

Le bilan de la jurisprudence civile, administrative et pénale 2016

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.

Initialement sanctionné pénalement ou civilement par le code de commerce (loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008), le droit des PCR a connu une phase importante de son évolution en 2014.

En effet, la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 sur la consommation a notamment donné aux services de la DGCCRF un nouveau pouvoir d'injonction et de sanction administrative.

Le droit des PCR a continué à évoluer au cours de l'année 2016.

L'ÉVOLUTION RÉCENTE DU CADRE LÉGISLATIF

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 renforcé le dispositif existant sur plusieurs points :

1) Concernant la formation du prix dans le secteur agroalimentaire

- Les CGV relatives à des produits alimentaires comportant un ou plusieurs produits agricoles non transformés, et soumis à une obligation de contractualisation en application du code rural et de la pêche maritime, doivent mentionner le prix prévisionnel moyen proposé par le vendeur au producteur de ces produits (modification de l'article L. 441-6 du code de commerce) ;
- Les contrats MDD de moins d'un an portant sur des produits alimentaires doivent mentionner le prix, ou les critères et modalités de détermination du prix, d'achat des produits agricoles non transformés entrant dans la composition de ces produits alimentaires lorsqu'ils sont soumis à une obligation de contractualisation en application du code rural et de la pêche maritime (création de l'article L. 441-10 du code de commerce).

2) Concernant la convention unique

- Possibilité de conclure une convention fournisseur / distributeur ou fournisseur / grossiste pour 1, 2 ou 3 ans ; lorsqu'elle est pluriannuelle, la convention doit fixer les modalités de révision du prix (modification des articles L. 441-7 et L. 441-7-1 du code de commerce) ;
- Plafonnement des avantages que le fournisseur s'engage à accorder directement au consommateur dans le cadre d'un contrat de mandat confié au distributeur à 30% de la valeur du barème des prix unitaires pour certains produits, dont le lait et les produits laitiers (modification de l'article L. 441-7 du code de commerce).

3) Concernant les pratiques abusives

La liste des pratiques abusives est complétée afin d'appréhender les nouveaux abus constatés par la DGCCRF lors de ses contrôles (modification de l'article L. 442-6 du code de commerce) :

- la pratique d'avantages sans contrepartie ou disproportionnés est étendue expressément à la rémunération des services rendus par les centrales internationales ;
- le fait d'exiger des pénalités pour retard de livraison en cas de force majeure est expressément prohibé ;
- le fait d'imposer une clause de révision du prix du contrat par référence à un ou plusieurs indices publics sans rapport direct avec les produits ou les prestations de services, objets de la convention, est sanctionné.

4) Concernant le renforcement du régime de sanctions

Le dispositif de sanctions est renforcé par l'augmentation du plafond de l'amende civile de 2M€ à 5M€ et la publication systématique de la décision du juge prononcée sur le fondement de l'article L. 442-6 III du code de commerce (modification de l'article L. 442-6 du code de commerce).

5) Concernant le renforcement de la réglementation sur les délais de paiement

- Augmentation du montant maximum de l'amende administrative prévue pour les personnes morales de 375 000€ à 2 M€ (modification des articles L. 441-6 et L. 443-1 du code de commerce et de l'article 40-1 de la loi DDADUE du 28 janvier 2013) ;
- Publicité systématique de la sanction prononcée en matière de délais de paiement (modification du V de l'article L. 470-2 du code de commerce);
- Création d'une dérogation pour les entreprises exportatrices (sauf grandes entreprises) qui achètent pour revendre en l'état hors UE : le délai maximum pour régler les marchandises ainsi achetées est de 90 jours. Le délai convenu – dans le cadre de ce plafond - doit être expressément prévu dans le contrat conclu avec le fournisseur et ne doit pas constituer un abus manifeste (modification des articles L. 441-6 et L. 443-1 du code de commerce) ;
- Suppression de l'interdiction de cumul de sanction applicable notamment en matière de délais de paiement (modification du VII de l'article L. 470-2 du code de commerce).

II. L'ACTIVITE CONTENTIEUSE EN MATIERE CIVILE EN 2016

1. Observations générales sur l'activité contentieuse

1.1. Nombre de décisions rendues en matière civile

En 2016, 13 décisions intéressant les pratiques restrictives de concurrence civiles ont été rendues dans des contentieux ayant pour origine soit une action du Ministre (9), soit dans lesquels il est intervenu volontairement (3) ou de manière forcée (1).

Ces décisions ont été rendues par :

- les tribunaux de commerce : 4
- les Cours d'appel : 4
- la Cour de cassation : 4
- le Conseil constitutionnel : 1

1.2. Les pratiques dont ont été saisies les juridictions :

Sur les 13 décisions rendues en matière civile en 2016¹ :

- 3 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 ;
- 3 décisions concernent la rupture brutale de relations commerciales ;
- 1 décision concerne d'autres dispositions (L. 442-6 I 3°) ;
- 4 décisions concernent des questions de procédure (recevabilité de l'action du Ministre et conformité de son amende civile, 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, décision de désistement, etc.) ;
- 1 décision concerne une affaire dans laquelle le Ministre avait été assigné par une enseigne au visa de l'article L. 442-6 III du code de commerce.

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 2016

Le montant des amendes civiles allouées 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 150 000 € en 2016.

