

Le bilan de la jurisprudence civile, administrative et pénale 2019

Le droit des pratiques commerciales restrictives de concurrence (PCR) est issu de la volonté de garantir des relations commerciales transparentes et loyales entre professionnels. Ce droit réprime ainsi les pratiques révélatrices d'un abus commis dans le cadre d'un rapport de force déséquilibré entre acteurs économiques.

I. L'ACTIVITE CONTENTIEUSE EN MATIERE CIVILE EN 2019

1. Observations générales sur l'activité contentieuse

1.1. Nombre de décisions rendues en matière civile

En 2019, 15 décisions intéressant les pratiques restrictives de concurrence civiles ont été rendues dans des contentieux ayant pour origine soit une action soit une intervention du Ministre.

Ces décisions ont été rendues par :

- les tribunaux de commerce : 10
- les cours d'appel : 2
- la Cour de cassation : 2
- le Cour Européenne des Droits de l'Homme : 1

1.2. Les pratiques dont ont été saisies les juridictions :

Sur les 15 décisions rendues en matière civile en 2019 :

- 1 décision concerne la rupture brutale ;
- 6 décisions concernent le déséquilibre significatif ;
- 2 décisions concernent la pratique d'obtention d'avantages sans contrepartie ou manifestement disproportionnés au regard de la valeur du service rendu ;
- 1 décision concerne l'ancienne pratique d'abus de puissance d'achat (ancien article L. 442-6 I 2° b) du code de commerce)
- 1 décision concerne la conformité de l'article L. 442-6 III du code de commerce au principe de personnalité des délits et des peines.
- 6 décisions concernent des questions de procédure (recevabilité de l'action du Ministre et conformité de l'amende civile, questions prioritaires de constitutionnalité, compétence du juge français et application du droit français en présence d'une clause compromissoire ou d'une clause attributive de compétence avec application d'un droit étranger, etc.)

***NB:** une décision peut concerner plusieurs pratiques et ne porte pas nécessairement sur le fond de l'affaire. Par ailleurs, une même affaire peut avoir donné lieu, au cours de l'année, à plusieurs décisions. Enfin, les fondements invoqués dans l'assignation ne sont pas nécessairement retenus par les juridictions.*

1.3. Le montant des amendes civiles prononcées par les juges du fond en 2019

Le montant des amendes civiles prononcées par les juridictions commerciales est variable selon les années, selon le nombre de décisions rendues sur le fond et de décisions de procédure. Il est de 6 275 000€ en 2019.

Année	Montant total des amendes
2008	897 800 €
2009	2 232 301 €
2010	706 500 €
2011	256 000 €
2012	2 127 000 €
2013	4 235 000 €
2014	667 000€
2015	4 430 000€
2016	150 000 €
2017	1 150 000 €
2018	450 000 €
2019	6 275 000 €

1.4. Le montant de l'indu prononcé

L'indu, c'est-à-dire la restitution des sommes indument reçues en violation des dispositions d'ordre public de l'article L. 442-6 du code de commerce, varie selon les années, en fonction des circonstances particulières de chaque affaire. Il s'élève à 73 320 euros pour 2019.

Année	Montant total de l'indu prononcé
2008	970 132 €
2009	23 772 889 €
2010	254 058 €
2011	100 008 €
2012	746 804 €
2013	33 871 €
2014	16 170 €
2015	78 212 397 €
2016	76 872 896 €
2017	41 204 €
2018	-
2019	73 320 €

2. Les enseignements des décisions rendues en 2019 en matière civile

2.1. L'action du Ministre

2.1.1. L'action du Ministre est autonome et n'est pas liée à celles des parties lésées par les pratiques et les clauses dénoncées par le Ministre, ce qui ne contrevient pas à la recevabilité de l'intervention volontaire des victimes des pratiques illicites.

La Cour de cassation avait déjà affirmé en 2018 le caractère autonome que revêt l'action du Ministre fondée sur les dispositions de l'article L.442-6 III du code de commerce en rappelant que « [...] *l'action du ministre, qui est autonome, n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs et que l'obligation faite au ministre d'informer ces derniers de l'action qu'il engage sur le fondement de l'article L.442-6, III, alinéa 2, du code de commerce, qui résulte de la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel dans sa décision n°2011-126 QPC du 13 mai 2011, intervenue en cours d'instance, a pour but d'assurer le respect du droit au recours juridictionnel et de la liberté contractuelle, l'arrêt retient exactement que l'information donnée en cause d'appel seulement était suffisante dès lors qu'elle a permis aux fournisseurs d'intervenir à l'instance afin de défendre leurs intérêts ; [...]* »

(Cass. com., ... c/ Ministre, 26 septembre 2018, n° 17-10.173).

Dans une affaire relative aux réseaux de franchise dans le secteur de la restauration rapide, le tribunal de commerce de Paris s'est prononcé sur les demandes du franchiseur tendant à faire déclarer irrecevables les interventions volontaires des victimes des pratiques aux motifs que : « *l'action du Ministre et celle des parties privées sont des actions totalement autonomes, elles n'ont pas le même fondement, d'où il résulte que des personnes privées ne peuvent défendre leurs intérêts privés en intervenant volontairement à l'action du Ministre qui défend l'ordre public.* »

Constatant qu'il est évident que « *le partenaire lésé est nécessairement intéressé à connaître d'une action du Ministre qui vise notamment à rendre nulles des clauses d'un contrat auquel il est partie* », le tribunal a, sans surprise, constaté la recevabilité des interventions volontaires des demanderesses « *en ce qu'elles ont le droit d'agir relativement aux prétentions qu'elles exposent dans la présente instance et en ce que leurs actions visent à appuyer lesdites prétentions ou bien en ce qu'elles ont intérêt, pour la conservation de leurs droits, à soutenir le Ministre* ».

(Tribunal de commerce de Paris,c/Ministre, 28 mai 2019, n°2017005123)

2.1.2. La présence d'une clause compromissoire ne fait pas obstacle à l'action du Ministre

Les juges du tribunal de commerce de Paris affirment que la présence d'une clause compromissoire dans le contrat objet de l'action du Ministre ne fait pas obstacle à la validité de son action et que ce dernier peut agir en annulation d'une clause compromissoire même si celle-ci a été validée au préalable par une sentence arbitrale : « [...] *dans le cas où une sentence arbitrale a, dans la présente instance, été rendue et qu'elle a jugé valide la clause compromissoire, cette sentence n'a pas l'autorité de la chose jugée à l'encontre du ministre qui agit en annulation de cette clause, l'objet de son action étant, non plus la défense d'intérêts privés du franchiseur et des franchisés qui faisaient l'objet de sentence arbitrale, mais le respect de l'ordre public économique français.* »

(Tribunal de commerce de Paris, ...c/ Ministre, 28 mai 2019, n°2017005123)

2.1.3. La prescription de l'action du Ministre

Dans une affaire qui opposait le Ministre à un réseau de franchise dans le secteur de la restauration rapide, le franchiseur sollicitait du tribunal qu'il déclare irrecevables les demandes du ministre portant sur des contrats de franchise conclus en 2012 (soit plus de cinq ans avant l'assignation du ministre lancée en 2017) au motif que l'article L. 442-6 du code de commerce est de nature répressive, et qu'en conséquence le point de départ de la prescription de l'action publique doit être fixé au regard des règles de prescription en matière pénale, c'est-à-dire cinq ans à partir du jour où l'infraction est constatée (le jour de la signature du contrat de franchise).

Le tribunal de commerce de Rennes ne valide pas le raisonnement selon lequel la tentative de soumission ou la soumission a nécessairement précédé la conclusion du contrat et affirme que les pratiques litigieuses sont « *nécessairement postérieures à la signature du contrat, au travers desquelles le contrat a été mis en œuvre* ».

Le tribunal retient également que l'action du Ministre n'est pas une action publique au sens de l'article 1 du code de procédure pénale, mais une action civile quasi-délictuelle, de sorte que ce sont les dispositions de l'article 2224 du code civil qui régissent la prescription de son action : « *Par ailleurs, l'action du Ministre n'est pas, comme aimerait le faire croire ..., une action publique au sens de l'article 1 du code de procédure pénale ; c'est une action civile, une action quasi-délictuelle. Dès lors, ce sont les règles de droit commun issues de l'article 2224 du code civil qui régissent la prescription ; son délai est donc de « cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer », en l'occurrence à la date des premiers actes d'enquête* ».

