

Paris, le 9 mai 2012

## **Bilan de l'action contentieuse civile et pénale de la DGCCRF en 2011**

Le droit des pratiques restrictives de concurrence est né de la volonté d'instaurer des relations commerciales transparentes et loyales entre professionnels et de réprimer les pratiques révélatrices d'un rapport de force déséquilibré entre les partenaires commerciaux.

La plupart des pratiques commerciales restrictives de concurrence constituent aujourd'hui des fautes civiles.

L'article 36 de l'ordonnance de 1986, devenu article L. 442-6 du code de commerce, a été modifié par la loi Galland du 1<sup>er</sup> juillet 1996, puis par les lois du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, du 2 août 2005 en faveur des PME, du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence en faveur du consommateur et enfin par la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008.

L'article L. 442-6 III du code précité permet au ministre chargé de l'économie d'introduire une action devant les juridictions commerciales spécialisées au même titre que la victime, le ministère public ou le président de l'Autorité de la concurrence, pour faire constater et sanctionner une pratique illicite. Il peut demander la cessation des pratiques illicites, la nullité des clauses ou contrats instruments de la pratique abusive, la répétition de l'indu, une amende civile de 2 millions d'euros portée le cas échéant au triple des sommes indues, et enfin, des dommages et intérêts.

De plus, selon l'article L. 470-5 du code de commerce, le ministre chargé de l'économie peut également intervenir à tous les stades d'une procédure, dans le cadre d'un litige opposant deux partenaires commerciaux, chaque fois que la solution du litige met en jeu l'application de l'article L. 442-6 du code de commerce.

Conscient de la haute technicité du contentieux de l'article L. 442-6 du code de commerce, le législateur a confié le contentieux civil des pratiques restrictives de concurrence civiles à des juridictions spécialisées et laissé la possibilité aux juges de saisir pour avis la CEPC. Désormais seuls les tribunaux de Bordeaux, Fort de France, Marseille, Lille, Nancy, Paris, Rennes, Lyon et la cour d'appel de Paris sont compétents pour traiter du contentieux de l'article L. 442-6 du code de commerce.

L'objet du présent bilan est de présenter brièvement, dans un premier temps, des éléments statistiques sur l'activité contentieuse civile de la DGCCRF en matière de pratiques restrictives (1) puis de dégager les apports de la jurisprudence rendue en 2011, aussi bien sur le fond de la matière (2) que sur la place du ministre chargé de l'économie ou la DGCCRF dans ce contentieux (3). Dans un second temps, l'activité contentieuse en matière de pratiques restrictives pénales sera présentée.

### **I – L'activité contentieuse de l'année 2011 au plan civil**

#### **1. Observations générales sur l'activité contentieuse**

##### **1.1. Nombre de décisions rendues en matière civile**

25 décisions intéressant les pratiques restrictives de concurrence civiles ont été rendues en 2011 et plus particulièrement, 20 décisions sur action du ministre contre 5 décisions sur intervention du ministre dans le cadre d'une action engagée par des personnes privées. Sur les 25 décisions, 17 ont été rendues dans un sens favorable au ministre.

Parmi ces décisions, deux ont été rendues par le Conseil constitutionnel dans le cadre de questions prioritaires de constitutionnalité, 9 émanent de juridictions de première instance (tribunal de commerce

et tribunal de grande instance), 7 arrêts ont été rendus par des cours d'appel et enfin, 7 arrêts ont été rendus par la Cour de cassation.

### **1.2. Les pratiques illicites concernées**

Sur les 25 décisions rendues en matière civile en 2011:

- 10 décisions concernent le déséquilibre significatif ;
- 9 décisions concernent la pratique d'obtention d'avantages sans contrepartie ou manifestement disproportionnés au regard de la valeur du service rendu dont une décision concernant également le bénéfice rétroactif de services de coopération commerciale ;
- 4 décisions concernent la rupture brutale de relation commerciale ;
- 2 décisions concernent les délais de paiement abusivement longs ;

### **1.3. Le montant des amendes civiles prononcées**

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 €

En 2011, ce montant est de nouveau en hausse : **2 288 000 €** d'amendes civiles ont été prononcés.

### **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, a atteint cette année **16 169,99 €** alors qu'il se montait à 254 058,12 € en 2010.

Les condamnations à restitution de l'indu sont en effet moins nombreuses cette année car 10 décisions ne traitent que de la recevabilité de l'action du ministre et n'abordent donc pas le fond des litiges. Il s'agit notamment des décisions rendues dans le cadre de questions prioritaires de constitutionnalité (6 décisions dont 2 émanent du Conseil constitutionnel).

Cette baisse est également à mettre en corrélation avec le nombre important d'arrêts de cassation qui confirment ou infirment des arrêts d'appel et partant, ne prononcent pas de condamnation d'amende civile ou d'indu (7 arrêts).

## **2. Les enseignements des décisions rendues en 2011 en matière civile**

A la fin de l'année 2010 et au début de l'année 2011, plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité ont été soulevées dont deux avaient été transmises au Conseil constitutionnel, sur l'article L. 442-6 du code de commerce et ses dispositions relatives à l'obtention d'un avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu et celles relatives au déséquilibre significatif.

Le rôle et les prérogatives du ministre ont également fait l'objet de critiques.

Ces questions ont certes retardé la prise de décision des juges, mais elles ont également permis de reconnaître la pertinence et la légitimité du droit des pratiques restrictives de concurrence et de renforcer l'action du ministre chargé de l'économie.

