obtenu des avantages sans contrepartie.

Le tribunal de commerce de Grenoble, dans un jugement du 8 juin 2007, a rappelé que la rémunération antivol ne pouvait être facturée au fournisseur du fait que le distributeur est responsable de la protection de ses produits contre le vol une fois qu'il en est devenu propriétaire.

En revanche, il a retenu que l'optimisation du linéaire par laquelle le distributeur faisait un arbitrage entre différents fournisseurs pour l'attribution d'une certaine surface de linéaire constituait un service spécifique en ce qu'il permet au fournisseur de maintenir son offre face à l'arrivée d'un concurrent alors que cette prestation ne semblait pas aller au-delà des fonctions inhérentes au métier de distributeur.

Le tribunal de commerce de Saint-Nazaire a rappelé dans un jugement du 24 octobre 2007 que le suivi des dates limite de vente des produits incombait au distributeur une fois les produits achetés auprès du fournisseur. Le fait pour un distributeur d'attirer l'attention de son fournisseur ne constitue pas un service au bénéfice de ce dernier. Le fait pour le même distributeur de mettre à la disposition d'un fournisseur son linéaire pour permettre à celui-ci de mettre en œuvre un concept de présentation du rayon fromages élaboré par lui et profitant à tous les fournisseurs n'est pas davantage un service commercial.

La cour d'appel de Reims, par un arrêt du 5 novembre 2007, a estimé que les contrats de gamme obligeaient la centrale régionale à acquérir une gamme complète de produits et ne se confondaient pas avec la préconisation d'une gamme de produits par une centrale d'achats. Par la même décision, elle a estimé licite dans certaines conditions le fait pour un fournisseur d'accorder à son distributeur un supplément de rémunération au moyen d'un contrat de coopération commerciale pour une prestation déjà rémunérée en vertu de ses conditions générales de vente.

Le tribunal de grande instance de Dinan, par un jugement du 13 novembre 2007, a déclaré sans contrepartie les sommes perçues par un distributeur au titre de plusieurs contrats de maintien de gamme. En effet, dans un cas, le contrat portait sur des produits qui n'étaient pas regroupés par le fournisseur dans une gamme spécifique, dans un autre cas, seul un ou quelques produits de la gamme objet du contrat avaient été commandés et dans le troisième cas, aucun produit n'avait été commandé.

Dans le dernier cas, le contrat concernait une gamme de produits vendus à la découpe sur laquelle le nom du fournisseur n'apparaissait pas auprès des consommateurs (voir pour une appréciation plus souple supra, TC Grenoble 8 juin 2007). Cette décision rappelle que les contrats de maintien de gamme ne sont pas illicites en eux-mêmes.

- S'agissant des modes de preuve :

L'imprécision d'un contrat de coopération commerciale ne saurait constituer la preuve que les services en cause n'ont pas été rendus (TC Chalons-en-Champagne, 15 juin 2006). Il avait déjà été jugé que le fait qu'un contrat de coopération commerciale soit imprécis ou contienne des erreurs ne saurait constituer la preuve que les services en cause n'ont pas été rendus (CA Bourges, 18 octobre 2004).

Le distributeur n'étant pas lié par une obligation de résultat, le faible niveau des ventes des produits concernés par la coopération commerciale ne saurait suffire à conclure que les services de coopération commerciale n'ont pas été rendus puisque ces ventes dépendent des consommateurs et non de l'effectivité ou non des services rendus par le distributeur (CA Bourges, 18 octobre 2004).

A l'inverse, la preuve de l'effectivité des services rendus ne peut se déduire ni de l'acceptation des factures par les fournisseurs ni de lettres de satisfaction des fournisseurs (TC Angers, 15 février 2006 et TC Morlaix, 08 février 2006). En dépit des réserves que suscite la preuve reposant sur des attestations ou lettres émanant des cocontractants et victimes éventuelles de la pratique, le **tribunal de commerce de Vienne**, dans un jugement du **14 mars 2006**, retient les attestations de fournisseurs comme un argument supplémentaire pour conclure à l'effectivité des services rendus en matière de coopération commerciale.

Le **tribunal de commerce de Meaux** s'est notamment fondé, dans son jugement du **21 novembre 2006**, sur le fait que les fournisseurs n'avaient pas contesté les contrats de coopération commerciale critiqués par le ministre et qu'ils avaient poursuivi leurs relations commerciales avec leur distributeur, ce qui tendait à prouver qu'ils en étaient satisfaits, pour écarter le grief d'obtention d'avantages disproportionnés. L'absence de protestations des fournisseurs est un élément à décharge pour le distributeur, cumulé avec le fait que les industriels en cause étaient des multinationales.

Le **tribunal de commerce de Créteil** a en revanche estimé dans son jugement rendu le 24 octobre 2006 que le fait que les fournisseurs en cause (des multinationales) aient accepté de payer pour certaines prestations ne prouvait pas que ces services présentaient pour eux un quelconque intérêt, du fait de l'importante part de marché du distributeur en France. Le tribunal s'est donc contenté d'examiner la teneur des prestations sans s'arrêter à la taille des opérateurs en cause et a même souligné que des industriels de taille importante n'étaient pas forcément en mesure de s'opposer aux demandes d'avantages injustifiés formulées par un distributeur important.

2) Menace de rupture brutale et rupture brutale des relations commerciales

a) Le cadre juridique

La menace de rupture brutale est visée à l'article L 442-6 I 4° du code commerce et vise les demandes d'avantages sous menace de rupture des relations commerciales. Le législateur a entendu sanctionner tout opérateur qui obtiendrait ou tenterait d'obtenir de l'un de ses partenaires, en le menaçant de rupture des relations commerciales, des conditions d'achat ou de coopération commerciale trop éloignées de celles que ce partenaire consent habituellement aux autres opérateurs.

La rupture brutale de relations commerciales est prévue à l'article L 442-6 I 5° :

« Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait (..) de rompre brutalement, même partiellement une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels (..) ».

Une jurisprudence abondante existe en la matière et a d'ores et déjà apporté des précisions sur la notion de relation commerciale, d'appréciation d'une relation commerciale établie ou d'appréciation du caractère brutal de la rupture.

b) Applications jurisprudentielles

C'est ici que les décisions sont les plus nombreuses puisque 35 décisions sont intervenues².

En 2004, 10 décisions ont été rendues.

Tribunal de commerce de Lille, 27 janvier 2004. Jugement frappé d'un appel jugé par la cour d'appel de Douai le 8 septembre 2005.

Une société a tenté puis obtenu sous la menace, clairement établie sous la forme d'un fax, d'une rupture brutale des relations commerciales une remise manifestement dérogatoire aux conditions générales de vente. De ce fait son comportement est fautif au sens de l'article L 442-6-I-4° du code de commerce qui condamne ce type de comportement.

Il juge en outre qu'il y a eu rupture brutale de relation commerciale au sens de l'article L 442-6 I-5° du code de commerce, le délai de préavis étant insuffisant (30 jours au lieu de 4 mois).

Tribunal de commerce Roubaix-Tourcoing, 12 février 2004. Jugement définitif.

La rupture est brutale parce qu'opérée sans préavis.

Cour d'appel de Nancy, 10 mars 2004. Arrêt définitif

La cour confirme le jugement du tribunal de commerce de Briey (6 décembre 2001) condamnant une société pour rupture brutale et abusive de relations commerciales. Le défendeur avait vainement tenté de justifier l'éviction de son partenaire en invoquant un défaut de qualité des prestations et sa participation à un appel d'offre pour désigner son successeur. La cour constate que le délai de préavis était manifestement insuffisant (12 jours pour des relations établies de 9 années) pour permettre au prestataire de services de réorienter son activité et de maintenir ses effectifs sans dommage.

Cour de cassation, 17 mars 2004 (tribunal de commerce d'Amiens, jugement du 22 octobre 1999 ; cour d'appel d'Amiens, arrêt du 30 novembre 2001).

Sur le fond, une société ayant rompu les relations commerciales avec un client, prétendait qu'il ne pouvait y avoir de rupture brutale puisque les relations commerciales étaient remises en cause chaque

² Dont TC Nanterre, 22 juillet 2004. Le TC s'est déclaré incompétent au profit du TC de Paris (rupture brutale ; abus de puissance d'achat et entente sur les prix).

année. La cour a conclu au caractère établi des relations commerciales en raison de l'ancienneté des relations et de la progression des chiffres d'affaires. La brutalité de la rupture se déduit notamment de l'absence de préavis écrit.

Tribunal de commerce de Périgueux, 5 avril 2004. Jugement frappé d'un appel jugé par la cour d'appel de Bordeaux le 28 février 2005 (cf. page 12).