(Tribunal de commerce de Rennes, ...c/ Ministre, 22 octobre 2019, n°2017F00131)

2.2. La procédure

En 2019, les juges ont à nouveau confirmé la régularité ainsi que la recevabilité des actions du Ministre concernant :

- la communication des pièces afférentes à l'assignation du Ministre ;
- la recevabilité des demandes du Ministre en matière de captation de rente d'un crédit d'impôt ;
- la recevabilité des demandes formulées par le Ministre à l'encontre d'une société absorbante pour les faits commis par la société absorbée ;
- la recevabilité des demandes formulées par le Ministre à l'encontre d'une société non signataire du contrat engendrant des pratiques restrictives de concurrence.

Les juges se sont également prononcés sur la validité des interventions volontaires des parties lésées par les contrats et pratiques poursuivies par le Ministre.

2.2.1. Le Ministre ne peut se voir imposer la production forcée de pièces non nécessaires à la solution du litige

En 2019, tout comme en 2018, le tribunal de commerce de Paris a eu l'occasion de préciser les conditions dans lesquelles la communication forcée de pièces pouvait être imposée au Ministre de l'économie.

Les juges du fond considèrent ainsi qu'une demande de production forcée de pièces, faite à l'encontre du Ministre chargé de l'économie, suppose que soit démontrée la nécessité de celle-ci à la solution du litige, dans le cas où la partie réclamante n'en dispose pas, et sous réserve qu'aucun empêchement légitime ne s'y oppose.

Afin de déterminer si la production de pièces sollicitée est légitime et nécessaire à la solution du litige, les juges du fond apprécient si :

- les documents non-communicés par le Ministre ne fondent pas l'assignation de ce dernier,

- ces documents contiennent des éléments confidentiels que la société, qui sollicite leur communication, n'a pas vocation à connaître,
- les pièces déjà versées aux débats permettent à la partie réclamante d'organiser sa défense,
- la société, demanderesse à l'incident de communication de pièces, a déjà conclu sur le fond.

Dans ces conditions, la société demanderesse à l'incident de communication de pièces sera présumée disposer d'éléments suffisants de sorte que la divulgation d'éléments complémentaires n'est pas nécessaire à sa défense.

**(Tribunal de commerce de Paris, ...c/Ministre, 29 janvier 2018, n° 2017020533)
(Tribunal de commerce de Paris...c/Ministre, 18 novembre 2019, n°2017025155 et
n°2017025159).**

La cour d'appel de Paris a également jugé que le Ministre était « *libre de communiquer les pièces de son choix, le présent litige étant la chose des parties et chacune d'elles étant libre de communiquer les pièces nécessaires, selon elle, au soutien de ses prétentions.* »

(Cour d'appel de Paris,c/Ministre, 12 juin 2019, n° 18/21153)

2.2.2. La communication de procès-verbaux anonymisés ne cause pas d'atteinte disproportionnée au principe du contradictoire

En 2019, les juges ont eu l'occasion d'affirmer que la communication de procès-verbaux anonymisés aux fins de protection des déclarants ne portait pas atteinte aux droits de la défense.

La cour d'appel de Paris a affirmé que l'anonymisation des procès-verbaux est possible et ne portait pas une atteinte disproportionnée aux droits de la défense, notamment en ces termes : « *la nécessité de démontrer, dans la présente espèce, l'absence de négociation effective entre les parties le conduit à préserver l'anonymat des fournisseurs victimes en occultant certaines mentions des procès-verbaux permettant leur identification, afin que ces procès-verbaux puissent être versés aux débats, ce qui est fréquemment revendiqué par les entreprises mises en cause, sans pour autant risquer de provoquer des représailles à leur encontre. (...) Le procédé ainsi mis en œuvre dans ce dossier ne porte pas une atteinte excessive aux droits de la défense de la société..., la communication de procès-verbaux anonymisés ne causant pas, au regard des circonstances très particulières de l'espèce, une atteinte disproportionnée au principe du contradictoire [...]* ».

Elle ajoute qu'« *en cas contraire, le Ministre ne pourrait pas apporter de preuve relative aux griefs allégués, ou à tout le moins très difficilement.* »

La cour d'appel de Paris a également confirmé que la production de procès-verbaux par le Ministre pour la première fois en cause d'appel était licite.

(Cour d'appel de Paris,c/ Ministre, 12 juin 2019, n° 18/21153)

Dans le même sens, dans une affaire qui opposait le Ministre à une plateforme d'intermédiation en ligne, le Ministre avait décidé de communiquer, au soutien de ses prétentions, des procès-verbaux anonymisés de vendeurs tiers interrogés par les enquêteurs au cours de leur enquête sur les pratiques commerciales de la plateforme d'intermédiation en ligne.

Suivant en tout point le raisonnement du Ministre, le tribunal de commerce de Paris rappelle que : « *l'anonymisation des PV d'audition ne fait nullement obstacle aux droits de la défense* ».

(Tribunal de commerce de Paris, ...c/ Ministre, 02 septembre 2019, n°2017050625)

2.2.3. L'action du Ministre chargé de l'économie n'est pas soumise à une application stricte des principes de loyauté, impartialité et présomption d'innocence, tels qu'issus de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme

En 2019, les juges consulaires ont considéré que le Ministre n'est pas soumis à une obligation stricte d'impartialité.

Le tribunal de commerce a suivi le raisonnement du Ministre en relevant que c'est devant le juge civil que s'apprécie le respect des principes tirés de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme :

« Nul ne peut valablement prétendre que la DGCCRF dont la mission est contenue dans sa dénomination : Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, soit astreinte à une obligation de neutralité lorsqu'elle procède à ces enquêtes alors même qu'elle est chargée de repérer les pratiques qui par hypothèse ont été dissimulées ; qu'en revanche, le législateur en prévoyant l'intervention d'un juge pour décider de la perception ou non d'une amende civile d'un montant élevé (2 millions d'Euros naguère, 5 millions aujourd'hui ou plus), a clairement situé au niveau et au moment du procès les exigences d'impartialité et de présomption d'innocence qui bénéficieront à toutes les parties ».

(Tribunal de commerce de Paris...c/ Ministre, 18 novembre 2019, n°2017025155 et n°2017025159).

2.2.4. L'action du Ministre chargé de l'économie visant une remise exceptionnelle basée sur le CICE

Un donneur d'ordre dans le secteur de la construction de maisons individuelles a sollicité par courrier, en cours d'année, un effort commercial (une réduction tarifaire de 2 % sur le montant total des factures de prestations de travaux) auprès de ses sous-traitants, correspondant aux avantages accordés par l'Etat à ces sous-traitants au titre du CICE. Il a également été constaté la mention d'un taux d'escompte pour paiement anticipé (d'ailleurs pas toujours anticipé) à hauteur de 3 % sur les factures de prestations de travaux.

En considération de ces différents éléments, le tribunal de commerce de Bordeaux a souhaité que la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC) donne un avis sur :

« L'applicabilité d'une remise exceptionnelle « basée sur le CICE » et d'un escompte contractuel entre une société de construction et ses sous-traitants et fournisseurs dans le domaine de la construction de maison individuelle dans le but de faire baisser le coût de la construction et donc du prix supporté par les clients au regard de l'article L. 442-6 1° et 2° »

(Tribunal de commerce de Bordeaux,c/Ministre, 23 mars 2018, n°2017F00532)

Par un avis 18-6 du 7 juin 2018, la CEPC affirme que l'action du Ministre chargé de l'économie visant à sanctionner la captation d'une rente d'un crédit d'impôt est parfaitement recevable au regard des dispositions des articles L. 442-6 I 1° et 2° du code de commerce :

« Une remise liée au bénéfice du CICE, de même qu'un escompte justifié par un délai de paiement non respecté, constituent des avantages sans contrepartie effectivement rendue en violation de l'article L. 442-6-I-1° du code de commerce.

La déduction unilatérale d'une réduction de prix au titre du CICE, de même que l'obtention d'un escompte malgré le non-respect de ses conditions d'attribution, contreviennent aux dispositions de l'article L. 442-6-I-2° du code de commerce si la preuve de la soumission ou de la tentative de soumission du partenaire commercial est rapportée. »

(CEPC avis 18-6, 7 juin 2018)

(Tribunal de commerce de Bordeaux,c/Ministre, 18 janvier 2019, n°2017F00532)

2.2.5. L'action du Ministre chargé de l'économie à l'encontre d'une société absorbante pour des faits imputés à la société absorbée

Les juges du fond ont récemment rappelé, suivant en ce sens un arrêt de la Cour de cassation du 21 janvier 2014 (pourvoi n°A 12-29.166), que le fait d'infliger une amende à une société absorbante pour des faits imputés à la société absorbée ne fait pas obstacle au prononcé d'une amende civile à l'encontre de la personne morale à laquelle l'entreprise a été transmise :

« Vu l'article L.236-3-1 du code de commerce qui stipule :

« La fusion ou la scission entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération... »

La fusion-absorption de [A] par [B] ne peut exonérer cette dernière des fautes commises par [A].