Sur le fond, les principaux apports de la jurisprudence pour cette année concernent :

- l'obtention d'un avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu (2.1.)
- le déséquilibre significatif (2.2.)
- la rupture brutale des relations commerciales établies (2.3.)

Seules les décisions notables de l'année 2011 sont commentées ci-après.

## **2.1. L'obtention d'avantages sans contrepartie ou manifestement disproportionnés au regard de la valeur du service rendu**

Cette année, les décisions fondées sur l'article L. 442-6 I 1° du code de commerce traitent plus de la notion d'avantage sans contrepartie que des critères permettant d'apprécier l'absence de contrepartie (2.1.1) ou la disproportion du service commercial (2.1.2).

### 2.1.1. La notion de service constitutif d'une contrepartie

***La Cour de cassation a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel l'examen d'une QPC relative à l'article L. 442-6 I 2° a) devenu 1° du code de commerce (Cass.com., 15/02/2011, n° H 10-21.551 – QPC, .....c/ ministre)***

A l'occasion d'un pourvoi en cassation, une enseigne de la grande distribution a soulevé la question de la constitutionnalité des dispositions de l'article L. 442-6 I 2° a) devenu 1° du code de commerce, qui dispose que : « *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu.(...);* ».

La requérante considérait ainsi que la définition du délit civil ne respectait pas le principe de légalité des délits et des peines, faute pour le législateur d'avoir défini avec précision « les éléments matériel et moral » du délit précité, définition nécessaire dans tout texte de nature incriminante et à portée répressive.

Selon l'enseigne en effet, l'article L. 442-6 I 2° a) devenu 1° du code de commerce constituait un texte répressif en raison du caractère élevé de l'amende civile encourue.

Le 15 février 2011, la Cour de cassation a refusé de renvoyer au Conseil Constitutionnel l'examen de cette question aux motifs que les termes de l'article « *définissent de manière claire, précise et sans ambiguïté le comportement qu'ils visent, que ces termes ont, en outre, déjà fait l'objet d'une jurisprudence des juges du fond cohérente et nombreuse et qu'enfin ils incluent un élément moral de l'infraction.* »

***Un hypermarché est condamné pour avoir perçu des rémunérations au titre de services de coopération commerciale non-réalisés aux dates contractuellement prévues (CA Nîmes, 10/03/2011, RG n° 08-04995, .....c/ ministre)***

Un hypermarché était poursuivi en justice par le ministre chargé de l'économie pour ne pas avoir réalisé aux dates contractuellement prévues, des prestations de coopération commerciale dites « *têtes de gondoles* » et « *stop-rayon* ». La Cour d'appel a indiqué que cette pratique permettait à l'hypermarché de percevoir de ses fournisseurs un rabais occulte sur le prix d'achat en leur facturant des prestations fictives dont le groupement qui les a négociées ne vérifie pas l'effectivité mais perçoit néanmoins le prix convenu avant de le redistribuer à chaque magasin sans aucun contrôle. L'hypermarché est condamné à une **amende civile de 32 000 €** et à restituer **16 169,99 € d'indu.**

Cet arrêt a fait l'objet d'un pourvoi.

### 2.1.2. Les critères de la disproportion

***La cherté d'un service de mise en avant des produits au regard du montant des ventes réalisées pendant la période de promotion ne suffit pas à caractériser la disproportion (Cass.com., 27/04/2011, pourvoi n°10-13690, .....c/ ministre)***

Le ministre chargé de l'économie avait assigné un hypermarché sur le fondement de l'ancien article L. 442-6 I 2° a) devenu 1°, car il avait constaté un écart significatif entre les sommes facturées au titre de la mise en avant de produits et les chiffres d'affaires réalisés pendant les périodes de promotion.

Dans la droite ligne de l'arrêt Vierzon rendu le 20 février 2007, la Cour de cassation a considéré que le distributeur n'avait pas d'obligation de résultat en matière de coopération commerciale de sorte que l'absence de vente d'un produit censé avoir été placé en tête de gondole ne prouvait pas à elle seule, que le service n'avait pas été rendu.

Ainsi, le fait que le prix du service de mise en avant soit beaucoup plus élevé que le montant des ventes réalisées pendant la période de promotion ne suffit pas à caractériser la disproportion.

***La Cour de cassation considère que l'article L. 442-6-1 2° a) devenu 1° du code de commerce respecte le principe de légalité des délits et des peines visé à l'article 7 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme (Cass.com., 12/07/2011, pourvoi n°10-21551, .....c/ ministre)***

Une enseigne de la grande distribution avait été condamnée en appel pour avoir perçu de ses fournisseurs une rémunération disproportionnée en échange d'un service commercial intitulé « *service d'aide à la gestion des comptes clients* ». Devant la Cour de cassation, elle contestait sa condamnation à restituer l'indu et à verser une amende civile, en invoquant que les conditions d'application de l'article L. 442-6 I 2° a) devenu 1° du code de commerce étaient contraires à l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme (principe de légalité des délits et des peines). La Cour de cassation a rejeté le pourvoi en considérant à l'inverse, que les termes de l'article L. 442-6-1 2° a) du code de commerce définissaient de manière claire, précise et sans ambiguïté, le comportement qu'ils visaient.

### 2.1.3. La restitution de l'indu

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

Dans la droite ligne des arrêts de la Cour de cassation de 2008 consacrant l'autonomie de l'action du ministre, la Haute cour précise cette année que l'action en répétition de l'indu engagée par le ministre présente des caractéristiques propres, qui la distinguent de l'action prévue à l'article 1376 du code civil.