Année	Montant total des amendes
2008	1 537 300 €
2009	4 491 301 €
2010	756 500 €
2011	2 288 000 €
2012	4 827 000 €
2013	4 975 000 €
2014	727 000€
2015	2 580 000€
2016	150 000 €

1.4. Le montant de l'indu prononcé

L'indu, c'est-à-dire la restitution des sommes indument payées en violation des dispositions d'ordre public de l'article L. 442-6 du code de commerce, varie d'année en année, en fonction des circonstances particulières de chaque affaire. Il s'élève à 76.871.390 euros pour 2016.

Année	Montant total de l'indu prononcé
2012	18 837 992 €
2013	72 179 €
2014	16 000 €
2015	78 259 791 €
2016	76.871.390 €

¹ Auxquelles il faut ajouter 1 décision rendue sur la validité des opérations de visites et saisies.

2. Les enseignements des décisions rendues en 2016 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 actions menées sur les constatations effectuées doivent respecter les règles de procédure civile.

Les éléments d'enquête fondant l'action du Ministre peuvent également être recueillis dans le cadre d'une opération de visite et de saisie de tout document et tout support d'information. Cette visite domiciliaire est autorisée par le juge des libertés et de la détention conformément aux dispositions de l'article L.450-4 du code de commerce. S'agissant des voies de recours, l'article L.450-4 renvoie aux règles du code de procédure pénale.

Très récemment, dans une affaire visant les relations entre une enseigne et ses fournisseurs, la Cour d'appel de Paris a validé le recours à cette procédure d'enquête. Une opération de visite et saisie avait été autorisée par le juge des libertés et de la détention, conduisant à l'assignation de cette enseigne par le Ministre. Sur recours de l'enseigne ayant fait l'objet de cette visite domiciliaire, le Premier Président de la Cour d'appel de Paris a non seulement validé l'ordonnance délivrée par le juge des libertés et de la détention, mais également a rejeté le recours contre les opérations de visite et de saisies.

(Ordonnance du 14 décembre 2016 rendue par le délégué du Premier Président de la Cour d'appel de Paris, dans le cadre de l'appel sur ordonnance rendue le 5 février 2016 par le Juge des libertés et de la détention du Tribunal de grande instance d'Evry et dans le cadre du recours contre les opérations de visite et de saisies des 9 et 10 février 2016 dans les locaux des sociétés du groupe...)

2.1.2. La représentation du Ministre à l'instance et la notion de pouvoir spécial

La Cour d'appel de Paris a confirmé sa position constante concernant les pouvoirs de représentation du Ministre à l'instance en ces termes :

« Mais considérant que M...représente le Ministre en application de l'arrêté du 12 mars 1987 portant délégation de pouvoir et que cet arrêté précisait qu'il pouvait être suppléé par un fonctionnaire de catégorie A pour développer oralement à l'audience les conclusions déposées ; qu'en sa qualité de représentant du Ministre, partie à l'instance, il a, en vertu de l'article L 470-5 du Code de commerce, le pouvoir de donner mandat pour être représenté à l'audience ; qu'il a ainsi donné à M..., inspecteur, pouvoir de le représenter à l'audience de plaidoiries du 6 juin 2006 ; que le pouvoir est suffisamment précis, se suffit à lui-même, observe les règles de la représentation en justice ; que la procédure est régulière ».

(Cour d'appel de Paris, 29 juin 2016, Société ... c/ Ministre, RG 14/09786)

2.1.3. L'action du Ministre est autonome et n'est pas liée à celles des fournisseurs

La Cour d'appel de Paris rappelle que l'action du Ministre et celles des fournisseurs sont des actions autonomes. L'action du Ministre n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs.

(Cour d'appel de Paris, 29 juin 2016, Société ... c/ Ministre, RG 14/09786)

2.1.4. L'information des fournisseurs peut être réalisée à tout moment de la procédure

La Cour d'appel de Paris rappelle que l'obligation pour le Ministre d'informer les fournisseurs de son action en justice, qui a pour finalité de permettre à ces derniers de défendre leurs intérêts, est satisfaite dès lors que ladite information a lieu en cours de procédure :

« cette information portant sur " l'introduction de la demande " qui permet d'assurer le respect des droits au recours juridictionnel et de la liberté contractuelle peut avoir lieu au cours de la procédure ; qu'elle permet l'intervention des fournisseurs au besoin en cause d'appel sans pour autant qu'il y ait création d'un nouveau litige, s'agissant d'obtenir dans tous les cas la répétition de l'indu, ou encore sans que soit reprochée sérieusement au Ministre la responsabilité de prescription éventuelle d'une action des fournisseurs contre la société ... d'autant plus que cette action n'est pas subordonnée à celle du Ministre mais à la seule volonté de ces derniers, étant observé que le Ministre doit très régulièrement la suppléer ».

(Cour d'appel de Paris, 29 juin 2016, Société ... c/ Ministre, RG 14/09786)

2.1.5. Précisions sur le formalisme de l'information

Après avoir constaté que l'information des fournisseurs n'est soumise à aucun formalisme particulier, la Cour d'appel de Paris a précisé que :