En conséquence, le Tribunal dira que [B], venant aux droits de [A], a rompu brutalement et sans préavis, au sens de l'article L.442-6 I 5° du code de commerce, une relation commerciale établie depuis plus de 17 ans, ce qui engage la responsabilité délictuelle de la société [B] et ouvre droit à des dommages et intérêts. »

(Tribunal de commerce de Lille, ...c/Ministre, 14 novembre 2018, n°2016021008)

Dans cette affaire ayant donné lieu à l'arrêt précité de la Haute juridiction du 21 janvier 2014, la Cour européenne des droits de l'Homme a confirmé que le prononcé d'une amende civile à l'encontre d'une société absorbante pour des faits imputés à la société absorbée ne viole pas le principe de personnalité des peines en ces termes :

«47. La Cour estime que cette approche fondée sur la continuité économique de l'entreprise, qui vise à prendre en compte la spécificité de la situation générée par la fusion-absorption d'une société par une autre, ne contrevient pas au principe de la personnalité des peines tel qu'il se trouve garanti par la Convention (paragraphe 43 ci-dessus).

48. Elle observe en effet qu'en cas de fusion-absorption d'une société par une autre société, il y a transmission universelle du patrimoine et les actionnaires de la première deviennent actionnaires de la seconde (paragraphe 18 ci-dessus), et l'activité économique exercée dans le cadre de la société absorbée, qui était l'essence même de son existence, se poursuit dans le cadre de la société qui a bénéficié de cette opération. Du fait de cette continuité d'une société à l'autre, la société absorbée n'est pas véritablement « autrui » à l'égard de la société absorbante. Ainsi, condamner la seconde à raison d'actes restrictifs de concurrence commis avant la fusion-absorption ne contrevient qu'en apparence au principe de la personnalité des peines, alors que ce principe est frontalement heurté lorsqu'il y a condamnation d'une personne physique à raison d'un acte commis par une autre personne physique.

[...] 52. S'il est vrai qu'à l'issue de cette opération la sociétéa cessé d'exister sur le plan juridique, il n'en reste pas moins que l'activité de l'entreprise dont elle était la structure juridique s'est poursuivie au travers de la société requérante. Le Gouvernement précise à cet égard qu'à l'issue de la fusion-absorption, cette dernière s'est notamment trouvée subrogée dans tous les contrats en cours de la société et est devenue l'employeur de ses salariés. Or c'est précisément pour des actes restrictifs de concurrence commis dans le cadre de cette activité, continuée après la fusion-absorption par la société requérante, que la procédure litigieuse avait été initiée contre la société.....

53. Partant, la Cour estime qu'en prononçant contre la société requérante l'amende civile prévue par l'article L. 442-6 du code de commerce, sur le fondement du principe de la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise, les juridictions internes n'ont pas porté atteinte au principe de la personnalité des peines ».

(CEDH, c/ France, 1^{er} octobre 2019, n°37858/14)

2.2.6. La recevabilité des demandes formulées par le Ministre à l'encontre d'une société non signataire du contrat engendrant des pratiques restrictives de concurrence

S'agissant de la recevabilité des demandes formulées par le Ministre chargé de l'économie à l'encontre d'une société qui n'est pas signataire des contrats conclus avec les parties victimes des pratiques restrictives de concurrence, les juges ont affirmé leur recevabilité considérant que le partenariat économique s'étend aux sociétés assignées, même si elles n'ont pas elle-même signé les contrats avec les parties victimes des pratiques illicites.

Dans cette affaire qui opposait le Ministre à un réseau de franchise dans le secteur de la restauration rapide, le tribunal de commerce de Rennes affirme ainsi que « [...] la soumission ou la tentative de soumission ne trouve pas uniquement son origine à l'occasion de la négociation et de la conclusion d'un contrat mais également lors de son exécution. »

Il analyse ainsi, un faisceau d'indices, pour établir la qualité à défendre des sociétés poursuivies par le Ministre, retenant notamment pour caractériser l'existence d'un partenariat, la durée de la relation contractuelle, mais aussi la qualité de Franchiseur et donc de « pilote » du réseau de franchise entre les franchisés et les sociétés poursuivies par le Ministre.

(Tribunal de commerce de Rennes,c/ Ministre, 22 octobre 2019, n°2017F00131)

Dans une affaire qui opposait le Ministre à une plateforme d'intermédiation et de vente en ligne, le tribunal de commerce de Paris a reconnu la qualité de partenaire commercial au sens des dispositions de l'article L.442-6 du code de commerce à une société non signataire du contrat poursuivi par le Ministre au motif qu'elle avait fourni les moyens permettant d'assurer l'exécution du contrat comportant les clauses restrictives de concurrence :

« Attendu que le partenariat économique s'étend aux sociétés, même si elles n'ont pas elles-mêmes conclu de contrats avec le client (ici le vendeur tiers), qui ont pris personnellement part aux pratiques restrictives de concurrence, concouru aux dommages causés par leur partenaire en raison de ces pratiques en fournissant les moyens et assuré l'exécution du contrat comportant des clauses manifestement déséquilibrées, que de surcroît en l'espèce, si ... n'est pas partie au contrat conclu entre les vendeurs et ..., elle a conclu avec cette dernière une convention pour assurer une partie des services relatifs à ces contrats ; que les liens entre ...et ...ont donc bien pour objet le développement de l'activité de cette dernière qui repose notamment sur des relations entre ... et les vendeurs tiers cocontractants d'... ;

Attendu qu'il résulte de tout ce qui précède que ... est, au sens de l'article L 442-6 I 2° du code de commerce, un partenaire commercial d'... avec qui elle est associée dans une action de développement de la place de marché, ce qui l'a conduit à des relations avec des vendeurs tiers, et qu'elle a ainsi participé aux pratiques dénoncées par le Ministre ».

(Tribunal de commerce de Paris,c/ Ministre, 02 septembre 2019, n°2017050625)

2.2.7. La recevabilité des interventions volontaires à l'action initiée par le Ministre

En 2019, les juges du tribunal de commerce de Paris se sont également prononcés sur les conditions de validité des interventions volontaires des parties victimes des pratiques restrictives de concurrence poursuivies par le Ministre dans une affaire qui l'opposait à un réseau de franchise dans le secteur de la restauration rapide. Les sociétés assignées par le Ministre sollicitaient en effet du tribunal de commerce de Paris qu'il déclare irrecevables les interventions volontaires constituées par les franchisés du réseau au motif que :

- les personnes privées ne peuvent défendre leurs intérêts privés en intervenant volontairement à l'action du Ministre qui a pour fondement la défense de l'ordre public économique ;
- en présence d'une clause d'arbitrage, lorsque l'arbitre n'est pas encore saisi, le juge doit laisser à l'arbitre le soin de statuer sur les questions de compétence et donc se déclarer incompétent ;
- les dispositions de l'article L.442-6 I 2° du code de commerce sont inapplicables aux contrats de franchise conclus avant l'entrée en vigueur de l'article L.442-6 I 2° du code de commerce ;
- les anciens franchisés dont le contrat est venu à expiration n'ont pas d'intérêt à agir.

1 - Par jugement prononcé le 28 mai 2019, le tribunal de commerce de Paris est venu préciser, comme déjà analysé dans la partie 2.2.1, que :

« Il apparait d'évidence que le partenaire lésé est nécessairement intéressé à connaître d'une action du Ministre qui vise notamment à rendre nulles des clauses d'un contrat auquel il est partie.

[...]