L'envoi d'un fax menaçant de l'arrêt des relations d'affaires ne constitue pas une lettre de rupture. La rupture des relations commerciales signifiée verbalement présente un caractère brutal, compte tenu de l'absence d'écrit.

Tribunal de commerce de Bobigny, 9 avril 2004. Jugement frappé d'appel

Un producteur décida de ne plus fournir des distributeurs pratiquant la vente à distance. Bien que la rupture de relation commerciale soit jugée non brutale, la société est condamnée, sa responsabilité étant engagée car la société ne pouvait ignorer le risque qu'elle faisait courir à l'autre société. Responsabilité engagée au sens de l'article 1383 du code civil.

Cour d'appel de Douai, 25 mai 2004. Arrêt frappé d'un pourvoi

La cour confirme le jugement du **tribunal de commerce de Roubaix-Tourcoing** du 18 septembre 2003 : la rupture brutale des relations commerciales est confirmée en l'absence de préavis et de toute notification écrite. Or le fait de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels, constitue une faute, et engage la responsabilité de son auteur, sauf en cas de force majeure ou d'inexécution de ses obligations par l'autre partie.

Tribunal de commerce de Nanterre, 5 novembre 2004. Jugement frappé d'un appel jugé par la cour d'appel de Versailles le 2 février 2006

Dans le cas d'espèce, la rupture brutale n'a pas été justifiée car le préavis est insuffisant au regard de la durée de la relation commerciale.

Tribunal de commerce de Nanterre, 1^{er} décembre 2004. Jugement frappé d'un appel jugé par la cour d'appel de Versailles le 18 mai 2006.

Une relation commerciale étroite était établie entre deux sociétés même en l'absence de contrat écrit. La baisse importante des commandes (90%) non précédée d'un préavis mais seulement de discussions et d'échanges de correspondances constitue une rupture brutale partielle des relations commerciales.

En 2005, 9 décisions ont été rendues³.

Tribunal de commerce de Senlis, 4 février 2005. Jugement frappé d'un appel jugé par la cour d'appel d'Amiens le 9 mai 2006 (cf page 14).

Dans le cas d'espèce, les relations étaient établies. L'absence de préavis suffit en elle-même à caractériser le caractère brutal de la rupture de relations commerciales.

Cour d'appel de Bordeaux, 28 février 2005. Arrêt définitif.

Les relations étaient établies et la cour constate que le délai était suffisant pour permettre de trouver une autre source d'approvisionnement. Néanmoins, la société victime de la rupture de relations est indemnisée pour atteinte à son image et gêne subie pour trouver de nouveaux fournisseurs.

Tribunal de commerce de Nanterre, 8 avril 2005. Jugement frappé d'un appel jugé par la cour d'appel de Versailles le 18 mai 2006.

La baisse de commandes n'est pas une rupture même partielle des relations commerciales mais une évolution de la relation nécessitée par la conjoncture ou les choix stratégiques de l'industriel donneur d'ordre. La rupture brutale de relation commerciale n'est pas reconnue.

Tribunal de commerce de Nîmes, 7 septembre 2005. Jugement frappé d'appel.

Le tribunal considère tout d'abord qu'il n'y avait pas de relations commerciales constantes et continues entre les deux sociétés mais seulement des accords commerciaux. Il souligne ensuite que les conditions et les modalités de rupture des relations commerciales n'étaient pas prévues dans le contrat de même qu'aucun préavis contractuel n'était stipulé. Il estime enfin que la rupture des relations commerciales était justifiée en retenant la mauvaise qualité des produits livrés et leur non conformité aux règles d'hygiène. L'inexécution par la société de ses obligations, que l'article L 442-6 I 5° du code de commerce érige en motif justificatif d'une rupture brutale de relation commerciale sans préavis, était suffisamment grave en l'espèce pour permettre une rupture brutale sans que la société en cause n'engage sa responsabilité civile.

Cour d'appel de Douai, 8 septembre 2005. Arrêt définitif.

La cour confirme le jugement de première instance du tribunal de commerce de Lille. La pratique visée par l'article L 442-6 I 4° du code de commerce comme engageant la responsabilité de son auteur est donc bien constituée car la société en cause a tenté d'obtenir de son partenaire, sous la menace d'une rupture brutale des relations commerciales, une remise manifestement dérogatoire aux conditions générales de vente. Elle confirme également le caractère brutal de la rupture de relation commerciale.

Cour de cassation, 6 octobre 2005 (cour d'appel de Dijon, 21 octobre 2003).

³ Pour mémoire, jugement définitif du TC Le Creusot en date du 25 janvier 2005, jugement définitif : la réorganisation interne d'une entreprise entraînant l'arrêt des livraisons ne constitue pas une rupture brutale lorsque le partenaire du fournisseur refuse l'offre de négociation de celui ci.

La Cour se prononce sur la compétence territoriale et indique que lorsque le dommage consécutif à une rupture brutale de relations commerciales est la cessation d'activité, la juridiction territorialement compétente est celle dans le ressort de laquelle la société victime a son siège social.

Cour d'appel de Douai, 13 octobre 2005. Pourvoi en cassation.

Déjà cité au titre de l'application de l'article L 442-6 I 2° a) du code de commerce (page 5).

Rupture brutale de relation commerciale : aucun préavis n'a été donné préalablement à cette rupture qui présente dès lors un caractère brutal et fautif.

La cour condamne l'enseigne à une amende civile de 30 000 euros pour le trouble causé à l'ordre public économique au titre des deux pratiques fautives (avantage sans contrepartie ; rupture brutale de relation commerciale) ainsi qu'à des dommages et intérêts au profit des co-contractants.

Tribunal de commerce de Paris, 14 novembre 2005. Jugement frappé d'un appel.

La rupture brutale de relation commerciale est rejetée au motif que la société victime de la rupture n'a pas su se réorganiser pour trouver des solutions de remplacement suite aux changements structurels intervenus chez son cocontractant. En outre, au moment de la rupture la société demanderesse se trouvait dans l'incapacité de poursuivre des relations commerciales avec son cocontractant.

En **2006**, 7 décisions ont été rendues par une juridiction du premier ou du deuxième degré en matière de rupture brutale des relations commerciales.

Cour d'appel de Paris, 12 janvier 2006, affaire renvoyée devant le TC de Paris suite au rejet du contredit de compétence.

Un contrat conclu entre deux sociétés stipulait que les litiges relatifs à son exécution seraient portés devant le tribunal de commerce de Paris. Cette affaire portait à la fois sur la rupture brutale partielle des relations commerciales entre les deux sociétés et sur la contrariété de certaines stipulations du contrat avec les dispositions de l'article L 420-1 du code de commerce relatif aux ententes.

Le tribunal de commerce de Nanterre avait été saisi par le demandeur du fait que le défendeur avait son siège social dans le ressort territorial de cette juridiction. Ce tribunal s'est déclaré incompétent au profit du tribunal de commerce de Paris du fait de la présence dans le contrat litigieux de la clause attributive de compétence territoriale, par un jugement du 22 juillet 2004. Le demandeur initial a donc formé un contredit de compétence contre ce jugement.

La cour d'appel de Paris a rejeté le contredit de compétence en estimant qu'il n'était pas possible de s'en remettre aux règles de compétence territoriale de droit commun au motif que le contrat comportant une clause attributive de compétence territoriale serait nul. Il appartient en effet au juge désigné par la clause attributive de compétence de trancher la question de la validité du contrat. C'est donc bien le tribunal de commerce de Paris qui était compétent pour connaître de la validité du contrat litigieux.

Cour d'appel de Versailles, 2 février 2006. Arrêt définitif.

La cour d'appel de Versailles dans un arrêt du 2 février 2006 a confirmé partiellement le jugement rendu par le tribunal de commerce de Nanterre le 5 novembre 2004 condamnant une société pour rupture brutale de relations commerciales à 10 000 euros d'amende civile. Ainsi, la cour relève qu'il y a bien eu rupture brutale de relations commerciales mais infirme le jugement en ce qui concerne la durée du préavis et le montant de l'amende. Un préavis d'une durée de 6 mois aurait dû être respecté pour une relation commerciale de 6 ans ; le grief invoqué pour justifier la rupture brutale ne pouvait être pris en compte dans la mesure où il n'apparaissait pas dans la lettre de rupture. Au vu de la nature du litige, de l'activité des parties et l'ancienneté de leurs relations le préavis a été abaissé de 1 an à 6 mois.

Tribunal de commerce de Roanne, 22 mars 2006. Jugement définitif.

