

## Flash Concurrence

### **Consécration du principe de l'autonomie d'action du Ministre de l'économie fondée sur l'article L.442-6-III du code de commerce**

\* \* \*

*Par Jean-Christophe Grall et Caroline Menguy*

Ayant suscité de vives controverses au sein des juridictions, ce sujet avait déjà été évoqué notamment dans les Lettres du Cabinet de juillet 2007 et novembre-décembre 2007, commentant, à l'époque de la procédure, les derniers arrêts de la Cour d'appel de Versailles du 3 mai 2007<sup>1</sup>, de la Cour d'appel d'Angers du 29 mai 2007<sup>2</sup> et de la Cour d'appel de Reims du 5 novembre 2007<sup>3</sup>.

Les Cours d'appel de Versailles et d'Angers avaient jugé que l'action du Ministre, fondée sur l'article L.442-6-III du code de commerce et tendant à faire constater la nullité des pratiques restrictives, était irrecevable et contraire à l'article 6§1 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme (CEDH).

<sup>1</sup> CA Versailles (12<sup>ème</sup> chambre, section 2) du 3 mai 2007, n°05/09223 (Galec).

<sup>2</sup> CA Angers, Ch.Com., du 29 mai 2007, RG 06/00563 (HyperU).

<sup>3</sup> CA Reims (Ch.civ., section1) du 5 novembre 2007, RG : 06/01898 (Scapest).

Les Cours avaient :

- conclu à ce que l'action du Ministre tirée de l'article L.442-6-III du Code de commerce, tendant à faire constater devant la juridiction civile ou commerciale la nullité des clauses et contrats illicites et à demander la restitution des sommes non justifiées, était une action de substitution et non une action autonome ;
- et remis en cause cette action, sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme (CEDH).

En revanche, la Cour d'appel de Reims avait pris le strict contre-pied de ces décisions, en concluant à l'existence d'une **action autonome du Ministre** et en réfutant en conséquence une atteinte aux droits prévus par l'article 6 §1 CEDH :

*« L'action exercée par le Ministre chargé de l'économie en vertu de l'article L.442-6 du*

*Code de commerce n'est pas une action en substitution, mais une action autonome visant à la défense de l'ordre public économique [...] »*

*« que c'est donc en vain que l'intimé se prévaut d'une atteinte aux droits consacrés par l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales alors que le ministre chargé de l'économie n'exerce pas les droits d'autrui et n'agit pas à la place des fournisseurs ; qu'il n'a donc pas à s'assurer que ces derniers aient donné leur consentement à l'action qu'il conduit et à la volonté des personnes lésées de ne pas obtenir la réparation des préjudices qu'elles ont subis, par conséquent, indifférentes [...] ».*

Rappelons que depuis 1986, le Ministre de l'économie dispose d'un droit d'action au nom de la défense de l'ordre public économique. Ce pouvoir a été renforcé par la loi NRE du 15 mai 2001<sup>4</sup> qui a prévu la possibilité pour le Ministre de demander la nullité des contrats, la répétition de l'indu, le prononcé d'une amende en sus de la cessation des pratiques portant atteinte au bon fonctionnement du marché.

Or, la Chambre commerciale de la Cour de Cassation vient d'apporter une nouvelle pierre à l'édifice par deux décisions du 8 juillet 2008<sup>5</sup>, cassant l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 3 mai 2007<sup>6</sup> et en rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 20 décembre 2006<sup>7</sup>, précités.

**La Cour Suprême consacre de la sorte, expressément, le principe de l'autonomie d'action du Ministre de l'économie au titre**

**des dispositions de l'article L.442-6-III du code de commerce !**

Rappelons brièvement le contexte factuel et procédural de ces instances.

Il ressort de l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles de 2007 que la société coopérative Groupements d'achats des Centres Leclerc (Le « Galec ») s'était prétendue discriminée au titre de la rémunération de contrats de coopération commerciale eu égard à ce qui avait été obtenu par Carrefour.