L'obligation faite au Ministre d'informer les victimes des agissements visés par l'action qu'il engage sur le fondement de l'article L.442-6 III, alinéa 2, du code de commerce, a pour but, selon la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel, dans sa réponse à la QPC n°2011-126 du 13 mai 2011, d'assurer le respect du droit du partenaire lésé au recours juridictionnel. Le Conseil constitutionnel précise que les parties se prétendant victimes des pratiques visées par l'action du Ministre ont la faculté de « se joindre à celle de l'autorité publiques par voie d'intervention volontaire », termes que fait sien la Cour européenne des droits de l'homme, en page 7 de sa décision (cinquième section, requête numéro 51225/08, GALEC c/ France). Ainsi, ni le Conseil constitutionnel, ni la Cour européenne des droits de l'homme ne contestent le droit pour une personne privée de défendre ses intérêts privés dans l'instance engagée par le Ministre pour défendre l'ordre public économique. »

2 - Le tribunal de commerce de Paris affirme également dans son jugement qu'un franchisé peut intervenir volontairement à une action initiée par le Ministre chargé de l'économie qui agit en annulation d'une clause compromissaire même si cette clause a été validée au préalable par une sentence arbitrale en ces termes : « [...] la décision de nullité partielle ou totale de la clause compromissaire qu'est susceptible de rendre le tribunal de commerce de Paris, qui sera fondée sur le respect de l'ordre public, constituera une circonstance nouvelle qui viendra dans cette hypothèse anéantir rétroactivement le contrat ou la clause sur le fondement duquel aura été rendue la sentence arbitrale. Dans cette hypothèse le juge arbitral aura fondé sa décision sur la prise en considération d'un état de droit qui sera apparu rétroactivement comme erroné.

[...]

En conséquence, il n'y a pas lieu pour le tribunal de statuer in limine litis sur l'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales, puisqu'il lui suffira de constater que sa décision sur le fond, qui sera une décision ayant l'autorité de la chose jugée en matière d'ordre public, constituera une circonstance nouvelle qui viendra le cas échéant anéantir rétroactivement le contrat ou la clause sur le fondement duquel auront été rendues les sentences arbitrales, que l'éventuelle disparition rétroactive du fondement juridique de ces décisions leur fera alors perdre l'autorité de la chose jugée et permettra donc à la partie qui avait succombé d'engager une nouvelle action. Sont à cet égard sans effet que les intervenantes volontaires aient été ou non condamnées par ces sentences arbitrales, d'éventuelles condamnations ayant alors perdu l'autorité de la chose jugée. »

3 - Sur la recevabilité des interventions volontaires relatives à des contrats de franchise conclus avant l'entrée en vigueur de l'article L.442-6 I 2° du code de commerce issu de la loi de Modernisation de l'Economie (LME) du 4 août 2008, le tribunal de commerce de Paris affirme dans son jugement rendu le 28 mai 2019 qu' « *il est constant que les dispositions de l'article L.442-6 I 2° du code de commerce, issu de la loi « LME » du 4 août 2008, répondent à des considérations d'ordre public particulièrement impérieuses. Il est constant également que les contrats d'adhésion en cause dans la présente instance sont conclus à durée déterminée pour une durée de vingt ans, ce qui protège la partie qui en impose les clauses de toute évolution législative pendant une durée excessive, qui notamment excède largement la prévisibilité économique.*

Il convient donc en l'espèce d'appliquer aux contrats encore en cours après la date d'entrée en vigueur de la loi du 4 août 2008, les dispositions de l'article L.442-6 I 2° du code de commerce. »

4 - -Enfin, s'agissant des interventions volontaires exercées par d'anciens franchisés dont le contrat est venu à expiration, le tribunal de commerce de Paris affirme que les interventions sont recevables en retenant que les intervenants volontaires : « *agissent aux fins de voir dire nul le contrat qui les lie à ou certaines de ses clauses, droit fondamental qui ne saurait leur être nié. La prescription de leur action est prévue par les dispositions de l'article 2224 du code civil, qui dispose que : « les actions personnelles ou mobilières se prescrivent pas cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. » Il n'est pas démontré par que serait prescrit, au visa de l'article 2224 du code civil, le droit d'agir des intervenants volontaires relativement à leurs prétentions, alors que celles-ci sont de nature délictuelle et dépendent de la décision judiciaire non encore rendue sur une éventuelle nullité contractuelle. »*

(Tribunal de commerce de Paris,c/ Ministre, 28 mai 2019, n°2017005123)

2.3. Le fond

2.3.1. Déséquilibre significatif (L. 442-6 I 2° du code de commerce dans sa version en vigueur avant l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées)

Les apports de la jurisprudence en matière de déséquilibre significatif ont consisté à :

- préciser les notions de soumission et de tentative de soumission ;
- illustrer les obligations pouvant créer un déséquilibre dans les droits et les obligations des parties ;
- affirmer que le règlement européen « Platform to Business » dont les dispositions n'étaient pas encore entrées en vigueur n'a aucune incidence sur l'interprétation du droit national faite par les juridictions.

➤ Sur les critères de soumission et de tentative de soumission à un déséquilibre significatif

S'agissant des critères permettant d'apprécier l'existence d'une soumission ou d'une tentative de soumission à un déséquilibre significatif, deux principes ont été confirmés par un arrêt prononcé par la Cour de cassation (n°18-12.823) le 20 novembre 2019 et un jugement rendu par le tribunal de commerce de Paris le 2 septembre 2019 (n°2017050625):

- la preuve de la soumission implique la démonstration de l'absence de négociation effective des clauses ou pratiques incriminées ;
- l'existence d'un rapport de force économiquement déséquilibré entre les parties.

En effet, la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 20 novembre 2019, rappelle dans un premier temps que la « *soumission ou la tentative de soumission d'un fournisseur ou partenaire commercial, premier élément constitutif de la pratique de déséquilibre significatif, implique de démontrer l'absence de négociation effective des clauses incriminées et que, si la structure d'ensemble du marché de la grande distribution peut constituer un indice de l'existence d'un rapport de force déséquilibré, se prêtant difficilement à des négociations véritables entre distributeurs et fournisseurs, ce seul élément ne peut suffire et doit être complété par d'autres indices établissant l'absence de négociation effective.*»

(Cour de cassation,...c/ Ministre, 20 novembre 2019, n°18-12.823)

Pour établir l'existence de la soumission des vendeurs-tiers par une société d'intermédiation en ligne à des clauses créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, le tribunal de commerce de Paris a, quant à lui, affirmé que la soumission peut être établie par un faisceau d'indices révélant notamment l'existence d'un rapport de force économique déséquilibré entre les parties au contrat.

Ainsi, le tribunal de commerce relève 3 indices pertinents:

1 - L'absence de négociation du contrat conclu entre les vendeurs tiers et la place de marché en ligne.

Le tribunal de commerce de Paris justifie toutefois cette absence de négociation dans le cadre d'une place de marché en raison de la nécessaire automatisation de la place de marché mais aussi « *de la nécessité d'offrir aux consommateurs des modalités, conditions et prestations identiques pour tous les produits présentés sur un même écran, quel que soit le vendeur tiers [...]* ».

Il précise surtout que « *le principe de libre négociabilité n'est pas sans limite, que, particulièrement dans un contrat d'adhésion, dans lequel le cocontractant n'a aucune possibilité de négocier les clauses*

du contrat, il revient au tribunal d'apprécier si certaines d'entre elles ne se traduisent pas par un déséquilibre des droits et obligations des deux parties ;

Attendu que ne conteste pas que les vendeurs tiers ne puissent négocier aucune clause de leur contrat d'origine pas plus que des avenants ; qu'elle démontre certes que dans le cas des places de marché, la non négociabilité du contrat par le vendeur tiers est consubstantiel au fonctionnement même de la place de marché ce que le tribunal ne conteste nullement ;

Attendu que pour autant, cette situation ne justifie pas que certaines clauses des contrats puissent présenter un caractère de déséquilibre manifeste et ce d'autant plus vu l'importance considérable de la place de marché d'.....».

Le tribunal valide donc le principe selon lequel plus un acteur économique est puissant, plus il doit se responsabiliser et s'assurer que son contrat, de plus fort s'il s'agit d'un contrat d'adhésion, ne contienne pas de clauses significativement déséquilibrées.

2 - La puissance de marché de la société d'intermédiation en ligne en comparaison avec les autres places de marché.

Le tribunal retient que la place de marché est incontournable et qu'il ne peut y avoir d'alternative comparable à celle-ci :

« [...] il n'est plus sérieux dans la fin du premier quart du XXI siècle de soutenir que les magasins physiques seraient une alternative suffisante pour un petit distributeur ; qu'en effet les magasins, en dehors dans une certaine mesure de très grandes surfaces (comme les grands magasins, supermarchés et le commerce de grand luxe), ne sont pas dans une situation comparable pour le consommateur final [...] »

Le tribunal considère ainsi *« qu'..... est le plus grand vendeur en ligne B to C de produits marchands finis et dispose de la plus grande place de marché à tout point de vue ; son chiffre d'affaire mondial est de 250 milliards \$ en 2018 et en France de 5 milliards € soit 3 fois plus élevé que celui de son concurrent le plus important (C. Discount) ».*

3 - Le caractère en pratique relativement incontournable de la place de marché pour les « petits vendeurs tiers ».