Il y a bien eu rupture brutale de relation commerciale en l'absence de lettre de rupture et donc de préavis malgré une relation commerciale établie depuis 8 ans. La société condamnée avait en outre passé commande à son client alors qu'elle savait que son partenaire était incapable de fournir la prestation.

Le tribunal de commerce de Roanne dans un jugement du 22 mars 2006 a condamné une société pour rupture brutale des relations commerciales. Le tribunal reconnaît l'existence du trouble à l'ordre public et prononce une amende civile de 10 000 €

Cour d'appel d'Amiens, 9 mai 2006. Arrêt définitif.

La cour d'appel d'Amiens a confirmé, par un arrêt du 9 mai 2006, le jugement rendu par le **tribunal de commerce de Senlis** le 4 février 2005 en matière de rupture brutale des relations commerciales. La cour d'appel adopte cependant une motivation différente du tribunal de commerce. Ainsi, la cour constate l'existence d'un préavis écrit mais le juge insuffisant. Pour une relation commerciale de 14 ans la cour a estimé qu'un préavis d'un an aurait dû être respecté. La cour a confirmé le montant de l'amende civile infligée à la société pour un montant de 50 000 euros mais a diminué le montant des dommages et intérêts alloués.

Cour d'appel de Versailles, 18 mai 2006. Deux arrêts. Arrêts définitifs.

Deux arrêts rendus par la cour d'appel de Versailles le 18 mai 2006 ont débouté le ministre de ses demandes en matière de rupture brutale des relations commerciales.

Le premier arrêt confirme intégralement le jugement rendu par le **tribunal de commerce de Nanterre** le 8 avril 2005 et rejette la qualification de rupture brutale des relations commerciales. Compte tenu des défaillances de la société dans la livraison de ses produits et de la conjoncture économique défavorable dans le secteur concerné, la cour estime que les différents plans de désengagement proposé par la société qui a rompu les relations commerciales constituaient des préavis écrits d'une durée suffisante.

Le deuxième arrêt confirme le jugement de première instance du **tribunal de commerce de Nanterre** en date du 1^{er} décembre 2004 et condamne la SAS qui a rompu les relations commerciales à des dommages et intérêts pour rupture brutale des relations commerciales. La cour a considéré qu'un préavis de 12 mois aurait dû être respecté du fait que la relation commerciale avait duré 15 ans.

Cependant, la demande d'amende civile du ministre est rejetée car aucun trouble à l'ordre public économique n'aurait été généré par cette rupture brutale.

Tribunal de commerce de Roubaix-Tourcoing, 13 septembre 2006, jugement frappé d'appel par les sociétés.

L'exécution d'un contrat aurait dû se poursuivre jusqu'en 2011, date de son échéance. La rupture intervenue en octobre 2004, avec prise d'effet en janvier 2005, a été jugée abusive par le tribunal dans la mesure où elle est intervenue au moment même où la société cliente allait recueillir les fruits de ses investissements.

Le tribunal a condamné conjointement et solidairement deux sociétés à verser à son client 466.204 euros de dommages-intérêts pour rupture fautive de contrat intervenue 6 ans et demi avant l'échéance. Le ministre a été débouté de l'ensemble de ses demandes.

En 2007, 7 décisions ont été rendues en matière de rupture brutale de relation commerciale.

Cour de cassation (chambre commerciale), 23 janvier 2007, affaire renvoyée devant la cour d'appel de Paris.

La chambre commerciale a partiellement cassé l'arrêt rendu par la cour d'appel de Douai le 25 mai 2004 et renvoyé l'affaire devant la cour d'appel de Paris.

La cassation est basée sur le fait que la cour d'appel avait réduit l'indemnisation de la victime de la rupture brutale de relation commerciale aux motifs que celle-ci avait omis de signaler à son partenaire commercial son état de dépendance économique. Or l'obligation de respecter un préavis raisonnable s'impose indépendamment de l'état de dépendance économique d'une partie envers l'autre.

De plus, la cour d'appel n'avait pas le droit de condamner le défendeur à une amende civile car le ministre ne peut former ce genre de demande lorsqu'il intervient pour la première fois en cause d'appel sur le fondement de l'article L 470-5 du code de commerce.

Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 25 janvier 2007, arrêt définitif.

La cour a jugé recevable l'intervention du ministre et a condamné le défendeur à verser 90.000 euros de dommages-intérêts au liquidateur d'une société cliente. Elle a estimé qu'un préavis de 4 mois aurait dû être accordé à cette dernière malgré la faible durée de la relation commerciale (2 ans et 8 mois) du fait de l'importance du courant d'affaires ayant existé entre les deux partenaires, de la situation de dépendance économique de la société cliente et de la spécificité et de l'étroitesse du secteur économique considéré.

Tribunal de commerce de Paris, 22 février 2007.

Le tribunal a constaté l'existence d'une relation commerciale de 19 ans entre les parties et a estimé qu'un préavis d'un an minimum aurait dû être respecté. Il a fait démarrer le délai de préavis à la date du lancement de l'appel d'offres, ce qui aboutissait à un délai de préavis de 10 mois. Cependant, la rupture brutale partielle a été retenue car le volume d'affaires entre les parties a très fortement diminué dès les premiers mois du préavis. Deux sociétés ont été solidairement condamnées à verser 200.000

euros de dommages-intérêts au demandeur.

Tribunal de commerce de Blois, 2 mars 2007, jugement frappé d'appel.

Le 2 mars 2007, le tribunal de commerce de Blois a condamné une société à 30.000 euros d'amende civile pour rupture brutale de relations commerciales. La DGCCRF est intervenue à l'instance sur le fondement de l'article L 470-5 du code de commerce.

La rupture a été jugée brutale car elle n'a été précédée d'aucun préavis écrit, même si elle n'a revêtu qu'un caractère partiel dans un premier temps. Elle avait pris la forme d'une forte baisse des commandes adressées à la société cliente, demanderesse en l'espèce, alors que la défenderesse avait auparavant invité son fournisseur à réaliser des investissements lui permettant de faire face à un afflux massif de commandes.

La société sera indemnisée à hauteur de 2 ans de marge brute.

Cour d'appel de Rouen, 15 mai 2007, arrêt définitif.

Dans cette affaire la cour d'appel de Rouen a jugé par un arrêt du 15 mai 2007 qu'un tribunal allemand était compétent pour connaître du litige existant entre ces deux sociétés au sujet d'une rupture brutale des relations commerciales.

Par un jugement du 26 janvier 2000, le tribunal de commerce de Rouen avait rejeté l'exception d'incompétence soulevée par une société sur le fondement de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Par un arrêt du 11 janvier 2001, la cour d'appel de Caen avait confirmé ce jugement en décidant que l'action de la société tendait au paiement par son client d'une indemnité réparant le préjudice causé par la rupture brutale des relations commerciales. En vertu de la convention de Bruxelles, le tribunal de commerce de Caen était territorialement compétent. La chambre commerciale de la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel de Rouen le 17 septembre 2003 en considérant que la cour d'appel aurait dû déterminer la loi applicable à l'obligation litigieuse.

L'article 5 de la convention de Bruxelles prévoit qu'en matière contractuelle, le défendeur peut être attrait devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée et en matière délictuelle ou quasi-délictuelle, devant le tribunal de lieu où le fait dommageable s'est produit. La cour d'appel de Rouen a jugé que relations commerciales entre les parties révélaient l'existence d'un lien contractuel actuel, malgré l'absence de contrat formellement signé. C'est la rupture de ce lien contractuel qui a été jugée fautive par la société, l'assignation initiale n'ayant pas été fondée sur l'article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. L'obligation en litige était donc de nature contractuelle et la juridiction compétente était par conséquent celle du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée.

La loi applicable à l'obligation qui sert de base à la demande est la loi allemande, l'obligation étant pour la société de distribuer ses produits en France. La loi applicable est donc celle de la partie qui doit fournir la prestation la plus caractéristique. En vertu du droit allemand, la compétence territoriale judiciaire appartient à la juridiction du domicile du débiteur de la prestation. La société est donc renvoyée à se pourvoir devant le tribunal de Wiesbaden, en Allemagne.

Tribunal de commerce de Rouen, 18 juin 2007

Par un jugement du 18 juin 2007, le tribunal de commerce de Rouen a condamné une société à 10.000 euros d'amende civile et 74.000 euros de dommages-intérêts pour rupture brutale des relations

commerciales.