*« Mais considérant qu'il appartient à la juridiction à qui est soumise la contestation de vérifier si le Ministre s'est acquitté de son obligation d'information en temps utile, peu important que les fournisseurs aient connu la procédure, comme il est avéré en l'espèce, par l'information qui leur avait été faite par Maître ... dès l'année 2007 ; **qu'il est constaté que cette information n'est soumise à aucun formalisme particulier et que les articles L 470-5 et R470-1-1 du Code de commerce ne la visent pas (...)** ; que les informations données dans les courriers de 2011 portaient sur les numéros de rôle de l'affaire devant le tribunal de commerce et la cour d'appel de Paris, sur le fondement de l'action du Ministre et de ses demandes et indiquaient aux fournisseurs qu'ils avaient la possibilité d'intervenir volontairement en application de l'article 544 du code de procédure civile, que les envois du Ministre ont été adressés aux sièges sociaux et/ou administratifs des sociétés ... et ... qui étaient visés par la procédure ; que les courriers de 2015 portaient sur la date du jugement, la nature et le fondement légal de l'infraction reprochée à ..., les contrats concernés par l'action du Ministre, les condamnations prononcées contre ..., la possibilité d'intervenir à l'instance, outre divers renseignements sur la déclaration d'appel, la répartition de la répétition de l'indu, la date de l'audience, que ces courriers ont été envoyés à l'adresse du siège social des entreprises ;*

Considérant que ces courriers remplissaient l'exigence d'information posée par le Conseil Constitutionnel pour le respect du droit au recours et à la liberté contractuelle ; que la procédure est régulière ».

(Cour d'appel de Paris, 29 juin 2016, Société ... c/ Ministre, RG 14/09786)

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

➤ Amende civile

- Concernant la conformité de l'amende aux droits et obligations que la Constitution garantit :

Le Conseil constitutionnel, saisi par une enseigne de la grande distribution d'une question prioritaire de constitutionnalité, a confirmé que l'amende civile prononcée à l'encontre d'une entreprise ayant procédé à la fusion-absorption de l'entreprise qui a réalisé les pratiques est conforme au principe de personnalité des peines.

(Conseil constitutionnel, décision QPC n° 2016-542, 18 mai 2016)

- Concernant le prononcé et l'appréciation du montant de l'amende civile :

La Cour d'appel d'Amiens, par un arrêt du 23 juin 2016, confirme le prononcé d'une amende civile à l'encontre de l'auteur d'une rupture brutale des relations commerciales, en précisant que « *l'action de Monsieur le Ministre de l'économie, prévue par l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce a pour objet de sanctionner, par le prononcé d'une amende civile, les pratiques commerciales restrictives de concurrence mentionnées audit article sans qu'il soit besoin d'établir un lien de causalité avec un préjudice en résultant.*

La pratique illicite, en l'espèce la rupture brutale des relations commerciales sans préavis écrit, constitue, par elle-même, un trouble à l'ordre public économique car portant atteinte à la moralité, à la loyauté et à l'équilibre des relations commerciales.

L'amende civile de 50.000€ prononcée par les premiers juges, qui apparaît justifiée en son principe et proportionnée par son montant, sera, en conséquence confirmée ».

(Cour d'appel d'Amiens, 23 juin 2016, Ministre c/ société ..., RG 14/03236)

La Cour de cassation a, par ailleurs, confirmé le raisonnement de la Cour d'appel concernant les éléments à prendre en compte dans le prononcé et le calcul du montant de l'amende :

« Et attendu, en second lieu, que c'est sans méconnaître les conséquences de ses constatations que la cour d'appel, après avoir constaté la gravité modérée et l'effet limité de la pratique retenue, les sociétés ... ayant seulement réduit la durée du préavis raisonnable, ce dont elle a déduit que la liquidation de la société ..., sans être dépourvue de lien avec la perte d'un partenaire avec lequel elle réalisait 75 % de son chiffre d'affaires, ne pouvait être attribuée exclusivement à la rupture litigieuse, et relevé que les faits ne caractérisaient pas un abus de puissance de marché, a retenu qu'il y avait lieu, cependant, de prendre en considération l'importance du chiffre d'affaires des sociétés ... et l'effet d'entraînement que peut avoir le comportement de sociétés de leur taille et de leur notoriété sur les autres opérateurs économiques, et prononcé une amende civile dont elle a apprécié souverainement le montant ».

(Cass. com., 18 octobre 2016, société ... c/ Ministre, pourvoi n°15-13.834)

La Cour d'appel de Paris, par un arrêt du 29 juin 2016, a rappelé que dès lors qu'une société viole les dispositions de l'article L. 442-6 I du code de commerce, celle-ci doit, en application de l'article L. 442-6 III du même code, être condamnée au paiement d'une amende civile :

« Mais considérant que la société ... a conclu des contrats dans les circonstances ci-dessus rappelées et a encaissé les fonds remis par les fournisseurs au titre d'un service de coopération commerciale fictif ; que violant les dispositions de l'article L 442-6 I 1° du Code de commerce, elle doit en application de l'article L 442-6 III être condamnée au paiement d'une amende civile que le tribunal a justement fixée et doit restituer les fonds perçus qu'elle a encaissés sans fournir de contrepartie ».

(Cour d'appel de Paris, 29 juin 2016, Société ... c/ Ministre, RG 14/09786)

En revanche, le Tribunal de commerce de Paris, dans son jugement du 29 novembre 2016 a débouté le Ministre de sa demande de prononcé d'une amende civile pour les raisons suivantes :

« Attendu que le ministre de l'économie et des finances n'a pas produit suffisamment d'éléments permettant d'apprécier sa demande de condamnation d'une amende civile de 2 millions d'euros ; que le caractère intentionnel et dissuasif de la faute n'est pas démontré ; que des clauses contractuelles

ont été modifiées ou supprimées ; que la société ... a accepté de rentrer en procédure d'engagements et de modifier ses CGP et que la plupart des clauses incriminées ne sont plus en vigueur ».