Sur ce point, le tribunal considère que la place de marché est incontournable de sorte que *« le recours pour un vendeur tiers à la création de son propre site de vente en ligne, ou l'utilisation de celui dont il disposerait déjà, n'est nullement une alternative sauf pour les plus gros fournisseurs/distributeurs [...] ».*

Au regard de ce faisceau d'indices, le tribunal a considéré que l'élément de soumission était caractérisé en l'espèce.

(Tribunal de commerce de Paris,c/ Ministre, 02 septembre 2019, n°2017050625)

➤ Sur l'appréciation du déséquilibre significatif

S'agissant des modalités d'appréciation des obligations pouvant créer un déséquilibre significatif, les juges ont rappelé que l'existence d'obligations pouvant créer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties peut se déduire :

- d'une absence totale de réciprocité à une obligation;
- d'une absence totale de contrepartie à une obligation ;
- du caractère potestatif d'une clause ;
- de la disproportion importante entre les obligations respectives des parties.
- de la réduction conséquente de la facture du cocontractant au titre d'un paiement anticipé, sans contrepartie, et sans rééquilibrage par d'autres clauses du contrat.

(Tribunal de commerce de Paris,...c/ Ministre, 02 septembre 2019, n°2017050625)

(Cour d'appel de Paris, ...c/ Ministre, 12 juin 2019, n°18/20323)

(Tribunal de commerce de Rennes, ...c/ Ministre, 22 octobre 2019, n°2017F00131)

➤ Sur l'absence d'intérêt d'ordonner la cessation des pratiques litigieuses pour l'avenir dans l'attente de l'entrée en vigueur du règlement « Platform to Business »

Les sociétés d'un groupe spécialisé dans la fourniture de services d'intermédiation en ligne soutenaient que la proposition de règlement européen 2019/1150 du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices des services d'intermédiation en ligne qui pose des exigences concernant les contrats conclus entre une place de marché en ligne et les vendeurs tiers qui y commercialisent les biens justifierait que le tribunal de commerce de Paris, s'il venait à reconnaître l'illicéité des clauses visées par le Ministre, ne fasse pas droit aux mesures de cessation des pratiques pour l'avenir formulées par le Ministre, aux motifs que celles-ci pourraient être contraires aux dispositions du Règlement et discriminaient les sociétés défenderesses en les plaçant dans une position de désavantage par rapport aux autres acteurs du secteurs.

L'objectif poursuivi par ces sociétés était d'écarter le droit national des pratiques restrictives de concurrence en prétendant que le règlement européen 2019-1150, qui n'était pas encore entré en vigueur, aurait un objectif d'harmonisation maximum.

Le tribunal de commerce de Paris a considéré qu'il y avait lieu d'ordonner la cessation des pratiques litigieuses pour l'avenir et que dans l'attente de l'entrée en vigueur du règlement européen, les règles de droit qui lui sont applicables sont celles en vigueur au moment où il se prononce :

« Attendu cependant que, contrairement à ce que soutient ..., l'article 1.4 dudit projet dispose : « le présent règlement est sans préjudice des règles nationales qui, conformes au droit de l'Union, interdisent ou sanctionnent les comportements unilatéraux ou les pratiques déloyales dans la mesure ou les aspects pertinents ne sont pas régies par le présent règlement » ; que cette formulation correspond en droit français notamment aux pratiques qui contreviennent à l'article L. 442-6 du code de commerce qui, en l'état de la jurisprudence de la CJCE est conforme au droit de l'Union ; que par ailleurs le dit projet n'est pas à ce stade définitif et qu'à ce stade d'entrée en vigueur, 12 mois après sa publication en langue française est inconnue ; que de plus les modifications aux contrats qu'.....aurait l'intention d'y apporter ne sont ni connues ni a fortiori entrées en vigueur ;

Attendu qu'enfin et surtout l'article 12 du code de procédure civile dispose que le « juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables » ce que signifie en l'état du droit au moment où il se prononce ;

Attendu qu'il résulte de ce qui précède que le moyen d'... sur le fait que dans l'attente d'un Règlement européen il n'y aurait lieu d'ordonner des pratiques litigieuses dans l'avenir est non fondé en droit ;[...] ».

(Tribunal de commerce de Paris,...c/ Ministre, 02 septembre 2019, n°2017050625)

2.3.2. Obtention d'un avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné (article L. 442-6 I 1° du code de commerce dans sa version en vigueur avant l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées)

Les décisions relatives à l'avantage sans contrepartie concernent :

- des services de coopération commerciale fictifs ;
- le financement d'une loterie par les fournisseurs d'un distributeur dans le secteur de la grande distribution alimentaire ;
- la captation par un constructeur de maisons individuelles du crédit d'impôt CICE ;

Dans sa décision du 31 janvier 2019, la cour d'appel de Grenoble reconnaît que la fourniture d'études marketing et de données statistiques facturées par une enseigne de la grande distribution à ses fournisseurs constitue des services de coopération commerciale fictifs lorsque : « [...] *les données chiffrées utilisées par la pour la réalisation de son rapport proviennent du panéliste auprès duquel a souscrit un contrat de fournitures de statistiques pour 2005 et 2006 et pour un coût de 12 000 euros.*

Les deux rapports soit pour 2005 et 2006 réalisés par lapour sont versés aux débats.

Il convient de constater que ces deux rapports de quelques pages composés essentiellement de tableaux ne sont pas spécifiques à dans la mesure où pour partie les produits cités ne correspondent pas à l'activité de ce fournisseur, que les données statistiques utilisées ne sont pas réalisées par la mais sont fournies par en exécution d'un contrat conclu avec et que les conclusions de ce rapport se limitent à l'énoncé de quelques constatations d'ordre général et ne font aucune référence aux produits spécifiques de

Il convient dès lors de constater que le contenu de ces deux rapports constitue un service commercial manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu à hauteur de la somme de 730 113 euros au sens de l'article susvisé et ce indépendamment de l'appréciation énoncée par dans sa lettre du 23 mai 2007. »

(Cour d'appel de Grenoble, ...c/ Ministre, 31 janvier 2019, n°12/02494)

Dans sa décision du 18 janvier 2019, le tribunal de commerce de Bordeaux, suivant en tout point l'avis 18-6 de la CEPC, affirme que les pratiques consistant à imposer de manière unilatérale la réduction du prix d'une prestation au titre du CICE ainsi que l'escompte justifié par un délai de paiement non respecté sont recevables au regard des dispositions de l'article L 442-6 I 1° du code de commerce : « *l'article L. 442-6 I 1° est bien applicable tant à la remise de 2% au titre du CICE qu'à l'escompte pour paiement anticipé.*»

(Tribunal de commerce de Bordeaux, ...c/ Ministre, 18 janvier 2019, n°2017F00532)

Le tribunal de commerce de Paris reconnaît également dans sa décision du 27 mai 2019 que le financement d'une loterie par les fournisseurs d'un distributeur dans le secteur de la grande distribution alimentaire constitue un avantage sans contrepartie en ces termes :

« Attendu que pour écarter l'application de cette disposition [L442-6 I 1° du code de commerce], les défenderesses font valoir que les fournisseurs participants à la dotation de ces loteries se sont engagés librement, que le coût moyen de leur participation est dérisoire par rapport à celui supporté par les enseignes et que, au surplus, tous les fournisseurs en ont tiré avantage puisqu'ils ont vu leur chiffre d'affaires augmenter de l'ordre de 10%.

[...] Attendu que la comparaison du coût des loteries supporté par chacune des parties est inopérante s'agissant de qualifier non pas un déséquilibre mais un avantage sans contrepartie,

Attendu enfin que, sauf à dénaturer le sens des mots, les qualificatifs retenus par le texte de « avantage quelconque » et de « service commercial effectivement rendu » renvoient à un avantage propre, ainsi que le souligne l'usage du terme « correspondant à »,

Attendu qu'il en résulte que chaque fournisseur sollicité pour offrir un lot aurait dû en retirer un avantage particulier, nécessairement distinct de l'avantage général et diffus de l'augmentation du chiffre d'affaires dont auraient bénéficié « tous les fournisseurs » comme avancé par les défenderesses,

Attendu qu'il est constant qu'aucun avantage propre leur a été consenti, comme par exemple aurait pu l'être l'affichage de leur nom au regard du cadeau offert,

Le tribunal constatera que les défenderesses se sont rendues coupables de l'infraction visée par l'article L.442-6-I, 1° du code de commerce, leur fera injonction de cesser cette pratique et les condamnera in solidum à verser au Trésor Public les sommes indûment perçues à hauteur de 25 982,06 € pour les cadeaux à charge pour ce dernier de les restituer aux fournisseurs concernés »

(Tribunal de commerce de Paris,c/ Ministre, 27 mai 2019, n°2017009020)

II. L'ACTIVITE CONTENTIEUSE DE L'ANNEE 2019 AU PLAN PENAL

Les pratiques décrites au titre IV du livre IV du code de commerce, consacré à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, tombent dans une large mesure sous le coup de sanctions civiles depuis 2008 et sous le coup de sanctions administratives depuis la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 précitée, le législateur ayant largement dépénalisé la matière.