***L'action en répétition de l'indu exercée par le ministre n'a pas à répondre aux exigences de celle prévue à l'article 1376 du code civil (Cass.com., 18/10/2011, pourvoi n°10-15296, ministre c/ .....)***

Le ministre chargé de l'économie avait assigné un distributeur pour avoir demandé à un de ses fournisseurs de mettre à sa disposition des intérimaires chargés de procéder aux inventaires physiques des marchandises du fournisseur en stock dans plusieurs de ses magasins.

La Cour de cassation a cassé partiellement l'arrêt d'appel en ce qu'il avait débouté le ministre de son action en répétition de l'indu. La Cour de cassation a en effet retenu que l'action en répétition exercée sur le fondement des articles L. 442-6 I 1° et L. 442-6 III du code de commerce par le ministre chargé de l'économie, suppose seulement la constatation d'un avantage indu reçu par le distributeur, ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu par celui-ci ou manifestement

disproportionné au regard du service rendu, sans exiger de mouvement de fonds, comme l'avait exigé la Cour d'appel de Douai en se fondant sur les dispositions de l'article 1376 du code civil<sup>1</sup>.

## **2.2. Le déséquilibre significatif**

La loi de modernisation de l'économie a introduit la notion de « *déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* » à l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce.

A ce jour, le ministre a engagé 13 contentieux sur ce fondement (dont 9 ont été introduits dès l'automne 2009).

La transmission au Conseil constitutionnel de la question de la constitutionnalité du nouvel article L. 442-6 I 2° du code précité a amené plusieurs juridictions à surseoir à statuer sur ces contentieux, en l'attente de la décision du Conseil.

Le 13 janvier 2011, le Conseil constitutionnel a déclaré l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce conforme à la Constitution. En fin d'année, deux décisions ont été rendues sur le fond.

### ***Le 13 janvier 2011, le Conseil constitutionnel a déclaré l'article L. 442-6 I 2° conforme à la Constitution (Conseil constitutionnel, 13/01/2011 QPC n°2010-85)***

Alors qu'une enseigne de la distribution était poursuivie en justice pour avoir imposé à ses fournisseurs des clauses dites de « protection de stock » et de « mévente des produits » dans ses contrats commerciaux, celle-ci soutenait que le caractère répressif qui s'infère du montant de l'amende civile prévue à l'article L. 442-6 III du code de commerce avait pour effet de soumettre les dispositions du L. 442-6 I 2° au principe de légalité des délits et des peines, qui impose au législateur de définir de façon claire et précise une infraction pénale. Jugeant les termes de l'article précité insuffisamment précis, l'enseigne avait alors soulevé une question prioritaire de constitutionnalité.

Saisi de cette question, le Conseil constitutionnel a confirmé le 13 janvier 2011 la constitutionnalité de l'article précité. En effet, selon lui, le délit civil est défini en des termes suffisamment clairs et précis dès lors que le législateur s'est référé à la notion juridique de déséquilibre significatif figurant à l'article L. 132-1 du code de la consommation et dont le contenu a déjà été précisé par la jurisprudence.

### ***La clause contractuelle qui crée une distorsion dans les conditions de révision du tarif, comme celle qui impose uniformément un taux de service élevé, violent les dispositions de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce (TC Lille, 07/09/2011, RG n°2009-05105, ministre c/ .....)***

Le ministre de l'économie avait assigné un distributeur sur le fondement de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce pour avoir soumis ses partenaires commerciaux, dans le cadre de son accord commercial type, à des clauses de taux de services<sup>2</sup> et de révision tarifaire, susceptibles d'être appréhendées au titre du « *déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties*. »

La première clause contractuelle imposait aux fournisseurs des conditions drastiques pour obtenir une augmentation tarifaire en cours d'année (exigence d'un préavis minimum et de multiples justifications). En revanche, face à une variation à la baisse du prix des matières premières, le distributeur dénonçait purement et simplement l'accord commercial, contraignant ainsi le fournisseur à renégocier à la baisse ses tarifs.

Le tribunal a jugé que l'articulation des dispositions susvisées constituait une tentative de déséquilibre significatif.

---

<sup>1</sup> L'article 1376 du code civil dispose que : « Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu. »

<sup>2</sup> Pourcentage de produits livrés à temps dans les références et quantités requises, par rapport à la demande exprimée par un client.

Par ailleurs, le distributeur imposait aux fournisseurs un taux de service uniforme et manifestement très élevé de 98,5%. En cas de non respect de ce taux, les pénalités s'élevaient à 10% du chiffre d'affaires H.T. manquant (allant jusqu'à 20% en cas de promotion).

Le Tribunal a relevé que ce taux de 98,5% imposé à la majorité des fournisseurs créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

Le jugement rendu le 7 septembre 2011 par le Tribunal de commerce de Lille condamne l'enseigne à une **amende civile de 1 million €** à la cessation des pratiques, et donne acte à celle-ci de son engagement de supprimer la première clause susvisée de sa convention de distribution 2012.

Ce jugement a été frappé d'appel.

***La pratique consistant pour un opérateur à demander à plusieurs de ses partenaires la restitution des sommes qu'il a été condamné à leur verser par décision judiciaire constitue une tentative de soumettre son partenaire commercial à un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties (TC Paris, 22 /11/2011, RG n°2011-058173 , ministre c/.....)***

Malgré la condamnation d'une enseigne de la distribution à reverser 23 313 680,51 € d'indu à plusieurs de ses fournisseurs, les agents de la DGCCRF ont constaté qu'elle tentait de les contraindre par courriers et appels téléphoniques à les restituer.

