

Le bilan de la jurisprudence civile et pénale 2013

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

C'est la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 (LME) qui a modifié en profondeur le cadre législatif applicable aux PCR, et ces modifications ont été parachevées par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 sur la consommation, qui est entrée en vigueur le 19 mars et n'a donc pas d'impact sur ce bilan de l'année 2013.

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

Pour les manquements les plus graves, le code de commerce prévoit :

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

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

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

qu'après accord du procureur de la République qu'une proposition de payer volontairement une amende, dans un délai imparti, peut être adressée à l'auteur d'une infraction.

- **À compter de 2014**, des suites administratives figureront dans le titre IV livre IV ; les premiers enseignements seront donnés dans le bilan 2014.

I. L'ACTIVITE CONTENTIEUSE EN MATIERE CIVILE EN 2013

1. Observations générales sur l'activité contentieuse

1.1. Nombre de décisions rendues en matière civile

En 2013, 24 décisions intéressant les pratiques restrictives de concurrence civiles ont été rendues dans des contentieux ayant pour origine une action du Ministre (18) ou dans lesquels il est intervenu volontairement (6), dont 18 portent sur le fond des affaires. Parmi ces 18 décisions, 12 ont été rendues dans un sens favorable au Ministre.

Ces décisions ont été rendues par :

- Tribunaux de 1^{ère} instance : 10 (dont 8 par des tribunaux de commerce, et 2 par des TGI)
- Cours d'appel : 13
- Cour de cassation : 1

1.2. Les pratiques dont ont été saisies les juridictions :

Sur les 24 décisions rendues en matière civile en 2013 :

- 15 décisions concernent le déséquilibre significatif ;
- 6 décisions concernent la pratique d'obtention d'avantages sans contrepartie ou manifestement disproportionnés au regard de la valeur du service rendu ;
- 6 décisions concernent la rupture brutale de relation commerciale ;
- 2 décisions concernent des déductions d'office opérées sur la facture du fournisseur ;
- 2 décisions concernent l'abus de puissance d'achat et de vente (ancien article L. 442-6 I 2 b).

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 lors de l'introduction du contentieux ne sont pas nécessairement retenus par les juridictions.

1.3. Le montant des amendes civiles prononcées par les juges du fond en 2013

Progressivement, le montant des amendes civiles allouées par les juridictions commerciales augmente. Le montant total des amendes civiles prononcées, déjà très important en 2008 avec 1 537 300 €, a été très largement dépassé avec une somme de 4 491 301 € en 2009. En 2010, les questions prioritaires de constitutionnalité déposées sur les articles L. 442-6 I 2° et III du code de commerce et les sursis à statuer qui en ont découlé expliquent la baisse du montant des amendes civiles prononcées, qui s'est élevé à 756 500 €. A compter de 2011, ce montant est de nouveau en hausse : 2 288 000 € en 2011 et 4 827 000 € en 2012. Pour 2013, la tendance se confirme : le montant des amendes civiles s'établit à **4 975 000 euros**, prononcé sur un total de dix affaires.

1.4. Le montant de l'indu prononcé

L'indu, c'est-à-dire la restitution des sommes indument payées en violation des dispositions d'ordre public de l'article L. 442-6 du code de commerce, varie d'année en année, en fonction des circonstances particulières de chaque affaire. Il avait atteint 18 837 992 € en 2012 (une enseigne a, à elle seule, été condamnée à verser plus de 17 millions d'indu).

En 2013 en revanche, seulement deux affaires ont donné lieu à des restitutions de sommes indument perçues, pour un total de **72 179,50 euros**.

1.5. Le montant des dommages-intérêts prononcés à la demande du Ministre

L'article L. 442-6 III et la décision n°2011-126 QPC du Conseil Constitutionnel permettent au Ministre de solliciter des dommages-intérêts au profit des victimes des pratiques illicites. Pour la première fois, il a formulé une telle demande auprès d'un tribunal de première instance, accueillie à hauteur de **40 351 euros** dans une affaire de rupture brutale d'une relation commerciale établie.

2. Les enseignements des décisions rendues en 2013 en matière civile

2.1. L'action du Ministre

2.1.1. Les enquêtes de la DGCCRF

Ces enquêtes étant à l'origine d'une action contentieuse civile, les actes établis à leur issue ou les éléments qui en ressortent doivent alors respecter les règles de procédure civile.

« La procédure est fondée sur la seule analyse des clauses des accords commerciaux annuels proposés par la société ... à ses fournisseurs de produits de marque nationale au regard du nouveau dispositif législatif instauré par la loi du 4 août 2008. La convention type (...) a été communiquée par la direction juridique de la société L'examen du dossier permet, en outre, de constater que les agents de l'Administration poursuivante, n'ont pas procédé à des actes nécessitant l'établissement d'un procès verbal, tous les éléments invoqués par elle pour justifier de ses prétentions étant communiqués dans le cadre de l'assignation et ayant, dès lors, pu être discutés par les parties. Il s'en déduit qu'aucune violation des droits de la défense ou du principe de la contradiction n'est établie ».
Cour d'appel de Paris, pôle 5 chambre 5, 4 juillet 2013, Société ... c/ Ministre, RG 12/07651 (un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt)

2.1.2. Confirmation de l'autonomie de l'action du Ministre

« Lorsque le Ministre intervient en application de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce devant l'autorité judiciaire, il exerce une action qui lui est propre dans le but de maintenir ou rétablir l'ordre public économique ».
Cour d'appel de Paris, pôle 5 chambre 4, 18 décembre 2013, Ministre c/ ..., RG 12/00150 (un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt)

2.1.3. L'information des fournisseurs conformément à la décision QPC 2011-126 du 13 mai 2011:

- Lorsque le Ministre s'imisce dans le champ contractuel

Dans une affaire de fausse coopération commerciale (cet aspect est détaillé infra), la Cour d'appel de Poitiers a considéré que la réserve d'interprétation posée par le Conseil constitutionnel n'imposait pas l'information des fournisseurs *préalablement* à l'introduction de l'action. En revanche, selon la Cour, une information délivrée uniquement en cause d'appel prive les fournisseurs de la possibilité de formuler des demandes personnelles distinctes de celles du Ministre : dès lors, la demande de nullité des contrats ne saurait prospérer. En revanche, l'obligation d'information ne visant que les demandes relevant du champ contractuel, les autres demandes, et notamment l'amende civile, ne sont pas affectées.

Cour d'appel de Poitiers, 2^{ème} ch. civile, 29 janvier 2013, Ministre c/ Société..., RG 11/03252 (cet arrêt est définitif)

Toutes les parties au contrat contesté doivent être informées de l'action du Ministre : *« Considérant (...) que l'action du Ministre de l'Economie tend notamment à l'annulation de ces conventions, que si le Ministre soutient que l'information des laboratoires ne se justifie pas dans la mesure où la*

répétition de l'indu vise à transférer le coût des analyses supporté par les fournisseurs à ..., il n'en demeure pas moins que son action tend à l'annulation de ces conventions et que si le Ministre n'a pas à recueillir l'assentiment des parties concernées par la convention pour agir, il est impératif que celles-ci soient informées de la remise en cause des conventions qu'elles ont signées, qu'en l'espèce, il convient de constater que si le Ministre de l'Economie a, à la suite de la décision du Conseil constitutionnel, informé les fournisseurs de la procédure en cours, il n'en a pas informé les laboratoires, que son action n'est pas recevable... »

Cour d'appel de Paris, pôle 5 chambre 4, 12 juin 2013, Ministre c/ Société..., RG n°11/03025 (cet arrêt est définitif).

La Cour d'appel de Paris a confirmé que, lorsqu'il ne demande que la cessation des pratiques, le ministre peut agir sans en informer les parties aux contrats. En effet, *« la nécessité d'informer les cocontractants s'impose en raison de l'immixtion du pouvoir public dans le champ contractuel qui, par principe, n'appartient qu'aux parties et constitue leur loi. (...) Lorsque le ministre de l'économie intervient pour faire reconnaître par l'autorité judiciaire que la pratique consistant à faire figurer certaines clauses dans un contrat, doivent cesser, parce qu'elles sont de nature à instaurer un déséquilibre significatif entre les parties, il exerce une action qui lui est propre, visant à maintenir ou à rétablir l'ordre public économique. En ne demandant pas la nullité des contrats, ni toutes les conséquences qui en découlent, comme les restitutions et la réparation des préjudices éventuels, il n'intervient pas dans le champ d'action qui n'appartient théoriquement qu'aux parties et que le législateur a exceptionnellement ouvert au tiers qu'est le ministre à la condition qu'il informe les parties de cette action. Sur ce point, il importe peu, en outre, que la société mise en cause ait d'ores et déjà supprimé les dispositions critiquées puisque la qualification d'une clause comme étant contraire à l'article L. 442-6, 2°, du code de commerce, par une juridiction, porte effet pour l'avenir et empêche la réintroduction de celle-ci dans les contrats ultérieurs».*

Cour d'appel de Paris, pôle 5 chambre 5, 4 juillet 2013, Société c/ Ministre, RG 12/07651 (un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt).