En outre, le non-respect des règles de facturation est désormais également passible de sanctions administratives pour les factures émises à compter du 1^{er} octobre 2019, suite à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées. Sont désormais prohibés et pénalement sanctionnés les prix minimum imposés, la revente à perte et le paracommercialisme (fait pour une association de se livrer à une activité commerciale sans le mentionner dans ses statuts – obligation prévue à l'article L. 442-10 du code de commerce).

L'administration procède chaque année à des contrôles permettant de vérifier que les dispositions du titre IV du livre IV du code de commerce sont respectées.

Selon les situations rencontrées et la gravité des faits constatés, lorsqu'un opérateur enfreint la réglementation, un avertissement peut suffire à obtenir qu'il revienne à un strict respect de la loi.

Depuis la loi du 17 mars 2014, les agents chargés de la concurrence et de la consommation ont également le pouvoir d'enjoindre aux professionnels de se mettre en conformité avec la réglementation. En revanche, pour des faits plus graves, ces mêmes agents peuvent établir des procès-verbaux qui sont transmis au Parquet pour d'éventuelles poursuites pénales.

Parmi les dossiers transmis aux procureurs par les agents de la CCRF, certains donnent lieu soit à une transaction ou composition pénale, soit à une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, soit à un jugement.

1. Bilan des suites contentieuses pénales de l'action de la DGCCRF¹

Facturation	
PV	81
Transaction	65
Jugement	13
Arrêt	0
Paracommercialisme (fait pour une association à se livrer à une activité commerciale sans le mentionner dans ses statuts)	
PV	3
Transaction	1
Jugement	0
Arrêt	0
Revente à perte	
PV	1
Transaction	1
Jugement	2
Arrêt	0

¹ Ces données correspondent au nombre de PV émis, au nombre de transactions conclues ou au nombre de décisions rendues dans l'année 2019. Pour une même année, il n'y a aucune corrélation entre le nombre de PV et les différents types de suites pénales, qui ont été engagées antérieurement à 2019.

TOTAUX	
PV	85
Transactions	67
Jugements	15
Arrêts	0

Depuis la mise en place de sanctions administratives en cas de non-respect des règles relatives aux délais de paiement interprofessionnels, la quasi-totalité des infractions relevées porte désormais sur le non-respect des règles de facturation, qui ont fait l'objet de 81 PV en 2019 (contre 132 en 2018 et 152 en 2017).

Dans la très grande majorité des cas, les suites apportées aux constatations sont des transactions, quel que soit le type d'incrimination. Ainsi au total, 67 dossiers ont fait l'objet d'une transaction et 17 décisions judiciaires sont intervenues en 2019. La voie transactionnelle reste donc largement privilégiée par les parquets.

2. Montant des transactions et des amendes

Le montant des transactions s'est élevé en 2019 à 184 860 € (contre 1 153 020 € en 2018 et 713 510 € en 2017). Cette forte diminution s'explique par la dépenalisation des règles de facturation intervenue au début de l'année 2019 suite à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées.

Quant au montant des amendes pénales prononcées, les jugements ou arrêts, rendus sur des faits plus anciens, aboutissent à un total de 549 080 € en 2019, soit un chiffre supérieur à celui de 2018 (342 000 €).

Type de pratiques	Montant des transactions en €	Montant des amendes en €
Facturation	183 960	547 080
Para-commercialisme	500	0
Revente à perte	400	2 000
TOTAUX	184 860	549 080

Le montant des amendes prononcées en 2019 est donc en augmentation : 547 080 € en ce qui concerne les infractions aux règles de facturation.

Au cours de l'année 2019, il n'y a pas eu de décision de justice significative rendue en matière de facturation.

III. L'ACTIVITE CONTENTIEUSE DE L'ANNEE 2019 AU TITRE DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES

A. SANCTIONS ADMINISTRATIVES POUR MANQUEMENTS AU FORMALISME

En matière de manquements aux règles de facturation visées à l'article L. 441-3 du code de commerce (transféré à l'article L. 441-9 par l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019), 2 amendes administratives ont été notifiées en 2019 pour un montant total de 19 000 €.

3 amendes d'un montant total d'environ 4 300 000 € ont été notifiées en 2019 pour manquements à l'article L. 441-7 I du code de commerce dans sa rédaction et sa numérotation en vigueur à la date des faits (devenue l'article L. 441-3 par l'ordonnance n° 2019-359).

Ces amendes ont été prononcées contre trois enseignes de la grande distribution pour manquements à l'obligation de signature des conventions conclues avec les fournisseurs au plus tard le 1^{er} mars de l'année de leur application.

B. SANCTIONS ADMINISTRATIVES POUR RETARDS DE PAIEMENT

Le respect des délais de paiement fait l'objet d'un plan de contrôle annuel et national qui constitue, depuis plusieurs années, une priorité pour la DGCCRF.

Dans le cadre de son plan de contrôle pour l'année 2019, il a été demandé à la DGCCRF de cibler les principaux donneurs d'ordre, compte tenu de l'impact économique important de leurs éventuels retards de paiement et du risque qu'ils se répercutent sur toute la chaîne économique, et les entreprises publiques soumises au code de la commande publique, pour ne pas sanctionner les seuls retards de paiement du secteur privé.

Par ailleurs, si des retards importants de paiement de certains clients de l'entreprise contrôlée sont constatés, les informations relatives aux clients mauvais payeurs sont transmises à la DIRECCTE dans le ressort de laquelle ils sont implantés pour que cette dernière procède à leur contrôle.

Depuis l'adoption de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 dite « LME » instaurant une action autonome de la DGCCRF visant à faire sanctionner les dépassements des délais de paiement légaux, plusieurs évolutions législatives ont contribué à renforcer l'efficacité du régime de sanctions. La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation a instauré un régime de sanctions administratives directement prononcées par la DGCCRF par l'intermédiaire des DIRECCTE. La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques a étendu le champ des contrôles de la DGCCRF aux entreprises soumises aux règles de la commande publique. La DGCCRF n'est en revanche pas habilitée à contrôler les délais de paiement de l'Etat et des collectivités territoriales. La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a relevé de 375 000 euros à 2 millions d'euros le plafond de l'amende en cas de retards de paiement et a systématisé la publication de la décision de sanction pour les entreprises soumises au code de commerce (pratique du « name and shame »).

Dans le cadre du contrôle des délais de paiement interentreprises, 1 517 établissements ont été contrôlés en 2019. Le taux d'établissements en anomalie relevé, tous délais de paiement confondus, s'est établi à 30,8 %. L'augmentation de ce taux (pour rappel, 25% en 2018) s'explique notamment par une amélioration du ciblage des contrôles qui permet de viser les entreprises davantage susceptibles de méconnaître les dispositions relatives aux délais de paiement.

Les suites données à ces dépassements de délais de paiement légaux ont conduit à délivrer :

- 169 avertissements (envoi d'un courrier au professionnel) pour les cas de dépassements non significatifs, demandant aux entreprises de veiller au respect de la loi et les avisant qu'un nouveau contrôle interviendrait ultérieurement et pourrait, le cas échéant, donner lieu à des sanctions ;
- 30 injonctions à se conformer aux obligations légales et à cesser tout agissement illicite, principalement pour les cas de manquement au formalisme de la facture ;
- 271 procès-verbaux de sanction administrative.

1. Bilan des amendes administratives au titre de l'année 2019

En 2019, 271 procédures, représentant au total près de 34,9 millions d'euros ont été lancées, dont :

- 209 sanctions, représentant une somme de plus de 22,4 millions d'euros, ont été prononcées,
- 62 procédures de sanction pour un montant envisagé de près de 11,5 millions d'euros ont été engagées.