Compte tenu du risque que ces fournisseurs cèdent à ces pressions, le ministre a décidé d'assigner le distributeur à bref délai. Les juges consulaires ont reconnu que la démarche du distributeur constituait une tentative de soumettre ses partenaires commerciaux à un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties et l'ont condamné ainsi à verser **1 000 000-€ d'amende civile** et à publier à ses frais le dispositif du jugement une fois devenu définitif dans plusieurs quotidiens et sites internet pour une durée de trois mois.

***La clause contractuelle prévoyant une rupture des engagements d'achat en cas de sous-performance du produit par rapport aux objectifs de vente fixés caractérise un déséquilibre significatif au sens de l'article l. 442-6 du code de commerce***

***Il en est de même pour la clause qui crée une distorsion entre les délais de paiement relatifs aux achats de produits et ceux inhérents à la rémunération des services de coopération commerciale (TC Meaux, 06/12/2011, RG n°2009-02295, ministre c/ .....)***

L'analyse de l'accord commercial type liant une enseigne de la grande distribution à ses fournisseurs avait mis en lumière l'existence de clauses susceptibles d'être appréhendées aux termes de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce. Il s'agissait plus particulièrement de deux clauses qui pour l'une, instaurait une rupture des engagements d'achat en cas de sous-performance du produit par rapport aux objectifs de vente fixés, et pour l'autre, créait une distorsion entre les délais de paiement relatifs aux achats de produits (30 à 60 jours) et ceux inhérents à la rémunération des services de coopération commerciale (30 jours).

Les juges consulaires ont considéré que la première clause qui offrait au distributeur la possibilité de déréférencer un fournisseur unilatéralement sans préavis et sans indemnisation induisait un déséquilibre significatif dans la relation contractuelle. Quant à la seconde clause contractuelle, les juges ont tout d'abord critiqué le fait que le distributeur ne facture pas ses prestations de services au fil de leur réalisation, mais suivant un calendrier d'acomptes en fonction d'un budget global convenu.

Puis, les juges ont souligné que compte tenu du fait que la compensation des dettes s'opérait entre dettes échues, les dettes de prestations de services étaient toujours échues avant celles de fourniture de marchandises, de sorte que cette pratique créait un déséquilibre de trésorerie au détriment du fournisseur.

Par conséquent, les juges consulaires ont enjoint le distributeur de cesser pour l'avenir les pratiques consistant à mentionner les clauses susvisées dans ses contrats commerciaux et l'ont condamné à une **amende civile de 250 000€**

Cette décision n'est pas définitive.

### 2.3. La rupture brutale des relations commerciales établies

En introduisant l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce, le législateur a souhaité condamner toute rupture abusive de relation commerciale établie sans préavis.

En matière de rupture brutale, l'action du ministre se manifeste la plupart du temps par une intervention, plus rarement par une assignation.

#### 2.3.1. Le point de départ du préavis de rupture

##### ***La notification d'un appel d'offres ne vaut pas automatiquement préavis de rupture (CA Paris, 24/03/2011, RG n°07-07337, .....et ministre c/.....)***

Une société ayant pour activité la formation professionnelle en langues travaillait depuis 14 ans avec un groupe hôtelier, lorsque celui-ci a souhaité conclure avec elle, un contrat de référencement visant l'ensemble de ses établissements dans la région Ile-de-France. Le contrat de référencement visant le territoire national était signé deux ans après.

Puis, l'hôtelier a décidé de procéder deux ans après, à un appel d'offres pour choisir des fournisseurs référencés en langues sur le marché national. La rupture a finalement été annoncée par lettre recommandée avec un préavis de six mois. La société de formation a alors assigné l'hôtelier en justice et le ministre est intervenu au procès.

L'hôtelier considérait que le préavis était suffisant dès lors qu'il avait débuté à compter de l'avis de lancement de l'appel d'offres. En appréciant les circonstances de l'espèce, la Cour en a décidé autrement aux motifs que : *« l'appel d'offres en vue d'un référencement pouvait légitimement laisser supposer à la société de formation qu'elle avait des chances de faire partie des sociétés retenues ; que ni l'avis d'appel d'offres, ni le courrier lui annonçant qu'elle faisait partie de la short list ne dénonçaient clairement et sans ambiguïté la fin de son contrat de référencement ; que l'avis d'appel d'offres ne peut dès lors être retenu comme marquant le début du préavis. »*

Cet arrêt diffère de plusieurs arrêts rendus par la Cour de cassation dans lesquels celle-ci a jugé que le lancement de la procédure d'appel offres manifestait l'intention de la société de ne pas poursuivre ses relations commerciales dans les conditions antérieures et avait ainsi fait courir les délais de préavis (*Cass.com.*, 6 juin 2001, pourvoi n°99-20831 et 18 décembre 2007, pourvoi n°05-15.970).

#### 2.3.2. Les critères d'appréciation de la durée du préavis

Il n'existe pas de barème de préavis mais l'examen de la jurisprudence permet de dégager des tendances. Ainsi, l'on constate que les tribunaux se fondent notamment sur l'ancienneté des relations commerciales, les investissements réalisés par la victime au profit de l'auteur de la rupture, les difficultés à trouver un marché de remplacement, les circonstances de la rupture pour déterminer un juste préavis de rupture.