« Considérant que (...) le Conseil constitutionnel a envisagé l'information des fournisseurs dans le cadre de l'action en nullité contractuelle et en restitution de sommes d'argent, (...) que le Ministre qui demande dans les termes de l'article L. 442-6 III alinéa 2 du code la cessation des pratiques pour l'avenir sans désormais solliciter la nullité des contrats les comportant n'intervient pas dans le champ contractuel des parties ; qu'en exerçant une action qui lui est propre, il n'a pas l'obligation d'informer les fournisseurs de sa démarche ; qu'en outre, il n'est pas interdit aux fournisseurs d'engager les actions en justice pour faire valoir des droits ou encore de se joindre à l'action du Ministre ; que le Ministre n'encourt pas les critiques de violation du droit au recours effectif et d'entrave à la liberté contractuelle »

Cour d'appel de Paris, pôle 5 chambre 4, 20 novembre 2013, Ministre c/ Société ..., RG 12/04791 (un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt)

« La seule constatation que des clauses insérées dans des contrats ayant été exécutés ou en cours sont illicites justifie que le Ministre agisse, conformément à la loi qui lui en donne le pouvoir, aux seules fins d'en interdire la reprise pour l'avenir ; que le Ministre n'intervient pas alors dans la sphère contractuelle ; qu'ainsi, sans qu'il puisse lui être reproché de contrevenir à la décision du Conseil constitutionnel, il n'a pas à informer les fournisseurs de l'action qu'il introduit ou poursuit après avoir abandonné certaines de ses prétentions ».

Cour d'appel de Paris, pôle 5 chambre 4, 18 décembre 2013, Ministre c/ Société ..., RG 12/00150 (un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt)

- En temps utile pour permettre l'intervention des fournisseurs

La nécessité d'informer les fournisseurs (...) conditionne leur droit d'agir et constitue par conséquent une condition de recevabilité de l'action. Le moyen invoquant l'irrecevabilité de l'action du président de l'autorité de la concurrence et de l'action du Ministre constitue donc une fin de non-recevoir ». Ainsi que le prévoit l'article 126 du CPC, l'irrecevabilité devra être écartée si sa cause a disparu au

moment où le juge statue. Par ailleurs, « *le moment auquel doit être effectuée l'information n'a pas à être préalable à la saisine du tribunal* » mais doit être réalisé dans un temps utile, permettant aux fournisseurs « *de leur laisser le temps de décider d'intervenir ou de ne pas le faire et de développer leurs propres moyens et demandes éventuelles* ». En l'espèce, l'information avait été donnée un mois avant la tenue des débats devant le tribunal de commerce, délai jugé suffisant pour faire connaître sa décision d'intervenir et solliciter un renvoi de l'audience de plaidoiries. Par ailleurs, peu importe que ce soit la partie intervenante (le Ministre) et non la partie agissante (le Président de l'ADLC) qui procède à cette information « *dès lors que les parties au contrat visé sont averties de qui sont les auteurs de l'action, de ce qui est demandé par eux et enfin de ce qu'elles peuvent intervenir au litige* ». La formule finale du courrier selon laquelle le destinataire peut s'adresser à l'administration pour de plus amples informations est « *parfaitement conforme à la mission de protection des fournisseurs par le ministre de l'économie, souhaitée et exprimée par le législateur* ». En revanche, ces lettres n'ont pas à être accompagnées d'une copie de l'assignation et des conclusions, comme le soutenait le requérant, dans la mesure où seules les parties au procès ont accès à ces pièces.

Cour d'appel de Paris, pôle 5 chambre 5, 3 octobre 2013, Président de l'ADLC c/ Société ..., RG 12/01879 (un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt).

2.1.4. Les demandes formulées par le Ministre sur le fondement de l'article L. 442-6 III :

- Amende civile

La Cour d'appel de Paris, saisie de l'affaire dans laquelle un distributeur, condamné à rembourser plus de 21 millions d'euros à ses fournisseurs, avait envoyé des courriers à ces derniers pour se voir restituer les sommes, précise que « *l'amende civile doit viser à prévenir et dissuader les pratiques restrictives prohibées, mais lucratives en matière commerciale (...) la gravité du comportement en cause et le dommage à l'économie en résultant doivent être pris en compte* ». En l'espèce, la Cour note le caractère insuffisamment dissuasif de la première amende prononcée 8 ans auparavant (500 000 euros) et la gravité du comportement du distributeur ..., qui a tenté d'échapper à une décision de justice et n'a pas consenti à répondre aux demandes de la DGCCRF. Elle prononce une amende de 2 millions d'euros.

Cour d'appel de Paris, 18 septembre 2013, Ministre c/ Société ... , RG n°12/03177 (cet arrêt est définitif).

La société ..., assignée par le ministre sur le fondement du déséquilibre significatif (voir infra), prétendait que les fournisseurs seraient privés d'une intervention à titre principal lorsque le ministre agit et formule des demandes. Le tribunal précise au contraire que le Ministre formule des demandes au nom de l'ordre public, et le fournisseur, dans son intérêt propre : « *Les deux actions du Ministre et des fournisseurs sont (...) autonomes, chacun pouvant introduire une demande distincte visant les intérêts autonomes qui lui sont propres. [...] L'action du Ministre ne doit rien à la qualité de victime, contrairement à celle du tiers lésé* ». Si le fournisseur formule une demande d'indu, celle-ci sera corrélativement abandonnée par le Ministre, préservant ainsi le caractère « principal » de l'intervention. Enfin, le tribunal rappelle que l'information donnée aux fournisseurs doit les « *éclairer quant à l'action entreprise* ».

Tribunal de commerce de Paris, 24 septembre 2013, Ministre c/ Société ..., RG n°2011058615 (ce jugement fait l'objet d'un appel).

Par ailleurs, la cour d'appel de Paris a rappelé que « *Le principe de légalité des peines s'applique aux amendes civiles* », comme l'avait énoncé le Conseil Constitutionnel dans sa décision de 2011.

Cour d'appel de Paris, pôle 5 chambre 4, 11 septembre 2013, Ministre c/ Société , RG 11/17941 (un pourvoi a été formé contre cet arrêt)

Enfin, malgré la présence d'une clause jugée abusive, le tribunal rejette la demande d'amende civile dans la mesure où le ministre, qui a refusé toute médiation avec le distributeur, ne saurait invoquer un trouble à l'ordre public économique.

Tribunal de commerce d'Evry, 26 juin 2013, Ministre c/ Société, RG n°2009F00729 (ce jugement fait l'objet d'un appel).

- La nullité des clauses

Le ministre peut demander la nullité de clauses sans pour autant demander la nullité de l'entier contrat : *« Attendu qu'après avoir énoncé que l'article L. 442-6, III du code de commerce prévoit expressément que le ministre de l'économie, pour toutes les pratiques illicites visées par l'article L. 442-6, peut faire constater par la juridiction saisie la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu, et qu'il dispose ainsi, en tant que défenseur de l'ordre public économique, d'une action autonome de protection du marché et de la concurrence qui vise à sanctionner de façon suffisamment dissuasive la commission de pratiques abusives portant atteinte à la loyauté des relations commerciales au détriment de l'un des partenaires commerciaux, et relevé qu'il est illusoire de considérer que les PME, confrontées à des difficultés croissantes pour obtenir le référencement de leurs produits par les distributeurs, en particulier pour celles commercialisant leurs produits sous marques propres, peuvent revoir leurs tarifs à la hausse pour compenser les demandes de rémunérations abusives de services auxquelles elles se trouvent confrontées de la part des distributeurs, la cour d'appel a pu retenir qu'il y avait lieu de faire droit à la demande du ministre de l'économie tendant à l'annulation des seules clauses fixant la rémunération des services litigieux, sans pour autant remettre en cause l'ensemble de l'accord voulu par les parties »*
Cass. Com. 10 septembre 2013, pourvoi Y12-21804 (cassation partielle avec renvoi)

- La restitution de l'indu

Saisie d'un pourvoi dans une affaire fondée sur l'obtention d'avantages manifestement disproportionnés au regard de la valeur du service rendu, la Cour de cassation a cassé et annulé partiellement un arrêt d'appel au visa de l'article L. 442-6 III et des articles 1235 et 1376 du code civil : *« Attendu que pour condamner la société ... à restituer aux fournisseurs l'intégralité des sommes versées au titre des clauses de rémunération annulées, l'arrêt retient que la réparation du trouble passe par la restitution aux fournisseurs des sommes indûment versées ; Attendu qu'en statuant ainsi, après avoir constaté que seules les sommes versées au titre du service « communication d'un plan d'implantation des produits par type de magasin » ne correspondaient à aucun service commercial rendu, cependant que les sommes facturées en contrepartie des services « plan d'action par famille de produits » et « plan de développement des performances du fournisseur » étaient manifestement disproportionnées par rapport à la valeur du service rendu, ce dont il résultait que s'agissant de ces derniers, seules devaient être remboursées les sommes excédant la valeur réelle des services dont l'arrêt constatait qu'ils avaient été effectivement rendus, fussent-ils sans proportion avec la valeur réelle de ces services, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et violé les textes susvisés ».*

Cour de cassation, chambre commerciale mardi 10 septembre 2013, N° de pourvoi: 12-21804 (cassation partielle avec renvoi).