Une société, ayant pour activité l'achat, la vente et le commerce de tubes nécessaires au développement de champs d'hydrocarbure, a entamé des relations commerciales avec une autre société en 1997 pour la fourniture de boucles de serrage. En 2004, la première société a cessé de passer commande de deux types de boucles de serrage, ce qui a entraîné une chute de 53 % du chiffre d'affaires réalisé entre les deux sociétés. Cette baisse a été assimilée par le tribunal à une rupture brutale partielle des relations commerciales, celle-ci n'ayant été précédée d'aucun préavis écrit.

Une éventuelle inexécution de ses obligations par la société cliente qui aurait justifié l'absence de préavis a été écartée par le tribunal car le problème de qualité rencontré sur les boucles de serrage datait du premier semestre 2003, a été résolu en septembre 2003 et n'a pas été invoqué par la première société pour rompre la relation commerciale plus d'un an après.

Pour une relation commerciale d'environ 7 ans, le tribunal a fixé la période de préavis à 12 mois. 74.000 euros de dommages-intérêts ont été accordés à la société cliente pour compenser la marge brute perdue du fait de l'absence de préavis, le préjudice commercial et la constitution d'un stock inutile. 10.000 euros d'amende civile sont infligés à la défenderesse.

Cour d'appel de Nîmes, 18 octobre 2007

La cour d'appel de Nîmes a rendu, le 18 octobre 2007, un arrêt par lequel elle a complètement infirmé le jugement rendu par le tribunal de commerce de Nîmes le 7 septembre 2005.

Le tribunal de commerce de Nîmes avait débouté le ministre de l'ensemble de ses prétentions en estimant qu'aucune relation commerciale n'avait existé entre deux parties. Il s'était contenté d'examiner les contrats de coopération commerciale conclus par les parties en 2002 et 2003 sans tenir compte du contrat de référencement préalablement signé.

La cour d'appel a observé que les parties avaient entretenu dès 1999 des relations d'affaires portant sur la fourniture de produits de charcuterie. Le déréférencement est intervenu en 2003 et l'existence d'une relation commerciale établie entre les parties ne faisait donc pas de doute.

Fin mai 2003, la relation commerciale a été rompue sans aucun préavis écrit. La cour a écarté les problèmes de qualité invoqués par celle-ci pour justifier la brutalité de la rupture. Avant cette rupture, aucune observation n'avait été formulée par le distributeur auprès de son fournisseur sur la qualité des produits, de même qu'aucune analyse n'avait été faite. Les attestations produites par l'intimée ont été écartées car elles ont été jugées contradictoires et émanaient de salariés de l'intimé.

La cour a donc intégralement infirmé le jugement de première instance et condamné la société concernée à 10.000 euros d'amende civile en précisant que la preuve d'une rupture brutale de relation commerciale valait démonstration de l'existence d'un trouble à l'ordre public économique.

b) Principaux enseignements juridiques

- Soumission à la loi française

Le **tribunal de commerce de Roubaix-Tourcoing** dans un jugement du **12 février 2004** rappelle que l'article L 442-6 I 5° du code de commerce trouve à s'appliquer dès lors que le fait générateur a lieu en France, quand bien même un des partenaires à la relation commerciale est une société de droit étranger⁴.

⁴ La CA de Versailles, arrêt du 14 octobre 2004 dans le même sens « cette loi française s'impose à une société française que son partenaire soit lui-même français ou étranger et que son application est recherchée devant une juridiction française à propos d'un litige ayant pour objet la rupture de relations commerciales établies résultant pour l'essentiel de l'exécution d'un contrat de distribution

- Loi applicable et juridiction territorialement compétente

Par un arrêt du 15 mai 2007, la **cour d'appel de Rouen** a écarté le fondement délictuel d'une action intentée par une entreprise pour rupture de contrat du fait que c'est bien sur un fondement contractuel que le demandeur avait initialement agi. Cet arrêt ne signifie donc pas que les actions fondées sur l'article L 442-6 I 5° du code de commerce ont un fondement contractuel, même si c'est la personne partie au contrat rompu qui agit.

- Produits et services

Le tribunal de commerce de Roubaix-Tourcoing dans le jugement précité rappelle que cet article vise aussi bien les relations commerciales portant sur la fourniture d'un produit que celles portant sur la fourniture d'une prestation de services conformément à une jurisprudence constante (en ce sens, *Cass. Com 23 avril 2003*). Le même tribunal de commerce a en revanche écarté par un jugement du 13 septembre 2006 l'existence d'une relation commerciale établie au motif que le contrat en cause ne portait pas sur la fourniture de produits de grande consommation. Cette décision est frappée d'appel.

- Notion de relation commerciale établie

Il est de jurisprudence constante que la constatation d'une relation commerciale établie requise pour l'application du texte n'est pas subordonnée à l'existence d'un écrit (*Cass. Com 28 février 1995*, **Cass. Com 7 janvier 2004**) : « *La loi entend viser des relations d'affaires suivies et anciennes sans égard au cadre juridique que les parties ont pu lui donner* » (**CA Nancy 10 mars 2004**). Ainsi, la notion de « *relation commerciale établie* » est appréciée souplesment par la jurisprudence puisque celle-ci considère que des relations nouées de manière informelle peuvent constituer une relation commerciale établie (*CA Versailles 20 février 2003*).

Encore faut-il caractériser une certaine stabilité et intensité. Il a été jugé que la signature de deux conventions en deux ans ne saurait constituer une relation commerciale constante et continue (**TC Nîmes, 07 septembre 2005**).

Le recours à la procédure d'appel d'offres mérite une attention particulière en raison de son mécanisme même. La jurisprudence a confirmé sa position selon laquelle une procédure d'appel d'offres n'excluait pas la qualification de relation commerciale établie lorsque le partenaire a été systématiquement sélectionné pendant de nombreuses années (*Cass.com.*, 6 juin 2001). Ainsi, l'existence d'une relation commerciale a été retenue en dépit de la mise en concurrence bimestrielle des fournisseurs (*Cass.com.*, 17 mars 2004).

La qualification de relation commerciale établie peut être écartée à propos de contrats conclus pour des missions semestrielles à la suite d'une mise en compétition avec des concurrents. Ainsi, la cour d'appel de Versailles relève que « *le recours à une mise en compétition avec des concurrents, avant toute commande de chacune des missions semestrielles, privait les relations commerciales de toute permanence garantie et les plaçait dans une précarité certaine* ». C'est ici le caractère systématique qui semble avoir pesé dans le raisonnement des magistrats (**CA Versailles 24 mars 2005**, revue Contrats – Concurrence – Consommation, juillet 2005 page 23).

Le **tribunal de commerce de Paris** dans un jugement du **14 novembre 2005** rappelle que la révocation d'un commun accord d'une convention tacite ne nécessite aucun formalisme spécifique. De plus, la baisse du chiffre d'affaires ne saurait être invoquée comme justifiant le versement d'une prestation compensatoire lorsque cette baisse pouvait être évitée. Ainsi, le tribunal de commerce de Paris relève que le demandeur n'avait pas su se réorganiser pour trouver des solutions de remplacement suite aux changements structurels intervenus chez son contractant.

que les parties ont entendu soumettre au droit français et se trouvant par là aussi rattaché à l'ordre juridique français ».

Le **tribunal de commerce de Roubaix-Tourcoing** a rendu un jugement le **13 octobre 2006** puisqu'il a exclu la qualification de relation commerciale établie en se fondant sur le fait que le contrat conclu entre les parties ne portait pas sur la fourniture de produits de grande consommation. Or il est de jurisprudence constante qu'une relation commerciale établie peut porter sur la fourniture d'un produit ou sur une prestation de service (Cass.Com, 23 avril 2003 ; cour d'appel de Rouen, 3 novembre 1998).

- Éléments d'appréciation du caractère brutal de la rupture

Selon le droit commun, pour être sanctionnable, la rupture de relations commerciales doit être imprévisible, soudaine et violente pour être sanctionnée (en ce sens **TC Le Creusot, 25 janvier 2005**). L'article L 442-6 I 5° du code commerce caractérise la brutalité de la rupture par l'absence de préavis écrit tenant compte des relations commerciales antérieures ou des usages reconnus par des accords professionnels (**CA Toulouse, 4 mars 2004**).

L'état de dépendance économique de la victime n'est pas un élément constitutif de l'infraction (CA Amiens, 30 novembre 2001), mais il peut constituer une circonstance aggravante de la rupture brutale (CA Douai, 15 mars 2001). La Cour de cassation a confirmé cette solution récemment (**Cass.com., 17 mars 2004**).