(Tribunal de commerce de Paris, 29 novembre 2016, Ministre c/ société ..., RG 2014027403)

➤ La restitution de l'indu

La Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 13 janvier 2016 a considéré que la renonciation d'un fournisseur au bénéfice de l'indu n'a pas pour effet d'investir le distributeur d'une créance envers quiconque, que ce dernier n'a aucun droit sur les fonds non restitués et ne peut soutenir qu'il en est propriétaire.

(Cour d'appel de Paris, 13 janvier 2016, société ... c/ Ministre, RG 13/11500)

➤ Publication du jugement

Le Tribunal de commerce de Paris, dans son jugement du 29 novembre 2016, a refusé de faire droit à la demande de publication du jugement formée par le Ministre aux motifs que :

« Attendu qu'au regard des articles 11-2 et 11-3 de la loi n°72-626 du 5 juillet 1972 instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile, les jugements sont prononcés publiquement et les tiers sont en droit de se faire délivrer copie des jugements prononcés publiquement ; que les circonstances de l'affaire ne présentent aucune particularité qui motiveraient une autre publication du jugement, que le Ministre de l'économie et des finances demande au tribunal d'ordonner sa publication sans en avancer aucune justification ».

(Tribunal de commerce de Paris, 29 novembre 2016, Ministre c/ société ..., RG 2014027403)

2.2. La procédure

➤ Sur la compétence du juge français et l'application du droit français

Compte tenu des nouvelles actions menées par le Ministre à l'encontre de sociétés étrangères, la question de la compétence du juge français et de l'application du droit français au litige a encore été débattue en 2016.

Ainsi, dans un litige où les sociétés ... sollicitaient leur mise hors de cause compte tenu de la clause compromissoire insérée au contrat conclu avec la société ..., la Cour d'appel de Paris avait rejeté l'application de la clause compromissoire prévue au contrat dans la mesure où l'action du Ministre est « *au regard de sa nature et de son objet, de celles dont la connaissance est réservée aux juridictions étatiques* » (Cour d'appel de Paris, 19 mai 2015, société ... c/ Ministre de l'économie, RG 15/04775).

La Cour de cassation confirme, par une décision du 6 juillet 2016, la solution retenue par la Cour d'appel, considérant que « *l'arrêt énonce, à bon droit, que l'action ainsi attribuée au titre d'une mission de gardien de l'ordre public économique pour protéger le fonctionnement du marché et de la concurrence est une action autonome dont la connaissance est réservée aux juridictions étatiques au regard de sa nature et de son objet ; que, le ministre n'agissant ni comme partie au contrat ni sur le fondement de celui-ci, la cour d'appel a caractérisé l'inapplicabilité manifeste au litige de la convention d'arbitrage du contrat de distribution* »

(Cass. civ. 1^{ère}, 6 juillet 2016, RG n°15-21.811)

2.3. Le fond

2.3.1. Déséquilibre significatif (L. 442-6 I 2° du code de commerce)

➤ Sur les modalités d'application de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce

La Cour de cassation a précisé que l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce prohibant non seulement la soumission, mais également la tentative de soumission d'un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif, cet article peut s'appliquer à un contrat-type proposé à des fournisseurs et ne doit pas nécessairement s'appliquer à un contrat finalisé et conclu.

(Cass. com, 4 octobre 2016, société ... c/ Ministre, pourvoi n°14-28 013)

Une décision du Tribunal de commerce de Paris a considéré que l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce appelle le juge à se prononcer sur la mise en œuvre d'une clause particulière.

(Tribunal de commerce de Paris, 21 novembre 2016, Ministre c/ société ..., RG 2015027442, appel en cours)

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

La Cour de cassation, par son arrêt du 4 octobre 2016, a considéré que la Cour d'appel s'était valablement référée à la structure du secteur de la distribution alimentaire en France pour caractériser l'existence d'une soumission ou tentative de soumission au sens de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce puisque les sociétés en cause n'avaient pas, dans leurs conclusions d'appel, allégué que certains fournisseurs, compte-tenu de leur puissance économique et du nombre important de références qu'ils proposaient ou de leur caractère incontournable, seraient parvenus à obtenir la suppression des clauses litigieuses dans le cadre de négociation.

(Cass. com, 4 octobre 2016, société ... c/ Ministre, pourvoi n°14-28 013)

Une décision du Tribunal de commerce de Paris a considéré, concernant la soumission à un déséquilibre significatif, que *« si la soumission s'induit de l'impossibilité pour une partie de se passer de la relation avec l'autre partie, dans le cas d'espèce, il apparaît que les relations ne sont pas a priori déséquilibrées dès lors que les parties n'apparaissent pas pouvoir se passer l'une de l'autre »*.

(Tribunal de commerce de Paris, 21 novembre 2016, Ministre c/ société ..., RG 2015027442, appel en cours).

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

Le 29 novembre 2016, le Tribunal de commerce de Paris s'est prononcé sur un litige initié par le Ministre dans le secteur de la réservation d'hôtels en ligne. Tout d'abord, trois clauses essentielles ont été sanctionnées par le juge :

- le Tribunal a confirmé que les clauses de parité tarifaire et de parité de disponibilité constituaient un déséquilibre significatif dans la mesure où il était démontré que *« la clause n'est pas la contrepartie d'un risque ou d'un engagement d'achat minimum [...] », « la clause de parité tarifaire empêche l'hôtelier d'accorder en direct à ses clients un prix plus avantageux sans être obligé immédiatement d'offrir ce même prix à ... », « l'hôtelier est privé de sa liberté de déterminer une politique tarifaire selon les différents canaux de commercialisation de ses chambres »* et *« d'accorder à certains de ses clients des avantages spécifiques »* si bien que ces clauses contrevenaient à l'article L. 442-6 I 2° du code de

commerce. Le Tribunal a également considéré que ces clauses contrevenaient à l'article L. 442-6 II d) du code de commerce;

- les clauses conférant des prérogatives unilatérales et potestatives à ... en matière de classement des hôtels sont également condamnées sur le fondement du déséquilibre significatif.
- ensuite, les clauses de marketing direct contrevenant à la possibilité pour l'hôtelier de démarcher librement ses clients sont également sanctionnées.