2.2. La procédure

Dans une espèce ayant donné lieu à une action du Président de l'Autorité de la concurrence à l'encontre de la société sur le fondement de l'article L. 442-6 du code de commerce, et dans laquelle le Ministre de l'économie est intervenu, la faculté pour le Président de l'ADLC d'interjeter appel était contestée. Or, puisque le président de l'ADLC peut agir (sur le fondement de l'article L. 442-6 III du code de commerce), il peut exercer les voies de recours comme cela est d'ailleurs expressément prévu à l'article R. 442-1, et donc interjeter appel, en dépit du fait que l'alinéa 2 de l'article L. 442-6 III, qui énumère les demandes pouvant être formulées, ne vise que le ministre et le ministère public.

CA Caen, 1^{ère} ch. civile, 26 mars 2013, Président de l'ADLC c/ société, RG 11/03883 (un pourvoi a été formé contre cet arrêt)

Concernant l'affaire précitée dans laquelle un distributeur avait été condamné à rembourser 21 millions d'euros d'indu à ses fournisseurs, le tribunal de grande instance de Paris a considéré d'une part qu'un « donner acte » contenu dans le dispositif du jugement du tribunal de commerce et de l'arrêt de la Cour d'appel n'étant sous-tendu par aucun motif, il est dépourvu de toute force obligatoire. D'autre part, que le ministre de l'économie, ayant placé sur un compte de la caisse des dépôts et consignations au nom de la société... la somme revenant audit fournisseur, refusant la restitution, a parfaitement respecté l'article L. 442-6 et la décision du Conseil constitutionnel du 13 mai 2011.

Tribunal de commerce de Paris, 14 mai 2013, Société ... c/ Ministre, RG n°12/12993 (un appel a été formé contre ce jugement).

Le Ministre a assigné la société ..., prestataire de site internet, devant le tribunal de commerce de Lille, puis a assigné en intervention forcée deux sociétés de location financière, cessionnaires des contrats du prestataire de site. La compétence du tribunal de commerce de Lille était contestée par la société ..., intervenant forcé. Le tribunal rejette l'exception d'incompétence en précisant d'une part qu'en l'espèce, la compétence du tribunal de commerce de Lille pour l'affaire opposant le Ministre à la société prestataire de site n'était pas contestée et que d'autre part, l'article 333 du code de procédure civile prévoit que le tiers mis en cause doit obligatoirement procéder devant la juridiction saisie,

Tribunal de commerce de Lille, 25 juin 2013, Ministre c/ sociétés ..., J2012000024 (contredit pendant devant la Cour d'appel de Paris).

La Cour d'appel de Paris confirme que le ministre est soumis aux règles du code de procédure civile : « *Le Ministre agit avant tout pour défendre l'ordre public économique qui est plus que la somme des intérêts des fournisseurs de la société ... et doit avoir les moyens de le faire, notamment en engageant seul la procédure et en demandant des condamnations à des amendes civiles (...) l'équilibre entre les parties est assuré par la soumission de l'action du ministre aux dispositions du code de procédure civile, que ce soit pour le mode de résolution des conflits, pour l'administration de la preuve ou encore pour la communication des pièces* ».

Cour d'appel de Paris, pôle 5 chambre 4, 11 septembre 2013, Ministre c/ Société ..., RG 11/17941 (un pourvoi a été formé contre cet arrêt)

La Cour d'appel de Douai a été saisie du contredit de compétence formé à l'encontre de la décision du tribunal de commerce de Lille (i.e. la décision précédente), saisi sur le fondement de l'article L. 442-6 postérieurement à l'entrée en vigueur du décret n°2009-1384 du 11 novembre 2009 (article D. 442-3 du code de commerce) prévoyant la spécialisation des tribunaux. La Cour d'appel de Douai a transmis l'affaire à la Cour d'appel de Paris, « *seule compétente pour connaître des recours formés – donc en particulier des contredits – à l'encontre des juridictions spécialement désignées par l'article D. 442-3* ».

CA Douai, 26 novembre 2013, Ministre c/ sociétés, RG 13/04057 (contredit pendant devant la Cour d'appel de Paris).

2.3. Le fond

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

L'examen de la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris, seule juridiction d'appel spécialisée en la matière, est riche d'enseignements pour l'année 2013. En 2013, la Cour d'appel de Paris s'est prononcée au fond sur 4 des 8 affaires dites « Novelli » dont elle était saisie. Ces 4 décisions au fond font l'objet d'un pourvoi en cassation.

- « soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial ... »

La Cour d'appel de Paris, dans l'affaire des demandes de restitution des 21 millions d'euros d'indu précise que « *la caractérisation de l'incrimination suppose la réunion de deux éléments constitutifs* :

la tentative de soumission d'un partenaire à une pratique, et le résultat de cette tentative de soumission, à savoir l'instauration d'un déséquilibre significatif (...) ». S'agissant de la soumission, la Cour d'appel pose en principe que « *la tentative de soumission ne suppose pas l'exercice de pressions irrésistibles ou de coercition, mais plutôt l'existence d'un rapport de force économique déséquilibré entre les parties dont il se déduit la soumission du partenaire, influencé par de simples suggestions, invitations fermes ou pressions* » et compte tenu du caractère « *structurellement déséquilibré* » du marché de la distribution : le rapport de force est tel que certains fournisseurs n'osent pas résister aux conditions imposées par les distributeurs et encore moins engager une action. Dans ces conditions « *l'envoi de lettres-types appelant les fournisseurs concernés à la restitution de fonds au distributeur, même non revêtues de menaces ou coercition, est automatiquement perçu comme une injonction directive* » et d'autant plus qu'elles sont signées du président du directoire de la société et envoyées en période de négociations.

Cour d'appel de Paris, 18 septembre 2013, Ministre c/ société ..., RG n°12/03177 (cet arrêt est définitif).

En revanche, le tribunal de commerce de Paris a procédé à une analyse toute autre de la notion de *soumission*, en considérant qu'il fallait prouver la « coercition », la « contrainte », la « pression » et la « menace » reprochées à l'enseigne ... , et ce, d'autant que la DGCCRF dispose de moyens d'investigation lui permettant d'auditionner les fournisseurs.

Tribunal de commerce de Paris, 24 septembre 2013, Ministre c/ Société ..., RG n°2011058615 (ce jugement fait l'objet d'un appel).

La mise à disposition de ses fournisseurs de trames type de contrats n'est pas contestable en son principe et peut répondre à des nécessités. En revanche, l'absence de modification des clauses issues du contrat type est critiquable : « *la société ne fait jamais connaître son accord ou son désaccord sur les réserves ou des avenants proposés par les fournisseurs* ». Ainsi, « *si la négociation est possible, elle n'est pas effective (...) les contrats soumis aux fournisseurs étant de véritables contrats d'adhésion* », ce qui établit la soumission.

Cour d'appel de Paris, pôle 5 chambre 4, 20 novembre 2013, Ministre c/ Société ..., RG 12/04791 (un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt)

« *La soumission se traduit par l'insertion de ces clauses dans les contrats dès lors (...) qu'il n'y a pas de pouvoir réel de négociation pour les fournisseurs. Considérant, au surplus, qu'en 2009, la société détenait 16.9% des parts du marché de la distribution ; que des fournisseurs de (dont seuls 3% étaient des grands groupes (...)) ne pouvaient se permettre de cesser leurs relations commerciales avec ou d'être déréférencés de sorte qu'il en résultait nécessairement une soumission de leur part aux exigences de lors de la conclusion des contrats* ».

Cour d'appel de Paris, pôle 5 chambre 4, 18 décembre 2013, Ministre c/ Société ..., RG 12/00150 (un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt)

- « ... à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » :

- Examen au fond des clauses critiquées dans le cadre des affaires « Novelli » :

✓ **Clause d'exclusion préalable de certaines clauses des CGV du fournisseur**

✓ **Clause présumant la réalisation effective des obligations du distributeur**

Le Ministre critiquait, au regard de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce, deux clauses figurant dans les contrats types des filiales de l'enseigne : une clause d'exclusion préalable ou de renégociation de certaines clauses des conditions générales de vente du fournisseur, et une clause prévoyant que le paiement des factures et avoirs par le fournisseur présumait la réalisation effective des obligations et services facturés par le distributeur ainsi que de leur caractère justifié et proportionné.