➤ **Répartition des amendes par montant (en nombre d'amendes):**

Amendes inférieures à 10 000 €	68
Amendes entre 10 000 et < à 20 000 €	36
Amendes entre 20 000 et < à 30 000 €	19
Amendes entre 30 000 et < à 40 000 €	10
Amendes entre 40 000 et < à 50 000 €	9
Amendes entre 50 000 et < à 100 000 €	26
Amendes entre 100 000 € et < à 150 000 €	9
Amendes entre 150 000 € et < à 200 000 €	5
Amendes entre 200 000 et < 300 000 €	12
Amendes > à 300 000 €	15

➤ **Répartition des amendes par secteur (en euros) :**

Type de secteur (sections NAF)	Total des amendes notifiées	Total des amendes pré-notifiées	Totaux	Amende la plus élevée
Agriculture, sylviculture et pêche	1 000 €	- €	1 000 €	1 000 €
Industrie manufacturière	4 082 800 €	3 175 900 €	7 258 700 €	390 000 €
Production et distribution d'électricité, de gaz, de vapeur et d'air conditionné	1 975 700 €	160 000 €	2 135 700 €	1 800 000 €
Production et distribution d'eau ; assainissement, gestion des déchets et dépollution	542 000 €	- €	542 000 €	210 000 €
Construction	630 000 €	890 800 €	1 520 800 €	350 000 €
Commerce ; réparation d'automobiles et de motocycles	1 313 500 €	823 500 €	2 137 000 €	360 000 €
Transports et entreposage	4 862 000 €	1 597 500 €	6 459 500 €	1 600 000 €
Services d'hébergement et de restauration	90 000 €	950 000 €	1 040 000 €	90 000 €
Information et communication	5 392 000 €	434 000 €	5 826 000 €	3 700 000 €
Activités financières et d'assurance	450 000 €	12 000 €	462 000 €	375 000 €
Activités immobilières	35 000 €	2 000 €	37 000 €	35 000 €
Activités spécialisées, scientifiques et techniques	2 991 000 €	3 355 000 €	6 346 000 €	900 000 €
Activités de services administratifs et de soutien	60 000 €	45 000 €	105 000 €	25 000 €
Enseignement	10 000 €	- €	10 000 €	10 000 €
Santé humaine et action sociale	1 000 €	- €	1 000 €	1 000 €
Arts, spectacles et activités récréatives	2 200 €	14 500 €	16 700 €	2 200 €

➤ La mesure complémentaire de publication des décisions d'amende

L'ensemble des contrôles ayant porté sur des manquements postérieurs à la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 (mais antérieurs à la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019) prévoyant que la publication de la décision de sanction est désormais systématique (à l'exception de celles relatives aux entreprises publiques soumises aux règles de la commande publique), toutes les décisions prononcées en 2019 ont fait l'objet d'une publication.

En 2019, 194 décisions ont fait l'objet d'une publication sur le site internet de la DGCCRF.

Quand l'ampleur et l'impact des manquements relevés le justifiaient, les DIRECCTE ont également pu prononcer des mesures complémentaires de publication sur les sites internet des sociétés concernées.

2. Les principaux manquements constatés en 2019

2.1 Les constatations relatives aux entreprises soumises aux délais de paiement prévus par le code de commerce

Les contrôles menés confirment que les entreprises ont plutôt une bonne connaissance du dispositif général actuellement en vigueur en matière de délais de paiement, à l'exception toutefois des délais spécifiques aux factures périodiques.

Les délais de paiement sectoriels restent moins bien respectés que les délais convenus alors que, paradoxalement, la réglementation de ces délais est relativement ancienne et constante.

En particulier, les délais plafonds de paiement des prestations de transport et de fourniture de denrées périssables, respectivement visés aux 5° et 2° ou 3° du II de l'article L. 441-11 du code de commerce, sont fréquemment dépassés.

Les retards de paiement d'une entreprise s'explique généralement par une organisation mal adaptée à la réglementation : nombre insuffisant de campagnes de paiement au cours d'un même mois, circuits de vérification et de validation internes trop longs ou trop complexes, en particulier lorsque les services de comptabilité sont délocalisés, externalisés ou partagés. Certaines entreprises n'anticipent pas l'échéance des factures qui sont alors mises en paiement une fois qu'elles sont échues. D'autres enregistrent toutes les factures en fin de mois, quelle que soit leur date de réception, et calculent la date d'échéance à partir de cette date d'enregistrement.

S'agissant des manquements aux délais de paiement des prestations de transport, plusieurs facteurs de retard sont avancés par les entreprises :

- des achats de prestation sans commande préalable ;
- une sous-traitance entre concurrents qui ne donne pas toujours lieu à une convention de compensation entre créances ou dettes réciproques ;
- un important formalisme notamment lié au processus de réception et de validation de documents (tels que la lettre de voiture ou le bon de réception).

S'agissant des manquements aux délais de paiement des denrées périssables, les viandes fraîches figurent souvent sur la même facture et sont alors payées en même temps que les autres denrées périssables même si leur délai de paiement légal est plus court (20 jours après la date de livraison au lieu de 30 jours fin de décade de livraison).

De manière générale, les entreprises avancent régulièrement l'argument de la réception tardive des factures pour justifier des retards de paiement même si l'article L. 441-9 du code de commerce prévoit un principe de coresponsabilité du vendeur, qui est tenu de délivrer la facture dès la réalisation de la prestation, et de l'acheteur qui est tenu de la réclamer. L'introduction par l'ordonnance n° 2019-359 du

24 avril 2019 de la mention obligatoire du numéro du bon de commande lorsqu'il a été préalablement établi par l'acheteur et de l'adresse de facturation, en cas de différence avec l'adresse de l'entreprise, devrait néanmoins permettre d'éviter les difficultés à cet égard et faciliter ainsi le paiement des factures dans le respect des délais légaux.

L'existence de litiges explique également parfois les retards de paiement. En effet, en cas de litige, les sociétés préfèrent souvent attendre la réception de l'avoir correspondant à la facture litigieuse pour procéder au paiement.

De la même manière, les entreprises font régulièrement valoir des erreurs dans le formalisme des factures pour justifier leurs retards de paiement alors même que la prestation faisant l'objet de la créance n'est pas elle-même contestée. Ces erreurs concernent fréquemment des factures de PME et portent généralement sur les mentions des conditions d'escompte, du taux de pénalités de retard et de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement.

Certaines situations spécifiques et certaines justifications dûment prouvées peuvent, au cas par cas, être prises en compte par les DIRECCTE pour définir le périmètre des manquements et calculer l'amende éventuellement prononcée.

2.2 Les constatations relatives aux entreprises soumises aux délais de paiement prévus par le code de la commande publique

Les contrôles de ces entreprises se sont poursuivis en 2019. 83 entreprises publiques (au sens de la réglementation des délais de paiement) ont ainsi été contrôlées en 2019 dans des secteurs variés tels que les réseaux d'énergie, l'immobilier, la santé, l'audiovisuel, le transport de personnes ou le tourisme.

S'agissant des retards de paiement des personnes morales de droit privé, il a de nouveau été constaté que certaines de ces entreprises qualifiables à la fois d'entreprises publiques et de pouvoirs adjudicateurs, et donc soumises aux délais visés par le code de la commande publique, appliquaient les délais visés par le code de commerce alors que le point de départ des délais de la commande publique leur est plus favorable (date de réception de la demande de paiement au lieu de la date d'émission de la facture).

Par ailleurs, d'autres confusions entre les modalités d'application de ces différents délais de paiement ont pu être constatées chez certains opérateurs. En effet, les délais visés par le code de la commande publique sont, contrairement à ceux prévus par le code de commerce, applicables quel que soit le type d'achats effectués car ils sont uniquement liés au profil de l'acheteur.

S'agissant des délais de paiement des personnes morales de droit public, le partage des tâches éventuel entre l'ordonnateur et le comptable a pu conduire à des retards de paiement. Cependant, en vertu du principe d'unicité de l'acheteur public vis-à-vis de ses fournisseurs, l'ordonnateur peut faire l'objet d'une sanction alors même que le retard est causé par le comptable public.

Le point de départ général des délais de paiement de la commande publique est la date de réception de la demande de paiement. Or il a été constaté que la date de réception de certaines factures transmises par voie postale ne faisait pas toujours l'objet d'un enregistrement comptable fiable permettant de calculer les délais de paiement réels. L'usage obligatoire de la facturation électronique pour toutes les entreprises dans le cadre des marchés publics à compter du 1^{er} janvier 2020 devrait néanmoins aboutir à une amélioration de l'enregistrement comptable des dates de réception des factures.

3. L'activité contentieuse de l'année 2019 au titre des délais de paiement

Les décisions de sanction prises par la DGCCRF dans le cadre des contrôles relatifs au respect des délais de paiements légaux sont susceptibles de recours administratifs (gracieux et hiérarchiques) et contentieux, en vertu de l'article L. 411-2 du code des relations entre le public et l'administration.