Le Tribunal prononce donc la nullité de ces clauses et la cessation des pratiques consistant à inclure ces clauses dans les contrats pour l'avenir.

En revanche, les clauses de propriété intellectuelle ne sont pas sanctionnées dès lors qu'elles prévoient une licence limitée sur les droits de propriété intellectuelle des hôtels. Les clauses organisant la responsabilité contractuelle des parties ne sont pas non plus sanctionnées dès lors que le Tribunal considère qu'il n'y a pas d'asymétrie dans leurs obligations réciproques.

(Tribunal de commerce de Paris, 29 novembre 2016, Ministre c/ société ..., RG 2014027403)

Par son arrêt du 4 octobre 2016, la Cour de cassation a confirmé la position de la Cour d'appel de Paris concernant l'illicéité de clauses litigieuses faisant l'objet d'un pourvoi d'une enseigne. En effet, la haute juridiction a considéré que :

- la Cour d'appel a pu retenir que la clause relative aux dates et heures de livraison était contraire à l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce puisqu'elle a constaté une absence de réciprocité et une disproportion entre les obligations des parties qu'aucun impératif ne permettait de justifier.
- la Cour d'appel a légitimement décidé que la clause autorisant l'enseigne à refuser les livraisons de produits ayant une DLC ou une DLUO identique à celle constatée lors de la précédente livraison ne respectait pas l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce puisque, en l'état de ses constatations et appréciations, il ressort de cette clause une disproportion dans les droits des parties que les impératifs de sécurité et de fraîcheur des produits, comme le risque de désorganisation des entrepôts ou des magasins, ne justifiaient pas.
- la Cour d'appel, en analysant l'économie générale du contrat et en en déduisant que la situation créait un solde commercial à la charge du fournisseur, source d'un déséquilibre significatif, a légalement justifié sa décision visant à constater l'illicéité de la clause imposant aux fournisseurs de payer les services de coopération commerciale à 30 jours alors que le distributeur paie les factures de marchandises des fournisseurs à 45 jours, peu importe que les délais de paiement concernent des obligations différentes.

(Cass. com, 4 octobre 2016, société ... c/ Ministre, pourvoi n°14-28 013)

En revanche, une décision de première instance a récemment considéré que *« le simple fait de renégocier ou tenter de renégocier les conditions économiques en cours de contrat ne saurait, en lui-même, constituer une pratique sanctionnable sans que le demandeur ne démontre que l'équilibre économique du contrat a été rompu »*.

Le Tribunal de commerce indique que, dans le litige qui lui était présenté, *« il ne s'agit même pas pour la société ... d'imposer des clauses relatives à la détermination du prix mais qu'il s'agit du prix lui-même ; qu'en ce sens, ce n'est donc pas l'économie du contrat au sens juridique du terme qui est affectée dès lors que ce n'est pas l'équilibre des droits et obligations de la société ... et de ses fournisseurs qui est en cause ; qu'il s'agit au contraire de l'économie du contrat au sens économique*

à savoir du caractère équilibré du prix ; que cet aspect du contrat, à savoir le prix, n'entre pas dans le champs de l'article L. 442-6 I 2 du code de commerce ».

Cette décision, dont le Ministre a interjeté appel, est à mettre en parallèle avec la décision de la Cour d'appel de Paris du 1^{er} juillet 2015, que la Cour de cassation vient de confirmer sans ambiguïté : « l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » (Cour d'appel de Paris, 1^{er} juillet 2015, Ministre c/ société ..., confirmée par Cass. com., 25 janvier 2017, société ... c/ Ministre).

(Tribunal de commerce de Paris, 21 novembre 2016, Ministre c/ société ..., RG 2015027442, appel en cours).

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)

La Cour d'appel de Paris a condamné la mise en œuvre du service de « *tronc d'assortiment commun* » imposé par une enseigne de grande distribution sans contrepartie à ses fournisseurs. La Cour relève à ce titre que (i) « *la définition du service n'est pas précise* », (ii) qu'« *elle donne lieu à des informations orales* », (iii) que pour la collaboration marketing, « *il résulte des déclarations des fournisseurs intéressés que ce sont ces derniers qui apportent les données chiffrées, les orientations du marché, les études de panel* », (iv) que pour l'aide au positionnement des produits en magasin, « *les recommandations données par la centrale restent très générales, ne prennent pas en compte les spécificités locales et en fait, par leur expérience, leur expertise, par les informations dont ils disposent, ce sont les fournisseurs qui réalisent ce travail directement avec les magasins* » si bien qu'il en résulte « *que le service TAC ne correspond à rien et qu'il est par conséquent fictif, que la centrale ... ne peut demander aux fournisseurs de payer un service qu'ils fournissent eux-mêmes* ».

La Cour n'a pas retenu les attestations de fournisseurs remises par l'enseigne de grande distribution de même que le paiement sans réserve de ces prestations.