Le Tribunal de commerce d'Evry a débouté le Ministre de ses demandes, considérant que le déséquilibre prohibé devait s'apprécier au niveau "*de l'ensemble du contrat*" et faisait grief au Ministre d'avoir considéré "*que le déséquilibre du contrat proviendrait de clauses considérées isolément, dont*

la force ou la nocivité seraient telles qu'elles pourraient à elles seules, peu important les autres clauses du contrat, déséquilibrer l'ensemble".

Tribunal de commerce d'Evry, 6 février 2013, Ministre c/ I., RG 2009F00727 (ce jugement fait l'objet d'un appel)

- ✓ **Clause relative aux dates et horaires de livraison des produits**
- ✓ **Clause relative au retour des produits promotionnels dégradés**
- ✓ **Clause relative à la limitation des engagements de volume**
- ✓ **Clause relative à la conformité des produits**
- ✓ **Clause relative aux délais de paiement**

Par une décision ultérieure, le tribunal de commerce d'Evry a affiné son analyse de l'article L. 442-6 I 2° combinant une approche globale du contrat et une approche objective clause par clause, aux termes de laquelle *« une clause ne pourra être déclarée abusive et interdite pour la seule raison qu'elle est favorable ou très défavorable à l'une des parties. Il ressort en effet très clairement de ce texte que le déséquilibre prohibé devrait s'apprécier au niveau des « droits et obligations des parties » c'est-à-dire de l'ensemble du contrat ; que ce déséquilibre pourrait résulter de l'accumulation d' « obligations » c'est-à-dire de clauses parfaitement licites dont seul le nombre ou le poids créerait l'excès prohibé (...) il résulte de ce qui précède que la loi définissant les clauses abusives comme celles qui rompent l'équilibre du contrat, le contrôle du juge ne peut s'exercer que s'il est saisi de l'ensemble du contrat, sauf si les clauses contestées sont telles qu'aucune contrepartie sérieuse n'est envisageable. (...). Tel serait le cas de clauses potestatives, au sens de l'article 1170 du code civil, mais ces clauses étant de plein droit nulles et de nul effet en vertu de l'article 1174, toute procédure les concernant serait sans objet. En conséquence, le Tribunal devra prononcer l'interdiction des clauses contestées, si, sans être potestatives, elles sont de nature à déséquilibrer à elles seules n'importe quel contrat ».*

En l'espèce, le Ministre critiquait plusieurs clauses, sans avoir saisi le tribunal de l'entier contrat.

- La première portait sur les conséquences du respect des horaires de livraison des produits, pouvant entraîner l'annulation de la commande et le refus des marchandises. Le tribunal juge que cela relève néanmoins d'un *« besoin très concret de gestion de la chaîne d'approvisionnement »* et qu'il n'y a *« rien d'abusif en droit des obligations, à ce que les parties soient responsables d'événements qui échappent à leur volonté »*. Surtout, cette obligation des fournisseurs *« est susceptible d'être compensée par d'autres clauses du contrat »*. En l'absence de démonstration de l'existence d'un déséquilibre significatif, le tribunal rejette l'argumentation du Ministre.
- La seconde concernait le retour au fournisseur des produits dégradés par la clientèle lorsque ces détériorations sont liées à la politique promotionnelle. Le tribunal relève que par cette clause, le fournisseur supporte les *« risques inhérents au mode de commercialisation du distributeur »* alors même *« qu'il n'a pas à assumer les conséquences d'une surveillance insuffisante des magasins »* : *« l'application de cette clause conduirait, du seul fait du distributeur, à remettre en cause le contrat de vente et à le déséquilibrer fondamentalement puisque la chose serait restituée au vendeur à partir du moment où elle n'a plus de valeur »* ce qu' *« aucune autre clause du contrat ne pourrait venir compenser »*. Le fournisseur est *« totalement à la merci du distributeur, sans possibilité pour celui-ci d'obtenir une contrepartie, au mépris des principes élémentaires de droit »*. Le tribunal retient donc le manquement à l'article L. 442-6 I 2° et enjoint à l'enseigne de cesser de faire figurer cette clause dans les contrats à venir.
- La troisième concernait la limitation des engagements de volume, sur lequel l'enseigne ne s'engageait pas fermement, alors que les avantages consentis par le fournisseur (remise en pied de facture et rémunération de la coopération commerciale) étaient fixés préalablement dans la convention, mais, selon le distributeur, demeuraient révisables en fin d'année. Le tribunal relève que le ministre ne démontre pas le déséquilibre significatif, au regard notamment du reste du contrat et compte tenu du fait *« qu'il reste logique que le fournisseur ne puisse totalement transférer sur le distributeur le risque d'une baisse de la demande »*.

- La quatrième clause portait sur les livraisons de produits à DLC/DLUO nécessairement selon la chronologie de ces dates. Le tribunal rejette faute de preuve et compte tenu de l'absence de l'examen général du contrat, le déséquilibre significatif.
- Enfin, le différentiel de délais de paiement entre les produits et les services de coopération commerciale n'est pas de nature à heurter l'article L. 442-6 I 2° puisque « *la loi n'impose aucune réciprocité des délais de paiement* » et que le ministre ne démontre pas la portée concrète de ce différentiel. Il est donc débouté sur ce point.

Tribunal de commerce d'Evry, 27 juin 2013, Ministre c/ Société ..., RG n° 2009F00729 (ce jugement fait l'objet d'un appel).

✓ **Clause de retour des invendus**

✓ **Clause de changements de tarifs**

Le Ministre a assigné la société ... au regard de 2 clauses figurant dans son contrat-type.

La Cour d'appel rappelle tout d'abord qu'il convient de « *contrôler s'il résulte des pratiques, ou des clauses contractuelles, dénoncées, un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties et si les pratiques qui leurs sont présentées sont imposées à l'une des parties au contrat, ou s'il en existe une tentative. Cette analyse, qui doit évidemment prendre en compte les cas d'espèces déférés et donc les situations particulières des parties en cause, ne saurait toutefois, par principe, interdire une appréhension plus globale d'un ensemble de situations lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, il est dénoncé un déséquilibre causé par certaines clauses d'un contrat type qui s'adresse indifféremment à des fournisseurs, dont certains sont davantage en situation de négociier que d'autres et quelles que soient les marchandises concernées. Par ailleurs, dans une telle situation, il peut être admis que le déséquilibre entre parties instauré par une clause puisse être corrigé par l'effet d'une autre, mais encore faut-il que cette situation de rééquilibrage soit démontrée. Enfin, dans la mesure où le texte précise que la tentative engage tout autant la responsabilité de son auteur que la mise en œuvre de la soumission d'un partenaire à un déséquilibre significatif, il importe peu qu'il ne soit pas démontré que la clause ait été appliquée*».

La Cour d'appel procède ensuite à l'analyse des deux clauses incriminées. La première, qui concernait le retour des invendus au fournisseur, est sanctionnée par la Cour d'appel.

« *La clause de retour des invendus met à la charge des fournisseurs une obligation, sans qu'aucune contrepartie ne leur soit accordée. Elle instaure, par là, un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ». En outre, « *une fois le produit livré et donc devenu la propriété du distributeur, le fournisseur perd toute maîtrise des conditions de mise en vente et de promotion, alors que c'est sur lui seul que repose la charge de ventes insuffisantes. Il n'est pas démontré par le défendeur que « d'autres avantages auraient permis d'apporter une compensation réelle à la charge de reprise des invendus. (...) le fait pour une enseigne de la grande distribution, d'inscrire une clause qui instaure un déséquilibre manifeste dans les droits et obligations des parties dans le contrat type qu'elle conclut avec tous ses fournisseurs, donne à cette clause la portée d'un principe auquel ces derniers ne peuvent déroger qu'au terme d'une négociation, ce qui n'est, dans beaucoup de cas, pas à leur portée. Le fait que l'Administration n'ait pas apporté la démonstration d'un cas concret d'application, étant à cet égard indifférent* ».