La durée du préavis accordé à la victime de la rupture suffit à exonérer de sa responsabilité délictuelle l'auteur d'une rupture brutale de relations commerciales dans la mesure où il est respecté. Ainsi, dans un jugement du 22 février 2007, le **tribunal de commerce de Paris** a constaté l'existence d'une rupture brutale de relations commerciales du fait qu'un préavis de 10 mois avait été accordé pour une relation commerciale rompue ayant duré 19 ans, mais que dès le début du préavis, le volume d'affaires entre les parties avait baissé de près de 50 %.

La rupture brutale peut revêtir différentes formes mais ne saurait être constituée du fait :

-de la réorganisation, par le fournisseur, de son système de présentation des collections et de livraison notamment quand cette réorganisation est justifiée économiquement (**TC Le Creusot précité**). Cette position reste conforme à la jurisprudence antérieure (*CA Paris, 18 février 2004*).

-de la répercussion, par un industriel, sur son sous-traitant, de la baisse de ses commandes (**TC Nanterre 08 avril 2005** confirmé par **CA Versailles, 18 mai 2006**).

Même en présence de commandes, la rupture des relations commerciales peut être constatée notamment quand le donneur d'ordre ne peut ignorer que son cocontractant ne dispose pas du métier nécessaire pour honorer cette commande (*TC Roanne, 22 mars 2006*).

- Appréciation de la durée du préavis

Le tribunal de commerce de Lille a ainsi rappelé que pour déterminer la durée d'un préavis les juges doivent se référer à la notion de délai « raisonnable » (**TC Lille, 27 janvier 2004**).

Pour apprécier la durée du préavis, il convient de tenir compte de la durée de la relation commerciale dans sa globalité et non pas seulement de la durée du dernier contrat en cours (*Cass. Com 06 juin 2001*). Le **tribunal de commerce de Paris** l'a rappelé dans un jugement du 22 février 2007, en prenant en compte la durée de la relation commerciale entre différentes sociétés d'un groupe (l'objet de ces relations étant toujours des prestations de formation linguistique) et la demanderesse, et non pas seulement la durée du dernier contrat ayant été rompu.

Ce jugement du **tribunal de commerce de Paris** a également confirmé que le lancement d'un appel d'offres faisait courir le délai de préavis.

D'autres critères peuvent être pris en compte (pour des exemples de critères : **cour d'appel de Toulouse, 4 mars 2004** et **cour d'appel de Douai, 29 septembre 2005**).

Le respect d'un préavis contractuel n'est pas en soi suffisant pour exonérer de sa responsabilité l'auteur d'une rupture brutale, il doit être raisonnable eu égard à la durée des relations commerciales antérieures (**Cass. Com., 12 mai 2004**). La Cour de cassation a ainsi rejeté le caractère brutal d'une rupture car son auteur avait non seulement respecté le préavis contractuel de trois mois mais aussi accepté de prolonger les relations pendant un an (**Cass. Com., 4 février 2004**).

L'appréciation de la durée du préavis dépend de chaque espèce. A par exemple été jugé insuffisant un préavis d'un mois compte tenu de l'ancienneté de la relation commerciale de quatre ans (**CA Douai, 8 septembre 2005**). La jurisprudence tient compte notamment du temps nécessaire pour la recherche d'autres débouchés ou d'autres sources d'approvisionnement (**CA Douai, 8 septembre 2005** et **CA Bordeaux, 28 février 2005**). Un préavis d'un an compte tenu d'un contrat de concession exclusive de quinze ans a été jugé raisonnable et suffisant par la cour d'appel (**CA Douai, 29 septembre 2005, BRDA 4/06 page 11**).

Le préavis d'un an fixé par le tribunal de commerce de Nanterre dans un jugement du 5 novembre 2004 a été jugé excessif par la cour d'appel de Versailles qui a fixé la durée du préavis à 6 mois compte tenu de l'activité des parties et de l'ancienneté de leurs relations (**CA Versailles, 2 février 2006**). En matière d'industrie textile, le **tribunal de commerce de Roanne** (jugement précité) a estimé le préavis raisonnable à 6 mois, compte tenu de la durée de la relation commerciale (8 ans) et compte tenu de la durée d'une saison de collection (6 mois).

Un préavis n'est pas nécessaire en cas de force majeure ou de faute de l'un des co-contractants (**CA Paris 19 janvier 2001**) comme l'a rappelé régulièrement la jurisprudence en 2004 et 2005 (pour exemple, **CA Douai, 25 mai 2004, TC Nîmes 2005**).

Cependant, la faute de l'un des co-contractants doit présenter un certain degré de gravité pour justifier une rupture sans préavis (**TC Roubaix-Tourcoing, 12 février 2004**). Le refus de transiger sur les prix antérieurement pratiqués en accordant rétroactivement une compensation avec la hausse de prix pratiqués ne peut pas constituer une faute du cocontractant dans la mesure où une telle demande contrevient aux dispositions de l'article L 442-6 II du code de commerce (**CA Versailles, 2 février 2006**). La faute invoquée par l'auteur d'une rupture brutale de relation commerciale doit avoir été reprochée au cocontractant avant la rupture pour justifier sa brutalité (**CA Nîmes, 18 octobre 2007**).

On constate par ailleurs que le calcul par les juridictions judiciaires de la durée du délai de préavis qui aurait dû être respecté ne tient pas uniquement compte de la durée de la relation commerciale. Dans plusieurs décisions, l'état de dépendance économique de la victime a justifié un allongement du délai de préavis requis (exemple : 4 mois de préavis requis pour une relation commerciale de 2 ans et 8 mois, **cour d'appel d'Aix-en-Provence, 25 janvier 2007** et 2 ans de préavis requis pour une relation commerciale de 17 ans, **tribunal de commerce de Blois, 2 mars 2007**).

3) Les pratiques discriminatoires abusives

a) Le cadre juridique

Le législateur a dépenalisé les pratiques discriminatoires abusives et a mis en place une prohibition « per se » à l'article L 442-6, I 1° du code de commerce selon lequel,

« engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou artisan :

1° de pratiquer à l'égard d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiées par des contreparties réelles en créant de ce fait, pour ce partenaire un désavantage ou un avantage dans la concurrence ».

Il convient de rappeler que l'article L 442-6 I 1° n'interdit pas la différenciation tarifaire. La loi PME a d'ailleurs modifié l'article L 441-6 du code de commerce et est venue confirmer ces possibilités de

différenciation. Ce traitement différencié peut s'exprimer en termes de prix, de conditions de paiement, de modalités de vente ou d'achat. En matière de pratiques commerciales, c'est l'abus dans la discrimination qui est sanctionné.

On rappellera que la jurisprudence a par ailleurs facilité l'application de l'article L 442-6 I 1° dès lors qu'elle admet qu'il n'y a pas lieu pour le ministre ou pour l'opérateur économique concerné de démontrer l'existence d'un préjudice causé par la pratique. L'avantage ou le désavantage est directement lié à l'identification d'une discrimination. Il n'y a donc pas lieu de démontrer l'existence d'un avantage ou d'un désavantage dans la concurrence.

b) Les décisions et pratiques en matière de discriminations abusives au sens de l'article L 442-6 I 1° du code de commerce

Les décisions restent peu nombreuses⁵.

Les discriminations abusives visées par le législateur peuvent être très variées. On rappellera qu'elles peuvent concerner chaque condition de vente ou être plus globales, résulter d'une offre d'un fournisseur ou de sa réponse à la sollicitation d'un client. De même, ces discriminations abusives peuvent être effectuées en hausse ou en baisse. Toutes les conditions des transactions sont donc concernées : prix mais aussi conditions de vente, modalités de vente ou d'achat, délais de paiement.

Pour qu'une discrimination portant sur les prix, sur les délais de paiement, sur les conditions ou modalités de vente ou d'achat soit abusive il faut qu'elle n'ait pas de contrepartie réelle.

TGI Thonon-Les-Bains, 24 juin 2004. Décision frappée d'appel

Une société refuse de concéder à un client les remises sur des prix de forfait concédées à d'autres tours opérateurs. Le TGI reconnaît l'existence de la pratique discriminatoire puisque la société cliente se voit presque systématiquement accorder de moins bonnes conditions tarifaires par rapport à ses concurrents alors que les remises ne sont pas proportionnelles aux chiffres d'affaires des tours opérateurs. La société attrait ne justifie pas la légitimité des remises accordées à certains opérateurs : son appréciation est dénuée d'éléments quantitatifs précis et la discrimination ne repose pas sur des critères objectifs et vérifiables. Le tribunal reconnaît l'abus de position dominante en exerçant des pratiques discriminatoires.

Cour d'appel de Versailles, 27 janvier 2005. Arrêt définitif.