La Cour d'appel a également justifié sa décision en indiquant que : « *même si la société ... a une part de marché relativement peu importante, les sociétés ..., ..., et ... ne peuvent courir le risque de voir leurs produits déréférencés par cette centrale nationale* », cet argument rappelant fortement le raisonnement retenu par les juges pour caractériser la soumission à un déséquilibre significatif.

(Cour d'appel de Paris, 29 juin 2016, Société ... c/ Ministre, RG 14/09786)

Un jugement de première instance a en revanche débouté l'Autorité de la Concurrence et le Ministre de leurs demandes fondées sur l'article L. 442-6 I 1°, anciennement L. 442-6 I 2° a), aux motifs que les fournisseurs ne contestaient pas la réalité des prestations fournies et ont décrit les services rendus ainsi que leur spécificité excluant l'inexistence de ces derniers.

(Tribunal de commerce de Créteil, 13 décembre 2016, ADLC et Ministre c/ société ..., RG 2008F00629).

2.3.3 Obtention d'un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné (article L. 442-6 I 3° du code de commerce).

Le Tribunal de commerce n'a pas retenu l'application de l'article L. 442-6 I 3° du code de commerce car :

« *Les statuts de la société ... renvoient à la loi du 11 juillet 1972 relative aux sociétés coopératives de commerçants détaillants, article L. 124-1 du code de commerce, qui permet auxdites sociétés de « Définir et mettre en œuvre par tous moyens une politique commerciale commune (...) » ; que ledit*

article permet donc à la société ... de mettre en œuvre des services de coopération commerciale avec les fournisseurs des CENTRES ... ; que ce moyen ne peut prospérer (...). Attendu que si ... ne passe pas lui-même les ordres d'achat, ses statuts ne lui interdisent pas d'offrir aux fournisseurs un service de programmation de commandes et d'engagement de volume, à partir des informations de ses membres ; qu'une rémunération de tels services bénéficiant aux fournisseurs en lui permettant de mieux planifier ses ventes, n'est pas indue ; que ce moyen ne sera pas retenu ».

(Tribunal de commerce de Créteil, 13 décembre 2016, ADLC et Ministre c/ société ..., RG 2008F00629).

2.3.4 La rupture brutale de relations commerciales

La Cour d'appel d'Amiens a rappelé que la situation de dépendance économique était une circonstance d'aggravation du préjudice : *« La circonstance que la situation de dépendance économique envers la société ... résultant de décisions prises par Monsieur Nicolas T ne fait pas obstacle à l'exercice de l'action exercée par Monsieur le Ministre de l'économie, la notion de dépendance économique ne constituant pas une condition d'exercice de l'action mais une cause d'aggravation du préjudice dans le cas où elle aurait été la conséquence du comportement de l'entreprise qui a rompu les relations commerciales ».*

Elle a également rappelé que l'exception d'inexécution pouvant justifier la rupture des relations commerciales sans préavis ne peut pas être invoquée par le partenaire commercial qui poursuit ses relations commerciales sans jamais s'être plaint des prétendues inexécutions passées :

« En effet, si la société ... invoque des problèmes, rencontrés dès 2004 et liés à des livraisons non conformes, à une baisse de qualité des matières premières utilisées ou vendues, à un manque de rigueur dans les procédures de validation des commandes et de la facturation , elle n'en a pas moins poursuivi ses relations commerciales avec ...dans une proportion telle que le chiffre d'affaires réalisé par celle-ci avec ce client a plus que doublé en 2005 (...). Ces données établissent non seulement que la société ... a poursuivi et intensifié ses relations commerciales avec..., en dépit des problèmes de qualité ou de facturation rencontrés, mais que celle-ci n'a pu anticiper la dégradation des relations commerciales amorcée fin 2005 et amplifiée au cours du premier semestre 2006. Enfin, aucune des pièces versées aux débats n'établit que la société ... avait menacé ...de rupture de leurs relations commerciales en raison des problèmes rencontrés ».

(Cour d'appel d'Amiens, 23 juin 2016, Ministre c/ société ..., RG 14/03236)

En revanche, la Cour d'appel de Metz, dans son arrêt du 30 juin 2016, relève que la rupture ne peut être qualifiée de brutale car la société en cause a manqué à une partie de ses obligations:

« Que sur ce point, force est de constater que dans ses conclusions, le ministre de l'Economie, de l'Industrie et du Numérique n'explique pas les carences de la part de la SARL ... [...] »

*Attendu qu'en conséquence, à raison de l'inexécution de la SARL ... **d'une partie de ses obligations**, il doit être considéré que la société ... était fondée à résilier sans préavis, conformément à l'article L.442-6-1 5° du code de commerce, les relations qu'elle avait avec la SARL ... ».*

La Cour infirme la décision de première instance quant au prononcé de l'amende civile de 40.000 € et condamne le Ministre aux dépens de première instance et d'appel.

(Cour d'appel de Metz, 30 juin 2016, société ... c/ Ministre, RG n°14/02136).

III. L'ACTIVITE CONTENTIEUSE DE L'ANNEE 2016 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, et sous le coup de sanctions administratives depuis la loi du 17 mars 2014 précitée, le législateur ayant largement dépénalisé la matière.

Toutefois, plusieurs infractions pénales subsistent en matière de transparence et de pratiques restrictives de concurrence, principalement en ce qui concerne les règles sur la facturation. Sont également prohibées et pénalement sanctionnées la revente à perte et le paracommercialisme.