La seconde stipulation contractuelle, également sanctionnée, portait sur les clauses de changements de tarifs, dont les conditions variaient selon qu'il s'agissait d'une hausse sollicitée par le fournisseur, ou d'une baisse. La Cour rappelle que « *les clauses de révision de prix sont licites et il est contraire aux principes du droit des contrats que l'une des parties puisse unilatéralement et sans négociation modifier les prix convenus. Cependant, la lecture de ces deux clauses conduit à constater que lorsqu'un fournisseur souhaite augmenter ses prix en cours de contrat, en raison de l'augmentation de ses coûts, il doit le négociier dans des conditions rigides avec le distributeur qui se réserve la possibilité de refuser l'augmentation, voire de revoir les conditions de référencement des produits concernés. En revanche, le fournisseur s'oblige, sans qu'aucune discussion ne soit prévue et sans même qu'une demande de la société ... soit nécessaire à ce titre, à baisser ses tarifs, lorsqu'un ou plusieurs éléments concourant à la formation de ceux-ci ont connu une baisse. Le désaccord entre les parties étant, là encore, de nature à permettre à la société ... de revoir les conditions de référencement*

des produits ». En l'espèce, si « les conditions d'augmentation des tarifs reposent sur des critères objectifs et mesurables, il n'en demeure pas moins que la rédaction de la clause susvisée lui donne la maîtrise totale de la décision finale. (...) La combinaison de ces clauses prive le fournisseur de toute maîtrise sur l'évolution qui pourrait être nécessaire ou justifiée des tarifs en cours de contrat, abandonnant l'appréciation de l'opportunité d'une modification des prix au distributeur, qui pourtant ne peut ignorer combien la maîtrise de cette prérogative est essentielle à la compétitivité d'une entreprise. Il en résulte, là encore, un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, dont la société ... ne démontre pas qu'elle serait nécessaire à l'équilibre de la convention, ou que ce déséquilibre serait compensé par d'autres dispositions du contrat. (...) ». La Cour ajoute que l'absence de démonstration de la mise en œuvre de ces clauses de manière défavorable au fournisseur n'est pas de nature à modifier le raisonnement ou la qualification.

En conséquence, la Cour enjoint la société ... de cesser de mentionner ces clauses dans ses contrats pour l'avenir, et prononce à son encontre une amende civile de 600 000 euros.

CA Paris, pôle 5 chambre 5, 4 juillet 2013, Ministre c/ Société ... 12/07651 (un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt).

✓ **Clause de taux de service**

✓ **Clause de révision tarifaire**

La Cour d'appel de Paris a confirmé la condamnation de la société ... à une amende de 1 million d'euros et à la cessation des pratiques pour l'avenir, pour avoir soumis ses partenaires commerciaux à des clauses de taux de services et de révision tarifaire susceptibles d'être appréhendées au titre du « déséquilibre significatif ». En effet, le distributeur exigeait un préavis minimum et des justifications en cas de hausse des tarifs du fournisseur tandis qu'en cas de baisse des coûts, il pouvait dénoncer unilatéralement et à tout moment la convention si le fournisseur ne diminuait pas ses tarifs. Par ailleurs, il imposait à ses fournisseurs un taux de service¹ minimum de 98,5% sanctionné par des pénalités importantes en cas de manquement (10% du C.A.H.T. manquant, voire 20% en cas de promotions) sans que cette clause n'ait fait l'objet de véritables négociations. Enfin, le distributeur n'a pas justifié que d'autres clauses aient permis un rééquilibrage du contrat.

CA Paris, pôle 5 chambre 4, 11 septembre 2013, Ministre c/ Société ..., RG n°11/17941 (un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt).

✓ **Clause de résiliation pour sous-performance**

✓ **Clause relative aux délais de paiement**

La Cour d'appel de Paris, procédant à l'examen de clauses critiquées par le Ministre a nettement précisé que la mise en œuvre de l'article L. 442-6 I 2° « n'est pas limitée aux seules hypothèses d'application de l'article L. 132-1 du code de la consommation » et que « l'abus est établi in abstracto, sans qu'il y ait besoin de justifier des effets de celui-ci, dès lors que les pratiques sont contraires à l'ordre public en raison du préjudice qu'elles portent nécessairement à l'économie par l'élimination de partenaires commerciaux et par la nuisance à l'investissement ».

S'agissant des clauses incriminées, l'une prévoyait que le contrat pouvait être résilié sur le champ en raison de la sous-performance d'un produit du fournisseur, 8 jours après l'envoi infructueux d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Même si la rédaction de la clause permettait une utilisation « bilatérale », il en va différemment en pratique en particulier pour les « petits » fournisseurs, la disposition ne leur permettant pas de répondre avant d'être déréférencés. Cette clause crée donc un déséquilibre significatif, ce dernier n'étant pas compensé par le reste de l'article incriminé.

Par ailleurs, les fournisseurs devaient payer les prestations de service assurées par le distributeur sous 30 jours (délai non négociable) et sous forme d'acomptes mensuels, alors que les marchandises leur sont payées dans des délais plus longs et négociables. Cela crée un déséquilibre significatif « sans qu'il y ait lieu de se livrer à des études pour rechercher l'impact réel sur la trésorerie des parties » car de telles conditions de paiement « tendent nécessairement à obérer leur trésorerie ».

¹ Le taux de service qui permet d'évaluer la qualité de livraison mesure l'écart de quantités entre les commandes et les livraisons, exprimé en pourcentage.

La Cour confirme le jugement de première instance ayant condamné l'enseigne à une amende de 250 000 euros.

Cour d'appel de Paris, pôle 5 chambre 4, 20 novembre 2013, Ministre c/ Société, RG 12/04791 (un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt).

- ✓ **Clause prévoyant l'exclusion des CGV des fournisseurs,**
- ✓ **Clauses relatives aux conditions de règlement**
- ✓ **Clause relative au retour des produits dégradés par la clientèle**

Le contrat-cadre de l'enseigne a été examiné par la Cour d'appel de Paris, réformant le jugement du tribunal de commerce de Créteil rendu en 2011. De nombreuses clauses sont sanctionnées.

L'intangibilité des conditions d'achat de l'enseigne ..., ainsi que leur systématisation excluant toute négociation véritable avec les fournisseurs puisque celle-ci démarre à partir de l'offre du distributeur et non, comme le prévoit l'article L. 441-6 du code de commerce, à partir de l'offre du fournisseur, établissent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, au détriment du fournisseur.

Les clauses imposant aux fournisseurs de payer les prestations effectuées par le distributeur à 30 jours à compter de la date d'envoi de la facture, alors que le distributeur paie l'achat des produits de ces mêmes fournisseurs dans des délais plus longs, créent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, au détriment des fournisseurs. Ce déséquilibre significatif résulte du caractère systématique de cette clause et de l'absence de négociation.

Par ailleurs, l'enseigne prévoit dans ses contrats un escompte en sa faveur, en cas de paiement anticipé de ses achats de produits. Or cet escompte ne fait l'objet d'aucune réciprocité. Par conséquent, la Cour a jugé que l'absence d'escompte au profit des fournisseurs pour le paiement anticipé des prestations de services et des ristournes dues au distributeur, crée un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, au détriment des fournisseurs.

En fin de compte, la Cour ajoute que l'enseigne ne justifie pas que d'autres clauses du contrat permettent de rééquilibrer les obligations des parties. Elle est condamnée à cesser pour l'avenir la pratique consistant à mentionner ces clauses dans ses contrats commerciaux, et à une amende civile de 500 000 euros.

Cour d'appel de Paris, pôle 5 chambre 4, 18 décembre 2013, Ministre c/ Société ... RG 12/00150 (un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt).

- ✓ **Clause pénale**

Dans cette même affaire, le Ministre critiquait également une clause qui avait pour objet de transférer le risque de détérioration par les clients du magasin des produits faisant l'objet d'une promotion, du distributeur au fournisseur. La Cour précise que cette clause soumet le fournisseur à une obligation de résultat, alors qu'il ne maîtrise pas totalement les moyens pour lui permettre de l'exécuter. En effet, la commercialisation du produit, le choix de l'emplacement, la mise en rayon du produit et la surveillance de la clientèle sont de la responsabilité du distributeur. La Cour a jugé que la clause incriminée opère un véritable transfert des risques inhérents à la mise en vente du produit dont le distributeur doit assumer la charge, et par conséquent, cette clause crée un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, au détriment des fournisseurs.

Le Ministre relevait enfin la présence dans les conditions d'achats de l'enseigne de nombreuses pénalités sanctionnant les seuls manquements des fournisseurs, qui ne tiennent pas compte de la réalité économique et de la situation posée. Or, la Cour considère que la clause pénale a pour objet de sanctionner l'inexécution des obligations contractuelles des parties et que, pour être efficace, elle doit être d'un montant supérieur au préjudice éprouvé par le créancier de l'obligation. C'est pourquoi, la Cour considère que le Ministre ne peut justement critiquer le montant de la pénalité, qu'elle soit composée d'un élément forfaitaire (160 euros) et d'un élément variable (intérêt de trois fois le taux légal), d'autant plus que le recours au pouvoir modérateur du juge reste possible si la clause pénale présente un caractère manifestement excessif. La Cour ajoute que la stipulation de nombreuses clauses pénales destinées à assurer la bonne exécution de l'approvisionnement ne peut pas être critiquée.