##### ***La Cour d'appel de Basse-Terre octroie un préavis de rupture de 18 mois au titre d'une relation commerciale de 25 ans (CA Basse-Terre, 31/01/2011, RG n°08-01691,.....et ministre c/.....)***

Une relation commerciale de 25 ans unissait un producteur de spiritueux à son distributeur. En raison de la montée en puissance de son concurrent principal, ce producteur a commandé un audit, à l'issue duquel il a décidé de résilier le contrat avec son distributeur, en lui octroyant un préavis de rupture de 6 mois.

Le distributeur a assigné en justice le producteur de spiritueux et le ministre est intervenu au procès sollicitant une amende civile de 10 000 €

La Cour d'appel a constaté que la relation commerciale était établie et que les relations entre les deux sociétés ont été marquées de tout temps par le caractère informel de leur relation. L'imbrication des liens familiaux entre les deux sociétés participait du caractère imprévisible de la rupture.

Pour la détermination du préavis de rupture, la Cour a examiné les six critères suivants : (1) la durée des relations, (2) le chiffre d'affaires généré, (3) la notoriété de la partie « auteur » de la rupture, (4) la dépendance économique de la partie « victime » par rapport à la partie « auteur » de la rupture,

(5) la réalisation d'investissements particuliers de la part de la « victime » au bénéfice de l' « auteur » de la rupture et enfin (6) l'existence ou non d'accords interprofessionnels prévoyant une durée de préavis. La Cour retient finalement un préavis de 18 mois.

S'agissant de l'amende civile, la Cour l'a réduit à **6 000 €** au motif que la cessation de la relation commerciale constituait une « révision salutaire et nécessaire de sa politique afin d'assurer son développement. »

### **3. Les enseignements en matière procédurale des décisions rendues en 2011**

Les défendeurs contestent de manière croissante la recevabilité de l'action ou de l'intervention du ministre en invoquant des moyens de procédure qui seront développés ci-après.

#### **3.1. Les modalités de l'action du ministre**

***Aux termes de l'article L. 442-6 III du code de commerce, le ministre peut poursuivre la nullité des conventions illicites, la restitution des sommes indûment perçues ou l'indemnisation du préjudice, dès lors que les parties au contrat ont été informées de l'introduction d'une telle action (Conseil Constitutionnel, 13/05/2011, décision QPC n°2011-126)***

A l'occasion d'un litige opposant le ministre à une enseigne de la distribution pour des paiements abusivement longs, celle-ci soutenait que l'article L. 442-6 III alinéa 2 du code de commerce méconnaissait plusieurs libertés et principes garantis par la Constitution.

Tout d'abord, elle considérait que l'action du ministre contrevenait à la liberté d'entreprendre et estimait ensuite que les droits de la défense étaient violés dans la mesure où le ministre peut initier seul une action, en l'absence des fournisseurs directement concernés.

Le Conseil constitutionnel a reconnu que l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre n'était pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi par le législateur, à savoir, rétablir un équilibre des rapports entre partenaires commerciaux et prévenir la répétition des pratiques abusives.

Puis, le Conseil constitutionnel a indiqué que l'action du ministre n'interdisait au partenaire lésé ni d'engager lui-même une action en justice ni de se joindre à celle du ministre par voie d'intervention volontaire. Elle n'empêchait pas non plus l'entreprise poursuivie d'appeler en cause son cocontractant. Le Conseil a ensuite précisé que le ministre pouvait valablement poursuivre la nullité des conventions illicites, la restitution des sommes indûment perçues ou l'indemnisation du préjudice, dès lors que les parties au contrat avaient été informées de l'introduction d'une telle action.

Enfin, le requérant soutenait que la demande en restitution de l'indu prévue par l'article L. 442-6 III alinéa 2 violait le droit de propriété du fournisseur et du distributeur dans la mesure où le ministre ôtait au distributeur la propriété de fonds obtenus en exécution du contrat conclu avec le fournisseur et s'octroyait le droit de revendiquer la propriété des sommes pour le compte du fournisseur.

Le Conseil constitutionnel a reconnu que les sommes indûment perçues étaient versées au partenaire lésé ou tenues à sa disposition de sorte qu'il n'était pas porté d'atteinte au droit de propriété du fournisseur.

***L'action du ministre engagée sur le fondement de l'article L. 442-6 III du code de commerce respecte les exigences des droits de la défense et de l'égalité des armes (Cass. com., 12/07/2011, QPC, n°N 11-40029, .....c/ ministre)***

A l'occasion d'une action du ministre chargé de l'économie engagée contre une enseigne de la grande distribution alimentaire à la fin 2009 sur l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce, celle-ci avait déposé une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) fondée sur les dispositions de l'article L. 442-6 III alinéa 1 du code de commerce.

Selon cette enseigne, l'action du ministre chargé de l'économie ne respectait pas les principes des droits de la défense et plus particulièrement l'équilibre des droits des parties dès lors que le ministre apparaissait comme « directeur d'enquête, autorité de poursuite et partie à la procédure de jugement ».