La cour qualifie de pratique discriminatoire l'octroi d'une « *remise catalogue* » par une société à certains seulement de ses clients, la société spécifiant que cette remise était accordée à tout distributeur qui offre la « *présence* » dans ses points de vente des produits visés à son tarif bénéficiaire d'un taux réduit de TVA (excluant de fait les distributeurs qui offrent des produits n'appliquant pas ce taux de TVA). L'effet de gamme entre différents produits invoqué par la société comme contrepartie réelle à cette remise n'est pas recevable au motif que selon la cour un effet de gamme n'existe pas entre des produits qui ne sont pas de même nature. La société n'a pu justifier sa pratique discriminatoire par une contrepartie réelle.

Tribunal de commerce de Mâcon, 12 janvier 2005. Jugement frappé d'un appel

⁵ Pour mémoire en 2004, arrêt de la cour d'appel de Versailles du 8 janvier 2004 : pas d'abus, ni de discrimination entre les deux sociétés en cause.

La discrimination résulte du fait que les contraintes imposées à la plaignante ne l'étaient pas aux autres clientes, en matière de conditions de règlement, de tarifs plus élevés pour la plaignante que pour ceux accordés aux autres prestataires.

Tribunal de commerce de Morlaix, 8 février 2006. Jugement définitif

Le tribunal a condamné une enseigne à 4000 € d'amende civile. Le tribunal relève qu'il est établi, par l'enquête de la DGCCRF, que les engagements financiers souscrits par les fournisseurs sont disproportionnés au regard des prestations fournies par la société, les lettres de satisfaction des fournisseurs recueillies par la SARL n'étant pas retenues comme l'exonérant de sa responsabilité. Le tribunal rejette cependant la demande du ministre en nullité du contrat ne jugeant pas opportun de prendre cette sanction. Malgré ces constatations, le tribunal retient l'existence de pratiques discriminatoires sans énoncer la moindre motivation (alors même que le ministre n'avait pas fondé ses demandes sur ce moyen).

Cour de cassation, 25 avril 2006.

La Cour de cassation dans un arrêt du 25 avril 2006 a rejeté le pourvoi formé par une société et confirme l'arrêt rendu par la cour d'appel de Dijon le 5 septembre 2003. La Cour de cassation relève que malgré le motif erroné exposé par la cour d'appel, l'existence de pratiques discriminatoires était bien démontrée.

Tribunal de commerce de Nanterre, 28 mars 2007

Appel interjeté.

Par un jugement rendu le 28 mars 2007, le tribunal de commerce de Nanterre a condamné un distributeur à 200.000 euros d'amende civile pour pratiques discriminatoires et obtention d'avantages disproportionnés par rapport à la valeur des services rendus.

Les pratiques ont été commises à l'occasion de l'organisation d'une opération Tickets associant la parution de certains produits des fournisseurs dans un prospectus et des bons d'achat liés à ces produits. Le tribunal a d'abord écarté les arguments du distributeur visant à ce que les demandes du ministre soient déclarées irrecevables. Le tribunal rejette les arguments fondés sur une prétendue violation de l'article 6§1 de la CEDH car le ministre a agi conformément aux règles de droit en vigueur. De plus, l'assimilation faite par le distributeur entre l'action d'un syndicat et celle du ministre est rejetée, le ministre étant une personne publique agissant au titre de la puissance publique dans le respect de l'intérêt général et pour la défense de l'ordre public économique.

Sur le fond, le tribunal a validé les arguments du ministre selon lesquels le fait d'avoir inséré les produits de certains fournisseurs dans un prospectus sans leur avoir facturé une rémunération à ce titre est constitutif d'une discrimination abusive, sachant que les autres fournisseurs ont dû payer pour des prestations parfois moins satisfaisantes. De plus, le caractère disproportionné de la rémunération de l'insertion des produits dans le prospectus a été reconnu du fait que 15 fournisseurs ont supporté la quasi-totalité du coût de fabrication et de distribution du catalogue alors que plus de 100 fournisseurs ont vu certains de leurs produits mis en avant sur ce support. Enfin, le fait que certains fournisseurs aient versé une somme supérieure à la moitié du chiffre d'affaires réalisé avec le groupement concerné pendant la période de diffusion du catalogue a aussi permis de caractériser la disproportion aux yeux du tribunal.

Cour d'appel de Grenoble, 28 mars 2007

Par un arrêt du 28 mars 2007, la cour d'appel de Grenoble a rejeté la demande d'amende formée par le ministre dans le cadre de l'instance opposant deux sociétés. Des pratiques discriminatoires et un refus de vente étaient en cause dans cette affaire dont les faits remontaient à la première moitié des années 1990.

La cour a reconnu la réalité des pratiques discriminatoires dans la mesure où l'intimée n'a pas pu démontrer en quoi les différences de traitement pratiquées entre deux sociétés étaient fondées sur des raisons objectives exclusives de toute discrimination. La cour a en revanche estimé que l'indemnité qui avait été allouée à la société par le tribunal administratif du fait de l'illégalité de la procédure suivie par la commission d'appel d'offres couvrait l'intégralité du préjudice de l'appelante.

Quant à l'intervention du ministre visant à la condamnation de la société à une amende civile de 10.000 euros, elle a été jugée recevable mais sa demande a été rejetée.

Les prétentions de la société relatives à un refus de vente commis par l'autre société ont été rejetées par la cour, du fait que ce refus était justifié par des éléments objectifs le rendant licite.

c) Les enseignements juridiques

Les décisions intervenues ont permis d'apporter des précisions tant sur le champ d'application que sur les conditions, le régime de la preuve et la sanction en matière de discrimination abusive.

- **Champ d'application**

La notion de « partenaire économique » telle que prévue par l'article L 442-6 I-1° du code de commerce a donné lieu à diverses interprétations. Il ne fait aucun doute que cette notion s'applique dans le cas de relations verticales fournisseurs/distributeurs (*CA Nîmes, 25 janvier 1996*). La **Cour de cassation** dans un arrêt du **25 avril 2006** rappelle que cette notion vise également le cas où le fournisseur vend ses produits aux entreprises clientes du distributeur. Dans ce cas, il s'agit de relations horizontales puisque le fournisseur se place au même niveau que le distributeur. Cette position reste dans la lignée jurisprudentielle de la Cour de cassation (*Cass. Com, 21 octobre 1997*).

- **Conditions de la discrimination**

Deux décisions intervenues en 2005, **TC Macon**, 12 janvier 2005 et **CA Versailles**, 27 janvier 2005 sont venues confirmer l'état de la jurisprudence antérieure :

- Ne constituent pas des contreparties réelles, au sens de l'article L. 442-6 I 1°, les risques particuliers liés à la conclusion d'un contrat (**TC Macon, 12 janvier 2005**). Dans le cas d'espèce, la plaignante s'est vu imposer, pour la prestation à rendre, plusieurs contraintes, contraintes non appliquées aux autres clients : en matière de conditions de règlement, en matière de tarifs (plus élevés que pour les autres clients prestataires), en l'absence de caractère particulier des prestations.

- Selon une jurisprudence constante, il doit exister un lien étroit entre les avantages consentis et les contreparties réelles (*Cass. Com., 12 mars 2002*). Ainsi, un prétendu effet de gamme entre des produits qui ne sont pas de même nature ne peut justifier une discrimination (**CA Versailles, 27 janvier 2005**).

Le refus d'octroyer des délais de paiement à certains distributeurs, alors même qu'ils sont accordés à d'autres, peut être non discriminatoire. Il en va ainsi lorsque les distributeurs se prétendant victimes de pratiques discriminatoires n'honorent pas leurs engagements alors qu'ils ne sont pas en difficulté financière (**CA Versailles, 8 janvier 2004**).

Le jugement du **tribunal de commerce de Nanterre** précité du 28 mars 2007 présente l'originalité d'avoir retenu l'existence d'une discrimination abusive en matière de coopération commerciale.

L'arrêt du même jour rendu par la **cour d'appel de Grenoble** est classique dans la mesure où il a constaté l'existence d'un traitement différencié entre des entreprises concurrentes dans une procédure d'appel d'offres. Le défendeur n'ayant pu justifier cette différenciation, la discrimination abusive a été retenue.

- Elle crée un avantage ou un désavantage dans la concurrence

Dans un arrêt du *24 octobre 1996*, la **cour d'appel de Versailles** avait considéré que l'avantage ou le désavantage dans la concurrence était une condition autonome de l'application de l'article L442-6 I 1° du code de commerce. La Cour de cassation a cassé cet arrêt et revient donc à une solution traditionnelle (*Cass.com 6 avril 1999*). Ainsi, une jurisprudence désormais bien établie considère que l'avantage ou le désavantage dans la concurrence résulte nécessairement de la discrimination non justifiée sans qu'il y ait lieu de démontrer l'existence d'un préjudice (*Cass. Com.*, 5 décembre 2000). La **cour d'appel de Versailles** dans son arrêt du **27 janvier 2005** a modifié sa position en considérant que « *l'existence d'un avantage ou d'un désavantage est patente dès lors que le caractère discriminatoire de la pratique est établi* ».