Toutefois, la Cour a jugé que l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce a vocation à s'appliquer à ces pénalités lorsque celles-ci créent un déséquilibre significatif au détriment des fournisseurs. En

effet, la Cour a constaté que l'absence de réciprocité de la sanction de l'inexécution des obligations des parties. Il n'existe à la charge du distributeur aucune pénalité pour ses manquements dans l'exécution des obligations nées des contrats de prestations de services, alors que ces manquements peuvent être dommageables pour le fournisseur et d'autant plus que les conditions générales de vente du fournisseur, qui mettent à la charge du distributeur des pénalités, ne sont pas appliquées dans la relation entre l'enseigne et ses fournisseurs

Cour d'appel de Paris, pôle 5 chambre 4, 18 décembre 2013, Ministre c/ Société ... RG 12/00150 (un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt).

- Les autres affaires :

La société ... procédait à des déductions d'office du montant des factures de vente de produits au titre d'une reprise de « casse » (comprenant, outre les produits détériorés, les produits dont la DLC ou la DLUO était dépassée) sans que les fournisseurs en question ne soient mis à même de le contester et leur faisant supporter les risques de mévente. Le tribunal note que « *la loi ne précise pas le qualificatif de « significatif » mais nonobstant le faible pourcentage des déductions, « en l'absence de toute marge de manœuvre des fournisseurs (...) le déséquilibre est avéré et significatif »*. Le tribunal condamne la société ... à une amende de 5 000 euros et à la restitution de l'indu à 9 fournisseurs pour un total de 33 871 euros.

Tribunal de commerce de Lyon, 21 mai 2013, Ministre c/ Société ..., RG 2012J2351 (ce jugement est définitif).

La Cour d'appel de Paris a admis que le prix fixé entre les parties puisse être examiné au regard de l'article L. 4426- I 2° : « *Si, ainsi que le soutient la société ..., il n'appartient pas aux juridictions de fixer les prix qui sont libres et relèvent de la négociation contractuelle, celles-ci doivent néanmoins, compte tenu des termes de ce texte, examiner si les prix fixés entre des parties contractantes créent, ou ont créé, un déséquilibre entre elles et si ce déséquilibre est d'une importance suffisante pour être qualifié de significatif »*. L'espèce concernait une relation, ayant été rompue brutalement, entre un sous-traitant fabricant de canapés, et la société ... (voir infra, partie 2.3.3). En l'espèce, les « *conditions de prix, qui ne sont pas particulièrement favorables à la société ..., ne peuvent toutefois être considérées comme introduisant un déséquilibre significatif dans les relations des parties »*. En outre, le fournisseur n'a pas apporté la preuve des prétendues hausses de matières premières subies.

Cour d'appel de Paris, pôle 5 chambre 5, 23 mai 2013, Société ... c/ Société..., RG 12/01166 (Arrêt ayant fait l'objet de deux décisions en rectification d'erreur matérielle. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt).

La Cour d'appel de Paris a posé en principe que « *Le déséquilibre significatif peut être établi par l'absence de réciprocité ou la disproportion entre les obligations des parties »*. Par ailleurs, le droit de la consommation peut « *inspirer »* l'application de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce. En l'espèce, la Cour cite expressément l'article R. 132-1 du code de la consommation, listant des clauses dites « *noires »*, pour apprécier le déséquilibre significatif résultant de l'envoi des courriers sollicitant la restitution de sommes remises aux fournisseurs par décision de justice (voir supra). D'ailleurs, « *le seul fait de tenter de faire renoncer les fournisseurs à la restitution des sommes indument versées par eux à ... , à la suite d'une première infraction (...) d'obtention d'avantages sans contrepartie, portant sur des sommes considérables, et étant totalement et évidemment défavorables aux fournisseurs, constitue en soi un déséquilibre significatif »* et même « *un des cas les plus évidents qui puissent se trouver »*, ce qui conduit la Cour à prononcer une amende de 2 millions d'euros.

Cour d'appel de Paris, 18 septembre 2013, Ministre c/ Société ..., RG n°12/03177 (cet arrêt est définitif).

Dans une affaire évoquée supra, le tribunal de commerce avait par ailleurs retenu une stricte analogie entre l'article L. 442-6 I 2° et l'article L. 132-1 du code de la consommation, ce qui l'a conduit à écarter tout déséquilibre significatif portant sur l'adéquation du prix au bien vendu. Le tribunal ajoute que l'article L. 410-2 du code de commerce instituant la liberté des prix l'empêche en tout état de cause de les modifier. En l'espèce, des clauses de ristournes de fin d'année –qui participent donc à la

formation du prix- étaient critiquées au regard du taux et de l'assiette fixés dans le contrat, que le Ministre considérait abusifs.

Tribunal de commerce de Paris, 24 septembre 2013, Ministre c/ Société..., RG n°2011058615 (ce jugement fait l'objet d'un appel).

2.3.2. Obtention d'un avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné (article L. 442-6 I 1°, anciennement L. 442-6 I 2 a), abus de puissance d'achat ou de vente (ancien article L. 442-6 I 2 b et déductions d'office des factures (article L. 442-6 I 8°).

Le ministre a assigné la société ..., exploitant d'un magasin à enseigne nationale, pour des prestations de coopération commerciale fictives ou dont la rémunération était disproportionnée au regard du service rendu. En outre, les contrats comportant les clauses de prestations de service étaient antidatés et rétroactifs. Quatre fournisseurs étaient concernés. Débouté en première instance, le Ministre a fait appel. Au regard des faits, la Cour d'appel a considéré que deux services souscrits par deux fournisseurs étaient dépourvus de contrepartie, mais que la preuve d'une pratique illicite n'était pas rapportée par le Ministre concernant les deux autres services. Sur la rétroactivité des contrats, elle a également considéré que la preuve n'était rapportée que concernant deux contrats.

La société ... est condamnée à une amende de 60 000 euros.

Cour d'appel de Poitiers, 2^{ème} ch. civile, 29 janvier 2013, Ministre c/ Société ..., RG 11/03252 (cet arrêt est définitif).

Le Ministre chargé de l'économie a assigné une société coopérative relevant d'une enseigne nationale pour manquement aux dispositions de l'article L. 442-6 I 2° a) et b) et 8°) du code de commerce. Cette société a en effet perçu de ses fournisseurs une rémunération disproportionnée dans le cadre de l'organisation d'un salon visant à présenter les produits des fournisseurs aux adhérents de l'enseigne, d'avoir abusé de sa puissance d'achat en imposant des pénalités abusives à l'encontre de ses fournisseurs et d'avoir prélevé ces pénalités par débit d'office sur les factures d'achats des marchandises par le biais du paiement par compensation. Le tribunal confirme que la société ... a contrevenu aux dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce en percevant des rémunérations disproportionnées dans le cadre de l'organisation d'un salon visant à promouvoir les produits des fournisseurs référencés auprès des adhérents de la centrale d'achats. En effet, ni les contrats présentés ni les factures produites en application de ces contrats ne permettent de corréler les montants demandés par cette centrale à ses fournisseurs avec des éléments susceptibles de déterminer objectivement le prix de cette participation. Celle-ci est, de plus, qualifiée d'imprécise puisque ni la nature et le nombre des produits présentés, ni le nombre de mètres carrés accordés pour chacun des stands et leur positionnement au sein du salon n'étaient définis. Enfin, le tribunal met en avant l'absence de corrélation entre les coûts facturés aux fournisseurs et les commandes passées lors de ces événements, voire même l'absence de commandes.

Le tribunal qualifie les pénalités appliquées par l'enseigne en cas de retard ou de produits manquants à la livraison, critiquées par le Ministre, d'abusives et parfois infondées, qui plus est déduites d'office des factures d'achat des marchandises sans communication préalable des justificatifs des griefs retenus à l'encontre des fournisseurs concernés. De surcroît, le lien entre les pénalités appliquées et le préjudice subi par l'enseigne n'a pas été démontré par cette dernière, qui dans certains cas a même appliqué des pénalités sans vérifier si le manquement constaté relevait de la défaillance du fournisseur. Le tribunal caractérise l'abus de puissance d'achat de l'enseigne vis-à-vis de ses fournisseurs par les faits précités : obtention d'avantages disproportionnés et soumission des fournisseurs à des pénalités abusives, ainsi que par la rédaction de contrats litigieux. Les contrats liant l'enseigne à certains de ses fournisseurs sont pourvus de signatures non identifiables, ne sont pas paraphés, ne comportent aucun élément pouvant authentifier la raison sociale effective du fournisseur contractant ou ne sont pas datés. Le tribunal remet ainsi en cause leur validité.