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, les agents de la brigade LME², peuvent établir des procès-verbaux qui seront transmis au Parquet pour d'éventuelles poursuites pénales.

Parmi les suites pénales données aux 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 DGCCRF au titre de l'année 2016, présenté dans le tableau³ ci-dessous :

Types de pratiques		2016
Facturation		
	PV	132
	transaction	89
	jugement	37
	arrêt	15
Paracommercialisme		
	PV	2
	transaction	1
	jugement	1
	arrêt	-
Revente à perte		
	PV	6
	transaction	5
	jugement	-
	arrêt	4
Total		
	PV	140
	transaction	95
	jugement	38
	arrêt	19

² Etablis au sein du pôle C des DIRECCTE

³ Source IRIS

NB : Ces nombres correspondent aux nombres de PV émis, aux nombres de transactions conclues ou aux nombres de décisions rendues dans l'année 2016. 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 2016.

Depuis la mise en place de sanctions administratives pour les délais de paiement réglementés, la quasi-totalité des infractions relevées porte désormais sur le non-respect des règles de facturation, qui a fait l'objet de 132 PV en 2016 (contre 158 en 2015 et 189 en 2014).

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, 95 dossiers ont fait l'objet d'une transaction et 57 décisions judiciaires sont intervenues en 2016. La voie transactionnelle reste donc privilégiée par les Parquets même si l'on note une diminution de la proportion des transactions par rapport aux décisions judiciaires (108 transactions et 44 décisions judiciaires en 2015).

2. Montant des transactions et des amendes

Le montant des transactions s'est élevé en 2016 à 440 363 € (contre 955 450 € en 2015).

Quant au montant des amendes pénales prononcées, les jugements ou arrêts - rendus sur des faits plus anciens - aboutissent à un total de 496 731 € en 2016, soit un chiffre supérieur à celui de 2015 (239 900 €).

Type de pratiques	Montant des transactions en €	Montant des amendes en €
Facturation	411 863	470 731
Paracommercialisme	1 500	-
Revente à perte	27 000	26 000
TOTAL	440 363	496 731

Le montant des amendes prononcées en 2016 est donc en augmentation : 496 731 € en ce qui concerne essentiellement les infractions aux règles de facturation, a contrario du montant des transactions.

Au cours de l'année 2016, il n'y a pas eu de jurisprudence significative en matière de facturation.

IV. L'ACTIVITE CONTENTIEUSE DE L'ANNEE 2016 AU TITRE DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES EN MATIERE DE DELAIS DE PAIEMENT.

Le respect des délais de paiement fait l'objet d'un plan de contrôle annuel et national. Depuis plusieurs années, les contrôles du respect des délais de paiement légaux constituent une priorité pour la DGCCRF. Les agents de la DGCCRF sont donc particulièrement vigilants sur la recherche et la sanction de pratiques visant à contourner les dispositions légales.

Dans le cadre de son plan annuel de contrôle pour l'année 2016, il a été demandé à la DGCCRF de maintenir une pression soutenue de contrôle en la matière, pour atteindre le seuil des 2 500 contrôles effectués en France métropolitaine et dans les DROM, et de cibler notamment les grands donneurs d'ordre. Ainsi, environ 70 grandes entreprises et filiales s'y rattachant ont été contrôlées cette année.

C'est dans ce contexte que le dispositif d'encadrement des délais de paiement prévu dans le code de commerce et issu des dispositions de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et de celles de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, a été complété par plusieurs dispositions de la loi 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, précisées en introduction.

En 2016, 2 678 établissements ont été contrôlés : 827 établissements présentait des anomalies, ce qui correspond à un taux de 34% (37% en 2015).

L'enquête annuelle a porté sur les secteurs du transport et du fret, du bâtiment hors marchés publics, de la grande distribution, hors secteur vitivinicole, de l'industrie (agroalimentaire et non agroalimentaire), et des services informatiques. Les premiers contrôles ont été effectués auprès des entreprises publiques.

1. Bilan des amendes administratives au titre de l'année 2016 :

En 2016, 228 procédures d'amendes, représentant au total près de 10,9 M€ ont été lancées, dont :

- 165 amendes notifiées aux personnes mises en cause, représentant une somme de 6,5 M€ ;
- 63 procédures d'amendes actuellement en cours, dont le total atteint 4,4 M€.

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

Amendes inférieures à 10 000 €	92
Amendes entre 10 000 et < à 20 000 €	42
Amendes entre 20 000 et < à 30 000 €	26
Amendes entre 30 000 et < à 40 000 €	9
Amendes entre 40 000 et < à 50 000 €	7
Amendes entre 50 000 et < à 100 000 €	13
Amendes > à 100 000 €	39

➤ Répartition des amendes par secteur en euros :

Secteur d'activité	Total des amendes notifiées	Total des amendes non notifiées	Total	Amende la plus élevée
Agriculture et matériels d'agriculture (01. et 77.)	16 100	-	16 100	7 500
Exploitation de carrière (08.)	-	46 000	46 000	46 000
Industrie agroalimentaire (10.)	282 400	9 000	291 400	110 000
Industrie textile (13.)	8 000	-	8 000	8 000
industrie bois (16.)	-	22 000	22 000	22 000
Industrie papier (17.)	8 000	77 700	85 700	30 000
Industrie chimique (20.)	582 000	259 900	841 900	375 000
industrie pharmaceutique (21.)	383 300	200 000	583 300	200 000
Industrie plastique (22.)	38 600	34 800	73 400	34 800
Industrie verrière (23.)	-	14 500	14 500	14 500
Industrie métallique (24. et 25.)	53 700	23 200	76 900	40 700
Industrie équipements électriques (27.)	179 300	35 500	214 800	166 000
industrie de machinerie mécanique ou thermique (28.)	25 200	48 900	74 100	22 000
Industrie automobile (29.)	20 000	-	20 000	20 000
Industrie aéronautique (30.)	253 000	-	253 000	223 000
Industrie mobilière (31)	20 000	-	20 000	20 000
Réparation d'équipements (33.)	-	25 000	25 000	25 000
Industrie gazière (35.)	125 000	-	125 000	125 000
Traitement de l'eau (36.)	-	23 000	23 000	23 000
collecte, traitement et élimination des déchets (38)	1 100	-	1 100	1 100