- **Preuve de la discrimination**

Si la preuve de l'existence d'une pratique discriminatoire incombe à celui qui s'en prétend victime (*Cass. Com.*, 27 janvier 1998), il appartient à l'auteur d'une telle pratique de la justifier (**CA Versailles, 27 janvier 2005**). Sur ce point la jurisprudence n'a jamais opéré de revirement.

- **Sanction de la discrimination**

Dans sa rédaction antérieure à la loi du 15 mai 2001, la seule sanction possible face à des pratiques discriminatoires était la responsabilité civile de leur auteur. La nullité d'un contrat de partenariat au contenu discriminatoire ne peut donc pas être accordée sur la base de l'ex-article L 442-6 du code de commerce. La nullité d'un tel accord ne pourrait être envisagée que dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles puisque les articles L 420-1 et L 420-2 prévoient expressément une telle sanction (**CA Versailles, 30 septembre 2004**).

4) Soumission d'un partenaire à des conditions de paiement manifestement abusives

En matière de délais de paiement, la loi sanctionne la soumission d'un partenaire à des conditions de règlement abusives. Le I-7° de l'article L 442-6 du code de commerce introduit la prohibition de la soumission d'un partenaire à des conditions de paiement abusives compte tenu des règles coutumières en ce domaine en s'écartant au détriment du créancier sans raison objective du délai de règlement de 30 jours, suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation, fixée à titre supplétif à l'article L 441-6 du code de commerce.

La première et seule application jurisprudentielle de cette disposition a eu lieu devant le tribunal de commerce de Lille. Un délai de paiement abusivement long et supérieur aux délais contractuellement prévus, en contradiction avec les accords existants avec les fournisseurs, caractérise un abus (**TC Lille, 18 novembre 2004**). Le tribunal de commerce rappelle en outre que quand bien même la remise d'un effet de commerce vaut paiement en valeur, cet engagement cambiaire ne peut être assimilé au paiement des effets à leur échéance (*Cass. Com.*, 9 janvier 1990 et 3 mai 2000). Le tribunal a ainsi jugé comme abusifs des délais d'émission d'effet supérieur à l'usage normal.

5) Abus de puissance d'achat

La première décision portant sur un abus de puissance d'achat a été rendue au premier semestre 2007 par le tribunal de commerce d'Evreux sur une action intentée par le ministre.

a) Le cadre juridique

L'article L 442-6-I 2°b dispose que « *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers ...d'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées* ».

Cette disposition vise à sanctionner l'abus de dépendance sans qu'il soit besoin d'apprécier une éventuelle atteinte à la concurrence. Elle est destinée à compléter l'article L 420-2 en matière de lutte contre les abus de dépendance économique. En effet, ce dernier suppose pour être applicable une affectation du marché, condition qu'on ne retrouve pas dans la création du I-2°b de l'article L 442-6. Pourtant, l'on peut remarquer que la loi PME a ajouté à ce dernier article une disposition selon laquelle « le fait de lier l'exposition à la vente de plus d'un produit à l'octroi d'un avantage quelconque constitue un abus de puissance de vente ou d'achat dès lors qu'il conduit à entraver l'accès des produits similaires aux points de vente ». Les accords de gamme sont visés dans ces dispositions. Ce n'est qu'en tant qu'ils entravent l'accès aux points de vente de produits concurrents qu'ils peuvent être le support d'un abus de puissance de vente ou d'achat. Un effet est ainsi nécessaire pour que la pratique puisse être sanctionnée, ce qui rapproche celle-ci du domaine des pratiques anticoncurrentielles et des dispositions de l'article L 420-1 du code de commerce.

Deux critères sont nécessaires pour qu'un abus de relation de dépendance ou de puissance d'achat ou de vente soit constitué.

Le premier critère utilisable en pratiques restrictives de concurrence est le pourcentage représenté par un opérateur économique (une centrale d'achat par exemple) dans le volume total d'un marché d'achat de produits. Le second critère à démontrer consiste dans un abus : la soumission d'un partenaire à des conditions commerciales ou obligations injustifiées.

Plusieurs avis de la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC) ont abordé la question des abus de relation de dépendance et de puissance d'achat et de vente. Dans son avis n° 04-05 relatif à une clause contenue dans certaines « conditions générales de vente », la CEPC a cité l'exemple d'une clause exonératoire de responsabilité qui pouvait constituer un abus de puissance de vente si elle était imposée par un fournisseur en position de force à son distributeur.

Dans son avis n° 04-04 du 7 juillet 2004 relatif à certaines clauses contenues dans des conditions d'achat, la CEPC cite également des exemples de stipulations contractuelles pouvant constituer des abus de relation de dépendance ou de puissance d'achat ou de vente. Il en va ainsi pour les clauses stipulant de manière très imprécise les engagements souscrits par le distributeur. Par renvoi à la circulaire Dutreil du 16 mai 2003, il est indiqué que le fait, pour un distributeur, d'imposer des conditions d'achat en ce qu'elles impliqueraient une renonciation par le fournisseur à des conditions générales de vente, pourrait être considéré comme la manifestation d'un abus de puissance d'achat. Cet abus peut aussi se concrétiser par l'insertion dans un contrat de nombreuses obligations à la charge du fournisseur, assorties de sanctions relativement lourdes quand celles prévues en cas de défaillance du distributeur sont sinon inexistantes, tout au moins assez légères. Une disproportion apparaît ainsi parfois entre le quantum de la sanction encourue par le fournisseur et la gravité de sa faute.

Si de lourdes pénalités peuvent dans certaines situations être économiquement justifiées (par exemple un défaut de livraison emportant remise en cause d'une opération promotionnelle), encore faut-il qu'un lien existe entre le préjudice subi et le montant de ces pénalités. La brutalité apparaît à travers les stipulations permettant au distributeur de déduire d'office du montant qu'il doit payer au titre de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondant au non-respect d'une date de livraison ou à une non-conformité des marchandises, avant même que le fournisseur ait pu contrôler ou tout au moins discuter la réalité du grief correspondant.

La sanction disproportionnée et brutale des défaillances du fournisseur relève, en raison de son caractère injustifié, de l'article L. 442-6-I (2°, b) du code de commerce.

b) Application jurisprudentielle

Tribunal de commerce d'Evreux, 24 mai 2007, jugement frappé d'appel par le ministre

Par un jugement du 24 mai 2007, le tribunal de commerce d'Evreux a débouté le ministre de l'action qu'il avait intentée contre une société exploitant un hypermarché pour abus de puissance d'achat.

La pratique visée consistait en l'application par la société d'une pénalité forfaitaire de 160 euros envers ses fournisseurs pour facture non conforme en exécution d'un accord national négocié par l'enseigne.

Le tribunal a estimé que les fournisseurs concernés étaient des professionnels avertis et que les contrats s'imposaient aux parties qui les avaient librement négociés. La clause prévoyant l'application de la pénalité a été qualifiée de clause pénale par le tribunal et la sanction a été jugée non disproportionnée eu égard au surcroît de travail généré par les factures non conformes pour les comptables du magasin. Le tribunal a de surcroît estimé que la société avait appliqué avec souplesse la clause de pénalité et que le ministre ne pouvait porter atteinte à l'intangibilité des conventions.

Le ministre est donc débouté de l'ensemble de ses demandes même si la pénalité infligée à certains fournisseurs a été réduite du fait que son montant dépassait celui de la facture litigieuse. L'article 1152 du code civil permet en effet au juge judiciaire de modérer le montant d'une clause pénale qu'il jugerait excessif.

c) Enseignements juridiques

A ce stade les décisions sont encore très peu nombreuses et ne permettent pas de tirer d'enseignements sur l'application de cette disposition.

6) Obtention d'un avantage comme condition préalable à toute commande (L 442-6 I 3°)

L'article L 442-6 I 3° prévoit la sanction, en tant que pratique illicite, du fait

« d'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit (...) ».

Pour la première fois, la Cour de cassation a eu à se prononcer sur la validité d'un contrat donnant lieu à versement d'une somme d'argent lié à la passation d'une commande mais ne prévoyant pas la teneur et le coût de la prestation de service (**Cass. Com.**, 17 mars 2004). Le tribunal de commerce de Vienne dans son jugement en date du 14 mars 2006 a condamné un distributeur à restituer à ses fournisseurs sur ce fondement les sommes perçues à titre de référencement avant toute commande de produits et sans engagement écrit sur un volume d'achat proportionné.