En outre, les titres de perception, qui constituent les actes de recouvrement des décisions de sanction, sont également sujets à contestations, en application de l'article 117 du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique.

3.1 Le bilan chiffré des recours administratifs et contentieux

En 2019, 42 recours administratifs ont été introduits par des entreprises sanctionnées pour non-respect des dispositions relatives aux délais de paiement.

16 recours ont été portés devant le Ministre en charge de l'économie, dont 13 dans le cadre de recours hiérarchiques contre une sanction et 3 dans le cadre de recours contre le titre de perception. Les 26 autres recours ont été portés devant l'auteur de la décision querellée dans le cadre de recours gracieux.

De surcroît, 11 recours contentieux ont été introduits afin de solliciter l'annulation de la décision ou la réduction du montant de l'amende prononcée et 5 appels ont été formés contre des jugements de tribunaux administratifs dont 2 à l'initiative du Ministre chargé de l'économie. Les décisions consécutives à ces actions devraient intervenir dans les deux ans à venir.

3.2 Le bilan de la jurisprudence administrative en matière de délais de paiement

24 décisions sont intervenues en matière de délais de paiement :

- 1 ordonnance de rejet de la requête pour irrecevabilité liée au défaut d'exposé des faits et moyens.
- 1 ordonnance de référé suspendant temporairement la publication d'une décision de sanction.
- 3 arrêts procédant à l'infirmerie de jugements de tribunaux administratifs ayant annulé des décisions de sanction.
- 19 jugements dont :
 - 2 annulant des décisions de sanction au motif, pour l'une, que les dates de paiement par chèque retenues seraient erronées et, pour l'autre, que l'administration n'aurait pas recherché l'applicabilité de délais de paiement dérogatoires aux délais de droit commun. Ces jugements ont fait l'objet d'appels interjetés par le Ministre chargé de l'économie.
 - 1 annulant un titre exécutoire au motif qu'il ne contient pas la signature de l'auteur et qu'il ne constitue pas un avis de recouvrement.
 - 5 censurant partiellement la décision de sanction pour disproportion de l'amende dont un annulant également la mesure de publication ;
 - 10 validant les décisions de sanction dont un validant également un titre exécutoire.
 - 1 validant le titre exécutoire.

3.3 Les principaux moyens soulevés par les requérants lors des recours

- La motivation de la décision de sanction ;
- La disproportion de la sanction prononcée ;
- Les circonstances exonératoires ou atténuantes des retards de paiement ;
- Les mesures correctives mises en place suite au contrôle ;
- Le respect du principe d'impartialité garanti par la Convention européenne des droits de l'Homme.

3.4 Les enseignements des décisions rendues en 2019 en matière administrative

- Sur l'application du principe de non-rétroactivité des lois :

En 2018, cette question, soulevée à l'occasion de trois contentieux distincts, avait amené les juges administratifs de première instance à se prononcer dans des sens différents sur la nature des modifications opérées par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (sanctions administratives en lieu et place des sanctions civiles). Ces trois jugements avaient été frappés d'appel.

En 2019, trois arrêts des cours administratives d'appel tranchent désormais la question dans le même sens en validant l'application des dispositions issues de la loi du 17 mars 2014 aux manquements commis antérieurement à son entrée en vigueur.

Ainsi, la cour administrative d'appel de Marseille a réformé le jugement du tribunal administratif de Marseille du 9 janvier 2018 en confirmant l'application à bon droit des dispositions issues de la loi n° 2014-344 à des faits antérieurs au motif qu'elles se sont « *limitées à modifier les règles de compétence et de procédure [...] tout en réduisant le plafond des peines encourues* ».

(Cour administrative d'appel de Marseille, Ministre c/ ..., 25 février 2019, n°18MA01094)

La cour administrative d'appel de Versailles a annulé le jugement du tribunal administratif de Versailles du 11 décembre 2017 et a validé l'applicabilité des dispositions issues de la loi n° 2014-344 à des faits antérieurs en rappelant que « *les dispositions n'ont pas procédé à la suppression d'un régime de sanction indissociable d'une réglementation antérieure à laquelle il aurait été mis fin, mais se sont limitées à modifier les règles de compétence et de procédure applicables aux sanctions infligées, lesquelles répriment des faits qui étaient déjà punissables avant leur entrée en vigueur* ».

(Cour administrative d'appel de Versailles, Ministre c/ ..., 3 octobre 2019, n°18VE00503)

Enfin, la cour administrative d'appel de Lyon a validé l'application à bon droit des dispositions de la loi n° 2014-344 à des manquements commis antérieurement à sa promulgation en considérant que ces dispositions ont le caractère d'une loi plus douce.

(Cour administrative d'appel de Lyon, Ministre c/ ..., 24 octobre 2019, n°17LY01678)

- Sur le respect du principe d'impartialité tiré de l'article 6 de la CEDH :

Les cours administratives d'appel de Marseille et de Versailles ont confirmé le fait que les dispositions de cet article ne sont pas applicables aux procédures en cause, validant de ce fait l'appréciation dégagée dans de nombreux jugements de première instance. En effet, l'autorité administrative prononçant la sanction ne constitue pas un tribunal et la décision de sanction peut faire l'objet d'un recours de plein contentieux devant la juridiction administrative.

(Cour administrative d'appel de Marseille, Ministre c/ ..., 25 février 2019, n°18MA01094) (Cour administrative d'appel de Versailles, Ministre c/ ..., 3 octobre 2019, n°18VE00503)

- Sur le respect du principe du contradictoire :

La cour administrative d'appel de Versailles a annulé le jugement du tribunal administratif de Versailles du 11 décembre 2017 au motif que le changement de siège social dont se prévalait la société n'était opposable aux tiers qu'après accomplissement des formalités de publicité, lesquelles étaient postérieures à la date de réception de la lettre d'intention de sanction.

(Cour administrative d'appel de Versailles, Ministre c/ ..., 3 octobre 2019, n°18VE00503)

- Sur le contrôle de la conformité de loi française à la directive 2011/7/UE du 16 février 2011 concernant la lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales :

Saisi de la question de la conformité des dispositions des articles L. 441-6, L. 465-1 et L. 465-2 (devenus L. 441-10, L. 470-1 et L. 470-2) du code de commerce aux objectifs de la directive 2011/7/UE, le tribunal administratif de Lille a considéré que le dispositif français de lutte contre les retards de paiement dont le respect est contrôlé par les DIRECCTE était parfaitement compatible avec la directive qui « *se borne à définir des objectifs en matière de lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, sans empêcher, explicitement ou implicitement, les Etats membres qui le souhaitent d'opter pour un régime de sanction administrative, dès lors que celui-ci est plus favorable aux créanciers, conformément à l'article 12.3 de la directive* ».

(Tribunal administratif de Lille, ... c/ DIRECCTE des Hauts-de-France, 11 juillet 2019, n°1700200,1802645)

- Sur la prise en compte des dates inscrites sur les bordereaux bancaires en cas d'irrégularités sur les dates inscrites sur les lettres de change :

Le tribunal administratif de Lille, a validé la méthode de contrôle employée par la DIRECCTE et a considéré que cette dernière avait à juste titre pris en compte les dates d'échéance et de paiement indiquées sur les bordereaux bancaires en lieu et place des dates inscrites sur les lettres de change du fait des nombreuses irrégularités constatées lors du contrôle.

(Tribunal administratif de Lille, ... c/ DIRECCTE des Hauts-de-France, 11 juillet 2019, n°1700200,1802645)

- Sur la mise en place d'accords négociés avec une autre entreprise appartenant au même groupe :

Le tribunal administratif de Toulouse a considéré que l'existence d'une négociation avec un opérateur, quand bien même il s'agirait d'une société appartenant auparavant au même groupe que le débiteur sanctionné, ne constitue pas un motif valable pour s'exonérer du respect des délais fixés par la loi.

(Tribunal administratif de Toulouse, ... c/ DIRECCTE d'Occitanie, 30 avril 2019, n°1705042)

- Sur la preuve du trouble à l'ordre public économique :

La cour administrative d'appel de Versailles a indiqué que « *la circonstance [que la société] ne tirerait qu'un avantage minime de la conservation de sommes en trésorerie pendant un délai excessif est sans incidence sur les conséquences que ses retards de paiement répétés sont susceptibles d'emporter sur la situation financière de ses créanciers, et sur l'atteinte à l'ordre public économique qui en résulte* ».

(Cour administrative d'appel de Versailles, Ministre c/ ..., 3 octobre 2019, n°18VE00503)