BTP (43.)	491 250	252 300	743 550	228 000
Automobile (45.)	231 500	6 000	237 500	170 000
Commerce de gros de biens domestiques (462.)	83 700	-	83 700	60 000
Commerce de gros alimentaire, boissons et tabac (463.)	405 900	223 000	628 900	160 000
Commerce de gros produits pharmaceutiques (464.)	-	375 000	375 000	375 000
Commerce de gros information et communication (465)	12 600	-	12 600	12 600
Commerce de gros équipements industriels (466.)	36 300	100 000	136 300	100 000
Autres commerces de gros (467.)	30 700	81 000	111 700	81 000
GMS (471.)	182 200	276 800	459 000	216 000
Autres commerces de détail (477.)	907 500	486 500	1 394 000	332 000
Transport et entreposages auxiliaires de transport (49. Et 52.)	609 050	184 500	793 550	220 000
Hébergement (55.)	390 300	-	390 300	375 000
Restauration (56.)	142 550	9 800	152 350	70 000
Edition de revues (58.)	-	55 000	55 000	55 000
Edition de logiciels (582.) et conseils en systèmes informatiques (62.)	621 700	817 000	1 438 700	375 000
Distribution cinématographique (59.)	-	320 000	320 000	320 000
Activités de holding (64.)	320 000	179 000	499 000	200 000
Activités immobilières (68.)	10 300	13 500	23 800	10 300
Etude de marchés (73)	-	50 000	50 000	50 000
Formation (85)	8 000	-	8 000	8 000
Activités pour la santé humaine (86)	18 000	52 100	70 100	18 000
Jeux d'argent et de hasard (92.)	-	3 700	3 700	3 700
Sport (931.)	29 300	93 500	122 800	93 500
TOTAL GENERAL	6 526 550	4 398 200	10 924 750	

➤ La publication de la décision d'amende sur le site internet de la DGCCRF

Fin 2016, 34 décisions ont fait l'objet d'une publication sur le site Internet de la DGCCRF.

2. Les principaux manquements constatés en 2016

2.1 Le secteur du BTP

Les contrôles dans ce secteur, toujours touché par la conjoncture économique, donnent encore lieu au constat de dépassements récurrents.

Certains retards sont imputables à une gestion négligente des factures et du délai imparti pour les régler. D'autres dépassements s'expliquent par des difficultés importantes de trésorerie des débiteurs dues au retard de paiement de leurs propres clients, qui dans certains cas sont des acheteurs publics.

2.2 Le secteur du transport

L'article L. 441-6 I alinéa 11 du code de commerce prévoit que les délais de paiement convenus dans le secteur du transport ne peuvent dépasser trente jours à compter de la date d'émission de la facture.

Dans ce secteur, les retards de paiement des clients des transporteurs (BTP, logisticiens, pétroliers et gaziers, affréteurs, commissionnaires de transport et agents maritimes, etc.) sont dus notamment à de mauvaises pratiques de facturation (pratique de l'indication sur une même facture de deux prestations à délais de paiement différents et utilisation de la technique de la pré-facturation).

2.3 Les délais de paiement réglementés à l'article L 443-1 du code de commerce.

Les contrôles effectués en la matière, ont mis en exergue des dépassements fréquents et de nature différente.

A titre d'exemple et en ce qui concerne le secteur de la viande fraîche, soumis à un délai de paiement légal maximal de 20 jours après le jour de livraison, certaines factures récapitulatives émises tous les 5 ou 7 jours mentionnent une date d'échéance calculée à 20 jours à la date de facturation, et entraînent en conséquence un dépassement systématique du délai de paiement de quelques jours pour les livraisons intervenant en début de période.

2.4 Les grandes entreprises

Les manquements les plus courants relevés pour ce type de sociétés sont dus à leurs procédures administratives ou comptables internes.

Notamment, leurs services comptabilité, qui traitent un grand nombre de factures, organisent plusieurs campagnes de règlement à des dates prédéfinies chaque mois. Ainsi, les factures des fournisseurs peuvent être réglées automatiquement avec un retard de paiement (ou dans certains cas de manière anticipée), sans lien avec la date d'échéance réelle. Les factures sortant du circuit automatisé de règlement en raison d'une non-conformité et traitées manuellement, peuvent parfois être soldées dans des délais très longs.

Certains groupes prévoient, dans les relations commerciales internes entre les établissements membres du groupement, des délais de paiement pouvant dépasser les maxima légaux. Or, la jurisprudence a précisé que bien qu'intégrées dans un groupe de sociétés, ces dernières restent juridiquement autonomes. La législation relative aux délais de paiement leur est donc applicable.

Les premiers contrôles des entreprises publiques ont débuté en fin d'année 2016 et vont s'intensifier en 2017.