Le 12 juillet 2011, la Cour de cassation a refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel l'examen de cette question en considérant que *"les parties poursuivies étant, à l'occasion de l'instance engagée devant la juridiction compétente, mises en mesure de discuter les éléments invoqués et de répliquer par écrit et oralement aux conclusions de cette autorité publique, les dispositions susvisées ne méconnaissent pas en elles-mêmes les exigences des droits de la défense et de l'égalité des armes."*

***Dans deux décisions, une juridiction consulaire refuse de se prononcer sur la légalité des clauses d'un contrat type et juge irrecevable l'action du ministre, pour défaut d'information des fournisseurs, alors qu'elle ne visait à obtenir ni la nullité, ni la restitution de l'indu ni la réparation du préjudice subi***

**TC Créteil, 13/12/2011, RG n°2009F01017, ministre c/ .....**

Alors qu'une enseigne de la grande distribution était poursuivie par le ministre chargé de l'économie pour avoir imposé des clauses révélatrices d'un déséquilibre significatif dans sa convention unique type, (pénalités pour sanctionner la non-conformité du code-barre des produits ainsi que les retards de livraison des produits en promotion, notamment), le tribunal de commerce a jugé son action irrecevable. En effet, les juges consulaires ont refusé de se prononcer de façon générale sur le caractère abusif des clauses du contrat type de l'enseigne, au motif que les contrats conclus entre l'enseigne et ses fournisseurs annexés à l'assignation ne pouvaient préjuger de la condition de tous les fournisseurs de cette enseigne. Les juges ont néanmoins précisé qu'ils pouvaient se prononcer sur l'illicéité des clauses contenues dans les contrats visés dans l'assignation du ministre, mais à la condition que celui-ci ait informé les fournisseurs susvisés de son action.

Le ministre a fait appel de cette décision car la décision QPC n°2011-126 du Conseil constitutionnel précitée n'impose au ministre d'informer de son action les signataires des contrats concernés que lorsqu'il entend demander la nullité de certaines clauses, la restitution des sommes indues ou l'indemnisation de préjudices. Cette information n'est donc pas nécessaire dès lors que le ministre se limite, ce qui était le cas en l'espèce, à demander la cessation des pratiques illicites ou le prononcé d'une amende civile.

**TC Créteil, 13/12/2011, RG n°2009F011018, ministre c/.....**

Alors qu'une enseigne de la grande distribution était poursuivie par le ministre chargé de l'économie pour avoir imposé des clauses révélatrices d'un déséquilibre significatif dans sa convention unique type, (clause évasive des conditions générales de vente des fournisseurs au profit des conditions générales d'achat, clause de pénalités pour paiement tardif des ristournes et prestations de services, clause instaurant une distorsion entre les conditions de règlement des prestations de services et des marchandises, une clause de retour des produits en promotion dégradés par la clientèle).

Le tribunal de commerce a jugé l'action du ministre irrecevable pour les mêmes motifs évoqués dans l'affaire citée *supra*.

Le ministre a fait appel de cette décision car dans ce litige il ne sollicitait ni la nullité des clauses illicites, ni la répétition de sommes indues, ni l'indemnisation de préjudices.

### **3.2. L'intervention du ministre au procès civil**

Une décision illustre cette année le cas où le ministre intervenu en première instance se maintient en appel sans procéder par voie d'appel principal ou incident.

***Le ministre chargé de l'économie est irrecevable à former une demande visée à l'article L. 442-6 III du code de commerce dès lors qu'il intervient sur le fondement de l'article L. 470-5 du même code (CA Paris, 16/06/2011, RG n°09-28449,.....et ministre c/.....)***

Le ministre chargé de l'économie était intervenu en première instance dans le cadre d'un litige opposant deux opérateurs sur le fondement de l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce.

La plaignante déboutée n'avait pas intimé le ministre dans son appel.

Pour faire valoir ses prétentions en appel, le ministre chargé de l'économie avait alors déposé un jeu de conclusions intitulé « appel incident », conformément à l'article 549 du code de procédure civile.

En retour, la partie adverse avait tenté de faire déclarer l'appel incident du ministre irrecevable.

La Cour d'appel déclare l'intervention du ministre recevable en cause d'appel car « *en déposant devant la Cour, comme il l'avait fait en première instance, des conclusions [...] dans le cadre de la protection générale de l'ordre public économique, le Ministre n'a fait qu'user de la faculté qui lui était conférée.* »

En revanche, la Cour précise que le ministre est irrecevable à former une quelconque demande dès lors qu'il n'a pas lui-même engagé l'action prévue à l'article L. 442-6 du code de commerce mais s'est contenté d'intervenir à la procédure initiée par la plaignante, sur le fondement de l'article L. 470-5. La Cour conclut en effet que : « *le ministre de l'économie doit se contenter de formuler des observations par voie de conclusions et de produire les procès-verbaux et les rapports d'enquête.* »

Le ministre s'est pourvu en cassation.

### **3.3. La compétence territoriale des juridictions civiles et commerciales**

En raison de la multiplicité des défendeurs, de l'implantation de leur siège social à l'étranger ou encore de la pluralité des lieux des faits dommageables, la saisine du tribunal territorialement compétent est parfois complexe. La jurisprudence récente donne quelques éclaircissements à ce sujet.

***L'action du ministre chargé de l'économie prévue à l'article L. 442-6 III du code de commerce est une action délictuelle ou quasi délictuelle (CA Paris, 25/05/2011, RG n°11-01791,..... c/ministre)***

Le ministre avait assigné un distributeur pour avoir inséré dans ses conventions d'affaires deux clauses révélant un *déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* (clause prévoyant l'exclusion préalable des CGV du fournisseur, clause instaurant un renversement de la charge de la preuve lorsque le distributeur se considère comme libéré d'une obligation) devant le tribunal de commerce du lieu de signature des conventions litigieuses.

Ce lieu constituait pour le ministre, le lieu du fait dommageable au sens de l'article 46 du code de procédure civile.