Au titre du préjudice subi, le Galec avait demandé réparation sur la base de protocoles d'accord transactionnels.

Sur le fondement des articles L.442-6-I-2 a) et II a), le Ministre de l'économie avait assigné le Galec devant le Tribunal de Commerce de Nanterre en nullité desdits protocoles, en restitution des sommes perçues et au paiement d'une amende, aux motifs que ces protocoles portaient sur des prestations rétroactives et « *ne reposaient sur aucun préjudice en l'absence de service commercial effectivement rendu* » ; le Tribunal de commerce avait déclaré l'action du Ministre recevable et bien fondée<sup>8</sup>.

Le Galec avait alors interjeté appel de cette décision et soulevé cinq fins de non recevoir.

La Cour d'appel de Versailles avait jugé l'action du Ministre irrecevable et donné gain de cause au Galec.

La Cour avait retenu, dans un premier temps, que le Ministre cherchait le « *rétablissement des fournisseurs dans leurs droits patrimoniaux individuels afin de défendre et de restaurer l'ordre public économique prétendument troublé par les transactions intervenues [...]* ».

Dans un second temps, la Cour avait relevé que le Ministre n'avait pas respecté les principes fondamentaux issus de l'article 6§1 de la CEDH garantissant à toute personne le droit à

<sup>4</sup> Loi de Nouvelles Régulations économiques, dite « loi NRE », n°2001-420 du 15 mai 2001.

<sup>5</sup> Cass. Com. du 8 juillet 2008, n°F07-13.350 ; Cass. Com. du 8 juillet 2008 n°P.07-16.761.

<sup>6</sup> CA Versailles (12<sup>ème</sup> chambre, section 2) du 3 mai 2007, n°05/09223 (Galec).

<sup>7</sup> CA Paris (5<sup>ème</sup> chambre, section A), du 20 décembre 2006 n°05-24361.

<sup>8</sup> Tribunal de commerce Nanterre du 15 novembre 2005.

ce que sa cause soit entendue équitablement et devant un tribunal indépendant, en ayant :

« *Introduit une action de substitution sans en informer les fournisseurs titulaires des droits et qu'il a poursuivi la procédure sans les y associer alors que dix-sept d'entre eux avaient expressément exprimé leur volonté contraire [...]* ».

Par un arrêt de principe, la Cour suprême vient de casser cet arrêt de la Cour d'appel de Versailles, sans reprendre l'ensemble de l'argumentation que le Ministre avait exposée en appel, mais, en visant expressément les articles L.442-6-III du Code de commerce et 6§1 de la CEDH.

La Cour de Cassation a ainsi clairement affirmé que :

« *L'action du ministre chargé de l'économie, exercée en application des dispositions du premier de ces textes, [...], est une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence, qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs* ».

Dans le second arrêt du 8 juillet 2008, la Cour de Cassation, en rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 20 décembre 2006, dans une affaire Intermarché, a également retenu que :

« *Le ministre chargé de l'économie peut [...] demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées à l'article L.442-6 et qu'il peut, [...], faire constater la nullité des clauses ou des contrats illicites et demander la répétition de l'indu et le prononcé d'une amende civile* ;

En second lieu, la Cour de cassation affirme que :

« *L'action du ministre, [...] est une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs* ».

Dans cette seconde affaire, un service de « *Singularisation* » avait été proposé aux fournisseurs, fixant des nouveaux critères d'implantation et de configuration linéaire des produits.

C'est à ce titre, que le Ministre de l'économie avait contesté l'existence même de ce nouveau service considéré comme étant de la « *coopération commerciale fictive* », au titre de l'article L.442-6-I-2<sup>a</sup>).

La Cour d'appel de Paris avait écarté les fins de non recevoir opposés par ITM Alimentaire, reconnaissant, ainsi, l'autonomie de l'action du Ministre.