En conséquence, la société ... a été condamnée à 490 000 euros d'amende civile et à la restitution des sommes indues à hauteur de 38 308,50 euros.

Tribunal de commerce de Compiègne, 26 février 2013, Ministre c/ Société ..., RG 2008/00492 (ce jugement fait l'objet d'un appel).

2.3.3. Rupture brutale d'une relation commerciale établie (L. 442-6 I 5°)

Après au moins 10 années de relations commerciales, une société d'assurance cesse de travailler avec un garage, avec un préavis de 3 mois, en raison d'une restructuration de son réseau de garagistes agréés. Le tribunal rappelle au visa de l'article L. 442-6 I 5° qu'en l'absence de « textes et accords », il faut tenir compte principalement de la durée de la relation, mais également de l'importance financière de celle-ci, de l'éventuelle dépendance économique ou encore des investissements réalisés par le professionnel déréférencé.

En l'espèce, le chiffre d'affaires apporté par la société auteur de la rupture est relativement limité (au regard de la composition du C.A., cela équivalait à 18% de l'activité assistance/dépannage, elle-même représentant 13% du C.A. total). Sur la durée du préavis, le tribunal retient le principe d'un mois par année de relation, soit 10 mois. En conséquence, la société ... est condamnée à 20 000 euros d'amende civile, à l'indemnisation du garage, intervenant volontaire, à hauteur de 13 954,50 euros équivalent à une perte de marge brute pendant 6 mois. Le tribunal y adjoint l'exécution provisoire.

Tribunal de grande instance de Colmar, 7 mars 2013, Ministre c/ Société ..., RG 11/004488 (cet arrêt est définitif).

Un sous-traitant, fournisseur de canapés de la société ... depuis 16 ans avait vu sa relation commerciale remise en cause par une procédure d'appel d'offres. Des problèmes de qualité ainsi que la crise économique étaient invoqués par le distributeur, mais une baisse de 22% des commandes était intervenue durant l'exécution du préavis, qui dans les faits, s'est établi à 48 mois. Les parties avaient conclu un protocole d'accord transactionnel pour aménager ce désengagement. Néanmoins, le fournisseur a assigné son client. Le ministre est intervenu au litige.

La Cour note que l'existence d'un accord transactionnel sur le désengagement progressif du client, *« ne saurait (...) empêcher le contrôle juridictionnel du respect de la réalité du préavis au travers des volumes d'échanges pendant sa durée. Raisonner autrement reviendrait, en effet, à accepter des dérogations conventionnelles à l'article L. 442-6, I, 5°, ce qui n'est pas possible s'agissant d'une disposition d'ordre public économique »*.

La Cour d'appel de Paris rappelle les grands principes gouvernant la rupture brutale, en particulier l'effectivité du préavis : *« sans exiger que les relations commerciales se poursuivent de façon totalement identique en terme de volume, l'auteur de la rupture doit donc, sauf circonstances particulières qui lui soient extérieures, assurer la réalité du préavis en poursuivant ses commandes en volume équivalent »*. En l'espèce, *« la société ... n'a pas exécuté ce préavis dans des conditions équivalentes de volume d'affaires et elle doit indemniser la société ... de la perte de marge brute que ses manquements à ses obligations sur ce point ont causé »* durant la période de préavis, soit 4 933 050 euros.

La Cour ne retient pas dans l'évaluation du préjudice la situation de dépendance économique dans laquelle se trouvait le sous-traitant, dans la mesure où cette situation résulte des décisions de celui-ci et non d'une demande du client.

Cour d'appel de Paris, pôle 5 chambre 5, 23 mai 2013, Société ... c/ Société ..., RG 12/01166 (Arrêt ayant fait l'objet de deux décisions en rectification d'erreur matérielle. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt).

Un prestataire de transport de la société ..., en relations commerciales depuis 13 ans, a été quasi totalement déréférencé avec un préavis de 3 mois. En l'espèce, les parties étaient liées par des divers contrats et n'étaient donc pas soumises au contrat-type supplétif prévu par la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs (LOTI) et en particulier à la clause-type relative au préavis de rupture. Le tribunal retient donc l'application de l'article L. 442-6 I 5° et considère qu'en l'espèce, un préavis de 9 mois aurait dû être respecté. Évaluant le préjudice à hauteur de 6 mois de marge brute non réalisée, le tribunal alloue à la victime, à la demande du Ministre, des dommages-intérêts portés à 40 351 euros et accorde l'exécution provisoire. Outre le manquement à l'article L. 442-6 I 5°, le ministre invoquait le déséquilibre significatif inhérent à la pratique consistant à modifier unilatéralement un contrat et en conséquence, à solliciter du fournisseur l'absence de facturation d'une prestation qui devenait sans objet. Le tribunal note que *« le déséquilibre du contrat au sens de l'article L. 442-6 I 2° est un déséquilibre juridique pouvant notamment résulter du caractère unilatéral ou*

potestatif d'une clause ». En l'espèce, le contrat comportait une clause de modification, prévoyant la rédaction d'un avenant : le tribunal note que la société ..., en faisant évoluer unilatéralement le contrat en cours d'exécution, a bafoué ses clauses mêmes, mais analyse les faits en une rupture brutale des relations commerciales

En revanche, le tribunal a estimé devoir rejeter la demande d'amende civile « *eu égard à la nature de ce litige* ».

Tribunal de commerce de Nancy, 5 juillet 2013, Ministre c/ Société ..., RG 2012005686 (ce jugement est définitif).

Deux sociétés spécialisées dans la fabrication de machines agricoles ont entretenu des relations commerciales pendant 15 ans, même si les parties n'ont pas formellement établi de contrat. Le Ministre de l'économie et des finances est intervenu volontairement à l'instance. Le tribunal de commerce de Nantes souligne que « *la dépendance vis-à-vis du chiffre d'affaires apporté par la société X relevait d'une politique délibérée la société Y* ». Par ailleurs, le tribunal relève que la relation commerciale était dégradée dès le mois de mars 2008 dans la mesure où la société Y. s'adressait à son client par correspondance d'avocat. Le tribunal juge également que « le comportement de la société Y. aurait largement contribué à la dégradation de la relation commerciale et à en rendre la rupture prévisible ». En effet, cette dernière n'aurait pas respecté ses engagements en matière de prix, délais de livraison ou de conformité des produits livrés. Il en résulte que « *la diminution du volume de commandes de la société X. à la société Y au cours du premier trimestre 2009 s'explique par une baisse d'activité et non par une stratégie volontaire de la société X. et que la société X. n'a rompu à aucun moment la relation commerciale avec la société Y au premier trimestre 2009* ». En tout état de cause, le tribunal indique que le préavis de 24 mois était suffisant au regard de la loi et de la jurisprudence. En conséquence, le Tribunal de commerce a débouté les parties de leurs demandes et a condamné la société Y et sa gérante, à titre personnel, à 15 000 euros chacun au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Tribunal de commerce de Nantes, 11 juillet 2013, Société Y c/ Société X, RG 2012004315 (ce jugement fait l'objet d'un appel).

II – L'ACTIVITE CONTENTIEUSE DE L'ANNEE 2013 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 la LME, le législateur ayant largement dépénalisé la matière.

Pour autant, plusieurs infractions pénales subsistaient en 2013 en matière de transparence et de pratiques restrictives de concurrence. Les règles sur la facturation ou sur la convention unique permettent d'assurer la transparence des relations commerciales entre opérateurs économiques. Sont également prohibées et pénalement sanctionnées la revente à perte, le non respect des délais de paiement réglementés, le paracommercialisme, les prix minimum imposés.

L'administration procède chaque année à des contrôles permettant de vérifier que les dispositions du titre IV du livre IV du code de commerce sont respectées, à travers l'activité de la brigade LME, créée en 2009 après l'adoption de la LME pour renforcer les moyens de contrôle de la DGCCRF et permettre aux professionnels victimes de s'adresser plus facilement aux autorités de contrôle.

Selon les situations rencontrées et la gravité des faits reprochés, lorsqu'un opérateur enfreint la réglementation, un avertissement peut suffire à obtenir qu'il revienne à un strict respect de la loi. Toutefois, pour des faits plus graves, les agents de la brigade LME², peuvent établir des procès verbaux qui seront transmis au Parquet pour d'éventuelles poursuites pénales.

² Etablis au sein du pôle C des DIRECCTE

Parmi les suites pénales données aux dossiers transmis aux procureurs par les agents de la CCRF, certain, ou à un jugement, à une transaction donnent lieu à une comparution sur reconnaissance préalable de responsabilité, à un jugement, ou à une transaction ou une composition pénale.