La Cour d'appel a confirmé ce raisonnement aux motifs que « *l'action litigieuse, de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence est « autonome » en ce qu'elle n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs ; que pour le reste, elle relève des règles de droit commun ; qu'elle n'est manifestement pas contractuelle ou quasi contractuelle ; qu'elle ne résulte pas de « l'autorité seule de la loi » ; qu'elle ne peut donc être que délictuelle ou quasi délictuelle (...)* qu'il est patent et non contesté que les faits reprochés aux appelantes se sont déroulés dans le département de (...) dans ces conditions, le ministre était en droit d'assigner les dites sociétés devant le tribunal de ce département. »

Cet arrêt est définitif.

***Une partie à un contrat ne peut se prévaloir de l'existence d'une clause compromissaire dans le contrat qui a fondé les relations commerciales pour se soustraire aux juridictions judiciaires dès lors que ce contrat a été rompu (CA Metz, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 31/05/2011, RG n°10-00170,.....et ministre c/ .....***

Un distributeur français a distribué les machines agricoles d'une société allemande pendant vingt-trois ans. Pendant les quatre premières années, un contrat de concession exclusive a régi leurs relations commerciales, puis, la société allemande a décidé de les rompre en accordant un préavis d'un an au distributeur français.

Se considérant victime d'une rupture brutale de relation commerciale établie mais également d'actes de concurrence déloyale commis par une société française, le distributeur français avait assigné ces deux sociétés devant le tribunal du lieu de son siège social.

Le ministre a décidé d'intervenir à l'instance sur le fondement de l'article L. 470-5 du code de commerce.

Le tribunal avait constaté son incompétence territoriale au profit d'un autre tribunal situé en France. La société allemande avait alors interjeté appel. La Cour d'appel a relevé que : « *la société a mis fin au contrat (...) contenant la clause compromissoire de sorte qu'elle n'est plus fondée à revendiquer l'application de ladite clause, quand bien même les parties ont poursuivi leurs relations d'affaires sans modifications* », de sorte que les juridictions judiciaires sont compétentes. La Cour constate que le lieu du dommage doit être situé au lieu du siège social de la victime. Par conséquent, le tribunal du lieu du siège social du distributeur français est compétent.

***L'action du ministre revêt la nature d'une action en responsabilité quasi délictuelle lui permettant de saisir à son choix, la juridiction du domicile du défendeur, celle du lieu du fait dommageable ou celle du lieu dans le ressort de laquelle le dommage a été subi (Cass.com., 18/10/2011, pourvoi n° 10-28005,.....c/ ministre)***

Un distributeur poursuivi pour avoir soumis certains de ses fournisseurs à des délais de paiement abusivement longs contestait la compétence territoriale de la juridiction devant laquelle il était attrait. La Cour d'appel avait confirmé la compétence de la juridiction saisie au motif que l'action du ministre revêtait la nature d'une action en responsabilité quasi-délictuelle de sorte qu'il pouvait, conformément aux dispositions de l'article 46 du code de procédure civile, former sa demande devant la juridiction du lieu où le dommage avait été effectivement subi.

La Cour de cassation a confirmé ce raisonnement en indiquant que « (...) *l'action autonome du ministre aux fins de cessation de ces pratiques et aux fins d'annulation des contrats qui en sont le support revêt la nature d'une action en responsabilité quasi délictuelle; [de sorte que le ministre] peut former sa demande, à son choix, devant la juridiction du domicile du défendeur, celle du lieu du fait dommageable ou celle du lieu dans le ressort de laquelle le dommage a été subi.* »

## **II – L'activité contentieuse de l'année 2011 au plan pénal**

### **1. Observations générales sur l'activité contentieuse**

L'application des dispositions en matière de pratiques restrictives de concurrence pénales continue de susciter en 2011, un vif intérêt tant de la part des services déconcentrés que de la part d'intervenants extérieurs (organisations professionnelles, avocats...) comme le montre le nombre significatif de questions dont est destinataire la DGCCRF, tant en ce qui concerne les règles de facturation que les délais de paiement réglementés ou encore les dispositions concernant l'application de la convention unique.

Toutefois, la tendance constatée, depuis quelques années, d'une baisse continue du nombre de décisions rendues au pénal se confirme, de nombreuses affaires étant finalement conclues par voie de transaction.

#### **1.1. Nombre de décisions rendues**

En 2011, les agents en charge du contrôle de l'équilibre des relations commerciales ont réalisé 22.570 actions de contrôle du respect des dispositions relatives aux règles sur la facturation, la revente à perte, les délais de paiement réglementés, les prix minimum imposés, le respect du formalisme de la convention unique ou le paracommercialisme.

555 procès-verbaux ont été dressés en 2011 par les agents de la DGCCRF<sup>3</sup>, soit une augmentation significative par rapport à l'année 2010 (+ 34 %). Les infractions aux règles sur la facturation demeurent les plus nombreuses, avec **343 PV dressés** en 2011 contre 234 en 2010, soit une augmentation de 46 % en un an. Les manquements aux règles concernant les délais de paiement réglementés connaissent également une évolution sensible, avec 131 PV dressés en 2011, contre 96 en 2010 ainsi qu'en matière de paracommercialisme avec 49 PV dressés en 2011, contre 39 en 2010.

A l'inverse, le nombre de PV dressés en matière de convention unique est en diminution, avec 24 en 2011 (31 en 2010), de revente à perte avec 6 PV en 2011 (10 en 2010) et de prix minimum imposés avec 2 PV en 2011 (4 en 2010).