III- Les décisions judiciaires statuent également sur l'action du ministre

A) L'action du ministre

Aux termes de l'article L 442-6 III du code de commerce, l'action devant la juridiction civile ou commerciale peut être introduite par le ministère public mais également par le ministre chargé de l'économie, le président du Conseil de la concurrence ou par toute personne justifiant d'un intérêt.

Bien que jamais utilisée, la faculté d'introduire l'action civile ou d'intervenir volontairement devant les juridictions existe également pour les organisations professionnelles (article L. 470-7) chaque fois que les faits portent un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession ou du secteur qu'elles représentent ou à la loyauté de la concurrence.

Une action en référé (article L. 442-6-IV) est également prévue pour que soit enjointe la cessation des pratiques ou pour que soit ordonnées des mesures provisoires.

1) L'intérêt du ministre à agir

L'action ou l'intervention du ministre chargé de l'économie se justifie lorsqu'il existe une atteinte à l'ordre public économique (**CA Paris**, 6 juillet 1998). La place du ministre devant les juridictions civiles ou commerciales est ainsi particulière car il ne s'agit pas pour lui de s'immiscer dans des litiges purement privés mais de provoquer une décision du tribunal lorsque les pratiques en cause sont de nature à causer un trouble à l'ordre public (dommage à l'économie).

L'intérêt du ministre à agir est bien établi comme l'ont admis la plupart des décisions intervenues dans la période.

La Cour de cassation rappelle que la recevabilité de l'intervention du ministre est subordonnée à la recevabilité de l'action engagée par la victime des manquements (**Cass. Com.**, 7 juillet 2004).

2) La répétition de l'indu

La loi NRE du 15 mai 2001 a donné au ministre pour toutes les pratiques visées à l'article L 442-6 I du code de commerce le pouvoir de faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites, de demander la répétition de l'indu et le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut excéder 2 millions d'euros.

La possibilité de demander la répétition de l'indu est le plus souvent contestée par le défendeur.

La répétition de l'indu a été ainsi ordonnée dans certaines des décisions déjà citées et parfois pour des montants conséquents, le juge rappelant le plus souvent que le ministre dispose de la possibilité de demander la répétition de l'indu dans le cadre de sa mission de gardien de l'ordre public économique.⁶

La jurisprudence ne semble pas encore totalement harmonisée sur ce point. A titre d'exemple, le **tribunal de commerce d'Aubenas** dans un jugement du **8 mars 2005** a débouté le ministre quant à ses demandes de restitution des sommes indûment perçues au motif qu'il ne pourrait se substituer aux victimes.

De même, par **deux jugements rendus le 20 juillet 2006, le tribunal de commerce de Nanterre** a refusé de prononcer la répétition de l'indu au bénéfice de fournisseurs du fait que le ministre avait agi et que seuls ceux-ci étaient en mesure d'évaluer le montant de leur préjudice. Ces deux jugements ont été frappés d'appel par le ministre.

En revanche, la cour d'appel de Paris, dans un arrêt rendu le 20 décembre 2006, a condamné le défendeur à la répétition de l'indu à hauteur de 3,5 millions d'euros, admettant ainsi que cette mesure pouvait être prononcée en l'absence des fournisseurs concernés à la procédure. Le tribunal de commerce de Créteil en a fait de même par son jugement du 24 octobre 2006 et ce à hauteur de 76,8

⁶ Tribunal de commerce de Chartres, 28 septembre 2004 ; cour d'appel de Bourges, 18 octobre 2004 ; tribunal de commerce de Nanterre, 15 novembre 2005 ; tribunal de commerce d'Angers, 15 février 2006 ; tribunal de commerce de la Roche-sur-Yon du 14 mars 2006, tribunal de commerce de Vienne du 14 mars 2006, etc.

millions d'euros. Enfin, le jugement rendu **le 21 novembre 2006 par le tribunal de commerce de Meaux** a rappelé que l'action du ministre avait pour but la défense de l'ordre public économique et pouvait être exercée, notamment avec une demande de prononcé de la répétition de l'indu, sans l'assentiment des fournisseurs concernés.

Le **TGI de Péronne** a déclaré l'action du ministre recevable par un **jugement du 29 mars 2007** et a rappelé que la recevabilité de la demande en répétition de l'indu n'était pas subordonnée à la présence dans la procédure des fournisseurs prétendument lésés, bien qu'il ne l'ait pas prononcée.

Le tribunal de commerce de Quimper a déclaré l'action du ministre recevable et a prononcé la répétition de l'indu contre les sociétés défenderesses à hauteur de 34.400 euros par un **jugement du 25 mai 2007** pour obtention d'avantages sans contrepartie.

Le tribunal de commerce de Grenoble a jugé l'action du ministre recevable et a condamné la société défenderesse à la répétition de l'indu à hauteur de 23.600 euros par un **jugement du 8 juin 2007** pour obtention d'avantages sans contrepartie.

Le tribunal de commerce de Reims a condamné une société à la répétition de l'indu par un **jugement rendu le 26 juin 2007** pour obtention d'avantages sans contrepartie.

Le tribunal de commerce d'Angers a condamné un distributeur à la répétition de l'indu à hauteur de 16.000 euros par un **jugement du 25 juillet 2007** pour obtention d'avantages manifestement disproportionnés.

Le tribunal de commerce de Saint-Nazaire a prononcé la répétition de l'indu contre un distributeur à hauteur de 161.000 euros par un **jugement du 24 octobre 2007** pour obtention d'avantages sans contrepartie et manifestement disproportionnés.

Le tribunal de grande instance de Dinan a condamné un distributeur à la répétition de l'indu à hauteur de 30.000 euros par un **jugement rendu le 13 novembre 2007** pour obtention d'avantages sans contrepartie.

B) l'autonomie de l'action du ministre

La recevabilité de l'action du ministre fait l'objet de positions divergentes des juridictions et cours d'appel.

Citons ainsi les trois arrêts récents de cour d'appel sur ce sujet :

La **cour d'appel de Versailles**, dans un arrêt du **3 mai 2007**, a ainsi estimé que l'action exercée dans la présente affaire par le ministre l'avait été en violation de l'article 6§1 de la CEDH (qui prévoit le droit pour toute personne de faire entendre équitablement sa cause devant un tribunal indépendant et impartial) du fait que les fournisseurs n'ont pas été informés par le ministre de l'introduction de l'action. Celui-ci a poursuivi la procédure sans les y associer alors que de surcroît, certains d'entre eux avaient exprimé une volonté contraire.

L'action du ministre en nullité des contrats et en répétition de l'indu a donc été déclarée irrecevable et la demande d'amende civile, jugée par conséquent sans objet.

Par un arrêt du 29 mai 2007, la cour d'appel d'Angers a jugé que l'article L 442-6 III était contraire à l'article 6 § 1 de la CEDH en ce qu'il permettait au ministre de solliciter la nullité des clauses illicites et la répétition de l'indu en l'absence des fournisseurs. Ces dispositions porteraient atteinte aux droits fondamentaux des fournisseurs qui pourraient voir la défense de leurs intérêts purement privés conduite par le ministre à leur insu, voire contre leur gré. Un tel procédé porterait également atteinte au droit à un procès équitable du distributeur. Les demandes de cessation des

pratiques et de prononcé d'une amende civile ont été en revanche jugées conformes à l'article 6 § 1 de la CEDH comme moyens de rétablir l'ordre public économique troublé.

Ces deux décisions font l'objet d'un pourvoi en cassation formé par le ministre.

La cour d'appel de Reims a adopté une position contraire jugeant l'action du ministre conforme à l'article 6§1 de la CEDH par un **arrêt du 5 novembre 2007** : l'action du ministre n'est pas une action de substitution mais une action propre visant à la défense de l'ordre public économique et non à la restauration des droits patrimoniaux privés. Le ministre n'exerce pas les droits d'autrui et n'agit pas au nom d'autrui ce qui rend sans objet le grief relatif à la violation de l'article 6§1 de la CEDH. Le ministre n'a donc pas à recueillir le consentement des fournisseurs concernés avant d'agir et peut introduire son action malgré la volonté des personnes lésées de ne pas obtenir la réparation de leurs préjudices. La restitution des sommes perçues par le distributeur n'est que la conséquence de l'illicéité des clauses sur le fondement desquelles les sommes ont été versées. L'action du ministre est donc jugée recevable et conforme à l'article 6§1 de la CEDH.