En effet, la Cour d'appel de Paris avait pu retenir que :

- Le nouveau service de « *singularisation* » représente un service de coopération commerciale et peut être entaché de nullité par l'action du Ministre de l'économie ;
- Face au principe « *nul ne plaide par procureur* » évoqué par ITM Alimentaire, la Cour avait considéré que l'action du Ministre de l'économie était recevable, même si les fournisseurs pouvaient apparaître globalement satisfaits des accords litigieux. Cette action n'est pas contraire à l'article 6§1 de la CEDH comme pouvait l'invoquer la société ITM Alimentaire.
- L'action du Ministre de l'économie est recevable même en l'absence de mise en cause des fournisseurs concernés par les accords litigieux.
- Il ne pouvait être reproché au Ministre de l'économie de ne pas régulièrement appeler en la cause les contractants, l'action ayant été dirigée contre la structure commerciale chargée de coordonner la politique d'achat du Groupement dont les filiales sont des centrales de référencement.

\* \* \*

Par ces arrêts, la Cour de cassation a consacré **le principe d'autonomie de l'action du Ministre de l'économie fondée sur l'article L.442-6-III du code de commerce.**

Même si la reconnaissance de cette action autonome avait été amorcée par les juridictions du premier degré (T. Com. Nanterre du 15 nov.2005 et T. Com. Angers du 15 fév. 2006) et du second degré (CA Paris du 20 décembre 2006 et CA Reims du 5 novembre 2007), les Cours d'appel de Versailles et d'Angers exigeaient que soit systématiquement recueilli le consentement des fournisseurs lésés pour que l'action de substitution du ministre soit recevable, au titre de l'article 6§1 CEDH.

**Ainsi, il n'est donc pas nécessaire que le consentement préalable des fournisseurs soit obtenu pour que le Ministre de l'économie puisse agir sur le fondement de l'article L.442-6-III, pour faire cesser des pratiques restrictives de concurrence.**

**De surcroît, même dans l'hypothèse où les fournisseurs se seraient déclarés comme satisfaits d'accords de coopération commerciale, le Ministre de l'économie pourra agir en nullité de ces derniers et obtenir la restitution des sommes versées.**

Toutefois, une fois les voies de recours internes épuisées (dans l'affaire « Galec », la Chambre commerciale de la Cour de cassation renvoie les parties devant la Cour d'appel de Versailles, mais tel n'est pas le cas dans l'affaire « ITM Alimentaire »), il n'est donc pas exclu que cette procédure puisse se poursuivre la cas échéant devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) ...

Ces deux arrêts rendus par la Cour de cassation permettront d'autant plus au Ministre de l'économie, alors même que la Loi de Modernisation de l'Economie vient d'être adoptée définitivement par le Sénat le 23 juillet, de faire appliquer les nouvelles dispositions visées sous l'article L.442-6-I-2 du Code de commerce et les dispositions renforcées de l'alinéa 4 de l'article L.442-6-I du Code de commerce, qui sanctionnent respectivement le déséquilibre significatif pouvant exister entre les droits et obligations d'un fournisseur et d'un distributeur, d'une part, et l'obtentio ou la tentative d'obtentio, sous la menace d'une rupture brutale, totale ou partielle des relations commerciales, de conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente, ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, d'autre part.

Rappelons, en outre, que la loi nouvelle permettra à la juridiction saisie de prononcer une amende civile dont le montant pourra non seulement atteindre deux millions d'euros mais que – nouveauté – cette amende pourra être portée au triple du montant des sommes indûment versées, la juridiction pouvant ordonner l'exécution de sa décision sous astreinte et la publication, la diffusion ou l'affichage de cette décision ou d'un extrait de celle-ci. La juridiction pourra même exiger l'insertion de la décision ou d'un extrait de celle-ci dans le rapport annuel de l'entreprise.

**Ces deux arrêts de la Cour de cassation tombent ainsi à point nommé pour le Ministre de l'économie et nul doute que ce dernier fera application du principe d'autonomie de son action dans le futur !**

\* \* \*

**Retrouvez les Lettres du Cabinet sur notre site [www.mgavocats.fr](http://www.mgavocats.fr)**