1. Bilan des suites contentieuses pénales de l'action de la DGCCRF au titre de l'année 2013, présenté dans le tableau³ ci-dessous :

Types de pratiques		2013
Facturation		
	PV	159
	transaction	94
	jugement	42
	arrêt	6
Délais de paiement		
	PV	139
	transaction	147
	jugement	12
	arrêt	-
Convention unique		
	PV	21
	transaction	15
	jugement	-
	arrêt	-
Paracommercialisme		
	PV	8
	transaction	3
	jugement	4
	arrêt	2
Revente à perte		
	PV	4
	transaction	2
	jugement	1
	arrêt	1
Prix minimum imposé		
	PV	0
	transaction	0
	jugement	3
	arrêt	2
Total		
	PV	331
	transaction	261
	jugement	62
	arrêt	11

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

³ Source IRIS

Tout d'abord, il s'avère que l'essentiel des infractions relevées portent sur le non-respect des règles de facturation et des délais de paiement sanctionnés pénalement (délais réglementés prévus aux articles L. 441-6 11^{ème} alinéa pour les prestations de transport et L. 443-1 pour les viandes, produits périssables et boissons alcooliques),

En matière de facturation, le nombre de PV dressés en 2013 s'élève à 159, en nette diminution par rapport aux années précédentes (224 PV en 2012 et 343 PV en 2011).

S'agissant des délais de paiement réglementés cités ci-dessus, le nombre de PV enregistré en 2013 est de 139, chiffre relativement stable par rapport aux années précédentes (135 PV en 2012 et 131 PV en 2011).

En ce qui concerne le formalisme contractuel des relations commerciales entre fournisseur et distributeur, 21 PV ont été enregistrés (contre 17 en 2012) ; les faits incriminés portent essentiellement sur des contrats-cadres incomplets ou l'absence de contrats d'application.

Par ailleurs, il est à noter que les suites apportées aux constatations sont dans une très grande majorité des cas des transactions, et cela quel que soit le type d'incrimination.

2. Montant des transactions et des amendes

En 2013, 331 procès-verbaux ont été dressés et 261 transactions ont été enregistrées. La proportion des transactions continue donc d'augmenter (en 2012 on comptait 294 transactions et 387 procès-verbaux). Les Parquets continuent donc de privilégier la voie transactionnelle.

Le montant des transactions s'est élevé en 2013 à 2 282 149 € (contre 1 857 178 € en 2012). Le montant moyen des transactions s'avère donc plus élevé en 2013 qu'en 2012.

Quant au montant des amendes pénales prononcées, les jugements rendus aboutissent à un total de 276 725 € en 2013, soit un chiffre très inférieur à ceux des années précédentes (459 345 € en 2012 et 427 340 € en 2011).

Type de pratiques	Montant des transactions en €	Montant des amendes en €
Facturation	1 085 189	225 990
Délais de paiement	733 700	44 000
Convention unique	434 360	-
Paracommercialisme	1 900	2 735
Revente à perte	3 000	-
Prix minimum imposé	-	4 000
TOTAL	2 258 149	276 725

En matière de facturation, le nombre de jugements reste encore conséquent (42 jugements contre 94 transactions). En revanche, s'agissant des délais de paiement réglementés, le nombre de jugement reste marginal par rapport au nombre de transactions (12 jugements contre 147 transactions).

Il est à noter qu'en ce qui concerne la convention unique, il y a eu 15 transactions pour un montant de 434 630 € mais qu'en revanche aucun jugement n'a été rendu en 2013 (un seul avait été rendu en 2012 qui avait abouti à une amende de 20 000 euros). Ainsi, la totalité des dossiers ayant abouti à une transaction en 2013, aucune nouvelle jurisprudence n'est intervenue sur le fond.

Le montant des amendes prononcées en 2013 est étroitement corrélé au nombre de jugements rendus, (les deux étant en baisse, principalement en matière de facturation) :

- 225 900 € en ce qui concerne les infractions aux règles de la facturation, chiffre en diminution par rapport à l'année antérieure (379 445€ en 2012),

- 44 000 € au titre d'infractions aux délais de paiement réglementés, soit un montant inférieur à celui des amendes prononcées dans ce domaine en 2012 (55 000 en 2012),
- les amendes prononcées pour les autres types d'infractions sont peu élevées, 2 735 € pour le paracommercialisme et 4 000 € s'agissant des prix minimum imposés.

3. Les décisions pénales rendues en 2013

3.1 La facturation

L'article L. 441-3 du code de commerce prévoit notamment que « *tout achat de produits ou toute prestation de service pour une activité professionnelle doivent faire l'objet d'une facturation* ». La Cour d'appel de Paris a confirmé en 2013 sa jurisprudence de 2012 sur le champ d'application de ces dispositions.

Le tribunal de première instance avait relaxé une société qui procédait à l'échange de cartes téléphoniques avec d'autres revendeurs sans établir de factures, au motif que l'article L. 441-3 du code de commerce ne prévoyait l'établissement d'une facture qu'en cas de vente et non en cas d'échange.

La Cour d'appel de Paris a considéré que l'article 1707 du code civil prévoit expressément que, hormis le cas de rescision pour lésion, l'intégralité des règles du contrat de vente s'appliquent également au contrat d'échange.

Cet arrêt est à rapprocher d'un autre arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 22 octobre 2012 qui, dans une affaire, en tous points similaires, avait également réformé un jugement de relaxe. Cependant, dans cette affaire, le juge avait motivé sa décision par le fait que le prévenu n'avait pas justifié de l'existence de contrats d'échange et que, du fait des cessions intervenues, il devait donc se conformer aux règles du code de commerce exigeant la délivrance de facture. La qualification de contrat d'échange n'avait donc pas été expressément retenue.

Dans cet arrêt, le juge affirme donc expressément que les règles prévues par l'article L. 441-3 du code de commerce sont applicables au contrat d'échange.

La Cour d'appel de Paris a par conséquent infirmé le jugement de première instance et condamné le gérant à une amende de 3 000 euros, l'action publique étant éteinte à l'encontre de la société qui a été radiée suite à sa dissolution.

Cour d'appel de Paris, 31 mai 2013 (n° 11/10638)

3.2 Les délais de paiement réglementés

En application des dispositions du 11^{ème} alinéa du I de l'article L. 441-6 du code de commerce, 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 transitaires, 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.

Par ailleurs, l'article L. 443-1 du code de commerce met en place des délais de paiement spécifiques pour les achats de produits alimentaires périssables et de viandes congelées ou surgelées, de poissons surgelés, de plats cuisinés et de conserves fabriqués à partir de produits alimentaires périssables, de bétail sur pied destiné à la consommation et de viandes fraîches dérivées, de certaines boissons alcooliques et de raisins et de moûts destinés à l'élaboration de certains vins ainsi que de certaines boissons alcooliques.

Ainsi, il était reproché à une société d'avoir volontairement dépassé les délais de paiement convenus pour le transport routier de marchandises. Au cas particulier, 43 dépassements avaient été constatés sur 49 factures émises sur la période considérée, s'échelonnant de 1 à 99 jours, pour une moyenne de 22,59 jours de retard.

Le tribunal de première instance a considéré que la date d'émission de la facture est la date qui est portée sur celle-ci et non pas, comme le prétendaient les prévenus, la date d'envoi ou la date de

réception par le débiteur. Ce dernier doit donc régler la facture avant la fin du délai indiqué sur cette dernière, même dans le cas où il l'a reçue quelques jours après son émission. Le tribunal a précisé que seules deux circonstances peuvent laisser admettre un paiement tardif : d'une part lorsque la facture n'est réceptionnée qu'après le délai accordé pour le paiement et, d'autre part, lorsque dans des cas exceptionnels et pour une raison objective, le débiteur demande à son créancier de différer la date d'émission de la facture.

Le juge a considéré en l'espèce que la grande majorité des dépassements de délais de paiement constatés étaient supérieurs à cinq jours et ne pouvaient donc s'expliquer par un envoi tardif des factures. Par ailleurs, le tribunal a relevé qu'à aucun moment le prévenu n'avait fait part à ses fournisseurs d'une circonstance exceptionnelle et objective liée au changement de son système de facturation pour solliciter que la date d'émission des factures soit différée et qu'il lui appartenait donc de gérer cette difficulté en interne.

Pour ces raisons, la société a été condamnée à une amende d'un montant de 5 000 euros.

Tribunal de Grande Instance de Tours du 15 novembre 2013 (n° 2587/S)

Dans une autre affaire, il était reproché à une société et à son gérant de ne pas avoir respecté les délais réglementaires prévus par le code de commerce pour l'achat d'aliments périssables, de boissons alcooliques ou de bétail.

Le tribunal ayant constaté qu'il résultait des éléments du dossier que les faits reprochés étaient établis, a condamné la société à une amende de 5 000 euros et son gérant à une amende de 2 500 euros. Cette décision est définitive.

Tribunal de Grande instance de Lorient du 19 septembre 2013 (n° 1320/2013)