Toutefois, alors qu'on observe un développement du contentieux civil, a contrario, le nombre de décisions rendues au pénal tend à diminuer. Ainsi en 2011, 70 jugements ont été prononcés alors qu'en 2008 ce chiffre s'élevait à 186. Cette tendance qui s'accroît au fil des ans s'explique principalement par le succès de la transaction, mais peut également résulter, dans certains cas, d'une réticence des parquets à donner des suites pénales à certains manquements, notamment en matière de convention unique.

## **1.2. Les pratiques concernées**

70 décisions ont été rendues en matière pénale en 2011. Elles sont réparties de la manière suivante :

- Pour l'essentiel, elles portent sur les règles de facturation, avec 51 décisions ; cette tendance, persistante depuis de longues années, montre que malgré des dispositions inchangées depuis de nombreuses années et une jurisprudence abondante dans ce domaine, les infractions perdurent, ce qui nécessite le maintien d'une vigilance étroite,
- 8 concernent le non-respect des délais de paiement réglementés prévus à l'article L. 443-1 du code de commerce (produits alimentaires, ainsi que les délais spécifiques au secteur des transports et le délai dit « supplétif » (article L. 441-6 du code de commerce) ;
- 6 portent sur le paracommercialisme ;
- 3 décisions sanctionnent le non-respect des règles relatives aux prix minimum imposés,
- 1 concerne la convention unique ;
- 1 concerne la revente à perte.

## **1.3. Le montant des amendes prononcées**

Le montant global des amendes pénales, qui s'élève à **427 340 €** est plus de deux fois supérieur à celui de l'année dernière. L'essentiel des amendes concerne les infractions aux règles de la facturation (308 840 €), le respect des délais de paiement réglementés (101 000 €) et des prix minimum imposés (17 500 €). Aucune amende n'a été enregistrée s'agissant des autres pratiques restrictives de concurrence pénales qui ont fait l'objet de transactions.

## **1.4. Les transactions pénales**

La tendance à l'augmentation du nombre de transactions, déjà constatée en 2010 (236 dossiers), se confirme en 2011, avec 259 dossiers enregistrés, pour un montant total de **1 174 130 €**. Dans de nombreux cas, le choix de la transaction permet d'obtenir une sanction rapide et efficace.

---

<sup>3</sup> *Issus des DIRECCTE*

## **2 - Les enseignements sur le fond des décisions rendues en 2011**

Les principaux apports de la jurisprudence pour cette année concernent des manquements aux règles sur la facturation.

L'article L. 441-3 du code de commerce impose une obligation de facturation pour tout achat de produits ou pour toute prestation de services effectués dans le cadre d'une activité professionnelle ainsi que des mentions obligatoires. La facture est donc un instrument de transparence dans les relations commerciales et un outil de traçabilité des produits. Par ailleurs, la facture est également un instrument de contrôle de la bonne application d'autres dispositions du code de commerce (délais de paiement, revente à perte, coopération commerciale) et des règles fiscales, ce qui appelle la vigilance des services de l'administration et donne lieu chaque année à une jurisprudence abondante.

***Le dirigeant d'une clinique est condamné à 7 500 € d'amende pour avoir accepté en connaissance de cause des factures ne faisant pas apparaître des escomptes requalifiés par le juge en réductions de prix (Cour d'Appel de Riom , 10 février 2011, n° 10/00508)***

Par cette décision, la Cour d'Appel de Riom confirme la condamnation à **7 500 € d'amende** (montant pouvant être minoré de 20% en cas de paiement dans un délai d'un mois à compter de la décision) prononcée par le TGI de Clermont-Ferrand le 07 décembre 2009 à l'encontre du président du directoire d'une clinique pour avoir accepté, au cours de l'année 2004, des factures ne comportant pas tous rabais, remises ou ristournes chiffrables consentis par des fournisseurs de matériel médical de prothèse.

La Cour d'Appel a, en effet, considéré que, compte tenu de leur caractère répétitif et uniforme, les escomptes dont la clinique bénéficiaient étaient en réalité des réductions de prix acquises à la date de chaque vente et devaient à ce titre figurer sur la facture.

Outre, l'élément matériel de l'infraction, la Cour d'Appel retient l'existence de l'élément intentionnel, le prévenu ayant accepté en toute connaissance de cause des factures non conformes aux prescriptions légales.

***Condamnation d'un distributeur à une amende de 8 000 € pour infraction aux règles de facturation fixées par l'article L. 441-3 du code de commerce (TGI de Lille , 09 juin 2011, n° 3099/11 LC)***

Un distributeur a été condamné sur le fondement de l'article L. 441-4 du code de commerce au paiement d'une amende de **8 000 €** pour infraction aux règles de facturation fixées par l'article L. 441-3 du même code.

Le tribunal a avisé le prévenu que si le montant de l'amende était acquitté dans un délai d'un mois à compter de la date à laquelle la décision est prononcée, il serait minoré de 20% sans que cette diminution puisse excéder 1 500 €

***Condamnation d'un artisan à 1 000 € d'amende pour défaut de facturation (TGI des Sables d'Olonne, 3 février 2011, n° 132/2011)***

Dans cette affaire, il a été reproché à un artisan d'avoir effectué des achats sans facture. Le montant de la sanction infligée à cette personne physique s'est élevé à **1 000 €**

Ces deux jugements, l'un concernant une personne morale, l'autre physique, mettent en évidence que les juges du fond infligent des sanctions différenciées et proportionnées au regard de la qualité du prévenu.